



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



3 2044 103 212 742



HARVARD LAW LIBRARY.

Received *Oct. 16, 1900.*



A. Ermann

Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die
Schadensersatzpflicht.

Die
Kollision rechtmäßiger Interessen
und die
Schadensersatzpflicht
bei
rechtmäßigen Handlungen.

Im Hinblick
auf
den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches
für das deutsche Reich
in zweiter Lesung.

Von

Dr. Rudolf Merkel,
Straßburg.

12.
Straßburg.
Verlag von Karl J. Trübner.
1895.

W. K.

Rec. Oct. 16, 1900.

G. Otto's Hof-Buchdruckerei in Darmstadt.

Inhaltsübersicht.

Einleitung: Unbefriedigende Regelung des „Notstands“ im Entwurf	1—13
I. Vom Notstand und der Kollision rechtmäßiger Interessen überhaupt	14—101
1. Der Begriff des Notstands	14—20
2. Strafrecht und Civilrecht in ihrem Verhältnis zum Notstand	20—49
3. Das Prinzip des überwiegenden Interesses im geltenden Recht	49—75
4. Die Abgrenzung des überwiegenden Interesses	75—90
5. Legislative Ergebnisse	90—101
II. Die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen	102—236
1. Die Herrschaft des Verschuldungsprinzips in ihrer Ueberlebtheit	102—131
2. Die Stellung des „Entwurfs“ zur Frage des Schadenersatzes	132—144
3. Das Prinzip des aktiven Interesses	144—185
4. Die Abgrenzung der Haftung kraft aktiven Interesses und ihres Umfangs	186—219
5. Anwendung des Prinzips auf die im Teil I behandelten Kollisionsfälle	219—236
Schlufsergebnis	237

Einleitung.

Unbefriedigende Regelung des „Notstandes“ im „Entwurf“ zweiter Lesung.

In dem Titel der zweiten Lesung des „Entwurfs“,¹ welcher überschrieben ist: „unerlaubte Handlungen“, ist bestimmt:

§ 747. „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt oder wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem Anderen zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtet. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dasselbe auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

¹ Die Entwürfe erster und zweiter Lesung werden im Folgenden abgekürzt mit E. I und E. II bezeichnet. Auf die in Conrads „Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik“ sowie in Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts“ veröffentlichten Berichte über die zweite Lesung wird verwiesen in der Abkürzung „Jahrbücher“ und „Beiträge“.

Die Schadenersatzpflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die schädigende Handlung im Notstande begangen worden ist."

Aus dieser Stellung des Notstandes in einer Zusatzbemerkung zur Normierung der widerrechtlichen Handlungen ergibt sich unzweideutig, daß der E. die Notstandshandlung als eine widerrechtliche ansieht. Der Zusatz erscheint insofornbedessen als ein superfluum, da sich die Ersatzpflicht der widerrechtlichen Handlung schon im ersten Absatz statuiert findet. Derselbe ist denn auch in der zweiten Fassung wesentlich deshalb aufgenommen worden, um einen Schluß aus der Straflosigkeit „gewisser Notstandshandlungen“ gemäß § 54 Strafgesetzbuches auf ihre Ersatzfreiheit auszuschließen.¹ Dem E. schweben hier also in erster Linie die Fälle des § 54 Strafgesetzbuches vor. Eine eigene Begriffsbestimmung von Notstand aufzustellen konnte er sich enthoben dünken, da seine praktische Bedeutung ja verneint ist, die bezüglichen Handlungen bei ihm untergehen in dem allgemeinen Begriff der „unerlaubten Handlungen“. Wenn nun aber auch der Ausdruck „Notstand“ im § 54 Strafgesetzbuches als technischer gebraucht ist, so sind doch in Ermanglung einer eigenen gesetzlichen Abgrenzung seitens des E., bei der an sich willkürlichen und überhaupt nur strafrechtlich verständlichen Abgrenzung im Strafgesetzbuch, und da für eine verschiedene Behandlung der sonstigen in einer Notlage

¹ Beiträge 36, 673.

begründeten Interessenkollisionen¹ auch vom Standpunkt des *G.* zivilrechtlich gar kein denkbare Grund existiert, auch diese hierherzuziehen, wie denn auch der Kommission nicht bloß die Fälle des § 54 vorgeschwebt haben (arg.: Straffreiheit „gewisser“ Notstandshandlungen), und sie würden von der Praxis zweifellos hierhergezogen werden — soweit nicht für solche eine anderweitige Regelung im *G.* gegeben ist.

Eine solche findet sich aber für eine gewisse Kategorie unter der Etikette „Selbstverteidigung“. Nachdem in § 191 die Notwehr übereinstimmend mit § 53 des Strafgesetzbuches definiert und für „nicht widerrechtlich“ erklärt worden ist, giebt § 192 folgende Bestimmung:

„Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.“

Hierunter fallen einmal Gefährdungen durch Tiere (hiervon sprechen die „Motive“ zum *G. I* speziell) — ich werde von einer Dogge angefallen; ich töte das scheu gewordene Pferd das in der Richtung auf einen Kinderspielplatz hinjagt —, aber auch z. B. folgende

¹ Über deren Charakter später zu handeln sein wird.

Handlungen: der Schiffer zerschneidet das Ankertau oder Fischernetz, in das sich sein Schiff verstrickt hat (1 29 § 3 D 9, 2 — Entsch. des Reichsgerichts in Civilf. V, 161); Niederreißen des Nachbarhauses bei einer Feuersbrunst, um das Übergreifen des Feuers auf das eigene Haus abzuwehren (1 49 § 1 D 9, 2 — 1 3 § 7 D 47, 9).

Diese Handlungen sind also einmal rechtmäßig. Der *E.* schneidet daher mit diesem Paragraphen in das Strafrecht ein, und zwar in der Richtung einer Einschränkung des Anwendungsgebiets der § 303 ff. Strafgesetzbuches, da er die Widerrechtlichkeit in Fällen beseitigt, welche durch § 54 Strafgesetzbuches nicht berührt werden. Nämlich: 1) bei Beschädigung einer fremden Sache zur Wahrung eines Vermögensinteresses¹ — während das Strafgesetzbuch Gefahr für Leib oder Leben als Voraussetzung der Straflosigkeit behandelt; 2) auch bei Abwendung der Gefahr durch einen beliebigen Dritten — während das Strafgesetzbuch nur die Rettung eines „Angehörigen“ privilegiert; 3) auch bei Verschulden des Bedrohten — während das Strafgesetzbuch einen „unverschuldeten“ Notstand verlangt. Aber in allen Fällen schließt der *E.* die

¹ Da das Gesetz keine Beschränkung auf persönliche Gefährdung ausspricht, seine Formulierung (so das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit) im Gegenteil auf jede Art von Gefährdungen hinweist, letzteres auch nach dem Zeugnis der „Motive“ (I 350) der Wille des Gesetzes ist, so wird eine Beschränkung auf persönliche Gefährdung bei Anwendung des Gesetzes in der Praxis doch wohl kaum — wie Hölder (Archiv f. d. civ. Praxis 73, 152) meint — in Frage kommen können.

Widerrechtlichkeit nur aus, wenn die Handlung „erforderlich“ ist zur Abwendung der Gefahr, und wenn weiterhin eine Verhältnismäßigkeit zwischen Schaden und Gefahr besteht; letzteres — vom E. II neu aufgenommen — Erfordernis kennt das Strafgesetzbuch nicht.

Daraus ergibt sich aber ein logisch nicht befriedigendes Verhältnis zum Strafgesetzbuch und eine sachlich nicht begründete, ja seltsame Grenzziehung zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Notstandshandlungen.

Die Bedeutung dieser Grenzziehung erhöht sich dadurch, daß die unter § 192 fallenden Handlungen auch frei von Ersatzpflicht sind, denn nur bei Verschulden des Handelnden in Herbeiführung der Gefahr ist eine Ersatzpflicht statuiert, woraus e contrario die Ersatzfreiheit aller anderen Handlungen folgt.

Alle nicht unter § 192 gezogenen Notstandshandlungen sollen hiernach, dem § 746 gemäß als rechtswidrig angesehen werden und kraft dieser Eigenschaft eine Ersatzpflicht begründen. Alle Fälle also, in welchen die abgewendete Gefahr nicht durch die beschädigte Sache drohte. Also beispielsweise: 1) Jemand verlegt einen anderen, weil er durch Drohungen zu der verletzenden Handlung genötigt ist.¹ (Der Postillon, von Räubern mit dem Tode bedroht, liefert ihnen den zu befördernden Geldbeutel aus). 2) Ich

¹ Im Strafgesetzbuch ist die Nötigung durch Drohung bekanntlich formell vom „Notstand“ getrennt und mit dem physischen Zwang in § 52 zusammengekoppelt, sachlich aber steht sie den Fällen des § 54 durchaus gleich.

finde auf der Landstraße ein dem Tode nahes Kind, eile in ein nahes Haus, dessen Bewohner im Felde sind, und entnehme — vielleicht nach Erbrechung des sie bergenden Schrankes — einige Nahrungsmittel oder Medikamente, mittelst deren ich das Kind dem Leben erhalte. 3) Ein Bauer läuft beim Brande seines Wohnhauses über das ihn vom Bache trennende Saatfeld des Nachbarn, um Wasser zum Löschen zu holen. Oder bei ausbrechendem Brande werden die Thüren eines Hauses, dessen Bewohner abwesend sind, von den Nachbarn erbrochen, (wie dies Verfassers Arbeitszimmer bereits widerfahren ist), um von hier aus die Löscharbeiten vorzunehmen.

Dergleichen Handlungen sind nach den „Motiven“ II, 729, angeblich „in Übereinstimmung mit der modernen Rechtsanschauung“ als „civilrechtliche Delikte“ rechtswidrig und ersatzpflichtig. Regelmäßig würden sie hiernach auch strafbar sein, sofern nämlich nicht die engen Voraussetzungen der § 52, 54 des Strafgesetzbuches gegeben sind, wie sie im ersten Beispiel¹ vorliegen. So würde im Falle 2 Strafe einzutreten haben, weil es sich nicht um Rettung eines Angehörigen handelt,² im Falle 3, weil keine Gefahr für Leib oder Leben in Frage steht.

¹ Nicht aber z. B. in dem dem französ. Kassationshof vorgelegenen analogen Falle, wo Bauern auf Requisition feindlicher Truppen, welche sie mit Blünderung bedrohten, eine fremde Waldung gefällt hatten. (Daloz 1871, 1, 366).

² Wie begründet v. Liszt („Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs“ Heft 5 S. 10) die Behauptung der Straffreiheit in einem derartigen Falle?

Es ist nun leicht einzusehen, daß diese Behandlung der hervorgehobenen Fälle keine sachgemäße sein würde, sowie daß der Gegensatz, der hier zwischen ihnen und den unter § 192 fallenden in Bezug auf Rechtswidrigkeit, Schadenserzähpflicht und Strafbarkeit gemacht wird, ungerechtfertigt ist. Es ist dies erstlich der Fall hinsichtlich der Frage der Rechtswidrigkeit.

Rechtmäßig ist nach dem E. die Handlung, durch welche eine Gefahr drohende Sache auch bei selbstverschuldeter Gefahr zerstört wird — ich töte den durch mich gereizten Hund, — rechtmäßig die Zerstörung der einen beliebigen Dritten bedrohenden Sache — ein Jäger erschießt die auf fremdem Saatfeld sitzende Taube —; dagegen rechtswidrig die Handlung, durch welche ein Dritter den Mitmenschen aus einer unverschuldeten, dringenden Lebensgefahr durch eine geringfügige körperliche Verletzung eines Menschen rettet — um einen Menschen aus einem brennenden Hause zu holen, stürmt ein Feuerwehrmann mit der Rettungsleiter durch die neugierige Volksmenge und rennt dabei jemand über den Haufen; — rechtswidrig auch die Zerstörung der wertlosesten Sache, sei es durch den noch so schwer Gefährdeten — in einer Lebensgefahr! — sei es durch einen Dritten, wenn die Gefahr nicht gerade „durch diese Sache“ drohte (s. ob. Beisp. 3).

Und wie ist es zu rechtfertigen, daß gegen den „Notstand“ des § 746², infolge seiner Rechtswidrigkeit, gemäß § 53 St.-G.-B., Notwehr zulässig ist, die bis zur straflosen Tötung des im Notstand Handelnden

gehen darf (vgl. oben Beisp. 2 und 3!) — während sie gegen die im § 192 vorgesehenen Handlungen infolge ihrer Rechtmäßigkeit ausgeschlossen ist?

Ebenso wenig wie hinsichtlich der Rechtswidrigkeit besteht ein innerer Grund für die Trennung der beiden Gruppen hinsichtlich der Ersatzpflicht. Weshalb verdient derjenige härter behandelt zu werden, der, mit dem Tode bedroht, zur Rettung seines Lebens eine fremde Sache beschädigt, oder der ein Brot zur Erhaltung des Lebens seiner Mitmenschen wegnimmt, als derjenige, der, um seine Reise ungestört fortsetzen zu können, das Tau zerschneidet, in das sich sein Schiff verwickelt hat? Und doch soll in den beiden ersteren Fällen Ersatzpflicht, im letzten Ersatzfreiheit bestehen! Und wenn von zwei Strolchen der eine meinen Bernhardinerhund so lange reizt, bis derselbe ihn anfällt, und der andere, der nur auf diesen Moment gewartet hat, denselben totschießt, so kann ich von keinem Ersatz begehren, denn der eine hat die beschädigende Handlung nicht vorgenommen, der andere die Gefahr nicht verschuldet.

Daß die Scheidung beider Gruppen bezüglich der Strafbarkeit nicht gerechtfertigt sei, ergibt sich aus dem Gesagten von selbst. Die fraglichen Strolche würden dem *E.* zufolge nicht strafbar sein, derjenige dagegen, der ein ihm nicht verwandtes Kind mit bewußter Beschädigung fremden Eigentums vom Ertrinken rettet, strafbar!

Die vom *E.* vorgesehene Regelung würde also zu durchaus unbefriedigenden praktischen Resultaten führen.

und der Grund liegt in der widernatürlichen Zerreißung zusammengehöriger Dinge. Wie kommt der E. zu dieser? Wie sich aus der Stellung im System und der gegenshlichen Regelung ergibt, will der E. die unter § 192 fallenden Handlungen nicht als „Notstand“ gelten lassen, und die Motive weisen denn auch mit einer gewissen Festigkeit die Auffassung von sich, als handle es sich hier um „Notstandsfälle“ („Motive“ I, 350 — Beiträge 36, 673). Sie scheinen danach selbst gefühlt zu haben, daß man geneigt sein würde, diese Fälle als Notstand aufzufassen. Auf die Frage aber, worin denn der Unterschied derselben vom „Notstand“ bestehe, geben sie uns folgende Belehrung (I, 350): „Die Beseitigung der Gefahr erfolgt hier (im jetzigen § 192) nicht durch den bergri in den Rechtskreis eines unbeteiligten Dritten, sondern dadurch, daß die gefahrdrohende Sache selbst verletzt wird“. Aber dieser angebliche Gegensatz ist, wie schon v. Liszt (l. cit. S. 11) betont hat, ein rein imaginärer. Man kann weder die gefahrdrohende „Sache selbst“ in der Weise von ihrem Eigentümer scheiden, daß sie gewissermaßen als ein selbständiges Subjekt einen Angriff auf den Bedrohten macht, sodaß auch die Reaktion sie allein betrifft, dagegen ihren Eigentümer gar nicht berührt und gar nichts angeht — dies scheint in der That die Auffassung des E. zu sein¹ — noch auch ist der Eigen-

¹ „Die Verletzung der gefahrdrohenden Sache entspricht der Verletzung des Angreifers bei der Ntwehr“. Von dieser Auffassung aus wäre es dann allerdings konsequent, auch ein der

tümer einer von mir zerstörten Sache um deswillen in höherem Grade „beteiligt“ an meiner Gefährdung, weil es gerade diese seine Sache war, die durch einen Zufall mit meinem Interesse in Kollision geraten ist — so lange nur kein Beschulden seinerseits dabei unterlief, sondern lediglich ein blindes Ungefähr mir seine Sache in den Weg geschleudert hat. In Beziehung zum Eigentümer trete ich nur zufolge der Zugehörigkeit dieser Sache zu seiner Vermögenssphäre; insofern ist er stets „beteiligt“ an dem Vorgang, als es eben seine Sache ist, die bei einer Interessenkollision den Schaden davontrug; aber er ist stets „unbeteiligt“ in dem Sinne, daß — mochte meine Gefährdung nun von seiner Sache oder von derjenigen eines Dritten oder aus einer sonstigen Ursache herrühren — er „nichts dazu konnte“. Es kann daher auch in meinem Verhältnis zu ihm dadurch keine Verschiedenheit begründet werden, daß gerade die zerstörte Sache zugleich diejenige war, durch deren Vermittlung mir die Gefahr drohte, am wenigsten ein so fundamentaler Unterschied, daß ich im einen Falle ihm gegenüber rechtmäßig und ersatzfrei handle, im anderen Falle ein Delikt begehe, das mich ihm ersatzpflichtig und zugleich strafbar macht.

„Rechtswidrigkeit“ bei der Notwehr analoges Erfordernis aufzustellen in einem „vitium“, einer fehlerhaften Beschaffenheit der Sache, wie dies Hölder (l. cit.) vorgeschlagen hat — die ganze Auffassung erscheint mir aber unmöglich. Zustimmung hat die Auffassung des G. gefunden bei Birkmeyer („Mecklenburgische Ztschr. f. Rechtspflege und Verwaltung“ 17, 190).

In Wahrheit scheint mir der Grund der verschiedenen Behandlung vielmehr folgende falsche Argumentation zu sein:¹ Weil die Notstandshandlung nach Ansicht der Kommission rechtswidrig ist, die in § 192 zusammengefaßten Handlungen ihr aber rechtmäßig zu sein schienen — weshalb nur diese? —, deshalb können letztere keinen „Notstand“ bilden, und deshalb (als Konsequenz des Verschuldungsprinzips) ziehen sie keine Ersatzpflicht nach sich. Die Prämisse, daß die Notstandshandlung überall rechtswidrig sei, ist aber eine reine *petitio principii*; mit ihr fällt die ganze Argumentation in sich zusammen. Tatsächlich ist das logische Verhältnis gerade umgekehrt: Nicht weil in den Fällen des § 192 keine Rechtswidrigkeit vorliegt, deshalb hier kein Notstand — sondern die Rechtswidrigkeit entfällt hier (aber nicht bloß hier!) gerade mit Rücksicht auf den Notstand. Die in § 192 begriffenen Fälle sind in Wahrheit echte Notstandsfälle, ja gerade die typischen Fälle, wie sie von jeher als Musterbeispiele zur Veranschaulichung des Notstandes

¹ Die „Motive“ zum jetzigen § 192 lauten (I. 350): „Handlungen, welche unerlaubt sind, werden nicht deshalb zu erlaubten, weil sie im Notstande begangen werden“ — es fragt sich aber gerade, welche Handlungen unerlaubt sind — „der Thäter ist und bleibt für sie verantwortlich“ — als wenn man nur für unerlaubte Handlungen verantwortlich sein könnte — „die Beschädigung einer fremden Sache in Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes, dagegen ist rechtmäßig“ — weshalb? — „und der Mangel der Rechtswidrigkeit schließt ‘auch’ die Anwendbarkeit von § 303 ff. Strafgesetzbuches aus.“

dienen, gehören hierher. So die obengewählten Beispiele aus den römischen Quellen. Und weil hier Notstand vorliegt, darum keine Rechtswidrigkeit.

Die gegensätzliche Behandlung der beiden Gruppen von Handlungen sollte also entfallen. Aber welche Behandlung sollen sie erfahren? Sollen alle Notstandshandlungen als rechtmäßig gelten, oder soll zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Notstandshandlungen nach einem anderen als dem im E. angewendeten Gesichtspunkt unterschieden werden? Und was soll bezüglich des Schadenersatzes bei rechtmäßigen Notstandshandlungen gelten? Und vor allem, was ist unter Notstand überhaupt zu verstehen? Indem die Kommission bei Regelung des Notstands in § 746 Abf. 2 noch an andere Fälle dachte als diejenigen der § 54, 52 Strafgesetzbuches (arg.: „gewisse“ Notstandshandlungen; s. oben), setzte sie einen allgemeineren als den aus diesen sich ergebenden Begriff von „Notstand“ voraus, ohne ihn jedoch näher zu bestimmen. Einen solchen gilt es aber zuerst festzustellen.

Bei dieser Materie treffen eine Reihe von schwierigen Fragen zusammen, bezüglich welcher, wie unter anderm der E. beweist, eine genügende Klärung der Ansichten bisher nicht erfolgt ist. Die nachfolgenden beiden Untersuchungen wollen einen Beitrag zur Klärung derselben darbieten. Die erste enthält eine allgemeine Charakterisierung des Notstands, eine Entwicklung der für seine Behandlung in Strafrecht und Zivilrecht maßgebenden Gesichtspunkte und die Abgrenzung der

rechtmäßigen Notstandshandlung, welche diese Gesichtspunkte an die Hand geben. Anderweite Kollisionen rechtmäßiger Interessen sind zur Vergleichung herangezogen. Die zweite beschäftigt sich mit der Frage des Schadenersatzes bei derartigen Kollisionen.

I.

Vom Notstand und der Kollision rechtmäßiger Interessen überhaupt.

1. Der Begriff des Notstands.

Man hat sich bisher meist mit einzelnen Arten des Notstands und insbesondere mit der strafrechtlichen Bedeutung dieser Arten beschäftigt,¹ dagegen dem Genus, zu welchem sie gehören, und dessen allgemeiner Bedeutung für das Rechtsleben nicht die gebührende Aufmerksamkeit zugewendet. Eine sachgemäße Behandlung der verschiedenen Arten wird aber nur gelingen, wenn man sich zuvor über die gemeinsame Natur derselben orientiert. Nur dann ist man in der Lage, den Speziesmerkmalen die ihnen zukommende Bedeutung zuzuerkennen.

Der allgemeine Charakter des Notstands besteht in einer Kollision von Interessen — das ist einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, daß die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des anderen — und zwar einer

¹ Über „Notstand im Civilrecht“ vgl. v. Tuhr, 1888.

Kollision rechtmäßiger Interessen, solcher Interessen, welche von der Rechtsordnung anerkannt und regelmäßig, normaler Weise unter ihren Schutz gestellt sind, rechtlich legitimer Interessen. Bei solcher Kollision rechtmäßiger Interessen handelt es sich um ein Stück der allgemeinen Aufgabe des Rechts — die Friedensformel für Interessentkollisionen zu finden — welches nur unvollkommen gelöst ist, weil die Rechtsordnung sich hier besonderen Schwierigkeiten gegenüber befindet, angesichts zweier ihres Schutzes würdiger Interessen, die sie an und für sich beide intakt wünscht, und von denen doch unter den gegebenen Verhältnissen nur eins gewahrt werden kann.

Erleichtert ist ihr die Stellungnahme, wenn auf Seite eines der Interessenten ein schuldhaftes Verhalten vorliegt. Auch hier kann eine Kollision rechtmäßiger Interessen gegeben sein: in dem Lebensinteresse des in Notwehr Erschlagenen ist ein rechtmäßiges Interesse verletzt. Aber hier entscheidet der Umstand, daß sich Recht und Unrecht gegenüberstehen; das sonst geschützte Interesse des Verletzten wird hier preisgegeben wegen des rechtswidrigen Verhaltens seines Trägers. Mit Rücksicht auf diese Besonderheit empfiehlt sich die Scheidung der Notwehr vom Notstandsbegriff, wie solche dem bisherigen Sprachgebrauche entspricht (vgl. § 191 E.). Daß trotzdem auch hier gleichartige Gesichtspunkte sich geltend machen, wird später zu zeigen sein. Gleiches gilt von der „Selbsthilfe“ (§ 193 E.), welche der defensiven Notwehr in aggressiver Hinsicht entspricht.

Wo aber diese besondere Qualifikation der Handlung des einen Interessenten nicht vorliegt, da ergibt sich für die Rechtsordnung eine ebenso schwierige wie bedeutsame Aufgabe. Wollte sie sich gegenüber solchen unvermeidbaren Zusammenstößen des Lebens neutral verhalten, so würde dies den Verzicht auf Lösung eines Teils ihrer Aufgabe und insoweit die Proklamation des Rechts des Stärkeren bedeuten. Und ein solches Verhalten ihrerseits ist um so weniger angängig, als derartige Konflikte gerade in neuerer Zeit in steigender Häufigkeit eintreten infolge der Zusammendrängung einer wachsenden Bevölkerung auf beschränktem Boden, infolge der intensiveren Ausnutzung des Eigentums, infolge der in ihren Einwirkungen weithin sich erstreckenden modernen Großbetriebe. Ihr liegt es vielmehr ob zu entscheiden, welches der widerstreitenden Interessen sich geltend machen darf auf Kosten des anderen, und beziehungsweise in welchem Umfang und um welchen Preis.

Der Name „Notstand“ weist aber noch auf ein weiteres Moment hin: auf das Vorliegen einer Not, einer Zwangslage, nicht bloß in dem Sinne, wie eine solche bei jeder Interessentkollision gegeben ist, daß nämlich die einem Interesse drohende Gefahr anders nicht abgewendet werden kann als durch Verletzung des fremden Interesses, sondern im Sinne einer (relativen) Nötigung zur Verletzung. Diese Nötigung bezieht sich auf die Wahl gerade dieser (nämlich der Verletzung des fremden Interesses) der beiden an sich möglichen Alternativen (Verletzung des fremden —

Nichtgeltendmachung des eigenen Interesses). Also Notstand gleich einer Situation, herbeigeführt durch die einem rechtmäßigen Interesse drohende Gefahr, welche nur unter Verletzung eines rechtmäßigen fremden Interesses abgewendet werden kann und deren Abwendung sich als eine gebotene darstellt, sodaß diese Situation sich insofern als eine Zwangslage bezeichnen läßt.

Eine solche Nötigung zur Verletzung kann sich aber ergeben sowohl aus einem subjektiven wie aus einem objektiven Gesichtspunkt.

Erstlich kann sie sich begründen in der subjektiven Bedeutung des im Spiel befindlichen Interesses für den Handelnden und der dadurch bewirkten Beschränkung seiner Entschließungsfreiheit, also in einer subjektiven Not. Hier ist entscheidend die absolute Bedeutung des Interesses; daher scheiden aus Fälle, wo dem Interesse nur ein geringfügiges Übel droht, und ebenso wird aus diesem subjektiven Gesichtspunkt eine Nötigung regelmäßig nur bei Gefahr drohenden positiven Schadens anerkannt werden können.

Zweitens kann eine solche Nötigung sich ergeben aus dem objektiven Wert des gefährdeten Interesses. Dieser objektive Wert kann im Sinne der Gesellschaft selbst eine Zwangslage zu begründen geeignet sein, indem das Interesse als ein so bedeutames aufgefaßt wird, daß seine Wahrung als notwendig, die Verletzung des gegenüberstehenden als unumgänglich empfunden wird. Es leuchtet aber von vornherein ein, daß, sowie wir den objektiven Gesichtspunkt einnehmen,

entscheidend nur die relative Bedeutung des Interesses sein kann, da die Werte, objektiv betrachtet, mögen sie in absoluter Betrachtung auch die höchsten sein, wenn sie gleichartigen gegenüberstehen, ja gegen einander aufzurechnen sind. Der absolute Wert vermag hier also keine Nötigung zu begründen und somit keine Entscheidung zu geben. Der Schwerpunkt liegt vielmehr auf dem vergleichsweisen Werte, und folglich ist der objektive Gesichtspunkt identisch mit dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit. Der absolute Wert macht sich jedoch daneben insofern geltend, als „Nötigung“ und „Notstand“ nicht anzuerkennen sind gegenüber der Gefahr eines geringfügigen Übels, und weiterhin insofern das in Frage stehende Interesse schon als ein sehr gewichtiges (zumal öffentliches) anerkannt sein muß, wenn die nicht zur Erhaltung und Verteidigung eines bestehenden Besitzstandes, sondern zur Verbesserung eines Zustandes, zur Erzielung eines Gewinns, eines Vorteils irgend welcher Art vorgenommene Verletzung als eine „gebotene“ empfunden und demgemäß als im „Notstand“ begangen anerkannt werden soll. Eine scharfe Grenze giebt freilich der Sprachgebrauch hinsichtlich der Fälle, wo es sich lediglich um *lucrum cessans* handelt, ebenso wie hinsichtlich der Abgrenzung jener geringfügigen Interessen, nicht an die Hand. Einer solchen kommt aber auch, wie sich später ergeben wird, eine erhebliche praktische Bedeutung nicht zu.

Der heute herrschende Sprachgebrauch in Bezug auf das Wort „Notstand“ schließt sich an die bezeichnete subjektive Auffassung an. Es findet dies seine

Erklärung darin, daß die Notstandsmaterie bisher im Strafrecht allein eine zusammenfassende Regelung erfahren hat, während außerhalb desselben nur vereinzelte, unter einander in keinen Zusammenhang gebrachte Bestimmungen über sie getroffen sind, dem Strafrecht aber seinem Wesen nach ein subjektiver Standpunkt eigen ist (vgl. unten). Wie dieser Umstand überhaupt von maßgebendem Einfluß auf die Behandlung der Materie in der heutigen Doktrin gewesen ist — wie sich später ergeben wird, — so hat in Anlehnung an diese subjektive Behandlung des Notstands im Strafgesetzbuch, begünstigt durch die vorzugsweise kriminalistische Behandlung, welche ihm infolge der wesentlich strafgesetzlichen Regelung bisher zu Teil geworden ist, auch ein Sprachgebrauch als der derzeit geläufige und insbesondere den Kriminalisten vertraute eingebürgert, welcher bei „Notstand“ an eine subjektive Not entsprechend dem charakterisierten subjektiven Gesichtspunkt denken läßt. Zu einer ausschließlichen Verwendung des Wortes in diesem Sinne besteht aber kein zwingender Anlaß, vielmehr schließt der allgemeine Sprachgebrauch seine Anwendung auf die oben skizzierte objektive Zwangslage keineswegs aus. Belege hierfür bieten die „Notstandsverordnung“ und der Gebrauch dieses Ausdrucks in § 863 C. I in Bezug auf die Lage desjenigen, der einen Notweg beansprucht. Bezeichnend ist auch die Definition, welche neuerdings Regelsberger vom Notstand gibt: er sieht einen solchen stets als vorliegend an, „wenn ein gefährdetes Gut nur durch Aufopferung eines minderwertigen erhalten

werden kann.“¹ Auch hier ist das Wort angewendet mit Rücksicht auf objektiv bestimmte Situationen, ganz unabhängig von dem subjektiven Druck, unter welchem eine einzelne Person steht.

Es scheint mir aber wesentlich, dem Ausdruck diese Beziehung auf Situationen, in welchen die im Spiel stehenden Werte und deren Verhältnis zu einander eine Nötigung zur Handlung begründen, zu wahren, denn die Fixierung und einseitige Vorherrschaft des erst-erwähnten Gebrauchs hat eine richtige Erfassung der bei Kollisionen sich ergebenden Probleme — Rechtmäßigkeit der Handlung, Ersatzpflicht der Handlung — erschwert.

Im Folgenden soll versucht werden, an der Hand der verschiedenen Kategorien hierhergehöriger Kollisionsfälle die Bedeutung dieser Gesichtspunkte genauer zu erkennen und das Verhältnis, in welchem sie im Bereiche der Gesetzgebung Geltung gefunden haben und bezw. Geltung fordern. Wir gehen bei unserer Betrachtung vom Strafrecht aus, als bisheriger *sedes materiae* und hauptsächlichem Gegenstand der einschlägigen wissenschaftlichen Behandlung.

2. Strafrecht und Civilrecht in ihrem Verhältnis zum Notstand.

In § 54 und 52 des Strafgesetzbuches ist bekanntlich für den Strafausschluß in Notstandsfällen erfordert

¹ „Pandecten“ S. 635. Regelsberger hat offenbar nur civilrechtliche Bestimmungen vor Augen (wie die Kriminalisten häufig nur die strafrechtlichen). Das spezifische Moment der „Not“, der Zwangslage, ist hier ganz unberücksichtigt gelassen.

eine Gefahr für „Leib oder Leben“ und zwar „des Thäters oder eines Angehörigen“. Dem Wert des im gegebenen Fall dem gefährdeten Interesse gegenüberstehenden und durch den Thäter verletzten Interesses wird keine Beachtung geschenkt. Hieraus und aus der Abgrenzung der gefährdeten Güter und der zu ihrer Verteidigung legitimierten Personen ergibt sich, daß das Gesetz auf dem erstbezeichneten subjektiven Standpunkt steht. Es betrachtet als entscheidend die Stärke der Motive, welche sich in der Gefahr des drohenden Übels begründen, verlangt eine subjektive Not, eine durch das drohende Übel bewirkte Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit des Bedrohten.

Weitere Fälle von Notstand, in denen ebenfalls der subjektive Gesichtspunkt sich geltend macht — daß nicht er allein, darauf wird später zurückzukommen sein — enthält das Strafgesetzbuch in den Bestimmungen über die zum Schutze des Eigentums herbeigeführte Überschwemmung (§ 303 Abs. 2) und das in § 148 qualifizierte Münzdelikt: hier wie dort hat ein Notstand Berücksichtigung gefunden, indem wegen der Art und Stärke der Motive, weil ein an sich legitimes Interesse hier das Motiv bildet, eine mildere Bestrafung eintritt.¹

Wie das subjektive Moment in den bisher be-

¹Wenn art. 135 code pénal in der milden Auffassung des betreffenden Münzdelikts mit Rücksicht auf den vorliegenden Notstand noch weiter geht und statt der sonst angedrohten travaux forcés bloße Geldstrafe eintreten läßt, so scheint mir diese Behandlung noch entsprechender.

iprochenen Gesetzesbestimmungen einen Einfluß übt bei rechtswidrigen Handlungen zur Wahrung an sich rechtmäßiger Interessen, so kann dasselbe eine Bedeutung gewinnen auch bei Geltendmachung gefährdeter rechtswidriger Interessen, also außerhalb unseres Notstandsbegriffs. So ist das Interesse, sich oder einen Angehörigen einer verwirkten Strafe zu entziehen, niemals rechtmäßig. Trotzdem schenkt das Recht diesem Interesse in Kollisionsfällen eine Berücksichtigung (in § 157, 1 und 2; 257, Abs. 2), im Hinblick auf die Stärke und (bei Verwandten) den an sich moralischen Charakter der Motive. Wenn sonach auch hier dieselbe Berücksichtigung der Motive eingreift, so erscheint doch die Sonderung dieser Fälle vom „Notstand“ als gerechtfertigt, da die Fragen, die sich, abgesehen von den rein strafrechtlichen, hinsichtlich der oben als Notstand qualifizierten Kollision rechtmäßiger Interessen ergeben (Rechtmäßigkeit der Handlung? — Ersatzpflicht der Handlung?), hier gar nicht entstehen können.

An die Bestimmungen des Strafgesetzbuches ist eine eigenartige des Militärstrafgesetzbuchs (§ 130) zu reihen. Als Plünderung wird es nicht angesehen (und unterliegt also keiner Bestrafung), wenn die Aneignung nur auf Lebensmittel, Bekleidungsgegenstände, Heizungs- und Fourage sich erstreckt und nicht außer Verhältnis zu dem vorhandenen Bedürfnis steht. Der beschränkte Kreis der Gegenstände, welche die elementaren Lebensbedürfnisse darstellen, weist auf eine Notlage hin und die Aneignung darf nicht mehr um-

fassen, als zur Befriedigung dieser Bedürfnisse wirklich notwendig ist.

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß im heutigen Strafrecht der subjektive Gesichtspunkt hinsichtlich der Regelung der Notstandsfälle der beherrschende ist. Die Abgrenzung strafloser Notstandshandlungen gegenüber strafbaren, wie sie sich gemäß diesem subjektiven Gesichtspunkt aus den angeführten Paragraphen ergibt, ist aber zweifellos eine unbefriedigende, worüber bei der großen Mehrzahl der Schriftsteller keine Meinungsverschiedenheit besteht.

Sie ist unbefriedigend erstlich, insofern zahlreiche Fälle außerhalb dieser Grenze liegen, wo eine Bestrafung unserem Rechtsgefühl unbedingt widerstreitet. Unser Rechtsgefühl empfindet die zur Rettung der persönlichen Freiheit — der im Hause eines Dritten widerrechtlich Eingesperrte befreit sich durch Erbrechen der Thüre —, der Ehre — der fälschlich in den Verdacht eines Diebstahls Geratene erbricht zum Nachweise seiner Unschuld den ihm verschlossen anvertrauten Koffer —, der wirtschaftlichen Existenz oder überhaupt beachtlicher Vermögensinteressen — vgl. die früheren Beispiele vom Brand des Hauses — oder die zur Lebensrettung eines Dritten, auch nicht Angehörigen¹ vor-

¹ Vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches trug sich in Hessen folgender Fall zu: Bei einem Turnfest verletzt sich ein Turner schwer, schnelle Hilfe thut Not und da kein Arzt zur Stelle ist, verlangen seine Genossen den Wagen eines Wirts, um den Verletzten nach dem nächsten Orte zu fahren. Der Wirt verweigert sein Gefährt, weil seine Pferde eben von einer

genommene Handlung als den in den §§ 54, 52 privilegierten Handlungen — unter den gleichen Voraussetzungen — gleichgeartet und daher auch die gleiche Behandlung heischend.

Zu einem völlig absurden Zustand führt die Strafbarkeit derartiger Notstandshandlungen, wenn gleichzeitig die Erfaktpflicht in solchen Fällen mangels eines Verschuldens des Handelnden verneint wird, wie dies seitens des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 12. Oktober 1881 hinsichtlich der zur Freimachung eines Schiffs erfolgten Zerstörung eines Telegraphenkabels, welcher sich um den Anker des Schiffs verwicklungen hatte, geschehen ist.¹

Das zweifellose Verhalten des Rechtsgefühls gegenüber einer Bestrafung der bezeichneten Handlungen ist aber beweisend für die Einseitigkeit des subjektiven Standpunktes, der in den hervorgehobenen Fällen offenbar versagt. Speziell beim unbeteiligten Dritten zeigt sich seine Unzulänglichkeit in evidenter Weise, denn dieser Dritte ist in keiner Not im subjektiven Sinne,

weiten Fahrt zurückgekehrt seien. Die Turner bemächtigen sich eigenmächtig des Wagens und spannen die Pferde ein. Nach geltendem Recht würde ihnen Bestrafung drohen wegen qualifizierten Hausfriedensbruches, Sachbeschädigung und Nötigung. — Soll in derartigen Lagen der Handelnde darauf hingewiesen werden, erst zu prüfen ob es sich um einen Angehörigen im Sinne von § 52 Absatz 2 des Strafgesetzbuches handelt, dem er das Leben retten will, und ob demgemäß seine Handlung strafflos ist?

¹ „Entscheidungen in Zivilsachen“ Bd. V. 161 ff.

von einer Beschränkung der Entschliessungsfreiheit kann bei ihm keine Rede sein, da er selbst nicht von einem Übel bedroht ist; ¹ für seine Rechtfertigung kann daher nur ein objektiver Gesichtspunkt entscheidend sein. Für unsere Beurteilung macht sich also unabhängig von jeder Modifikation der Entschliessungsfreiheit der objektive Wert des bedrohten Interesses als relevant geltend.

Jene Abgrenzung ist ferner unbefriedigend, insofern sie Fälle einschließt, wo umgekehrt die Strafllosigkeit unserem Rechtsgefühl widerstreitet. Hat doch schon v. Wächter ² in Bezug auf das sächsisch-thüringische Strafrecht erklärt: „Unmöglich kann man annehmen, daß das Gesetz bei jeder, auch der unbedeutendsten Gefährdung des „Leibes“, z. B. bei einer Drohung mit einem Schlag über den Rücken, jede, auch die schwerste Verletzung eines unschuldigen Dritten für straflos erklären wollte. Vielmehr wird man . . . die dem „Leib“ drohende Gefahr . . . da-

¹ Man streitet darüber, wer „im Notstande“ ist. Nach dem Strafgesetzbuch stets der Handelnde, weil er überall als der, sei es direkt, sei es — als Angehöriger — indirekt Bedrohte aufgefaßt ist. Den unbeteiligten Dritten kennt das Gesetz eben nicht; dieser ist in keiner subjektiven Not, in welcher sich vielmehr der Gefährdete befindet, wohl aber in einer objektiven Zwangslage. Die ganze Frage hängt zusammen mit dem subjektiven Standpunkt; für den objektiven fragt es sich nur: ob eine Zwangslage vorliegt und ob die Handlung in dieser Zwangslage wurzelt.

² „Das Königl. Sächsische und das Thüringische Strafrecht“ S. 367.

hin begrenzen müssen, daß . . . die drohende Verletzung . . . mit der Art und Größe des Unrechts durch das man ihr entgehen könnte, in einem Verhältnis stehen müßte.“ Die mit dem subjektiven Standpunkt notwendig verbundene Ignorierung dieses Wertverhältnisses der in concreto sich gegenüberstehenden Interessen zeigt wiederum dessen Unzulänglichkeit. Sowie dagegen der objektive Wert des bedrohten Interesses als maßgebend ins Auge gefaßt wird, da ist hiermit zugleich die Berücksichtigung des objektiven Wertes auch des kollidierenden Interesses gegeben, denn es springt sofort in die Augen, daß ich nicht mein Taschenmesser retten darf auf Kosten eines Menschenlebens! Im Übrigen verweise ich auf die späteren Ausführungen über den objektiven Gesichtspunkt.

Das Unbefriedigende einer solchen nach dem subjektiven Gesichtspunkt erfolgenden Grenzziehung zwischen straflosen und strafbaren Notstandshandlungen liegt denn auch mancherlei Versuchen auf theoretischem wie auf praktischem Gebiete zu Grunde, den §§ 54 und 52 im Einklang mit dem hier als richtig bezeichneten, einerseits ein umfassenderes, andererseits ein engeres Anwendungsgebiet zu geben.

So dehnt Binding¹ diese Paragraphen sowohl auf andere Gefahren als die „Leib oder Leben“ drohenden aus, wie er auch das Erfordernis der Verhält-

¹ „Handbuch“ S. 771, 774. „Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts“ 4. Aufl. S. 127.

nismäßigkeit subintelligiert. Aber eine derartige Behandlung des Gesetzes entgegen seinem bestimmten Wortlaut lediglich auf Grund der ja durchaus zutreffenden Erwägung, daß es ohne dieselbe zu „den sinnlosesten Folgerungen“ führt, kann nicht als zulässig betrachtet werden. (Vgl. A. Merkel in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. VI, 504 — G. Meyer „Lehrbuch“ 341). Binding substituiert hier seine Ideen denjenigen des Gesetzgebers. Gerade die enge und beinahe peinlich ängstliche Abgrenzung des Strafgesetzbuches und die formell getrennten und auch inhaltlich (wegen der in § 54 geforderten „Unverschuldetheit“) nicht ganz übereinstimmende Behandlung der Fälle in § 52 und in § 54, wie auch die Entstehung derselben in Anlehnung an Bestimmungen der älteren deutschen Strafgesetzbücher weisen klar darauf hin, daß das Gesetz den Notstand nicht als allgemeinen und einheitlichen Strafausschließungsgrund anerkennen wollte. Dem subjektiven Gesichtspunkt, der diesen Bestimmungen zweifellos zu Grunde liegt, entspricht ferner gerade die besprochene Art der Begrenzung der straflosen Notstandsfälle im Gesetze; die angebliche analoge Ausdehnung, welche Binding zu seinem Zwecke benützt, erscheint daher in Wahrheit gar nicht als eine solche, vielmehr als Anwendung eines neuen, jenen Paragraphen fremden Gesichtspunktes.

Aus dem gleichen Grunde ermangelt die Entscheidung des Ober-Tribunals¹ der gesetzlichen Grundlage,

¹ „Die Rechtsprechung des Ober-Tribunals in Strafsachen“ hrsgg. von Oppenhof Bd. XVIII S. 261 f.

welche unter Ausdehnung des § 54 auf Vermögensinteressen denjenigen für „im eigentlichen Notstand“ befindlich und deshalb straffrei erklärt, der Gift auf sein Grundstück gelegt und dadurch den Tod der Hühner des Nachbarn vorsätzlich herbeigeführt hatte, vorausgesetzt nur, daß es ihm an einem anderen Mittel zur Erreichung seines Zweckes fehlte.¹

Ebenso unmöglich wie Bindings Auslegung ist es, den in den „Motiven“ zum § 52 enthaltenen Satz, daß „das geringere Recht dem größeren weichen müsse,“ obwohl derselbe im Gesetz absolut keinen Ausdruck gefunden hat, als geltendes Recht zu erachten, wie dies Oppenhof zu § 54 n. 7 und Simonson (Ztschr. f. d. gef. Strafrechtswissensch. V, 388) thun.²

Bei derartigen Versuchen, dem was gesunder Verstand und Rechtsgefühl hier verlangen auf interpretativem Wege gerecht zu werden, hat man ebenso wie bei dem häufig hervorgetretenen Verlangen einer Umbil-

¹ Über die Behandlung des ganz analogen Falles durch die Oldenburger Gerichte s. später.

² Als charakteristisch sei noch hervorgehoben, daß der gleiche Versuch der Hineintragung des dem Gesetze unbekanntem Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit, wie er jetzt gegenüber § 54 gemacht wird, auch schon den alten Partikularstrafgesetzen gegenüber — meist in Interpretation des gesetzlichen Ausdrucks „Leib“ — unternommen wurde. Der entsprechende Versuch gegenüber dem sächsisch-thüringischen Recht seitens v. Wächters ist bereits oben angeführt; ähnlich gegenüber dem hessischen Recht Dreidenbach („Kommentar“ S. 532) und gegenüber dem „Kriminalgesetzbuch für Hannover“ Leonhardt („Kommentar“ S. 366).

ding der Notstandsparagraphen des Strafgesetzbuches den eigentlichen Sitz des Übels nicht erkannt und daher den richtigen Weg zum Ziel verfehlt. Der Fehler liegt nicht im Bereiche der spezifisch strafrechtlichen Behandlung der Materie, sondern vornehmlich im Bereiche des bürgerlichen Rechts, darin, daß der civilrechtliche und überhaupt der rechtliche Unterbau des Strafrechts bezüglich derselben nicht genügend ausgebaut ist. Man vollende diesen, dann werden die Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu keinen Klagen mehr Anlaß geben. Diejenigen Fragen, die dann noch von diesem ihre Erledigung fordern, werden dieselbe mit Recht dem subjektiven Gesichtspunkte gemäß in diesem Gesetze finden.

Zweierlei Unklarheiten verknüpfen sich in ihren Wirkungen bezüglich der Behandlung der Notstandsfälle und charakterisieren den Stand der Dinge auf legislativem, richterlichem und theoretischem Gebiete.

Die erste betrifft das Verhältnis der Frage, ob eine Notstandshandlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, zu der Frage, ob eine rechtswidrige Notstandshandlung strafrechtlich entschuldbar sei, und die Gesichtspunkte, welche bezüglich dieser beiden Fragen maßgebend zu sein haben.

Die andere das Verhältnis der Frage, ob eine Notstandshandlung rechtmäßig oder rechtswidrig sei, und der Frage, ob sie eine Ersatzpflicht begründe. Dieses Verhältnis soll uns im Teil II beschäftigen.

Die Notstandsparagraphen des Strafgesetzbuches betreffen lediglich die Frage der Entschuldbarkeit einer

Notstandshandlung. Für rechtmäßige und rechtlich gleichgültige¹ Handlungen bedarf es keiner Berufung auf sie, sondern nur für Handlungen, welche in eine fremde Sphäre rechtswidrig eingreifen.

Und für die Frage, ob letzteres der Fall sei oder nicht, ist den Notstandsparagraphen keine Entscheidung zu entnehmen. Wenn ich, um mein Leben zu retten, eine Sache zerstöre, so ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig sei, nicht nach jenen Paragraphen, sondern nach Civilrecht zu entscheiden, und wenn die Frage bejaht wird, so kommt das Strafgesetzbuch mit seinen Notstandsparagraphen nicht in Betracht. Dies sein Verhältnis zur Frage der Rechtmäßigkeit ist ein allgemeines. Der subjektive Gesichtspunkt, auf welchen diese Paragraphen, wie gezeigt wurde, zurückgehen, ist gänzlich ungeeignet, die Grenze zwischen verschiedenen Rechtsphären und also die Entscheidung darüber, wann eine rechtliche Grenzüberschreitung vorliege, an die Hand zu geben. Für die Frage, ob die Integrität einer Sache oder eines menschlichen Körpers in Ausübung eines Rechts oder mit Verletzung eines Rechts zerstört worden sei, ist es völlig gleichgültig, wie stark die subjektive Macht des Beweggrunds zur Handlung gewesen ist und ob der Handelnde etwa eines besonderen Heroismus bedurft hätte, um sie zu unterlassen. Es ist deshalb ebenso wenig daran zu denken, daß jene Paragraphen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über erlaubte Selbsthilfe ausdehnen, wie daran,

¹ Insoweit solche überhaupt anzuerkennen sind vgl. später.

daß sie dieselben — wie die Berufungsschrift der Staatsanwaltschaft in dem in der „Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege im Großherzogtum Oldenburg“ Bd. XVII S. 357 ff. mitgeteilten Falle als möglich annimmt¹ — beschränken sollen.

Die citierten Notstandsparagrafen sagen also wann ein Eingriff in eine fremde Rechtsphäre um subjectiver Not willen entschuldigt werden soll; sie setzen Rechtswidrigkeit voraus und erklären, daß das Strafrecht daraus für sein Gebiet unter den angegebenen Bedingungen keine Konsequenzen ziehen wolle.

Mit der Frage nun, wann eine rechtliche Grenzüberschreitung vorliege, bezüglich welcher der Entschuldigungsgrund des Notstands in Betracht kommen könne, sehen wir uns vor allem auf das Civilrecht hingewiesen; dessen Aufgabe ist es ja, die Rechtsphären der Individuen gegeneinander abzugrenzen. Freilich findet

¹ Siehe S. 364: „Es ist überhaupt fraglich, ob für die strafrechtliche Beurteilung einer Handlung civilrechtliche Normen dann zu beachten sind, wenn das Strafrecht über den gleichen Gegenstand abweichende und zwar den Notstand beschränkende Rechtsätze enthält“; und S. 368 die Ausführung, daß der Glaube des Angeklagten an eine vermeintliche Befugnis zur Handlung ihm nur dann zu Gute kommen könne, „wenn man die objektive Widerrechtlichkeit der Handlung als eine nach den Sätzen des Civilrechts zu entscheidende ansieht; dagegen nicht, wenn man die strafrechtlichen Bestimmungen des § 54 St. G. B. als für die Beurteilung der objektiven Widerrechtlichkeit maßgebend hält.“ Letztere Auffassung wird hier also als eine durchaus mögliche, ja nach Auffassung der Staatsanwaltschaft offenbar als die zutreffende hingestellt.

dieses, wie auch die meisten Teile des öffentlichen Rechts, Ergänzungen im Strafgesetzbuch. Dies stellt hier wie überhaupt ein Supplement des geltenden Rechts dar. Wie privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Befugnisse und Pflichten sich begrenzen, das ergibt sich uns häufig in erschöpfender Weise nur unter Benutzung des Strafgesetzbuches. Aber die spezifisch strafrechtliche Aufgabe liegt nicht in dieser Ergänzung. Und die hier ins Auge gefaßten Notstandsparagraphen enthalten nichts dieser Art. Der darin zur Anwendung gelangte Gesichtspunkt schließt jede Beziehung desselben auf jene stellvertretende Arbeit und jede Brauchbarkeit hierfür aus. Deshalb ändern sie nichts an der aus anderen Rechtsbestimmungen sich ergebenden Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit im Notstand begangener Handlungen. Sie rücken diese Handlungen daher auch nicht in ein Mittelgebiet zwischen Recht und Unrecht, wie manche anzunehmen scheinen. Man lehrt nämlich öfters, Notstandshandlungen seien weder rechtmäßig noch rechtswidrig, sondern „unverboten“. So Binding „Handbuch“ S. 765; v. Liszt (6. Aufl. S. 124): „Die Rechtsordnung, ihrer Ohnmacht bewußt, läßt gewähren“ „nicht bloß die Strafbarkeit, sondern die Rechtswidrigkeit wird durch den Notstand ausgeschlossen“ — trotzdem „zweifellos keine Einräumung eines Notrechts“; Unger „Handeln auf eigene Gefahr“ S. 27.^{1 2} Hinsichtlich der Be-

¹ Ebenso neuestens Finger („das Strafrecht“ 1894 S. 241), aber sehr mißverständlich: „Notstand ist die Lage eines

gründung dieser Auffassung, ob dieselbe aus den citierten Bestimmungen des Strafgesetzbuches oder aus anderen Gesetzen oder aus der „Natur der Sache“ sich ergeben soll, gehen freilich die bezüglichlichen Autoren, soweit sie darüber überhaupt Auskunft geben, auseinander. Auch ist nicht bestimmt zu ersehen, in

eines Menschen, in welcher er nur durch eine verbotene Handlung ein Rechtsgut retten kann. Bei der Notwehr steht Unrecht dem Rechte gegenüber; bei dem Notstande stehen rechtlich geschützte Interessen gegen einander, daher ist die Notwehr . . . berechtigte Handlung, die Notstandshandlung lediglich unverbundene Handlung“.

² Auch bei Ihering („Zweck im Recht“, S. 250) findet sich der Ausspruch „Im Notstand hört das Recht auf“. Aber an späterer Stelle spricht er von einem „Recht des Notstands“, einem „mit dem Notstand gegebenen Notrecht“ (424, 425), und konstatiert, daß dieses Notrecht „in allen neueren Rechten und Staatsverfassungen mehr oder weniger in gesetzliche Form gebracht ist“. Ist dies aber der Fall, so läßt sich doch wohl nicht behaupten, „das Recht“ höre in solchen Kollisionen auf, sondern nur: die für die normalen Verhältnisse bestimmten Rechtsatzungen, an deren Stelle hier eben ein Sonderrecht tritt. — Auch in dem öfters herangezogenen Worte „Not kennt kein Gebot“ liegt doch jedenfalls die Aufforderung an das Recht ausgedrückt, zu solchen Notfällen Stellung zu nehmen, ihrer Besonderheit Rechnung zu tragen, seine Gebote entsprechend zu beschränken. Vgl. auch Hälshner (Preussisches Strafrecht II, 274): „Es ist die wesentliche Aufgabe des Rechts . . . auch die Kollisionen verschiedener Rechte rechtlich zu lösen. Am wenigsten kann das Sprichwort „Not kennt kein Gebot“ in dem Sinne als richtig anerkannt werden, daß Fälle eintreten könnten, in welchen das Recht sich ohnmächtig erweise, um seiner Aufgabe genügen zu können“.

welchem Umfange dies für Notstandshandlungen gelten soll. Auf alle kann man es unmöglich beziehen wollen. Wenn jemand zum Schutze seines Eigentums eine gemeingefährliche Überschwemmung herbeiführt, so handelt er im Notstand, aber soll deshalb seine Handlung in ein rechtlich neutrales Gebiet fallen, ein rechtliches *ἀδιάφορον* sein? Die Handlung wird ja bestraft, also als rechtswidrig vorausgesetzt! Aber die ganze Auffassung ist abzulehnen. Die Notstandshandlungen fallen so wenig wie sonstige Kollisionsfälle zwischen rechtmäßigen Interessen in einen rechtsleeren Raum. Ein solcher läßt sich wohl überhaupt nur für gewisse Handlungen des Individuums, welche lediglich gegen es selbst gerichtet sind, behaupten, insofern hier zuweilen eine Handlung, die nicht (im geläufigen Sinne) „verboten“ ist, von Dritten willkürlich verhindert werden darf, also auch nicht „erlaubt“ in dem betonten Sinne (wobei wir zugleich an den rechtlichen Schutz denken) ist, indem das Recht diese Handlung nicht unter seinen Schutz nimmt. Ein typisches Beispiel bietet der Selbstmord. Sowie es sich dagegen um einen Eingriff in die Sphäre eines Dritten handelt (und entsprechend, sobald ein öffentliches Interesse im Spiel ist¹⁾, da erhebt sich sofort die Frage: Hat dieser Dritte ein Verteidigungsrecht? Und wenn

¹ Mir ist aus Mühlhausen i. G. der Fall bekannt geworden, daß dort ein Mann, der sich in den öffentlichen Anlagen aufgehängt hatte, aber von einem Vorübergehenden abgeschnitten und von einem Schutzmann protokolliert worden war, wegen „groben Unfugs“ mit einem Tage Haft bestraft wurde.

ihm dieses zugesprochen wird, so liegt darin die rechtliche Mißbilligung der Handlung und damit die Aufhebung ihrer Rechtmäßigkeit.

Was vom Recht nicht verboten, das ist damit — abgesehen von der oben erwähnten Ausnahme — ohne weiteres rechtlich erlaubt, das heißt die nicht verbotene Willensbethätigung findet einen (sei es nun mehr oder weniger ausgebildeten) Schutz gegen Hemmungen durch Dritte.¹ Das rechtlich Verbotene aber kann möglicherweise strafgesetzlich entschuldigt sein; damit fällt es unter ein Sonderrecht, Sonderrecht bleibt aber doch immer Recht. Binding (S. 764) erklärt freilich die Auffassung, „es sei die Notstandsverletzung Delikt, aber mit Strafe zu verschonen, schlechthin für „in sich widerspruchsvoll“. Aber er überfieht dabei die Möglichkeit von *leges minus quam perfectae*. Es scheint mir

¹ Nicht alles natürlich, was erlaubt, ist subjektives Recht (individualisirte rechtliche Macht). — Wach (im „Gerichtssaal“ 25 S. 443) sagt: „Die unsittliche That ist als solche im Staate nicht erlaubt, denn nirgends befindet sie sich im Einklang mit dem positiven Willen des Staates, und dennoch nicht verboten“. Aber ich glaube nicht, daß der Sprachgebrauch uns nötigt, den Ausdruck „erlaubt“ zu beschränken auf Handlungen, die sich „im Einklang mit dem positiven Willen des Staates befinden“. (Es ist mir doch gewiß „erlaubt“, Abends um 6 Uhr zu Mittag zu essen, darf mich doch Niemand an diesem Vorhaben verhindern — aber „mit dem positiven Willen des Staates“ hat dies doch an sich nichts zu thun.) Und sodann: Wie oft stellt sich die Ausübung eines Rechts als „unsittliche That“ dar — deshalb bleibt sie aber doch Rechtsausübung.

keineswegs ein Widerspruch zu sein, daß die Strafe — die doch ihre besonderen Voraussetzungen hat — bei einer Handlung entfällt, im Übrigen aber (hinsichtlich Notwehr, strafbarer Teilnahme, Ersatzpflicht) diese Handlung als eine normwidrige behandelt wird.¹ Damit, daß eine Handlung vor dem Forum des Strafgesetzbuches entschuldigt wird, ist sie doch nicht aus der Sphäre des Rechts überhaupt herausgerückt. Alle Fragen, die sich hinsichtlich des Notstands ergeben — ist Notwehr zulässig? ist Beihilfe strafbar? verpflichtet die Handlung zur Entschädigung? — sind nach dem Recht zu entscheiden. Unmöglich kann man daher die Notstandshandlung als eine „rechtlich gleichgiltige Handlung“ bezeichnen (so v. Liszt, 4. Aufl. S. 152, Finger 241). Die Entscheidung über diese Fragen — Zulässigkeit der Notwehr, Möglichkeit strafbarer Teilnahme, auch die Ersatzfrage — verlangt eine Entscheidung über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung.

Da die Ersatzpflicht im Sinne der herrschenden Lehre prinzipiell abhängig ist vom Verbotensein der Handlung, so läßt sich die Ersatzfrage nicht so, als in keinem Zusammenhang mit der rechtlichen Natur der Notstandshandlung stehend, von der Hand weisen, wie

¹ Bgl. auch die klare Auseinanderhaltung von bloß entschuldigter Rechtswidrigkeit und Umständen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, in dem Reichsgerichtsurteil in „Entscheidungen in Zivilsachen“ XXI, 296 (betreffend Notwehr und Notwehrerzetz).

dies seitens Bindings (§. 765 Anm. 30) geschieht. Hinsichtlich der Fragen der Zulässigkeit der Notwehr und der Möglichkeit strafbarer Teilnahme aber tritt die Unklarheit der bekämpften Ansicht praktisch zu Tage, indem ihre Vertreter die entgegengesetzten Konsequenzen aus ihr für die Beantwortung dieser Fragen ziehen! Binding (§. 766, 786) bejaht sie, v. Liszt verneint sie. Wenn letzterem von Binding (765 A. 30) zutreffend vorgehalten wird, daß, da er Notwehr verneint, er konsequenterweise die Notstandshandlung als rechtmäßig anerkennen müsse, so kann man Binding selbst mit demselben Rechte entgegenhalten, daß, da er Notwehr zuläßt, er die Notstandshandlung damit doch als einen „rechtswidrigen“ Angriff im Sinne des § 53 Str. G. B. anerkennt.

Die Notstandsparagraphen des Strafgesetzbuches setzen also rechtswidrige Handlungen voraus und machen in Not erfolgende Eingriffe in eine fremde Rechtsphäre von sich aus nicht rechtmäßig. Soweit diese daher nicht aus anderweiten Rechtsquellen für sich eine Rechtfertigung herleiten können, sind die Grundsätze über Rechtsverletzungen überhaupt und über die bezügliche Art von Rechtsverletzungen auf sie zur Anwendung zu bringen. So u. a. die Grundsätze des Notwehrrechts und der strafbaren Teilnahme.

Nun ist aber leicht zu zeigen, daß dies bei zahlreichen Notstandshandlungen, und zwar sowohl solchen, bei welchen eine Not der in § 54 St. G. B. vorausgesetzten Art vorliegt, wie bei anderen, dem Rechtsgefühl schlechthin widerstreiten würde: Ein in Gefahr

des Ertrinkens Schwebender hält sich an einem fremden Kahn fest, der darin befindliche Eigentümer stößt ihn, ohne daß er selbst gefährdet ist, also frivoler Weise, aber in Verteidigung seines ausschließlichen Rechts auf den Kahn, ins Wasser zurück. Soll jene Notstandshandlung im Ernste als rechtswidrig, diese Abwehr als rechtmäßig (Notwehr) gelten? Ich will über ein fremdes Grundstück laufen, um an einen Teich zu gelangen und dort ein ertrinkendes Kind zu retten, der Eigentümer des Grundstücks stößt mich in Verteidigung seines Eigentumsrechtes gewaltsam zurück. Ein verirrter Wanderer sucht in kalter Winternacht Unterkunft in einem Hause; dessen Eigentümer wehrt ihm den Eintritt und bringt ihm bei dieser Abwehr eine Verwundung bei. Ortolan (in „Elements du droit pénal“) erzählt den Fall, daß ein aus einem brennenden Hause Stürzender eine Wasserkanne ergreift, um seine vom Feuer erfaßten Kleider zu löschen, der Wasserträger ihn aber hieran gewaltsam verhindert. Bei einem plötzlich ausbrechenden Brande läuft ein Hausbewohner nackt auf die Straße.

Wenn das Recht derartige Notstandshandlungen als Rechtsverletzung, als Unrecht, den Widerstand gegen dieselben folgeweise als rechtmäßig betrachtet wissen wollte, so ließe sich darin doch nur eine traurige Pedanterie finden. Deshalb stimme ich in der Beurteilung der Auffassung, welche den Notstandsbestimmungen der Vorentwürfe eines schweizerischen Strafgesetzbuches (s. unten) zu Grunde liegt: „Zunächst ist daran festzuhalten, daß der, der im Notstand handelt,

unter keinen Umständen ein Recht ausübt“¹ durchaus überein mit v. Viszt, welcher dieselbe als „dem kleinsten Polizeigeist entsprungen“, als einen „Nachtwächterzopf“ verspottet.²

Aber eine Hülfe ist hier nach Lage des bestehenden Rechts, wie gesagt, nicht dem Strafgesetzbuch abzugewinnen. Das Civilrecht, nicht das Strafrecht, muß uns sagen, ob die Vermögensrechte in dem Sinne als unbegrenzte zu gelten haben, daß Eingriffe wie die erwähnten überall als rechtswidrige anzusehen, oder ob sie Interessen gegenüber, wie sie in den angegebenen Fällen im Spiele stehen, als beschränkt zu denken seien. Sind aber derartige Handlungen nach Civilrecht als rechtmäßig zu betrachten, so entfällt ohne weiteres die Frage nach ihrer Strafbarkeit, gleichviel ob sie im Übrigen die Merkmale der im Strafgesetzbuch behandelten Notstandsfälle an sich tragen oder nicht. Mit ihrer Rechtmäßigkeit ist ihre Straflosigkeit von selbst gesetzt, wie umgekehrt mit der Strafbarkeit ihre Rechtswidrigkeit.

Auch dieses Verhältnis ist freilich weit entfernt, überall deutlich erfaßt zu sein. Man vergleiche die

¹ „Motive“ vom Jahre 1893, S. 32. — Im schroffsten Gegensatz hierzu die „Motive“ des norwegischen Strafgesetzentwurfes (S. 95), nach denen die Verleugnung eines Notrechts — speziell für Kollisionen zwischen Leben und Eigentum — „der Moral und dem gesunden Menschenverstand ins Gesicht schlagen würde“.

² Im „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik“ VI, 412.

Gründe des bereits angezogenen Urteils des Reichsgerichts vom 12. Oktober 1881, wo angenommen wird, daß eine Notlage das Zerschneiden eines Telegraphenkabels durch den Schiffer civilrechtlich zu einer gerechtfertigten Handlung machen und die Ersatzpflicht in Wegfall bringen könne, auch wenn diese Notlage dem Strafgesetzbuch gegenüber nicht in Betracht komme, die Handlung daher strafbar sei.¹

Für das Civilrecht und die in Betracht kommenden Teile des öffentlichen Rechts nun kann bei Abgrenzung der Rechtssphären und Entscheidung von Kollisionen zwischen den berechtigten Interessen verschiedener Subjekte nicht der im Obigen charakterisierte subjektive Gesichtspunkt maßgebend sein — wäre es doch ein Widerspruch, in den subjektiven Zuständen eines der einander gegenüberstehenden Interessenten die Norm für die Festsetzung der objektiven Grenzen ihrer Berechtigungen zu finden — sondern nur ein objektiver. Was Ihering² in Beziehung auf die Verhältnisse benachbarter Grundeigentümer betont: „Die Statt-

¹ 1. cit. S. 162 f. Die Handlung soll auf Grund der römischen Quellenstellen rechtmäßig sein, woraus das Reichsgericht die Ersatzfreiheit folgert; an dieser civilrechtlichen Erlaubtheit ändere das strafgesetzliche Verbot nichts: „es erscheint unerheblich, ob der Kapitän sich einer Übertretung des Strafgesetzbuches schuldig gemacht hat“ . . . „es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber durch seine strafrechtliche Bestimmung in das Gebiet des Civilrechts hat eingreifen wollen“. — Vgl. gegen diese Entscheidung auch Wendt „Pandekten“ S. 192.

² In seinen „Jahrbüchern für Dogmatik“ VI S. 103.

haftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Eingriffe kann nur nach einem objektiven Prinzip bemessen werden“, beansprucht Giltigkeit für alle Kollisionsfälle. Das objektive Prinzip aber kann nur in dem vergleichsweisen Werte der mit einander kollidierenden Interessen gefunden werden. Sind diese Werte ungleich, so erscheint es selbstverständlich als wünschenswert, daß das größere Interesse sich behaupte und geltend mache, sei es auch, wenn nicht anders möglich, auf Kosten des geringeren. Wie dies für den Einzelnen gilt in Bezug auf Kollisionen innerhalb seiner besonderen Sphäre, so für die Gesellschaft in Bezug auf Kollisionen zwischen ihren Gliedern. Wer sein Leben rettet auf Kosten seiner Vermögensinteressen, der handelt vom Standpunkt seiner Gesamtinteressen aus vernünftig; und wer das Leben des A rettet auf Kosten des Eigentums des B, der handelt vom Standpunkt der sozialen Gesamtinteressen aus ebenfalls vernünftig. Notstandshandlungen also, durch welche ein höheres Interesse gerettet wird auf Kosten eines geringeren, entsprechen dem Gesamtinteresse und ebenso den geltenden ethischen Wertanschauungen, die mit jenem Interesse harmonieren.¹ Das Recht aber ist

¹ Anerkannt findet sich dieses Verhältnis in der kriminologischen Literatur insbesondere seitens Berner („de impunitate propter summam necessitatem proposita“): „Egisse sapienter e re publica et absolutissimo societatis humanae exemplari congruenter . . is, qui salvis gravioribus aliis quibusdam juribus minora jura violavit“; v. Duri („Gerichtssaal“ XXX, 434): „Wer im Notstand das geringere In-

ein Organ dieser Interessen und Wertanschauungen. Es würde deshalb absurd sein, wenn das Recht solche Notstandshandlungen, welche die Gesellschaft nicht umhin kann zu billigen und zu fordern, seinerseits verbieten und also für rechts- und pflichtwidrig erklären wollte. Nur ein delirierendes Recht könnte das zu einem Delikte stempeln wollen, was jedermann als vernünftig, billig und zweckmäßig, ja vielleicht als moralisch notwendig erkennt. Daran würde nichts gebessert, wenn man ein solches „Delikt“ für ein „bloß civilrechtliches“ erklärte.

So ergibt sich uns hier in Bezug auf die Frage der Rechtmäßigkeit von Notstandshandlungen das Prinzip des überwiegenden Interesses. Welches Interesse aber als das überwiegende zu betrachten sei, das ist natürlich nicht vom Standpunkt des Handelnden zu entscheiden, welcher stets geneigt sein wird, sein Interesse bezw. dasjenige des ihm persönlich näher Stehenden der Träger der kollidierenden Interessen, für das bedeutendere zu erachten, sondern nach objektiven Gesichtspunkten und zwar nach denjenigen, welche das Recht in seinen verschiedenen Teilen, im Einklang mit den sozialen Interessen und Wertanschauungen zur Anwendung bringt. Dem Recht ist ja eine Vergleichung und Abstufung der Interessen — man denke nur an das Strafrecht — nicht fremd. Es bringt überall Wertmaße zur Anwendung, und diese

teresse zur Rettung eines höheren vernichtet. handelt dem Willen des Staates gemäß“.

sind auch für unsere Kollisionsfälle zur Anwendung zu bringen. Das Recht soll sich also auf die Seite des in diesem Sinne überwiegenden Interesses stellen und dessen Verteidigung gutheißen. Daraus ergibt sich dann von selbst, daß dieser Verteidigung gegenüber keine Notwehr anzuerkennen ist, und daß die Beteiligung Dritter für diese keine Strafbarkeit begründen kann. Mit der Anerkennung dieses Prinzips entfällt ferner von selbst die Beschränkung des Notstandsrechts auf die Verteidigung von Leib und Leben des Handelnden oder seines Angehörigen. Andererseits kommt es ihm zufolge auch bei Verteidigung von Leib oder Leben des Handelnden oder seines Angehörigen darauf an, welche Güter gegenüberstehen und geopfert werden sollen.

Indem ich mir eine speziellere Entwicklung des Prinzips des überwiegenden Interesses für einen späteren Abschnitt vorbehalte, wende ich mich hier Kollisionsfällen zu, wo dasselbe eine Entscheidung zu Gunsten des gefährdeten Interesses nicht an die Hand giebt, die Handlung sich also nicht als eine rechtmäßige darzustellen vermag. Dahin gehören zunächst Fälle, wo nicht das gefährdete, sondern das zu seiner Rettung verletzte Interesse als das überwiegende erscheint. Es rettet jemand sein Eigentum auf Kosten fremden Lebens, oder unter Gefährdung zahlreicher anderer durch eine Überschwemmung, oder er giebt das als echt empfangene und nachträglich als unecht erkannte Zwanzig-Mark-Stück an einen anderen weiter. Trotz der Rechtmäßigkeit des ihnen zu Grunde liegenden In-

teresses — Erhaltung des Vermögensbestandes durch Abwendung eines drohenden Vermögensschadens — und trotz der hier im Spiel befindlichen starken Motive unterliegen diese Handlungen der Bestrafung, weil die verletzten Interessen bedeutender sind, das Lebensinteresse, das Interesse der gesamten Nachbarschaft an Sicherheit von Leben und Eigentum, das neben dem gleichwertigen Vermögensinteresse des Geschädigten bestehende Interesse des Verkehrs an einem zuverlässigen, durch keine falschen Münzen in Unsicherheit gebrachten Münzwesen als Bedingung geordneter Handelsbeziehungen, erscheinen eben als überwiegend. Nicht anders verhält es sich, wenn das gewährte Interesse an sich ein rechtswidriges ist (vgl. die Fälle S. 22): hier stellt sich das verletzte Interesse schon um deswillen als das überwiegende dar.

Hier überall hat es bei dem allgemeinen Verbote der Verletzung fremder legitimer Interessen sein Bewenden. Die Verletzung des fremden Interesses bleibt rechtswidrig, und es können nur für den Standpunkt des Strafrechts Entschuldigungsgründe bezw. mildernde Umstände in Frage kommen. Für diese sonach hier allein aufzuwerfende Frage der Entschuldbarkeit ist in erster Linie, ja nach § 54, 52 ausschließlich, die Macht der Motive maßgebend. Aber auch hinsichtlich dieser rechtswidrigen Handlungen macht sich das Verhältnis der sich gegenüberstehenden Interessen insofern geltend, als je größer das Mißverhältnis zwischen ihnen ist, je größere Bedeutung das verletzte Interesse hat, um so weniger man geneigt ist die Handlung zu entschul-

digen. So ist das durch einen Meineid in Frage gestellte Interesse der Gesamtheit zu bedeutend, als daß Straffreiheit eintreten könnte, da die Ahndung der Eidensdelikte eine Grundlage sicherer Rechtspflege bildet, wogegen bei der Begünstigung als einem bloß subsidiären Deliktsthatbestand von geringerer Bedeutung für die Gesamtheit die Berücksichtigung der subjektiven Not unter Umständen (s. § 257, 2) bis zum völligen Strafausschluß geht.

Ebenso wie bei Überwiegen des verletzten Interesses liegt aber auch bei den Kollisionen gleichwertiger Interessen für die Rechtsordnung kein Anlaß vor, sich auf die Seite des gefährdeten Interesses zu stellen und die Verletzung des Gegeninteresses gutzuheißen. Für eine Einschränkung ihrer Verbote läßt sich hier kein Rechtsgedanke ins Feld führen. Die notwendige Achtung vor der fremden Rechtsspäre kann nur dann aufrecht erhalten werden, wenn für eine Einschränkung des Verbotes ihrer Verletzung das Vorliegen besonderer objektiver Gründe gefordert wird. Sodann ist es ein allgemeines ethisches Postulat, daß man Not und Gefahr im Zweifel nicht auf Kosten Anderer von sich abwälzen soll.

Wenn ich die Gefahr einer Freiheitsberaubung oder die Gefahr gelynch't zu werden geschickt auf einen anderen, gleich mir Schuldlosen, abzulenken vermag, so kann man dies klug finden, es aber für rechtmäßig zu erklären, dafür fehlt jede Begründung. Eine aufgeregte Menge will Herrn Müller eine Ragenmusik bringen, seine Fenster einwerfen zc.; er schreit durch

den halbgeöffneten Fensterladen: Herr Müller wohnt nebenan und lenkt so die Verletzung auf den Nachbar ab. Soll dies eine vom Recht gebilligte Handlung sein? Er würde wohl selbst überrascht sein, wenn der Richter sie dafür erklärte. Stammler¹ meint freilich, daß bei Kollision gleichwertiger Interessen die Handlung „gemäß dem Recht“ sei; weil das besiegte „Rechtsgut“ sich als das thatsächlich schwächere, und deshalb als das für das Recht weniger wertvolle herausgestellt habe, sei es mit „rechtlicher Billigung“ unterlegen. Aber unmöglich kann die Rechtsordnung ihre Wertschätzung abhängig machen von der physischen Kraft oder der Schlaueit des Trägers des einen Interesses und bezw. von dem bloßen Zufall.

Dagegen kann die Handlung dem subjektiven Gesichtspunkt gemäß, mit Rücksicht auf die Stärke der Motive, weil sie „menschlich“ war und keine übertriebenen Anforderungen an die menschliche Charaktergröße gestellt werden dürfen, nach Umständen trotz des Verbotes ohne strafrechtliche Folgen bleiben, kann die Handlung entschuldigt, die Strafe erlassen werden. Hier² stellt sich die Notstandshandlung daher in der That gegebenen Falls dar als ein „factum impunibile, quamvis non inculpabile“ (Kant). Und

¹ „Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands“ S. 77.

² Daß die Strafslosigkeit wegen Notstands sich „nicht immer auf dieselbe Grundlage“ stützt, sondern „halb auf eine bloße Entschuldigung, halb auf ein Notrecht“ findet sich auch bei Berner („Lehrbuch“ S. 100) betont.

weil hier die eventuelle Straffreiheit sich nur auf das subjektive Moment stützen kann, sind hier auch die engen Grenzen des Strafgesetzbuches für diese Straffreiheit beizubehalten: Gefahr nur für Leib oder Leben, und nur für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen, denn es liegt keine Veranlassung vor, in solchem Konfliktfalle einen beliebigen Dritten straflos sich zum Schiedsrichter aufwerfen zu lassen. Die Konsequenz dessen, daß die Handlung hier verboten bleibt: Möglichkeit von Notwehr und strafbarer Teilnahme, erscheint den bezüglichlichen Verhältnissen durchaus entsprechend. Wenn ein Ertrinkender sich in der Weise an einen Kahn anklammert, daß dieser in Gefahr gerät umzuschlagen, so erscheint es ebenso gerechtfertigt, daß dem Insassen des Kahnes angesichts der Gefahr des Umschlagens Notwehr zusteht, als daß ein Dritter sich strafbar macht, der vom Ufer aus den Insassen, während dieser den Ertrinkenden vom Kahn zurückstößt, erschießt.

Das über die Kollision gleichwertiger Interessen Gesagte gilt aber nur bei wirklichen Kollisionsfällen, wo zwei Interessen in einem derartigen Bedingungsverhältnis stehen, daß ohne die zur Wahrung des einen Interesses vorgenommene Handlung das verletzte Interesse intakt geblieben wäre, wo also die Rettung des einen die Ursache der Verletzung des anderen ist. Wenn dagegen auch ohne diese Handlung das verletzte Interesse die Verletzung erlitten hätte, („*aeque perituris aedibus*“, ob das Haus so wie so vernichtet worden wäre, unterscheiden die Römer hinsichtlich des bei Feuers-

gefahr niedergerissenen Nachbargebäudes, 1 7 § 4 D 43, 24), wenn es sich also in Wahrheit nicht darum handelt, ob dieses oder jenes zweier Interessen gerettet werden soll, sondern: ob eines gerettet werden soll oder beide zu Grunde gehen sollen, dann ist es vom Standpunkt der Gesamtheit wünschenswert, daß wenigstens das eine erhalten bleibt und deshalb ist hier die Handlung rechtmäßig. Dieser Unterschied wird öfters übersehen. Wenn von den durch ein Seil verbundenen Bergsteigern der eine stürzt, und der andere, unfähig ihn zu halten, das Seil abschneidet, um nicht mitzustrizen, so steht der Tod des einen zwar in kausaler Beziehung zur Handlung des andern, aber diese kausale Beziehung ist ohne jede materielle Bedeutung, weil und sofern die Sachlage die war, daß der Gestürzte auch ohne die Handlung des andern, wenn auch eine Sekunde später und mit anderen Modifikationen, den Tod gefunden hätte.¹ Hier ist es auch entsprechend, daß keine Notwehr zulässig ist, daß demgemäß ein Dritter ihn nicht am Abschneiden des Seiles hindern darf, andererseits ein Dritter ihm bei diesem Abschneiden behüßlich sein darf.

¹ Gleichartig ist der Fall, wo der Schwimmer den im Ertrinken an ihn sich anklammernden Nichtschwimmer von sich wegstößt. In dem viel behandelten Beispiel der beiden Schiffbrüchigen ist m. E. zu unterscheiden, ob beide sich auf eine Planke gerettet haben, die sich als für beide nicht tragfähig erweist, so daß beide versinken würden, wenn nicht der eine den andern herabstößt — oder ob nur einer sich auf der Planke befindet und der andere, im Wasser Liegende sich nur durch Verdrängung jenes hinauffschwingen kann.

Bei wirklichen Kollisionen gleichwertiger Interessen dagegen kann die verletzende Handlung regelmäßig¹ lediglich entschuldigt werden.

Den hier abgegrenzten Fällen gegenüber, also wenn das verletzte Interesse vom sozialen Standpunkt aus einen höheren oder den gleichen Wert hat wie das gewährte, erscheint hiernach der Inhalt des § 54 St. G. B. als sachgemäß. Auch das Moment der „Unverschuldetheit“, wie es dieser Paragraph als Voraussetzung der Strafflosigkeit aufstellt, ist hier beizubehalten, indem das Verschulden hier mit dem in der subjektiven Notlage an für sich gegebenen Entschuldigungsgrund kompensiert wird. Aber der Notstand selbst muß verschuldet sein, muß vorhergesehen oder vorhersehbar gewesen sein (jemand stiftet vorsätzlich in einem bewohnten Hause Brand und kann sich dann selbst nur retten, indem er einen Bewohner von der Rettungsleiter stößt: hier hätte Bestrafung wegen Körperverletzung bezw. Tötung einzutreten); verschuldete Gefahr genügt dagegen nicht zur Bestrafung (während ein Dieb sich im fremden Hause befindet, bricht daselbst zufällig ein Brand aus, wodurch er in die oben bezeichnete Zwangslage gerät).

3. Das Prinzip des überwiegenden Interesses im geltenden Recht.

Der Gedanke einer Entscheidung von Kollisionen zwischen rechtmäßigen Interessen mit Rücksicht auf die

¹ Über den Fall des Vorliegens einer Rechtspflicht zur Vornahme der Handlung vgl. später.

Werte, die sich gegenüberstehen, und zwar in dem Sinne, daß auf der Seite des überwiegenden Wertes ein Recht zum Eingriff in die fremde Interessenssphäre gewährt wird, ist dem geltenden Recht durchaus vertraut und findet einen Ausdruck in zahlreichen, verschiedenste Rechtsmaterien betreffenden Bestimmungen. Ich greife aus dem Hierhergehörigen Folgendes heraus:

Der Eigentümer, dessen Grundstück vom öffentlichen Wege abgeschnitten ist, kann einen Weg über das Nachbargrundstück erzwingen, weil ohne einen solchen ihm die wirtschaftliche Benutzung seines Grundstücks unmöglich wäre und dieses Interesse an Benutzbarkeit seines Grundstücks nach allgemeiner Schätzung bedeutender erscheint als das Interesse des Nachbarn an der Freiheit seines Grundstücks von einer derartigen geringfügigen Belastung. Es handelt sich für den Eigentümer um Erhaltung seines Besitzstandes: er hat keinen andern Ausweg, er muß daher diesen Weg gehen, sonst ist er wirtschaftlich ruiniert, und deshalb darf er ihn gehen.¹ Zutreffend hat E. I in diesem Falle von einem „Notstand“ gesprochen; E. II hat diese Bezeichnung beseitigt, ohne dadurch selbstverständlich das Wesen dieses Falles als eines charakteristischen Notstandsfalles zu beseitigen.

¹ Ebenso bekanntlich schon das römische Recht, aber nur hinsichtlich des *iter ad sepulorum*; es faßte also das religiöse Interesse als entscheidend auf. Auch in andern Kollisionsfällen macht sich im römischen Recht ein religiöses Interesse als das überwiegende gegenüber bloß vermögensrechtlichen geltend, so bei dem auf fremdem Boden bestatteten Leichnam. (Vergl. Lehmann, in Iherings „Jahrbüchern f. Dogm.“ 13, 220).

Jedermann darf, ohne sich einer strafbaren Handlung schuldig zu machen, die Einfriedigung eines Grundstücks wegnehmen und über den eingefriedigten Acker gehen, reiten, fahren, wenn die öffentliche Straße ungangbar ist, er also anders seinen Weg überhaupt nicht fortsetzen kann. So code rural von 1791 tit. II, 41, wonach in solchem Falle Freiheit von Strafe wie von Ersatzpflicht eintritt. Es unterliegt nach französischem Rechte keinem Zweifel, daß das Betreten eines fremden Grundstücks in dieser Zwangslage eine rechtmäßige Handlung ist. Ebenso schon nach römischem Recht: „quum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet“ (l 14 § 1 D 8, 6), womit offenbar ein Recht jedes Passanten, über dieses Grundstück zu gehen, anerkannt ist.

Die französischen Autoren sprechen durchweg von einem „droit, qui appartient aux voyageurs (aber nicht bloß diesen! vergl. Féraud-Giraud n. 390) de passer sur les héritages voisins“, von einer „consécration du droit“, „autorisation du droit“, von einem „fait licite“ (s. z. B. Proud'hon „Traité du domaine public“ n. 264; Féraud-Giraud „Traité de la grande voirie etc.“ p. 112 f.).

Dagegen drückt sich der diese Bestimmung erlassende § 29 des elsass-lothringischen Feldpolizeistrafgesetzes von 1888 (in wörtlicher Nachbildung des § 10 Abs. 2 des preussischen Feld- und Forstpolizeigesetzes von 1880) dahin aus: Derjenige, der unbefugt über Grundstücke reitet, karrt, fährt, Vieh treibt, Holz schleift oder über bestellte Äcker geht, „bleibt straflos, wenn er durch die schlechte Beschaffenheit eines an dem Grundstück vorüberführenden und zum gemeinen Gebrauch bestimmten Weges oder durch ein anderes auf dem

Bege befindliches Hindernis zu der Übertretung genötigt ist“. Nach dieser Wortfassung würde es sich wieder lediglich um einen Entschuldigungsgrund für eine rechtswidrige That handeln. Dem dieser „Übertretung“ Schuldigen würde zwar die Strafe geschenkt, aber er wäre dem Notwehrrecht ausgesetzt, der Bauer dürfte also den zu diesem Delikt „genötigten“ Reisenden, wenn er ihn anders von seinem Eigentum nicht fernhalten kann, straflos totschlagen. Entspricht dies wirklich der Absicht des Gesetzes? Dann läge aber auch kein Anlaß vor, statt des ja rechtswidrig handelnden Reisenden den Verband, welchem die Instandhaltung der Straße obliegt, ersatzpflichtig zu machen, wie dies doch auch im heutigen Rechte geschieht (vgl. Leoni „Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen“ S. 226). Offenbar hat sich auch hier der Gesetzgeber, in einseitig strafrechtlichem Gesichtspunkt befangen, bloß die Frage der Strafbarkeit vorgelegt, welche er verneint, nicht aber diejenige der Rechtmäßigkeit der Handlung, welche er durch die Fassung seiner Bestimmung auszuschließen scheint, während für ihre Verneinung schlechthin kein Grund ersichtlich ist und dieselbe zu unannehmbaren Konsequenzen führt. (Vgl. auch § 27 B. 1 verb. „sans droit et sans nécessité“).

Andere hierhergehörige Bestimmungen beschränken sich auf den Ausspruch der Straffreiheit, präjudizieren also wenigstens der Frage der Rechtmäßigkeit nicht, so § 29 Abs. 2 des elsäß-lothringischen Forststrafgesetzes von 1880: „eine Bestrafung“ (desjenigen, der in einem Walde außerhalb der gewöhnlichen Wege fährt zc.) „tritt nicht ein, wenn der schlechte Zustand des Weges dessen Einhaltung unmöglich gemacht hat“. (Vgl. auch Art. 89 des bayr. Polizeistrafgesetzb.).

Ebendahin gehört es, wenn in manchen Partikularrechten (so in Bayern) das Abhauen von Holz bei Radbruch, oder wenn in schweizerischen Polizeistrafgesetzen (so demjenigen von Basel) das regelmäßig ver-

botene Anzünden von Feuer im Walde Holzhauern bei strenger Kälte erlaubt wird.

Nach § 17 des Gesetzes über das Postwesen von 1871 darf der Postillon — und die entsprechende Befugnis muß in solchen Notfällen auch dem Briefträger und Postboten zuerkannt werden¹ — bei Unpassierbarkeit der gewöhnlichen Poststraße über die ungehegten Wiesen und (sogar bestellten) Äcker fahren, ohne eine strafbare Sachbeschädigung oder eine Übertretung gegen § 368 Ziff. 9 St. G. B. zu begehen; vielmehr ist seine Handlung durchaus rechtmäßig, von Notwehr gegen dieselbe kann keine Rede sein. Das Interesse von Handel und Verkehr an regelmäßigem Posttransport überwiegt eben das hier verletzte Interesse des Eigentümers am Nichtbetreten seines Grundstücks so sehr, daß die Handlung als absolut geboten erscheint.

Wessen Sache durch einen Zufall auf ein fremdes Grundstück gekommen ist, von welchem sie nicht weggeholt werden kann, ohne eine gewisse Beschädigung des letzteren, dem darf nicht zugemutet werden, daß er sein Eigentum, etwa seinen neuen Hut, aufgibt, weil seine Wegnahme aus dem Ährenfeld, in das der Windstoß ihn getrieben hat, Ähren vielleicht im Werte von 5 Pfennigen verdirbt; er darf ihn vielmehr straflos herausholen und es steht ihm eine Klage zur Seite. (*actio ad exhibendum*).

So muß denn auch nach § 789 C. II der Besitzer

¹ Vgl. Dambach „das Gesetz über das Postwesen“ S. 115.

eines Grundstücks die Auffuchung und Wegschaffung der auf dasselbe gekommenen fremden Sachen gestatten.

Wenn aber beim Bau eines Hauses fremde Materialien verwendet worden sind, so kann der Eigentümer nicht die Zurückgabe derselben und damit die Zerstörung des ganzen Gebäudes fordern: weil das Interesse an Erhaltung des Gebäudes — „ne aedificia rescindi necesse sit“; handelt es sich um Nebstöcke, das Interesse „ne vinearum cultura turbetur“ — gewichtiger ist, als das Interesse des Eigentümers der ja fungiblen Materialien an Wiedererlangung der individuellen Balken oder Steine (*tignum junctum* — c. c. 554.)

Nach c. c. 643 darf der Eigentümer einer Quelle den Lauf nicht ändern, wenn dieselbe einer Gemeinde das „notwendige“ Wasser liefert. Das Interesse der Gemeinde an Erhaltung des ihr nötigen Wasserbestandes wiegt eben schwerer als das Interesse des Eigentümers an der freien Verfügung über seine Quelle.

Wenn der Schiffer im Fall der großen Havarie Schiff und Ladung nur retten kann, indem er Güter über Bord wirft oder sonst die Ladung oder das Schiff beschädigt, so ist die Anwendung von § 303 St. G. B. ausgeschlossen, weil die Handlung wegen des überwiegenden Interesses an Erhaltung von Schiff und Ladung im Ganzen gegenüber dem Interesse des einzelnen Eigentümers an Erhaltung seiner über Bord geworfenen Säcke rechtmäßig ist.

Ganz gleich liegt der Fall, wenn der Schiffer von der ihm durch die Seemannsordnung § 57 ge-

gebenen Befugnis Gebrauch macht und Güter der Schiffsleute, welche Schiff oder Ladung gefährden, über Bord wirft.

Nach § 9 der Strandungsordnung darf der Strandvogt in Seenot zur Rettung von Menschenleben fremde Fahrzeuge und Gerätschaften, sowie jeden Zugang zum Strand benutzen. Auch hier kommt die Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit der im Spiel befindlichen Interessen zum Ausdruck: Weil relativ bedeutende Eingriffe in fremde Vermögenssphären erlaubt werden, dürfen dieselben auch ausschließlich im Interesse des Lebens von Menschen vorgenommen werden.

Unter den oben formulierten Notstandsbegriff fällt ferner die Expropriation im technischen Sinne.¹ Das Interesse an Herstellung einer strategischen Bahn, an Durchführung des Bergbaues, an Errichtung von Deichen, ist ein überwiegendes gegenüber dem Interesse des Eigentümers des Grundstücks, welches zur Ausführung dieser Unternehmen erforderlich ist, an Erhaltung dieses seines Eigentums, und die Befriedigung dieses größeren Interesses ist für das staatliche Wohl von solcher Bedeutung, daß die das Eigentumsinteresse des Einzelnen verletzende Handlung als unumgänglich

¹ Ihering („Zweck im Recht“ S. 527) hat bereits „Notlagen von Privaten“, wie die Fälle des Notwegs und des *tignum junotum*“ als „Expropriation des Privatrechts“ der „Expropriation des öffentlichen Rechts“ zur Seite gestellt. Auch Lehmann (l. cit. S. 233) hat die sogen. Legalserbituten unter den Gesichtspunkt einer „privatrechtlichen Expropriation“ gebracht.

notwendig empfunden wird. Die Rechtmäßigkeit derartiger Akte kann vernünftigerweise nicht in Zweifel gezogen werden.¹

Das Interesse an kriegsgemäßer Ausbildung unseres Heeres, zu welcher die Manöver unentbehrlich sind, wiegt schwerer, als das Interesse der Eigentümer, deren Fluren durch die Truppen zerstampft werden, an der Unverfehrtheit ihres Eigentums.

Bei ausbrechender Viehseuche darf die Polizei erkrankte oder auch nur verdächtige Tiere töten lassen (z. B. § 24 Gesetz v. 1880), weil das wirtschaftliche Interesse der Gesamtheit (und speziell der sämtlichen Viehbesitzer des Landes) an Verhinderung der Ausbreitung der Seuche das Interesse dieser Eigentümer an Erhaltung ihrer vielleicht wieder genesenden oder in Wahrheit gar nicht erkrankten Tiere überwiegt.

Derselbe Notstands Gesichtspunkt beherrscht in weitem Umfange unsere Strafrechtspflege: Auf bloßen Verdacht hin kann der Einzelne seiner Freiheit beraubt, in seinem Vermögen, in seiner Ehre geschädigt werden, weil die Sicherheit der Gesamtheit noch höher steht, als selbst die höchsten individuellen Interessen, und weil erstere ohne derartige Maßnahmen schlechterdings nicht gewahrt werden kann.

Hier überall sind die bezüglichen Handlungen, obgleich sie nicht in den Rahmen von § 54, 52 St. G. B. fallen, dennoch, da sie ausdrücklich oder implicite der Rechtswidrigkeit entkleidet sind, straffrei und recht-

¹ Über die Behandlung, welche sie in der gemeinrechtlichen Doktrin gefunden haben, vgl. Abschnitt 1 Teil II.

mäßig, und zwar aus dem objektiven Gesichtspunkt eines ihnen zu Grunde liegenden überwiegenden Interesses. Der in den Bestimmungen des Strafgesetzbuches als dominierend¹ uns entgegengetretene subjektive Standpunkt dagegen spielt hier keine Rolle. (Und wo derselbe zu einem Ausdruck gelangt ist — in den angeführten Bestimmungen landesrechtlicher Strafgesetze — erweist er sich als unhaltbar.)

Als der primäre und beherrschende Gesichtspunkt für die Behandlung der Notstandsfälle ist somit jener objektive des überwiegenden Interesses anzuerkennen, während dem subjektiven nur eine sekundäre Bedeutung zukommt, für diejenigen Handlungen, die sich nach der vom objektiven Standpunkt aus — wie solcher im Civilgesetzbuch zum Ausdruck zu kommen hätte — getroffenen Entscheidung als rechtswidrig und demnach in das Herrschaftsbereich des Strafrechts fallend ergeben.

Weil aber das dem subjektiven Gesichtspunkt entsprechende Moment der subjektiven Not nur eine strafrechtliche Bedeutung hat, keine für die Frage der Rechtswidrigkeit, sowie wir also vom Strafrecht absehen,

¹ Das Strafgesetzbuch selbst hält nicht konsequent an dem subjektiven Standpunkt fest, denn in § 193, wonach Äußerungen, die an sich den Thatbestand einer Beleidigung darstellen, straflos bleiben, wenn sie gemacht werden zur Wahrung eines Interesses, das von der Allgemeinheit als ein „berechtigtes“ anerkannt ist (sofern nur die Äußerung nicht zum Zweck einer Verletzung gemacht ist), sind diese zweifellosen Notstandshandlungen offenbar als rechtmäßig gedacht.

der ganze subjektive Gesichtspunkt jeder Bedeutung entbehrt, so ergibt sich, daß in civilrechtlicher Hinsicht für die Notstandsfälle nichts anderes gelten kann wie für andere Kollisionen rechtmäßiger Interessen. Folglich kommt der Abgrenzung der spezifischen Notstandsfälle eine größere praktische Bedeutung nicht zu. Vielmehr stellt sich für die Kollision rechtmäßiger Interessen überhaupt als der beherrschende Gesichtspunkt der nämliche dar, welcher sich für die Notstandshandlungen — abgesehen von der strafrechtlichen Frage der Entschuldbarkeit — ergeben hat: derjenige des überwiegenden Interesses.

Speziell gilt dies von einer Kategorie von Kollisionen, die sich unserem Notstandsbegriff zwar nicht subsumiert, weil eine gebietende Zwangslage in dem früher bestimmten Sinne, eine Not solcher Art, daß ein Einzelner oder die Gesamtheit in der Lage ist zu sagen: diese (verletzende) Handlung muß geschehen, nicht gegeben ist, die aber den Notstandsfällen nächst verwandt ist, indem hier eine, rechtmäßige fremde Interessen in erkennbarer Weise gefährdende Handlung den Charakter der Rechtmäßigkeit aus demselben Grunde bekommt, aus welchem die im Notstand erfolgende Verletzung (bezw. Gefährdung) eines rechtmäßigen fremden Interesses diesen Charakter erhalten kann: um des ihr zu Grunde liegenden überwiegenden Interesses willen.

Dahin gehören die modernen Großbetriebe: wie Eisenbahnen, Dampfkesselbetriebe, Gas- und Pulverfabriken, Stahlschmieden. Wenn ein Unternehmer

einen derartigen Betrieb einrichtet, so sind damit, der Natur dieser Betriebe nach, durch keine Sorgfalt vermeidbare Gefährdungen für die Umgebung, für Person und Eigentum, verknüpft. (Man denke etwa an das Funkenprühen der Lokomotive oder die Erschütterung der Nachbargrundstücke durch Stahlschmieden.)¹

Hier kollidiert also das Interesse des Unternehmers, welcher den Betrieb dessen Wesen nach ohne solche Gefährdung anderer eben gar nicht durchführen kann, und dasjenige der Nachbarschaft und der Passanten, in ihrer körperlichen wie Vermögensintegrität nicht gefährdet zu werden. Wenn die Rechtsordnung angefihts dieser Kollision den Betrieb trotz seines gefährlichen Charakters gestattet, so geschieht dies, weil diese Unternehmen neben dem pekuniären Interesse des Unternehmers zugleich solche Interessen vertreten und fördern, welche vom sozialen Standpunkt aus — sei es für die wirtschaftliche, sei es für die kulturelle Entwicklung, sei es zu militärischen Zwecken — so bedeutend erscheinen, daß sie jenes Interesse Einzelner an ihrer Integrität überwiegen.

Mit der erteilten staatlichen bezw. polizeilichen Genehmigung (bezw. Erfüllung der daran geknüpften

¹ Aber es besteht für den Unternehmer, wenn auch ein noch so großes und an sich ja rechtmäßiges Interesse, so doch niemals eine Nötigung zur Anlage eines solchen Betriebes, deshalb können diese Fälle nicht als Notstand aufgefaßt werden, wie einen solchen das Reichsgericht (Entsch. in Zivilf. 17, 103) zu konstruieren versucht, indem es ausführt, die schädigende Handlung sei hier keine „freiwillige“, der Betrieb kein „willkürlicher Akt“.

Auflagen) wird aber das Unternehmen, und damit auch die mit einem ordnungsmäßigen Betriebe desselben notwendig verbundene Handlungsweise rechtmäßig.¹ Es kann nunmehr weder in dem Betrieb als solchem, wegen seiner Gefährlichkeit, ein schuldhaftes Verhalten erblickt werden, noch kann die einzelne (innerhalb der Konzession liegende und mit der ihrer Gefährlichkeit entsprechenden Diligenz vorgenommene) Betriebsbehandlung, aus welcher eine Verletzung eines Dritten erwachsen ist, um dieses schädlichen Erfolges willen zu einer schuldhaften gestempelt werden. Diese Konstruktion eines Verschuldens hat sich um deswillen in der Praxis mit Zähigkeit behauptet, weil sie vielfach, auch bei richtiger Erkenntnis der hier obwaltenden Sachlage, als Mittel zum Zweck dient: um zu einer von Rechtsgefühl des Richters geforderten Ersatzpflicht des Unternehmers zu gelangen, welche derselbe ohne Bastierung auf eine culpa nicht zu begründen weiß.

Nicht anders wie beim Eigentümer eines gefährlichen Betriebs verhält es sich beim Eigentümer einer gefährlichen Sache, eines Tieres, eines Gebäudes. So setzt jeder, der ausreitet, dadurch seine Umgebung einer gewissen Gefahr aus. Denn mag er der geübteste Reiter sein und auch alle Aufmerksamkeit anwenden, so kann doch das Pferd plötzlich scheuen, einen Seitensprung machen, dabei in eine Fensterscheibe

¹ Vgl. die treffende Ausführung von Löning „Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten“ S. 74.

treten, oder sonst einen Schaden anrichten. Trotzdem wird die Rechtsordnung das Reiten nie verbieten, weil das Interesse an der Freiheit der Bewegung schwerer wiegt als diese Möglichkeit einer Verletzung anderer durch das Reiten. Auch den Reiter hat man wohl wegen der bloßen Thatsache, daß er überhaupt an von Menschen besuchten Orten reitet, obwohl er sich der unvermeidlichen Gefährdung anderer bewußt sein müsse, für in culpa befindlich erklärt. Oder man folgert auch hier aus einem eingetretenen Schaden auf ein vorgekommenes Verschulden, welches man in dem durch den verursachten Schaden hinlänglich befundeten „Mangel an Gewandtheit und voller Tüchtigkeit“ (Dernburg Pand. 4. Auflg. II, 359) zu finden glaubt. Und doch kann weder das Reiten als solches als etwas Rechtswidriges angesehen werden, noch braucht hinsichtlich des konkreten eingetretenen Schadens den Reiter der Vorwurf der Ungewandtheit oder eines Mangels an Diligenz zu treffen.

Binding (in seiner Vorlesung über Strafrecht, Sommersemester 1894) bringt derartige Fälle (Eisenbahnunternehmen, Reiter) unter den Gesichtspunkt der mangelnden Fahrlässigkeit: „trotzdem ein besonnener Mann den relativ engen Zusammenhang zwischen der vorzunehmenden Handlung und dem eventuell aus ihr resultierenden Schaden erfaßt habe, sei eine Zurechnung des Erfolgs zur Fahrlässigkeit undenkbar“, wenn derselbe „das rechtliche Interesse an Vornahme der Handlung für bedeutender erachtet hätte, als das rechtliche Interesse am Unterbleiben des Risikos“. B. vertritt also hier auch den objektiven Standpunkt. Das „rechtliche“ Interesse an Vornahme der Handlung repräsentiert das gesellschaftliche Werturteil. Aber B. bringt die Frage anscheinend in einen ausschließlichen

Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit, in welchen sie nicht gehört. Wenn der Handelnde die Wahrscheinlichkeit der Schädigung anderer erkennt und dieselbe in seinem Interesse in Kauf nimmt, so würde ja vielmehr Bestrafung wegen Vorsatzes in Frage kommen. Es handelt sich um Ausschließung der Rechtswidrigkeit überhaupt — sei es nun, daß die That unter Annahme ihrer Rechtswidrigkeit als vorsätzliche oder als fahrlässige strafbar wäre — durch den Einfluß eines überwiegenden Interesses, also um denselben Gesichtspunkt, der für die eigentlichen Notstandsfälle entscheidend ist. Nicht die Voraussehbarkeit ist das entscheidende Moment, sondern die Interessenkollision. In vergleichen neuestens Thyrén („Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie“, Lund 1894): „Die Zulässigkeit der menschlichen Handlungen richtet sich nicht allein nach deren Gefährlichkeit . . . Vielmehr muß die Bedeutung der Handlung für die menschliche Gesellschaft gegen die Gefahr abgemogen werden“ (S. 126). Aber auch er betont das Erfordernis der Voraussehbarkeit, welches er auf die Verhältnismäßigkeit der Interessen bezieht (S. 130: „Als Objekt der die Verantwortlichkeit begründenden Voraussehbarkeit“ ist zu setzen „eine Disproportion zwischen dem Recht des A, die Handlung vorzunehmen, und dem Recht des X, sein Rechtsgut ungestört zu behalten“).

Die objektive Bedeutung der Interessen kommt zu schärferem Ausdruck bei C. Goos („Den danske Straffret“. Anden Del. Kjøbenhavn 1878), welcher ausführt (S. 191), daß das Ergebnis, zu dem man bei Abwägung kollidierender Interessen gelange, infolge des verschiedenen Interesses einer Handlung für die Lebenszwecke ein stets wechselndes sei. „Daselbe bewegt sich von dem einen Endpunkt, daß die Handlung unrechtmäßig ist, wenn sie auch nur irgend eine . . . Möglichkeit einer Verletzung des Rechtsguts eines Dritten in sich birgt, zu dem anderen Endpunkte, daß die Handlung rechtmäßig ist, auch wenn sie unumgänglich eine derartige Verletzung zur Folge haben muß“.

Die Frage ist nun, sind alle hierhergehörigen Bestimmungen als bloße Singularitäten aufzufassen, oder als Anwendung eines allgemeineren Rechtsgedankens, derart, daß eine analoge Anwendung jener Bestimmungen und damit eine Erweiterung des Anwendungsgebiets des uns beschäftigenden Gedankens als zulässig erscheinen? M. E. ergibt eine Prüfung des hier zusammengestellten Materials im Zusammenhang mit den vorausgehenden Erörterungen eine Entscheidung zu Gunsten der letzteren Ansicht. Doktrin und Rechtsprechung haben aber zu dieser Frage eine bestimmte Stellung nicht eingenommen. Allerdings macht sich das Prinzip des überwiegenden Interesses vielfach auch außerhalb des speziellen Anwendungsgebiets jener Bestimmungen geltend, wie bereits die Ausführungen im Abschnitt 2 erkennen lassen. Aber die Begründung, die dabei für seine Anwendung der *lex lata* gegenüber gegeben wird, soweit eine solche überhaupt versucht wird, ist regelmäßig eine ansehbare.

Hier Einiges zur Ergänzung des früher Beigebrachten. Man ist allgemein einig über die Straffreiheit und Rechtmäßigkeit gewisser ärztlicher Eingriffe in die körperliche Integrität, obgleich dieselbe in der Gesetzgebung nirgends ausdrücklich anerkannt ist. Man stützt sich dabei u. A. auf ein besonderes „Berufsrecht“. Allein dasselbe giebt schon deshalb eine Erledigung der Frage nicht an die Hand, weil zweifellos auch Privatleute in Ermanglung ärztlicher Hülfe nach Umständen solche Eingriffe vornehmen dürfen. Offenbar ist hier jedermann mit der Entscheidung fertig, ehe er

eine positivrechtliche Begründung dafür hat. Diese wird nachträglich gesucht und dann auch irgendwo zur Befriedigung des Suchenden gefunden. Es macht sich hier das Prinzip des überwiegenden Interesses eben mit zwingender Gewalt geltend. Wenn Oppenheim¹ die Straffreiheit hier auf „Gewohnheitsrecht“ zurückführt, so kann man dies gelten lassen, insofern damit die Thatsache, daß ein Rechtsgebote ohne speziellere gesetzliche Stütze in dem konstanten Verhalten von Doktrin und Praxis sich ausspricht, mit einem technischen Namen bezeichnet wird.

Bei einem Wirtshausstreit hatte die angegriffene Partei sich mittelst der Gläser und Krüge des am Streit unbeteiligten Wirtes verteidigt, der Wirt zum Schutze seines Eigentums auf die Angegriffenen geschossen und einen von ihnen verwundet. Das Reichsgericht² betrachtet hier als entscheidend für das Recht des Wirtes „zur Gegenwehr“ gegen den Angriff auf sein Eigentum: ob „sein Eigentum im Vergleich mit der den Notstandsberechtigten drohenden Gefahr so beträchtlichen Wert besitzt, daß ihm nicht zugemutet werden kann, dasselbe ungeschützt zu lassen.“ Wie der Zusammenhang ergibt (s. gleich unten) denkt das Gericht dabei an rechtmäßige Handlungen der Gäste, sodaß also nur der Notstandsbegriff anwendbar ist, und für dessen Beurteilung betrachtet es als entscheidend das Wertverhältnis. Wie es die Begründung

¹ „Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen“ S. 17.

² Entscheidungen in Strafsachen“ XXIII, 117 ff.

dieser Entscheidung mit dem Gesetz zu vereinen meint, darüber läßt es sich nicht weiter aus.

Die Anlieger eines Flusses hatten zum Schutze gegen eine drohende Überschwemmung die Schützen an einer fremden Mühle aufgezogen. Das Gericht¹ ging bei Entscheidung des Falles von einem in solchen Situationen bestehenden „Notrecht“ aus, welches sich schon nach römischem Recht „von selbst verstehe“; (woraus dann, unter Voraussetzung, daß die Handlung zur Abwehr der Gefahr wirklich nötig war, die Ersatzfreiheit gefolgert wurde). Ebenso hat in dem den Oldenburger Gerichten vorgelegenen Fall (aus welchem die Berufungsschrift der Staatsanwaltschaft an früherer Stelle bereits angezogen wurde) — der Grundeigentümer hatte zum Schutze seiner Feldfrüchte die Hühner des Nachbarn erschossen — das Revisionsgericht ein Recht des Eigentümers zur Tötung fremder schädlicher Tiere auf Grund des gemeinen Rechts angenommen, sofern demselben kein anderes Mittel zum Schutze seines Eigentums zur Verfügung stehe, und hat als Konsequenz dieses Rechts die Straffreiheit solcher Handlungen anerkannt (wenn es auch in concreto zu einer Verurteilung kam wegen der unterbliebenen vorherigen Verwarnung des Hühnereigentümers).² In diesen gerichtlichen Ausführungen ist eine analoge Anwendung römischer Quellenstellen zu finden.

¹ Seuffert's Archiv XXVII, 322 ff.

² Vgl. hierzu Art. 454 code pénal: „quiconque aura, sans nécessité, tué un animal domestique . . .“.

Es verlohnt sich, hier einen Blick auf das Notwehrrecht zu werfen. Das in Rede stehende Prinzip liegt auch den Bestimmungen über die Notwehr zu Grunde. Nur erscheint es hier in besonderen Modifikationen (s. ob. S. 15) und jene Bestimmungen franken zugleich an einer einseitigen Auffassung derselben. Ein gewisser Dogmatismus hat das Prinzip hier nicht zu reiner Geltung gelangen lassen. Im Sinne des § 53 ist bei rechtswidrigen Angriffen das überwiegende Interesse stets auf der Seite des Angegriffenen, weil dieser in seinem Rechte zugleich die Gemeininteressen und das objektive Recht verteidigt. Dies nun ist im Allgemeinen gewiß in Ordnung. Wenn aber § 53 den Angreifer dem Angegriffenen gegenüber innerhalb der Grenzen der notwendigen Verteidigung schlechthin preisgibt, so liegt darin eine Überschätzung des bezeichneten Umstands und es führt dies nach Umständen zu einer Verleugnung der richtigen Wertverhältnisse und damit zu einer Verletzung des Rechtsgefühls. Wenn der Gartenbesitzer einen auf seinem Kirschbaum sitzenden Jungen nicht anders verhindern kann, den rechtswidrigen Angriff auf seine Kirschen aufzugeben, als indem er ihn vom Baume schießt (ein mehrfach verwendetes Beispiel), so ist er durch § 53 gedeckt. Aber es widerstreitet dies dem gesunden Verstand und dem allgemeinen Rechtsgefühl genau in dem Maße, als hier das Prinzip des überwiegenden Interesses verleugnet ist. Auch übt dieser Sachverhalt auf die Anwendung des Notwehrrechts thatsächlich dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes

entgegen Einfluß. In der oben besprochenen Entscheidung meint das Reichsgericht zum Schlusse, selbst wenn die Handlung der angegriffenen Gäste sich als eine rechtswidrige darstellen würde, so sei der Wirt dennoch strafbar „schon allein wegen des Mißverhältnisses der von ihm zum Schutze seines Eigentums abgegebenen Revolverhüße“. Unter der letzteren Voraussetzung würde es sich bei dem Wirte offenbar um Notwehr handeln. Für diesen Fall liegt in der Entscheidung des Reichsgericht eine Korrektur des § 53, der von der Verhältnismäßigkeit nichts weiß, im Sinne unseres Prinzips. Der hier vertretenen Auffassung vom Notstandsrechte gemäß ist freilich die Handlung der sich mit den fremden Krügen zur Wehr setzenden Gäste als eine berechtigte Notstandshandlung anzusehen und folgeweise auch die Handlung des Wirts nur als eine Notstandshandlung zu qualifizieren. Die letztere aber erscheint als unrechtmäßig und strafbar, weil das verteidigte Gut geringer ist als das verletzte.

Die Betrachtung der mannigfachen Anwendungen, welche das Prinzip des überwiegenden Interesses in Gesetzgebung und Rechtsprechung gefunden hat und zu finden verdient, führt zur Erkenntnis der Relativität der Rechte. Die Verleugnungen des Prinzips aber und die Auffassung, daß die demselben zu subsumierenden Notstandshandlungen rechtswidrige seien, hängen mit der Verkennung dieser Relativität zusammen. Es liegt ihnen die Vorstellung von einem absoluten Charakter der in den Gesetzen formulierten Rechte und Pflichten, von einer unbedingten Geltungs-

prävention der sie betreffenden speziellen Gebote und Verbote zu Grund, als ob da, wo ein Recht statuiert ist, dieses Recht nun auch notwendig ein unbegrenztes, und da, wo eine Pflicht statuiert ist (oder sich als Korrelat eines statuierten Rechts ergibt) diese Pflicht nun notwendig eine unbedingte sein müsse. Denn von dieser Auffassung aus kann es sich beim Notstand, da die Notstandshandlung ja ihrem Wesen nach die Verletzung eines rechtmäßigen und also durch ein Rechtsverbot oder ein Rechtsgebot sanktionierten Interesses in sich schließt, seinem Begriffe nach nur um einen Entschuldigungsgrund für einen rechtswidrigen Akt handeln. Diese Grundauffassung tritt nicht nur in der Litteratur häufig zu Tage,¹ sondern vor allem auch in der Gesetzgebung selbst, direkt oder indirekt. Ersteres u. a. im Schadensersatzrecht, wie sich aus der späteren Erörterung ergeben wird. Letzteres in den strafgesetzlichen Bestimmungen über Notwehr (insofern das Notwehrrecht als ein unbegrenztes in dem oben besprochenen Sinne gedacht wird) und Notstand (insofern der Gesetzgeber von der Voraussetzung aus-

¹ Hierher gehört es, wenn z. B. neuestens Finger Notstandshandlungen deshalb nicht als rechtmäßige gelten lassen will, weil sie rechtmäßige Interessen verletzen. (I. cit. S. 241: „Bei dem Notstand stehen rechtlich geschützte Interessen einander gegenüber, daher ist die Notstandshandlung lediglich unverbundene Handlung.“) — Hierher ist auch die formalistische Behandlung des Eigentumsbegriffs zu ziehen, welche einem großen Teil der romanistischen Litteratur nicht ohne Grund zum Vorwurf gemacht wird.

geht, daß Notstandshandlungen an sich rechtswidrig seien).

Rechte und Pflichten sind ein Ausdruck bestimmter Interessen; um ihretwillen sind sie aufgestellt. Zweifellos spricht sich in der Ausstattung mit einer solchen Pflicht eine besondere Wertschätzung des geschützten Interesses seitens der Rechtsordnung aus. Aber wie der Wert dieser Interessen selbst ein relativer ist, so ist auch jenen Pflichten und den ihnen korrespondierenden Rechten vernünftigerweise nur eine relative Bedeutung zuzuerkennen. Daß das durch eine solche Rechtspflicht geschützte Interesse unmöglich schlechthin als das in Kollisionsfällen „überwiegende“ angesehen werden kann, ergibt sich sofort aus der Möglichkeit des Bestehens einer Pflicht auch zu Gunsten des kollidierenden Interesses. Aber auch gegenüber einem kollidierenden Interesse, zu dessen Gunsten für den Handelnden keine Rechtspflicht besteht, darf dem durch eine solche geschützten Interesse um deswillen nicht unbedingt das Übergewicht zugestanden werden; also insbesondere in allen Fällen, wo das Interesse, um dessentwillen die Rechtspflicht besteht, mit einem eigenen Interesse des mit der Rechtspflicht Belasteten kollidiert, wo zu Gunsten des eigenen Interesses für den Interessenten selbst ja keine Rechtspflicht existiert. (Ich kann mein Leben nur retten durch Betreten eines verbotenen Weges).

Demgemäß sind Rechtspflichten¹ in den Gesetzen

¹ Zunächst sind hier speziell negative Rechtspflichten ins Auge gefaßt, wie eine solche im Begriff des hier ja stets voraus-

auch vielfach genauer abgegrenzt. So insbesondere durch die Begrenzungen des Grundeigentums im sogenannten „Nachbarrecht“; man vgl. auch die übrigen oben zusammengestellten Bestimmungen. Charakteristische Beispiele derartiger Abgrenzungen von Rechtspflichten bieten auch art. 14 des internationalen Vertrags betr. polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee von 1882: „Dieses Verbot (zwischen Sonnenuntergang und Sonnenaufgang an gewissen Stellen zu ankern) bezieht sich nicht auf Ankerungen, welche durch Unfälle oder sonst durch höhere Gewalt veranlaßt worden sind“; und art. 2 des internationalen Kabelvertrags von 1884: „Ausgenommen (von den Strafdrohungen) sind diejenigen Fälle, in welchen die Thäter nur den berechtigten Zweck verfolgt haben, ihr Leben oder die Sicherheit ihrer Fahrzeuge zu sichern, nachdem sie alle Vorkehrungen zur Vermeidung der Beschädigung des Kabels getroffen hatten.“

Dieser Relativität unterliegen prinzipiell alle, selbst die noch so hoch gewerteten Rechtspflichten; sie findet sich denn auch im Bereiche der verfassungsmäßigen Pflichten ausdrücklich anerkannt: Bei der Notstandsverordnung, bei Überschreitung des Budgets, liegt ein Durchbrechen der verfassungsmäßigen Regel und damit eine Verletzung der ihr zu Grunde liegenden hohen öffentlichen Interessen vor, und doch sind diese Handlungen durchaus gerechtfertigt, weil und sofern sie zur Wahrung

gesetzten „rechtmäßigen Interesses“ liegt. Auf die Abgrenzung positiver Pflichten im Besonderen wird später einzugehen sein.

besonders schwerwiegender staatlicher Interessen erforderlich sind.

Im Allgemeinen aber sind die in den Gesetzen gegebenen Begrenzungen nicht erschöpfend; sie fordern eine Ergänzung im Wege der Analogie und vor allem durch generellere Gesetzesbestimmungen.¹

Man denke z. B. an die Pflichten in Bezug auf die persönliche Freiheit der anderen. Sie ist aufs Mannigfache beschränkt durch Bestimmungen, welche Zwang gegen andere gestatten. Aber man wird kein Gesetz entdecken können, welches die gewaltsame Verhinderung eines Selbstmords für erlaubt erklärt. Und doch ist niemals jemand, der einen anderen gegen dessen Willen gerettet hat, obgleich der Fall sich ziemlich häufig zuträgt, auf Grund des § 240 St. G. B. wegen Nötigung bestraft worden. Es wird hier ein an sich rechtmäßiges Interesse, das Freiheitsinteresse, auf Grund eines höher gewerteten Interesses verletzt und jedermann betrachtet diese Verletzung als rechtmäßig, obgleich sich dafür kein Gesetzestitel geltend machen läßt.

Moriaud² erzählt den in Berlin vorgekommenen

¹ Derartige Bestimmungen allgemeineren Charakters enthält insbesondere das preussische N. O. R. (s. Einleitung § 88, 95, 97 — § 36 I, 6: „Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient“ ist nicht ersatzpflichtig — in spezieller Anwendung auf das Eigentum: § 26, 27 I, 8.

² „De la justification du délit par l'état de nécessité“ Genève 1889 p. 15 (enthält reiches legislatives und kasuistisches Material).

Fall, daß einem Bauer von seinem Wagen Eier durch einen Vorübergehenden weggenommen wurden; während er dem Diebe nachlief, um ihm seine Beute zu entreißen, sistierte die Polizei seinen sich selbst überlassenen Wagen, und als sich der Besitzer meldete, wurde ein Strafbefehl wegen Übertretung des § 366 Ziffer 5 St. G. B. über ihn verhängt; das Schöffengericht sprach ihn frei, vernünftigerweise, aber mit welcher Begründung? Darf das Verbot, die Sonntagsruhe zu stören, etwa so weit erstreckt werden, daß ein Eigentümer sein Einsturz drohendes Gebäude nicht stützen dürfte? Soll ich — eine von Binding aufgeworfene Frage — nach § 367 Ziffer 8 St. G. B. strafbar sein, wenn ich den in der Nähe meiner Wohnung mein Haustier packenden Geier niederschleße? ¹

¹ In manchen Rechten ist die bezügliche Rechtspflicht — an bewohnten Orten nicht zu schießen — für solche Kollisionsfälle ausdrücklich beseitigt, so im Genfer Jagdreglement (von 1887 Art. 8) allgemein hinsichtlich der Tötung „schädlicher Tiere“. — Dagegen hat der französische Kassationshof in einem Fall, wo jemand ein in seinem Garten Schaden anrichtendes fremdes Huhn erschossen hatte und deshalb wegen Übertretung des örtlichen Verbots, innerhalb der Stadt zu schießen, unter Anklage gestellt war, das freisprechende Urteil der Vorinstanz aufgehoben (s. Blanche „Etudes pratiques sur le code pénal“ II p. 366). Es ist dies auffällig, weil die Bestrafung wegen der Tötung des fremden Haustieres gemäß dem (früher citierten) Art. 454 o. p. durch eine „nécessité“ in Wegfall kommt, mithin das Verbot des Schießens hier höher gewertet wird wie das Verbot der Sachbeschädigung, wofür eine ratio nicht ersichtlich ist.

Natürlich steht es dem Gesetzgeber frei, eine Rechtspflicht als eine unbedingte aufzustellen, ohne Rücksicht auf den Wert des in concreto durch ihre Erfüllung verletzten Interesses. Aber eine solche Erstreckung einer Rechtspflicht bis in die äußersten Konsequenzen hat doch nur da einen Sinn, wo das Gesetz das geschützte Interesse als ein allen möglicherweise einmal mit ihm kollidierenden Interessen überlegenes wertet. So rechtfertigt sich die ausdrückliche Erstreckung der Pflicht des Soldaten und der Schiffsmannschaft. Daß eine Rechtspflicht in diesem Umfange gemeint ist, kann sich auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung aus den Umständen mit Notwendigkeit ergeben: so beim Sicherheitsbeamten aus dem Charakter seines Amtes, das ihm die Unterordnung seiner eigenen Interessen schlecht-hin zur Pflicht macht. So darf der Gefängnisbeamte nicht die Zellen Schlüssel ausliefern, selbst wenn er darob das Leben riskiert.¹

¹ Aber auch hier ist eine Grenze der Pflicht, sich aufzuopfern, anzuerkennen. Wie Hälschner („Das gemeine deutsche Strafrecht“ S. 502) zutreffend betont, ist seine Pflicht nicht dahin zu deuten, daß er sich selbst dann für dieselbe aufopfern müßte, wenn solche Aufopferung völlig zwecklos sein würde, vielmehr findet auch sie ihre Grenze da, wo mit ihrer Erfüllung dem Interesse, um dessentwillen sie aufgestellt und um dessen hoher Wertschätzung willen sie in so absoluter Weise aufgestellt ist, in keiner Weise mehr gedient wäre. Ist die Situation die, daß der Beamte einer Übermacht gegenüber den Verlust der Schlüssel auch durch Aufopferung seines Lebens nicht verhüten kann, so liegt der Fall analog dem früher besprochenen Beispiel der beiden durch ein Seil verbundenen Bergsteiger, deren einer

Ohne das Vorliegen solcher besonderen Bestimmungen oder besonderen Verhältnisse aber führt die Annahme, daß eine Rechtspflicht in Kollisionssfällen unbeeinflusst bleibe durch die Bedeutung des im Falle ihrer Erfüllung gefährdeten Interesses, geradezu zu Absurditäten. Ich rette jemand das Leben durch Betreten eines verbotenen Weges: Obwohl ich keine juristische Pflicht zur Lebensrettung eines beliebigen Mitmenschen habe, dagegen eine solche, diesen Weg zu meiden, so würde es doch auf das Entschiedenste dem Rechtsgefühl widerstreiten, wenn ich für meine rettende Handlung Strafe leiden müßte, und auch die Behandlung derselben als einer zwar mit Strafe verschonten, aber rechtswidrigen (daher z. B. dem Notwehrrecht ausgesetzten) Handlung würde ihr offenbar nicht gerecht werden. Sie muß vielmehr als rechtmäßig anerkannt werden, aus dem Grunde, weil das gewährte (Lebens-) Interesse wichtiger ist als das durch die Rechtspflicht geschützte und durch die Handlung verletzte Interesse (des Eigentümers des verbotenen Weges an Beobachtung dieses Verbotes). Dies wird freilich vielen

abgestürzt ist: Es liegt in Wahrheit keine Kollision von Interessen vor, sondern das eine Interesse ist so wie so verloren, und es handelt sich lediglich darum, ob ein anderes Interesse — das eigene Leben — außerdem zu Grunde gehen soll, und da dieses Opfer hier ein völlig zweckloses wäre, so ist die rettende Handlung, nicht etwa eine durch Notstand entschuldigte Pflichtverletzung (wie Wächter u. a. annehmen), sondern überhaupt keine Pflichtverletzung, vielmehr eine rechtmäßige That.

als schlechthin selbstverständlich erscheinen; aber das lediglich einen Beleg dafür bietet, daß das hier vertretene Prinzip sich geradezu aufdrängt, denn nur aus ihm heraus läßt sich die Rechtmäßigkeit der Handlung begründen. Dem geltenden Recht gegenüber aber ist auch für diese vom Rechtsgefühl unbedingt geforderte Behandlung des Falls eine greifbare Begründung in einwandfreier Weise überall nicht möglich, wo der Relativität der Rechtspflichten eine prinzipielle Anerkennung fehlt.

Die derzeitige Lage der Dinge, wie sie sich uns dar- geboten hat, ist offenbar eine höchst unbefriedigende. Zwar findet sich thatsächlich zuweilen in der Praxis eine analoge Anwendung des Prinzips des überwiegenden Interesses, aber in unsicherer und wenig klarer Weise. Es bedarf eben, um zu sachgemäßen Ergebnissen zu gelangen, einer allgemeineren gesetzlichen An- erkennung des Prinzips, und damit des Gedankens der Relativität. Auf die Formulierung einer solchen allgemeinen Bestimmung ist später zurückzukommen.

4. Die Abgrenzung des überwiegenden Interesses.

Es erübrigt, das Prinzip des überwiegenden In- teresses auf seine Praktikabilität und die nähere Begren- zung dieses Interesses genauer zu untersuchen.

Bei der Mannigfaltigkeit der für seine Anwendung im Einzelfall erheblichen Momente kann das Gesetz unmöglich überall in der direkten Weise zu Gunsten des einen der kollidierenden Interessen Partei ergreifen,

wie dies in den früher angeführten Gesetzesbestimmungen geschieht.

Auch eine allgemeinere gesetzliche Anweisung, wie sie im Vorgehenden gefordert worden ist (spezielleres über eine solche vgl. im folgenden Abschnitt) kann uns hier nicht überall direkt zum Ziele führen, vielmehr wird auch sie notwendig dem Richter einen weiten Spielraum lassen.

Dadurch wird aber weder das Bestehen eines objektiven Maßstabes berührt, wie ein solcher nach den früheren Ausführungen in den Werturteilen des geltenden Rechts thatsächlich zu finden ist, noch dessen Praktikabilität. Wegen der Schwierigkeiten, welche die Bestimmung des höheren Interesses in concreto bieten kann, die Aufstellung eines objektiven Maßstabes für die Entscheidung der Notstandsfälle überhaupt zu verwerfen, wie dies insbesondere neuerdings *Tobler*¹ thut, erscheint durchaus ungerechtfertigt. Es handelt sich bei dem Prinzip des überwiegenden Interesses um einen Grundsatz, der nur durch Vermittlung des *arbitrium boni viri* zur Anwendung kommen kann, wie dies ja auch bei anderen Prinzipien der Fall ist, man denke an die *bona fides* in Vertragsverhältnissen.

Verschiedene Gesichtspunkte für die Bestimmung des in concreto überwiegenden Interesses haben wir im Vorigen kennen gelernt: bald ist es das Lebensinteresse gegenüber bloßem Vermögensinteresse; bald das quan-

¹ „Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr“ Zürich 1894. S. 21 ff.

titativ stärkere Interesse, das Interesse an Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz, an der Ausnützung eines Grundeigentums, gegenüber demjenigen an Erhaltung einzelner Vermögensstücke; oder das Interesse an Wahrung des Vermögens verschiedener Personen gegenüber solchem eines Einzelnen; bald ein öffentliches Interesse: Interesse des Verkehrs, der Wehrhaftigkeit des Landes, des landwirtschaftlichen Wohlstandes gegenüber dem Privatinteresse Einzelner. Freilich läßt sich eine überall anwendbare und unveränderliche Wertskala nicht aufstellen, schon deshalb nicht, weil die Wertung der Interessen selbst wechselt. Insbesondere gibt der Preiskurant, welchen das Strafgesetzbuch enthält, nicht ohne weiteres eine Entscheidung an die Hand. Für die „immateriellen Güter“, wie Ehre, Freiheit, läßt sich überhaupt kein ein für allemal bestimmter Platz in einer Wertskala anweisen, und ein Schema, wie das von Schaper¹ aufgestellte: Leben — Gesundheit — Freiheit — Ehre — Vermögen, kann natürlich nur einen Anhaltspunkt für die Durchschnittstaxe abgeben.

Eine generelle Qualifikation der Interessen hat aber überhaupt nur eine geringe Bedeutung, weil gar nicht das abstrakte Wertverhältnis zwischen zwei Arten von Interessen die Entscheidung an die Hand geben kann, vielmehr nur die konkreten Werte, die sich im Einzelfalle einander gegenüber gestellt finden. Unter

¹ In v. Holzendorffs „Handbuch des deutschen Strafrechts“ II, 133.

den gegebenen Umständen kann aber sehr wohl die Verletzung eines der Gattung nach höher gewerteten Interesses sich als von geringerer Bedeutung darstellen als diejenige eines der Gattung nach niederen. Je nach der Größe der ihm in concreto drohenden Verletzung kann das Interesse an Erhaltung der körperlichen Integrität dem Lebensinteresse gleichwertig sein — Beraubung der Geisteskräfte — oder selbst einem beträchtlichen Vermögensinteresse untergeordnet erscheinen — Verlust eines Ohrläppchens.

Ist ein regelmäßig höher gewertetes Interesse zu Gunsten eines regelmäßig niedriger gewerteten verletzt worden, oder ein solches Interesse, für welches keine generelle Wertung besteht, so kommt es darauf an, ob das in der Aufopferung desselben sich aussprechende Werturteil des Einzelnen vom Richter als nach Lage des Falls in Übereinstimmung mit dem gesellschaftlichen Werturteil stehend befunden und demgemäß bestätigt wird.

In Berücksichtigung des konkreten Falls werden sich auch die nur in Beziehung auf ihren Träger schätzbaren Interessen — wie das der Erhaltung der Geschlechtslehre — dem in concreto gegenüberstehenden Interesse, und in der Form wie es ihm gegenübersteht, als entweder überwiegend oder minderwertig ergeben. Ein in concreto zu beachtendes Moment ist auch die Nähe der Gefahr;¹ es leuchtet ein, daß ich

¹ Wenn § 54 des Strafgesetzbuchs eine „gegenwärtige“, der österreichische Entwurf eine „unmittelbar drohende“, der

nicht zur Abwehr eines nach menschlichem Ermessen auch noch so wahrscheinlich — aber doch niemals objektiv gewiß — über ein Jahr zu gewärtigenden Übels jetzt sofort einem andern ein sicheres Übel beibringen darf. Wem in einem Drohbrief angekündigt wird, daß sein Haus in die Luft gesprengt werde, falls er ein geplantes Attentat anzeige, kann sich nicht auf eine „gegenwärtige“ Gefahr berufen.

Bei kollidierenden gleichartigen Interessen kann ein nur minimaler Quantitätsunterschied kein Ueberwiegen des einen Interesses begründen, wie sich dies für das vernünftige richterliche Ermessen von selbst versteht.¹

Weil es auf die konkreten Werte ankommt, so folgt, daß das an sich überwiegende Interesse nicht ins Grenzenlose vertreten werden darf, da sonst sich sofort wieder ein Mißverhältnis zwischen dem Wert des geopferten und des geretteten Gutes ergeben würde;

Schweizer Vorentwurf eine „unmittelbare“ Gefahr verlangen, so soll damit offenbar überall dasselbe Erfordernis bezeichnet werden.

¹ In v. Buris Beispiel (l. c. 439): Dem A wird die Wegnahme zweier Pfennige gedroht, wenn er nicht dem B einen Pfennig wegnimmt, ist aber der geringe Quantitätsunterschied überhaupt nicht das für die Entscheidung wesentliche Moment, sondern der Schwerpunkt liegt in der Freiheitsberaubung, die mit der Wegnahme des einen bezw. der zwei Pfennige gegeben ist; hinsichtlich dieser aber besteht Wertgleichheit, also ergibt sich grade von dem hier vertretenen Standpunkt aus (daß nämlich nur unter Voraussetzung eines überwiegenden Interesses die Notstandshandlung rechtmäßig ist) die Wegnahme des einen Pfennigs durch A als rechtswidrig.

das Recht zur Abwehr eines Widerstandes darf also nicht bis zur Verletzung eines dem zu wahrenen überlegenen Interesses gehen. So darf ich in v. Buris Beispiel (l. cit. S. 455) zwar meinen auf den fremden Acker geflogenen Hut dort wegholen, deshalb aber doch nicht den mich vom Betreten des Ackers abhaltenden Eigentümer totschlagen.

Wenn sonach dem Richter die Aufgabe der Abwägung im Einzelfall verbleibt, so erscheint dies im Bereiche des Privatrechts als unbedenklicher wie im Bereiche der Kollisionen von privaten und öffentlichen Interessen. Das öffentliche Interesse und der Umstand, daß hier Akte staatlicher Organe vorliegen, nehmen zwar bezüglichlichen Handlungen nicht den Charakter als Notstandshandlungen: auch hier ist die Verletzung fremder — privater — Interessen nur gestattet wegen ihrer Kollision mit überwiegenden anderen Interessen, um derentwillen jene Verletzung als geboten erscheint, und als deren Vertreter die Beamten hier handeln. Aber der Umfang dieser Kollisionen und die faktische Machtstellung der Organe dieser öffentlichen Interessen machen zum Schutze der kollidierenden Privatinteressen eine genauere gesetzliche Abgrenzung der Fälle besonders wünschenswert, in welchen das öffentliche Interesse als überwiegend angesehen werden, und der Grenzen, bis zu welchen es sich auf Kosten privater Interessen geltend machen darf.¹ Tatsächlich

¹ Freilich muß nach der Natur der öffentlichen Interessen der Verwaltung ein gewisser Spielraum gelassen werden. Aber

steht hier auch bereits eine größere Fülle von Spezialbestimmungen in Geltung.

Wo nach den skizzierten Gesichtspunkten ein überwiegendes Interesse des Handelnden in concreto sich ergibt, da kann einem Verschulden desselben ein Einfluß auf Rechtmäßigkeit und Straffreiheit der Notstandshandlung als Regel nicht zuerkannt werden.¹ Und zwar ist ihm hier ein Einfluß regelmäßig nicht bloß dann abzusprechen, wenn nur die Gefahr verschuldet ist — jemand hat fahrlässig den Brand seines Hauses verursacht; er löscht denselben durch Benutzung eines fremden Apparates oder unter geringfügiger Beschädigung des Nachbargrundstückes: trotz seiner culpa ist die Handlung rechtmäßig — sondern auch wenn der Notstand selbst verschuldet ist: ein Besucher der Menagerie reizt ein Tier mit dem Stock, dasselbe packt ihn, er kann sich nur retten, indem er es tötet: nach unserem Strafgesetzbuch (da nach ihm unverschuldete Herbeiführung des Notstandes vorausgesetzt ist) würde er der Bestrafung unterliegen; die Strafe erscheint hier aber nicht angebracht, denn man kann ihm wegen seines Verschuldens doch nicht zumuten, sich lieber umbringen zu lassen, als das

auch der Private muß bei Gefährdung seines Interesses über dessen relativen Wert zunächst nach seinem Ermessen sich entscheiden. Und endgiltig sind auch die in Kollisionsfällen getroffenen Entscheidungen der Verwaltung regelmäßig nicht (Verwaltungsrechtspflege, Beschwerdebeweg).

¹ Welcher Einfluß einem solchen dagegen bei Kollision gleichwertiger Interessen zukommt, vgl. früher.

Tier zu töten! Die Handlung muß vielmehr, weil zur Wahrung eines überwiegenden Interesses vorgenommen, als rechtmäßig anerkannt werden und also straffrei bleiben. Daß hier ein Verschulden des Bedrohten für den Charakter der Notstandshandlung nicht prinzipiell bestimmend sein kann, zeigt sich besonders klar bei Handlungen eines Dritten zu seinen Gunsten: Wenn ich jemand rette, der sich auf einen verbotenen gefährlichen Weg begeben hat, und hierbei notgedrungen selbst das Verbot übertrete, so kann meine Handlung doch um der Verschuldung des Gefährdeten willen nicht rechtswidrig sein! Im Allgemeinen ist sonach das vorausgehende Verschulden (Delikt) getrennt zu behandeln von der Notstandshandlung, wie ja auch der §. die Rechtmäßigkeit der in § 192 bezeichneten Handlungen durch ein Verschulden in Herbeiführung der Gefahr nicht ausgeschossen sehen will (vgl. Beiträge 36, 673).

Weil es jedoch auf das Ganze der konkreten beiderseitigen Werte ankommt, so kann ein besonders qualifiziertes Verschulden dennoch maßgebenden Einfluß auf die Behandlung der Notstandshandlung gewinnen, indem es Anlaß giebt zu einer entgegengesetzten Stellungnahme der Rechts als der ohne sein Vorliegen eintretenden. In solchen Fällen ist ein Analogon zur Notwehr gegeben: Wie bei dieser die Verletzung eines an sich rechtmäßigen, sogar größeren, Interesses rechtmäßig wird wegen der Schuld des Trägers dieses verletzten Interesses, so kann die Verletzung eines rechtmäßigen Interesses, obwohl das-

selbe kleiner ist als das gefährdete, rechtswidrig sein wegen der Schuld des Trägers des gefährdeten Interesses. So insbesondere, wenn ein Notstand absichtlich herbeigeführt ist, um unter seinem Deckmantel eine den Thatbestand eines Delikts bildende Handlung straflos begehen zu können. Aber das Gesagte gilt nicht ausschließlich hier.¹ Der Richter muß stets den Gesamtcharakter des konkreten Vorgangs an der Hand der sozialen Werturteile prüfen. Dabei kann nicht bloß ein rechtliches, sondern auch ein moralisches Verschulden für die Entscheidung ins Gewicht fallen. Wenn jemand eine Ehrenschild im Spiel kontrahiert und sich dann die Mittel zu deren Tilgung nur durch Falschspiel oder Diebstahl verschaffen kann, so gilt diese seine Ehre um des Verhaltens ihres Trägers willen —

¹ Während in der Theorie meist am Erfordernis der „Unverschuldetheit“ festgehalten wird, geht Finger (l. cit. S. 243) im Ausschluß jedes Einflusses eines Verschuldens so weit, daß er einen solchen allgemein lediglich bei „absichtlicher Herbeiführung des Notstands zum Behufe der Vornahme der im Notstand unverbottener Handlung“ anerkennt. Aber diese unterschiedslose Behandlung des Verschuldens bei allen Notstandshandlungen führt bei Kollision gleichwertiger Interessen zu unangebrachter Milde: daß derjenige, der sein Haus in Brand steckt, um die Versicherungssumme zu gewinnen, und dann zu seiner Rettung einen Feuerwehrmann von der Leiter stößt, nicht wegen Körperverletzung strafbar sein soll, entspricht dem Rechtsgefühl gewiß nicht. Aber auch bei Kollision ihrer Gattung nach verschieden gewerteter Interessen läßt sich der Einfluß des Verschuldens nicht auf den bezeichneten einen Fall beschränken.

ihrer leichtfertigen Gefährdung wie des die Ehre seinerseits tangierenden Rettungsmittels wegen — nicht mehr als ein „überwiegendes“ Interesse gegenüber demjenigen des Geschädigten.¹

Öfters werden „Pflichtenkollisionen“ — in verschiedenem Umfang verstanden — als eine besondere und eine abweichende Regelung fordernde Kategorie von Kollisionsfällen behandelt. Wir haben der Betrachtung bisher wesentlich den Fall zu Grunde gelegt, wo bei der Kollision nur eine, und zwar die in dem rechtmäßigen Interesse anscheinend verletzte negative Rechtspflicht im Spiel ist. Es erhebt sich für uns daher lediglich die Frage, welchen Einfluß das Vorhandensein einer positiven Rechtspflicht auf Seite des einen oder des anderen der kollidierenden Interessen, beziehungsweise auf beiden Seiten, auf die Beurteilung des „überwiegenden“ Interesses ausübt, ob die für

¹ Die allgemeinen ethischen Anschauungen machen sich auch sonst für die Stellungnahme der Gesellschaft auf der einen oder der anderen Seite kollidierender Interessen in maßgebender Weise geltend. Beispielsweise in den Fällen, wo dem Hungers- tobe ausgesetzte Schiffbrüchige einen aus ihrer Mitte schlachten und verzehren (Fall der „Mignonnette“). Wo eine Handlung so schlecht hin sittlich verworfen wird wie die Menschenfresserei, da findet die Anerkennung der Rechtmäßigkeit ihre Grenze. Hier ist vom Standpunkt der Gesellschaft aus kein über- wiegendes Interesse auf Seite der Geretteten anzuerkennen, weil auf Seite des unmittelbar verletzten Interesses das ganze sittliche Gefühl fällt. Eine solche Handlung kann infolgedessen zwar (aus den früheren Erwägungen) straffrei ausgehen, niemals aber gutgeheißen werden.

jenen Normalfall zur Anwendung gebrachten Grundsätze hier zu modifizieren sind.

Eine positive Rechtspflicht kann bei Kollisionen rechtmäßiger Interessen in zweifacher Weise im Spiel sein. Entweder es besteht zu Gunsten des verletzten Interesses eine solche, welche also durch die Wahrung des gefährdeten Interesses selbst verletzt ist: Derjenige, dem eine Anzeigepflicht gemäß § 139 St. G. B. obliegt, verletzt diese Rechtspflicht, weil er sich durch ihre Erfüllung einer Lebensgefahr aussetzen, oder sein Pferd zu Schanden reiten würde. Die in § 360 Ziffer 10 St. G. B. auferlegte Pflicht, bei Unglücksfällen den Anordnungen der Polizei Folge zu leisten, wird verletzt, weil die Befolgung derselben mit Lebensgefahr verknüpft sein würde.

Oder die Wahrung des gefährdeten, und somit die Verletzung des kollidierenden Interesses war ihrerseits Gegenstand einer positiven Rechtspflicht; m. a. W. zu Gunsten des g e w a h r t e n Interesses besteht eine positive Rechtspflicht. Hier ist mit der Verletzung des kollidierenden Interesses wieder eine zu dessen Gunsten bestehende, entweder negative oder positive, Rechtspflicht verletzt. Der Anzeigepflichtige kann die Anzeigepflicht nur erfüllen durch Beschädigung einer fremden Sache oder Betreten eines verbotenen Weges; die Feuerwehr fährt bei einer Feuerbrunst über einen Acker, oder im Galopp durch eine Straße, die nur im Schritt passiert werden darf. Der Gensdarm erbricht die Thüre des Hauses, in welches sich der entwichene Verbrecher geflüchtet hat. Kollisionen zweier positiver Pflichten würden gegeben sein, wenn der auf

Posten befindliche Soldat Kenntnis von einem Hochverrat erhält; wenn gleichzeitig zwei Brände ausbrechen und die Feuerwehr mit der einen vorhandenen Feuerpritze nur dem einen Eigentümer zu Hilfe kommen kann; wenn der im auswärtigen Kriegsdienst befindliche Inländer bei Kriegsausbruch vom inländischen Staat zur Rückkehr aufgefordert wird.

Bei Aufstellung positiver Pflichten giebt das Gesetz nun zuweilen die Grenzen an, bis zu welchen sich in Kollisionsfällen die Pflicht erstrecken soll. So hört die Pflicht, Anordnungen der Polizei bei Unglücksfällen nachzukommen, gemäß § 360 Ziff. 10 dann auf, wenn ihre Befolgung eine „erhebliche eigene Gefahr“ für den Handelnden mit sich brächte, (entsprechend Strandungs-Ordnung § 9 Abs. 2); nach der Verordnung von 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß müssen dieselben sich Beistand leisten „soweit sie dazu ohne erhebliche Gefahr für das eigene Schiff im Stande sind“.¹ Das Erfordernis einer „erheblichen“ eigenen Gefahr weist dabei auf das Wertverhältnis zu dem gefährdeten Interesse hin. In gewissen anderen Fällen stellt das Gesetz eine positive Pflicht als unbedingte auf (s. die früheren Beisp. S. 73 und das dort Bemerkte). Bei der überwiegenden Mehrzahl der in Kraft stehenden positiven Rechtspflichten aber

¹ Entsprechend sieht die Verordnung von 1880 zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe in Art. 23 ganz allgemein eine Abweichung von ihren Vorschriften vor, wenn besondere Umstände zur Abwendung unmittelbarer Gefahr eine solche „notwendig machen“.

fehlt es an einer speziellen gesetzlichen Bestimmung darüber, in welchem Umfang diese Pflicht Geltung beansprucht. Und hier muß der Grundsatz der Relativität in derselben Weise Anerkennung finden wie bei den früher spezieller ins Auge gefaßten negativen Rechtspflichten. Er hat hier aber eine ausdrückliche Anerkennung auch bereits in weiterem Umfange als bei jenen gefunden in gewissen allgemeineren Rechtsfällen.¹ Ist doch jeder Leistungspflicht eines Schuldners eine Grenze gesetzt in gewissen Situationen („vis maior“ — beneficium competentiae). Man denke auch z. B. an die Zeugnispflicht, die, obwohl einen Grundpfeiler unserer ganzen Rechtspflege bildend, doch da ihre Grenze findet, wo ihre Erfüllung allzu beachtliche private Interessen verletzen würde (z. B. wenn die Beantwortung einer Frage nicht möglich ist, ohne ein Gewerbegeheimnis zu offenbaren C. P. D. § 349 Ziff. 3). Die zu Grunde liegenden Interessen — das durch die positive Rechtspflicht geschützte und das in concreto kollidierende — bestimmen also auch hier die Grenzen der Pflicht.

Eben dasselbe gilt aber auch in den besonderers zugespitzten Kollisionsfällen, wo auf beiden Seiten Rechtspflichten aufgestellt sind. Man ist darüber wohl

¹ Die freilich mit der in den strafgesetzlichen und sonstigen Gesetzbestimmungen zum Ausdruck kommenden Auffassung der Unbegrenztheit der Rechtspflichten (s. oben) in Widerspruch stehen. Die Gesetzgebung nimmt eben zur Zeit hinsichtlich der Frage der Relativität der Rechtspflichten keine konsequente Stellung ein.

einig, daß die „höhere“ Pflicht (Binding), die „wichtigere“ Pflicht (Finger), vorgehen müßte. Aber welches ist die höhere Pflicht im Einzelfall? Das Gesetz giebt für Beantwortung dieser Frage speziellere Anhaltspunkte nur im dürftigsten Maße. Zu ihrer Entscheidung muß der Richter wiederum zurückgehen auf die Interessen, um derentwillen die beiderseitigen Pflichten bestehen und deren Wertverhältnis. Wenn in concreto es sich um die Anzeige eines Mordanschlags handelt, so wiegt das Lebensinteresse des Bedrohten gewiß schwerer als das pekuniäre Interesse des Eigentümers des Saatfeldes, über welches ich behufs rechtzeitiger Anzeige laufe, und deshalb ist hier die Anzeigepflicht die „höhere“ gegenüber derjenigen, das fremde Eigentum zu respektieren, und deshalb erscheint hier die Erfüllung der Anzeigepflicht trotz der Verletzung fremden Eigentums (bezw. anscheinender Verletzung der Pflicht, dasselbe nicht zu betreten) als rechtmäßig, ihre Nichterfüllung als rechtswidrig.¹

¹ Das Reichsgericht („Entsch. in Strafsachen“ XX, 192) sagt sachlich zutreffend über einen „Widerstreit von Pflichten“: Daß wenn auch nur eine derselben durch eine Dienstanweisung geboten ist, doch derjenige, der „durch Nichterfüllung einer allgemein vorgeschriebenen Obliegenheit im gegebenen Fall einen größeren Nachteil verhüten kann, pflichtwidrig handeln würde, wenn er gleichgiltig gegen den danach eintretenden Erfolg sich darauf beschränkt, nach der Dienstanweisung zu handeln“— Streng genommen handelt es sich jedoch nicht um ein Verschulden durch Handeln „nach der Dienstanweisung“, sondern um die Verkennung der selbstverständlichen Grenzen derselben; nicht um Verletzung einer Pflicht, sondern um deren Grenze.

Eine Besonderheit bringt der Umstand, daß die verletzende Handlung Gegenstand einer positiven Rechtspflicht ist, nur bei Kollision gleichwertiger Interessen mit sich (vgl. oben), indem die zur Erfüllung dieser Rechtspflicht notwendige Handlung auch dann rechtmäßig ist, wenn durch sie ein dem gewährten Interesse gleichwertiges Interesse verletzt wird — so wenn im obigen Beispiel die gleichzeitig ausbrechenden Brände gleichbedeutend sind — denn hier ist die Rechtmäßigkeit der Handlung lediglich die Rehrseite ihrer Pflichtmäßigkeit.

Hiervon abgesehen ergeben sich durch das Hineinragen einer positiven Rechtspflicht in eine Interessenkollision keinerlei neue Gesichtspunkte. Vielmehr handelt es sich überall, mag eine negative oder eine positive Pflicht, auf Seite des Verletzten oder auf Seite des gewährten Interesses, im Spiel sein, stets in gleicher Weise um die Frage, wie weit eine Rechtspflicht sich erstreckt bei Kollision des ihr zu Grunde liegenden Interesses mit einem andern rechtmäßigen Interesse, sei es mit einem solchen des Pflichtigen selbst, sei es mit dem Interesse eines Dritten. Und überall ist entscheidend, welches der beiden kollidierenden Interessen als das überwiegende sich darstellt.

Die Aufgabe der Bestimmung dieses überwiegenden Interesses aber kann das Gesetz vollständig zwar nicht lösen, wohl aber muß es dem Richter den einheitlichen, beherrschenden Gesichtspunkt der Entscheidung an die Hand geben, und darf ihm nicht die Wahl des anzulegenden Maßstabes selbst überlassen, worauf u. a. Toblers Ausführungen hinauslaufen (l. cit. S. 49):

„Der Schweizer Vorentwurf läßt den Richter bei Entscheidung der Frage, ob in concreto der Notstand strafanschießend wirke, vollständig im Stich, u. G. mit Recht“. Damit würde das Recht ein wesentliches Stück seiner Aufgabe unerfüllt und das Spiel des Zufalls walten lassen! Es befindet sich aber in der Alternative, wenn es sich nicht neutral verhalten will — und das darf es nimmermehr — den hier vertretenen Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses zur Geltung zu bringen, da für die Entscheidung zwischen kollidierenden rechtmäßigen Interessen (abgesehen vom Vorliegen eines Verschuldens auf Seite des Handelnden (vgl. S. 82) oder auf Seite des Verletzten (vgl. S. 75) ein anderer überhaupt nicht zur Verfügung steht.

5. Legislative Ergebnisse.

Rehren wir nach diesen Ausführungen zu unserem Ausgangspunkt zurück, um zu prüfen, welche Ergebnisse sich aus denselben für die Regelung der Notstandsmaterie im Entwurf ergeben.

Den im Vorgehenden aufgestellten Postulaten entspricht § 192 G. zunächst darin, daß er einerseits seine Bestimmung ausdehnt auf andere Interessen als Leib und Leben, andererseits das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit aufnimmt. Wenn hier gesagt ist, daß der Schaden „nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen“ darf, so kann es offenbar nur auf den zur Zeit der Verletzung voraussehbaren Schaden ankommen, denn nach der etwa infolge singulärer Verkettung von Umständen eintretenden

Größe des definitiven Schadens kann unmöglich ex post die Widerrechtlichkeit oder Rechtmäßigkeit der schädigenden Handlung bemessen werden. Die Verhältnismäßigkeit des Schadens aber ergibt sich aus der Vergleichung des verursachten und des vermiedenen Übels, und die Bedeutung des Übels hängt wieder ab von der Art des bedrohten Interesses und dem Umfang seiner Bedrohung; es muß also m. a. W. das gewährte Interesse das bedeutendere sein, das überwiegende, in dem früher gefaßten Sinne, daß das ihm drohende Übel sich als ein — sei es nach Qualität, sei es nach Quantität — größeres darstellt als das dem gegenseitigen Interesse zugefügte.

Es würde nun aber ein unhaltbarer Zustand sein, wenn infolge der verschiedenen Regelung einerseits im Strafgesetzbuch (die Anwendung zu finden hätte auf die unter § 746 C. fallenden Notstandshandlungen), andererseits in § 192 C., die in einem Kollisionsfall erfolgende Verletzung einer Gefahr drohenden Sache unter völlig anderen Grundsätzen stände wie diejenige eines Menschen oder einer solchen Sache, von welchen die Gefahr nicht unmittelbar ausgeht, nämlich zum Teil in weiterem Umfang strafbar wäre (wegen der geforderten Verhältnismäßigkeit des Schadens) zum Teil im engeren (wegen Ausdehnung der Straffreiheit auf Handlungen zum Schutze von Vermögensinteressen und zu Gunsten beliebiger Dritter).¹

Es würde sich dadurch zwischen § 192 C. und den jetzigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches eine un-

¹ Bgl. C. 4.

leidliche Disharmonie ergeben, und unbedingt wünschenswert wäre daher eine einheitliche Regelung. Diese einheitliche Regelung kann aber nach den früheren Ausführungen nur erfolgen auf Grund einer Verallgemeinerung der im Entwurf (§ 192) zum Ausdruck gekommenen Grundsätze. Die zweite Kommission hat die Anerkennung dieser Grundsätze über den Kreis der in § 192 abgegrenzten Fälle hinaus abgelehnt, weil sie Bedenken trug „bei Gelegenheit der Privatrechtskodifikation in einen Fundamentalrechtsatz des Strafgesetzbuches ändernd einzugreifen“.¹ Tatsächlich wird aber dieser „Fundamentalrechtsatz“ des Strafgesetzbuches durch die Bestimmung des § 192 bereits erheblich modifiziert; weshalb sollte man sich scheuen, denselben überhaupt aufzugeben, wenn er sich wirklich als unvereinbar mit der als notwendig erkannten Neuregelung der bezüglichen Lebensverhältnisse erweisen sollte? Die Durchführung eines großen Reformwerkes wie eines neuen Civilgesetzbuches ist doch wahrlich der geeignetste Moment, um Mängel auch in dem angrenzenden Nachbargebiet zu beseitigen, wenn dieselben mit dem Neubau in Disharmonie stehen. Was die „Motive“ (I, 348) zur Begründung der wörtlichen Entlehnung des Notwehrbegriffs aus dem Strafgesetzbuch betonen: „Es leuchtet ein, wie groß der Gewinn der Übereinstimmung mit dem Strafrecht ist“, gilt hier doch in gleicher Weise!

Man müßte sonach, die Voraussetzung der Kom-

¹ Jahrbücher 57, 720 — Beiträge 36, 674.

mission einmal als zutreffend angenommen, die in § 192 C. ausgesprochenen Grundsätze auf die Notstandsbestimmung des Strafgesetzbuches (unter Einschließung des Falles der Drohung) übertragen, wie solche auch bereits im österreichischen und im norwegischen Strafgesetzentwurf Anerkennung gefunden haben.

Der österreichische Entwurf lautet: „Auf Handlungen, welche jemand in einem auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande begangen hat, um eine unmittelbar bevorstehende unverhältnismäßige Beschädigung an Leib, Freiheit oder Vermögen [weshalb ist die Ehre nicht berücksichtigt?] von sich oder anderen abzuwenden, findet das Strafgesetz keine Anwendung“. Wie aber bei Kollision gleichwertiger Interessen?

Nach dem norwegischen Entwurf (§ 42) wird niemand wegen einer Handlung bestraft, die er vorgenommen hat, um von seiner Person oder Vermögen eine auf andere Weise nicht abwendbare Gefahr abzuwenden, wenn sich diese Gefahr für ihn im Verhältnis zu dem Schaden, der durch seine Handlung bewirkt werden konnte, als eine besonders bedeutende darstellen mochte“, wozu ergänzend die Bestimmung in § 51 über „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ tritt (vgl. Lammasch in der „Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswissensch.“ XIV, 509 f.).

In beiden Entwürfen ist die „Unverschuldetheit“ des Notstands als generelles Erfordernis fallen gelassen, wie sich dies als Konsequenz der Betonung des objektiven Moments der Verhältnismäßigkeit ergibt.

Auch bei den Vorarbeiten zum schweizerischen Strafgesetzbuch war man sich über die Notwendigkeit einer Ausdehnung des Notstands in den im Text bezeichneten Richtungen von vornherein klar (vgl. „Motive“ vom September 1893, S. 33). Im Übrigen aber ist der den Notstand regelnde Paragraph bisher Gegenstand einer beständig wechselnden Behandlung gewesen — bezeichnend für die Ungeklärtheit der

Notstandsmaterie! Anfänglich hatte man (wohl im Anschluß an die Bestimmung des St. Gallener Strafgesetzbuches von 1885 Art. 25, bzw. schon von 1857 Art. 33; vgl. Stooß „Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts“ I, 268 f.) das Wertverhältnis der kollidierenden Interessen als maßgebend aufgestellt (Art. 20 des Vorentwurfs vom Juli 1893: „Wer ein Rechtsgut, insbesondere Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen eines anderen angreift, um ein wichtigeres oder doch gleichwertiges Rechtsgut aus einer . . . Gefahr . . . zu befreien, bleibt straflos. Ist das angegriffene Rechtsgut wichtiger als das gerettete, so wird der Thäter je nach Umständen milder bestraft“). In der späteren Gestalt (Vorentwurf vom August 1893) hat man das Moment der Proportionalität ganz fallen lassen (Art. 18: „Wer ein Verbrechen begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, kann, wenn die That den Umständen nach entschuldbar ist, von Strafe befreit oder milder bestraft werden), nach Stooß wegen des Bedenkens, „daß die immateriellen Rechtsgüter keine Schätzung zuließen“ („Verhandlungen der Expertenkommission“ S. 163). Statt dessen wurde also ein rein subjektiver Standpunkt ausdrücklich sanktioniert, und zugleich die dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe auf den Richter abgewälzt, denn „Sache des Gesetzgebers ist es, die Voraussetzungen zu bezeichnen, unter denen die Notstandshandlung entschuldbar ist“. (Gretener in den „Verhandlungen“ S. 165.) Diese Fassung hat eine scharfe Kritik durch v. Liszt erfahren („Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik“ VI S. 412). In der neuesten Gestalt (Amtliche Ausgabe vom Juli 1894) hat man nun die verschiedenen in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu kombinieren versucht (Art. 16: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist nicht strafbar, wenn er einer Pflicht oder dem Triebe der Selbst-

erhaltung gehorchte, oder wenn das gerettete Gut ungleich wichtiger ist als das aufgeopferte“). Auch diese Fassung hat bereits einen entschiedenen Gegner gefunden in v. Lilienthal („Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft.“ XV S. 294 f.), welcher auf dem Boden der zweiten Fassung steht, indem er anscheinend den subjektiven Gesichtspunkt als den für die Behandlung des Notstands allein zutreffenden ansieht. Ich meinerseits ziehe die jetzige Fassung den früheren vor — insbesondere der zweiten, in deren Verwerfung ich v. Liszt durchaus beistimme — weil dieselbe mir die besten Anhaltspunkte zu geben scheint, um praktisch hinsichtlich der Straffreiheit zu entsprechenden Resultaten zu gelangen (die Begründung s. im Folgenden). Befreunden kann ich mich darum aber mit ihr keineswegs, denn sie stellt Handlungen als gleichwertig zusammen, die sich nur in der gleichen Strafunwürdigkeit gleich stehen, ihrer juristischen Natur und damit dem Grunde ihrer Straffreiheit nach aber ganz verschieden gelagert sind, und diese Zusammenfassung hat praktisch das Bedenken, daß aus ihr sich notwendig auch eine gleiche Behandlung hinsichtlich der Fragen der Notwehr und der strafbaren Teilnahme für alle diese Handlungen ergibt.

Beifall verdient es dagegen, daß, entsprechend unseren früheren Ausführungen, auch bei der Notwehr (Art. 15) die Verhältnismäßigkeit der sich gegenüberstehenden Interessen Berücksichtigung gefunden hat, indem das Recht der Notwehr nur demjenigen zugesprochen wird, der einen rechtswidrigen Angriff „in einer den Umständen angemessenen“ Weise abwehrt (vgl. hierzu „Motive“ S. 31). Desgleichen hat das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit Aufnahme gefunden in dem Notwehrparagraph (§ 43) des norwegischen Entwurfes (s. über diesen sowie über die Judikatur des obersten norwegischen Gerichtshofes, welcher — gerade wie das Reichsgericht! — bereits jetzt dem Gesetzeswortlaut entgegen die Verhältnismäßigkeit als Erfordernis aufstellt, Sammasch I. cit. S. 508). Entsprechend wäre auch § 53 unseres Strafgesetzbuches und bzw. § 191 C., zu modifizieren.

In Wahrheit bedarf es aber einer solchen Übertragung und damit der von der Kommission gescheuten Änderung der strafgesetzlichen Bestimmungen gar nicht, wenn im Entwurf eine, dringend wünschenswerte, den Notstandshandlungen gerecht werdende allgemeine Bestimmung Aufnahme findet. Während die Kommission durch eine derartige Bestimmung in Widerspruch mit dem Strafgesetzbuch zu geraten fürchtet, ist dieser Widerspruch vielmehr bei der jetzt vorgesehenen Regelung vorhanden, während gerade durch eine solche Bestimmung den derzeitigen strafgesetzlichen Bestimmungen erst die ihnen gebührende Stellung und die der Sachlage bei den Notstandsverhältnissen angemessene Bedeutung zugewiesen würde.

§ 192 wird den früher aufgestellten Postulaten auch insofern gerecht, als er unter Voraussetzung der geforderten Verhältnismäßigkeit, mit anderen Worten beim Vorliegen eines überwiegenden Interesses, die hier bezeichneten Handlungen, ebenso wie die Notwehr und die Selbsthülfehandlungen, als „nicht widerrechtlich“ anerkennt. Damit kommt der E. dem betonten Bedürfnis nach ausdrücklicher gesetzlicher Anerkennung der Rechtmäßigkeit von Notstandshandlungen (in gewissem Umfang) einigermaßen entgegen.

Eine interessante Einzelentscheidung in derselben Richtung einer Erweiterung der gesetzlichen Anerkennung der Rechtmäßigkeit enthält ferner auch § 826: Hat ein Grundeigentümer bei Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß der Nachbar sofort Widerspruch erhoben hat, so muß der letztere den

Überbau dulden; eine Entscheidung, die Ihering¹ bereits für das heutige Recht als richtig verteidigt hat und die jedenfalls durchaus sachgemäß ist, wegen des in diesem Notstand auf Seite des Gebäudeeigentümers im Spiel stehenden überwiegenden Interesses.

Aber die durch den Entwurf, speziell den § 192, gegebene Begrenzung der rechtmäßigen Handlungen ist, worauf schon in der Einleitung hingewiesen wurde, willkürlich und zu eng. Vielmehr wäre die vom E. den in § 192 charakterisierten Notstandshandlungen zugesprochene Eigenschaft der Rechtmäßigkeit auszu dehnen — immer unter der Voraussetzung eines überwiegenden Interesses — auf die jetzt unter § 746 fallenden Notstandshandlungen. Mit dem in gleicher Weise anzuerkennenden Charakter rechtmäßiger Handlungen entfällt natürlich die Rechtfertigung einer getrennten Regelung.

Es wären sonach § 746 Absatz 2 und § 192 zu streichen und der Notstand einheitlich dahin zu normieren:

„Wer in einem Notstand ein legitimes fremdes Interesse verletzt, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Verletzung desselben notwendig ist zur Wahrung eines im Sinne der geltenden Gesetze oder der im Leben herrschenden Wertanschauungen überwiegenden Interesses.“

Daß mit dieser Formulierung dem Richter ein

¹ In seinen „Jahrbüchern f. Dogm.“ VI, 99 und im „Zweck im Recht“ S. 529.

beträchtlicher Spielraum bleibt, erscheint als ebenso unvermeidlich wie unbedenklich (vgl. den vorhergehenden Abschnitt).

Mit dieser Bestimmung wäre zugleich der Relativität der Rechtspflichten zu einer prinzipiellen gesetzlichen Anerkennung verholten, wie ich eine solche früher als dringend wünschenswert darzuthun mich bemüht habe, während der E. entsprechend dem beschränkten Umfang, in welchem er die Rechtmäßigkeit von Notstandshandlungen anerkennen will, auch nur in sehr geringem Umfang Anhaltspunkte für eine Abgrenzung von Rechtspflichten an die Hand geben würde. (In analoger Anwendung des § 192 würde z. B. die früher berührte Frage, ob ich in der Nähe von Wohnhäusern den mein Eigentum gefährdenden Raubvogel straflos niederschließen darf, wohl zu bejahen sein.) In der vorgeschlagenen Bestimmung dagegen wäre dem Richter nicht nur für das gesamte Notstandsgebiet, sondern in analoger Ausdehnung derselben auch über dasselbe hinaus die Handhabe gegeben zur Abgrenzung der (nicht ausdrücklich oder konkludenterweise unbedingt aufgestellten) Rechtspflichten.

Wo dagegen der Notstandshandlung kein überwiegendes Interesse im bezeichneten Sinne zu Grunde liegt, da muß nach den früheren Ausführungen die Handlung rechtswidrig bleiben und kann nur je nach der besonderen Schwere der subjektiven Notlage, nach der besonderen Macht der beim Handelnden wirklichen Motive, eventuell mit Strafe verschont werden oder

es kann eine mildere Strafe als ausreichende Sühne empfunden werden.

Demgemäß würde § 54 St. G. B. aufrecht zu erhalten sein, nur zur größeren Klarheit etwa mit folgendem Zusatz: „Soweit ein Notstand die Handlung nicht gemäß dem bürgerlichen Rechte zu einer rechtmäßigen macht, bewirkt er doch den Wegfall der Strafe, „wenn die Handlung in einem unverschuldeten,¹ auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist“. Sachlich betroffen würden durch diese Bestimmung dann eben die wichtigeren Kollisionen gleichwertiger Interessen.

Zu dem gleichen Resultat, daß außer bei Verletzung eines geringeren auch bei solcher eines gleichwertigen Interesses eventuell, aber nur in den engen Schranken wie sie § 54 absteckt, Straffreiheit eintreten kann, würde praktisch auch die jetzige Fassung des schweizerischen Vorentwurfs wohl führen. Denn das Hereinziehen der Fälle, in denen der Handelnde „einer Pflicht oder dem Triebe der Selbsterhaltung gehorchte“ würde praktisch wesentlich die Bedeutung haben, daß auch für die Verletzung gleichwertiger Interessen die Möglichkeit der Straffreiheit gewährt ist; im Gegensatz zur ersten Fassung aber, welche diese der Verletzung von untergeordneten Interessen (zu Unrecht) schlechthin gleichstellte, könnte jetzt bei ihnen Straffreiheit nur bei Vorliegen eines besonderen entschuldigenden Momentes eintreten („Pflicht“ oder „Selbst-

¹ Daß hier auch dieses Erfordernis beizubehalten ist, vergleiche oben.

erhaltungstrieb“), was praktisch zur Straffreiheit hier (bei Verletzung gleichwertiger Interessen) nur bei Gefährdung der schwerwiegendsten Interessen führen würde, da ein Selbsterhaltungstrieb doch nur bei Rettung von solchen eigenen, und eine sittliche Pflicht (denn als solche ist nach den „Motiven“ vom August 1894, S. 10 die „Pflicht“ im Gesetz zu verstehen) nur bei Rettung von solchen naher Angehöriger anerkannt werden kann, nicht aber ein „Selbsterhaltungstrieb“, wenn ich zur Erhaltung meines Cylinders einen fremden ruiniere, und nicht eine „sittliche Pflicht“, wenn ich den (mir vielleicht verhassten) X totschiere, um dadurch den mir völlig unbekanntem Y zu retten).

Daß außerdem ein Notstand auch bei Verletzung eines überwiegenden Interesses die Bedeutung eines Strafmilderungsgrundes (ganz ausnahmsweise kraft einer besonderen Bestimmung, sogar eines Strafausschließungsgrundes § 257²) haben kann, und zwar auch außerhalb der unberührt bleibenden Spezialbestimmungen (§ 313², c.) bedürfte künftig ebenso wenig ausdrücklicher Bestimmung wie im heutigen Strafrecht. (Der schweizerische Vorentwurf spricht dies ausdrücklich aus, indem er dem citierten § 16 die Bestimmung hinzufügt: „Im übrigen kann der Richter die Strafe unbeschränkt mildern“.)

Mithin ist eine Änderung der Notstandsbestimmungen des Strafgesetzbuches, deren vermeintliche Notwendigkeit die Kommission von einer anderweitigen Regelung des Notstands im Entwurf abhielt, keineswegs erforderlich, vielmehr ergibt sich eine veränderte materielle Bedeutung seiner derzeitigen Bestimmungen ohne weiteres aus der gewünschten Re-

gelung des Entwurfs selbst. Letztere widerstreitet nicht bloß den strafgesetzlichen Bestimmungen nicht, sondern giebt ihnen gerade erst den erforderlichen Unterbau, und sichert ihnen eine vernünftige Bedeutung.

Bei den in unsere Materie einschlägigen Untersuchungen übt, bewußt oder unbewußt, die Frage der Ersatzpflicht Einfluß. Manchem widerstrebt es offenbar deshalb, die Rechtmäßigkeit von im Notstand und in verwandten Kollisionsfällen begangenen Handlungen anzuerkennen, weil er damit ohne weiteres die Ersatzpflicht verneint glaubt. Wir werden daher mit Notwendigkeit zu der Frage geführt: Wie verhält es sich in diesen Fällen mit der Ersatzpflicht? Und wir verallgemeinern die Frage dahin, daß wir sie auf die Ersatzpflicht in Kollisionsfällen überhaupt richten.

II.

Die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen.

1. Die Herrschaft des Verschuldungsprinzips in ihrer Überlebtheit.

Hinsichtlich der Ersatzpflicht können wir folgende Gruppen von Kollisionsfällen unterscheiden:

Kollisionsfälle, wo die Rechtsordnung Stellung genommen hat zu Gunsten des verletzten Interesses, weil das gegnerische Interesse überhaupt nicht als rechtmäßig anerkannt ist (Beispiel: § 157 Abs. 1 und 2 St. G. B.), oder das verletzte Interesse das an sich ebenfalls rechtmäßige gegnerische Interesse überwiegt, oder endlich das Recht gegen das sich geltend machende an sich rechtmäßige Interesse Partei ergriffen hat wegen des besonders qualifizierten Verschuldens seines Trägers. Da hier die Handlung einem rechtlichen Verbot widerstreitet, so bietet die Begründung der Ersatzpflicht, die Zurechenbarkeit des Vorgangs vorausgesetzt, keine Schwierigkeit.

Nicht anders bei Kollisionen gleichwertiger

Interessen, wo die Rechtsordnung keinen Anlaß hat, zu Gunsten des gefährdeten Interesses Stellung zu nehmen, sondern es bei dem allgemeinen Verletzungsverbot bewenden läßt und nur nach Maßgabe des Einzelfalles eventuell die Strafe erläßt.

Und wie in diesen Fällen die Begründung der Ersatzpflicht, so macht bei Verletzung eines an sich rechtmäßigen Interesses, dem aber wegen des rechtswidrigen Verhaltens seines Trägers der Rechtsschutz entzogen ist (Notwehr), die Begründung der Ersatzfreiheit keine Schwierigkeit.

Zweifel entstehen dagegen bei den zahlreichen Fällen, wo das Recht Stellung genommen hat zu Gunsten des sich geltend machenden Interesses. Soll durch diese Stellungnahme die verletzende Handlung, wie sie rechtmäßig und dadurch straffrei wird, auch ersatzfrei werden? Das geltende Recht hat hierfür keine einheitliche Antwort, sondern seine Entscheidungen sind lückenhaft und inkonsequent. Auch der Entwurf bringt eine solche nicht. Da speziell die jetzt zum Teil in § 192, zum Teil im § 746 begriffenen Notstandsfälle nach obigen Ausführungen die gleiche rechtliche Natur haben, so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß sie auch hinsichtlich der Ersatzpflicht gleich zu behandeln sind. Sollen nun etwa alle diese Handlungen, weil sie als rechtmäßig sich charakterisieren, ersatzlos bleiben, wie dies jetzt für die vom Entwurf allein als rechtmäßig anerkannten Fälle in § 192¹ vorgesehen ist?

¹ Ausgenommen bei verschuldeter Gefahr. Da auch in diesem Fall die Handlung rechtmäßig sein soll, so ist hier be-

M. E. ist dies schlechthin unannehmbar.

So widersinnig es in dem früher benutzten Beispiel der Errettung eines Verschmachtenden vom Hungertode durch Wegnahme von Lebensmitteln eines Dritten ist, die rettende Handlung für ein Delikt zu erklären, ebenso absurd muß es doch erscheinen, daß der Bauer, dem ich die Lebensmittel zur Rettung des Freundes weggenommen habe, die Kosten von dessen Wiederherstellung tragen soll, daß er von mir keinen Ersatz soll verlangen dürfen!

Der Angriff, den v. Viszt in dieser Richtung auf die im E. statuierte Ersatzpflicht macht — „das Privatrecht des deutschen Reiches kennt kein Erbarmen“ — dünkt mir durchaus ungerechtfertigt; ich habe ja in diesem Falle meinen Regreß als negotiorum gestor gegen den Geretteten,¹ und daß dieser letztlich die Kosten seiner Rettung selbst trägt, ist doch ganz in der Ordnung!

Aber ebenso geboten erscheint die Ersatzpflicht bei den nach § 192 ersatzfreien Handlungen, so wenn ich das Tau zerschneide, in das sich mein Schiff verstrickt hat: wie läßt es sich rechtfertigen, daß auf dem schuldlosen Eigentümer des Tauer der Schaden soll sitzen bleiben, den er durch meine Handlung, vorgenommen in meinem Interesse, zur Flottmachung meines

reits eine Ersatzpflicht einer rechtmäßigen Notstandshandlung anerkannt. Konsequenter war E. I, indem er in diesem Fall der Handlung den Charakter der Rechtmäßigkeit absprach.

¹ Vgl. am Schluß.

Schiffes, erlitten hat? Wenn ich mein Interesse schon wahren darf im Zusammenstoß mit einem an sich auch legitimen fremden, sofern das meinige das überwiegende ist, so doch nur auf meine Kosten; wer privilegiert mich, die Kosten der Geltendmachung meiner Interessen mir aus fremder Tasche bezahlen zu lassen?

Aber hier macht die Anerkennung der Ersatzpflicht deshalb Schwierigkeiten, weil sie sich nicht auf ein schuldhaftes Verhalten zurückführen läßt, und somit gegen das romanistische Verschuldungsprinzip verstößt, auf dessen Boden auch der E. II hinsichtlich der Schadensregulierung steht. Und nachdem wir den Notstands- und verwandten Kollisionsfällen unter Voraussetzung eines überwiegenden Interesses allgemein den Charakter der Rechtmäßigkeit vindiziert haben, steht dieses Bedenken der Ersatzpflicht bei dieser ganzen Kategorie entgegen.

Im Sinn dieses Bedenkens wird denn auch bei der Behandlung der Ersatzpflicht von Notstandshandlungen fast ausnahmslos argumentiert. So sieht Janka¹ den Wegfall der Ersatzpflicht als eine „selbstverständliche Konsequenz des Notrechts“ an; der gleichen Auffassung u. v. a. Schaper (l. cit. 132), v. Buri (l. cit. 439), wohl auch Hälschner (l. cit. 503). Pernice „*Labes*“ II, S. 20) erkennt (für das heutige Recht) eine Ersatzpflicht der Notstandshandlung nur an für die mit Strafe bedrohten Fälle, und sodann für diejenigen straffreien Fälle, wo die Handlung „nur als

¹ „Der strafrechtliche Notstand“ S. 171.

straflos“, nicht aber wo die Straffreiheit als „Ausnahme vom Verbotsgesetz“ aufzufassen sei. Auch Schmidt („Gutachten aus dem Anwaltstande“ S. 1193 f.) geht davon aus, daß mit Annahme eines Rechts des Notstandes die Ersatzpflicht in Wegfall komme.¹ Auf dem Standpunkt, daß nur bei Annahme der Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung sich deren Ersatzpflicht rechtfertigen lasse, stehen auch die Motive zum schweizerischen Borentwurf (S. 32): „Ist die Notstandshandlung rechtswidrig, so verpflichtet sie gegebenen Falls auch zu Schadenersatz.“

Gegen dieses Verschuldungsprinzip kämpft der Gedanke einer Ersatzpflicht unabhängig von Verschulden einen langen Kampf, dessen Geschichte wie die Gründe seines nur schrittweisen Vordringens hier nur skizzenhaft angedeutet werden können.

Im römischen Recht machte seine Anerkennung formelle Schwierigkeiten: Kontrakt und Delikt stehen hier als die Grundpfeiler, auf denen das ganze Obligationenrecht ruht und sich aufbaut, und nur aus den einzelnen positiv formulierten Kontrakt- und Deliktthatbeständen wurden (der Regel nach) actiones gewährt. Von dem Klagensystem aber hingen wiederum die materiellen Rechte ab: Wo keine actio, da kein Recht. Die Quellenstellen, auf welche man sich für die Ersatzfreiheit der Notstandshandlung beruft, betonen

¹ Dagegen erkennt v. Luhr (l. cit. S. 133 Abg. 4) die Möglichkeit an, daß sich auch bei Annahme eines Notrechts eine Ersatzpflicht konstruieren lasse; er selbst sieht jedoch (S. 134) die Notstandshandlung als „eine verbotene Handlung (Delikt)“ an.

denn auch diesen Mangel der *actio*: „*actionem cessare*“, *actionem non dandam*“ (I 29 § 3 — I 49 D 9, 2), *scilicet legis Aquiliae* — natürlich, weil keine *culpa* vorliegt. Beim Notstand speziell kam als weitere Erschwerung hinzu die Auffassung des Erfasses unter pönalem Gesichtspunkt — in *actione legis Aquiliae*¹ *dolus et culpa punitur* (I 30 D h. t.) — und diejenige des *dolus* als eines auf unfittlichen Motiven beruhenden Vorsatzes: *Da der in N. Handelnde „utique dolo — in diesem engen Sinne — caret“* (I 3 § 7 D 47, 9), so verdient er keine „*poena*“, folglich tritt keine Erfasspflicht ein.²

Der Gedanke einer Haftung ohne Schuld war jedoch den römischen Juristen keineswegs fremd. Wo ein besonders dringendes Bedürfnis nach einer Erfassverpflichtung sich geltend machte, da ließen sie sich durch dieses Bedürfnis über ihre eigene Theorie hinausdrängen und halfen sich auf allerlei Umwegen.

Entweder mit der Konstruktion der Haftung „*ex variis causarum figuris*“ als Sammelplatz für alles, was keine Haftung *ex contractu* oder *ex delicto* war, den Haftungen „*utilitatis publicae causa*“, „*quasi ex contractu*“ in Fällen, wo man — wie beim

¹ Die *lex Aquilia*, diese „Pönalklage auf Erfass“ (*Pernice*) ist für den Weg bezeichnend, welchen die Entwicklung des Klagensystems (außerhalb des Kontraktssystems) nimmt. Wie sich das Recht überhaupt in weitem Umfange von pönalen Gesichtspunkten aus entwickelt, vgl. *Iherings „Schuldmoment im römischen Privatrecht“*.

² Vgl. v. *Tuhr* I. c. § 37.

negotiorum gestor — sich durchaus klar war („manifestum est“), daß in Wahrheit „actiones ex nullo contractu proprie nasci“ (§ 1 J. 3, 27).

Auch in den bekannten Fällen des Verkaufs einer res extra commercium, einer nicht existierenden Erbschaft, haben die römischen Juristen trotz des Bewußtseins des fehlenden Kontraktfundaments ein solches künstlich konstruiert, als Mittel zum Zweck, um einen Erfasanspruch gewähren zu können (l 8 § 1 D 11, 7 „quasi ex emtio actio continet“ — „licet emtio non teneat“ (l 62 § 1 D 18, 1).¹

Als besonders charakteristisch für die Ratlosigkeit, in welcher das römische Recht sich infolge des ausschließlichen Aufbaues seines Systems auf Kontrakt und Delikt befand gegenüber Fällen, die unter keine dieser beiden legitimen Rubriken paßten, und mit welcher gewaltfamen Argumentation es die von ihm trotzdem als notwendig erkannten Haftverbindlichkeiten statuierte, erscheint mir die Konstruktion der Haftung des Erben für Auszahlung der Vermächtnisse: „non

¹ Die Haftung, welche die Römer durch Konstruktion eines Vertrags, hat Ihering dann bekanntlich durch Konstruktion eines Verschuldens zu begründen gesucht. Und wie jene sich wohl bewußt waren, daß in Wahrheit kein Vertrag vorliege, so Ihering, daß in Wahrheit kein Verschulden der Grund dieser Haftung sei („Die Theorie der culpa in contrahendo wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjektiven Unrechts zu Grunde legt, der Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht und meine Formulierung wird gewiß durch eine weitere objektive ersetzt werden.“ „Schuldmoment“, S. 38 vgl. dazu Regelsberger in Endemanns Hdb. II, 413 Abg. 3)

proprie ex contractu obligatus intellegitur;“ aber haften muß er doch offenbar, und da von einem Delikt keine Rede sein kann, so bleibt kein Ausweg, als daß er eben doch aus Kontrakt haftet, obwohl in Wahrheit kein Kontrakt vorliegt: et tamen, quia ex maleficiis non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.“ (§ 5 J 3, 27). Nicht anders wie mit der Haftung „quasi ex contractu“ verhält es sich mit derjenigen „quasi“ ex delicto.

Oder man schlug den Umweg ein, daß man einen Vertrag erzwang (cautio damni infecti) und dann die actio aus diesem forcierten Kontraktfundament gewährte.

Eine weitere Hülfe bot die Ausweitung des culpa-Begriffs. Die culpa „levissima“ quae in lege Aquilia venit, erscheint überhaupt als gar kein ernsthaftes Verschulden mehr. Auch die Behandlung der mora läßt eine solche Ausweitung erkennen. Die Fälle der mora lassen sich vielfach nur künstlich dem culpa-Prinzip subsumieren. Dies haben auch die römischen Juristen gefühlt. Sie sprechen öfters als Erfordernis der mora lediglich aus, es müsse per debitorem stare, quominus daret (z. B. 1 49 § 3 D 45, 1 — 1 1 § 35 D 43, 16 — 1 5 D 12, 1): Die nicht rechtzeitige Erfüllung muß an ihm „liegen“. Damit ist in Wahrheit keine culpa gefordert. Noch entschiedener scheint sie verleugnet zu sein durch Paulus (sententiae III 8 § 4): „mora fieri videtur, cum postulanti non datur.“

Wenn heute z. B. Dernburg („Pandekten“ 4 Aufl. S. 112 f.) lehrt, „die Verzögerung muß in einer

Verschuldung ihren Grund haben“, aber „wer nicht rechtzeitig zahlt, was er schuldet, erscheint schon um deswillen in Verschuldung“ (und hinsichtlich der mora creditoris: „die Verschuldung ist nicht besonders nachzuweisen“, sondern „ist im Falle der Zurückweisung der angebotenen Leistung anzunehmen“), so ist diese „Verschuldung“ doch eine reine Fiktion, mit welcher über den wahren Grund dieser Haftung nichts gesagt ist. Würde es sich um den einfachen culpa-Begriff handeln, so bedürfte es doch solcher Zusätze nicht!¹

Mit der Rezeption des römischen Rechts wurden die von anderen Grundlagen ausgehenden germanischen Rechtsätze über Schadensersatz verdrängt. Und obwohl wir weder das römische Aktionensystem und die Abhängigkeit des Rechts von der Klage kennen, noch Klagen bloß aus einzelnen gesetzlichen Thatbeständen zulassen, vielmehr unsere Partikularrechte aus dem Rechtsgedanken der schuldhaften widerrechtlichen Beschädigung fremder Interessen außerhalb des Kontrakts

¹ Lediglich als eine logische Konsequenz des Erfordernisses einer Verschuldung stellt sich dann der Satz Windscheids (Band. II § 277) dar: „Unverschuldete Zahlungsunfähigkeit muß als Entschuldigungsgrund gelten“, welchen die Vertreter des culpa-Erfordernisses daher konsequenter Weise nicht ablehnen dürften; daß derselbe aber weder dem geltenden Rechte angehört noch de lege ferenda acceptabel ist als „unvereinbar mit einem gesunden Kreditwesen“ (Dernburg), bedarf keiner Ausführung (vgl. auch Kniep „die mora des Schuldners“ I, 416).

allgemein eine Klage gewähren — sodaß theoretisch auch der generellen Zulassung einer Klage aus einem anderen, gleichwertigen allgemeinen Rechtsgedanken nichts im Wege steht —, obwohl der theoretische Umweg durch die „quasi“ Konstruktion für uns ebenso sinnlos ist wie der praktische Umweg durch die Kautionserzwingung — trotz alledem hielt die gemeinrechtliche Lehre am „culpa-Prinzip“, fest, als „Axiom eines jeden Rechtssystems“¹ und auch heute ist der Satz, der sich im vorigen Jahre in einem offenbar aus juristischer Feder stammenden Artikel der Münchener „Allgemeinen Zeitung“ (Nr. 104) fand — unter Berufung auf Ihering — „Im Rechtsinne setzt die Entschädigung, der Schadenersatz, immer und ausnahmslos ein Verschulden des Pflchtigen voraus“, immer noch als Ausdruck einer verbreiteten Ansicht zu betrachten.² Wenn die Verfechter der culpa-Theorie sich aber so häufig auf Iherings Autorität berufen, so scheinen ihnen dessen prophetische Worte (im „Schuldmoment“, S. 38

¹ W y ß „Haftung für fremde culpa“ S. 1.

² Vgl. den Ausspruch von Liszts in der cit. Schrift (S. 27): „daß die dem Recht gemäße, also nicht widerrechtliche, Verletzung fremder Interessen eine Ersatzverbindlichkeit zu begründen nicht geeignet sein kann, dürfte keines weiteren Nachweises bedürfen.“ Aus den zahlreichen ähnlichen Äußerungen neuerer Autoren greife ich noch heraus diejenige von Flesch („Haftpflicht, Unfallversicherung und Normalarbeitstag“ 1883, S. 25): „Der Satz, keine Ersatzpflicht ohne Verschulden, gehört, weil in der Natur der Sache begründet, jedem entwickelten Recht an“.

Afg. 73) ganz entgangen zu sein, wo er von einer „Menge von Fällen“ spricht, wo die römischen Juristen eine culpa angenommen hätten, wo in Wahrheit aber „Bestimmungen objektiver Art gewaltsam in die subjektive Form gezwängt“ seien, welche „erst die fortschreitende Wissenschaft von dieser engen Form ablösen wird.“

Dieser von Ihering mit Recht gerügte Fehler, der sich auch heute geltend macht, hängt damit zusammen, daß die Civilrechtswissenschaft sich nicht in ausreichendem Maße vom Einfluß spezifisch strafrechtlicher Gesichtspunkte emanzipiert hat. Immer wieder folgert man aus einer Entschuldbarkeit, welche die strafrechtliche Sühne ausschließt, daß auch die civile rechtliche Ausgleichung des Geschehenen zu entfallen habe; so daraus, daß der Handlung ein entschuldigter Irrtum zu Grunde lag, auf deren Ersatzfreiheit.¹ Eine genauere Analyse der Thatfachen, welche für Begründung und Umfang der Strafbarkeit entscheiden, auf der einen Seite, und derjenigen Thatfachen, welche eine civile rechtliche Haftbarkeit unseren Rechtsanschauungen ge-

¹ Vgl. hier z. B. das bei Bolze („Rechtsprechung des Reichsgerichts“ 18, 108) citierte neuere Reichsgerichtsurteil, wo die Ersatzklage gegen denjenigen, welcher im irrtümlichen Glauben, sich in einer Notwehrsituation zu befinden, den Kläger körperlich verletzt hatte, wegen mangelnden Verschuldens abgewiesen wurde. — Wenn jemand im Glauben, eine eigene Sache vor sich zu haben, eine mir gehörige Sache zerstört, soll ich um deswillen, weil jener eines entschuldbaren Irrtums wegen keiner Bestrafung wegen Sachbeschädigung unterliegt, nun auch keinen Ersatzanspruch gegen ihn haben?

mäß zu begründen vermögen, ergibt aber die Unschlüssigkeit dieser Folgerung. Von einer näheren Begründung des hiermit berührten Problems muß jedoch an dieser Stelle abgesehen werden.¹

Da nun mit der Verschuldungstheorie gegenüber dem tatsächlichen Leben einfach nicht durchzukommen war, zumal gegenüber den sich steigenden Kollisionen unter an sich berechtigten Interessen infolge der mit dem modernen Verkehrsleben gegebenen größeren Reibfläche unter den Menschen, so half man sich in Praxis und Doktrin durch culpa-Fiktionen, ähnlich jenen römischen quasi-Konstruktionen. Ich verweise auf das früher über die Haftbarmachung der Unternehmer und des Reiters Bemerkte. Selbst Eingriffe des Staates in Privatrechte im öffentlichen Interesse hat man sich nicht gescheut, unter die Rubrik „damnum injuria datum“ zu stellen! (s. Register zum 41. Bd. von Seufferts Archiv). Ebenso hat man auch das Vertragsprinzip künstlich herangezogen. Ich erinnere an die Konstruktion der Expropriation als eines „erzwungenen“ Kaufes und an die Begründung der Ersatzpflicht in Expropriationsfällen als einer „Haftung aus quasikontraktlichem Verhältnis“ in den Entscheidungen des Reichsgerichts. (Entsch. in Zivils. 12, 406 a. a. O.)

So ist der Gedanke, daß eine Ersatzpflicht nur aus

¹ Mit dieser Frage beschäftigt sich eingehend (indessen wohl 2c. etwas einseitig) Sjögren in dem unten zu citierenden Werke. Vgl. im übrigen Abschnitt 3.

einem Verschulden erwachsen könne, eine Quelle unhaltbarer Fiktionen geworden, mittelst welcher die Gerichte das positive Recht mit der Gerechtigkeit in Übereinstimmung zu bringen suchten, wie dies Böning (l. cit. S. 90) speziell im Hinblick auf die Verantwortlichmachung juristischer Personen für außerkontraktliches Verschulden ihrer Organe ausspricht. Es gilt dies, wie manche andere Ausführungen in dem vortrefflichen Werke Bönings, für die gesamte Schadensersatzmaterie.

Charakteristisch ist hier u. a. die Behandlung, welche die bedeutame Haftung der Großunternehmer in der Praxis gefunden hat, auf welche ich deshalb an dieser Stelle etwas näher eingehe.

Die Annahme einer mit der Konzession gegebenen Rechtmäßigkeit des Betriebs führte die Praxis meist an der Hand der culpa-Theorie zur Verneinung der Ersatzpflicht für die aus einem solchen Betrieb (ohne untergelaufenes konkretes Verschulden einer Person) hervorgegangenen Schädigungen. Typisch Entscheidung des O. S. G. Mannheim v. 10. Dezember 1860: Die Fabrik ist konzessioniert, die Konzession ist nicht überschritten, also kein Verschulden, also keine Ersatzpflicht. Aus neuerer Zeit Entsch. des Oberlandesgerichts Colmar, cit. bei Buchelt „Zeitschr. f. französ. Civilr.“ Bd. 19, 319, welche die Ersatzklage wegen der durch den Bahnbetrieb entstandenen Risse in einem Hause abweist, „denn soweit durch das Fahren der Eisenbahnzüge bei ordnungsmäßigem Betrieb unvermeidliche Nachteile für die neben dem Geleise liegenden Häuser entstehen, kann nach den Grundsätzen des Nachbarrechts Entschädigung nicht begehrt werden.) Oder das Gericht kommt durch Konstatierung einer „übermäßigen“ Belästigung durch den Betrieb zur Annahme eines „objektiven Unrechts“, welches die a. negatoria auf Herstellung von die Belästigung mindernden Einrichtungen rechtfertige, nicht aber — mangels eines subjektiven Verschuldens — einen Ersatzanspruch. (Typisch Reichs-

gericht in „Entscheidungen in Civill.“ VI, 218. — Ferner die bei Buchelt l. cit. 22, 272 angeführte Entsch.: „Selbst ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in das Nachbareigentum verpflichtet nicht zum Ersatz, wenn nach den Umständen des Falls angenommen werden muß, daß der Schädigende sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns ungeachtet der nötigen Sorgfalt, nicht bewußt war; dann darf der tatsächliche Irrtum ihm nicht als Verschulden angerechnet werden“.)

Wo dagegen das Gericht sich der Angemessenheit einer Ersatzpflicht nicht zu verschließen vermochte, da wurde regelmäßig ein Verschulden konstruiert.

Entweder man erklärte den Unternehmer schlechtweg um deswillen für schuldbelastet, weil er trotz des Bewußtseins der Gefährlichkeit seines Betriebs denselben überhaupt eingerichtet hat. (In wie viel größerem Verschulden sind dann aber die Polizei und in letzter Linie der Staat, daß sie solchem schuldhaften Unterfangen ihre Gutheißung erteilen!). Hierher gehört die denkwürdige Entscheidung jenes O. A. G. (in „Seufferts Archiv“ Bd. 14, 358) wonach „der Betrieb einer Eisenbahn notwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich führt“ denn eine Handlung sei kulpos, „wenn der Handelnde wissen mußte, daß sein Thun einen Schaden verursachen könne, und er dessenungeachtet die Handlung vornahm“. Ganz auf der gleichen Argumentation beruht aber auch z. B. das im Jahre 1886 ergangene Urteil des obersten bayerischen Landesgerichts („Seufferts Archiv“ 41, 403 ff.): Das Pferd des Klägers ist mit dem Hufstollen in einem Schienenrinnen des konzessionierten Trambahnunternehmers hängen geblieben; die beklagte Gesellschaft wurde zum Ersatz verurteilt auf Grund der *lex Aquilia*, (unter Heranziehung zahlreicher Quellenstellen sowie der bayerischen Verfassung), und ihr Verschulden darin gefunden, daß ihr „die Möglichkeit der Schädigung fremden Eigentums durch die Anlage ihrer Schienenrinnen zugeständlich nicht unbekannt war“. Daß „die Technik noch nicht so weit vorgeschritten ist, um eine jede Gefahr ausschließende Schienenanlage zu ermöglichen“ schließt ihr Ver-

schulden nicht aus, denn „von demjenigen kann nicht gesagt werden, daß er alles beobachtet hat, quae oportuit, welcher die mit seiner Thätigkeit verbundene Gefahr gekannt und gleichwohl dieselbe ausgeführt hat“. Den gleichen Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein in der das erwähnte Urteil des Oberlandesgerichts Colmar aufhebenden Entscheidung (s. Buchelt 1. cit. 321): „auch der ordnungsmäßige Betrieb eines Gewerbes im Bewußtsein, daß er einen Schaden oder eine Belästigung herbeiführen könne, ist als unrechte That aufzufassen“; ebenso in der bei „Buchelt 1. cit. 18, 281 mitgeteilten Entscheidung: „Da solche Handlungen, Erzeugung und Verbreitung von Rauch und Ruß, in Frage stehen, deren schädliche Wirkungen ohne weiteres voraussehen sind, so bedurfte es keiner ‘besonderen’ Feststellung des Verschuldens“. In diesen Entscheidungen tritt uns eine bis zur völligen Eliminierung des Schuldmoments selbst gehende Identifizierung des Voraussehbaren mit dem Schuldhaften entgegen, die wissenschaftlich ganz unhaltbar ist, da juristisch zum Vorliegen einer Schuld stets noch ein Plus zu der Voraussehbarkeit erforderlich ist. Die eigentliche Frage aber wird hier überall umgangen; diese geht gerade darauf: wie weit dürfen wir Handlungen vornehmen, die in voraussehbarer Weise andere schädigen?

Oder es wird aus einem eingetretenen schädlichen Erfolg in concreto gewaltfam gefolgert auf ein vorgekommenes Verschulden. (Typisch die Entscheidung in den „Blättern für Rechtsanwendung“ 22, 85: ein Grundstück ist durch Abfließen von Kanalwasser beschädigt, das Gericht erkennt die Ausführung bei Herstellung des Kanals „an sich“ als „kunst- und sachgemäß“ an, aber „der Erfolg zeigt, daß die Wahl der Mittel eine kulpose gewesen ist“.)

Wo die bezeichneten Methoden versagen oder man nicht geneigt ist, ein Verschulden zu konstruieren, und doch die Frage der Ersatzpflicht sich aufdrängt, da befindet sich die Praxis, hier wie sonst, in leicht erkennbarer Verlegenheit. Von der romanistischen Doktrin im Stich gelassen, des gewohnten Fundamentes entbehrend, tastet sie nach neuem Grunde, ohne doch,

wo sie den richtigen findet, ihn mit Zuversicht und definitiv in Besitz zu nehmen.

Ein Beispiel bietet die Reichsgerichtsentscheidung in „Entsch. in Civill.“ VI, 221 f., welche die Ersatzpflicht wegen Erregung außergewöhnlichen Lärms versagt: Zur Begründung einer Ersatzpflicht wäre erforderlich entweder subjektives Verschulden oder ein Vertrag oder ein anderer Grund, welcher diesen Übergang der Gefahr auf den Handelnden rechtfertigt, und dergleichen“.

Als ein weiteres Beispiel diene die Reichsgerichtsentscheidung in Bd. XVII., 104. Sie erkennt an, „daß der Betrieb einer Eisenbahn nicht schon an sich notwendig eine kulpose Handlungsweise darstellt“; aber indem sie weiter ausführt, eine besondere, „nicht durch den gewöhnlichen Betrieb bedingte“ Fahrlässigkeit sei nicht festgestellt, so kommt darin doch wieder die entgegengesetzte Auffassung zum Ausdruck! Dann wird aus der angeblich fehlenden „Freiwilligkeit“ des Betriebs (wegen des großen öffentlichen Interesses, vgl. früher) die Abwesenheit eines Verschuldens „im technischen Sinn“ (?) gefolgert. Und nach all diesen schiefen Ausführungen wird schließlich der Entschädigungsanspruch für begründet erklärt mit der Bemerkung, daß die Verantwortung des Unternehmers für seine Betriebs-handlungen „das Korrelat seiner Befugnis zu den gefährdenden Handlungen. ist“, was sich als Konsequenz des „jedem Eigentümer nach gemeinem Recht gebührenden Rechtsschutzes“ ergebe. Zuweilen trägt man den Grund der Ersatzpflicht auch in die polizeiliche Konzession hinein: diese soll die „stillschweigende Verpflichtung“ zum Ersatz des aus dem Betrieb hervorgehenden Schadens enthalten (Seuff. Archiv 14, 356 — Franz „die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen“. S. 167).

Eine abweichende Behandlung findet sich öfters in Entscheidungen aus dem Gebiete des preuß. N. L. R., indem hier eine Ersatzpflicht anerkannt wird unter ausdrücklicher Konstatierung der Schullosigkeit des Unternehmers, dagegen unter Betonung der Begrenztheit der Rechte und Berufung auf die dieselbe aussprechenden früher citierten Gesetzesbestimmungen.

So hat bereits das Ob. Tribunal durch Plenarbeschluss (f. Bd. 23, 252) den Fabrikunternehmer für den durch Rauch oder Dampf verursachten Schaden haftbar erklärt, weil „die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des Eigentums ihre notwendige Begrenzung in der dem anderen Eigentümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit findet“. Und das Reichsgericht hat in einer Entsch. von 1883 (cit. bei Eger „Eisenbahnrechtliche Entsch.“ III. n. 2) den preussischen Eisenbahnfiskus wegen der Risse, die ein Wohnhaus infolge der Erschütterung durch vorüberfahrende Züge erhalten hatte, für ersatzpflichtig erklärt, weil „die Abweisung (des Entschädigungsanspruchs) sich nicht darauf stützen läßt, daß der Beklagte ein Recht zum Eisenbahnbetriebe hat und daß die Erschütterungen nur durch Ausübung dieses Rechts bewirkt worden sind“, der Entschädigungsanspruch sich vielmehr darin begründet — und zwar auch „wenn dem Beklagten in Ansehung der Beschädigungen ein Verschulden überall nicht zur Last zu legen ist, — daß derselbe durch Überschreitung der „gehörigen Schranken seines Eigentums“ andere „an der gehörigen Ausübung ihres Eigentums hindert“; und neuestens (in einer Entscheidung vom 12. Februar 1894) hat es den Eigentümer einer Lokomotive, durch deren Funken in einem Kahn befindliches Heu in Brand geraten war, zum Ersatz verurteilt — während das Kammergericht die Klage abgewiesen hatte, weil dem Beklagten „weder eine Vernachlässigung von Polizeivorschriften noch ein sonstiges Verschulden zur Last fällt“ — mit der Begründung, daß wenn denselben auch kein Verschulden treffe und er sein Recht (infolge der Konzession) „an sich“ in erlaubter Weise ausgeübt habe, er doch die „gehörigen Schranken“ seines Eigentums überschritten hätte, wie solche sich aus der Kollision verschiedener Eigentümer ergäben. (Instruktiv in Bezug auf die Subtilität der Unterscheidungen, welche für die Entscheidung der Ersatzfrage im bejahenden oder verneinenden Sinne ausschlaggebend sind, ist die Vergleichung mit der Motivierung der ebenfalls dem preuß. Rechtsgebiet angehörigen, eine Ersatzklage gegen die Eisenbahnverwaltung

ablehnenden Entscheidung in Bd. XXXII., 283 f., mit welcher wiederum die einen ganz analogen Fall behandelnde, einen Anspruch auf *cautio damni infecti* zuerkennende Entscheidung aus dem gemeinen Rechtsgebiet in Bd. XXX, 116 f. zu vergleichen wäre.

Aber auch außerhalb des Kreises der auf den erwähnten Bestimmungen des preussischen U. V. N. fußenden Entscheidungen machen sich von jeher auch andere Gesichtspunkte als der *culpa*-Standpunkt geltend. Aus älterer Zeit vgl. man etwa Seuffert 13, 330 („Der Gebrauch einer das fremde Eigentum beschädigenden Maschine bleibt eine zur Entschädigung verpflichtende Handlung“ . . . „auch derjenige erhält ja Entschädigung, welcher sein Eigentum zum Bau der Eisenbahn abtreten muß“), Seuffert 31, 151 („auch die Unvermeidbarkeit trägt der Fabrikant, weil . . . seine Fabrik als die in ihren Folgen auf das Nachbargrundstück schädlich eingreifende Handlung sich darstellt“). Von Entsch. des Reichsgerichts greife ich als charakteristisch heraus diejenige in „Entsch. in Civils.“ VII. 266 ff., die den Adjacenten einer Bahn Entschädigung für die Wertsminderung ihrer Grundstücke mit folgender Begründung zuspricht: „In der Erteilung der Konzession liegt die allgemeine Anordnung, daß sich der benachbarte Grundbesitzer auch diejenigen nachteiligen Einwirkungen gefallen lassen müsse, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist“; die Konzessionierung hat daher den Charakter „eines im öffentlichen Interesse bewirkten Eingriffs in das Privateigentum“, und verpflichtet sonach ebenso wie die Expropriation zum Ersatz, „ohne daß es darauf ankommt, ob dem Unternehmer ein Versehen zur Last fällt“. Speziell die Entschädigung für die dem Grundeigentümer zur Vermeidung der Feuergefährdung auferlegte Beschränkung der Baufreiheit wird damit gerechtfertigt (§. 270), daß diese Beschränkung „lediglich im Interesse des Eisenbahnunternehmers“ erfolgt, „woraus von selbst folgt, daß der Unternehmer entschädigen muß“. Weshalb hat man sich von der klaren Begründung dieser Entscheidung (aus dem Jahre 1882) in späteren Urteilen (wie dem citierten in Bd. XVII, 104,

1886) wieder entfernt? (Man vgl. auch etwa noch die neuere Entscheidung in Bd. XXX. 115 f., insofern hier der vom Berufungsgericht aufgestellte Satz, daß ein „anderer Grund“ der Ersatzpflicht (neben einem Verschulden) in dem „eigentümlichen Verhältnis des Eisenbahnunternehmers zu den Besitzern angrenzender Grundstücke“ gegeben sei, wonach derselbe „ohne Verschulden den durch seine Betriebshandlungen entstandenen Schaden ersetzen muß, sofern er bei Vornahme derartiger Handlungen dessen Eintritt voraussehen konnte“, vom Reichsgericht als zutreffend anerkannt wird).

Suchte man sich so in der Praxis auf dem einen oder dem anderen Wege, mehr oder minder glücklich, zu helfen, so statuierten für gewisse, eine Ersatzpflicht besonders dringend verlangende Verhältnisse Einzelgesetze eine solche, mit dem Hinweis auf das Bedürfnis, auf die „Interessen des Verkehrs“ oder auf „sozialpolitische“ Bedürfnisse. So schon das preußische Eisenbahngesetz von 1838, mit seiner charakteristischen Wendung (in § 25): „Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, vom Schadenersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten.“ — Für den dem Grundeigentümer aus dem Bergwerksbetriebe erwachsenden Schaden haftet der Bergwerksbesitzer meist schlechthin (s. preuß. Berggesetz § 148 „ohne Unterschied, ob die Beschädigung von ihm verschuldet ist und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht“. Ebenso z. B. § 127 des elsass-lothr. Ges.) — Einen charakteristischen Fall von Haftung für Dritte, unabhängig von jedem eigenen Verschulden, bietet bekanntlich diejenige des Rheders nach Art. 451 H. G. B. Außerhalb des Geltungsbereiches des H. G. B. dagegen

hat das Reichsgericht erst neuerdings („Entsch. in Civilf.“ XXXII, 145) die Haftung des Rhebers für den Schaden, welcher aus einem vom Schiffsführer verschuldeten Zusammenstoß hervorgeht, verneint. Man vgl. jetzt aber den dem Art. 451 H. G. B. nachgebildeten § 3 des dem Reichstag vorliegenden Gesetzentwurfes betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt. — Besonders beachtenswert auch § 26 der Gewerbeordnung, indem er generell die Möglichkeit einer Klage auf Schadloshaltung wegen der aus einem obrigkeitlich genehmigten Gewerbebetrieb hervorgehenden Benachteiligungen anerkennt, obwohl hier bei ordnungsmäßigem Betrieb regelmäßig von Verschulden keine Rede ist (s. ob.).¹

Einen Markstein bildet in dieser Entwicklung wegen des in ihm, wenn auch noch so unvollkommenen,²

¹ Vgl. im Übrigen die Zusammenstellungen vom Verschulden absehender gesetzlicher Haftstatuierungen bei Steinbach „Über den Ersatz von Vermögensschäden“ (Wien 1888) S. 17 ff. und Unger „Handeln auf eigene Gefahr“.

² Vgl. die Kritik der „Willkürlichkeit“ dieses Gesetzes durch W. Endemann in der „Vierteljahrsschrift für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte“, Vb. 36 insb. S. 66, 79. Die dem Gesetze zu Grunde liegende Voraussetzung einer besonderen Gefährlichkeit der in ihm berücksichtigten Unternehmen gegenüber den nicht berücksichtigten, und unter den berücksichtigten wieder einer besonderen Gefährlichkeit speziell der Eisenbahnen, ist nach den Ergebnissen der Statistik eine irrige (Vgl. Mataja „das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie“ S. 58, Petersen „die Grundzüge des franz. Rechts über Haftpflicht“ S. 66, und die daselbst citierten). —

zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens das Haftpflichtgesetz von 1871.

Bezeichnend ist das Verhalten der Doktrin gegenüber diesen Gesetzesbestimmungen, welche zweifellos über das Verschuldungsprinzip hinausgehen.

Da man sich zu einem anderen Prinzip meist nicht zu bekennen wagt, so hilft man sich bezüglich der Begründung dieses Übergreifens vielfach mit culpa-„Präsumtionen, sich darüber täuschend, daß in einer Präsumtion nie eine ratio des Gesetzes gefunden werden kann, oder man sucht sonst in künstlicher Weise doch einen Zusammenhang mit dem culpa-Prinzip herzustellen.

So erklärt z. B. Wäntig („Haftung für fremde unerlaubte Handlungen“ S. 83 ff.), v. Weinrich („die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen“ S. 150), die neueste Auflage von Zachariae-Trome („Handb. des franzöf. Civilrechts“ II, 767) dergleichen Haftungen als auf „præsumtionem culpæ“ beruhend. Nach Eger („das Reichs-Haftpflichtgesetz“ S. 3) soll wenigstens die Haftung aus

Das Gesetz trägt den deutlichen Stempel eines Übergangsstadiums an sich. Aber nicht in dem Sinne Matajas (S. 106), weil es „noch nicht mit der Regel bricht, daß, wofern jemand die Folgen eines schädigenden Ereignisses zur Last fallen sollen, zwischen jenem und dem Ereignis eine gewisse persönliche Beziehung herrsche“ — eine solche „persönliche Beziehung“ muß unbedingt festgehalten werden, will man sich nicht vom juristischen auf einen ausschließlichen „Standpunkt der Nationalökonomie“ verlieren.

§ 2 dieses Gesetzes eine „Deliktsobligation“ sein, diejenige aus § 1 eine „einfache“ Entschädigungspflicht; aber der Begriff der Deliktsobligation sei hier „erweitert“, „somit handelt es sich um keine eigentliche Deliktsobligation“, sondern um eine „obligatio quasi ex delicto“ (S. 170, 213). Mandry („der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze“ S. 431) bezeichnet die Haftung aus dem Haftpflichtgesetz als eine „deliktische bezw. quasideliktische“. Westerkamp (in Endemanns „Handbuch“ III, 663) erklärt die Haftung aus § 2 cit. gleichfalls für eine „obligatio quasi ex delicto“. Auch in den „Motiven“ zum cit. Gesetz spukt die „Präsumtion des Verschuldens“, und im österreichischen Eisenbahngesetz vom 5. III. 1869. hat dieselbe sogar einen gesetzlichen Ausdruck gefunden.

Neuerdings wird mit großer Heftigkeit der Charakter der Haftung der Eisenbahn als einer Deliktsobligation von Oberlandesgerichtsrat Croissant („Haftpflicht und eigenes Verschulden“ Straßburg 1893) verfochten. Aber gerade in dieser Apologie des Schuldprinzips tritt dessen Unhaltbarkeit klar zu Tage, indem Croissant selbst dasselbe nur mittels gewaltsamer Schuldifikationen und Schuldpräsumtionen durchzuführen vermag. Obwohl „es schwer fällt, den Gedanken nur zu denken, der Gesetzgeber könnte eine bestimmte Person für eine objektiv schädliche Handlung verantwortlich machen, ohne sie gleichzeitig für subjektiv schuldig zu erachten“, weil „ein solches Gesetz den Staat in seinen Grundfesten erschüttern müßte“ (S. 25), heißt es doch gleich darauf (S. 26), daß „wenigstens in einem Rechtsstaate

man für eine objektiv schädliche Handlung nur kraft eines subjektiven Verschuldens haften kann, mag nun dieses Verschulden ein positives oder ein bloß fingiertes sein". Also wenn einer Haftung, bei thatsächlich fehlendem „positiven“ Verschulden, nur das Mäntelchen einer Schuld fiktio n umgehängt wird, so ist der Rechtsstaat gerettet! Wenn aber speziell den Unternehmer auch dafür eine „gewisse Schuld“ treffen soll, „wenn die beim Betrieb thätigen elementaren Gewalten losgelassen einhergehen auf eigener Spur“, „obgleich er sie nicht bemeistern konnte“, weil „er sie in diesem Falle nicht verwenden durfte“ (S. 27), so stehen wir wieder vor dem in der gemeinrechtlichen Praxis — aber hier doch nur als Mittel zur Begründung einer Ersatzpflicht — uns bereits entgegengetretenen Satze, daß jedes Eisenbahnunternehmen eine schuldhaft e Handlungsweise ist! Und schließlich bedarf die Haftung der Eisenbahnen, obwohl sie „eine Deliktsobligation im eminenten Sinne des Wortes“ ist, doch der Krücke einer „præsumtio juris et de jure“, welche dahin geht, daß die beim Betrieb jemand widerfahrene und daher als durch den Betrieb veranlaßt präsumierte Körperverletzung „in einem Verschulden des Unternehmers ihre Quelle hat“ (S. 30). Die Haftpflicht aus der lex Aquilia, welche ja „ein Kind derselben Mutter“ wie diejenige aus dem Haftpflichtgesetz sein soll (S. 31) — nämlich der Schuld — bedurfte doch keinerlei derartiger Stützen!¹ Hervorzuheben ist übri-

¹ Vgl. im übrigen gegen die „überraschenden Ergebnisse“ (S. 58) dieser Schrift die Kritik von Ort mann im „Archiv

gens, daß das Reichsgericht in Bezug auf das Haftpflichtgesetz nicht mit der *præsumptio culpæ* operiert (dieselbe wird z. B. in der Entscheidung in Bd. XIV, 83 ausdrücklich abgelehnt).

In gleicher Weise sucht man bekanntlich auch die über das Vorliegen einer Verschuldung hinausgehenden Haftungen des französischen Rechts (1884 ff., aber auch z. B. 1733, 1882 c. o., Gesetz v. 1851 hins. der unbedingten Haftung der Fuhrwerksbesitzer für ihre Angestellten) durch culpa-Präsumtionen zu erklären. Zachariä-Crome (S. 766): Die Haftung (aus 1884 ff.) gründe sich auf ein Verschulden, nur werde dieses Verschulden „im Interesse der Verkehrssicherheit vermutet“, diese Vermutung sei eine „*præsumtio iuris et de jure*“. (Vgl. Sourdat „responsabilité“ p. 83: la responsabilité s'étend jusqu'à des faits qui ne sont que d'une manière assez éloignée et complexe la conséquence d'une faute — la condamnation est moins la punition d'une faute réellement commise, que la conséquence d'une présomption“.) Das Reichsgericht (Entsch. XIV, 317) läßt es dahin gestellt, ob es sich bei der Haftung des Tiereigentümers um eine „*præsumptio iuris et de jure*“ eines Verschuldens handle oder um eine „*obligatio ex lege*“, jedenfalls befreie ihn der (vom Be-

für bürgerliches Recht“ VIII, 376. — Eigentümlich ist die Entrüstung des Verfassers darüber, daß eine Trambahngesellschaft einem „ihr sonst ganz fremden“ Kinde, welches beim Spielen durch die Trambahn überfahren worden war, „für seine unglücklichen Gedanken“ (nämlich im kritischen Moment über das Geleise zu laufen) Entschädigung bezahlen mußte. (Die Beurteilung dieser so häufig vorkommenden Unfälle in der Prager schwankt, vgl. z. B. die Entscheidungen des Reichsgerichts in „Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen“ I, 31 — daselbst II, 291; „Entsch. in Civilf.“, XXI, 13 ff. Näheres hierüber in Abschnitt 4).

rufungsgericht für erbracht angesehene) Nachweis seiner Schuldlosigkeit nicht; und hinsichtlich des Hauseigentümers erkennt es (l. o. 318) die Möglichkeit seiner Ersatzpflicht an „selbst wenn es ihm unmöglich war, zu entdecken, daß das Gebäude einen Fehler hatte“, in welchem Falle ihm doch gewiß kein Verschulden vorgeworfen werden kann. Mit welchem Rechte also darf man hier eine unwiderlegliche „Vermutung“ eines Verschuldens aufstellen? Eine „Schuld“, welche „unter Ausschluß des Gegenbeweises präsumiert wird“ (Zachariä-Crome 774 N. 5) ist doch eine reine Fiktion, und eine derartige Fiktion bedarf ihrerseits selbst einer Rechtfertigung. Welches ist denn das Prinzip dieser „*præsumptio juris et de jure*“? Die Praxis hilft sich bei Anwendung der französischen Schadensersatzbestimmungen häufig in der Weise, daß sie ein „subjektives Verschulden“ oder eine „*faute*“ schon dann gegeben findet, wenn nur der schädliche Erfolg als möglich vorhergesehen werden konnte. (S. das Reichsgericht in der Entsch. bei Buchelt 22, 321: „Nach Art. 1382 genügt es, daß der Schaden in Kenntnis, im Bewußtsein davon zugefügt wurde, daß derselbe durch den Betrieb des Gewerbes entstehen könne“; *ibid.* 18, 281; „Entsch. in Civilf.“ XI, 344, a. a. O. Vergl. das früher S. 116 Bemerkte.) Auch in der Doktrin lehrt man wohl — z. B. Zachariä-Crome S. 757 —: „Schon der geringste Grad der Fahrlässigkeit reicht für den Ersatzanspruch hin.“ Wer wird dabei nicht an die culpa „*levissima*“ erinnert, quæ in lege Aquilia venit?

Trotz alledem, trotz der für gewisse Verhältnisse unabhängig von einem Verschulden (bzw. kraft einer „*præsumptio juris et de jure*“ eines solchen) bestehenden Ersatzpflicht, und trotz der versuchten Dehnung und Verblässung des Verschuldungsbegriffs, vermag aber selbst das dem Geschädigten doch am meisten entgegenkommende französische Schadensersatzrecht, wenigstens nach der ihm von der herrschenden Meinung und insbesondere vom Reichsgericht gegebenen Interpretation, den Anforderungen einer gerechten Schadensverteilung nicht zu entsprechen. Das gilt speziell hinsichtlich der Haftung für leblose Sachen, wie

uns dies klar entgegentritt in dem Falle in „Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen“ Bd. XXII, 382 ff.: Der unglückliche Passant, dem bei der Explosion eines Feuerwerkslaboratoriums das Bein zermettert worden war, wurde in allen Instanzen abgewiesen, weil ihm der Nachweis eines „rechtlichen Verschuldens“ eines der Miteigentümer dieses Laboratoriums (begrifflicherweise!) nicht gelang.

Wie die französische Doktrin auch von einem Verschulden offenbar absehende vertragmäßige Haftungen künstlich mit einer „faute“ zu erklären sich bemüht, dafür bietet ein Beispiel die Behandlung der in Art. 1882 dem Entleiher auferlegten Ersatzpflicht. Als bezeichnend sei hier der bezüglichen Ausführungen Mourlons (Répétitions écrites sur le code civil III p. 330 ff.) gedacht, welcher in Erkenntnis, daß bei höherem Werte der eigenen Sache der diese auf Kosten einer minderwertigen geliehenen Sache rettende Eigentümer als verständiger Mensch handelt und von jeglichem Vorwurf frei ist, mit dieser Erkenntnis aber zugleich seines einzigen Erklärungsmittels beraubt, ratlos dieser Gesetzesbestimmung gegenübersteht. (. . . la disposition de la loi est fort difficile à justifier. Je suppose que la chose qui a été prêtée valait beaucoup moins que celle qui m'appartenait: serai-je donc responsable de sa perte parceque j'ai sauvé la mienne? et pourquoi? un bon père de famille n'eût fait que ce que j'ai fait: il eût sauvé la chose la plus précieuse. En sauvant ma chose, je n'ai commis aucune faute: dès lors, pourquoi suis-je puni? Hierauf weiß er sich keine Antwort zu geben.) Er empfindet diese Haftung als eine „bizarriorie“, was sie unter dem Gesichtspunkt einer „Strafe“ betrachtet freilich auch wäre. In Wahrheit liegt aber, wenn ich den geliehenen Spazierstock (oder den Regenschirm, den ich bei einem plötzlichen Regenguß mir entliehen habe und neben dem von Hause mitgenommenen Stock bei mir trage) bei der Abwehr eines mich anfallenden Tieres zerbreche, (worin die beiden im cit. art. bezeichneten Thatbestände gegeben sein dürften), ein Notstand vor, welcher in Anbetracht des Wertverhältnisses der

beteiligten Interessen die Handlung als eine durchaus rechtmäßige erscheinen läßt, darum aber die Ersatzpflicht — eben aus dem hier zur Erörterung stehenden Gesichtspunkt — nicht in Wegfall bringt.

Auf die allgemeine Stellung des französischen Rechts wird später zurückzukommen sein.

Wo man dagegen die besprochenen durch besondere Gesetzesbestimmungen auferlegten Ersatzverbindlichkeiten als Haftungen unabhängig von einem Verschulden anerkennt, da pflegt man sie entweder als „Ausnahmen“ vom Prinzip, als Singularitäten hinzustellen, unter sich nur durch das Negativum verknüpft, daß sie eben Haftungen ohne culpa sind; so z. B. Herz.¹ Oder man koordiniert sie als Haftungen „aus öffentlichem Interesse“ mit der Haftung „ex culpa“; so z. B. Rupp.² Aber das „öffentliche Interesse“ liegt allen Normen des Privatrechts und allen in gleicher Weise zu grunde — auch die Haftung „ex culpa“ ist eine solche „aus öffentlichem Interesse“ — und den unmittelbaren Gegenstand des Schutzes bilden in den fraglichen Fällen durchaus nicht immer öffentliche, sondern sehr häufig individuelle Interessen.

Oder man faßt diese Ersatzverbindlichkeiten zusammen als „Haftung ex lege“, welche neben die

¹ „Das Unrecht und die allgem. Lehren des Strafrechts“ S. 36: „Aus den wenigen, auf singulärer Rechtsfassung beruhenden Ausnahmen vom Satze, daß es ohne Schuld keinen Schadenersatz giebt, erwächst niemals ein Prinzip von allgemeiner Geltung.“

² „Modernes Recht und Verschuldung“ S. 14.

Kategorien „Haftung ex culpa“ und „Haftung aus Vertrag“ gestellt wird.¹ Damit ist aber die Frage nach dem Grunde dieser Haftung außerhalb von Vertrag und Verschuldung nicht beantwortet, sondern umgangen. Das „Gesetz“ hat doch seine Gründe. Welches sind diese? Welche Gedanken, welche Interessen, welche Kräfte äußern sich in dem Gesetz? Dieses ist doch nicht etwas den sozialen Kräften fremdes, sondern die konzentrierte Form ihrer Geltendmachung. Wie beim Delikt und beim Vertrag, so kann auch bei den hier zur Beurteilung stehenden Haftungen das Gesetz nicht das eigentlich schöpferische Prinzip sein, sondern lediglich das formalisierende, regulierende, modifizierende. Und

¹ Vgl. statt aller Windscheid (II, 37): Haftung kraft Verschuldens, auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder einer richterlichen Verfügung, und „unmittelbar kraft einer Rechtsbestimmung“. — Dernburg (Band. 4. Aufl., S. 121 ff.): Gründe der Schadensersatzpflicht . . . Vertrag . . . „sie kann ferner unmittelbar durch Gesetz an andere Thatbestände geknüpft sein; dahin gehört die Pflicht zur Entschädigung wegen Expropriation . . . Insbesondere aber ist uns zu Schadensersatz verpflichtet, wer uns . . . schuldhafterweise beschädigt hat“. — Dernburgs jetzigen Ausführungen möchte ich die Worte entgegenhalten, die er auf dem 11. „Kongreß deutscher Volkswirte“ im Jahre 1869 (s. Vierteljahrsschr. für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte“ Bd. 27, S. 275) ausgesprochen hat: „Es scheint mir aus juristischen Gründen, wir müssen ein anderes Prinzip dem, welches wir dem römischen Recht entnommen haben, entgegen setzen, daß nicht der, welcher die Schuld trägt, sondern derjenige, welcher das Geschäft führt, für den Schaden einzustehen hat.“

die Haftung *ex culpa* wie diejenige aus Vertrag sind doch wohl auch „*ex lege*“, und *culpa* und *lex* keine begrifflichen Gegensätze!

In neuerer Zeit mehrten sich jedoch die Stimmen, welche den bezüglichen Bestimmungen eine gerechtere Würdigung zu Teil werden lassen und ihre Ausdehnung auf gleichgeartete Fälle mit zunehmender Entschiedenheit verlangen.

Ohne Anspruch auf eine irgend erschöpfende Aufzählung, nenne ich als einschlägige Hauptwerke die bereits citierten Schriften von Löning, Endemann, Steinbach, Mataja, Unger (in Iherings Jahrbüchern Bb. 30 Nr. 6 u. als Sonderausgabe in 2. Aufl. 1893, nach welcher letzterer hier citiert wird; derselbe in Grünhuts Ztschr. XV, 673 ff.); die Gutachten von Pfaff (insb. c. V) und Strohal (c. II u. III) in den dem österreich. Advokatentag erstatteten „Drei Gutachten“ 1880; die unten citierte Litteratur zum Entwurf I; hinsichtlich der prinzipiellen Auffassung A. Merkel „Encyclopädie“ § 664 ff. Nicht unerwähnt bleiben dürfen Bindings, freilich in einer ganz anderen Richtung, als der hier verfolgten, laufenden Ausführungen über die „Reparationsverbindlichkeit als Rechtsfolge nichtdeliktischer Thatbestände“ in den „Normen“ (1. Aufl. 207 ff., 2. Aufl. 433 ff.) Beachtenswert zwei neuere Werke nordischer Autoren: Sjögren „Om rättsstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndets problemet“ Upsala 1894. (Eine Entwicklung der Grundgedanken dieses Werkes wird demnächst in deutscher Sprache erscheinen.) Er bringt die Ersatzpflicht, vom Verschulden abgesehen, mit dem von ihm sogenannten finalitetsmomentet in Zusammenhang; als Quintessenz seiner diesbezüglichen Auffassung läßt sich wohl der Satz anführen (S. 211): „det är tillräckligt för ansvar, att skadan orsakats af en verksamhet, som skett . . . för hans (objektiva) ändamål, m. a. o. att verksamhetens finala sida knyter dess resultat vid hans person såsom rättslig orsak.“ [Es

ist zur Verantwortung hinreichend, daß Schaden durch eine Wirksamkeit (scil. einer bestimmten Person) verursacht wurde, die für ihren (objektiven) Zweck geschah, m. a. W. daß die finale Seite der Wirksamkeit ihr Resultat an jene Person als rechtliche Ursache knüpft.] Ferner Jaakko Forsmann „Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt finsk rätt.“ [Beitrag zur Lehre vom Schadenserzatz in Straffällen nach finnischem Recht.] Helsingfors 1893. (Vgl. insbes. den gegen die herrschende culpa-Theorie gerichteten § 42.) — Gerade die nordische Litteratur hat sich überhaupt verhältnismäßig häufig mit den in Kollisionsfällen sich ergebenden Problemen befaßt, und zwar findet sich in ihr meist der Gesichtspunkt der Abwägung der kollidierenden Interessen betont. (Vgl. außer den im I. Teil erwähnten Werken von Ehrén und Goos eine weitere Schrift des letzteren: *Forelæsninger over den almindelige Retslære*. Første Del. Kjøbenhavn 1885; auch Getz „*Ome den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser*“. Christiania 1875.)

Neueste Gesetze, so dasjenige über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 in § 2, drücken ihre Intention, eine Ersatzpflicht über Verschulden hinaus anzuerkennen, durch die Formel aus: der Schuldner hafte für Verschulden „oder einen sonst von ihm zu vertretenden Umstand“. Man erklärt also idem per idem, denn der Satz: er haftet für einen von ihm zu vertretenden Umstand, hat doch keinen weiteren Inhalt als: „er haftet wenn — er haftet“! Es tritt darin klar zu Tage, daß man zwar das Bedürfnis einer Erstreckung der Ersatzpflicht fühlt, aber keine ratio für diese weitere Ersatzpflicht sieht und deshalb auch kein Kriterium für ihr Vorliegen anzugeben weiß. Der Richter mag sich dann damit abfinden, dem Gesetzeswort einen Inhalt zu geben.

2. Die Stellung des „Entwurfs“ zur Frage des Schadenersatzes.

Die Regelung der Ersatzpflicht im Entwurf scheint mir auch nach der zweiten Lesung keine völlig befriedigende zu sein.

Prinzipiell hält er auch in seiner jetzigen Gestalt am culpa-Standpunkt fest — „der Entwurf hält am Verschuldungsprinzip fest“ (Jahrbücher 60, 245) — wie dies in dem früher citierten § 746 Abj. 1 zum Ausdruck kommt. Daneben macht er freilich dem gegen die strenge Durchführung desselben in der ersten Lesung erhobenen Widerspruch¹ erhebliche Konzessionen, welche sich nach Auffassung der Kommission als „durch Rücksichten der Billigkeit gebotene Abschwächungen des Verschuldungsprinzips“ darstellen (Jahrbücher 60, 246).

Konzessionen einmal in einer Reihe von Einzelbestimmungen, in welchen eine Ersatzpflicht unabhängig vom Vorliegen einer Schuld anerkannt ist, welche aber neben dem Prinzip ohne inneren Zusammenhang unter sich als reine Singularitäten dastehen.

So erkennt er im § 195 eine Ersatzpflicht an bei entschuldbarem Irrtum über das Vorhandensein der

¹ Insbesondere von Gierke („Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. u. das deutsch. Recht“, speziell S. 259 ff., und „Die soziale Aufgabe des Privatrechts“ S. 33), Klöppel (in Gruchots „Beiträgen“ spez. 32, 652 und 33, 477.), Mataja (in Kohlers Archiv I. 267 ff.), Schmidt („Gutachten aus d. Anwaltstand“ Heft 14), Hölder („Vhdlgen des 20. Juristentages“ IV, 99 f.), Pfizer (in Jherings Jahrbücher 29, 161 f.), Becker („System des Pandektenrechts“ II, 61).

Voraussetzungen der Selbsthilfe (§ 193) — wie mir dünkt ganz prinziplos, da sonst, speziell auch in dem doch ganz gleichwertigen Falle einer irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen des § 192, entschuldbarer Irrtum die Erfahpflicht nach dem E. ausschließt (der diesen Ausschluß expressis verbis statuierende § 707 E. I ist zwar gestrichen, aber lediglich, weil er sich als Konsequenz des culpa-Prinzips von selbst versteht¹) und schlechthin nicht ersichtlich ist, weshalb nur dort die umgekehrte Behandlung eintreten soll.

Ferner wird eine bisher mangels eines Verschuldens regelmäßig verneinte² Erfahpflicht allgemein anerkannt bei Erwirkung der Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, welche sich später

¹ Jahrbücher 60, 247.

² Insbesondere auch vom Reichsgericht, weil die Erwirkung des Arrestes eine „erlaubte Handlung“ ist und deshalb „derjenige, der von diesem ihm durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfe zum Schutze seines Vermögensinteresses Gebrauch macht, für den dadurch dem Gegner entstandenen Schaden nur verantwortlich sein kann, wenn ihm bei dessen Anwendung Arglist oder Fahrlässigkeit zur Last fällt.“ Entsch. d. Reichsger. in Civils. XXVI, 206; ebenso VII, 378; XVI, 327. — Für diese Erfahpflicht vgl. namentlich Wolke in Buschs „Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß“ 13, 277 ff. Ihre meisten Verteidiger wollen ein zur Entschädigung verpflichtendes „Schuld moment“ finden in dem „Bewußtsein des Handelnden, in ein fremdes Vermögensgebiet einzugreifen, obgleich er wußte oder wissen mußte, daß dadurch dem anderen Schaden entstehen könne“. (s. Henrici in Gruchots „Beiträgen“ 32, 161). Über diese fehlerhafte Identifizierung des möglicherweise Voraussetzbaren mit dem Schuldhaften vgl. oben.

als unbegründet herausstellen, sowie bei Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, später aufgehobenen bezw. abgeänderten Urteils.¹ (art. 11 des Entw. des Einführungsgesetzes). Ebenso soll der gemäß § 85 C. P. O. einstweilen zur Prozeßführung Zugelassene, falls zur Zeit des Urteils die Genehmigung nicht beigebracht ist, schlechthin dem Gegner für den entstandenen Schaden haften. (art. 11 l. cit.). Eine Ersatzpflicht ist weiterhin unabhängig von einem Verschulden festgestellt für Wildschaden (§ 758). Sodann für denjenigen Schaden, welcher durch nicht zu den Haustieren zu rechnende Tiere angerichtet wird — denn nur bei „Haustieren“ gewährt § 756 demjenigen, der das Tier hält, den Exculpationsbeweis.

¹ Während die „Motive“ zum C. I (Bd. II, S. 848) diese Ersatzpflicht ablehnen, weil „der Gläubiger, der das Recht der Zwangsvollstreckung hat, mit Ausübung desselben kein Delikt begeht“ (1), und das Reichsgericht noch unlängst (1893; Entsch. in Civils. XXX, 419) die Klage auf Ersatz des aus der Vollstreckung eines auf Antrag des Klägers und gegen Sicherheitsleistung seitens desselben für vorläufig vollstreckbar erklärten, später aufgehobenen Urteils mangels eines nachgewiesenen Verschuldens abgewiesen hat. — Das Gleiche, wie hinsichtlich des durch die vorläufige Vollstreckbarkeit entstandenen, muß übrigens doch wohl auch hinsichtlich des durch die bewirkte Einstellung einer Vollstreckung (gemäß § 688, 690 C. P. O.) verursachten Schadens gelten. Die reichsständische Praxis ist geneigt, in derartigen Fällen eine Ersatzpflicht anzuerkennen, hilft sich dabei aber dem Gesetz gegenüber häufig mit einer etwas gekünstelten Konstruktion einer „négligence ou imprudence“ (vgl. z. B. „Jurist. Ztschr. f. Elsaß-Lothringen“ 19, 217—17, 552).

Diese verschiedene Behandlung des Tiereigentümers wird damit motiviert, daß „das Halten wilder oder gefährlicher Tiere als ein mit außergewöhnlichen Gefahren verbundenes Unternehmen den Unternehmer zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichten muß“ (Jahrbücher 60, 261). Aber eine verschiedene Haftung für Tiere je nach deren Gefährlichkeit läßt sich doch nur erklären von dem Standpunkte aus, daß das Halten „wilder oder gefährlicher“ Tiere ohne weiteres eine kulpöse Handlungsweise sei, denn ohne diese Annahme ist es nicht verständlich, weshalb die Ersatzpflicht für einen konkreten Schaden davon abhängen soll, ob die Klasse von Tieren, zu welchen das schadenstiftende gehört, gefährlich ist, d. h. häufig Schaden anrichtet, oder nur selten Schaden anrichtet. Für den Geschädigten ist es jedenfalls ein schlechter Trost, daß das Tier, welches ihn verletzt hat, sonst nur selten Schaden stiftet! Jene Auffassung entspricht aber der früher zurückgewiesenen hinsichtlich der Eisenbahnunternehmen: Wenn die Polizei nach Erfüllung der üblichen Vorichtsmaßregeln, die Erlaubnis z. B. zur Einrichtung eines zoologischen Gartens gegeben hat, so kann man dieses Unternehmen nicht mehr an sich als etwas schuldhaftes ansehen, und ebenso wenig braucht bei einer konkreten Schädigung, die aus demselben entsteht, ein Verschulden des Eigentümers mitzuspielen! Sodann wird sich aber eine besondere Gefährlichkeit der nicht unter die Kategorie „Haustiere“ fallenden Tiere gegenüber den „Haustieren“ überhaupt gar nicht allgemein behaupten lassen. Ist das Halten z. B.

von Bienen,¹ die doch auch nicht zu den „Haustieren“ gehören, so viel gefährlicher als das Halten eines Stieres oder das Ausreiten auf jungen Vollblutpferden, daß in dieser größeren Gefährlichkeit eine Rechtfertigung für eine so verschiedene Regelung der Ersatzpflicht gesehen werden kann, daß dort die Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden eintreten soll, während in letzteren Fällen eine bloße Umkehrung der Beweislast für ausreichend erachtet wird? Schließlich erschien der Kommission eine weitergehende Haftung für Haustiere deshalb „nicht gerechtfertigt“, weil das Halten von solchen „durch die Kulturentwicklung geboten, der Allgemeinheit förderlich und dem Verkehr vertraut sei“ (Jahrbücher 60, 261). Zweifellos! Und um deswillen wird man nie daran denken, das Halten derselben zu verbieten, trotz der häufigen Verletzungen Dritter, welche daraus unvermeidlich hervorgehen. Aber

¹ Vgl. zur Haftung für Bienen Reichsgericht XII, 175: „Der Bienenhalter macht sich für den Gebrauch, welchen die Bienen ihrem Instinkt gemäß von der ihnen gegebenen Freiheit machen als eine von ihm voraussehende und daher ihm anzurechnende Folge seiner Handlungsweise verantwortlich. — In den „Jahrbüchern“ (60, 261) heißt es: „Ein so weitgehender Schutz der Bienenzucht“ (nämlich durch Einschränkung der Haftung auf das Niveau des Eigentümers eines Haustiers) „erschien entbehrlich“. Auffällig ist, daß hier also nach einem Grund für die Einschränkung der unbedingten Ersatzpflicht gefragt wird, und da ein solcher verneint wird, es bei dieser unbedingten Ersatzpflicht sein Bewenden haben soll. Das ist aber eine dem culpa-Prinzip gerade entgegengesetzte Behandlung der Verhältnisse!

die Erfasfrage wird durch diese Momente nicht berührt. Dieselben Erwägungen treffen doch gewiß auch z. B. auf den Eisenbahnbetrieb zu, und doch wird die Gerechtigkeit der hier bestehenden weiteren Haftung, so verschieden man sie auch motivieren mag, von keiner Seite in Zweifel gezogen!

Dieselbe bloße Umkehrung der Beweislast¹ findet sich statuiert für den durch „zu einer Verrichtung Bestellte in Ausführung der Verrichtung“ (§ 754),² für den

¹ Der C. II. drückt seine Absicht, eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens eintreten zu lassen, überall dahin aus: Die Erfaspflicht trete nicht ein, wenn der Betreffende „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde“. Einfacher und wie mir dünkt klarer könnte derselbe Gedanke dahin gefaßt werden: Wenn er beweist, daß er den Schaden nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Dieser Exculpationsbeweis kann selbstverständlich auf zweierlei Weise erbracht werden: entweder durch den Nachweis, daß er den Schaden überhaupt nicht „herbeigeführt“ hat, gar nicht im Kausalnexus mit demselben steht, oder daß er alle Sorgfalt angewendet, ihn also nicht „schuldhaft“ herbeigeführt hat. Dabei handelt es sich aber lediglich um zwei verschiedene Beweiswege für dasselbe Beweisthema.

² Während ich an diesem Abschnitt beschäftigt war, kam folgender praktischer Fall zur Beurteilung an mich: An einem Eisenbahnbau beschäftigte Arbeiter waren, um ihren Weg abzukürzen, über angrenzende Wiesen gegangen, und hatten dadurch diese, wie auch ein Gerstenstück durch Benützung zur Verrichtung ihrer Notdurft, gänzlich verdorben. Nach dem zur Anwendung zu bringenden art. 1384 c. c. machte die Erfaspflicht des Unternehmers keine Schwierigkeit. Dagegen nach C. 754 würde eine solche nicht gesetzlich zu begründen sein, denn der

„durch Personen, welche der Beaufsichtigung bedürfen“ (755), für den durch Einsturz eines Gebäudes (759) angerichteten Schaden.

Eine allgemeine Ersatzpflicht ist dagegen wieder anerkannt beim Notweg (830²); bei der schuldlosen Grenzüberschreitung bei Errichtung eines Gebäudes (826); bei der erlaubten Wegschaffung der auf ein fremdes Grundstück gekommenen Sachen (785); desgleichen erfolgt die Vorzeigung von Sachen (speziell Urkunden), welche der Interessent unter gewissen Voraussetzungen zu fordern berechtigt ist (695, 696), auf Kosten und Gefahr des Interessenten (697).

Anderweite Grundeigentums-Beschränkungen zu Gunsten der Nachbarn und damit auch die Frage einer mit ihnen verknüpften Ersatzpflicht sollen der Landesgesetzgebung überlassen bleiben (Entw. des Einführungsgesetzes art. 66 a). Erhalten bleiben sollen sodann diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften, wonach „der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebs oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebs für die aus dem Betrieb entstehenden Gefahren über die reichsgesetzlich bestimmte Haftung hinaus“ — also unabhängig von culpa — „einzustehen hat“; sowie diejenigen, „welche dem, der ein dem öffentlichen Gebrauche

Unternehmer hatte keine Kenntnis von den Vorgängen, und der zur Leitung bestellte Schachtmeister hatte den Arbeitern diese Handlungen verboten, ja sogar den Bahnwart zur Protokollierung der Zuwiderhandelnden aufgefordert; von einer culpa in eligendo kann auch ernstlich nicht die Rede sein. Und doch wird diese Verantwortlichkeit des Unternehmers zweifellos vom Rechtsgefühl gefordert.

dienendes Grundstück zu einer Anlage oder einem Betriebe benutzen darf, die Haftung für den Schaden auferlegen, welcher infolge der aus der Anlage oder dem Betriebe für den öffentlichen Gebrauch entstehenden Gefahren eintritt“. (Entw. d. Einfges. f. „Entwurf“ S. 235 Akg.). Die Aufrechterhaltung der bezüglichen Bestimmungen hat insbesondere wegen der engen Begrenzung der Haftung von Fabrik-Bergwerks-unternehmern u. nach § 2 des Haftpflichtgesetzes große Bedeutung; so geht bekanntlich nach 1384 c. c. (aufrechtgeblieben kraft § 9 des cit. Gesetzes) die Haftung über die reichsgesetzliche erheblich hinaus.^{1 2}

Nach Einführung eines Reichscivilgesetzbuches dürfte es aber doch kaum als ein befriedigender Zustand angesehen werden können, wenn die praktisch so bedeutungsvolle Haftung der großen Unternehmer je nach dem Landesrecht verschieden geregelt wäre. Ebenso wenig dürfte es zu billigen sein, daß die Haftung des Staates und der Gemeinden für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden der Landesgesetzgebung überlassen werden soll (Entw. des Einfges. art. 56). Dagegen ist die Haftung des Vereins für den durch seinen

¹ Vgl. z. B. Peterfen l. cit. S. 63. — Buchelt l. cit. 14, 242.

² Bezeichnend für das gegenüber der Anerkennung von Ersatzverbindlichkeiten unabhängig von culpa bestehende Widerstreben ist es, daß — den „Jahrbüchern“ (60, 251) zufolge — die Aufrechterhaltung dieser landesgesetzlichen Haftungen anscheinend nur einem besonderen Wunsche der preussischen Regierung zu danken ist.

Vorstand oder einen sonstigen Vertreter in Ausführung der ihm zukommenden Verrichtungen einem Dritten zugefügten Schaden anerkannt (§ 30).

Auch in Kontratsverhältnissen kennt der E. Ersatzpflichten ohne Verschulden: So haftet der Schuldner „für ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfang wie für eigenes Verschulden“ (§ 234), also auch wenn er sich anderer Personen bedienen durfte, und unabhängig von einer culpa in eligendo vel inspiciendo. Eine von jeder culpa losgelöste Ersatzpflicht ist ferner demjenigen auferlegt, der „als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ohne Vertretungsmacht zu haben“; nur dann ist er frei, wenn der Gegner diesen Mangel kannte oder kennen mußte (§ 146). Die Begründung dieser Ersatzpflicht in den „Motiven“ (I, 244) als einer „gewissermaßen auf ein stillschweigendes Garantieverprechen gestellten“, ist eine reine Fiktion. Auch der vom „Schuldner zu vertretende Umstand“ (s. oben) findet sich als hinreichend zur Begründung einer Ersatzpflicht anerkannt, wenn durch ihn die Leistung unmöglich geworden ist (§ 236); andererseits „kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt“ (§ 241). Es wird hier also eine Verantwortlichkeitsphäre des Schuldners vorausgesetzt, welche über ein Verschulden desselben hinausgeht.

Auch die Ersatzpflicht des Erklärenden, im Falle seine Erklärung nichtig oder anfechtbar ist, ist jetzt

unabhängig von einem Verschulden seinerseits ausgesprochen (§ 97); nur darauf soll es auch hier wieder ankommen, ob der Gegner den Grund der Nichtigkeit oder Unsechtbarkeit kannte oder kennen mußte.¹ Worin begründet sich diese Ersatzpflicht nach Auffassung des E.? Auf einen „Vertrag“ läßt sie sich doch auch nicht zurückführen. Es liegt eine Verteilung des Risikos vor, die über den culpa-Standpunkt offenbar hinausgeht.

Außer diesen von seinem Prinzip abweichenden Einzelbestimmungen hat der E. dasselbe aber als solches durchbrochen durch den § 752 Abs. 1:

„Wer . . . für einen von ihm verursachten Schaden deshalb nicht verantwortlich ist, weil ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, hat gleichwohl den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen des Falls, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesgemäßen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf“.

Mit diesem etwas vagen, lediglich auf die Billigkeit und die, für sich allein doch niemals einen ju-

¹ Darüber, daß auch jetzt noch die Ersatzpflicht hier in zu weitem Umfange ausgeschlossen wird, vgl. Hölder (Archiv f. d. civil. Praxis 80, 41). Im letzten Satze des § bringt die „höhere Gewalt“ (wie überall, wo sie Verwendung findet) Unklarheit. E. jetzt Strohal in Iherings Jhb. 34, 357.

ristischen Entscheidungsgrund abgebenden, Vermögensverhältnisse verweisenden Paragraphen kann der Richter, dem darin keinerlei Direktive gegeben wird für die Beurteilung der „Billigkeit“, kein Maßstab, durch dessen Anlegung im konkreten Falle zu ermessen wäre, ob derselbe denn die Anwendung der „Billigkeit“ statt des strengen Rechts der § 746 ff. verdiene, je nachdem alles oder nichts anfangen.

„Die Mehrheit der Kommission war der Ansicht, daß eine solche vom Verschulden unabhängige Ersatzpflicht dem heutigen Rechtsbewußtsein entspreche . . . Wollte man dieser Forderung des Rechtsbewußtseins gerecht werden, so müsse man die Unbestimmtheit der Vorschrift in den Kauf nehmen und darauf vertrauen, daß der Richter die angemessene Entscheidung aus der Würdigung der Umstände finden werde. Es gehe nicht an, die Schadloshaltung des Beschädigten allein der Sitte und dem Anstandsgefühl des Beschädigers zu überlassen, der Beschädigte müsse vielmehr unter den bezeichneten Voraussetzungen (unter welchen?) einen Rechtsanspruch haben.“ (Jahrbücher 60, 249). Aber aus welchem Grunde? Das Bedenken, welches die Kommission von Aufnahme einer *exceptio doli generalis* als Ausdruck eines allgemeinen Chifaneverbotes¹ abhielt, daß

¹ Gegen dessen Aufnahme ich an die Worte *Sherings* in seinen „Jahrbüchern f. Dogm.“ VI, 104 erinnern möchte: „Der Fehler, den man bei Aufstellung desselben begeht, besteht darin, daß man einem objektiven Gegensatz einen sub-

nämlich dadurch „an Stelle fester Rechtsnormen das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zur Moral verschoben werde“ (Jahrbücher 57, 720), dürfte auf die Bestimmung dieses Paragraphen (752) doch in demselben Grade zutreffen!

Dagegen bildet § 749:

„Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Erfaze des Schadens verpflichtet“

vom Standpunkt des G. keine Ausnahme seines Prinzips, da nach seiner Auffassung hier an sich erlaubte Handlungen, wenn sie contra bonos mores sind und durch sie ein anderer vorsätzlich geschädigt wird, zu unerlaubten werden, dieselben also auf dem Umweg einer zuerst erfolgten Expropriation ihrer Erlaubtheit zur Ersazpflicht führen.¹ Aber nur, wenn die Handlung „nicht in Ausübung eines zustehenden Rechtes“ vorgenommen ist. Darin kommt der einseitig-individualistische Standpunkt zum vollen Ausdruck! „qui jure suo utitur, neminem laedit“; sowie ich in der Aus-

jektiven Ausdruck giebt . . . Die äußere, objektive Legalität der Handlung macht das Refurrieren auf die subjektive Absicht ebenso überflüssig wie unhaltbar“.

¹ Vgl. die Fassung der entsprechenden Bestimmung in § 705 G.I: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn . . .“

übung, und sei es der schikanösesten, eines formellen Rechts begriffen bin, kann ich den Nebenmenschen ersatzlos schädigen.

Als Resultat der derzeitigen Regelung des E. darf man danach wohl bezeichnen, daß praktisch in den eklatantesten Bedürfnisfällen, hauptsächlich mittels des § 752 und mit Hilfe der Landesgesetzgebung, ein Ersatz zu erlangen sein wird, aber doch nicht in allen Fällen, die ihn erfordern, und zudem erscheint es für das Reichs-civilgesetzbuch nicht ganz entsprechend, Fragen von dieser Bedeutung ohne einheitliche Beantwortung in weitem Umfange teils, mittels der Verweisung auf Billigkeit, dem Ermessen des Richters, teils den Landesgesetzen zu überlassen.

Es fragt sich, welches ist der einheitliche Rechtsgedanke, welcher die verschiedenen Handlungen, die nach bisherigem Recht bezw. dem E. eine Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden begründen, und solche, welche der Anerkennung dieser Folge durch das Recht noch harren, zusammenfaßt?

3. Das Prinzip des aktiven Interesses.

Die Kommission hat dem Verschuldungsprinzip das von ihr sogenannte „Veranlassungsprinzip“ gegenübergestellt und dieses letztere, den veröffentlichten Berichten zufolge (Jahrbücher 60, 246), mit einer gewissen Geringschätzung abgelehnt. Sie besorgt, daß die Durchführung dieses Prinzips — daß nämlich „der-

jenige den Schaden tragen soll, welcher denselben durch sein Thun veranlaßt hat" — sich als „Rückschritt zu den überwundenen Anschauungen niederer Kulturstufen darstellen und die individuelle Freiheit der Bewegung in unerträglicher Weise beschränken würde“. Diese Art der Ablehnung weist darauf hin, daß die Kommission sich mit dem hier in Betracht kommenden Gedanken nicht vertraut gemacht hat. Vorgeschiebt hat ihr anscheinend die weite Ausdehnung der Schadenshaftung in den germanischen Rechten, wo mit Nichtbeachtung des subjektiven Elements die rein äußerlich-objektive Verursachung entscheidend war, die Reaktion sich gegen denjenigen richtete, von welchem schädliche Wirkungen ausgingen, einerlei, ob sein Wille dabei im Spiel war, und wo auch nicht voraussehbare Schädigungen als Verletzung der Rechtssphäre des Verletzten angesehen wurden, sodaß also die rechtswidrigen Handlungen einen sehr weiten Raum einnahmen. Für unser heutiges Recht steht aber gar nicht die Auerkennung einer solchen objektiven Rechtswidrigkeit, also eine Ausdehnung der „unerlaubten Handlungen“ in der Sprache des G., und eben wenig eine rein äußerliche Kausalität als genügend zur Begründung einer Erfasspflicht in Frage. In Wahrheit handelt es sich vielmehr um die Verteilung des Schadens, der aus rechtmäßigen Handlungen, aus rechtmäßigen Willensbethätigungen bestimmten Charakters für einen anderen erwachsen ist.

Daß aber in solchen Fällen die Konstituierung einer Erfasspflicht keinen Rückfall in eine niedere Kultur-

stufe bedeutet, das wird doch wohl hinlänglich widerlegt durch die hochmodernen Gesetze, welche gerade diesem Gedanken zum Durchbruch verholfen haben! Und ebensowenig wird sich doch behaupten lassen, daß diese Gesetze, welche gerade infolge des lebhaften Verkehrsbedürfnisses trotz der ihnen im culpa-Prinzip entgegenstehenden juristischen Schwierigkeit zur Perfektion gelangt sind, „die Freiheit der Bewegung unerträglich beschränken“.

In der Begründung des E. selbst gelangt übrigens gelegentlich eine von der culpa-Theorie völlig verschiedene Auffassung zum Ausdruck. So ist in den „Motiven“ (II, 30) die Haftung des Schuldners für dritte, deren Hilfe er sich bedient, damit gerechtfertigt, daß der Schuldner sich dieser Hilfe „im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr“ bedient. Und die in § 195 getroffene „positive Ausnahme von der allgemeinen Regel“ (Jahrbücher 57, 723 — s. ob.) erachtete die Kommission deshalb für angebracht, weil „derjenige, der von der Selbsthilfe Gebrauch macht, nach allgemeinem Rechtsgefühl dies auf seine Gefahr thun muß“ (Beiträge 36, 675). Weshalb denn gerade hier? Sollte sich das „allgemeine Rechtsgefühl“ gerade auf die Ersatzpflicht in diesem besondern Falle der Selbsthilfe beschränken?

In Wahrheit ist der hier zum schüchternen Ausdruck kommende Gedanke ein der modernen Rechtsanschauung allgemein eigener¹.

¹ Eine Anknüpfung an speziell altgermanische Anschauungen ergibt sich hierbei nur insofern, als dem deutschen

Niemand darf über die eigene Rechtssphäre hinaus in eine fremde verlegend übergreifen. Nur aus besonderen Gründen ist ein solcher Eingriff gestattet, bezw. zu gestatten, so im Notstand zur Wahrung eines überwiegenden eigenen Interesses. Aber wenn das Recht somit aus besonderen Gründen Stellung nimmt zu Gunsten des einen der kollidierenden Interessen und durch eine derartige Sanktion der Gesamtheit ein solcher Eingriff straflos und rechtmäßig wird, so macht sich doch der Charakter der Rechtmäßigkeit des gegenüberstehenden, verletzten Interesses darin geltend, daß über dieses nicht einfach zur Tagesordnung übergegangen werden darf, vielmehr dasselbe nach Möglichkeit zu entschädigen ist. Erst diese Entschädigung bringt die beiden Interessenten in die gleiche rechtliche Lage, wie solche von der gleichen Rechtmäßigkeit der beiderseitigen Interessen verlangt wird. In derartigen Fällen sind die Grenzen der beiden Rechtssphären gleichsam in einander geschoben, und die Entwirrung ist nicht möglich ohne Opfer. Die Frage ist: Wer hat diese Opfer zu tragen?¹ Derjenige, der die verletzende

Recht eine freiere Abwägung kollidierender Interessen von Haus aus geläufig war.

¹ Vgl. zutreffend G o o s („Forelesninger over den almindelige Retslære“ S. 338, Anmfg.): „Sich widerstreitende, an sich vernünftige Interessen können so zusammentreffen, daß die Rechtsanordnung, um gerecht zwischen ihnen zu scheiden, einen Ausgleich bestimmen muß, der seinen Ausdruck in einer

Handlung um des überwiegenden fremden Interesses willen zu dulden von der Gesamtheit gezwungen ist, der sich also schon die Belästigung gefallen lassen muß, braucht nicht um deswillen auch noch den ihm hieraus erwachsenen Schaden definitiv auf sich sitzen zu lassen, sondern kann ihn ersetzt verlangen von demjenigen, durch dessen Handlung und um dessen Interesses willen er ihn erlitten hat. Denn die ratio, um derentwillen die Gesamtheit diese Handlung überhaupt gestattet, geht lediglich auf die Erhaltung, die Geltendmachung des ihr zu Grunde liegenden Interesses, aber sie versagt gegenüber der Frage, wer die Kosten dieser Geltendmachung zu tragen hat. Für diese Frage kommt vielmehr der einer Begründung wohl kaum bedürftige Satz zur Anwendung, daß jeder die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen selbst zu bestreiten hat, als Korrelat seines Vorteils, als Risikoprämie seiner Gewinnchance, als Passivum seiner Wirtschaft. Dabei kann es keinen Unterschied begründen, ob es sich um Machen eines Gewinns oder um Abwehr eines Verlustes handelt; wie in anderen juristischen Beziehungen (vgl. c. c. 1149, Handelsgesetzbuch 217, E. 214) müssen *damnum emergens* und *lucrum cessans* auch darin sich gleichstehen, daß die Kosten der Vermeidung eines Schadens gleichermaßen wie diejenigen der Sicherung — gleich Vermeidung des Ent-

Leistungspflicht finden kann. Das kommt nicht der Bestimmung der Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Handlungen zu.“

gehens — eines Gewinnes nicht einem Dritten aufgebürdet werden dürfen¹. Beides kann das Recht zwar aus besonderen Gründen mit Rücksicht auf das Interessenverhältnis, gestatten, aber doch nur unter Vorbehalt nachträglicher Entschädigung, welche sich als notwendige Konsequenz der Gleichberechtigung einander gegenüberstehender rechtmäßiger Interessen ergibt.

Zwei Momente sind es, auf welche die Erfazpflicht bei nicht schuldhaftem Verhalten zurückführt: die Handlung und das Interesse.² Der Normalfall ist der,

¹ Wenn das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen (so neuestens in derjenigen in „Entsch. in Zivilsachen“ XXXIII, 350) in Bezug auf den auf fremde Kosten gemachten Gewinn es als „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ ausspricht, daß „niemand mit dem Schaden eines anderen sich bereichern darf“, so kann es dem entsprechenden Grundsatz in Bezug auf den auf fremde Kosten vermiedenen Schaden die Anerkennung nicht wohl versagen, da für eine gegenläufige Behandlung beider Fälle vom rechtlichen Standpunkt so wenig wie vom wirtschaftlichen eine ratio ersichtlich ist

² Sjögren (in den früher zitierten Schriften) stellt dem Verschuldungsprinzip das „finalstetmomented“ zur Seite, den „objektiven Zweck“ (causa finalis), aber nur in dem Sinne, daß hier dem Zweckmoment, dem objektiv bestimmten Interesse, welchem die That dient, ebenso wie dort dem Schuldmoment, eine lediglich „symptomatische“ Bedeutung, diejenige eines Beweismittels für die Kausalität des menschlichen Willens beigemessen wird. Diese Auffassung lasse ich hier auf sich beruhen. In praktischer Hinsicht ist eine Differenz zwischen unseren Ansichten wichtiger. Sjögren legt den Nachdruck auf die „Besonderheit“ des Interesses, dem die Handlung dient, ich auf dessen Aktivität. Nach Sj. kann jenes Interesse nur dann einen relevanten Zu-

daß beide zusammentreffen in einer Person: daß der Handelnde handelt in seinem Interesse; er wird daher der Betrachtung in erster Linie zu Grunde gelegt. Für den unschuldigen Beschädigten macht es keinen Unterschied, ob der ihn Verletzende mit Überschreitung oder in Ausübung eines Rechts handelt; auch im letzteren Falle wird er sich in gleicher Weise vergeblich fragen, weshalb denn er die Kosten der Realisierung eines fremden Interesses tragen soll, beziehungsweise, wenn es sich um Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses¹

zusammenhang des entstandenen Schadens mit dem Interessenten herstellen, wenn es singulärer Natur ist, nach meiner Ansicht dann, wenn es den Vorgang beherrscht. M. a. W.: Nicht die Art des Interesses scheint mir entscheidend, sondern die Form seiner Wirksamkeit. (Vgl. unten die Ansicht Sjögrens über die Haftung Unzurechnungsfähiger.)

¹ Wenn die französischen Juristen Entschädigungspflicht des Staates für seine Eingriffe in private Rechte auf das Prinzip der „Gleichheit“ in Tragung der staatsbürgerlichen Lasten zurückführen, und D. Mayer („Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ S. 347) als „wahre Grundlage“ dieser Entschädigungen den Gedanken „der *aesquitas*, der billigen Ausgleichung“ bezeichnet, so scheint es sich mir hierbei nur um einen anderen Ausdruck für das hier vertretene Prinzip, in Anwendung auf Eingriffe zu Gunsten öffentlicher Interessen, zu handeln. Es fragt sich: Weshalb sind denn diese Entschädigungen „billig“? Sie entsprechen deshalb den Anforderungen der Billigkeit und Gerechtigkeit, weil eine Aktion des Staates im Interesse der Gesamtheit, deren Organ er ist, vorliegt. Deshalb eben ist es billig, daß diese Gesamtheit die Unkosten trägt, daß also eine Repartierung der Schadens erfolgt. Analog verhält es sich dort, wo Maßnahmen zu Gunsten eines bestimmten

handelt, an welchem er zu seinem kleinen Teile mitinteressiert ist, weshalb er allein? Wenn jemand bei einem Orkan ein losgerissener Ziegel auf den Kopf fällt, so weiß ein jeder, daß er diesen Schaden selbst zu tragen hat — das ist eben „ein Unglück“ — und niemand wird auf den Gedanken kommen, sich nach demjenigen umzusehen, der ihm die Kurkosten bezahle. Anders bei einem schädlichen Ereignis, das sich zurückführen läßt auf eine freie Willensbethätigung, das vorhergesehen und gewollt, oder doch wenigstens seiner Art nach vorhersehbar¹ gewesen ist, und

Kreises von Interessenten getroffen werden. Man denke an den Schaden, der aus den auf Grund der Viehseuchengesetze ergriffenen Maßnahmen entsteht. Wenn hier, wie z. B. in Preußen, der Schaden auf die Viehbesitzer verteilt wird, so entspricht dies dem nämlichen Grundgedanken.

¹ Das generell Voraussehbare ist keineswegs immer auch generell abwendbar. Das Eisenbahnunternehmen läßt sich ohne die (voraussehbare) Schädigung anderer überhaupt nicht betreiben, vielmehr besteht die Alternative: entweder das Unternehmen zu unterlassen oder diese Verletzungen in Kauf zu nehmen, und die Entscheidung über diese Alternative giebt das „überwiegende Interesse“ (s. ob.). Aber auch wo die Möglichkeit der Abwendung in genere gegeben ist, da ist darum diese Abwendung durchaus nicht überall Pflicht, so daß die Haftung sich hier nicht etwa stets auf ein Verschulden zurückleiten läßt. Gar manche Unfälle, die aus einem Fabrikbetriebe hervorgehen, ließen sich durch besondere Vorkehrungen und Einrichtungen abwenden, aber wenn diese Maßnahmen mit solchem Kostenaufwand verbunden wären und eine solche Erschwerung des ganzen Geschäftsbetriebs mit sich bringen würden, daß das Unternehmen darüber zu Grunde ginge, so

das seine Begründung nicht im Interesse des Geschädigten findet, sondern in demjenigen des Handelnden, oder eines Dritten, bzw. der Gesamtheit, für welche jener handelte.

Hier kann sich der Geschädigte in Übereinstimmung mit den allgemeinen rechtlichen und ethischen Anschauungen halten an denjenigen, durch dessen Wille und in dessen Interesse die ihn schädigenden Kräfte in Bewegung gesetzt worden sind.

Als eine Anwendung dieses Gedankens auf die Verantwortlichkeit des Unternehmers stellt sich der Beschluß des „11. Kongresses deutscher Volkswirte“ (1. cit. S. 275) dar: „Die Mängel des Civilrechts sind zu beseitigen mittelst Durchführung des Grundsatzes, daß der Unternehmer infolge eines jeden durch ihn selbst, oder durch seine Leute innerhalb des Geschäftskreises, in welchem sie von ihm verwendet werden, oder infolge der Mangelhaftigkeit der Betriebs-

mutet die Verkehrssitte dieselben dem Unternehmer nicht zu, demselben kann daher auch wegen ihrer Unterlassung kein Vorwurf bei eintretender Schädigung Dritter gemacht werden. Daraus, daß in solchem Falle kein Vorwurf begründet ist, folgt aber an sich keineswegs, daß unbedingt Ersatzfreiheit eintreten müsse. Vgl. Reichsgerichtsentsch. v. 21. III. 1894 bei Volze „Rechtsprechung“ 18, 127: Zur Haftung der Eisenbahn bedarf es nicht der Annahme „daß unter den gegebenen Umständen sich mehr zur Verhütung von Unfällen hätte thun lassen, als in Wirklichkeit geschehen ist. War die durch die Eisenbahnanlage geschaffene Gefahr durch alle mit dem Betrieb verträglichen Vorsichtsmaßregeln nicht völlig zu beseitigen, so traf das, was von Gefahr übrig blieb, den Unternehmer“.

Wie weit indessen wirtschaftliche Gesichtspunkte hier eine Abgrenzung der Ersatzpflicht an die Hand geben können, darauf soll später näher eingegangen werden.

einrichtungen veranlaßten Unfalls dem Beschädigten haftet, und er sich nur durch den Nachweis der eigenen Schuld des Beschädigten oder eines nicht aus der Natur des Unternehmens hervorgehenden Schadens durch höhere Gewalt befreien kann“, und als Anwendung speziell auf die Haftung für seine Leute, was der Referent Braun (a. a. O. 225) ausführte: „er stellt ihn an, er hat die Möglichkeit, sich die richtigen Leute zu suchen, er zieht den Nutzen des Unternehmens“. Vergl. ferner Endemann (l. cit. S. 47): „Wer nur mit Hilfe solcher Kräfte, die für ihn, also im Interesse seines Arbeitsgeschäftes thätig werden, das von ihm eingegangene Unternehmen auszuführen vermag, haftet nicht nur nach Billigkeit, sondern mit innerster Notwendigkeit für allen Schaden, den seine ausführenden Organe in der Ausführung anrichten“. Zu Gunsten der Haftung des Fabrikanten für die seinen Arbeitern zustoßenden Unfälle finden sich die beiden entscheidenden Momente auch bei Held („Schriften des Vereins für Sozialpolitik“ 19, 141 f.) betont: . . . „die Industrie als solche, deren Einrichtungen im Ganzen oder Einzelnen an den Unglücksfällen schuld ist, muß für die Sache aufkommen . . . Wir schieben den Fabrikanten die Entschädigungspflicht zu, weil sie den Hauptvorteil von der ganzen Industrie haben, weil sie als Herren der Industrie naturgemäß eine größere Verantwortung tragen müssen als der dienende Arbeiter“.

In genereller und besonders scharfer Weise aber ist der oben entwickelte Gedanke ausgesprochen bei der Begründung der neuen „Employers' Liability Bill“ im englischen Unterhause (im Februar 1893) durch den Minister Asquith: „the principle upon which the Bill was founded was this: Where the person, for his own profit, sets in motion agencies which involve risk to others, he ought to be civilly responsible for the consequences“. (the Standard, 21. Februar). —

Eine Konsequenz dieses Gedankens bilden auch die in den neuen Arbeiterversicherungsgesetzen den Unternehmern auferlegten Leistungspflichten, welche sich eben darin rechtfertigen,

daß diese die Arbeitskraft des Lohnarbeiters „für ihre Zwecke sich zu eigen machen“ (Roffin, „Recht der Arbeiterversicherung“ I, 143). Meist wird behauptet, diese Gesetze hätten den Gesichtspunkt der (privatrechtlichen) Ersatzpflicht ganz aufgegeben und ersetzt durch „sozialpolitische Gesichtspunkte“. Der Form nach ist dies allerdings der Fall. Aber die Beitragspflicht ist geregelt auf Grundlage des entwickelten Prinzips: Wie das einzelne Individuum, so soll auch der einzelne Industriezweig, und ebenso die Industrie als solche, aufkommen für die Kosten der Geltendmachung ihrer Interessen, und zu diesen Kosten gehören eben diejenigen der Verpflegung ihrer erkrankten und verunglückten, der Erhaltung ihrer altersschwachen und invaliden Arbeiter.

Aber dieses Postulat, daß die Industrie für ihre Kosten aufkommen soll, gilt nicht bloß ihren Arbeitern gegenüber, sondern in gleicher Weise gegenüber den außerhalb stehenden Dritten!

Zurückführbarkeit auf eine „freie Willensbethätigung“ ist aber erforderlich: Darin liegt die Ausschließung einer rein äußerlich-objektiven Verursachung. Deshalb trifft auch die Verteidigung, welche der culpa-Standpunkt des C. durch Pland¹ gefunden hat, die Sache nicht: „den Grundsatz aufzustellen, daß der durch die Handlung eines Menschen einem anderen zugefügte Schaden ohne alle Rücksicht auf Zurechnung vom Handelnden ersetzt werden soll, würde weder dem deutschen Recht noch der Gerechtigkeit, noch der Billigkeit entsprechen.“ Von der Zurechnung soll keineswegs abgesehen werden, denn es handelt sich gar nicht um Fälle, wo ein menschlicher Wille überhaupt nicht im

¹ „Archiv für die civilistische Praxis“ 75, 390 ff.

Spiele ist. Auch in Fällen dieser letzteren Art kann freilich das Gesetz eine Ausgleichung entstandenen Schadens eintreten lassen, wie denn der *G.* im zweiten Absatz des citierten § 752 eine subsidiäre Ersatzpflicht Unzurechnungsfähiger für den durch sie angerichteten Schaden bestimmt hat. Gleicherweise könnte ein Gesetz auch anordnen, daß, wenn ein Ziegel vom Hause eines Millionärs bei einem Wirbelsturm einem vorübergehenden Armen auf den Kopf geschleudert wird, letzterer von ersterem schadlos zu halten sei (wie denn ein entsprechender Antrag in der Kommission des schweizerischen Obligationenrechts thatsächlich gestellt wurde, s. Schneider, *Comm. ad art.* 58). Eine Unterscheidung dieser beiden Fälle, wie sie Unger (*l. c.* 141) dadurch begründen will, daß im ersteren Fall (demjenigen des § 752, 2) „doch wenigstens eine *imputabilitas externa*“, eine „Zurechenbarkeit zur That“ vorhanden sei, scheint mir unmöglich, und von „Zurechenbarkeit“ mit Bezug auf Unzurechnungsfähige zu sprechen, ein gewisser Mißbrauch des Wortes zu sein.

Vielmehr kann in beiden Fällen der Gesetzgeber zur Aufstellung einer Ersatzpflicht lediglich aus sozialen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten gelangen; kommt hier in einer solchen Ersatzpflicht in der That ausschließlich der wirtschaftliche Gesichtspunkt der „ökonomischen Tragfähigkeit“ zum Ausdruck. Hat aber in solchen Fällen die Ersatzpflicht einen Sinn, entspricht sie in den in § 752 Abs. 2 vorgesehenen Fällen „der Gerechtigkeit und Billigkeit“, so muß dies doch ohne Zweifel in weit höherem Maße dort der

Fall sein, wo die Schädigung auf den Willen eines Berechnungsfähigen zurückgeht und von diesem als möglich erkannt war. Und hier handelt es sich nicht um unbestimmte Billigkeits- noch um bloße Zweckmäßigkeitserwägungen in Bezug auf ökonomische Schadensverteilung, sondern um Konsequenzen der Grundgedanken des Rechts. Wenn diese im römischen Recht aus bestimmten, oben berührten Gründen nicht zu allseitiger Anerkennung gelangt sind, so steht ihrer heutigen prinzipiellen Anerkennung lediglich die allzu enge Anlehnung unserer Jurisprudenz an das römische Recht entgegen, für welche sich hier — wie dies auch in § 749 E. zum Ausdruck kommt — in einer irreleitenden Weise das Axiom „qui jure suo utitur, neminem laedit“ geltend macht, in dem Sinne, daß bei rechtmäßigen Handlungen von einer Haftung für den durch sie verursachten Schaden keine Rede sein könne. „Ein Notrecht, das sich mit der Entschädigungspflicht vertragen zu können vermeinte, wäre ebensowenig Notrecht als es „Recht“ überhaupt wäre.“ (Janka, l. cit. S. 171.)¹

¹ Die „Motive“ (II, 277) bezeichnen es gar als einen „der modernen Rechtsanschauung entgegenkommenden Gedanken“, daß „wer ein 'besonderes' Recht ausübt, immer haftfrei sein muß.“ — Auch Sjögren stellt den Satz auf, daß wenn die Wirksamkeit eine Rechtsausübung ist, selbständig jede Schadenersatzpflicht wegfallt, daß wenn ein Interesse vom Standpunkt der Rechtsordnung aus die Bedeutung hat, daß es zu einem subjektiven Recht ausgebildet worden sei, die gegenüberstehenden Interessen zurückstehen müßten (Dem erwähnten Manuskript entnommen, Entsprechend das cit. Werk S. 211. a. a. O.).

In Wahrheit ist dies aber eine reine *petitio principii*, die sich bei Betrachtung des Obligationenrechts als unhaltbar ergibt. Schon die Haftung aus Verträgen zeigt, daß die Ersatzpflicht in keinem ausschließlichen Verhältnis zum Verschulden steht, und daß die Verträge neben den Delikten nicht die einzigen Vorgänge sind, welche obligatorische Wirkungen haben, ist uns seit je geläufig, wurde auch von den Römern empfunden, wenn sie sich auch in Bezug auf diese Thatbestände mit dogmatischem Flickwerk begnügten. Hierher gehört das Institut der „quasi“ Kontrakte: daß die Haftung aus solchen nicht verträglich ist mit jenem Axiom, bedarf keiner Ausführung. Daß wir es aber dabei weder mit juristischer Willkür noch mit nebelhafter Billigkeit

„Zurückstehen“ müssen die gegenüberstehenden Interessen allerdings zunächst, aber damit ist keineswegs gesagt, daß der Schaden dauernd auf ihnen lasten bleiben muß (s. oben). Jener Satz dürfte auch mit den eigenen Grundanschauungen Sjögrens kaum in Uebereinstimmung sich befinden, da er den die Ersatzpflicht begründenden Thatbestand allgemein vom Begriff der Rechtsverletzungen ablösen will. Diese Disharmonie tritt denn auch bei seiner Begründung der Ersatzpflicht hinsichtlich der im Notstand verursachten Schäden hervor (l. cit. S. 229), indem hier beide Gesichtspunkte unvermittelt neben einander stehen: Zunächst wird „der Grund“ dieser Ersatzpflicht „in der Wirksamkeit des Handelnden“ gefunden, „die an seine Person vermittelt der finalen Seite der Wirksamkeit geknüpft wird“, dann wird doch wieder das Verschuldungsprinzip herangezogen: „da die Notstands-handlung nicht Ausübung eines subjektiven Rechts ist, so zieht sie schon darum Verantwortlichkeit für den verursachten Schaden nach sich“.

zu thun haben, darüber dürfte das Rechtsgefühl keinen Zweifel lassen. Es handelt sich also um Rechtsgedanken, welche klar zu legen sind, und zwar um Gedanken, welche auf die gleiche Quelle zurückweisen, wie die der vertragsmäßigen Haftung zu Grunde liegenden. Ja man kann zur Lösung der Erfasfrage in den hierhergehörigen Fällen geradezu die Frage aufwerfen: Wie würde bei vertragsmäßiger Regelung die Schadenstragung geordnet werden? ¹

Wegen der hervorgehobenen Verschiedenheit der beiden Kategorien von Fällen und der für ihre Behandlung maßgebenden Gesichtspunkte empfiehlt es sich aber, beide streng auseinanderzuhalten. ² Diese Scheidung fehlt beim

¹ Insofern liegt dem Ausdruck „Haftung aus Quasikontrakt“ ein richtiger Gedanke zu Grunde.

² Deshalb scheint es mir auch nicht unbedenklich, die Erfaspflicht Unzurechnungsfähiger derjenigen des Eigentümers, dessen Tier ohne sein Verschulden Schaden angerichtet hat, als „ähnlich“ zur Seite zu stellen, wie dies neuerdings Regelsberger (Band. S. 644) thut, denn das tertium comparationis liegt lediglich in den Negativum: daß hier wie dort die Erfaspflicht sich nicht auf ein Verschulden gründet. —

Erwähnung verdient übrigens, daß man in der nordischen Litteratur die Erfaspflicht bei Thaten Unzurechnungsfähiger ebenfalls auf einen allgemeineren Rechtsgedanken zurückzuführen versucht, der sich mit dem hier vertretenen insofern berührt, als das maßgebende Interesse als entscheidend angesehen wird für die Schadenstragung. So führt Sjögren (l. cit. S. 213 ff.) aus, die physische Bewegungsfreiheit sei für den Wahnsinnigen von höherem Werte als für einen normalen Menschen, weil man jenen in Fesseln schlagen könne, wenn das Interesse anderer es verlange. Gewähre man ihm eine relative

§. II, welcher die Schadensstiftung durch Unzurechnungsfähige mit schuldlosen Willensbethätigungen in seinem Billigkeitsparagrafen (752) zusammenfaßt. Ebenso beruht die weitere Argumentation von Pland (l. cit.) auf der Nichtauseinanderhaltung beider; was er gegen die Ausdehnung der Ersatzpflicht über die culpa hinaus vorbringt — daß nämlich hier „nicht mehr von einem juristischen Grundsatz, sondern von einer reinen Billig-

Freiheit, so sei diese für ihn ein „besonderer Vorteil“, der ihm „im besonderen Sinne in seinem Interesse gelassen sei“; deshalb müsse ihn auch der Schaden treffen, welcher aus diesem durch sein Interesse bestimmten, für andere gefährlichen Zustand entstehe. Bei Minderjährigen komme zu dem Interesse der Bewegungsfreiheit dasjenige an einer größeren Handlungsfreiheit hinzu; diese bilde für sie ein Erziehungsmittel, sie könne ihnen aber ohne eine Verantwortlichkeit ihrerseits nicht in dem Umfang gewährt werden, wie es ihrem wahren Vorteil entspreche. Vgl. auch Bornemann, cit. bei Goos in dem S. 131 citierten Werke II, 589: „Die mehr oder minder begrenzte Handlungsfreiheit der Unzurechnungsfähigen muß zu ihrem Risiko sein“. Diese Argumentation scheint mir indessen allzu künstlich zu sein. Sjögren muß sie auch hinsichtlich des während eines vorübergehenden Zustands der Sinnesverwirrung angerichteten Schadens fallen lassen, weil hier kein solches „besonderes Interesse“ nachgewiesen werden könne. Etwas abweichend betont Forsmann (l. cit. S. 173 ff.), der Unzurechnungsfähige könne deshalb nicht wie ein Wolf behandelt werden, weil auch er ein Subjekt von Rechten, ein Mitglied der Gesellschaft sei, welches ebenso wie der Zurechnungsfähige den Schutz der Rechtsordnung genieße; Rechte könnten aber nicht ohne entsprechende Pflichten bestehen, weil ohne einen solchen Zusammenhang von Rechten und Pflichten es mit der Gesellschaft schlecht bestellt wäre.

keitserwägung“ die Rede sei, „die Billigkeit lasse sich aber nicht als das die Regel feststellende juristische Prinzip aufstellen“ — trifft lediglich die auf einen menschlichen Willen nicht zurückführbaren Schädigungen.

Soweit dagegen die früher qualifizierte Willenskausalität gegeben ist, da könnte man von einem Prinzip des aktiven Interesses sprechen, in dem Sinne, daß derjenige, welcher sein Interesse zum Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen fremden Interesses geltend macht, der „aktiv“ wird, der handelt zur Wahrung seines, auf Kosten des fremden Interesses, auch wenn seine Handlung mit Rücksicht auf das Überwiegen seines in einem Notstand oder sonst in einer Kollision befindlichen Interesses als rechtmäßig sich darstellt, dem anderen den Schaden ersetzen muß, der diesem durch die ihm von der Gesamtheit diktierte Unterordnung seines Interesses unter dasjenige des Handelnden erwachsen ist.

Diesem Prinzip kommt übrigens eine Bedeutung über das hier spezieller ins Auge gefaßte Gebiet der Kollisionfälle hinaus zu. So liegt in ihm die Rechtfertigung der Haftung (bzw. des Postulats der Haftung) des Mandanten für den dem Mandatar in Ausführung des Auftrags zugestoßenen kasuellen Schaden, denn der Mandant hat ihn in seinem Interesse in Bewegung gesetzt. Als charakteristisch für die Schwierigkeit, welche die Anerkennung dieser Ersatzpflicht dem romanistischen Schuld dogma gegenüber macht und dafür, wie doch gleichzeitig ihre Angemessenheit empfunden wird, vergleiche man die Behandlung, welche dieser

Fall in den verschiedenen Auflagen von Dernburgs Pandekten¹ gefunden hat. Der E. schweigt sich über diese wichtige Frage einer über Verschuldung hinausgehenden Haftung des Mandanten völlig aus, weil angeblich „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden kann“ („Motive“ zum § 595 E. I.). Aber mit diesem Schweigen „verzichtet“ der E. „auf die Aufgabe der Gesetzgebung . . . und erklärt sich für insolvent.“ (Unger). Desgleichen begründet sich in diesem Prinzip die Ersatzpflicht desjenigen, dessen Auftrag unrichtig übermittelt worden ist²; nicht in der „Eigentümlichkeit des Mandats“ und darin, daß der Auftraggeber trotz des nicht zu Stande gekommenen Vertrages „als Vertragschuldner gilt“, wie Dernburg (l. cit. Abg. 15) mit einer den römischen Quasikontrakten völlig analogen Vertragsfiktion annimmt, vielmehr in dem eine allgemeine Geltung beanspruchenden Prinzip: daß jeder für seine freie Aktivität einstehen muß. Es ist denn auch gar kein Grund er-

¹ Vgl. 2. Aufl. S. 312, 4. Aufl. S. 319, Text und Anmerkung 14; f. auch „Preuß. Privatrecht“ II, 137, Amtg. 17. — Hinsichtlich des römischen Rechts of. die berühmte 161 § 5 D 47, 2, wo die von Africanus unterstellte „culpa mandantis“ nicht bloß kein „eigentliches Verschulden, welches im konkreten Fall erst individuell zu ermitteln wäre“ (Unger), sondern eine reine Fiktion eines in Wahrheit nicht vorhandenen Verschuldens darstellt; f. auch 1 17 D 15, 3.

² Vgl. über diesen Fall die ausführliche Entscheidung des Reichsgerichts in „Entscheid. in Zivils.“ XXVIII, 16 ff.

sichtlich, weshalb der Absender einer unrichtig übermittelten Kaufs offerte anders¹ (nämlich nach den Grundsätzen der „culpa in contrahendo“, welche Dernburg II, 28 als ernsthaftes „Verschulden“ bei Vertragsunterhandlungen faßt), behandelt werden soll als derjenige eines unrichtig übermittelten Kaufauftrags.²

Soweit in diesen Fällen die Ersatzpflicht anerkannt ist, liegt hier ein „Handeln auf eigene Gefahr“ vor, unter welchem Sammelnamen Unger in der mehrfach erwähnten geistreichen und äußerst anziehenden Schrift zahlreiche Fälle einer anerkannten oder anzuerkennenden Ersatzpflicht ohne Verschulden zusammengestellt hat. Aber seine allgemeinen Ausführungen (cap. XVI) dürften keine befriedigende Beantwortung der Frage nach dem Grunde dieser Haftung bieten. Auch Unger stellt der Haftung „aus Schuld“, bei welcher „auf die innere Seite der That“ gesehen werde, eine „imputatio interna“ erforderlich sei (S. 139), ein „objektives“ Schadensprinzip gegenüber, bei welchem „das rein äußerliche Moment der Verursachung oder Veranlassung“ ent-

¹ Dernburg l. cit. Aq. 15: „Im Falle der Proposition eines Kaufgeschäfts läge der Fall wohl anders“; in der 4. Aufl. ist dieser Satz zwar weggeblieben, die obige Motivierung der Haftung bei unrichtig übermitteltem Auftrag aber unverändert beibehalten.

² Sucht man in derartigen Fällen für unser Prinzip nach einem Ausdruck in den Formen des römischen Klagensystems, so bietet sich wohl die *actio negotiorum gestorum contraria*; vgl. Thon im „Archiv f. die civil. Praxis“ 80, 76 ff.

scheidend sei (131), es lediglich auf die „imputatio externa“ ankomme (138).¹ Diesem letzteren sollen sich die Grundsätze über das „Handeln auf eigene Gefahr“ subsumieren. Dieses objektive Prinzip dürfe aber nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen, weil „wir gewohnt sind, nicht bloß auf die äußere Kausalität, sondern auch auf die innere Seite der That zu sehen und bei einem „Unrecht“, das zugefügt wird, zu fragen, ob und wen ein Vorwurf trifft“ (132). Die einzelnen Fälle dieser ausnahmsweisen Haftung ohne culpa „lassen sich nicht auf einen gemeinsamen inneren Grund zurückführen“. Unger hat denn auch zu ihrer Unterbringung lediglich die gedankenleere Rubrik der „obligatio ex lege“ bereit (144, 147), welche er derjenigen der Haftung ex culpa gegenüberstellt (s. darüber oben).

Aber einmal fragt es sich ja gerade, ob denn ein „Unrecht“, bei dessen Vorliegen doch allein die Frage des „Vorwurfes“ sich erheben kann, überhaupt Voraussetzung einer Ersatzpflicht ist. Der eigentliche Fehler der ganzen Argumentation liegt aber darin, daß in den besprochenen Fällen, wie bereits dargelegt worden ist, gar keine rein äußerliche Kausalität vorliegt, sondern die von Unger geforderte „innere Thatseite“ in Wahrheit gegeben ist, denn dieses „Handeln auf eigene Ge-

¹ Ebenso identifiziert z. B. ULMANN (Gutachten des 22. deutschen Juristentages, Bd. I, 531) das objektive Schadensersatzprinzip mit einer Haftpflicht, bei welcher „eine subjektiv qualifizierte Kausalität nicht vorliegt“.

fahr“ ist Willensbethätigung. Und zugleich ist dabei vorausgesetzt — dies liegt im „Handeln auf eigene Gefahr“ — eine Erkennbarkeit der generellen Bedeutung dieses Handelns als eines für andere gefährlichen. Indem Unger die Natur dieses Handelns als Willensbethätigung bestimmten Charakters verkent, überfieht er damit zugleich, daß er mit seinem Namen „Handeln auf eigene Gefahr“ den allgemeinen Gedanken geradezu in der Hand hält, der die Vielzahl der besprochenen Fälle¹ innerlich verknüpft, und der sich dem Gedanken der Haftung aus culpa an die Seite stellen läßt: den Gedanken der Haftung aus aktiver, mit Gefahren für Dritte verbundener freier Bethätigung eigener Interessen, also denselben Gedanken, den wir mit dem „Prinzip des aktiven Interesses“ am entsprechendsten auszudrücken vermeinen.

Von diesem Prinzip als der Regel müßte die Gesetzgebung ausgehen bei Normierung des Schadensersatzrechtes. Also speziell in Anwendung auf die Ersatzpflicht in Kollisionsfällen von dem Satze: Wer

¹ Aber auch die von Unger (137) dem durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schaden an die Seite gestellten Fälle (Reiter — ein plötzlicher Sturm trägt Funken eines auf dem Felde angezündeten Feuers auf ein Haus — auf der Jagd geht von Ungefähr ein Gewehr los), bei welchen er unmotivierter Weise den Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr ganz fallen läßt. Auch der Reiter muß „auf eigene Gefahr“ handeln, denn er könnte das nur in seinem Interesse liegende, mit Gefahren für andere verknüpfte Reiten ja auch unterlassen.

in Kollisionsfällen sein Interesse wahrte auf Kosten des rechtmäßigen Interesses eines anderen (welcher diese Kollision nicht herbeigeführt hat: vgl. hierüber unten), haftet diesem für Ersatz, auch wenn seine Handlung nicht widerrechtlich war. Durch eine derartige Bestimmung, in Verbindung mit der entsprechenden, früher angedeuteten Umgestaltung der bezüglichen Einzelregelungen (btr. Haftung des Tiereigentümers u.) würde sich § 752 Absatz 1 E. erübrigen.¹ —

Die gemäß dem entwickelten Prinzip des aktiven Interesses getroffenen Entscheidungen subsumieren sich einem Gesichtspunkt von allgemeinerer Tragweite, auf welchen hier einzugehen gerechtfertigt ist, weil die in den früheren Ausführungen enthaltene Begründung des Prinzips hierin eine bedeutsame Ergänzung und Verstärkung findet. Soweit die Wirkungen meines Handelns, meines Geschäfts, meines Unternehmens reichen, bin ich auch in der Lage, und bin ich allein

¹ Die Bestimmung im § 752 Absatz 2 wäre auch äußerlich abgefordert zu normieren. — § 749, welcher seiner Form nach die entgegengesetzte, früher bekämpfte Grundauffassung zum Ausdruck bringt, — (Handlung, „die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt“) — während er eine gewisse Konzession an den hier vertretenen Standpunkt insofern enthält, als er nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts als Voraussetzung der Ersatzpflicht aufstellt — wäre in dieser Form neben der hier vorgeschlagenen Bestimmung jedenfalls nicht aufrecht zu erhalten. Ob neben dieser überhaupt das Bedürfnis nach einer speziellen Bestimmung hinsichtlich der Verletzung der „guten Sitten“ besteht, mag hier dahingestellt bleiben.

in der Lage, auf die Gestaltung dieser Wirkungen Einfluß zu üben; von mir allein hängt es ab, in welcher Richtung, in welchem Umfang und unter welchen Rautelen für die Sicherheit anderer die von mir in Bewegung gesetzten Kräfte in Wirksamkeit treten, während der Dritte dieser Thätigkeit ohnmächtig gegenübersteht, ohne Möglichkeit einer Einflußnahme. Soweit bei mir die Möglichkeit einer Einwirkung in abstracto gegeben ist, soweit der Schaden innerhalb meiner Machtsphäre eintritt, innerhalb desjenigen Bereiches, in welchen ich durch meine Maßnahmen eingreifen, dessen Gestaltung ich beeinflussen kann, soweit trifft mich die Verantwortlichkeit.¹

¹ Es ist sehr zu billigen, daß der G. II. in die Regelung des Dienstvertrags neu die Bestimmung eingefügt hat (§ 558): „Der Dienstberechtigte ist verpflichtet, Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet“.

Diese Verpflichtungen sind eben deshalb sehr wohl begründet, weil der Dienstherr allein für die Verhältnisse, unter welchen die Dienste geleistet werden, bestimmend ist, von ihm allein alle Maßregeln und Vorkehrungen abhängen, er allein mit einem Wort den Dienst zu einem möglichst gefahrlosen machen kann, und da er ihn in seinem Interesse veranlaßt, machen muß. Aber der G. nimmt der von ihm (und zwar als *ius cogens*, cf. Entw. d. Einf.-Ges. art. 46) auferlegten Verpflichtung die praktische Bedeutung wesentlich damit, daß für den aus ihrer Verletzung entstehenden Schaden der Dienstherr

Dieser Gesichtspunkt, daß derjenige die Gefahr tragen soll, in dessen Wirkungs- und Interessengebiet ein Schaden eingetreten ist, nimmt über die uns hier beschäftigenden Kollisionsfälle hinaus eine univereßellere Bedeutung in Anspruch, und macht sich — wenn auch nicht in Form bewußter, abstrakter Anerkennung — in Doktrin und Gesetzgebung für die rechtliche Ordnung mannigfachster Verhältnisse geltend, sowohl innerhalb wie außerhalb des Vertragsgebietes.

Einmal in Vertragsverhältnissen, und hier speziell in Bezug auf die Frage, durch welche Zufälle — d. h. Ereignisse, welche sich nicht als generell voraussehbare Folgen eines aktiven Verhaltens darstellen¹ — ein

nun doch wieder bloß ersatzpflichtig sein soll „wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt“. Also nicht die Verletzung seiner Pflicht soll genügen, sondern der verunglückte Bedienstete ist belastet mit dem weiteren Nachweis eines in concreto vorgekommenen Verschuldens. In Wahrheit müßte der Dienstherr für den aus Verletzung der ihm hier auferlegten Pflichten entstandenen Schaden gemäß dem entwickelten Prinzip unbedingt verantwortlich sein.

Als charakteristisch möchte ich hier noch die zutreffende Begründung erwähnen, mit welcher das Reichsoberhandelsgericht (of. Buchelt „Zeitschr. f. franzöf. Civilt.“ 4, 315) die Anwendbarkeit der Bestimmung des art. 1384 c. c. über die Haftung des commetant auf den von einem Arbeiter durch Mitarbeiter erlittenen Schaden rechtfertigt: „Anstellung, Anweisung und Beaufsichtigung der Arbeiter ist bloß Sache des Dienstherrn, und in dieser Beziehung steht dem Mitarbeiter so wenig Einfluß zu als einem Dritten“.

¹ Für die Haftung in Vertragsverhältnissen spielt ein eingetretener Schaden nicht bloß unter dem Gesichtspunkt einer

Schuldner von seiner vertragsmäßig begründeten Haftung befreit wird. Die Antwort hat dahin zu lauten: der Schuldner hat einzustehen für alle diejenigen, aber auch nur für diejenigen Vorgänge, die in seiner Willens- und Interessenssphäre wurzeln. In diesem Gedanken finden die Bestimmungen des geltenden Rechts und des Entwurfs ihre Erklärung, die in Vertragsverhältnissen eine Haftung über Verschulden hinaus statuieren. Weshalb haftet z. B. der Frachtführer nach dem Handelsgesetzbuch in so weitem Umfange? Doch deshalb, weil der Absender der Frachtgüter mit deren Übergabe an den Frachtführer sich der tatsächlichen Herrschaft begeben hat, von diesem Moment an sie „in dessen Hand sind“, der Frachtführer allein in der Lage ist, die ihnen dienlichen Maßregeln zu treffen, auf sie zu ihrem Nutzen oder zu ihrem Verderb einzuwirken. Nicht anders begründet sich die weite Haftung des Gastwirts (§ 641 E. — cf. c. c. 1953).¹ Vom Zeitpunkt des „Einbringens“ an stehen

Handlungsfolge eine Rolle (man denke an den Brand eines Hauses); daher hat hier auch die Frage der Voraussehbarkeit (Zurechenbarkeit) nicht die gleiche Bedeutung wie für die Ersatzfrage in den Kollisionsfällen.

¹ Wenn die römischen Juristen hinsichtlich der Haftung von Wirten und Schiffern für die durch ihre Leute verübten Diebstähle und Sachbeschädigungen im allgemeinen auch an der Begründung mit einer *culpa* festhalten, so tritt doch auch hier wieder ihre eigene bessere Erkenntnis des Wesens dieses Verhältnisses darin hervor, daß sie dieselben nur als „*aliquatenus culpa rei*“ zu erklären wagen (§ 3 J. 4, 5; 1 5 § 6 D 44, 7.) Vgl. aber auch 1 17 pr. D 4, 9: *nec immerito factum eorum*

die Sachen des Reisenden wie er selbst in der Einflußsphäre des Wirts; der Reisende tritt in einen Organismus ein, der vom Wirt nach seinem Ermessen und in seinem Interesse eingerichtet und geleitet ist, während derselbe der Einflußnahme des Reisenden entzogen ist, deshalb muß der Wirt für den aus diesem von ihm beherrschten Organismus, wenn auch ohne irgend ein Verschulden seinerseits, erwachsenen Schaden einstehen (so wenn die Nachts zum Reinigen vor die Thüre gehängten Hosen gestohlen werden).

Wie sehr der entwickelte Gedanke dem Rechtsgefühl entspricht, dafür bietet ein Beispiel auch die Vereinbarung zwischen Verlegern und Sortimentern im Jahre 1847, wonach die Sortimenter die nach geltendem Recht den Verleger als Eigentümer treffende Gefahr zufälligen Untergangs der à condition gegebenen Bücher in der Hauptsache (zu $\frac{2}{3}$) auf sich nahmen: der Grund dieser Übernahme der Gefahr kann doch

praeestat, quum ipse eos suo periculo adhibuerit. Hinsichtlich der Haftung *ex recepto* machen sie den hier entwickelten Gesichtspunkt gewissermaßen von der passiven Seite des Verhältnisses aus betrachtet geltend: Sie betonen die Ohnmacht des Reisenden, welcher gezwungen ist, dem Wirt Person und Eigentum anzuvertrauen, sich einem ihm fremden Organismus einflußlos einzufügen. („*necesse est eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere*“ 1 1 § 1 D 4, 9). Dem entspricht die französisch-rechtliche Auffassung des Verhältnisses als eines „*dépôt nécessaire*“ (cf. Sourdat l. cit. II, n. 934: „*celui que sa santé ou ses affaires obligent à voyager est obligé aussi de suivre la foi du maître pour la sûreté de sa personne et de ses effets*“).

nur darin gefunden werden, daß der Sortimentler allein in der Lage ist, für die in seinen Händen, in seinem Geschäft, befindlichen Bücher Vorkehrungen zu treffen, von ihm das Maß von Vorsicht und von Schutz abhängt, das denselben zu Teil wird, daß dieselben mit einem Wort sich in seiner Einflußsphäre befinden.

In gleicher Weise wie diese vertragmäßigen sind aber auch diejenigen Haftungen aus dem bezeichneten Gesichtspunkt zu erklären, welche jetzt auf die „sogenannte culpa in contrahendo“ zurückgeführt zu werden pflegen. Die Haftung des Verkäufers bei faktischer Nichtexistenz oder mangelnder Verkehrsfähigkeit der verkauften Sache beruht ganz ebenso wie diejenige für ihm unbekannte Mängel, deren Abwesenheit der Käufer voraussetzen durfte (cf. § 397 f. C.) und für sein Eigentum an derselben (cf. § 381 C.), auf eben diesem selben Fundament. Mag der Vertrag als solcher gültig sein (wie der Verkauf der fremden Sache nach römischem Recht), oder ungültig (wie im gleichen Falle nach französischem Recht), dies konnte einen Unterschied hinsichtlich der Erfakpflicht nur begründen im römischen Recht, wo infolge der Abhängigkeit des Rechts- vom Klagensystem bei fehlender Vertragsgrundlage der Begründung der Klage Schwierigkeiten entgegenstanden — Schwierigkeiten, über die man sich hinweghalf durch die Konstruktion einer Haftung „quasi“ ex contractu, wie man denn auch bei Annahme der Ungültigkeit des Verkaufs fremder Sachen zweifellos eine Erfakklage „quasi“ ex emto gewährt haben würde. Der materielle Grund der Haftung aber ist hier wie dort der gleiche:

Sache des Verkäufers ist es, denn er allein ist dazu in der Lage, sich zu vergewissern, daß diese Sache, hinsichtlich deren er zu seinem Vorteil den Käufer zu der Annahme veranlaßt, sie sei seine Sache, sei eine verkehrsfähige Sache, sei eine fehlerlose Sache, auch wirklich diese Eigenschaften hat.

Unter den bezeichneten Gesichtspunkt fällt ferner die außerkontraktliche Haftung desjenigen, der eine leblose Sache „unter sich hat“, unter seiner Direktive, „sous sa garde“. (c. c. 1384). Die Kommission hat die Haftung für den durch Einsturz eines Gebäudes entstandenen Schaden, soweit sie eine solche überhaupt anerkennt (s. Abschn. 2), dem Besitzer auferlegt mit der zutreffenden Motivierung, daß „nur der Besitzer als solcher, nicht der nicht innehabende Eigentümer in der Lage ist, die Einsturzgefahr abzuwenden“. (Jahrbücher 60, 262.) Aber sie bringt diese Erwägung irrtümlich in einen Zusammenhang mit dem Verschuldungsprinzip („mit Rücksicht auf das beibehaltene Erfordernis eines Verschuldens billigte man den E. insofern als er nicht den Eigentümer, sondern den Besitzer für haftbar erklärt“) mit welchem sie nichts zu thun hat. Auch hätte gerade diese Erwägung die Kommission zur Anerkennung einer weitergehenden Haftung führen sollen, als dies in § 759 geschehen ist. Die Einschränkungen der Haftung des Gebäudeeigentümers in art. 1386 c. c. haben m. E. nichts zu thun mit dem Verschuldungsprinzip, sondern betonen nur in dieser speziellen Anwendung den allgemein giltigen Grundsatz, daß der zu vertretende Schaden aus der

Sache selbst hervorgegangen sein muß — wie dies eben beim Einsturz aus Baufälligheit der Fall ist — nicht durch einen fremden Anstoß veranlaßt sein darf. (Einsturz infolge einer von außen kommenden Feuerbrunst).¹

Im französischen Recht macht sich überhaupt der bezeichnete Gesichtspunkt in weitem Umfang geltend, nämlich überall dort, wo von Nachweis einer subjektiven Verschuldung abgesehen wird, gleichviel ob man sich dabei auf eine Präsumtion derselben stützt oder sich ein „Quasidelikt“ konstruiert oder solche Behelfe bei Seite läßt. Daß thatsächlich von einem subjektiven Verschulden abgesehen wird, ergibt sich bereits aus den früheren Ausführungen über die culpa-Präsumtionen. Faktisch behandelt man regelmäßig als entscheidend das Vorliegen einer objektiven Rechts- oder Pflichtwidrigkeit, eines „fait illicite“ in diesem Sinne. Und zwar

¹ Wenn das Reichsgericht („Entsch. in Civils.“ XXIII, 313) von demjenigen, der durch das Herabfallen eines vor dem Fenster angebrachten Drahtgitters beschädigt worden war, den Beweis verlangt, daß der Einsturz in einem Mangel der Unterhaltung oder einem Fehler der Bauart seine Ursache hat, so wird in vielen Fällen ein gerechtfertigter Ersatzanspruch sich nicht durchführen lassen. Das Berufungsgericht hatte dagegen vom Eigentümer den Nachweis gefordert, daß der Einsturz „in von außen wirkenden Kräften seine Ursache gehabt habe“. Auch Stabel („Institutionen des franz. Civilr.“ 404) läßt den Eigentümer haften „in solange er nicht beweist, daß eine höhere Gewalt den Einsturz herbeigeführt habe, welche trotz der guten Bauart und Unterhaltung den Einsturz habe herbeiführen müssen“.

nimmt die französische Jurisprudenz ein solches „fait illicite“ im allgemeinen dort an, wo in Bezug auf die Verursachung des Schadens nicht ein — sei es formelles, sei es den allgemeinen Freiheitsrechten sich subsumierendes — Recht dargethan werden kann. (Vgl. O. Mayer „Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages“ I, 127). In soweit ist das Verschuldungsprinzip fallen gelassen; bona fides und entschuldbarer Irrtum schützen nicht gegen die Erfakpflicht (vgl. den bei Mayer S. 129 Artg. 2 aus Sourdat angeführten Fall: „Der Jäger, tief im Walde, glaubt sich ganz allein, par un accident presque impossible à prévoir geht die Flinte los, es ist doch jemand in der Nähe und wird getroffen, — Schadenserfakpflicht!“). Wenn aber ein Verschulden nicht vorliegt, so kann die Haftungs Begründung hier überall nur darin finden, daß der Ursprung einer Schädigung in dem Bereiche unserer Macht- und Wirkungssphäre liegt, über welche sich unsere Verantwortlichkeit erstreckt. Besonders deutlich tritt dieser Gesichtspunkt hervor bei den Bestimmungen über die Haftung bei gewissen Abhängigkeitsverhältnissen (Art. 1384 cc.). Anscheinend wird diese Haftung zwar motiviert durch Vermutungen bezüglich des Zusammenhangs der Schädigung mit einer Pflichtverletzung, aber es fragt sich doch gerade, welches das Motiv und die Rechtfertigung dieser gesetzlichen Vermutungen sei. Daß diese nicht lediglich in dem prozessualischen Gesichtspunkt der Beweischwierigkeit wurzeln können, wie vielfach angenommen wird, ergibt gerade die Form der „*praesumptio iuris et de iure*“, denn

jenem würde schon durch eine einfache Umkehrung der Beweislast genügt sein (und selbst diese Umkehrung bedürfte einer materiellen Begründung). Worin rechtfertigt es sich, die Beweisfrage so radikal zu Gunsten des Geschädigten zu entscheiden, daß man der Gegenpartei die Haftung auch dann auferlegt, wenn sie ihre Schuldlosigkeit zu beweisen in der Lage ist? Eine greifbare Begründung finden diese Bestimmungen lediglich in dem oben entwickelten Gesichtspunkt. So haftet der commettant für seine préposés als für die Werkzeuge seines Willens (vgl. Mayer S. 134).

In gleicher Weise erklärt sich ferner z. B. die Haftung des Mieters nach Art. 1733: Er ist der Nächste zur Verhütung — vorausgesetzt, daß der Vermieter nicht selbst im Hause wohnt, und dann ist der Artikel nicht anwendbar, vgl. Buchelt, Ztschr. f. französ. Civilr.“ 20, 401 — und deshalb auch zum Erfasse des Brandschadens. Im gesetzgebenden Körper wurde zur Begründung ausgeführt: „ces règles sont conservatrices de la propriété, à laquelle le bailleur n'a aucun moyen de veiller“. (Die Einschränkung dieser Haftung auf ein nachweisbares Verschulden des Mieters durch das els.-lothr. Ges. v. 7. III. 1881 hängt wesentlich mit Bedenken zusammen, die sich aus dem Versicherungswesen ergeben; s. die dem Entwurf beigegebene Begründung). So auch die über ein Verschulden hinausgehende Haftung des Entleihers, deren früher gedacht wurde.

Der Umstand, daß dieser Gedanke nicht bewußt erfaßt ist, macht sich indessen einmal darin geltend,

daß er nicht konsequent zur Anwendung gebracht wird, und sodann in einer uns besonders in der französischen Rechtsprechung häufig entgegretenden Ausdehnung der Grenzen der Haftung, welche unserem Rechtsgefühl widerspricht, und zwar in dem Maße widerspricht, als sie sich aus jenem Gedanken heraus nicht begründen läßt. Man vgl. folgende Entscheidungen: Die Stadt Marseille ist in einem durch den Kassationshof bestätigten Urteil für den Schaden haftbar erklärt worden, welchen ein betrunkenener Polizeibeamter auf seinem Patrouillengang durch mehrere ohne jede Veranlassung abgegebene Revolvergeschüsse angerichtet hatte. — Ein Gutsbesitzer hatte einer Familie angeboten, mit seinem Wagen ein Mädchen von der Bahn abholen zu lassen, unterwegs wurde dasselbe vom Kutscher vergewaltigt; der Gutsbesitzer wurde für den *tort moral* verantwortlich gemacht (Daloz 1873, 3, 7.) — Desgleichen wurde der Jagdpächter haftbar gemacht für den vom Jagdhüter bei der Jagd, an welcher derselbe in dieser seiner Eigenschaft Teil nahm, begangenen Totschlag (Daloz 1874, 2, 214); der Dienstherr für den Diebstahl, welchen das zur Ausrichtung einer Bestellung in ein fremdes Haus geschickte Dienstmädchen in letzterem verübt hatte; der Eigentümer der Herde (in wiederholten Entsch. des Kassationshofs) für Holzdiebstähle, welche der Hirt während Beaufsichtigung der Herde sich hatte zu Schulden kommen lassen. — Siehe ferner die außerordentlich illustrierenden Beispiele bei Mayer l. cit. S. 131 und 133, so dasjenige des zum Dreischen gedungenen Arbeiters, der in einer Ur-

beitspause mit einer mitgebrachten Schußwaffe nach Spazern schießt und einen Nachbarn trifft. — Im Übrigen vgl. man bezüglich solcher Grenzüberschreitungen den Abschnitt 4 über die Abgrenzung der Haftung.

Im Entwurf wäre dagegen dem bezeichneten Gesichtspunkt in weiterem Umfang Anerkennung zu wünschen, speziell auch bei der Abgrenzung vertragsmäßiger Haftungen.¹ So würde sich aus ihm eine Einschränkung der Haftung des Unternehmers bei der *locatio conductio operis* ergeben. Das für die Gefahrtragung bei dieser von Strohal in seinem gedankenreichen Vortrage in der Berliner „juristischen Gesellschaft“² aufgestellte Kriterium: ob ein Zufall „der Sphäre des Bestellers angehöre“, führt auf denselben Gedanken. Denn bei der „Sphäre“ jemandes kann nicht an bloß räumliche Beziehungen gedacht sein, sondern nur an die Wirkungs- und Interessenssphäre einer Person, nur der Zusammenhang mit dieser ist geeignet, ein rechtliches Band herzustellen zwischen dem Ereignis und der Leistungspflicht der Person. Die Beispiele Strohals sind hierfür beweisend. So dasjenige des Malers, in dessen Atelier das bei ihm bestellte unvollendete Porträt das Opfer eines zufällig ausbrechenden Brandes wird — im Gegensatz zu dem Falle, wo dasselbe in der

¹ Wobei aber selbstverständlich stets die Natur der Vertragsart und die Stellung der Interessen der Parteien zum Geschäft in Betracht gezogen werden muß.

² Abgedruckt in Iherings „Jahrbüchern f. Dogm.“ 33 386 ff.

Wohnung des Bestellers auf gleiche Weise zu Grunde geht. Bei anderen Kontraktverhältnissen würde derselbe zu einer Ausdehnung der Haftung führen. So würde sich aus ihm eine erweiterte Haftung des Entleihers ergeben: Wenn ich den entliehenen Regenschirm durch mein Dienstmädchen zurückschicke und dieses ihn, statt ihn abzugeben, unterschlägt, ist es etwa gerecht, daß der Eigentümer den Schaden tragen soll? Ebenso erscheint es von diesem Gesichtspunkt aus ungerechtfertigt, daß der Deponent sich von der Ersatzpflicht nach § 634 C. II soll befreien können durch den Nachweis, daß er „die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kannte noch kennen mußte.“ Wie der Verkäufer für die Fehler und Mängel der verkauften Sache, so muß auch derjenige, welcher ein krankes Pferd deponiert, welches die Pferde des Depositors ansteckt, für den Schaden verantwortlich sein, einerlei ob er die Krankheit „kannte oder kennen mußte“, denn seine Sache war es, und er als Eigentümer allein war in der Lage, sich über den Zustand seines Tieres, das er gekauft hatte, das er unter seinen Augen, in seiner Pflege und im Bereiche seiner möglichen Einwirkung hatte, zu vergewissern. —

Die Haftbarmachung nach dem aufgestellten allgemeineren Gesichtspunkt entspricht in demselben Maße wie dem Rechtsgefühl auch den sozialen Interessen. Durch die Verteilung von Haftung und Schadenstragung will das Recht zugleich als ein Antrieb wirken zu solchem Verhalten, einen Anstoß geben zu solchen Veranstaltungen, wodurch Schädigungen anderer mög-

licht vorgebeugt wird. Diejenigen Bestimmungen über Haftung, welche in dieser präventiven Hinsicht am besten wirken, werden als die sozial zweckmäßigsten anzuerkennen sein. Das Recht kann hier aber nur dann etwas erreichen, wenn es seinen psychologischen Hebel dort ansetzt, wo er allein wirksam werden kann¹, das heißt: demjenigen das Risiko eines Unternehmens aufbürdet, in dessen Hand es liegt, in dessen Kraft es gestellt ist; die Gefahren, die sich mit Handlungen freien Entschlusses erfahrungsgemäß verbinden, den Handelnden tragen läßt, und die Folgen von zufälligen schädigenden Ereignissen denjenigen, in dessen Wirkungssphäre sich diese Ereignisse zutragen.² —

Die aufgestellten Gesichtspunkte also geben uns die Regeln an die Hand, welche in Bezug auf Schadensertragung Geltung fordern. Prinzipielle Bedenken hier-

¹ Ein charakteristisches Beispiel bieten in dieser Hinsicht die neueren Bestrebungen auf Erweiterung der Haftung des Rheders, um hierdurch eine Verminderung der Schiffsunfälle herbeizuführen. (So hat die Gesellschaft zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts auf ihrer Konferenz zu Genua 1892 beschlossen: „Der Schiffsrheder soll verantwortlich sein für jeden Verlust und Schaden, welche durch die Untauglichkeit eines Schiffs verursacht werden“. Infolge Protestes der Rheder hat sie im folgenden Jahre zu London diesen Standpunkt freilich wieder eingeschränkt.)

² Was in diesem Gebiete den Grundgedanken des Rechts entspricht, erweist sich so zugleich als das Zweckmäßige. Damit erledigt sich die Frage, ob in dem „erziehenden Moment“ (Baron) der „diligentia exactissima“ ihre „Rechtfertigung“ liege oder (so u. a. Unger S. 89) „nur“ ihre „Wirkung“.

gegen dürften sich nicht begründen lassen; wenigstens ist in der Literatur nichts hervorgetreten, was sich den bezüglichen Regeln als solchen im Ernste entgegensehen ließe. Speziell gilt dies von der regelmäßigen Haftung desjenigen, auf welchen das Prinzip des aktiven Interesses hinweist.

Eine andere Frage ist, ob die bezüglichen Regeln sich in ausnahmsloser Weise durchführen lassen, und diese Frage muß verneint werden, weil sich dem bei der Kompliziertheit unserer Lebens- und insbesondere Verkehrsverhältnisse Bedenken entgegenstellen in der Richtung, daß gewisse Handlungsweisen bei strenger Durchführung des Prinzips faktisch geradezu unmöglich gemacht würden, während doch an der Möglichkeit ihrer Vornahme ein Verkehrsinteresse oder ein anderweitiges gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Was insbesondere den Satz betrifft, daß jeder den Schaden tragen soll, welcher aus der in seinem Interesse liegenden Aktivität hervorgeht, so bezeichnet er ein Prinzip, das gleich anderen Rechtsprinzipien keine absolute Durchführung in Anspruch nimmt, für dessen Einschränkung aber besondere Gründe zu fordern sind. Mit anderen Worten: Nicht die Ausdehnung der Ersatzpflicht über das Vorliegen einer culpa hinaus bedarf einer besonderen Rechtfertigung, wie die herrschende Lehre und mit ihr der E. annimmt, sondern die Beschränkung derselben unter das durch das Prinzip des aktiven Interesses bezeichnete Maß; ihr Nichteintritt trotz Vorliegens eines aktiven Interesses fordert eine solche. Und diese besondere Rechtfertigung kann eine derartige

Beschränkung der Ersatzpflicht nur finden in der Erwägung, daß rechtmäßige Interessen, an deren Konser-
vierung die Gesamtheit ein dringendes — die ersatzlose
Schädigung einzelner Unschuldiger überwiegendes —
Interesse hat, bei Belastung mit einer absoluten Er-
satzpflicht thatsächlich unterdrückt würden.¹

Derartige Bedenken haben denn auch die Kommission
vor Anerkennung der Haftung der Unternehmer in dem
erwünschten Umfange abgehalten. Sie war der An-
sicht, daß der „berechtigte Gedanke“, daß „wer den
Vorteil eines Unternehmens genieße, auch für die da-

¹ Dieser Gedanke macht sich auch in der Rechtsprechung
geltend, aber meist nicht in genügend klarer Auseinanderhaltung
des Verschuldungsprinzips und dieses wirtschaftlichen Gedankens.
Man vgl. Reichsgericht „Entsch. in Civild.“ XXI, 17: die
Eisenbahn muß beweisen, daß „auch mit Aufbietung der
äußersten Vorsicht und Sorgfalt das Ereignis nicht abgewendet
werden konnte. . . . Aber hierbei kommen doch nur solche
Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist,
ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig
auszuschließen. Die Anwendung derartiger Mittel kann nicht
verlangt, z. B. nicht gefordert werden, daß die ganze Bahn-
strecke mit Mauern versehen oder so mit Wächtern besetzt werde,
daß es unmöglich ist, die Schienen zu überschreiten.“ (Aus
dieser Erwägung wird die Ersatzpflicht verneint.) — „Entsch.
in Civild.“ XXXII. 287; . . . „wenn weitergehende (soil
als die in concreto getroffenen) Einrichtungen mit einem un-
verhältnismäßigen, den wirtschaftlichen Erfolg in Frage stellen-
den und deshalb dem Entstehen des Unternehmens selbst hinder-
lichen Aufwand verknüpft gewesen wären, so würde der Beklagte
von der Haftung für den Schaden befreit sein.“ (Vgl. dagegen
die oben (S. 152) citierte Entscheidung und das dort Be-
merkte.)

raus Dritten erwachsenden Schäden aufkommen müsse, sich „nicht ohne bedenkliche Gefährdung zahlreicher kleiner gewerblicher Unternehmungen durchführen lasse, wenn nicht zugleich im Wege des Versicherungszwangs für eine angemessene Verteilung der aus der Haftung erwachsenden Belastung Sorge getragen werde“; diese Aufgabe lasse sich aber „nur durch Spezialgesetz, nicht im Rahmen des bürgerlichen Gesetzbuches lösen“. (Jahrbücher 60, 251). Sie befürchtete also, daß rechtmäßige Interessen bei verschärften Haftbestimmungen sich nicht würden geltend machen können, wenn nicht vorher in einem gesetzlichen Versicherungszwang ein Korrelat der größeren Belastung geschaffen sei, und wegen dieses, überdies ausgesprochenermaßen doch nur für die Kleinindustrie zutreffenden Bedenkens, versagte sie einer von ihr selbst als „berechtigt“ empfundenen Ersatzpflicht allgemein die gesetzliche Anerkennung (vgl. Abschn. 2). Dieser Standpunkt dürfte doch keine Billigung verdienen. Eine erweiterte gesetzliche Haftung wird zur ausgedehnteren Versicherung führen, und auf dem Wege des Versicherungswesens würde sich wohl Abhilfe für die befürchtete Überlastung der kleinen Unternehmer ergeben. Jedenfalls erscheint es mir für die Regel richtiger, die der Gerechtigkeit entsprechende Bestimmung im Gesetzbuch zu treffen, die Gegenwirkungen gegen schädliche Nebenwirkungen aber, soweit solche erkennbar werden, teils dem Verkehr zu überlassen, teils, erforderlichenfalls, durch besondere Maßnahmen zu regeln.¹

¹ Man vgl. hierzu, was die Motive zu dem, die Haftpflicht der Schiffseigner gegenüber dem bisherigen Recht ver-

Wo dagegen eine Beschränkung der Erfaspflicht aus der oben betonten Erwägung ausnahmsweise als geboten erscheint, da müßte dieselbe für besondere Verhältnisse in Spezialbestimmungen ausgesprochen werden. Als Beispiel diene die später näher zu besprechende Bestimmung über den Ersatz des durch ungünstige Mitteilungen bewirkten Schadens. Außerdem wäre dem Richter die analoge Anwendung dieser Spezialbestimmungen, etwa in Zusammenhang mit der den früher formulierten Grundsatz (S. 164) aussprechenden gesetzlichen Hauptbestimmung, anheim zu geben.

Damit wäre freilich dem Richter wieder ein gewisser Spielraum eingeräumt. Aber im Gegensatz zum E. würde das umgekehrte, m. E. allein den Bedürfnissen des Lebens gerecht werdende Verhältnis von Regel und Ausnahme sanktioniert sein, indem nicht für die Erfaspflicht trotz fehlenden Verschuldens, sondern für die Ersatzfreiheit trotz einer andere schädigenden Bethätigung eigener Interessen eine besondere Be-

schärfenden § 3 des Gesetzentwurfs betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt ausführen (S. 39): „Die Schifffahrtsunternehmer werden sich in der Lage befinden, das entstehende Risiko im Wege der Versicherung zu decken: denn wenn auch die zur Zeit für die Binnenschifffahrt gebräuchlichen Versicherungsbedingungen nicht überall Gelegenheit zu einer solchen Ausdehnung der Risikoversicherungen bieten, so läßt sich doch nicht bezweifeln, daß mit der Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung auch die Versicherungseinrichtungen sich dieser Änderung anpassen werden.“

gründung erfordert wäre. Und während der bekämpfte § 752 E. für das Vorliegen der eine Erweiterung der Haftung rechtfertigenden Gründe dem Richter, abgesehen von dem Hinweise auf „Billigkeit“, als greifbaren Maßstab lediglich die konkreten Vermögensverhältnisse der Beteiligten an die Hand giebt — welcher Gesichtspunkt für die Ersatzpflicht Unzurechnungsfähiger geltend gemacht werden mag, dagegen für die hier in Frage stehende Ersatzpflicht als ein ganz unzulänglicher Notbehelf für ein mangelndes Prinzip entschieden abzulehnen ist — soll nach der hier vorgeschlagenen Regelung dem Richter für das Vorliegen der eine Beschränkung der Haftung rechtfertigenden Gründe in einem allgemeinen Gedanken eine bestimmte Richtschnur gegeben werden. Daneben bleibt dann allerdings auch hier bei der Schadensregulierung in Kollisionenfällen, ebenso wie wir dies früher bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung festgestellt haben, für die Entscheidung im Einzelfall von der im Allgemeinen durch die Rechtsordnung zu lösenden Aufgabe ein gewisser, durch Gesetzeswort nicht zu lösender Rest, welcher vom Richter *ex aequo et bono* zu erledigen ist.¹

In die Hand gegeben werden muß ihm aber ein

¹ Insofern scheint mir Degentols (,,Archiv f. d. civ. Pragis“ 76, 75) Ausdruck: „Rein vernünftiges Schadensrecht geht in einer reinen verstandesmäßigen Rechnung auf“, durchaus zutreffend.

bestimmtes, klares Prinzip, und dies scheint mir dort dasjenige des „überwiegenden Interesses“ zu sein, hier dasjenige des „aktiven Interesses.“

Schließlich noch einige Worte über die Fälle, wo Handlung und Interesse in verschiedenen Personen gegeben sind. Ob jemand unmittelbar thätig ist oder durch seine Maschinen oder durch den Arm anderer als seiner Werkzeuge, begründet natürlich keinen Unterschied für die Erfahrungsfrage. Hier ist gedacht an diejenigen Fälle, wo jemand *sua sponte* für einen anderen handelt, dieser letztere selbst also gar nicht thätig ist. Auch diese Fälle subsumieren sich dem Prinzip des aktiven Interesses insofern, als auch hier ein bestimmtes Interesse eine Person in Aktivität versetzt, nur ist es hier nicht der Träger dieses Interesses selbst, sondern ein anderer, welcher durch dieses Interesse zu einer Handlung bestimmt wird, sich durch dasselbe veranlaßt bzw. genötigt sieht, zu handeln.

Hier haftet zunächst der Handelnde kraft seiner Aktivität im früher ausgeführten Sinne, letztlich aber müßte er den Schaden abwälzen können auf denjenigen, als Organ von dessen Interesse er gehandelt hat, der sich so als der „*dominus negotii*“ darstellt (so in dem früheren Beispiel der Errettung eines Verhungerten durch Wegnahme von Lebensmitteln eines Dritten auf den Geretteten), weil dieses fremde Interesse als die eigentlich bewegende Kraft der stattgehabten

Thätigkeit erscheint.¹ Es verhält sich mit dem durch den negotiorum gestor in seiner „stellvertretenden“ Thätigkeit einem Dritten zugefügten Schaden nicht anders, wie wenn derselbe gegen den Dritten eo nomine eine vertragsmäßige Verbindlichkeit eingegangen wäre.²

¹ Es liegt hier also ein „Handeln auf fremde Gefahr“ vor. Unter diesem Titel hat bekanntlich Unger (in Iherings „Jahrbücher f. Dogm.“ Bd. 33.) eine Reihe von Fällen zusammengestellt, wo „aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit“ ein Schaden „nicht von dem Handelnden, sondern von einem anderen zu tragen ist, obgleich derselbe frei von Schuld ist“ (S. 3 des Sonderabdr.), bezw. (f. S. 24) nicht in „eigentlichem Verschulden“ sich befindet, sondern in einer „culpa in abstracto, einer Schuld schlechthin und ohne weiteres“. Die von ihm behandelten Fälle fallen meist unter das Prinzip des aktiven Interesses in dem hier früher entwickelten Sinne (vgl. z. B. das über die Haftung des Mandanten früher Gesagte). Eine Scheidung der Fälle, wo der Interessent selbst, und derjenigen, wo lediglich ein anderer für ihn aktiv wird, wie sie hier versucht wird, lag Unger fern, weil er das Interesse als den maßgebenden Faktor betrachtet, hinter welchem das Moment der „Aktivität“ in unserem Sinne ganz zurücktritt. (Siehe sein S. 63 aufgestelltes „Billigkeitsprinzip“: „eigenes Interesse eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr.“) Dabei wird aber der geradezu typische Fall des Handelns in fremdem Interesse, eben unser negotiorum gestor, von ihm gar nicht berührt.

² Die gemeinrechtlichen Lehrbücher (of. Dernburg) kennen nur Ansprüche des gestor auf Ersatz seiner „Auslagen“ und auf Abnahme der von ihm „übernommenen“ Verbindlichkeiten; entsprechend § 614 E. (Ersatz der „Aufwendungen“ und Befreiung von den „eingegangenen“ Verbindlichkeiten). Offenbar ist hierbei nur an vertragsmäßige Verbindlichkeiten gedacht.

4 Die Abgrenzung der Haftung kraft aktiven Interesses und ihres Umfangs.

Es erübrigt, auf die Abgrenzung der mit der aktiven Interessenbethätigung sich verbindenden Ersatzpflicht und ihres Umfangs in Ergänzung des bisherigen näher einzugehen.

Die Art, wie das Prinzip früher bestimmt worden ist, giebt an die Hand, daß die Kausalität, für welche ihm gemäß Verantwortung eintreten soll, nicht so weit reicht, als sich an der Hand der Naturwissenschaften ein Kausalzusammenhang darthun läßt. Für die Abgrenzung der Verantwortlichkeit entscheidet eben die Frage der Verursachung im Rechtsinn, und diese ist „zugleich eine Frage der gesetzgeberischen Absicht“ (Rosin l. cit. S. 272).

1. Eine Ersatzpflicht tritt danach nicht ein bei eigenem Verschulden des zurechnungsfähigen Verletzten (entsprechend der „culpa-Kompensation“ bei der auf ein Verschulden sich gründenden Haftung). Als Beispiel diene der Fall in „Seufferts Archiv“ 31 n. 235: Der Kläger ist durch das Pferd des Be-

Immerhin ließe sich die Bestimmung des C. wohl im Wege analoger Anwendung auf alle durch den gestor „begründeten“ Verpflichtungen erstrecken. (cf. die weite Fassung der l 2 D 35 justum est praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. — s. auch art. 1375 c. c.: le maître doit . . . l'indemniser de tous les „engagements“ personnels, qu'il a pris.).

klagen geschlagen worden, aber er hat das Ausschlagen durch sein unvorsichtiges Vorbeigaloppieren verschuldet.

Da es sich nicht um Unterbrechung des natürlichen Kausalzusammenhangs, sondern um Abgrenzung der Verantwortlichkeit handelt, um die Frage: ob (und bzw. wie weit) der A. für die dem B. erwachsene Schädigung haften soll, so kann auch ein passives Verhalten des Verletzten, sofern dasselbe den staatlichen Anforderungen nicht entspricht, die Ersatzpflicht ausschließen, bzw. begrenzen, obgleich ein Unterlassen nicht kausal ist und daher den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen kann. Daß Unterlassungen nie kausal sein können, wird neuerdings stark betont in der interessanten Schrift F. Endemanns „Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation“. Endemann zieht daraus die Folgerung, daß ein passives Verhalten des Geschädigten, speziell die Weigerung eines Verletzten, sich einer Operation zu unterwerfen, keinen Einfluß auf die Ersatzpflicht des Schädigers ausüben könne. Aber wir müssen Unterlassungen im Recht hundertfach berücksichtigen, und zwar auch bei der Frage der Verantwortlichkeit für zugefügten Schaden, nämlich bei den sogenannten unechten Unterlassungsdelikten. Daraus ergibt sich, daß dem von Endemann betonten Moment wohl nicht die Bedeutung zukommt, wie er annimmt. Wie eine Unterlassung des A. entscheidend sein kann für seine Haftung (im Falle eines unechten Unterlassungsdelictes), so kann eine Unterlassung des B. entscheidend sein für den Ausschluß oder die Begrenzung jener Haftung. Die

Bedeutung der Begründung wie diejenige der Begrenzung einer Haftung kommt ihr zu unter Umständen, wo wir das Gegenteil zu erwarten berechtigt waren.¹

¹ Vgl. neuerdings den in Buchelt „Zeitschr. f. französl. Civillr.“ 24, 533 ff. mitgetheilten Fall: Die hessische Ludwigs-eisenbahn hatte dem auf Pension klagenden ehemaligen Bediensteten den Einwand entgegengehalten, daß er eine ungefährliche, seine Dienstunfähigkeit beseitigende Operation verweigert habe. Die beiden unteren Instanzen wiesen die Klage wegen Verschuldens des Klägers ab; das Reichsgericht dagegen hob das abweisende Urteil auf und verwies die Sache zurück, weil „Thatsachen, aus welchen sich ein „arglistiges“ Verhalten des Klägers ableiten ließe“ nicht festgestellt seien. Weshalb aber soll nach dem Reichsgericht nur die „arglistige“ Verweigerung der Operation einen Einfluß auf die Ersatzpflicht ausüben können? Soll die aus reinem Eigensinn oder aus übertriebener Ängstlichkeit erfolgte Ablehnung einer gefahrlosen und die volle Arbeitskraft wiederherstellenden Operation auf Gefahr des Ersatzpflichtigen erfolgen dürfen, sodaß dessen Verpflichtung dadurch bis zur dauernden Unterhaltung eines Arbeitsunfähigen gesteigert werden kann? Der Verletzte kann freilich, wie Endemann so sehr hervorhebt, nicht zur Operation gezwungen werden, aber deshalb darf ihm doch nicht das Recht zuerkannt werden, die Ersatzpflicht des anderen beliebig ins Grenzenlose zu erweitern.

Vgl. 1 52 D pr. 9, 2, wonach die „negligentia domini“, welcher seinen verwundeten Sklaven umkommen läßt, die Ersatzpflicht desjenigen, der den Sklaven verlegt hat, insofern begrenzt, als jener nicht für den Tod desselben haftet. Der schuldhaften Passivität des Eigentümers selbst wird hier ferner die „inscientia medici“, also das Verschulden eines Dritten, als für die Abgrenzung der Haftung von gleicher Bedeutung an die Seite gestellt (vgl. Text unter 2). Wenn in anderen

2. Es genügt jedoch nicht, die Ersatzpflicht lediglich bei Verschulden des Verletzten auszuschließen, sondern dieselbe muß auch dann entfallen, wenn der Schaden sich zurückführen läßt auf die Verursachung des Verletzten in dem früher entwickelten Sinne einer freien Willens- und Interessenbethätigung, insofern nämlich dadurch der Zusammenhang zwischen Aktivität und Verletzung sich als ein singulärer darstellt. Was geeignet ist, eine Haftung zu begründen, ist, wenn auf der Gegenseite vorliegend, geeignet eine solche auszuschließen.

So muß die Haftung unter der angegebenen Voraussetzung entfallen bei Handlungen, welche der Verletzte im Notstand, durchaus rechtmäßig, aber in freier Bethätigung eines eigenen Interesses, bzw. desjenigen eines Dritten, vorgenommen hat. Reiße ich jemanden, der sich in selbstmörderischer Absicht auf das Schienengeleise geworfen hat, vor dem heranbrausenden Eisenbahnzuge weg und werde hierbei selbst verletzt, so kann ich von der Eisenbahnverwaltung keinen Ersatz begehren. Eine Ersatzpflicht der Bahn erscheint hier um deswillen nicht begründet, weil das reglementswidrige Betreten des Geleises in diesem kritischen Augenblick nicht mit dem regulären Betrieb zusammenhängt. Dem Wortlaut des Haftpflichtgesetzes gegenüber wäre daher in diesem Thatbestand eine „höhere Gewalt“ zu Gunsten

Quellenstellen gesagt ist „*summovetur petitor, si evitare periculum potuerit*“ (128 § 1 131 D 9, 2), so ist das „*potuerit*“ nur zu verstehen im Sinn der gemeinen Sorgfalt, die von jedem Verständigen erwartet werden kann.

der Eisenbahn anzuerkennen.¹ Ebenso wenig erscheint eine Haftung des Unternehmers gerechtfertigt, wenn

¹ Das Reichsoberhandelsgericht („Eisenbahnzeitung“ 1878 S. 1034) hat in dem Falle, wo ein Kind unter solchen Verhältnissen gerettet wurde, den Unternehmer zum Schadenersatz gegenüber dem verletzten Ketter verurteilt, mangels eines „eigenen Verschuldens“ des letzteren, da seine Handlung infolge ihres sittlichen Motivs keine schuldhafte sei. Letzteres ist durchaus zutreffend. Der gegensätzliche, von Eger („Das Reichshaftpflichtgesetz“ S. 152) vertretene, auch von Wendt (in Iherings „Jahrbüchern f. Dogm.“ 31, 182) geteilte, Standpunkt, daß in diesem Falle die Ersatzpflicht schlechthin zu verneinen sei, weil das sittliche Motiv „den Einwand des eigenen Verschuldens nicht paralysieren kann“, ist entschieden abzulehnen. In ihm tritt uns wieder die früher zurückgewiesene Auffassung entgegen, daß die Notstandshandlung rechtswidrig bleibe. Aber es würde in diesem Falle auch zu prüfen sein, ob nicht aus dem Gesichtspunkt der „höheren Gewalt“ die Ersatzpflicht entfalle. Der Umstand, daß hier eine sittliche Pflicht erfüllt wird, kann nicht ohne weiteres zu Ungunsten der Bahn entscheiden, da es an sich keine Forderung der Gerechtigkeit sein kann, daß die Bahnen die Kosten der Erfüllung sittlicher Pflichten anderer tragen sollen. Indessen liegt der Fall der Rettung des Kindes insofern anders als das im Text besprochene Beispiel, als sich hier die Frage ergibt, ob nicht die Gefahr des Kindes auf Rechnung der Bahn zu setzen sei und folgeweise auch so zu sagen die Kosten der Abwendung dieser Gefahr, nämlich die Verletzung des Kettens, ins Konto der Bahn zu setzen seien; vgl. hierüber später. Man vgl. auch den dem Reichsoberhandelsgericht („Entscheidungen“ XXII, 313) vorgelegenen Fall, wo ein Bergarbeiter beim Rettungsversuch eines Kameraden verunglückt war: Hier erscheint die Ersatzpflicht des Bergwerksbesizers als gerechtfertigt, weil der Unfall herrührt von den

Personen (die nicht eigene Bedienstete sind) bei instruktionsmäßigen, ihnen aufgetragenen Handlungen einen Unfall erleiden: wenn etwa Soldaten bei einer Felddienstübung während der ihnen befohlenen Überfahretung des Geleises überfahren werden.¹

Daß das gesetzliche Erfordernis eines Verschuldens

eigentümlichen Gefahren des Bergwerksbetriebs und der Verunglücke sich in diese Gefahren zwar freiwillig aber in pflichtmäßigen, der Regel des Lebens entsprechenden Verhalten begeben hat. (Dem § 2 des Haftpflichtgef. gegenüber nahm das Gericht mit Recht an, daß die Freiwilligkeit der Handlung an sich die Ersatzpflicht nicht ausschließt.)

¹ Aber nicht deshalb, weil der Verunglückte bei Überschreitung des Bahnpolizeireglements sich notwendig trotz des hierauf gerichteten Befehls seines Vorgesetzten in „eigenem Verschulden“ befinde, wie Eger und Wendt annehmen, sondern weil der Unfall hier nicht aus der Wirkungssphäre der Bahn stammt. Das aktive Interesse besteht hier in Wahrheit bei der dem Verunglückten vorgesetzten Behörde, welche ihm die Instruktion erteilt hat; deshalb hat diese die Verantwortung zu tragen. Im Gegensatz zu den erwähnten Autoren scheint es mir durchaus zu billigen, daß das Reichsgericht (Eisenbahnrechtl. Entscheidungen II, 224 f.) hinsichtlich eines den Bahnpostwagen begleitenden Postschaffners, welcher sich während der Rangierbewegungen in dem Wagen befand und einen Unfall erlitt, ein eigenes Verschulden verneint, weil derselbe lediglich seiner Dienstanweisung nachgekommen sei. In der That muß der Aufenthalt der Postbeamten im Postwagen während des Rangierens, da die Eisenbahndirektion denselben gar nicht zu verbieten in der Lage ist (of. Bundesratsbeschl. v. 27. März 1877) als durchaus rechtmäßig anerkannt werden. Das Reichsgericht hat in der oit. Entscheidung aus dem mangelnden eigenen Verschulden die Ersatzpflicht der Bahn gefolgert. Die Frage der „höheren Gewalt“ ist gar

des Verletzten als Voraussetzung der Ersatzfreiheit die Haftung ungebührlich ausdehnt, tritt auch in mancherlei Versuchen hervor, den Ausdruck „Verschulden“ in den bezüglichen Gesetzesbestimmungen erweiternd zu interpretieren. So macht sich gegenüber § 1 des Haftpflichtgesetzes die charakteristische Tendenz geltend, das „eigene Verschulden“ des Verletzten weiter zu fassen, nämlich als bloße „Verursachung“. (Unger l. cit. S. 94; Wendt, l. cit. S. 180, Frankl in Grünhuts „Ztschr. f. das Privat- und öffentl. Recht“ 22, 540). Aber diese „Verursachung“ wird in zu äußerlichem Sinne gefaßt, als rein objektive, physische Verursachung, entsprechend der früher bekämpften Anschauung, welche als Gegensatz zum Schuldprinzip nur dasjenige der äußerlichen Verursachung kennt. So kommen denn diese Autoren dazu, auch die Ersatzpflicht für die Verletzung Unzurechnungsfähiger der Bahn schlechthin abzunehmen wegen „eigener Schuld“ derselben „im objektiven Sinne“ (Unger), weil es hier nicht „der Schuld im strengen Sinn“, des „strafrechtlichen Schuldbegriffs“ bedürfe (Wendt). Mir scheinen die Ver-

nicht berührt worden, und es ist gewiß zuzugeben, daß der Ausdruck „höhere Gewalt“ in einem derartigen Fall nicht paßt. Aber sachlich ist die Ersatzpflicht der Bahn hier doch nicht gerechtfertigt, denn sie wird hier für Dinge verantwortlich gemacht, zu deren Duldung sie genötigt ist, die ihr aufgezungen sind, und die folglich mit dem normalen, in die Macht der Unternehmer gestellten Betriebe nicht zusammenhängen.

lezungen Unzurechnungsfähiger nicht hierher zu gehören; vgl. über sie das unter Ziffer 4 zu Sagende.¹

Ich erwähne noch die Versuche französischer Juristen, die Haftung des Gastwirts in der bezeichneten Richtung einzuengen, indem man die gleiche Bedeutung eines dieselbe ausschließenden Umstandes, wie dem „Verschulden des Reisenden“, auch dem Verschulden seines Dienstpersonals, für welches jener einzustehen habe, beilegt (cf. z. B. Troplong, „Commentaire du prêt etc.“ II, 237).

Hinsichtlich der Haftung des Gastwirts hat der C. II in § 641 anerkannt, daß die an sich begründete Ersatzpflicht entfällt, nicht bloß wenn der Reisende den Schaden „verschuldet“ hat — wie dies für das gemeine Recht gelehrt wird — sondern überhaupt, wenn er ihn „verursacht“ hat. Mit der Verursachung kann hier aber doch auch nicht ein bloß objektiver Zusammenhang gemeint sein!

Wenn hier bei der Haftung des Gastwirts ebenso wie bei derjenigen des Frachtführers auch die natürliche Beschaffenheit der Sachen als Ausschließungsgrund der Ersatzpflicht aufgezählt wird, so macht sich darin der besprochene allgemeinere Gesichtspunkt der Einwirkungsmöglichkeit geltend, welcher ebenfalls Grenzen

¹ Es fehlt hier ein der Aktivität auf der einen Seite gegenüberstehendes positives Moment; es liegt keinerlei Kompensation vor, sondern es handelt sich lediglich um das Negative, daß ein solcher Zusammenhang mit dem normalen Betrieb, wie er zur Begründung der Ersatzpflicht erforderlich ist, hier nicht besteht.

für die Haftung an die Hand giebt, denn hinsichtlich seiner gilt in gleicher Weise der oben aufgestellte Satz, daß was geeignet ist, eine Haftung zu begründen, auch, bei Vorliegen auf der Gegenseite, geeignet ist eine Haftung auszuschließen. Wer eine Sache in ein Gasthaus mitbringt oder sonst zur Aufbewahrung oder zum Transport übergiebt, muß in gleicher Weise wie derjenige, der eine Sache verkauft, für deren Fehler eintreten und die aus diesen Fehlern entstehenden Schäden tragen.

3. Ferner kann die Haftung entfallen infolge des Verschuldens und ebenso infolge der Aktivität eines (zurechnungsfähigen) Dritten; auch hier insofern, als dadurch der Zusammenhang des Schadens mit der Willensbethätigung des in Anspruch Genommenen zu einem rein singulären wird, sofern sich also nicht konkurrierende Haftungsgründe ergeben, etwa eine Haftung des einen sich aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens, eine Haftung des andern aus dem Gesichtspunkt seiner Aktivität bzw. der bei ihm gegebenen Einwirkungsmöglichkeit als gerechtfertigt darstellt. So haftet die Bahn nicht, wenn — wie dies bei der Berliner Stadtbahn voriges Jahr vorgekommen ist — aus dem Zuge heraus auf ein Geschäftslokal geschossen und dessen Schaufenster zerstört wird; wenn ein Reisender unvorsichtig einen Gegenstand zum Waggonfenster hinauswirft und jemanden trifft; wenn jemand einen anderen unter die Räder stößt. Wollte man in derartigen Fällen den Unternehmer verantwortlich machen, so würde man ihm damit zumuten, die Ausführung und Diligenz

von Personen zu vertreten, die ganz außerhalb seiner Machtsphäre stehen, wofür eine juristische Begründung nicht erfindlich ist.¹

Das Gesagte erleidet eine Ausnahme, wenn es sich um Handlungen von Personen handelt, welche, sei es im allgemeinen, sei es in Bezug auf einen speziellen Vorgang, in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem als haftbar in Anspruch Genommenen stehen. Sie erscheinen dem Dienstherrn, Auftraggeber, dominus negotii gegenüber nicht als selbstständige „Dritte“. Soweit jemand in Ausführung der ihm zugewiesenen Verrichtungen,² auf Grund seines Auftrags oder Dienstes thätig wird, erscheint er als das Werkzeug des Willens und des Interesses eines anderen. Soweit er daher in Ausführung dieser Verrichtungen, vor

¹ Unseren diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen gegenüber kann das Verhalten dritter Personen zu einer Ersatzfreiheit bewirkenden Berücksichtigung nur gelangen auf dem Umweg einer Einkleidung in das Gewand der „höheren Gewalt“. Dagegen das österreichische Gesetz v. 5. III. 1869 schließt die Ersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers aus, wenn der Schaden verursacht ist „durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person“, und das schweizerische Bundesgesetz v. 1. VII. 1875, wenn derselbe verursacht ist „durch Versehen oder Vergehen (der Reisenden oder) dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen“. (Hinsf. der Angestellten s. Text).

² Der G. erkennt in § 754 eine Ersatzpflicht desjenigen, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, zutreffend nur für den „in Ausführung der Verrichtung“ einem Dritten zugefügten Schaden an. Im Übrigen aber ist seine Normierung der befuglichen Ersatzpflicht wegen des Festhaltens am culpa-Standpunkt zu eng; s. Abschnitt 2.

allem durch Fahrlässigkeit Schaden anrichtet, muß jener dafür einstehen. So wenn nicht ein Reisender, wie in dem oben gewählten Beispiele, sondern ein Bahnbediensteter im Dienst einen Gegenstand aus dem Waggon hinauswirft; das Reichsgericht hat denn auch zutreffend eine Erfaspflicht der Bahn angenommen, deren Arbeiter mit dem Transport von eisernen Schienenhebern beauftragt, um sich das Tragen derselben von der Haltestelle der Bahn bis zur Arbeitsstelle zu ersparen, dieselben, als der Zug an letzterer vorbeifuhr, hinauswarf, und dadurch jemand den Fuß zerschmetterte („Eisenbahnrechtl. Entscheidungen“ I, 148 f.). Solche Schädigungen liegen, wie in der Sphäre einer möglichen Einwirkung seitens des Auftragsgebers, so auch im Bereiche des von ihm generell Voraussehbaren.

Sowie der Angestellte, Beauftragte jedoch aufhört, als solcher, das heißt als Organ eines fremden Willens zu handeln — und ein Mensch ist doch niemals bloß Werkzeug und Organ anderer! — sowie er selbstständig, aus eigener Initiative eine Handlung begeht, die ihr Motiv nicht in dem Dienst- oder Auftragsverhältnis hat, da entfällt auch die Rechtfertigung für eine Haftbarmachung des Prinzipals, sofern letzterem nicht eine culpa in eligendo oder in inspiciendo zur Last fällt. So insbesondere, wenn jener in selbständigem dolus ein Delikt verübt, etwa, zu einer Besorgung ausgesandt, unterwegs einem alten persönlichen Feinde begegnet, mit ihm Streit beginnt und ihn niedersticht. Wenn, wie im gegebenen Beispiel, das Motiv der Handlung nicht im Auftrag liegt, sondern dieser ledig-

lich die Gelegenheit zur Fassung des Entschlusses gegeben hat, wenn nur ein äußerlicher, zeitlicher oder örtlicher, nicht aber ein funktioneller Zusammenhang zwischen Handlung und Ausführung besteht, so liegt die That außerhalb des Bereiches, für welches der Auftraggeber rationeller Weise verantwortlich gemacht werden kann. Denn sobald ein selbständiges doloses Verhalten eingreift, da tritt der Handelnde aus der Macht- und Wirkungssphäre des commettant heraus und es beginnt im Sinne des Rechts eine neue Kausalkette.

Die französische Rechtsprechung geht, worauf bereits früher hingewiesen wurde, bei Anwendung des art. 1384 in der Annahme einer Ersatzpflicht bei solchen Abhängigkeitsverhältnissen zu weit, indem sie eine solche auch dort noch annimmt, wo der Gesichtspunkt der generellen Voraussehbarkeit, wie derjenige der Einwirkungsmöglichkeit versagt, insbesondere den commettant (in Auslegung der Worte „dans les fonctions“ auxquelles il les a employé) selbst für den vom préposé nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Berrichtungen zugefügten Schaden verantwortlich macht (s. o. die Beisp. S. 175). Aus dem gleichen Grunde gehen die Bestimmungen des französischen Rechts über die Haftung des Mandanten und des Deponenten zu weit, wenn sie den ersteren für allen Schaden ersatzpflichtig machen, welchen der Mandatar „à l'occasion de sa gestion“ erleidet, und letzteren für „toutes les pertes que le dépôt peut avoir occasionnées“ au dépositaire. Auch in der deutschen

Rechtssprechung im Gebiet des französischen Rechts finden sich Entscheidungen, welche den oben citierten französischen Gerichte analog eine Ersatzpflicht zu Unrecht annehmen. Dies trifft z. B. diejenige des Oberlandesgerichts Karlsruhe (1892; cit. in Buchelt „Ztschr. f. franz. Civilr.“ 24, 443), welche einen Gastwirt haftbar machte, dessen zwanzigjähriger, Jahre lang in der Fremde gewesener, sich allgemein eines guten Leumunds erfreuender Sohn eine geschlechtliche Krankheit auf ein Mädchen übertragen hatte. Ferner diejenige des Landauer Gerichts (cit. in Buchelt l. cit. 15, 115), welche den Arbeitsherrn „für jeden Fehler, jedes Vergehen und selbst Verbrechen, welches der Arbeiter bei der ihm übertragenen Arbeit begeht“ haftbar erklärt, und in concreto hinsichtlich der Mißhandlung eines Arbeiters durch seinen Mitarbeiter eine Ersatzpflicht sowohl des Arbeitsherrn, wie des Vaters des letzteren annimmt (eine solche des Vaters, weil „es seine Pflicht gewesen wäre, dem Sohn die Ermahnung zu geben, anderen Arbeitern gegenüber verträglich zu sein“, und „der Vorfall beweise, daß er dies zu thun unterlassen hat“, weshalb es „auf den Beweis, daß er die That nicht habe verhindern können, nichts mehr ankommen“ könne. Die Ermahnung würde die Handlung wohl kaum verhütet haben!) Im allgemeinen aber hat sich bei Anwendung der fraglichen Bestimmungen durch die deutschen Gerichte von je eine Neigung gezeigt, sich bei Anerkennung der Haftung in engeren Grenzen zu halten, und zwar in Grenzen, welche dem aus dem früher entwickelten Gesichtspunkt der Einwirkungs-

möglichkeit sich ergebenden Umfange der Haftung ungefähr entsprechen. Man vgl. die interessante Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln bei Buchelt I. c. 23, 497: Ein Ausläufer war beauftragt, in einem Kübel gelöschten Kalk zu holen; unterwegs begegnet ihm ein kleines Mädchen, das ihn im Scherz bittet, ihm etwas von seinem „Makai“ zu geben, worauf er ihm eine Hand voll Kalk ins Gesicht schleudert, und zwar so unglücklich, daß das Kind das Auge verlor. Die Ersatzpflicht des Dienstherrn wurde verneint, unter Betonung, daß der Kalk nicht zur Beseitigung eines der Ausführung des Auftrags entgegenstehenden Hindernisses geschleudert wurde, sondern in der Absicht einen Scherz zu machen oder „aus einem anderen, der Ausführung des Auftrags fremden Grunde“. Hier findet sich also der Zusammenhang zwischen Auftrag und Motiv der Handlung betont. Desgleichen wurde in der Entscheidung bei Buchelt I. c. 21, 234 (in einem dem oben aus Buchelt 15, 115 mitgeteilten ganz analogen Falle der Mißhandlung eines Arbeiters durch Mitarbeiter während der Arbeit) die Ersatzklage gegen den Dienstherrn abgewiesen, weil der Umstand, daß die Verletzung „während der Arbeitszeit und aus Anlaß der aufgetragenen Arbeit“ geschehen war, also der bloß zeitliche und Gelegenheits-Zusammenhang nicht als hinreichend zur Begründung einer Ersatzpflicht angesehen wurde. In der Entscheidung bei Buchelt I. c. 24, 103 wurde die Ersatzpflicht des Rechtsanwalts, dessen Bureauehilfe auf Grund gefälschter Quittungen seines Dienstherrn Geld eingezogen und unterschlagen hatte,

verneint, weil der Angestellte „aus eigenem Antrieb“ gehandelt habe. Man vgl. auch *Entsch.* bei Buchelt l. c. 17, 308. In der *Entsch.* bei Buchelt 13, 295 ist eine Ersatzpflicht des Prinzipals angenommen worden, dessen Hausknecht in Ausführung des ihm erteilten Auftrages, ein Faß Spirit abzufüllen, durch undvorsichtiges Gebahren eine Entzündung herbeigeführt hatte; (dieselbe ist sachlich zu billigen, aber die Begründung, daß man für jedes Vergehen eines Dienstboten einstehen müsse, das „bei oder zur Vollziehung des Auftrags begangen wurde“ erscheint wenig klar); entsprechend Buchelt 9, 557. In neuerer Zeit hat nun das Reichsgericht (i. „*Entsch. in Civils.*“ XXIV, 124 f. und *ibid.* 334 f.) sich mit Entschiedenheit für die Begrenzung der Ersatzpflicht aus art. 1384 nach dem hier aufgestellten Maßstabe ausgesprochen. Es ist ihm durchaus beizustimmen, daß, um eine Ersatzpflicht zu begründen, die schädigende Handlung „in den Kreis derjenigen Verrichtungen gehören muß, welche die Ausführung des Auftrags darstellen“.¹

¹ Wenn es aber in der Begründung weiter heißt, falls eine solche Handlung vorliege, so komme es nicht darauf an, „ob etwa ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Auftrage obwaltet“ (S. 335), so wird damit das ganze Verhältnis wieder unklar.

In diesen Tagen hat mir der Fall vorgelegen, daß Arbeiter eines mit der Reparatur eines Kellers betrauten Maurermeisters aus einem Verschlag dieses Kellers, nach Losreißung der denselben abtrennenden Latten, Wein gestohlen hatten. Der Eigen-

Grade in den dem Reichsgericht vorgelegenen Fällen, wo es sich um Verletzung eines Arbeiters durch Mitarbeiter handelte, scheint mir freilich seine Argumentation nicht zu entsprechenden Resultaten zu führen. Das Reichsgericht (vgl. auch die beiden früher cit. Gerichtsentsch.) unterscheidet nicht zwischen Verletzung eines Arbeiters und Verletzung eines Dritten, woraus ihm dem art. 1384 gegenüber kein Vorwurf gemacht werden kann, denn *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Infolge der mangelnden Unterscheidung führt aber seine Auffassung zu einer m. E. zu engen Begrenzung des Ersatzanspruchs des Arbeiters gegen den Dienstherrn. Wenn es für die Haftung des Unternehmers für den durch seinen Bediensteten einem Dritten zugefügten Schaden darauf ankommt, ob die verletzende Handlung „in den Kreis derjenigen Berrichtungen gehört, welche die Ausführung des Auftrags darstellen“, ob sie in dem Auftrag ihr Motiv hat, so müßte es ganz aus demselben Grunde für die Haftung für den von einem Bediensteten erlittenen Schaden darauf ankommen, ob der Verletzte seinen Schaden erlitten hat auf Grund der Erfüllung seines Auftrags, auf Grund der ordnungsmäßigen Ausführung seiner Berrichtungen. Wie dort (bei Verletzung eines Dritten) zu fragen ist, ob die verletzende Handlung des Angestellten, so wäre hier zu fragen, ob die

tümer nahm den Dienstherrn auf Ersatz in Anspruch. Die Klage wurde aus den im Text entwickelten Gründen abgewiesen.

von dem Angestellten erlittene Schädigung erfolgt ist auf Grund des Dienstverhältnisses. Also nicht, ob der Schaden auf Grund der Ausführung des Dienstes verursacht, sondern ob er auf Grund der Ausführung des Dienstes erlitten worden ist, sollte hier für die Ersatzpflicht des Prinzipals maßgebend sein; speziell bei Mißhandlung eines Arbeiters durch den Mitarbeiter: nicht, ob der Mißhandelnde auf Grund seiner Dienstverrichtungen gehandelt hat, sondern ob der Mißhandelte auf Grund seiner Dienstverrichtungen verletzt worden ist. (So hat der vom Reichsgericht in der cit. Entsch. 24, 335 für erheblich erachtete Umstand, ob die Mißhandlung in einer Arbeitspause erfolgt sei, zwar für die Frage Bedeutung, ob der Mißhandelnde in Ausführung seines Dienstes gehandelt hat, nicht aber für diejenige, ob der Mißhandelte auf Grund seines Dienstes die Verletzung erlitten hat). Wenn — ein dem Ober-Tribunal (Entsch. v. 10. I. 1877) vorgelegener Fall — der Werkführer einer Fabrik von Arbeitern, die er entlassen, der Direktor aber später wieder angestellt hatte, im Fabrikraum mißhandelt wird, so dürfte die Argumentation, mit welcher das Ober-Tribunal die Ersatzpflicht des Unternehmers konstruierte, daß nämlich „es nur darauf ankomme, ob die vom Beauftragten verursachte Beschädigung 'im oder doch im wesentlichen Zusammenhang' mit dem aufgetragenen Geschäft stehe“, und in concreto die Thätlichkeiten der Arbeiter „mit den ihnen aufgetragenen Verrichtungen im Zusammenhang gestanden haben“, unhaltbar oder doch bei ihrer Bagheit jeden-

falls zur Motivierung der Ersatzpflicht nicht genügend sein. Sachlich aber erscheint mir die Ersatzpflicht hier wohl begründet, weil (und sofern) der Mißhandelte bei der Entlassung innerhalb seiner Kompetenz, in Ausführung der ihm zugewiesenen Dienstfunktionen gehandelt hat, und seine Mißhandlung in dieser Entlassung ihr Motiv hat. Die Gesetze aber geben derzeit zu einer derartigen Unterscheidung und Argumentation keine bzw. keine bestimmte Handhabe.

Das Unfallversicherungsgesetz stellt sich zwar auf den Standpunkt des Verletzten und fragt, ob er den Unfall „bei dem Betrieb“ erlitten hat. Wenn aber die Gesetzesworte so aufgefaßt werden (wie u. a. vom Reichsgericht in den cit. Entscheidungen, s. z. B. S. 124), daß ein ursächlicher Zusammenhang des Unfalls mit den „besonderen“ Gefahren, welche dem versicherten Betrieb eigentümlich sind, vorausgesetzt sein soll, also ein Schaden, der aus den spezifischen Gefahren des technisch-industriellen Betriebs, den angewandten Maschinen und Werkzeugen, den Einrichtungen und Gebäulichkeiten hervorgeht, so würde auch diesem Gesetz gegenüber in Fällen wie dem besprochenen ein Ersatz vom Unternehmer nicht zu erlangen sein. Gegen eine derartige äußerliche und enge Auffassung des „Betriebsunfalls“ vergleiche man aber die Ausführungen bei *R o s i n*¹ über „Betriebsunfälle durch Verschulden dritter

¹ „Das Recht der Arbeiterversicherung“ S. 287 und „Archiv für öffentl. Recht“ III, 344 f. („Verletzungen . . . durch Verschulden einer anderen Person . . . sind insoweit als durch

Personen". Auch hat das Reichsversicherungsamt unlängst sehr zutreffend in einem Falle, wo ein Steinbruchaufseher durch einen, von ihm wegen mangelhafter Leistungen dem Unternehmer angezeigten Arbeiter vergiftet worden war, den Hinterbliebenen eine Rente zugesprochen, indem es einen Betriebsunfall als gegeben ansah, weil der Mordakt aus der beruflichen Tätigkeit des Ermordeten seinen Ursprung genommen habe; „nicht nur die Veranlassung zur Tötung hat wesentlich im Betriebe gelegen, sondern die Vergiftung stellt sich auch selber noch als Ausfluß der Betriebsgefahr dar“.¹

Schlimmer ist es außerhalb des Anwendungsgebiets dieses Gesetzes für das Interesse des Arbeiters und sonstigen Bediensteten, der durch Mitbedienstete verletzt worden ist (wie bei Verletzungen überhaupt) bestellt. Das Haftpflichtgesetz in § 2 kennt eine Haftung des Unternehmers für den durch Verschulden gewöhnlicher Arbeiter entstandenen Schaden bekanntlich gar nicht. Der §. in der früher citierten Bestimmung über die Haftung des „Dienstberechtigten“ gewährt dem verletzten Bediensteten überhaupt keinen genügenden Ersatz-

Betriebsunfall verursacht anzusehen, als der Betroffene durch seine Beschäftigung im Betriebe derartigen Insulten über das Maß des gewöhnlichen Lebens hinaus ausgesetzt gewesen ist.“)

¹ Anders lag der Fall in „Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts“ XXV, 182: Hier stellt sich eine Ersatzpflicht (auch unabhängig von dem im Urteil allein erörterten art. 1384 c. c.) nicht als gerechtfertigt dar, weil die fahrlässige Tötung nur in einem Gelegenheitszusammenhange mit dem Betriebe stand.

anspruch. Und da der E. über die Haftung des Mandanten gegenüber dem Mandatar sich ganz ausschweigt, so wird es auch hier, angesichts des prinzipiellen Festhaltens des E. am Schuldprinzip, dem Richter kaum möglich sein, über ein nachgewiesenes Verschulden des Mandanten hinaus eine Ersatzpflicht anzuerkennen. Es würde sich sonach in Ansehung der hier ins Auge gefaßten Verhältnisse eine entschiedene Lücke im Schadenersatzrecht ergeben.

4. Wir haben im bisherigen Vorgänge ins Auge gefaßt, welche um deswillen für eine bestimmte Person Ersatzfreiheit begründen, weil sie in der Wirkungssphäre des Verletzten oder eines Dritten wurzeln. Was für diese Fälle gesagt wurde, gilt aber in gleicher Weise überhaupt für alle Ereignisse, welche mit der Wirkungssphäre des Handelnden nur in einem anormalen Verhältnis stehen. Bei jenen entfällt die Ersatzpflicht deshalb, weil das dazwischen tretende Verschulden (bzw. die dazwischentretende Aktivität) den normalen Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Schaden zerreißt, denn es ist keine normale Folge des Betriebs, daß außerhalb des Betriebs stehende Dritte Unvorsichtigkeiten oder Nachlässigkeiten begehen. Sonach stellen sich die beiden im Vorgehenden ausgeführten Gruppen von Fällen lediglich als Spezialanwendungen des einheitlichen Gedankens der Ersatzfreiheit bei rein singulären Verknüpfungen dar. Dem entwickelten Prinzip entspricht eben nicht eine Haftung für jedweden Schaden, der mit der Handlung in irgend einem kausalen Zu-

sammenhang, einem Bedingungsverhältnis steht, vielmehr vermag aus ihm keine Haftung für solche Schädigungen begründet zu werden, welche generell außerhalb der erkennbaren Kausalität, (damit außerhalb der Möglichkeit auch der nur generellen Abwendbarkeit) und deshalb auch außerhalb der generellen Zurechenbarkeit liegen.

Auch für die auf Verschuldung beruhende Haftung muß wohl in dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eine Grenze gefunden werden, sodaß sich auch diese Haftung nicht zu erstrecken hat auf Schädigungen, die mit der schuldhaften Handlung nur vermöge einer völlig singulären Verkettung von Umständen in ein Bedingungsverhältnis zu bringen sind.¹ Wie man

¹ Die Stellung des Reichsgerichts erscheint etwas schwankend. Siehe „Entsch. in Civils.“ X, 65: Zum Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Verschuldung und Schaden „genügt“ der Nachweis — ist also doch nach der anderen Seite hin erforderlich — daß „der Regel nach, d. h. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, ohne das in Frage stehende Verschulden der Schaden nicht entstanden sein würde“; — XII, 190: Wenn ein Verschulden vorliegt, auf welches bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge der Schaden zurückzuführen ist, so darf nicht in Frage gestellt werden, ob im unerschöpflichen Gebiet der Möglichkeiten noch Raum gegeben sei für die Möglichkeit, daß dennoch nicht das Verschulden den Schaden verursacht habe“. Im Widerspruch hierzu scheint zu stehen „Entsch. in Civils.“ XIII. 65 „Der Satz, daß durch das Dazwischentreten eines ungewöhnlichen, der Regel nicht entsprechenden Ereignisses dieses die Ursache des Schadens und der ursächliche Zusammenhang dieses mit dem Verschulden unterbrochen werde, verdient keine Billigung“.

aber auch die Frage hinsichtlich der Ersatzpflicht kraft Verschuldens entscheiden mag, jedenfalls kann dies die Entscheidung hier nicht berühren, denn die dort sich ergebenden Zweifel gründen sich ausschließlich auf das zu Lasten des Verpflichteten ins Gewicht fallende Schuldmoment.

Unser Prinzip aber kann jedenfalls nur ein Einstehen für typische Zusammenhänge zwischen einer

Die Kommission hat die „Voransiehbarkeit“ als Erfordernis der außerkontraktlichen Ersatzpflicht, im Gegensatz zu § 704 E. I., abgelehnt (s. „Jahrbücher“ 60, 245), und eine Ersatzpflicht schlechthin hinsichtlich des durch ein Verschulden „verursachten“ Schadens ausgesprochen. Aber damit will doch wohl auch keine unbegrenzte Haftung statuiert sein! Die Praxis würde jedenfalls bei ganz anormalen Zusammenhängen die „Verursachung“ verneinen.

Bei dem kürzlichen Untergang des spanischen Kriegsschiffes „Reina Regenté“ hat auch eine marokkanische Gesandtschaft ihren Tod gefunden. Nach Zeitungsmitteilung (s. „Straßb. Post“ v. 25. März 1895) war dieselbe von Einhaltung der ursprünglich beabsichtigten Abfahrtszeit dadurch abgehalten worden, daß eines ihrer Mitglieder von einem spanischen General durch einen Faustschlag insultiert worden war und sie erst den Prozeß gegen diesen abwarten wollte. Als ein Akt der Genugthuung sollte ihre Heimbeförderung auf jenem stolzesten Schiffe der spanischen Kriegsflotte erfolgen, mit welchem sie dann zu Grunde gingen. Obwohl hier also der Tod der Gesandtschaft in kausalem Zusammenhang mit der Handlung des Generals stand und obwohl sich letztere sogar als eine dolose qualifiziert, würde man etwa Ersatzansprüche der Marokkaner, z. B. der Hinterlassenen jenes Insultierten, gegen den General anerkennen?

bestimmten Aktivität und einem konkreten Schaden rechtfertigen. Nicht auf die Voraussehbarkeit des Schadens im konkreten Fall also kommt es an, sondern darauf, ob der Verlauf der Entwicklung, der von der Inbetriebsetzung des Unternehmens oder der sonstigen Inbewegungsetzung von Kräften bis zur Entstehung dieses Schadens führt, ein normaler war, ein solcher, wie er nach der Summe der Erfahrungen, die bisher in der betreffenden Industrie, dem betreffenden Geschäftszweig gesammelt wurden, oder nach den „Regeln des Lebens“, nach den in diesem beruflichen oder geschäftlichen Kreise in Geltung stehenden Regeln, seine Erklärung in den vorangehenden Handlungen findet.

In diese subsidiäre, generelle Kategorie von Vorgängen nun, mit welcher wir uns hier nach Ausschcheidung jener zu Anfang besprochenen beiden Spezialgruppen noch zu beschäftigen haben, gehört alles, was unter den Sammelnamen der „höheren Gewalt“ subsumiert zu werden pflegt. Über die praktische Unbrauchbarkeit der „höheren Gewalt“ ist man heute so ziemlich einig.¹ Ihre Schwäche liegt darin, daß sie ein Grenzbegriff ist und das Positive, das sie abgrenzt, nicht Eins ist, sondern Vielerlei. Die mannigfachen Versuche, sie positiv zu bestimmen, sind daher vergeblich. In Wahrheit handelt es sich bei ihr um ein

¹ Vgl. den einstimmig gefaßten Beschluß der ersten Abtheilung des 22. deutschen Juristentags („Verhandlungen“ IV, 104 ff.) auf Ausschcheidung dieses Begriffs aus dem bürgerlichen Gesetzbuch.

negatives Merkmal: um den Mangel eines Zusammenhangs, und zwar nicht bloß mit einem Verschulden, sondern um den Mangel desjenigen Zusammenhangs mit der Wirkungssphäre des Handelnden, der früher näher charakterisiert worden ist.¹ Nur so verstanden führen die gesetzlichen Bestimmungen, in welchen die „höhere Gewalt“ derzeit bei Begrenzung von Ersatzpflichten verwendet wird, zu annehmbaren Resultaten.

Die herrschende Lehre läuft darauf hinaus, daß sie die Haftung für „unabwendbare“ Ereignisse ausschließt, sei es nun, daß man diese „Unabwendbarkeit“ objektiv, abstrakt, sei es, daß man sie relativ mit Berücksichtigung der konkreten Sachlage und also der individuellen Verhältnisse des Verantwortlichen auffaßt. Erstere Auffassung führt leicht zu einer zu weiten Erstreckung der Ersatzpflicht, und zwar um so mehr, je positiver man die Kategorie dieser in abstracto unabwendbaren Ereignisse zu fassen sich bemüht. Letztere Auffassung,² wonach als höhere Gewalt diejenigen Ereignisse sich ergeben, welche hätten abgewendet werden können durch „die Sorgfalt des sorgsamen Hausvaters“, durch „die zweckmäßigsten Einrichtungen“, durch

¹ Vgl. meine Bemerkungen in den „Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages“ IV, 118 f.

² cf. Goldschmidt, früher Dernburg, neuerdings z. B. die Dissertationen über vis maior von Huber und Studt; aus der Judikatur, welche auf dem Boden dieser Auffassung steht, cf. z. B. Entsch. des Reichsgericht XXI, 19; des Reichsoberhandelsgerichts II, 247; VIII, 27.

„die äußerste, diesen Umständen angemessene Umsicht“, durch „der Gesellschaft zuzumutende Vorkehrungen“, führt zum reinen culpa-Standpunkt, denn was hätte abgewendet werden können und sollen, fällt eben unter den culpa-Begriff;¹ damit wird denn aber die Haftung wieder viel zu eng eingegrenzt. Gewisse Gefahren lassen sich von bestimmten Unternehmungen deren Natur nach nicht trennen, sie sind also nicht allgemein abwendbar (s. S. 151), und doch erscheint die Haftung des Unternehmers als gerechtfertigt, es muß also von dessen Person² und folglich von einem Verschulden abgesehen werden. Gerade die eigentümlichen Gefahren, welche aus der Natur eines Unternehmens hervorgehen, gilt es ohne Rücksicht auf die Diligenz des jeweiligen Inhabers in den Bereich der Haftpflichtigkeit des Unternehmers einzuschließen, und es entspricht ihr Einschluß in den Kreis der zum Ersatz verpflichtenden Vorfälle

¹ Es wird denn auch die höhere Gewalt öfters geradezu als Negation des Verschuldens gefaßt, cf. Goldschmidt „Ztschr. f. Handelsr.“ III, 112; Gerth „der Begriff der vis maior“ 186 a. a. O.; Gelpcke „Gutachten f. den 22. Juristentag“ I, 363; auch Dernburg erklärte früher (cf. 2. Aufl. der „Handelst.“ h. tit. Alg. 6) daß „in der Regel“ zum Vorliegen von vis maior „Vermeidung jeder culpa genügt“; (bei den Gewerbegeschäften der Wirte und Schiffer schiebe sich zwischen culpa und vis maior, die in anderen Fällen aneinander grenzen“ die Verpflichtung zu den „zweckmäßigsten Einrichtungen“ ein).

² Zutreffend bemerkt Baron (im „Archiv f. d. civil. Praxis“ 78, 294), daß bei Feststellung der Unüberwindlichkeit „die Person des Schuldners außer Acht zu lassen ist“.

auch offenbar den Intentionen jener gesetzlichen Bestimmungen.¹

So ist es unvermeidlich, daß infolge der Dampf-
betriebe Pferde scheu werden und dadurch Unfälle
herbeigeführt werden, denn man kann unmöglich alle
Wagen und Reiter von der Annäherung an von
Bahnen befahrene Strecken absperren; dennoch recht-

¹ Vgl. Cosack („Lehrb. d. Handelsr.“ 2. Aufl. 398):
„... ein Unfall, der im Frachtbetriebe des Frachtführers
entstanden ist, gilt niemals als höhere Gewalt. So selbst
dann, wenn der Unfall auch bei Anwendung aller denkbaren
Vorsichtsmaßregeln nicht zu vermeiden war“. — Mit Recht
zieht Hölder (in der „Krit. Vierteljahrschrift f. Gesetzgebung
und Rechtswissensch. VIII, 535) unter die vom Unternehmer
eines Gewerbebetriebs zu tragenden Gefahren alle diejenigen,
„welche durch die besondere Beschaffenheit des bestimmten Be-
triebes gegeben sind, sodaß derjenige Schaden den Unternehmer
treffen soll, welcher die seiner Unternehmung anvertrauten ...
Sachen oder Personen trifft, durch solche Zufälle, welchen die
besondere Beschaffenheit des bestimmten Betriebes jene Sachen
oder Personen aussetzt“. — Mit diesen Ausführungen harmo-
niert der Ausspruch Dernburgs in der 4. Aufl. seiner Pan-
decken (S. 108), daß die Ausdehnung der Haftung bei gewissen
Unternehmen diesen „gleichsam“ den Charakter einer „Ver-
sicherungsanstalt für die mit ihnen in Verkehr Treten-
den“ gebe; auch kommt das Moment der Singularität des Kausal-
zusammenhangs insofern bei ihm zum Ausdruck, als nach seiner
jetzigen Definition die höhere Gewalt Unfälle begreifen soll,
„so außerordentlicher Art, daß im Verkehr mit ihnen nicht
im Voraus gerechnet werden kann, daß sie im regel-
mäßigen Geschäftsgang also nicht in Berücksichtigung ge-
zogen werden.“

fertigt sich die Ersatzpflicht des Unternehmers, weil derartige Unfälle generell vorhersehbar sind, weil sie der Eigentümlichkeit des Betriebs, der Schnelligkeit und dem Geräusch der Bewegung, entspringen. (Zutreffend Reichsgericht „Entsch. in Civil.“ XIX, 37: der Unternehmer „muß auf auf diese Unfälle gerüstet und gefaßt sein“. — Die Behandlung dieser Fälle in früheren Entscheidungen (s. Eger S. 134) läuft auf den nackten culpa-Standpunkt hinaus. Das Ausströmen von Kohlenstaub ist nach dem heutigen Stand der Technik mit dem Eisenbahnbetrieb untrennbar verbunden, dennoch muß der Unternehmer für daraus entstandene Beschädigungen, als Folgen des normalen Betriebes, aufkommen. (Zutreffend Reichsgericht „Entsch.“ XI, 146: Ein Bahnbediensteter hatte ein Auge infolge eingedrungenen Kohlenstaubs verloren). Das Reichsgericht hat zutreffend ausgesprochen („Eisenbahnrechtl. Entsch.“ III, n. 186), daß der durch den Wechsel der Lufttemperatur (plötzlichen Frost) herbeigeführte Bruch eines Radreifens für die Bahn nicht den Einwand der höheren Gewalt begründet; wenn es diese Entscheidung damit motiviert, daß das Ereignis „nicht außer Zusammenhang mit objektiven Fehlern des Betriebs“ stehe, und den konkreten „objektiven Fehler“ ausdrücklich als einen „unverschuldeten“ erklärt, so ist damit doch nichts anderes bezeichnet als der typische Zusammenhang mit dem Betrieb und solchen Gefahren, die der Betrieb normalerweise begründet. Daß Bedienstete während Ausübung des Dienstes erkranken, ist natürlich nicht zu vermeiden,

dennoch ist die Haftung des Dienstherrn für die bei einer plötzlichen Erkrankung im Dienst erlittene Beschädigung gerechtfertigt, sofern dieselbe im Dienst ihre Erklärung findet, so wenn etwa der während der Fahrt erkrankte Schaffner vom Trittbrett stürzt und unter die Räder gerät, denn derartige Erkrankungen sind im Ganzen vorauszusehen und hier ist es der Dienst, welcher seine Krankheit erst gefährlich gemacht hat.

Im Einzelnen ist hier zu den in der überreichen Literatur über *vis maior* und in der Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Ansichten nicht Stellung zu nehmen. Es war nur auf die Konsequenzen des hier entwickelten Grundgedankens bezüglich der unter jenem Namen behandelten Fragen hinzuweisen.

Unter den Ausdruck „höhere Gewalt“ der Gesetze würden meiner Auffassung gemäß Unglücksfälle zu ziehen sein, wie die durch das unvernünftige Anstürmen des Publikums auf einen einfahrenden Eisenbahnzug entstandenen (sofern sich nicht bereits aus dem Gesichtspunkt eines Verschuldens der Verletzten die Ersatzfreiheit der Bahn ergibt), vorausgesetzt natürlich, daß die Bahn die dem zu erwartenden Andrang des Publikums entsprechenden Vorkehrungen getroffen hat. (cf. Reichsgericht in „Jurist. Wochenschrift“ Jhrg. 1888; 25, 185). Ferner Unglücksfälle, die durch das Verhalten Unzurechnungsfähiger in singulärer Weise sich mit dem Betrieb eines Unternehmens verknüpfen. So wenn ein Wahnsinniger sich der in Bewegung befindlichen Trambahn entgegen gestürzt hat. Daß dagegen Kinder bei einem durch die Straßen der Stadt gehenden

Bahnbetrieb dadurch verunglücken, daß sie nicht schnell genug ausweichen können, ist bei Anlage der Bahn voraussehbar (ebenso wie der durch Scheuwerden von Tieren erwachsende Schaden); bei Verletzung eines Kindes wird in concreto zu untersuchen sein, ob sich der Unfall in singulärer Weise zugetragen hat und deshalb eine Haftbarkeit der Bahn nicht zu begründen vermag. (Aus letzterem Gesichtspunkt läßt sich auch die eine Ersatzpflicht, auf Grund der Annahme höherer Gewalt,¹ verneinende, schon citierte Entscheidung des Reichsgerichts in „Entsch.“ XXI, 13 ff. dem Resultat nach rechtfertigen, weil hier — wie auch das Gericht, freilich nur zum Schlusse seiner Begründung, hervorhebt — der Pferdebahnwagen im Schritt gefahren ist, also „die eigentümlichen Gefahren des Betriebs gar nicht vorgelegen haben“, und das Kind von der Seite kommend plötzlich zwischen die Pferde und den Wagen gelaufen war). Speziell kann auch hier, wie allge-

¹ Während in der Entscheidung in „Eisenbahrechtl. Entsch.“ I, 51 generell verneint wurde, daß in dem Verhalten eines Kindes eine höhere Gewalt erblickt werden könne. Im Allgemeinen scheint jedoch das Reichsgericht hinsichtlich dieser Fälle den unserer Auffassung entsprechenden Standpunkt einzunehmen, daß die Frage der Ersatzfreiheit, d. h. dem Gesetz gegenüber die Frage des — im Prinzip hier als möglich anzuerkennenden — Vorliegens einer höheren Gewalt nach den konkreten Umständen beantwortet werden muß. (So wird mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage die höhere Gewalt und damit die Ersatzfreiheit verneint in den Entscheidungen: „Eisenbahrechtl. Entsch.“ II, 291; „Entsch. in Civils.“ I, 276, XIV, 83).

mein, das Verschulden eines Dritten (so der Eltern)¹ die Bedeutung haben, daß dadurch der Zusammenhang zwischen der Verletzung und dem Betrieb zu einem singulären, und deshalb die Bahn befreit wird (jemand stößt ein Kind unter den Wagen).

Werden Hindernisse auf ein Eisenbahngleise gelegt oder wird sonstwie der Zug zum Entgleisen gebracht, so wird eine konkurrierende Haftung der Bahn dann nicht anzunehmen sein, wenn nach der konkreten Sachlage sich der Unfall als ein rein singulärer darstellt, etwa eine Bande die Bahnwärter überfällt, knebelt, die Geleise aufreißt. Haben aber in der gewöhnlichen Weise Burschen aus Unfug Steine auf das Geleise geworfen, so wird sich eine Haftung der Bahn auch unabhängig von einem Verschulden (Nachlässigkeit des Wärters) ergeben (a. Anf. u. a. Eger S. 131), z. B. auch dann, wenn die Strecke deshalb augenblicklich unbeaufsichtigt war, weil den Wärter ein Schlaganfall getroffen hat, weil die Bahnverwaltung dafür zu sorgen hat, und sie allein in der Lage ist dafür zu sorgen, daß das Geleise frei ist. Analog verhält es sich mit der Haftung der Bahn gegenüber dem verletzten Insassen des Wagens, dessen betrunkenen Kutscher

¹ Das Reichsgericht scheint in diesen Fällen dem Verschulden eines Dritten schlechthin die Bedeutung absprechen zu wollen; so erklärt es in den cit. Entscheidungen „Eisenbahnrechtl. Entsch.“ II, 292 und „Entsch. in Civils.“ I, 278 das Verschulden der Eltern für absolut unerheblich. Diese Auffassung steht mit dem hier entwickelten Prinzip im Widerspruch.

blindlings in den Bahnzug hineingefahren ist. Hier würde nicht unbedingt (wie Endemann „Kommentar“ S. 59 und die bei Eger S. 136 Citirten, anscheinend auch Eger selbst, annehmen) die Bahn erfaspflichtig zu machen sein, vielmehr nur dann, wenn der erwähnte Zusammenhang mit dem Betrieb bestand, so wenn, gleichviel ob durch ein Verschulden, die Barriere offen geblieben war. —

Die bisherigen Ausführungen ergeben, daß es wegen der Unbestimmtheit des Begriffs der höheren Gewalt an sich wohl möglich ist, in den gesetzlichen Bestimmungen, welche sich ihrer bedienen, im allgemeinen zu einer entsprechenden Begrenzung der bezüglichen Erfaspflichten zu gelangen. Andererseits ist aber eben wegen dieser Unbestimmtheit des Begriffs keine Gewähr für eine richtige Abgrenzung gegeben. Sodann ist es vom theoretischen Standpunkt nicht zu billigen, daß die beiden in keinen klaren Zusammenhang gebrachten und gleichzeitig nicht erschöpfenden Gesichtspunkte „eigenes Verschulden“ und „höhere Gewalt“ ganz unvermittelt neben einander stehen. Eine Konsequenz hiervon ist die bereits betonte Notwendigkeit, das selbständige Verhalten Dritter, um ihm einen beschränkenden Einfluß auf die Erfaspflicht zu gewähren, unter die „höhere Gewalt“ zu subsumieren, wodurch dem Sprachgefühl Gewalt angethan wird.

5. Analog wie die Grenze der Haftpflicht überhaupt bestimmt sich der Umfang derselben. Wenn durch das selbständige Eingreifen des Verletzten oder eines Dritten in den Kausalverlauf (bzw. auch durch eine

schuldhafte Passivität des Verletzten, s. ob.) der Schaden weitert ist, so kann für diesen insoweit der Handelnde nicht verantwortlich gemacht werden. Und überhaupt kann der durch singuläre Verkettungen von Ereignissen im oben ausgeführten Sinne erwachsene größere Umfang des Schadens auf Grund des Prinzips des aktiven Interesses und der Einwirkungsmöglichkeit jenem nicht zur Last gelegt werden, vielmehr kann hieraus nur eine Verantwortlichkeit für die in typischen Zusammenhängen entspringenden Schädigungen begründet werden.¹ Wenn der beim Betrieb verletzte Arbeiter auf dem Wege zum Arzt überfahren und dadurch arbeitsunfähig wird, so kann man den Unternehmer nicht auch in Bezug auf den aus der zweiten Verletzung entstandenen Schaden ersatzpflichtig machen, obgleich ein kausaler Zusammenhang besteht.

Der (wesentlich der Sachbeschädigung angepasste, den über den zerstörten Sachwert hinausgehenden Schaden bezeichnende) Begriff des „indirekten“ Schadens, mit welchem so vielfach operiert wird, erscheint dagegen nicht als praktikabel. Derselbe vermag eine Haftungs-

¹ Auch die durch Verschulden begründete Haftung ist nicht auszudehnen auf jeden Schaden, der irgendwie in einem Bedingungsverhältnis zur That steht. (Man vgl. das Beispiel Dernburgs II, 125 Abg. 7: der schuldhafte Beschädiger eines Hauses ist nicht verantwortlich für den Schaden, welchen die bei der Reparatur des Hauses beschäftigten Arbeiter durch Diebstahl begehen.) Ob indessen nicht der Intensivität der Schuld doch irgend ein Einfluß einzuräumen sei in Bezug auf den Umfang der Haftung, bleibe hier dahingestellt.

grenze nicht an die Hand zu geben, da er sich weder mit demjenigen Schaden deckt, der außerhalb des in concreto, noch mit demjenigen, der außerhalb des in genere Vorhersehbaren liegt; derselbe wird sich vielmehr häufig als ein vorhersehbarer und demnach zu ersetzender darstellen.¹ Man vgl. den dem Reichsgericht („Eisenbahnrechtl. Entsch.“ III, n. 84) vorgelegenen Fall: Ein Handarbeiter hatte sich seines bei einem Unfall verletzten rechten Armes längere Zeit hindurch nicht in der früheren Weise zur Arbeit bedient und infolge dieser Entwöhnung war die Gebrauchsfähigkeit des inzwischen vollständig geheilten Armes vermindert worden. Das Reichsgericht nahm (im Gegensatz zu beiden Vorinstanzen) mit Recht an, daß, wenn der Verletzte infolge der Verletzung aufhören mußte, sich des Armes in der früheren Weise zu bedienen, und diese Entwöhnung ohne sein Ver-

¹ So müßten unter die „durch die Benutzung von Grundstücken zu Truppenübungen entstehenden Schäden“ (§ 14 Ges. v. 13. II. 1875) auch diejenigen „indirekten“ Schäden gezogen und demnach ersetzt werden, welche den beteiligten Landwirten infolge von Schießübungen mit scharfen Patronen durch Störung in ihrer Arbeit und Zeitverlust erwachsen (Vgl. Bhdlg. des els.-lothr. Landesauschusses v. 6. März 1895). — Das Oberlandesgericht Colmar (in einer Entsch. v. 28. November 1894) hat ausgesprochen, daß zu den gemäß dieser Gesetzesbestimmung zu ersetzenden Schäden auch diejenigen zu rechnen sind „die aus Anlaß der Benutzung von Grundstücken entstanden sind“, so „die nachweisbare Verringerung des Jagdertragnisses, wenn durch Scharfschießen das Jagdgebiet unzugänglich gemacht und das Wild verschreckt worden ist“.

schulden zur Minderung der Gebrauchsfähigkeit geführt hatte, der für den Unfall verantwortliche Unternehmer auch für den durch die verminderte Gebrauchsfähigkeit dem Arbeiter erwachsenen Schaden (die Differenz zwischen dem früher und dem im jetzigen Zustand verdienten Lohn) haftbar ist, da es „für die Haftpflicht unerheblich erscheint, ob die Minderung der Gebrauchsfähigkeit eine unmittelbare oder eine mittelbare Folge des Unfalls darstellt“.

5. Anwendung des Prinzips auf die im Teil I. besprochenen Kollisionsfälle.

In Anwendung des Prinzips des aktiven Interesses sind also die im Teil I. dieser Untersuchungen betrachteten Notstandshandlungen sowie die ihnen daselbst als verwandt an die Seite gestellten Handlungen prinzipiell als ersatzpflichtige anzuerkennen. Die Frage, ob in ihnen eine Auflehnung gegen die Rechtsordnung enthalten ist, hat mit derjenigen, ob die Kosten derselben von dem im Notstand Handelnden oder von dem passiv Beteiligten zu tragen sind, nichts zu thun; beide sind prinzipiell zu scheiden.

Bei vielen dieser Handlungen ist die Ersatzpflicht denn auch längst anerkannt. So beim Notweg (als iter ad sepulcrum) schon im römischen Recht (justo pretio iter praestari l 12 D 11, 7), hinsichtlich sonstiger Notwege durch Gerichtsgebrauch und Partikularrecht. Desgleichen konnte schon nach römischem Recht

die Wegnahme der auf das fremde Grundstück geratenen Sachen nur nach vorheriger cautio damni infecti für etwaigen dem Grundstück erwachsenden Schaden erfolgen, und die Vorzeigung von Sachen durch den Interessenten nur auf seine Kosten verlangt werden (l 9 D 10, 4 — l 11 § 1 D eod. tit. l 12 § 1 D 16, 3). Für den Schadenersatz im Falle der großen Havarie war schon in der lex Rhodia das Verfahren geregelt (l 2 pr. D 14, 2).

In den Fällen der Expropriation, des durch die Post, durch den Strandvogt, durch militärische Übungen,¹ zur Verhütung der Ausbreitung von Krankheiten² an-

¹ Kürzlich hat sich hier im Elsaß folgender Vorfall ereignet. Es war eine Truppenübung mit Scharfschießen beabsichtigt. Einer Vorstellung der Gemeinde dieselbe wegen der Erntearbeiten hinauszuschieben, wurde seitens der meisten Kommandeure entsprochen; ein Regiment aber hielt das Scharfschießen ab. Ein Landmann, im Glauben die ganze Übung sei abgestellt, begab sich, ungehindert durch irgend welche Warnungen, auf sein Feld hinaus und wurde hier durch ein Geschosß arbeitsunfähig gemacht. Der Verunglückte liegt jetzt im Prozeß mit dem Militäriskus. Soll in solchem Falle die Entschädigung davon abhängen, ob ihm der Nachweis eines Verschuldens z. B. eines Wachtpostens gelingt?

² Mit Recht hat das Landgericht Metz (s. Buchelt „Ztschr. f. franz. Civilr.“ 22, 516) ausgesprochen, daß ein Entschädigungsanspruch gegen den Landesiskus wegen der bei Neblausgefahr erfolgten Vernichtung von Nebeln sich nicht auf art. 1382 f. c. c. stützen lasse, sondern ausschließlich auf das Neblausgesetz und die zu seiner Ausführung ergangenen Bestimmungen, „mangels Verschens des im N o t f a n d, zur Abwendung der all-

gerichteten Schadens, in den im § 826 C., in art. 554, 643 c. c. vorgesehenen Fällen, überall ist in den bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen eine Ersatzpflicht ausdrücklich ausgesprochen.

In anderen gleichgelagerten Fällen dagegen kämpft dieselbe noch um ihre Anerkennung.

So bei dem der Expropriation ganz analogen¹

gemeinen, dem Weinbau drohenden Gefahr handelnden Beklagten.“

Dernburg (4. Aufl. 354) stellt, ohne Einschränkung gegenüber dem heutigen Recht, den Satz auf: „Gesetzmäßige Handlungen der Obrigkeit, z. B. Tötung von Vieh wegen Ausbruchs der Rinderpest, machen nicht haftbar“. Aber über diese Haftbarkeit ist für das heutige Recht durch bekannte Spezialgesetze doch jeder Zweifel ausgeschossen.

¹ Unger (l. c. 98 Abg. 1) behauptet, bei Koordinierung der Ersatzpflicht im Falle der Expropriation und derjenigen zu Gunsten unschuldig Verurteilter werde der „wesentliche Unterschied“ übersehen, daß die Expropriation einen bewußten, absichtlichen Eingriff in die fremde Rechtssphäre enthält, während es sich hier um einen irrtümlichen unverschuldeten Eingriff in die Freiheitsphäre eines Schuldlosen handelt“. Aber einen „unverschuldeten“ Eingriff in die Sphäre „eines Schuldlosen“ bildet die Expropriation doch gewiß auch, oder will Unger hier etwa ein *damnum injuria datum* annehmen?! Warum und inwiefern aber aus dem sonach allein übrig bleibenden Gegensatz zwischen einem „absichtlichen“ und einem „irrtümlichen“ Eingriff ein „wesentlicher Unterschied“ für die Begründung der Ersatzpflicht des Staates folgen soll, hat Unger in keiner Weise dargethan. Hier wie dort handelt es sich um Anwendung des für „unverschuldete Eingriffe in die Sphäre eines Schuldlosen“ allgemeine Gültigkeit beanspruchenden Schadenersatzprinzips speziell auf Konflikte zwischen öffentlichen Interessen und recht-

Thatbestand der unschuldigen Untersuchungs- und Strafhast (jetzt soll sie bekanntlich wenigstens hinsichtlich letzterer gesetzlich ausgesprochen werden): Auch hier wird ein rechtmäßiges Interesse des Einzelnen der Gesamtheit zum Opfer gebracht, auch hier muß der Einzelne leiden für das überwiegende Interesse der Gesamtheit und deshalb muß auch hier dieser Einzelne von der Gesamtheit thunlichst entschädigt werden.

Wie steht es mit dem Ersatz des durch polizeiliche Absperrungsmaßregeln entstandenen Schadens? Eine Bestellung oder Lieferung konnte nicht rechtzeitig an ihre Adresse gelangen, weil unerwartet wegen Ankunft einer fürstlichen Persönlichkeit oder Durchmarschs von Truppen der Verkehr gesperrt, der Wagen nicht durchgelassen wurde, wie dies in Berlin sich so häufig ereignet? In Kiel hatte aus Anlaß der letzten Anwesenheit des Kaisers von Rußland der Besitzer eines bekannten, nahe dem Meer gelegenen Etablissements im Hinblick auf den großen in seinem Lokal zu erwartenden Gästezufluß bedeutende Vorräte von Lebensmitteln angeschafft und sonstige Vorkehrungen getroffen. In letzter Stunde wurde durch die Polizei längs des Strandes ein Gordon gebildet, welcher den Besuch des Lokales unmöglich machte, sodaß der Wirt mit seinen Vorräten allein saß. Auf einen Prozeß wagte er es,

mäßigen Privatinteressen. Die Anwendung dieses Prinzips aber auch in der Sphäre dieser Konflikte erscheint als eine Konsequenz der Anerkennung einer Rechtsstellung des Individuums der Staatsgewalt gegenüber.

nach eingeholtem Rechtsgelehrtenrat, nicht ankommen zu lassen. Entspricht es der Gerechtigkeit, daß er den ihm verursachten erheblichen Schaden ganz auf sich sitzen lassen muß?

Daß weder die Haftung der Unternehmer noch diejenige für Tiere im *G.* eine entsprechende, einheitliche Regelung erfahren haben, dürfte aus dem früher Ausgeführten hervorgehen.

In zu engem Umfange anerkannt scheint mir sodann die Ersatzpflicht für den durch eine ungünstige Mitteilung einem Dritten zugefügten Schaden (§ 748). Sie soll nur eintreten hinsichtlich unwahrer Mitteilungen, und nur wenn der Mitteilende die Unwahrheit der Mitteilung kannte oder hätte kennen müssen, und nach Absatz 2 — „Eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt war, verpflichtet diesen nicht zum Schadenersatze, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte“ — soll bei Vorliegen eines berechtigten Interesses die Ersatzpflicht sogar schlechthin entfallen, also selbst dann, wenn der Mitteilende die Unwahrheit hätte kennen sollen. Die Kommission hat gefürchtet, durch Aufstellung einer über diese Bestimmung hinausgehenden Ersatzpflicht die Thätigkeit der Kreditauskunftsbüreaus zu unterbinden (Jahrbücher 60, 251). Diesem Bedenken kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden, da bei Statuierung einer allgemeinen Ersatzpflicht, auch bei Vorliegen eines berechtigten Interesses, bloß den Fall der erweislichen Wahrheit der Mitteilung ausgenommen — wie eine

solche als Konsequenz einer strengen Durchführung des Prinzips des aktiven Interesses sich ergeben würde — in der That die hier in Frage stehenden Interessen dem Erfolg nach in ihrer Geltendmachung geradezu gelähmt würden, insbesondere diese Büreaus, in die Notwendigkeit versetzt, vor jeder Mitteilung sich zu fragen, ob sie auch mit dem erforderlichen Aktenmaterial für deren Wahrheitsbeweis ausgerüstet seien, sich wohl nicht würden behaupten können. Und weil Handel und Verkehr ein lebhaftes Interesse daran haben, daß diese Interessen sich geltend machen können, daß die Möglichkeit besteht, über die Kreditwürdigkeit einer Person sich eine Auskunft zu verschaffen, desalb kann hier eine Haftung in dem bezeichneten Umfang allerdings nicht verlangt werden.

Aber diese Rücksichtnahme auf das wirtschaftliche Interesse fordert und rechtfertigt keineswegs eine derartige Einschränkung der Ersatzpflicht, wie der *G.* sie vorsieht.

Über dem wirtschaftlichen Interesse an Erhaltung der Kreditauskunftsbüreaus darf man doch das Interesse des Einzelnen an einem Schutze gegen Schädigung durch unwahre Mitteilungen, wie sie ihm gerade durch diese Büreaus in hohem Grade droht, nicht ganz preisgeben. Mir ist in der Berliner Praxis der Fall vorgekommen, daß ein Versicherungsagent infolge der Verbreitung eines unwahren Gerüchtes nicht bloß seine bisherige Stellung verlor, sondern, da dasselbe auch zur Kenntnis eines bekannten Auskunftsbüreaus gelangt war, längere Zeit hindurch überhaupt keine Stellung zu finden vermochte. Entspricht es in solchem Falle

etwa der Gerechtigkeit oder ist es durch das Verkehrsinteresse gefordert, daß dieser Unschuldige den Schaden stets auf sich sitzen lassen muß, wenn ihm nicht der Nachweis der Unwahrheit und eines Verschuldens gelingt, und daß selbst bei Gelingen des doppelten Beweises die Ersatzpflicht trotz einer untergelaufenen Fahrlässigkeit abgeschüttelt werden kann durch Darlegung eines berechtigten Interesses?

Unbedingt erforderlich wäre es zunächst, die Übereinstimmung der civilrechtlichen Bestimmung mit der parallelen strafrechtlichen außer Zweifel zu stellen. Die Kommission ging von der Ansicht aus (Jahrbücher 60, 260), daß die Ersatzpflicht der im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohten ehrverletzenden Handlungen aus den allgemeinen Vorschriften über rechtswidrige Handlungen sich als selbstverständlich ergebe. Aber trifft denjenigen, dem der in § 186 St. G. B. verlangte Wahrheitsbeweis nicht gelingt, darum stets der Vorwurf eines „Verschuldens“ im Sinne des § 746 C.? Dies erscheint doch immerhin zweifelhaft; jedenfalls sollte die Übereinstimmung deutlicher zum Ausdruck gebracht sein. Daß aber eine Inkongruenz zwischen Straf- und Civilrecht, wie sie sich aus der nach § 186 begründeten Strafbarkeit einer Handlung bei gleichzeitiger, aus der Verneinung eines Verschuldens gemäß dem C. folgender Verneinung ihrer Ersatzpflicht ergeben würde, eine höchst auffällige und nicht zu motivirende wäre, dürfte ohne weiteres einleuchten.¹

¹ Es würde sich hier dasselbe unlogische Verhältnis ergeben, wie für das heutige Recht nach dem früher bekämpften

Über nicht bloß für die in § 186 St. G. B. hervor-
gehobenen besonders qualifizierten Mitteilungen, sondern
allgemein müßte eine Ersatzpflicht ohne Unterscheidung,
ob der Mitteilende die Mitteilung den Umständen
nach für wahr halten konnte oder nicht, dann schlechthin
anerkannt werden, wenn ihm kein berechtigtes Inter-
esse zur Seite steht, wenn ihn die Sache gar nichts
anging, wenn er also lediglich aus Freude am Klatsch,
„ohne sich etwas Böses dabei zu denken“, seinen Mit-
menschen bewußt schädigt, dessen Kredit untergräbt,
ihn um eine in Aussicht stehende Stellung bringt.
Und ebenso angemessen, wie bei mangelndem Ver-
schulden, aber gleichfalls mangelndem berechtigten Inter-
esse, erscheint die Ersatzpflicht dort, wo zwar ein be-

Standpunkt des Reichsgerichts (in „Entsch.“ V, 161) hinsicht-
lich der nicht durch § 54 St. G. B. gedeckten Notstands-
handlungen: Bejahung der Strafwürdigkeit bei gleichzeitiger
Verneinung der Ersatzpflicht wegen mangelnden Verschuldens.
Das umgekehrte Verhältnis wäre doch noch eher verständlich!
Ob jemand bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 186
St. G. B. stets Strafe verdient, darüber ließe sich immerhin
streiten, aber dringend wünschenswert ist, daß ich denjenigen,
der eine derartige Mitteilung — ohne ein berechtigtes Interesse
— über mich verbreitet, jedenfalls ersatzpflichtig machen kann.
Auch setzt das Strafgesetzbuch in seiner Bestimmung über die
Buße (in § 188) die Existenz eines zivilrechtlichen Ersatz-
anspruchs offenbar voraus; soll doch die zuerkannte Buße „die
Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs“ aus-
schließen und darf doch der Strafrichter — und die Benützung
dieser Befugnis bildet m. W. geradezu die Regel — den Ver-
schädigten auf den Civilweg verweisen.

rechtigtes Interesse an der Mitteilung unter Voraussetzung ihrer Wahrheit gegeben ist, die Nachricht aber leichtfertig, auf leeres Gerede hin für wahr angenommen und weiter verbreitet wurde, also eine Fahrlässigkeit vorliegt.

§ 748 wäre demgemäß dahin umzuformen:

„Wer eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat demselben den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen, sofern diese Behauptung nicht erweislich wahr ist.“

Eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt war, und hinsichtlich deren ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt, verpflichtet ihn nicht zum Schadenersatz, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.“

Wie die jetzige Bestimmung des G., so ist auch die wenig glückliche Normierung der Erfasspflicht in § 4 des soeben veröffentlichten Entwurfs eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu eng. Die Bestimmung in Absatz 1 — „Wer über ein Erwerbsgeschäft, über die Person seines Inhabers Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, welche geeignet sind, den Absatz des Geschäftes oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Behauptungen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet“ wird in ihrer Bedeutung in Frage gestellt durch die nachfolgenden Bestimmungen: „Die Bestimmungen des

ersten Absatzes finden keine Anwendung, sofern die Absicht, den Absatz des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, bei dem Mitteilenden ausgeschlossen erscheint. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatten“. Denn hier wird die Ersatzpflicht außerdem abhängig gemacht erstlich von einer Absicht des Mitteilenden, den anderen zu schädigen, zweitens davon, daß der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung kein berechtigtes Interesse an der Mitteilung hatte. Der Entwurf freilich subsumiert das letztere Erfordernis unter das erstere, als wenn ein berechtigtes Interesse bei einem der Beteiligten stets die Schädigungsabsicht bei dem Mitteilenden ausschliesse. Aber dies ist offenbar nicht der Fall: ein berechtigtes Interesse bei dem Empfänger kann mit einer Schädigungsabsicht bei dem Mitteilenden wohl zusammen bestehen, und diese bildet überhaupt keinen logischen Gegensatz zum berechtigten Interesse. Hiernach würde die Ersatzpflicht entfallen, wenn jemand den Kredit eines andern durch eine leichtfertige Behauptung unwahrer Thatsachen schädigt, falls er dabei keine Schädigungsabsicht hatte, oder zwar in solcher Absicht handelte, aber die Mitteilung jemandem machte, der ein berechtigtes Interesse daran hatte. Daß dies aber den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand.

Ich wende mich den unter § 192 und, in Ermanglung einer Spezialbestimmung, unter § 746 E. fallenden Notstandshandlungen zu, von denen die Untersuchung ihren Ausgang genommen hat. Da nach ersterem Paragraphen ein Ersatzanspruch nur bei Verschulden des Handelnden besteht, und da die in § 746 anerkannte Ersatzpflicht durch jeden Nachweis eines entschuldbaren Irrtums beseitigt werden kann,¹

¹ Ein Antrag, die Ersatzpflicht auszudehnen auf die Fälle, wo der Handelnde in entschuldbarem Irrtum über die Erlaubt-

bei der Bestrittenheit dieser ganzen Materie aber der Thäter „es stets wird plausibel machen können, daß er in entschuldbarem Rechtsirrtum die Notstandshandlung für erlaubt gehalten habe“ (Unger), so würde faktisch nach der derzeitigen Regelung des E. in diesen Notstandsfällen der vom Rechtsgefühl unbedingt erforderte Schadensausgleich kaum je zu erlangen sein.

Fragen wir nun aber, wie sich die Ersatzpflicht gestalten würde, wenn man lediglich, in der früher bezeichneten Weise, die Notstandshandlungen in einem einheitlichen Paragraphen als rechtmäßige zusammenfaßte, so ergiebt sich, daß damit allein hinsichtlich der Ersatzpflicht ein befriedigenderes Resultat keineswegs erlangt wäre. Denn der Notstand als solcher kann natürlich keine Ersatzpflicht begründen, eine ohne sein Vorliegen ersatzfreie Handlung unmöglich, wenn sie unter dem Drucke eines Notstands begangen ist, ersatzpflichtig werden, vielmehr handelt es sich ja lediglich darum, daß er keinen negativen Einfluß ausüben, nicht von einer sonst begründeten Ersatzpflicht befreien soll. Die Ersatzfrage in Notstandsfällen ist also auf das allgemeine Schadensersatzrecht verwiesen.¹ Der E. hat

heit der Handlung sich befand, wurde von der Kommission abgelehnt. (Jahrbücher 57, 721).

¹ Speziell ist nicht zu übersehen, daß falls die im Notstand erfolgte Verletzung sich innerhalb eines zwischen dem Handelnden und dem Verletzten bestehenden Obligationsverhältnisses ereignet (der Verkäufer verwendet die verkaufte, noch in seinem Besitz befindliche Sache zur Abwehr einer seinem

sich denn auch zutreffend dahin ausgedrückt, daß die Ersatzpflicht durch den Notstand „nicht ausgeschlossen“ werde. Da nach seiner Auffassung die Notstandshandlung rechtswidrig bleibt, so handelt es sich bei ihm um eine durch Verschulden begründete Ersatzpflicht, an welcher durch den Notstand nichts geändert werden soll.¹ Entsprechend wäre nach unserer Auffassung dem die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung in weiterem Umfang, als es seitens des E. geschieht, anerkennenden Paragraphen die gleiche Bestimmung anzuschließen. Da nun aber nach geltendem Recht und auch noch nach dem E., wie wir gesehen haben, in der Regel in wie außerhalb von Kontraktverhältnissen bloßes Entstehen für Verschulden Grundsatz ist, der Notstand aber (unter Voraussetzung eines überwiegenden Interesses) nach unserer Ansicht der Handlung den Charakter der Rechtmäßigkeit verleiht, so würde er indirekt seinen Einfluß dahin geltend machen, daß er die Handlung der Verantwortlichkeitsphäre des Handelnden entzöge. Nur ausnahmsweise würde daher der Geschädigte zu einer Entschädigung gelangen, in Verhältnissen, wo, wie in den früher angeführten,

Interesse drohenden Gefahr; desgl. der Mieter die gemietete, der Entleiher die geliehene Sache), dessen Grundsätze in erster Linie maßgebend sind.

¹ Ein Vorschlag, bei Notstandshandlungen (abgesehen von § 192) die Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden als „obligatio ex lege“ zu gestalten, wurde von der Kommission „als zu weitgehend“ abgelehnt (Jahrbücher 57, 721).

derzeit bereits eine weitere Haftung Anerkennung gefunden hat.¹

Im Allgemeinen aber wird dem durch eine Notstandshandlung Verletzten die ihm gebührende Entschädigung nur zu Teil werden auf Grund einer veränderten, vom culpa-Prinzip emanzipierten Gestaltung des Schadenersatzrechtes überhaupt, speziell der Anerkennung des Prinzips des aktiven Interesses in Kollisionsfällen. Dann würde es sich neben einer Ersatzpflicht bei schuldhaften Handlungen (cf. S. 102 f.) um eine Ersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen kraft des aktiven Interesses (cf. S. 164) handeln, welche durch den Notstand „nicht ausgeschlossen wird“.

Wenn eine Notstandshandlung im Interesse eines andern vorgenommen wird, so gilt in der

¹ In gewissen Verhältnissen, wo jetzt die Haftung ausgedehnt ist bis zur Grenze der „höheren Gewalt“, würde es sich, wenn die Handlung wegen des Notstands gegebenen Falls als rechtmäßig sich darstellte, weiterhin fragen, ob das den Handelnden bedrohende Ereignis unter die „höhere Gewalt“ zu rechnen sei. (Wenn der handelsrechtliche Frachtführer, von Räubern überfallen, sein Leben nur durch Preisgabe des Frachtgutes retten kann, so wäre folgendermaßen zu argumentieren: Da hier das gewährte Interesse ein überwiegendes ist und deshalb die Handlung sich als eine rechtmäßige darstellt, und da außerdem das ihn bedrohende Ereignis sich in der Liste der eine „höhere Gewalt“ darstellenden Ereignisse zu finden pflegt, so tritt in concreto keine Ersatzpflicht ein.

Aber die „höhere Gewalt“ giebt, wie früher ausgeführt wurde, zuverlässige Entscheidungen nicht an die Hand, bildet vielmehr das x in den juristischen Gleichungen.

Regel das früher (S. 184) über die Fälle des Auseinanderfallens von Handlung und Interesse (in dem daselbst bezeichneten Sinne) Gesagte. Unter Umständen ergeben sich hier aber Besonderheiten, nämlich:

1. Wenn derjenige, in dessen Interesse die Notstandshandlung vorgenommen wird, zugleich durch dieselbe geschädigt wird. (Ich rette jemand aus Lebensgefahr, ruiniere ihm aber dabei die Kleider.) Hier tritt keine Ersatzpflicht ein. Hierher gehört auch das von Visz (in der mehrfach cit. Schrift S. 9) angeführte Beispiel der Rettung eines Kindes aus brennendem Hause; Visz meint, die Mutter könne dem Retter die Rechnung präsentieren für zerbrochene Scheiben und beschmutzte Tücher, übersieht dabei aber, daß kraft der *negotiorum gestio* ein Ersatzanspruch gegen den Retter nicht besteht, da derselbe im Interesse des Kindes und zugleich für die Mutter, an Stelle der Mutter gehandelt hat, welche ihrerseits zu diesen Opfern verpflichtet gewesen wäre.

2. Wenn umgekehrt der Handelnde durch seine im Notstand zu Gunsten des anderen vorgenommene Handlung ein eigenes Interesse verletzt (der Retter hat seine Kleider versengt), so kommt ihm in der Regel gemäß dem früher Ausgeführten ein Ersatzanspruch zu. Wenn aber die beschädigte eigene Sache des Handelnden zugleich diejenige ist, durch welche dem anderen die Gefahr drohte, so kommt es für die Ersatzpflicht des Gefährdeten, gerade wie wenn derselbe selbst die schädigende Handlung vorgenommen hätte, wieder darauf an, ob nicht durch die Zugehörigkeit dieser Sache zu dem

Handelnden der früher charakterisierte Kausalzusammenhang zwischen ihm und der Gefährdung des anderen an die Hand gegeben wird. In diesem Falle besteht nur bei eigenem Verschulden des Gefährdeten eine Ersatzpflicht für diesen. (Ein Menageriebesitzer erschießt sein eigenes Tier, um einen Besucher aus dessen Fängen zu befreien: Hat letzterer das Tier in der beliebten Weise mit dem Stocke gereizt, so muß er Ersatz leisten; ist er dagegen vorwurfsfrei, so bleibt der Schaden am Eigentümer hängen.) —

Aus den früheren Ausführungen über die Abgrenzung der aus dem entwickelten Prinzip sich ergebenden Haftung folgt die Ersatzfreiheit des im Notstand Handelnden:

1. Einmal bei eigenem Verschulden des Geschädigten. Ich töte einen mich anfallenden Hund, den sein Eigentümer trotz seiner Bösartigkeit frei hat umherlaufen lassen. Dieser Fall liegt hinsichtlich der Ersatzpflicht nicht anders, als wäre Notwehr gegeben; als wenn ich den vom Eigentümer auf mich gehezten Hund töte.

2. Wenn Verschulden eines Dritten mich in das Verhältnis des Notstands gegenüber dem Verletzten versetzt hat,¹ so muß dieser Dritte letztlich den

¹ Diese Kategorie von Fällen (ad 2.) bietet ein besonderes Interesse auch in strafrechtlicher Beziehung. Sie können auch nach heutigem Recht selbst da straffrei bleiben, wo sie nicht gemäß 54, 52 St. G. B. (oder einer Spezialbestimmung) durch Notstand gedeckt sind. (Ich töte den von A auf meine Heerde oder auf meinen Begleiter, der kein „Angehöriger“ ist, gehezten

Schaden tragen: A. heßt den Hund des B. auf mich, ich kann mich nur retten durch Tötung des Hundes. Ich reiße eine Latte vom Zaun des B., um mich gegen den Überfall des A. zu wehren. A. haftet hier für Ersatz, weil er schuldhaft meine Gefährdung und die lediglich aus dieser hervorgehende Schädigung des B. herbeigeführt hat.¹

Hund). Hierher gehört der berühmt gewordene Fall der Störung des Gottesdienstes durch den Bürgermeister, welcher vom Geistlichen von der Kanzel herab beleidigt, also durch das Verschulden des letzteren der Gemeinde gegenüber in das Verhältnis des Notstands versetzt war, ohne daß ihm jedoch aus § 54 St. G. B. Straffreiheit zu Teil werden konnte. Weil und sofern die Handlung unter solchen Umständen wesentlich den Charakter der Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs trägt, ist sie durch Notwehr gedeckt, auch wenn sie zugleich daneben, sekundär, noch andere Merkmale an sich trägt, welche sie ohne diesen prinzipialen Abwehrcharakter strafbar machen würden. (Es ist daher der bezüglichen Reichsgerichtsentcheidung v. 24. November 1890 im Resultat beizustimmen, entgegen Hauke „die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber beleidigenden Äußerungen seitens der Geistlichen“ und v. Liszt 6. Aufl. S. 121).

¹ Aus demselben Grunde muß z. B. für den Schaden, welcher einem Eigentümer durch das Betreten seines Acker entstanden ist, derjenige haften, dem die Instandhaltung der öffentlichen Straße obliegt und der diese Pflicht vernachlässigt und dadurch den Reisenden in die Notwendigkeit versetzt hat, seinen Weg über das private Besitztum zu nehmen. Im oode rural ist denn auch die Ersatzpflicht der „Communautes“ ausdrücklich ausgesprochen. Aber auch ohne solche ausdrückliche Bestimmung wird diese Ersatzpflicht des zur Instandhaltung verpflichteten Verbands allgemein angenommen. (Vgl. oben S. 52).

3. Aber auch ohne ein Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten ist eine Ersatzpflicht des im Notstand Handelnden dann nicht gerechtfertigt, wenn der Notstand sich zurückführen läßt auf eine Handlung des Geschädigten oder eines Dritten, welche vorgenommen ist in freier Bethätigung eigener Interessen, also unter Verhältnissen, wo der Handelnde das Risiko seiner Handlung im Sinne der früheren Ausführungen zu tragen hat. So wenn im früheren Beispiel der Eigentümer seinen Hund in seinem ummauerten Hof an eine Kette gelegt hat, derselbe aber infolge einer besonderen Kraftanstrengung die Kette zerrissen hat und über die Mauer hinweggesprungen ist. Auch hier muß der Eigentümer den Schaden tragen, denn dadurch, daß er sich den Hund hält und zwar zum Schutze seines Hauses, zu seinem Jagdvergnügen, kurz in seinem Interesse, hat er, wenn auch ohne alles Verschulden, meine Gefährdung herbeigeführt, meinen Notstand veranlaßt. Wie es deshalb gerechtfertigt ist, daß er mir die zerrissenen Kleider oder die Kurkosten zahlt, ebenso gerechtfertigt ist es, daß er den Schaden, welcher ihm durch die zur Abwehr meiner Verletzung erfolgte Tötung seines Tieres erwachsen ist, auf sich sitzen lassen muß. In dem gewählten Beispiel — Gefährdung durch einen Hund — wird sich sonach eine Ersatzpflicht des im Notstand Handelnden nur bei Verschulden desselben begründen lassen. Wir kämen hier also im Ergebnis hinsichtlich der Ersatzfrage mit § 192 C. überein. Aber nicht deshalb, weil hier die Gefahr „durch eine Sache“ droht, rechtfertigt sich hier die

Ersatzfreiheit als Regel, sondern weil eben dasselbe einheitliche Prinzip des aktiven Interesses, welches in der Regel — und zwar auch bei einer „durch eine Sache“ drohenden Gefahr (s. die früheren Beispiele vom Schiffer 2c.) — die Ersatzpflicht des im Notstand Handelnden erfordert, hier ausnahmsweise auf einen anderen Schadensträger hinweist. Hier erfolgt eben die zur Wahrung meines Interesses dienende Handlung in einer Situation, die ihrerseits durch die Geltendmachung eines fremden Interesses herbeigeführt ist, das letztere ist also in Wahrheit das kausale, das aktive, deshalb muß auch auf seinen Träger der entstehende Schaden fallen.

4. In gleicher Weise entfällt die Ersatzpflicht aber überhaupt stets bei einem bloß singulären Zusammenhang eines bestimmten Schadens mit der Notstandshandlung, denn die vorgehenden drei Kategorien stellen sich lediglich als Anwendungen dieses allgemeinen Gedankens dar. Und das gleiche wie hinsichtlich der Begründung, gilt hinsichtlich des Umfangs einer an sich begründeten Ersatzpflicht. So braucht in dem früheren Beispiel der im Notstand zerschnittenen Fischernetze der Schiffer nicht auch den Schaden zu ersetzen, welchen der Fischer auf dem durch die Zerstörung seiner Netze veranlaßten Gange nach dem nächsten Ort zwecks Beschaffung neuer Netze durch einen Unfall erleidet. —

Als Hauptresultate dieser Schrift ergeben sich folgende Forderungen an die Gesetzgebung:

1. Die Notstandshandlung ist, unter Voraussetzung eines in der sozialen Wertung überwiegenden Interesses, im bürgerlichen Gesetzbuch als rechtmäßig anzuerkennen.

Analog sind andere Kollisionsfälle zu behandeln.

Hinsichtlich der nicht rechtmäßigen, aber entschuldbaren Notstandshandlungen, für welche allein es einer strafgesetzlichen Bestimmung bedarf, ist unter Voraussetzung jener Anerkennung der § 54 des Strafgesetzbuches als zweckmäßig anzusehen.

2. Die Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung steht nicht im Widerspruch mit einer Ersatzpflicht des im Notstand Handelnden. Vielmehr subsumiert sich letztere dem allgemeinen Gedanken, daß jeder den aus Bethätigung eigener Interessen hervorgehenden Schaden selbst zu tragen hat.

Dieser Gedanke stellt sich als eine Abzweigung des universelleren Gedankens dar, daß derjenige für Schäden haften soll, in dessen Wirkungs- und Einflußsphäre sie wurzeln.

Diese Gedanken sollen die Regeln für die gesetzliche Ordnung der Schadenstragung an die Hand geben, Regeln, deren Beschränkung besonderer Gründe bedarf.





