



# Kapitel 1

## Grundfragen der Dogmatik des deutschen Haftungsrechts

### A. GRUNDFRAGEN DER VERSCHULDENSHAFTUNG IM DEUTSCHEN RECHT: RECHTSWIDRIGKEIT UND VERSCHULDEN

#### I. Entwicklungsgeschichte der Verschuldenshaftung vor dem Inkrafttreten des BGB

Das deutsche Deliktsrecht stammt aus der romanistischen Tradition. Die gesetzlichen Spuren des frühromischen Deliktsrechts finden sich schon in den XII Tafeln (450/451 v. Chr.), in denen eine Vielzahl von Delikten mit unterschiedlichen *actionen* vorgesehen war.<sup>54</sup> Unter diesen kasuistischen Deliktsregeln gab es jedoch wenig Zusammenhang.<sup>55</sup> Beruhend auf einem zentralen sanktionsorientierten Rechtsgedanken<sup>56</sup> diente die einfache Ersatzverpflichtung im altrömischen Deliktsrecht nur bei einigen Delikten zum Unrechtsausgleich.<sup>57</sup>

In der späteren *lex Aquilia* (ca. 286 v. Chr.), die heute als „Keimzelle des modernen Deliktsrechts“<sup>58</sup> bezeichnet wird, waren einige bedeutende „dogmatische“ Neuerungen zu beobachten. Eine Änderung lag darin, dass die ursprünglich getrennten Tatbestände der Sachbeschädigung auch einschließlich der Verletzung von Leib und Leben von Sklaven in einem Tatbestand der unmittelbar aus den Handlungen resultierenden wirtschaftlichen Einbuße vereinigt wurden und daher der Begriff *damnum* im Sinne des von einem Täter verursachten Vermögensschadens in den Regeln für die Formulierung des Deliktsrechts verwendet wurde.<sup>59</sup> Die *lex Aquilia* sieht in diesem verallgemeinernden Vermögensbezug einen zu sanktionierenden Rechtsverstoß; daher war die aquilische *poena* abstrakt an den daraus entstandenen Schaden anknüpft.<sup>60</sup> Diese Abstraktion des Begriffs stellte somit einen bedeutenden Schritt auf dem Weg zu einem moderneren Haftungsrecht dar.<sup>61</sup> Für die Entwicklung der Verschuldenshaftung ist

---

<sup>54</sup> Vgl. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, S. 190 f., Tübingen 2003; vgl. auch MünchKommBGB/ Wagner, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 3.

<sup>55</sup> Vgl. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 190.

<sup>56</sup> Siehe HKK/Schiemann, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 31, Tübingen 2013.

<sup>57</sup> Vgl. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 191 ff.

<sup>58</sup> MünchKommBGB/ Wagner, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 3.

<sup>59</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 205 f.

<sup>60</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 208.

<sup>61</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 208.

eine andere Neuerung wohl am wichtigsten, nämlich dass der Begriff „*iniuria*“ nunmehr in der *lex Aquilia* die allgemeine Bedeutung von „rechtswidrig“ im Sinne von „durch verbotenes Verhalten“ annahm, während die *iniuria* noch in den XII Tafeln lediglich bei einzelnen konkreten Delikten erwähnt war.<sup>62</sup> Dabei wurden rechtswidrige Schädigungen zur Zeit des frühromischen Rechts in der Regel als vorsätzliche begangene Handlungen verstanden.<sup>63</sup> Die *iniuria* diente in der *lex Aquilia* nicht der heute üblichen Funktion, einer Handlung des Schädigers einen Verletzungserfolg haftungsbegründend zuzurechnen, sondern ihr kam eine haftungsbefreiende Funktion zu.<sup>64</sup> Als eine abstrakte Sammelbezeichnung für die unterschiedlichen Verletzungen bildete die *iniuria* daher einerseits ein allgemeines Tatbestandsmerkmal für die deliktische Sanktion und andererseits die Voraussetzung für die Tatbestandsbildung eines konkreten *Iniuria*-Delikts, wobei es aber noch keine Unterscheidung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld (im Sinne moderner Terminologie) gab.<sup>65</sup>

Während der klassischen Zeit sind weitere bedeutende „Wandlungen des Deliktsrechts“<sup>66</sup> zu beobachten, welche die Grundlage der späteren Rezeption des römischen Zivilrechts während der Neuzeit bildeten.<sup>67</sup> Neben sinnvollen Entwicklungen wie der begrifflichen Trennung von Schadensersatz und Unrechtsausgleich sowie der sich auch auf mittelbare Verletzungen erstreckenden aquilischen Haftung<sup>68</sup> waren die Auseinanderentwicklung der Haftungsvoraussetzungen von *iniuria* und *culpa* sowie die Einführung des *Culpa*-Erfordernisses Schwerpunkte der dogmatischen Weiterentwicklung.<sup>69</sup> Statt *damnum iniuria datum* beschrieb *damnum culpa datum* im klassischen römischen Deliktsrecht den aquilischen Tatbestand als eine neue Kurzbezeichnung.<sup>70</sup> Die *culpa* war zur klassischen Zeit begrifflich nicht eindeutig und konnte entweder als „Fahrlässigkeit“ oder als „Schuld“ verstanden werden; deshalb bezeichnete sie in unterschiedlichen Verwendungsweisen sowohl die Zurechenbarkeit als auch die Vorwerfbarkeit.<sup>71</sup> Die römischen Juristen haben den Verschuldensmaßstab der *culpa* bis zur *culpa levissima* (leichteste Fahrlässigkeit) ausgelegt und damit die aquilische Haftung tatbestandlich erweitert, da aufgrund dieser Erweiterung die Verletzung des mit dem Begriff

<sup>62</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 210, 216.

<sup>63</sup> Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rdnr. 15.

<sup>64</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 218 ff.

<sup>65</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 216; vgl. auch MünchKommBGB/ Wagner, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 3.

<sup>66</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 223.

<sup>67</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 225.

<sup>68</sup> Eingehend siehe Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 223 ff.

<sup>69</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 224.

<sup>70</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 253.

<sup>71</sup> Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 252 f., 258 f.

*culpa* verbundenen objektiven Sorgfaltsstandards, also die fahrlässig begangene Schädigung, für ein aquilisches Unrecht schon genügte, obwohl der Tatbestand des *damnum iniuria datum* nicht erfüllt war.<sup>72</sup> In diesem Sinne könnte die *culpa* auch das Tatbestandsmerkmal der *iniuria* interpretieren.<sup>73</sup> Im Laufe solch dogmatischer Fortbildung der aquilischen Ansprüche wurde von den römischen Juristen neben der traditionellen sanktionsorientierten Betrachtung zunehmend auch eine ersatzbezogene Perspektive eingenommen.<sup>74</sup>

Das Deliktsrecht im *usus modernus* hat die Klage *de damno dato* entwickelt, die im Vergleich zur aquilischen Klage des römischen Rechts in Form einer allgemeinen Generalklausel gebildet war.<sup>75</sup> Die Haftung im Rahmen dieser Klage beruhte auf zwei Gedanken, nämlich der Haftung für ein Fehlverhalten und der Haftung für zurechenbare Rechtsgutsverletzungen.<sup>76</sup> Diese Differenzierung deutet offenbar auf zwei verschiedene Interpretationen des Rechtswidrigkeitsbegriffs hin.<sup>77</sup> Eine eindeutige Klärung der Begriffe *iniuria* und *culpa* gab es jedoch während dieser Zeit noch nicht.<sup>78</sup>

Als Wegbereiter der Naturrechtsschule hat sich *Hugo Grotius* (1583 – 1645 n. Chr.) um eine formale Systematisierung des Rechts bemüht. Auf der theoretischen Grundlage des Humanismus und vor allem der Naturrechtslehre<sup>79</sup> ging *Grotius* zunächst davon aus, dass bestimmte Rechtsgüter, wie das Eigentum, das Leben, der Körper, die Freiheit und die Ehre einzelnen Individuen als deren absolute subjektive Rechte zugewiesen waren;<sup>80</sup> er formulierte auf dieser Grundlage als erster eine Generalklausel des Haftungsrechts,<sup>81</sup> nach der jede schuldhafte Verletzung eines subjektiven Rechts einen Haftungsanspruch auslösen konnte.<sup>82</sup> Dabei begründeten die subjektiven Rechte „abstrakte Verletzungsverbote“<sup>83</sup>. Dieser Rechtskonstruktion lag somit ein Rechtswidrigkeitsbegriff zugrunde, der sich auf den Verletzungserfolg bezog.<sup>84</sup> Der Vorwurf der Rechtswidrigkeit ergab sich dabei für *Grotius* vor allem „aus der Verletzung persönli-

<sup>72</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 254 f. Vgl. auch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 15.

<sup>73</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 255; *Kaser*, Das römische Privatrecht, Bd. I, § 144 II, S. 620, München 1955; *HKK/Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 34.

<sup>74</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 261 ff.

<sup>75</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 292 ff., 300.

<sup>76</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 311.

<sup>77</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 300 ff., 311.

<sup>78</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 311.

<sup>79</sup> Siehe *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 313 ff.

<sup>80</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 329.

<sup>81</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 334.

<sup>82</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 328 ff.; *HKK/Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 46.

<sup>83</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 333.

<sup>84</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 333.

cher Rechtsgüter oder fremden Eigentums.<sup>85</sup> Dieses systematische Verständnis von *Grotius* – die Vorstellung eines auf den Schutz subjektiver Rechte bezogenen Deliktsrechts und der Gedanke einer Haftung für den Verletzungserfolg eines eigenen Fehlverhaltens (eines persönlichen Verschuldens) – ist damit als ein bedeutender dogmatischer Fortschritt in Richtung eines modernen Deliktsrechts anzusehen.<sup>86</sup> So bildete die unerlaubte Handlung im Naturrecht ein grundlegendes Konzept des Deliktsrechts und zugleich hat der Verschuldensgrundsatz bereits in dem sanktionsorientierten Haftungssystem der herrschenden Naturrechtslehre einen dominanten Status erhalten.<sup>87</sup> Dementsprechend standen die deliktsrechtlichen Vorschriften des Verschuldensprinzips auch durchweg an erster Stelle in den Naturrechtskodifikationen.<sup>88</sup>

Während die herrschende Lehre in der deutschen Pandektistik immer an dem römischen Deliktsrechtsmodell von getrennten Einzeltatbeständen festgehalten hat,<sup>89</sup> hat sich die im *usus modernus* begonnene und dann im Naturrecht verstärkte wissenschaftliche Tendenz, der einzelgesetzlichen Regelung eine deliktische Generalklausel voranzustellen, vor dem Hintergrund der Kodifikationsidee der Aufklärungszeit um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert in anderen in Kraft getretenen Zivilgesetzbüchern erfolgreich durchgesetzt.<sup>90</sup> Dazu gehören vor allem Art. 1382 des französischen Code civil (1804) und § 1295 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1811).

Die im 19. Jahrhundert von v. *Jhering*<sup>91</sup> begründete Rechtswidrigkeitslehre, die mit dem berühmten Satz „*Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld*“<sup>92</sup> zur Axiomatisierung des Schuldprinzips als zentralem deliktischem Zurechnungsgrundsatz geführt<sup>93</sup> und hierdurch mit der modernen begrifflichen Unterscheidung zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit für die Entwicklung des deutschen Rechts den wichtigsten Beitrag geleistet hat, wurde später dem BGB zugrundegelegt.<sup>94</sup> Nach dieser Lehre wurde das Konzept der Rechtswidrigkeit im Vergleich zum subjek-

<sup>85</sup> HKK/*Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 47.

<sup>86</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 334, 359.

<sup>87</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 359, 365.

<sup>88</sup> HKK/*Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 53 ff., 56.

<sup>89</sup> Vgl. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 361 f.

<sup>90</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Wagner*, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 4-5; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 17 f.

<sup>91</sup> Über seine Vorläufer siehe etwa *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 406 ff.

<sup>92</sup> *Jhering*, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, S. 40, Giessen 1867.

<sup>93</sup> Vgl. HKK/*Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 64.

<sup>94</sup> Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 150; *Wagner*, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: *Zimmermann* (Hrsg.), Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 219, Baden-Baden 2003; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, S. 406 ff.

tiven Willensmangel mit dem Inhalt des „objektiven Unrechts“ definiert. Dementsprechend konnte nur ein verschuldetes Unrecht, das sowohl Rechtswidrigkeit als auch Schuld enthält, eine Schadenersatzpflicht begründen.<sup>95</sup> Die „Zweispurigkeit“ des Deliktsrechts entstand somit erst mit *Jhering* und das Verschuldensprinzip war endlich zur stützenden Säule der Deliktshaftung geworden.<sup>96</sup>

In Deutschland wurde im Beratungsprozess zum BGB schließlich eine Ausgleichlösung zwischen einer Generalklausel des französischen Stils und Einzeldelikten des klassischen römischen Rechts gefunden.<sup>97</sup> Der Gesetzgeber des BGB ging bei seiner Ablehnung einer „großen“ Generalklausel davon aus, dass die Aufgabe des Deliktsrechts, die Rechtskreise der Einzelnen voneinander abzugrenzen, nicht dem Richter überlassen werden sollte.<sup>98</sup> Das mittlere Modell des BGB beruhte schließlich auf einer Präzisierung der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit, die als ein zur Verkürzung des Verschuldensbezugs dienendes zentrales Instrument trotz der Gegenauffassung von *Windscheid* vom Gesetzgeber noch in den Gesetzestext aufgenommen wurde.<sup>99</sup>

## II. Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1: Begriff und theoretischer Streit

Allein aus dem Begriff der „Verschuldenshaftung“ ergibt sich nicht selbstverständlich das Merkmal der Rechtswidrigkeit. In diesem Sinne erscheint eine andere Bezeichnung in der Literatur für die Deliktshaftung nach §§ 823 ff. BGB, nämlich „die Deliktshaftung als Einstandspflicht für schuldhaftes Unrecht“<sup>100</sup>, deutlich treffender, um die Kernelemente der Haftung sowie das Verhältnis der Rechtswidrigkeit zur Haftung klarer zu beschreiben. Der Gesetzgeber des BGB hat die Rechtswidrigkeit als ein zentrales Instrument für das Verschuldensprinzip sowie als grundlegende Voraussetzung für die Deliktshaftung ausgestaltet. Schon im Vorbereitungsprozess des BGB lässt sich die Rechtswidrigkeit als Strukturbegriff auffinden<sup>101</sup> und ist dann in den §§ 823 ff. BGB durch drei Gattungstatbestände unterschiedlich definiert worden.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> *Jhering*, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, S. 6 f. Vgl. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 410.

<sup>96</sup> HKK/*Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 64 f.

<sup>97</sup> Siehe MünchKommBGB/ *Wagner*, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 7-15; HKK/*Schiemann*, §§ 823-830, 840, 842-853, Rdnr. 16.

<sup>98</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 13; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 94.

<sup>99</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 9-10, 13.

<sup>100</sup> *Canaris*, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 577; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 352.

<sup>101</sup> Mot. II, 725 ff.; Prot. II, 567 ff. Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 153.

<sup>102</sup> *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 214

So hat die Rechtswidrigkeit im deutschen Deliktsrecht auf den ersten Blick drei konkrete gesetzliche Bedeutungen: als Eingriff in absolute Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1), als Verstoß gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2), als sittenwidrige Handlung (§ 826).<sup>103</sup> Damit hat sich der Schutz vor Unrecht im deutschen Deliktsrecht an folgenden drei besonders wichtigen Punkten orientiert: den grundlegenden rechtlichen Interessen des Einzelnen, den Verbots- und Gebotsnormen des Gesetzgebers, die den Schutz eines anderen zum Ziel haben und den Verhaltensstandards, die zum sozial- und rechtsethischen Minimum der Gesellschaft gehören.<sup>104</sup> Das gesetzgeberische Ziel, die Verletzung reiner Vermögensschäden und immaterieller Persönlichkeitsinteressen von der allgemeinen Fahrlässigkeitshaftung auszuklammern, wird auf diese Weise erreicht.<sup>105</sup>

Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit bestehen im deutschen Recht dem Grunde nach bei § 823 Abs. 1, da hier die Rechtswidrigkeit ausdrücklich als eine der Voraussetzungen für die Verschuldenshaftung benannt ist. Während sich die Rechtswidrigkeit in den §§ 823 Abs. 2, 826 in dem handlungsbezogenen Charakter<sup>106</sup> verbirgt und dies deshalb hier zu keiner dogmatischen Unklarheit führt, kann man demgegenüber in dem Wortlaut der rechtsgutorientierten Regelung des § 823 Abs. 1 nicht unmittelbar eine klare Bedeutung des Begriffs der Rechtswidrigkeit erkennen.

Leitbild für § 823 Abs. 1 war die im Strafrecht von *Binding*, v. *Liszt* und *Beling* ausgebaute Tatbestandslehre mit drei Ebenen, nämlich Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld.<sup>107</sup> Nach der h. M. bei Inkrafttreten des BGB war die Tatbestandsmäßigkeit des objektiven Erfolges der Beeinträchtigung der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechte und Rechtsgüter zugleich als Grundlage für die Indikation der Rechtswidrigkeit anzusehen, so dass es schon genügte, auf der Stufe der Rechtswidrigkeit nur das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu prüfen.<sup>108</sup> Dementsprechend waren Handlungen, die zu einem bestimmten Erfolg führen, a priori rechtswidrig,<sup>109</sup> was auch dem

---

<sup>103</sup> *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 214; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 153.

<sup>104</sup> *Canaris*, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, *VersR* 2005, 581.

<sup>105</sup> *MünchKommBGB/Wagner*, Vorbemerkungen § 823, Rdnr. 13 ff.

<sup>106</sup> Vgl. *MünchKommBGB/Wagner*, § 823, Rdnr. 4.

<sup>107</sup> *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts: Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, S. 56.

<sup>108</sup> Vgl. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 415; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 363.

<sup>109</sup> Vgl. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 417.

damaligen strafrechtlichen Verbrechensbegriff der kausalen Handlungslehre entsprach.<sup>110</sup>

Allerdings hat diese sogenannte Erfolgsunrechtslehre offensichtlich eine unvermeidliche Schwäche: so ist zweifelhaft, ob es noch sinnvoll ist, ausschließlich aufgrund des negativen Erfolgs eines „verkehrsrichtigen“ Verhaltens oder auch der nur „mittelbaren“ Eingriffe diese als rechtswidrig vorzuwerfen, wie z. B. ein gutgläubiger Besitz einer fremden Sache ohne Schuld.<sup>111</sup> Deshalb genügt das wertungsneutrale Konzept einer „Rechtsgutsbeeinträchtigung“<sup>112</sup> in einigen Fällen<sup>113</sup> nicht, ein Vorwurfs-element der Handlung zu begründen, und daher darf die tatbestandsmäßige Verletzung i. S. von § 823 Abs. 1 zumindest nicht als alleinige Grundlage des Unrechtsurteils bestimmt werden.

Nachdem *Nipperdey* in den 1950er Jahren versucht hat, im Zivilrecht die strafrechtliche finale Handlungslehre zu kopieren,<sup>114</sup> hat sich die sogenannte Handlungsunrechtslehre in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt, nach der für die Begründung des Unrechtsurteils der bloße Verletzungserfolg nicht ausreicht, sondern auch der Verstoß gegen ein Verhaltensgebot oder –verbot (eine Sorgfaltspflicht) gefordert ist.<sup>115</sup> Nach der h. M. dieser Lehre soll das Rechtswidrigkeitsurteil beim Vorsatzdelikt weiterhin lediglich auf die Verletzung der von § 823 Abs. 1 geschützten Rechte und Rechtsgüter gestützt werden.<sup>116</sup>

Der langdauernde Streit über Erfolgs- und Handlungsunrecht beim Begriff der Rechtswidrigkeit i. S. v § 823 Abs. 1 hat heute zu einer Kompromiss- und Kombinationslösung geführt: Sowohl die Handlungs- als auch die Erfolgsunrechtslehre haben

---

<sup>110</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 5.

<sup>111</sup> Siehe *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 364; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 417 f.

<sup>112</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 419. Allerdings wird selbstverständlich auch eine Gegenauffassung vertreten, nämlich dass ein Eingriff wegen seines Erfolgswerts die wesentliche Begründung für die Erfolgsunrechtslehre sein kann. Nach dieser Meinung ist die Rechtsgutbeeinträchtigung bereits kein wertungsneutrales Konzept. Dazu vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 364.

<sup>113</sup> Die Beispiele siehe etwa *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, Fn. 184, 185.

<sup>114</sup> *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 215. Vgl. *H. C. Nipperdey*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht, in: *Karlsruher Forum* 1959, S. 3 ff. Allerdings war nach der Auffassung von *Jansen* die Position des Handlungsunrechts 1940 bei der Schadensersatzrechtsreform in der Erläuterung „gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verpflichtung verstößt, die den Schutz .... bezweckt“ bereits enthalten, vgl. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 420; *H. C. Nipperdey* (Hrsg.), *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts: 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuss für Schadensersatzrecht*, München und Berlin 1940.

<sup>115</sup> Siehe *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 365; MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 5 f.

<sup>116</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 6.

ihren eigenen Anwendungsbereich. Nach der überwiegenden Auffassung<sup>117</sup> im heutigen deutschen Recht ist der jeweilige Anwendungsbereich dieser zwei Unrechtslehren von der Einordnung des Verhaltens in die Kategorien mittelbarer oder unmittelbarer Rechtsgutsverletzungen abhängig.<sup>118</sup> Bei Unterlassungen und den mittelbaren Beeinträchtigungen erfordert das Rechtswidrigkeitsurteil neben der Rechtsgutsverletzung auch einen Verstoß gegen einen objektiven Sorgfaltsstandard, während die bloße Verursachung der Rechtsgutsverletzung bei unmittelbaren Eingriffen das Rechtswidrigkeitsurteil begründet, sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.<sup>119</sup> Über die Grenzlinie zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen gibt es aber noch keine Einigkeit.<sup>120</sup>

Die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen und die darauf bezogene Differenzierung der Rechtswidrigkeitslehre sind nach einer wohl h. M.<sup>121</sup> aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen der jeweiligen Rechtspflichten durchaus sinnvoll. Bei mittelbarer Beeinträchtigung (Handlungsunrecht) baut das Rechtswidrigkeitsurteil auf der Verletzung einer Verhaltenspflicht auf, die als sogenannte Gefahrvermeidungspflicht definiert worden ist; hingegen ist bei unmittelbaren Eingriffen in die von § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter und Rechte eine Erfolgsvermeidungspflicht verletzt.<sup>122</sup> Diese zwei voneinander unterschiedlichen Verhaltenspflichten basieren auf den jeweiligen Besonderheiten der mittelbaren und unmittelbaren Eingriffe und ihren entsprechenden unterschiedlichen Verhaltensforderungen: der

---

<sup>117</sup> Vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 7; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 364-367; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, BT, S. 455 f., 15. Auflage, München 2010; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 153 ff., 2. Auflage, München 1996; *ders.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 444 ff., 2. Auflage, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1995; *Mertens*, Verkehrspflichten und Deliktsrecht- Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, *VersR* 1980, S. 397 ff.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 421 f.

<sup>118</sup> Vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 7; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 365; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 422. Zum ersten Mal hat V. Caemmerer 1960 die Gliederung von unmittelbarem Eingriff und sorgfaltswidriger Verletzung aufgestellt. Larenz hat dieses Konzept dann weiter entwickelt, vgl. dazu *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 154 f.

<sup>119</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 365 ff.; MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 7.

<sup>120</sup> Vgl. *Larenz*, Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in: v. *Caemmerer* (Hrsg.), Festschrift für Hans Dölle, Bd. I, S. 169, 193, Tübingen 1963; v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, S. 49 ff., Karlsruhe 1960. Auch vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 7.

<sup>121</sup> Hierzu siehe vor allem *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 366 f. Bemerkenswert ist, dass viele Rechtswissenschaftler die zwei Rechtswidrigkeitslehren noch aus einer anderen Perspektive diskutieren, und diese deshalb (nur) wörtlich in einer vollkommen gegenteiligen Richtung im Vergleich zur Meinung von Canaris definiert haben. So sind das Erfolgsunrecht und das Handlungsunrecht jeweils als „gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit“ und „verbotsbezogene Rechtswidrigkeit“ bezeichnet worden. Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 153; MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 7.

<sup>122</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 365 f.

Handelnde darf sich trotz der absehbaren negativen Auswirkungen bei mittelbaren Eingriffen grundsätzlich wie ursprünglich gedacht verhalten, während er dagegen bei unmittelbaren Beeinträchtigungen im Hinblick auf die negativen Folgen seines schädigenden Verhaltens eigentlich von Anfang an nicht so handeln darf.<sup>123</sup>

In der deutschen Rechtsprechung erscheint das Verhältnis zwischen Erfolgs- und Handlungsunrechtslehre im Vergleich zum relativ klaren Bild der dogmatischen Stellungnahmen noch viel komplizierter. So hat der BGH die Verhaltensunrechtslehre nicht unmittelbar angenommen, sondern – einen Umweg gehend – in einer berühmten Entscheidung<sup>124</sup> das „verkehrsrichtige“ Verhalten als einen Rechtfertigungsgrund angesehen.<sup>125</sup> Die Hauptfolge dieser Entscheidung, nämlich dass der Schädiger einerseits die Beweislast für sein verkehrsrichtiges Verhalten tragen muss und der Geschädigte andererseits die Verletzung der Sorgfaltspflicht auf der Verschuldensebene grundsätzlich nochmal beweisen muss<sup>126</sup>, bedeutet für *Wagner* eine widersprüchliche Verteilung der Beweislast und zeigt daher die falsche Richtung des BGH bei dessen Auffassung zur Rechtswidrigkeitslehre auf.<sup>127</sup> Zur aktuellen Stellung der beiden Rechtswidrigkeitslehren in der Rechtsprechung gibt es in der Wissenschaft noch keine einheitliche Meinung; so bleibt nach Auffassung von *Jansen* die Stellung des Erfolgsunrechts in der Praxis wegen des oben genannten gerichtlichen Umwegs grundsätzlich unberührt,<sup>128</sup> während für *Deutsch* das Erfolgsunrecht in Wirklichkeit schon vom engeren Handlungsunrecht verdrängt worden ist.<sup>129</sup>

### III. Verschulden bei § 823 Abs. 1: Begriff und theoretischer Streit

#### 1. Fahrlässigkeit und Fahrlässigkeitsmaßstab

##### a) Der Begriff der Fahrlässigkeit

Dem Wortlaut nach gilt das Verschulden selbstverständlich als das zentrale Element der Verschuldenshaftung. Die sogenannte klassische Dreistufigkeit des Deliktsauf-

---

<sup>123</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 367.

<sup>124</sup> BGH, 24, 21, 26 = NJW 1957, 785, 786. Der Tenor dieser Entscheidung lautet „bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßigem) Verhalten liegt eine rechtswidrige Schädigung nicht vor.“ Vgl. dazu *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 157.

<sup>125</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 25; Stoll JZ 1958, 137.

<sup>126</sup> Vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Fn. 76; Zu Fällen, in denen die Beweislast für das Verschulden des Schädigers nach dem Gesetz oder nach der Rechtsprechung zu Lasten des Schädigers umgekehrt wird, siehe *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 353.

<sup>127</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 25.

<sup>128</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 424.

<sup>129</sup> *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 156.

baus<sup>130</sup> im deutschen Recht enthält nach § 823 Abs. 1 BGB neben der Rechtsgutsverletzung und der Rechtswidrigkeit auch die Schuld in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die gesetzlich ausdrücklich geregelt worden sind. Nach diesem sogenannten „Prinzip der Einstandspflicht für verschuldetes Unrecht“ bildet das Verschulden somit im Sinne einer haftungsbegründenden Funktion ein Zurechnungskriterium für eine Schadensersatzpflicht.<sup>131</sup>

Auf der Schuldstufe herrscht die Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Zahl der Haftungsfälle im Vergleich zum Vorsatz<sup>132</sup> vor und dementsprechend steht die Fahrlässigkeit in der Literatur auch im Mittelpunkt der theoretischen Diskussionen. Nach der h. M.<sup>133</sup> ist im deutschen Deliktsrecht die Fahrlässigkeit als ein objektiver Begriff zu verstehen, was möglicherweise auf den Standpunkt der deutschen Pandektistik zu dieser Frage vor dem Inkrafttreten des BGB<sup>134</sup> zurückzuführen ist. So bedeutet Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB die Außerachtlassung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“. In diesem Sinne hat die Fahrlässigkeit tatsächlich nichts mit der persönlichen Vorwerfbarkeit zu tun, wie der BGH auch in einer Reihe von Entscheidungen<sup>135</sup> erläutert hat.

Im Hinblick auf diese vom Handelnden geforderte im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist allerdings das Verständnis hinsichtlich Struktur und konkreten Inhalten seit langem nicht einheitlich.<sup>136</sup> Nach der Lehre der äußeren und inneren Sorgfalt<sup>137</sup> sind im Rahmen der Sorgfalt zwei Komponenten zu unterscheiden. Danach fordert die Fahrlässigkeit inhaltlich sowohl die Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt als auch die

---

<sup>130</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 362.

<sup>131</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 351-352.

<sup>132</sup> Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, S. 236

<sup>133</sup> Vgl. MünchKommBGB/ Wagner, § 823, Rdnr. 36; Wagner, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 256; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 399 f., 403 ff.; ders., Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 137 ff., 299 ff., 476 f.; v. Bar, Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, S. 137 f., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1980; Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 424 ff.; Fuchs, Deliktsrecht, S. 84; Larenz, Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, S. 119 ff., Graz 1965. Zur Gegenauffassung eines subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs siehe vor allem v. Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 19, 25; Nipperday, NJW 1957, 1777, 1780 f.

<sup>134</sup> Windscheid/ Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, § 101, S. 520 f., 9. Auflage, 1906; Vgl. Wagner, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 256.

<sup>135</sup> BGH NJW 2001, 1786, 1787= VersR 2001, 646; BGH VersR 2003, 1128, 1130= NJW 2003, 2311. Dazu vgl. MünchKommBGB/ Wagner, § 823, Rdnr. 36, Fn. 105.

<sup>136</sup> Vgl. Larenz, Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht, S. 119 ff.

<sup>137</sup> Ausführlich siehe vor allem Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 385 ff.; vgl. dazu auch v. Bar, Verkehrspflichten, S. 175 ff.; U. Huber, Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: ForsthoFF/ Weber/ Wieacker (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, S. 265 ff., Göttingen 1973. Zur Gegenauffassung siehe insbesondere Brüggemeier, Deliktsrecht, Rdnr. 113;

Verletzung der inneren Sorgfalt.<sup>138</sup> Die äußere Sorgfalt besteht nach der bekannten Definition dieser Lehre im „sachgemäßen Verhalten“, während sich die innere Sorgfalt einerseits auf die „Erkenntnis der Norm und ihrer Tatbestandsmerkmale“ und andererseits auf „die Erbringung äußerer Sorgfalt“ richtet.<sup>139</sup> Die Anerkennung einer Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt durch den BGH<sup>140</sup> hat jedoch in der Literatur Zweifel an der praktischen Relevanz dieser Differenzierung hervorgerufen, da die Rechtsprechung in den meisten Fällen<sup>141</sup> davon ausgeht, dass die Außerachtlassung der äußerer Sorgfalt den Verstoß gegen die innere Sorgfalt indiziert.<sup>142</sup>

b) *Der Fahrlässigkeitsmaßstab: Objektivierung und komplexes Mischsystem*

Nach h. M.<sup>143</sup> und Rechtsprechung<sup>144</sup> ist der Fahrlässigkeitsmaßstab im deutschen Deliktsrecht zwar grundsätzlich objektiv, aber auch situationsbezogen sowie nach Verkehrskreisen differenziert und typisiert. Im Sinne einer Definition von *Brüggemeier* ist der Standard eines Verhaltens „abstrakt-rollenbezogen und konkret-situationspezifisch“<sup>145</sup>. Das BGB<sup>146</sup>, die Rechtsprechung<sup>147</sup> sowie die deutsche Dogmatik stellen keinen reinen objektiven Maßstab, sondern ein komplexes Mischungssystem objektiver und subjektiver Kriterien auf, wobei die Objektivierung der Fahrlässigkeit von dem Maßstab eines verständigen Durchschnittsmenschen ausgeht, zugleich aber für die Konkretisierung des Sorgfaltsstandards in vielfältiger Weise Rücksicht auf die persönlichen subjektiven Elemente des Handelnden genommen wird.<sup>148</sup> Der objektive

---

<sup>138</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 28. Die Frage, ob erst bei Verstößen gegen beide Elemente der Sorgfalt ein Verschulden besteht, ist von den Anhängern der Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt in der Tat nicht einheitlich beantwortet worden, zum Meinungsstreitstand siehe *Deutsch*, Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt, JZ 1988, 993 ff.

<sup>139</sup> Siehe *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 385 ff.

<sup>140</sup> BGH NJW 1984, 1958; NJW 1994, 2232, 2233; OLG Karlsruhe VersR 2005, 420.

<sup>141</sup> Nur in wenigen Fällen kam der BGH zum Ergebnis, dass trotz des objektiven Verstoßes gegen die Sorgfalt ein Verschulden mangels Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht verneint worden ist. Dazu siehe BGHZ 80, 186, 199= NJW 1981, 1603, 1605 f.; BGH NJW 1985, 620; vgl. auch *Fuchs*, Deliktsrecht, S. 88.

<sup>142</sup> Vgl. *Kötz/ Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 120; *Fuchs*, Deliktsrecht, S. 88; MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 30.

<sup>143</sup> Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 403 ff.; *Larenz*, Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht, S. 119 ff.; *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 256 ff.

<sup>144</sup> BGHZ 24, 21, 27= NJW 1957, 785, 786; BGHZ 80, 186= NJW 1981, 1603; NJW 1994, 2232, 2233.

<sup>145</sup> *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts: Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, S. 64, Baden-Baden 1999.

<sup>146</sup> §§ 827, 828 BGB

<sup>147</sup> BGHZ 39, 281, 183; NJW 1987, 1487, 1480; BGHZ 23, 90, 92; BGHZ 98, 135.

<sup>148</sup> Vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 36 ff.; *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 260 f.

Maßstab bildet somit in der Tat den „Ausgangspunkt für eine im übrigen hoch differenzierte Fahrlässigkeitsdogmatik“<sup>149</sup> in Deutschland.

Daraus ergeben sich einige Gesichtspunkte, die in konkreten Fällen den strikten objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab beeinflussen können. Grundsätzlich sind Subjektivierungen des Fahrlässigkeitsbegriffs in zwei wichtigen Richtungen zu beobachten, zunächst die vom Alter des Handelnden abhängige geforderte Sorgfalt, und dann die Konkretisierung des Sorgfaltsstandards nach Verkehrskreisen (so soll z. B. ein besonderer Sorgfaltsmaßstab für einen Schädiger gelten, der über besondere Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt).<sup>150</sup>

## 2. *Verkehrspflichten: Geschichte, Inhalt und systematischer Standort*

Als Kind der Rechtsprechung<sup>151</sup> sind die Verkehrspflichten in der Literatur schon als „das Kernstück der deliktischen Fahrlässigkeitshaftung“<sup>152</sup> bezeichnet worden. Der ursprüngliche Entstehungsgrund der Verkehrspflichten kann auf die ältere gemeinrechtliche Doktrin und ihre Aufnahme in die richterliche zivilrechtliche Praxis des 19. Jahrhunderts zurückgeführt werden, nach denen sich deliktische Handlungspflichten nur aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenen gefährlichen Tun ableiten ließen.<sup>153</sup> Um das Problem der eingeschränkten Haftung für Unterlassung<sup>154</sup> in der Praxis zu lösen, hat das Reichsgericht dann in zwei bedeutenden Entscheidungen<sup>155</sup> den Grundgedanken der sogenannten „Verkehrssicherungspflicht“ entwickelt, dass etwa die Straßenverkehrssicherungspflichtigen für einen morschen und auf den öffentlichen Weg gestürzten Baum bzw. für den Unfall auf einer ungestreuten und mangelhaft instandgehaltenen Treppe Fürsorgepflichten tragen sollten.<sup>156</sup> Das Reichsgericht hat in seinen Begründungen die Verkehrssicherungspflicht im Wege der Analogie zu § 836 BGB entwickelt und zugleich auf einen allgemeinen Grundsatz gestützt; aufgrund dieser Konstruktion konnte § 823 Abs. 1 BGB auch bei einem rechtswidrigen Unterlassen

---

<sup>149</sup> *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 264.

<sup>150</sup> *Wagner*, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, S. 260 f.; MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 37.

<sup>151</sup> *v. Bar*, Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten, JZ 1979, 332.

<sup>152</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 394; ähnlich siehe MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 297.

<sup>153</sup> *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 8.

<sup>154</sup> Siehe *v. Bar*, Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten, JZ 1979, 333; *ders.*, Verkehrspflichten, S. 15.

<sup>155</sup> RGZ 52, 373 ff.; RGZ 54, 53 ff. Zur Untersuchung anderer noch früherer Rechtsprechung im Rahmen der deliktischen Verhaltenspflichten vor dem Inkrafttreten des BGB im 19. Jahrhundert siehe *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 395 ff.

<sup>156</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 315.

eingreifen.<sup>157</sup> Am Anfang ging es bei der Verkehrs(sicherungs-)pflicht lediglich um die Verantwortung für die Eröffnung oder Duldung eines Verkehrs, später erfolgte dann ein bedeutender Ausbau der Verkehrspflichten im sogenannten *Milzbrandfall*<sup>158</sup>, in dem auch der Ausdruck „Verkehrspflicht“ erstmals auftauchte und der Gedanke der Gefahrsteuerungspflichten für die Übernahme einer Tätigkeit begründet wurde.<sup>159</sup> Die Verkehrspflichten haben sich in der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung auf eine Reihe von Fallgruppen ausgedehnt, die grundsätzlich aus zwei Gruppen bestehen – nämlich der Zuständigkeit für die Kontrolle von Gefahrenquellen einerseits und Fürsorgepflichten in Bezug auf die Rechtsgüter Dritter andererseits.<sup>160</sup> Nach Auffassung von *Canaris* enthalten die Zurechnungsgründe in den Fällen des Unterlassens der Verkehrspflichten drei Teile, nämlich die Haftung für die Sicherheit eines bestimmten Bereichs, für die Übernahme einer Aufgabe und für vorangegangenes besonders gefährliches Tun.<sup>161</sup> Im Allgemeinen ist bezüglich der Verkehrspflichten darüber hinaus zwischen Sicherungspflichten (Sachhalterhaftung), Fürsorgepflichten und Berufshaftung zu differenzieren.<sup>162</sup> Die Konkretisierung der Verkehrspflichten kann sich jeweils im Einzelfall aus der Wechselwirkung mehrerer Kriterien wie dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, der Höhe und der Art des Schadens und dem zur Vermeidung des Schadenseintritts erforderlichen Aufwand usw. ergeben.<sup>163</sup>

Neben richterlichen Bemühungen hat die deutsche Dogmatik auch seit langem immer wieder versucht, die Verkehrspflichten im BGB auf überzeugende Weise zu verankern. Auch wenn sich das Schrifttum noch nicht darüber einig ist, ob die Verkehrspflichten quer zum Gesetz und zur Dogmatik des Deliktsrechts „aus wilder Wurzel entsprungen“<sup>164</sup> sind, also ob der Illegalitätsthese<sup>165</sup> zuzustimmen ist,<sup>166</sup> sind die Verkehrspflichten im Sinne ihres systematischen Standorts jedenfalls nach der h. M.<sup>167</sup> § 823

---

<sup>157</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 400, 403; v. *Bar*, Verkehrspflichten, S. 19 f.

<sup>158</sup> RGZ 102, 372 ff.

<sup>159</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 401 f., 407.

<sup>160</sup> MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 314.

<sup>161</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 406 ff.

<sup>162</sup> Vgl. MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 315 ff.

<sup>163</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 413 ff.

<sup>164</sup> *Esser* JZ 1953, 129, 132.

<sup>165</sup> Vgl. v. *Bar*, Verkehrspflichten, S. 25; *Mertens*, Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, *VersR* 1980, 397, 399; *Esser* JZ 1953, 129, 132.

<sup>166</sup> Über die Gegenauffassung zur Illegalitätsthese, dass nämlich die deliktsrechtlichen Bestimmungen des BGB vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des BGB positives Tun und Unterlassen gleichermaßen erfassen, siehe MünchKommBGB/ *Wagner*, § 823, Rdnr. 299 ff.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 395 ff.

<sup>167</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 368; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, BT, S. 453; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 124; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 106. Über die

Abs. 1 zuzuordnen. Als „Garantiepflicht zum Schutz der Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 vor Eingriffen durch Unterlassen“<sup>168</sup> sind die Verkehrspflichten somit in der Praxis eine notwendige und auch gelungene Methode, das deliktsrechtliche System zu ergänzen, und dienen auf diese Weise zur Konkretisierung des § 823 Abs. 1 BGB im Sinne des Fahrlässigkeitsbegriffs.<sup>169</sup> Neben der Funktion zur Erweiterung der Unterlassungshaftung sind die Verkehrspflichten auch für die mittelbaren Eingriffe (positives Tun) von Bedeutung.<sup>170</sup> Über die Verankerung des generalklauselartigen Charakters der Verkehrspflichten in § 823 Abs. 1 herrscht allerdings noch Streit. Es wird die wohl überwiegende Auffassung vertreten, dass die Verkehrspflichten mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 276 Abs. 2 gleichzusetzen sind.<sup>171</sup> So ist die Verkehrspflichtverletzung dann nur eine andere Bezeichnung für Fahrlässigkeit,<sup>172</sup> wie insbesondere *Brüggemeier* erläutert hat: „Zivilrechtliche Fahrlässigkeit ist Verkehrswidrigkeit.“<sup>173</sup>

#### IV. Probleme bei Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im deutschen Recht

##### 1. Die dogmatischen Probleme bei § 823 Abs. 1

Die Kritik hinsichtlich der dogmatischen Probleme des deutschen Deliktsrechts richtet sich vor allem auf § 823 Abs. 1 BGB, in dem Rechtswidrigkeit und Schuld als zentrale Begriffe der Deliktshaftung nebeneinander geregelt worden sind. Nach der Lehre des Handlungsunrechts wird die Rechtswidrigkeit bei Unterlassungen und mittelbaren Eingriffen als ein verhaltensbezogenes Konzept verstanden. Folgerichtig wird nach diesem Konzept auf der Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit in diesen Fällen ein Verstoß der Verletzungshandlung gegen einen objektiven Sorgfaltsstandard gefordert, während die Fahrlässigkeit zusätzlich als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht im Sinne des § 276 Abs. 2 konzeptualisiert ist.

Vor diesem Hintergrund ist – wohl als derzeitiges Hauptproblem der Dogmatik des deutschen Deliktsrechts – die Frage zu stellen, ob die traditionelle Unterscheidung der

---

Gegenauffassung, dass die Verkehrspflichten nicht in § 823 Abs. 1, sondern in Abs. 2 gehören, siehe vor allem v. Bar, Verkehrspflichten, S. 157 ff.

<sup>168</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rdnr. 329, 6. Auflage, München 2014.

<sup>169</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 405.

<sup>170</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 401 f.; v. Bar, Verkehrspflichten, S. 63 ff.

<sup>171</sup> Vgl. *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 128; *Medicus/Peterson*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 659. Zur Gegenauffassung siehe vor allem *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 426 f.

<sup>172</sup> *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rdnr. 129.

<sup>173</sup> *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rdnr. 115. Zur Gegenauffassung siehe *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 367.

Rechtswidrigkeit vom Verschulden innerhalb des Deliktsaufbaus noch sinnvoll ist.<sup>174</sup> Die Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes und die Handlungsunrechtslehre haben im Zusammenwirken zu dem Ergebnis geführt, dass die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Unterlassens und der mittelbaren Beeinträchtigungen mit dem Fahrlässigkeitsurteil identisch ist. Um diese dogmatische Verwirrung aufzulösen, wird in der Literatur eine Reihe von Erklärungen angeboten. Die wichtigste dieser Argumentationen geht davon aus, dass die Verletzung der Verkehrspflicht (Verhaltenspflicht) im Sinne des Handlungsunrechts nicht mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 und damit auch nicht mit der Fahrlässigkeit gleichzusetzen sei, da die Verkehrspflichten (Gefahrvermeidungspflichten) auf der Tatbestandsebene nur eine abstrakte und strenge objektive Sorgfalt erfordern, während es auf der Schuldstufe um die konkrete situationsbezogene Sorgfalt gehe.<sup>175</sup> Mit einer auf der Rechtsprechung basierenden Begründung wird von *Jansen* allerdings die Gegenauffassung vertreten, dass die Gerichte in der Praxis nicht abstrakte Gefährdungsverbote aufstellen, vielmehr die Rechtswidrigkeit und die Schuld mit gleichen Maßstäben der zur Schadensprävention konkret erforderlichen Sorgfalt prüfen.<sup>176</sup> Insgesamt kann man wohl feststellen, dass die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld im Laufe der Rechtsprechung weitgehend in den Hintergrund getreten ist.

Was der Rechtsordnung entgegensteht, ist rechtswidrig.<sup>177</sup> Rechtmäßiges Verhalten ist erlaubt, während rechtswidriges verboten ist.<sup>178</sup> Ein Verbot begründet dann regelmäßig einen entsprechenden Anspruch auf Tun oder Unterlassen im öffentlichen Recht oder im Privatrecht.<sup>179</sup> Von einer solchen – sonst geltenden – Bedeutung des Rechtswidrigkeitsbegriffs unterscheidet sich allerdings das verhaltensbezogene Konzept der Rechtswidrigkeit; hieraus ergibt sich zusätzlich ein anderes dogmatisches Problem des deutschen Deliktsrechts. Ausgangspunkt dieser Problematik ist die Tendenz der „Entkoppelung der Verkehrspflichten von tatsächlichen Verhaltensanforderungen.“<sup>180</sup> Ein bedeutendes und vielmals erwähntes Beispiel hierfür ist der *Waschmaschinenfall* des

---

<sup>174</sup> Siehe vor allem *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 424 ff.

<sup>175</sup> Siehe vor allem *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 368 ff.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 429.

<sup>176</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 430.

<sup>177</sup> *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 147.

<sup>178</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 10.

<sup>179</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 10. Vgl. auch *ders.*, Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, AcP 202 (2002), 517, 520 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, S. 610.

<sup>180</sup> *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 402 f.