

Erste Juristische Staatsprüfung 2001/1

A u f g a b e 2

(Arbeitszeit 5 Stunden)

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuß vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 4 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Der Bewerber soll in der Prüfung zeigen, daß er das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern mit ihren geschichtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und rechtsphilosophischen Grundlagen verfügt."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

A Frage 1: Gutachten

I. Schmerzensgeldanspruch der Frau Kölle (K) gegen die Vollmers GmbH (V) gem. §§ 831 I 1, 847 I BGB

Ein Anspruch kann nur auf der Grundlage eines deliktischen Tatbestandes bestehen: §§ 253, 847 I BGB. Dabei haftet die V für Delikte ihrer Repräsentanten gem. § 31 BGB, der für jede juristische Person¹, also auch für die V als eine GmbH, gilt. Freilich haben Repräsentanten der V die K nicht unmittelbar geschädigt.

In Frage kommt deshalb zunächst ein Anspruch gem. § 831 I 1 BGB. Denn Wiegand (W) war als ein angestellter, weisungsgebundener Verkäufer unproblematisch ein Verrichtungsgehilfe der V, und der Unfall ist auch in Ausführung der Verrichtung, nämlich bei einem Verkauf, geschehen. Unabhängig von dem Problem, ob die Verletzung der Tanja (T) durch W eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 I BGB gegenüber der K bedeuten kann, scheidet ein solcher Anspruch jedoch wegen § 831 I 2 BGB aus. Denn W wurde von der Geschäftsführung der V ordentlich ausgewählt und überwacht. An die Intensität der erforderlichen Überwachung waren dabei nämlich keine besonders strengen Anforderungen zu stellen, weil der Verkauf von Teppichen nicht besonders verantwortungsvoll und schwierig ist und auch keine besonderen Gefahren schafft². Solchen geringen Anforderungen wurde aber jedenfalls durch die gelegentlichen unerwarteten Kontrollen durch das für die Betriebs-

¹) *Palandt*⁵⁹-*Heinrichs*, § 31, RdNr. 3 m.w.N.

²) Zu den Anforderungen *Palandt*⁵⁹-*Thomas*, § 831, RdNr. 13.

sicherheit zuständige Mitglied der Geschäftsführung, also durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter der V, Genüge getan.

II. Schmerzensgeldanspruch der Frau Kölle gegen die Vollmers GmbH gem. §§ 823 I, 847 I BGB

Daneben kann ein Anspruch sich aber auch unmittelbar aus § 823 I BGB ergeben, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Organisationspflicht.

1. Rechtsgutsverletzung

Grundsätzlich kann auch ein psychisch vermittelter Schock eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB bilden³. Erforderlich ist dazu allerdings, daß der Schock einen "Krankheitswert" hat. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich lediglich um einen normalen, tief empfundenen seelischen Schmerz handelt⁴. Die Rechtsprechung ist dabei sehr restriktiv: Nachteile, die erfahrungsgemäß mit einem Trauerfall oder dem Unfall eines Verwandten verbunden sind, sollen grundsätzlich von der Haftung ausgeschlossen sein, und zwar auch dann, wenn der Schock medizinisch erfaßbar sei⁵. Dies wird damit begründet, daß das Deliktsrecht die Ersatzfähigkeit von Drittschäden beschränken wolle (Arg. §§ 844 f.)⁶ und daß grundsätzlich jeder seine allgemeinen Lebensrisiken selbst zu tragen habe⁷.

Dabei ist das Argument der beschränkten Haftung für Drittschäden allerdings nicht überzeugend. Denn bei einem Schockschaden, wie ihn die K erlitten hat, handelt es sich um eine *eigene* Rechts-

³) BGHZ 132, 341, 344 m.w.N.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³, 1994, S. 380 ff.; *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 31.

⁴) *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 31 m. umf. w.N.

⁵) BGHZ 56, 163, 165 f.; 93, 351, 356; 107, 359, 364 (zu § 8 StVG); *BGH NJW* 1989, S. 2317 f.; RGRK¹²-*Steffen*, § 823, RdNr. 11.

⁶) *BGH NJW* 1989, S. 2317.

⁷) RGRK¹²-*Steffen*, § 823, RdNr. 11; kritisch zu diesem Argument *Staudinger*¹³-*Schiemann*, § 249, RdNr. 46.

gutsverletzung des geschädigten Dritten⁸. Zudem macht die Literatur zu Recht geltend, daß ein psychisch ausgelöster Kollaps durchaus nicht zu den "normalen Belastungen in den Wechselfällen des Zusammenlebens" zu rechnen sei, "auf die sich der Mensch im Leben einrichten müsse"⁹. Ob ein Schock eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB bilde, sei daher nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. Es kommt deshalb darauf an, ob der Schock nach dem Stand der Medizin einen Krankheitsfall bildet und dementsprechend nach der allgemeinen Lebensauffassung als eine Verletzung des Körpers bzw. der Gesundheit wahrgenommen wird¹⁰. Zum Teil wird dafür allerdings verlangt, daß eine ärztliche Behandlung erforderlich war¹¹.

In der Klausur sind alle Lösungen gleichermaßen vertretbar. Der Kreislaufkollaps der K war nach medizinischer Ansicht und allgemeiner Lebensauffassung ein pathologisches Ereignis, so daß einiges dafür spricht, den Schock als eine Gesundheitsverletzung zu beurteilen. Eine ärztliche Behandlung war freilich nicht erforderlich; aus diesem Grund kann eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB durchaus auch abgelehnt werden.

2. Zurechnung (haftungsbegründende, juristische Kausalität)
Die Zurechnung des Schocks der K zu einem Verhalten eines Repräsentanten der V i.S.d. § 31 BGB bildet das Hauptproblem des Falles. Sie ist in zwei Hinsichten problematisch. Erstens handelt es sich um einen psychisch vermittelten Schaden, für den nach allgemeiner Meinung besondere Regeln gelten, die das eigene Lebensrisiko des Geschädigten von Beeinträchtigungen abgrenzen sollen, für die ein dritter Schädiger verantwortlich gemacht wird. Zweitens wurde der Unfall unmittelbar nicht von der Geschäftsführung oder einem sonstigen Repräsentanten der V verur-

⁸⁾ *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 380 f.; *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 34.

⁹⁾ So *RGRK*¹²-*Steffen*, § 823, RdNr. 11.

¹⁰⁾ *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 382; *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 34 m.w.N.

¹¹⁾ *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 34.

sacht; diese haben mögliche Sicherungsmaßnahmen lediglich *unterlassen*¹². Eine Haftung kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die Geschäftsführung unter einer Verkehrspflicht stand, Unfälle dieser Art zu verhindern. Die eventuelle Verletzung der Verkehrspflicht leistet dann die Zurechnung des Verletzungserfolges¹³.

a) Inwieweit die Gefahr, aufgrund eines Ereignisses oder einer Nachricht einen Schock zu erleiden, einen Teil des eigenen allgemeinen Lebensrisikos des Verletzten bilde, ist eine Frage, deren Antwort stark von subjektiven Wertungen abhängt. Während eine in der Literatur vordringende Ansicht grundsätzlich jede psychisch vermittelte Kausalität genügen läßt, sofern die verletzte Verkehrspflicht auch dem Schutz des durch den Schock Drittgeschädigten diene¹⁴, sind die h.M. und die Rechtsprechung deutlich restriktiver. Die Wahrnehmung von Unfällen sei etwas Alltägliches, so daß die psychischen Folgen derartiger Erlebnisse grundsätzlich als ein allgemeines Lebensrisiko gelten müßten. Auch nach dieser Ansicht genügt jedoch die unmittelbare Wahrnehmung des Unfalls eines nahen Angehörigen¹⁵, wie dies hier geschehen ist.

Allerdings muß die Schockreaktion "verständlich" bzw. nachvollziehbar sein¹⁶; vollständig überzogene Überreaktionen sind dem Schädiger nicht zurechenbar¹⁷. Dabei bildet die schwere Verlet-

¹²⁾ Zur strukturellen und normativen Parallele mittelbarer Verletzungen und Verletzungen durch Unterlassen *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 401 f.; wichtig ist allein, daß der Bearbeiter erkennt, daß die Verkehrspflicht für die Zurechnung einer nicht unmittelbar verursachten Rechtsgutsverletzung erforderlich ist.

¹³⁾ Zur schwierigen Frage der systematischen Stellung der Verkehrspflichten in der Deliktsprüfung klar und übersichtlich *Medicus*, Bürgerliches Recht¹⁸, 1999, RdNr. 642 ff.

¹⁴⁾ *Kötz*, Deliktsrecht⁸, 1998, RdNr. 163; *Staudinger*¹³-*Schiemann*, § 249, RdNr.46; *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 381: insbesondere sollen auch Unfälle unbekannter Dritter sowie Sachschäden genügen; siehe auch *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 35 m.w.N. zum unübersichtlichen Streitstand.

¹⁵⁾ *Palandt*⁵⁹-*Heinrichs*, Vor § 249, RdNr. 71 m.w.N.

¹⁶⁾ Bei diesem Problem sind von einem Klausurbearbeiter freilich keine weitgehenden Detailkenntnisse zu erwarten; es kommt allein darauf an, daß er die im Sachverhalt angelegten Probleme erkennt und überzeugend bzw. vertretbar diskutiert.

¹⁷⁾ *Palandt*⁵⁹-*Heinrichs*, Vor § 249, RdNr. 71.

zung eines nahen Angehörigen zwar unstrittig einen hinreichenden Anlaß. Hier *schien* die T jedoch nur schwer verletzt zu sein, tatsächlich handelte es sich um eine ungefährliche Platzwunde. Nun wollen manche bei bloßen Scheingefahren die Zurechnung ausschließen¹⁸, offenbar, weil es an einem wirklichen Motiv für den Schock fehle. Die h.L. läßt demgegenüber die Wahrnehmung einer tatsächlich gefährlichen Situation auch dann genügen, wenn die Gefahr sich im Nachhinein nicht verwirklicht habe¹⁹. Hier braucht diese Kontroverse freilich nicht entschieden zu werden. Denn es muß jedenfalls genügen, daß der Angehörige - wie hier - tatsächlich verletzt wurde und daß die Verletzung vernünftigerweise als schwer erscheinen konnte. Denn dies bildet ein nachvollziehbares Motiv für einen Schock: Das Risiko, bei dem Unfall eines Verwandten eine richtige Diagnose zu treffen, kann vernünftigerweise nicht bei dem geschockten Drittgeschädigten liegen.

b) Für die Zurechnung ist weiter die Verletzung einer Verkehrspflicht erforderlich, die der V gegenüber der K oblag. Dabei gilt grundsätzlich, daß derjenige, der einen Verkehr eröffnet, den aus diesem Verkehr resultierenden Gefahren entgegenzusteuern hat. Er muß die Gefahren nach Möglichkeit neutralisieren²⁰, wobei die konkreten Anforderungen nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen sind²¹.

aa) Hier wäre es lt. Sachverhalt erforderlich gewesen, Stützvorrichtungen für abzustellende Linoleumrollen anzubringen, um entsprechenden Unfällen vorzubeugen. Dieser Anforderung wurde nicht genügt, so daß grundsätzlich die Verletzung einer Verkehrspflicht zu bejahen ist. Allerdings oblag diese Pflicht entspre-

¹⁸⁾ *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986, RdNr. 196; zweifelnd auch *Staudinger*¹²-*Medicus*, § 249, RdNr. 59.

¹⁹⁾ Münchener Kommentar³-*Grunsky*, vor § 249, RdNr. 55; zustimmend *Staudinger*¹³-*Hager*, § 823, RdNr. B 36. Als ein Beispiel wird ein Lastkraftwagen genannt, der vor den Augen der Mutter über ihr Kleinkind fährt, wobei dieses jedoch unversehrt bleibt.

²⁰⁾ BGHZ 14, 83, 85; 34, 206, 209; *Medicus*, a.a.O., RdNr. 654; *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 400 ff.; ausführlich v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 43 ff.

²¹⁾ *Palandt*⁵⁹-*Thomas*, § 823, RdNr. 58 m.w.N.

chend der Organisation des Betriebes konkret dem W. Wegen der Verletzung dieser Pflicht kann die V deshalb nicht nach § 823 I BGB, sondern nur im Rahmen des restriktiven § 831 I BGB verantwortlich gemacht werden (oben I.). Denn eine Haftung gem. § 278 BGB kommt für die Verletzung deliktischer Verkehrspflichten nicht in Betracht, weil § 278 BGB eine Sonderverbindung voraussetzt²².

bb) Indes unterliegen größere Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung über ihre eigentlichen Sicherungspflichten hinaus auch einer *Organisationspflicht*, die Erfüllung der konkreten Sicherungspflichten durch ihre Mitarbeiter zu überwachen. Dabei muß diese Kontrollpflicht einem Repräsentanten i.S.d. § 31 BGB übertragen werden²³. Der Grund für diese "sekundäre"²⁴ Pflicht liegt darin, daß große, arbeitsteilig organisierte Unternehmen mit vielen Angestellten es nicht in ihrer Hand haben dürfen, sich durch die Gestaltung der internen Organisation ihrer Haftung gem. §§ 823 I, 31 BGB zu entziehen²⁵. Es genügt deshalb nicht, die primäre Verkehrspflicht einem sachlich kompetenten Mitarbeiter zu übertragen. Faktisch dienen derartige Pflichten dazu, den als zu restriktiv empfundenen § 831 BGB einzuschränken²⁶; unabhängig von der rechtspolitischen Beurteilung dieser Zielsetzung handelt es sich heute um eine allgemein anerkannte richterrechtliche Konkretisierung der deliktischen Pflichten gem. § 823 I BGB²⁷.

Dieser Organisationspflicht ist laut Sachverhalt kein Verantwortlicher der V nachgekommen, und dies war auch ursächlich für

²²⁾ Ganz h.M.; statt aller *Medicus*, a.a.O., RdNr. 656; ausführlich *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 419; a.A. freilich Münchener Kommentar³-*Mertens*, § 823, RdNr. 205 - soweit die Verkehrspflicht, wie hier, auf der Eröffnung eines Verkehrs beruhe; noch weitergehend *Brüggemeier*, a.a.O., RdNr. 130.

²³⁾ *Medicus*, a.a.O., RdNr. 656, 657, sowie 199; ausführlich v. *Bar*, a.a.O., S. 254 ff.

²⁴⁾ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht², 1995, RdNr. 546 m.w.N.

²⁵⁾ *Jauernig⁹-Teichmann*, § 823, RdNr. 32.

²⁶⁾ Vgl. v. *Bar*, a.a.O. mit einer ausführlichen Analyse der Rechtsprechung.

²⁷⁾ *Palandt⁵⁹-Thomas*, § 823, RdNr. 60, 158; *Medicus*, a.a.O., RdNr. 657; *Kötz*, a.a.O., 1998, RdNr. 292 f.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II⁷, S. 565.

die Verletzung der T und damit für den Schock der K. Da überhaupt keine Kontrollen vorgenommen wurden, kommt es auf die Frage der gebotenen Kontrollintensität nicht an.

cc) Die Verkehrspflicht bestand auch gegenüber der K, und zwar auch in Hinblick auf ihren Schockschaden²⁸. Daß Kaufhäuser so organisiert zu sein haben, daß ihre Kunden nicht zu Schaden kommen, dient auch der Verhinderung von Unfällen der Begleiter von Kunden, mit denen ein Kaufhaus typischerweise rechnen muß; dies wiederum geschieht auch im Interesse der Kunden selbst²⁹.

c) Der Schockschaden ist also nach alledem dem Verhalten der Geschäftsführung der V zurechenbar; diese ist dafür haftungsrechtlich verantwortlich, § 31 BGB.

3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit folgt aus der Verletzung der Verkehrspflicht (oben 2.).

4. Schuld

Mit der Feststellung der Verletzung der Verkehrspflicht ist zugleich die Schuld zu bejahen. Auch wenn die Lehre die Rechtswidrigkeit von der Schuld auch bei der Verletzung von Verkehrspflichten unterscheiden will³⁰, fallen beide Wertungsmaßstäbe in der Praxis regelmäßig zusammen. Hier sind dabei keine besonderen Umstände ersichtlich, aus denen sich ausnahmsweise ein Entschuldigungstatbestand für die V ergeben könnte.

5. Schaden; Ergebnis

Sofern der Schock als eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB beurteilt wurde, hat K gegen V einen Anspruch auf eine bil-

²⁸⁾ Zur Anwendung der Normzwecklehre auch bei den Verkehrspflichten des § 823 I BGB *Deutsch*, a.a.O., RdNr. 299 (ff.); *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 423 ff.

²⁹⁾ Anstatt auf die Normzwecklehre abzustellen, kann ein Bearbeiter hier auch einfacher argumentieren, daß der Verstoß der V gegen ihre Verkehrspflicht adäquat kausal für die Verletzung eines nach § 823 I BGB geschützten Rechtsguts der K war: *Medicus*, a.a.O., RdNr. 655.

³⁰⁾ *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 369 f. m.w.N. zum (in der Klausur nicht zu diskutierenden) Streitstand.

lige Entschädigung in Geld, § 847 I BGB, deren Festsetzung im Ermessen des Gerichts liegt: § 287 I ZPO.

B Frage 2: Die Würdigung des Urteils³¹

Das Gericht nennt in dem letzten Teil (2) seines Urteils die tatsächlichen Gründe für seine Entscheidung ausdrücklich. Sie beruhen auf der Spannung zwischen der Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 I BGB und der strikten Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB. Nur die letztere Lösung scheint dem Gericht für den zu entscheidenden Fall angemessen. Es konstruiert deshalb neben der grundsätzlich bestehenden Haftung aus unerlaubter Handlung noch die Möglichkeit einer vertraglichen Haftung (*c.i.c.*) für Gesundheitsverletzungen. Diese dient also dazu, eine als unbillig empfundene Härte des Deliktsrechts auszugleichen³².

a) Der ursprünglichen Konzeption des BGB entspricht dies nicht. Dort ist die Haftung für Körperverletzungen und Eigentumsschäden grundsätzlich dem Deliktsrecht zugewiesen; auch rechtsvergleichend bildet die vertragliche Haftung für nicht spezifisch vertragliche Pflichtverletzungen ja eine deutsche Besonderheit³³. Dabei beruhen die Härten des Deliktsrechts auf einer rechtspolitischen, freilich bereits 1900 kontroversen Entscheidung des Gesetzgebers. Insbesondere geschah die Beschränkung der Haftung für Dritte in § 831 I BGB bewußt und ausdrücklich. Daß eine Haf-

³¹⁾ Bei offenen Fragen wie der Urteilkritik oder der Frage nach dem richterrechtlichen Charakter des Haftungsrechts besteht für den Bearbeiter naturgemäß ein wesentlich weiterer Spielraum für einen eigenständigen Aufbau und eine selbständige Argumentation, als dies bei einem Gutachten der Fall ist. Die folgenden Hinweise bieten dementsprechend lediglich ein Beispiel für eine mögliche Lösung. Weder kann es automatisch zu einem Punktabzug führen, wenn der Bearbeiter auf einzelne Punkte nicht eingeht, noch können im folgenden sämtliche mögliche Aspekte einer guten Bearbeitung genannt werden.

³²⁾ Zu dieser Funktion der *c.i.c.* statt aller *Medicus*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil⁸, 1995, § 14 I, II.; *Kötz*, a.a.O., RdNr. 294 ff., 296 f.; vgl. auch *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 482 f.

³³⁾ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, 1996, S. 458 f.; 637 f.; v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, RdNr. 448.

tung aus *c.i.c.* für die Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten zum Schutze von Rechtsgütern i.S.d. § 823 I BGB nicht in das Gesetz aufgenommen worden war, bedeutet dementsprechend keine unbewußte Lücke. Vielmehr war die *c.i.c.* auch dem Gesetzgeber bekannt, nachdem sie 1861 von *Rudolph von Ihering* "entdeckt" worden war. Dessen Lehre beschränkte sich allerdings auf Fälle, in denen ein Schaden daraus entsteht, daß ein Vertragspartner Leistungen im Vertrauen auf einen Vertrag erbringt, der jedoch aus Gründen scheitert, die typischerweise dem anderen bekannt sind. Diese Fälle sind im BGB speziell geregelt (§§ 122, 179, 307, 309, 663)³⁴; eine generell gesteigerte Pflichtenbeziehung zwischen den Parteien eines Vertragsanbahnungsverhältnisses war von dem Gesetzgeber des BGB also nicht beabsichtigt.

b) Dementsprechend muß auch die Begründung des Gerichts unter (2) als dogmatisch wenig überzeugend beurteilt werden. Die Berufung auf den "Rechtsgedanken" des § 278 BGB setzt nach der Konzeption des BGB nämlich eine spezifisch vertragliche oder sonst durch eine Sonderverbindung begründete Pflicht voraus; eine solche kann deshalb nicht umgekehrt damit begründet werden daß die Lösung des § 278 BGB (rechtspolitisch) sachgerecht wäre: Sie ist es nach der Konzeption des BGB nur dann, wenn eine Sonderverbindung besteht. Daher findet § 278 BGB ja auch auf die Erfüllung von Verkehrspflichten keine Anwendung³⁵. Der Sache nach ruht die Entscheidung deshalb ausschließlich auf der Berufung auf das "allgemeine Rechtsempfinden" (2). Zwar beschreibt das Gericht dieses in der Sache wahrscheinlich zutreffend; jedoch bildet das allgemeine Rechtsempfinden normalerweise keinen Ersatz für eine dogmatische Begründung.

³⁴ Zum Ganzen *Medicus*, a.a.O., § 14 I. Hier kann es keinesfalls auf detailliertere rechtshistorische Kenntnisse ankommen. Daß die vertragliche Haftung für Personen- und Eigentumsschäden der ursprünglichen Konzeption des BGB nicht entspricht und eine Korrektur der Härten des Deliktsrechts leisten soll, sollte aber bekanntes Wissen bilden. Zudem läßt es sich auch aus dem Urteil lesen.

³⁵ Oben A II. 2. b) bb).

c) Diese Feststellungen müssen die Grundlage für eine Beurteilung der Entscheidung des Reichsgerichts bilden: Das Gericht umgeht bewußt die Restriktion des § 831 I BGB; es entscheidet also in der Sache *contra legem*. Rechtsstaatlich war dies zwar ausgesprochen bedenklich³⁶, rechtspolitisch jedoch zu begrüßen. Die grundsätzliche, nur durch eine Beweislastumkehr erleichterte, Beschränkung der Haftung des Geschäftsherrn auf eigenes Verschulden paßt nämlich nicht für die Haftung für Unfälle, die durch die Tätigkeit großer, arbeitsteilig organisierter Unternehmen verursacht werden³⁷. Denn sie muß zu einer Privilegierung dezentral organisierbarer Großunternehmen gegenüber Kleinbetrieben führen, für die § 831 I BGB ursprünglich konzipiert wurde³⁸. Zudem läßt sie regelmäßig die Geschädigten schutzlos, indem diese auf einen Anspruch gegen den häufig mittellosen Mitarbeiter verwiesen werden. Dies ist jedenfalls dann nicht sachgerecht, wenn es sich um Schädigungen handelt, die wirtschaftlich aus der Geschäftstätigkeit des Unternehmens resultieren. Im Ergebnis ist es daher zu begrüßen, daß das Gericht die bereits bei ihrem Erlass nicht mehr sachgerechte Vorschrift korrigiert hat. Die Beurteilung der Entscheidung muß folglich ambivalent ausfallen: Das Gericht wurde damit seiner sozialen Verantwortung gerecht; dies geschah freilich um den Preis einer methodisch und rechtsstaatlich höchst bedenklichen "Korrektur" gesetzlicher Wertungen³⁹.

³⁶⁾ Zur grundsätzlichen Bindung des Richters an das Gesetz unten C 2.

³⁷⁾ Siehe etwa *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 476 f., 481 f., 484: Über die Erwünschtheit einer Korrektur der Entlastungsmöglichkeit bestehe Einigkeit. Freilich beurteilt *Canaris* eine zu weitgehende richterrechtliche Korrektur des restriktiven § 831 I BGB kritisch: a.a.O., S. 483.

³⁸⁾ *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 482 m.w.N. auch zu den Motiven des Gesetzgebers.

³⁹⁾ Eine andere Ansicht ist hier selbstverständlich ebenso vertretbar; vgl. etwa *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 482 f.; hier kommt es allein auf eine selbständige, kritisch problembewußte und plausible Argumentation an.

C Frage 3: Zur These des richterrechtlichen Charakters des Haftungsrechts

a) Unter Richterrecht wird üblicherweise Recht verstanden, das neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht aufgrund der Autorität richterlicher Entscheidungen gilt⁴⁰. Es dient dazu, Lücken im Gesetz zu füllen und das Recht "fortzubilden" (vgl. § 132 IV GVG), und entsteht aufgrund der graduellen "Verdichtung" einzelner gerichtlicher Entscheidungen⁴¹ zu einem ständig angewandten Rechtsinstitut⁴². Richterrecht in diesem Sinne anzuerkennen, setzt voraus, daß Gerichten im Prozeß der Rechtsbildung eine konstitutive Funktion zukommt. Dies ist keinesfalls selbstverständlich. Eine früher weitverbreitete Meinung (die sog. deklaratorische Theorie) geht nämlich davon aus, daß Richter das Recht lediglich zu beschreiben, also zu "finden" haben⁴³. Eine solche Ansicht ist freilich unplausibel, schon weil "Lücken im Gesetz" das tägliche Brot von Juristen sind. In solchen Fällen ist das Recht unvollständig; es läßt sich also nicht lediglich beschreiben. Typischerweise sind in solchen Situationen unterschiedliche Lösungen gleichermaßen gut begründbar, und das Recht ist auf eine objektiv konstitutive Entscheidung des Richters angewiesen⁴⁴. In solchen Fällen sollte, schon aus Gründen der

⁴⁰⁾ Vertiefte rechtstheoretische Kenntnisse sind von einem Studenten selbstverständlich nicht zu erwarten. Jedoch sollten ihm grundlegende Begriffe der Methodenlehre wie die des Richter- und Gewohnheitsrechts bekannt und geläufig sein.

⁴¹⁾ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 1984, S. 586; *Esser*, FS Fritz von Hippel, 1967, S. 95, 113 ff.

⁴²⁾ Allerdings ist eine allgemeine Rechtsüberzeugung von der Geltung und Richtigkeit des Richterrechts nicht erforderlich; dies unterscheidet Richterrecht von Gewohnheitsrecht; dazu etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 258; *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 1991, 215 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre², 1960, S. 54 f., 231 ff.

⁴³⁾ *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹, 1906, S. 72 ff.; heute *Picker*, JZ 1988, S. 1 ff., 66 ff.; nicht ganz eindeutig *Esser*, Grundsatz und Norm⁴, 1990, *passim*, bes. S. 120; *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 252 ff.

⁴⁴⁾ Für eine konstitutives Verständnis richterlicher Entscheidungen etwa *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation³, 1997, S. 335; *Bydlinsky*, a.a.O., S. 501 ff.; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 186 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung², 1976, S. 243; zur Diskussion ausführlich *Alexy & Dreier*, Precedent in the

Rechtssicherheit (Art. 20 III GG) und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG)⁴⁵, davon ausgegangen werden, daß Richterrecht eine legitime Rechtsquelle bilde⁴⁶; jedenfalls ist pragmatisch davon auszugehen, daß große Teile der Rechtsordnung richterrechtlich geprägt sind.

Dabei hat eine richterliche Rechtsetzung allerdings den Vorrang des geltenden Gesetzesrechts zu beachten (Art. 20 III GG). Für Entscheidungen *contra legem* ist dementsprechend eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erforderlich⁴⁷. Richterrecht ist also grundsätzlich nur *intra* und *praeter legem* zulässig⁴⁸. Es ist damit auf die Konkretisierung nicht eindeutiger oder abschließender Regeln sowie auf gesetzlich nicht geregelte Bereiche beschränkt. Freilich läßt diese Unterscheidung von Richterrecht *intra*, *praeter* und *contra legem* sich nur theoretisch eindeutig durchführen⁴⁹. Es bildet nämlich eine häufig nur schwer zu entscheidende Frage, ob ein rechtliches Problem vom Gesetzgeber überhaupt nicht, ob es zumindest in seinen Grundentscheidungen geregelt, oder ob es (durch Schweigen) negativ entschieden ist. So argumentiert das Reichsgericht in dem angegebenen Lino-leumrollenfall, als ob es eine Rechtsfortbildung *intra* oder *praeter legem* leiste: Es wendet Regeln (§ 278 BGB) auf Fälle an, für die sie seiner Ansicht nach passen, aber nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Wer jedoch der Ansicht ist, daß § 831 I BGB die Haftung für Dritte abschließend regelt, soweit nicht die Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten betroffen ist, wird darin eine Entscheidung *contra legem* sehen⁵⁰.

Federal Republic of Germany, in: *MacCormick & Summers* (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, S. 17, 43 ff. m.w.N.; *Raisch*, *Juristische Methoden*, 1995, S. 190 ff.

⁴⁵⁾ *Alexy & Dreier*, a.a.O., S. 47.

⁴⁶⁾ Statt vieler *Ossenbühl*, in *Isensee & Kirchhoff* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts III*, 1988, S. 281, 298 ff.; *Kriele*, a.a.O., S. 60 ff.

⁴⁷⁾ BVerfGE 34, 269 ff. (Soraya).

⁴⁸⁾ *Kriele*, a.a.O., S. 243 ff.; *Stern*, a.a.O., S. 584.

⁴⁹⁾ *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 191 ff.

⁵⁰⁾ Siehe oben B. 3.

b) Eine solche Beschreibung des Richterrechts kann die Grundlage für eine Stellungnahme zu der These des richterrechtlichen Charakters des Haftungsrechts bilden. Diese muß ohne weiteres positiv ausfallen. Wie in kaum einem anderen Bereich hat die Rechtsprechung die - dürren - Regeln des BGB präzisiert, ergänzt und korrigiert - einzelne Aspekte wurden schon bei A und B deutlich. Vordergründig bestätigt sich dieser Befund schon darin, daß von den 54 "besonders wichtigen Entscheidungen" bei *Medicus* 31, also deutlich mehr als die Hälfte, haftungs- oder schadensrechtliche Fälle betreffen⁵¹. Im folgenden können deshalb nur einige, besonders wichtige Beispiele angeführt werden⁵²:

aa) So sind neben die im BGB vorgesehenen Haftungstatbestände die *c.i.c.* sowie die positive Vertragsverletzung als selbständige Anspruchsgrundlagen getreten. Beide wurden insbesondere durch die richterrechtlichen Institute des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁵³ und der Drittschadensliquidation⁵⁴ ergänzt. Letztere läßt sich dabei als eine im System angelegte Fortbildung *intra legem* verstehen, die eine Lösung für Schadensverlagerungen aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Regelungen bietet, die, wie bei § 446 I BGB, aus der Sicht eines dritten Schädigers normativ zufällig sind⁵⁵. Demgegenüber dient der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, ebenso wie die *c.i.c.* und die pVV, der Umgehung des als zu rigide empfundenen Delikts-

⁵¹⁾ *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 743 ff.

⁵²⁾ Auch von einem Bearbeiter wird nicht mehr verlangt. Auch ist nicht zu erwarten, daß sämtliche im folgenden angeführten Beispiele ausführlich diskutiert werden.

⁵³⁾ Die Rechtsprechung qualifiziert diese bisweilen als eine ergänzende Vertragsauslegung; tatsächlich handelt es sich aber um Richterrecht. Denn es wird nicht lediglich das im Vertrag Angelegte fortgedacht. Vielmehr handelt es sich darum, neue Regeln für Probleme zu entwickeln, die im Vertrag regelmäßig überhaupt nicht berücksichtigt wurden; ausführlich u.m.w.N. Münchener Kommentar³-Gottwald, § 328, RdNr. 80.

⁵⁴⁾ Diese wird von manchen als Gewohnheits (*Staudinger*¹³-*Medicus*, § 249, RdNr. 194, von anderen als Richterrecht angesehen: *Soergel-Mertens*, Vor § 249, RdNr. 247; kritisch zum Ganzen *Büdenbender*, JZ 1995, S. 920, 925.

⁵⁵⁾ Vgl. *Medicus*, a.a.O., RdNr. 841 m.w.N.

rechts⁵⁶. Dies zeigt sich schon daran, daß es erst eine neuere Rechtsentwicklung bildet, daß dieses Institut auch bei der Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten Anwendung finden kann⁵⁷. Ursprünglich sollte damit allein eine über das Deliktsrecht hinausgehende Haftung bei Körper- und Eigentumsverletzungen gewährleistet werden. Die Motivation für diese Rechtsfortbildung besteht also in einer normativen Korrektur der gesetzlichen Wertungen des BGB, die bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts nicht zur Rechtswirklichkeit paßten.

bb) Auch das Recht der unerlaubten Handlungen ist in einem erheblichen Maße richterrechtlich geprägt⁵⁸. Dies gilt vor allem für die "Verkehrspflichten", die in § 823 BGB nicht vorgesehen sind; sie bilden eine richterrechtliche Entwicklung, um die Haftung für mittelbare Verletzungen und Verletzungen durch Unterlassen zu erfassen⁵⁹. Ob deren richterliche Entwicklung als *contra*⁶⁰ oder *intra legem* zu beurteilen ist⁶¹, hängt davon ab, ob die ursprüngliche Regelung des § 823 I BGB dahin verstanden wird, daß die Haftung auf unmittelbare Verletzungen beschränkt werde⁶² oder nicht⁶³. Auch die Verkehrspflichten sollten aber jedenfalls das BGB-Deliktsrecht an aktuelle gesellschaftliche und

⁵⁶) *OLG Köln* RIW 1993, S. 1023, 1024: "Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist wegen der Unzulänglichkeit des deutschen Deliktsrechts entwickelt worden, das die Gehilfenhaftung einschränkt und keinen umfassenden Vermögensschutz gewährleistet".

⁵⁷) *Palandt*⁵⁹-*Heinrichs*, § 328, RdNr. 15.

⁵⁸) Ausführlich v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, S. 49 ff.

⁵⁹) v. *Bar*, JuS 1988, 169 ff.; *Jauernig*⁹-*Teichmann*, § 823, RdNr. 35.

⁶⁰) *Hofacker*, BayVBl. 79 (1931), S. 365, 366; *Esser*, JZ 1953, S. 129, 132.

⁶¹) Vgl. v. *Bar*, a.a.O., S. 333, der den Verkehrspflichten heute einen gewohnheitsrechtlichen Charakter zuspricht. Er stellt freilich auch fest, daß die Urteile der Instanzgerichte, die seinerzeit Schadensersatzansprüche abgelehnt hatten, dogmatisch durchaus besser begründet waren als die Entscheidungen des Reichsgerichts, mit denen dieses die Verkehrspflichtenhaftung bei § 823 BGB begründete. Letztere Entscheidungen seien freilich "rechtspolitisch zukunftsweisend" gewesen.

⁶²) So *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979, bes. S. 241 ff.; vgl. auch *Börger*, Von den "Wandlungen" zur "Restrukturierung" des Deliktsrechts, 1993, *passim*, besonders S. 20 ff.

⁶³) So Münchener Kommentar³-*Mertens*, § 823, RdNr. 2 m.w.N.

wirtschaftliche Umstände anpassen⁶⁴. Denn je mehr eine Gesellschaft technisiert ist und damit verbundene Gefährdungen erlaubt, umso weniger ist eine Beschränkung der Haftung auf unmittelbare Verletzungen sachgerecht. Die Rechtsprechung schuf sich dementsprechend mit den Verkehrspflichten ein außerordentlich flexibles Instrument, um neuartige Gefährdungen haftungsrechtlich beantworten zu können; freilich läßt das Deliktsrecht sich hier auch nur noch kasuistisch beschreiben⁶⁵. Daß *Medicus* die Produkthaftung nicht nach abstrakten Grundsätzen, sondern anhand der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vom Hühnerpestfall über die Schwimmschalterentscheidung, die Apfelschorffälle, den Kupolofen- und Hondafall bis zum Hochzeitsessen- und Milupafall erklärt⁶⁶, zeigt dies anschaulich.

cc) Einen richterrechtlichen Charakter tragen ferner die Rechte am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁶⁷, sowie insbesondere das deliktsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht⁶⁸. Daß die Verletzung des letzteren auch mit einem Schmerzensgeldanspruch analog § 847 I BGB sanktioniert wird, bildet dabei eine eindeutige Rechtsfortbildung *contra legem*, die aber aufgrund des besonderen Gewichts der Menschenwürde im Grundgesetz (Art. 1 I, 2 I GG) als verfassungsrechtlich gerechtfertigt gilt⁶⁹. Die Richter paßten mit dem Schutz des Persönlichkeitsrechts das BGB-Recht *veränderten*, verfassungsrechtlich ausgedrückten, gesellschaftlichen Grundwertungen an. Demgegenüber sollte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von Anfang an für den als zu rigide empfundenen Ausschluß einer Haftung für reine Vermögensschäden Abhilfe

⁶⁴ Münchener Kommentar³-*Mertens*, § 823, RdNr. 2.

⁶⁵ *Esser/Weyers*, a.a.O., S. 565 ff.; *Jauernig⁹-Teichmann*, § 823, RdNr. 36 ff.

⁶⁶ *Medicus*, a.a.O., RdNr. 650 ff.

⁶⁷ *Staudinger¹³-Hager*, § 823, RdNr. D 1.

⁶⁸ Dazu *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 491 ff.: "Die wichtigste Wandlung, die das geltende Deliktsrecht seit Erlaß des BGB erfahren hat"; kritisch *Medicus*, a.a.O., RdNr. 615 m.w.N.

⁶⁹ BGHZ 35, 363 ff. (Ginsengwurzel); BVerfGE 34, 269 ff. (Soraya).

schaffen⁷⁰. Es bildet also eine Korrektur des Gesetzes, die sich nicht mit nachträglich veränderten Wertungen der öffentlichen Moral rechtfertigen läßt⁷¹.

dd) Auch das Schadensrecht ist heute in weiten Bereichen richterrechtlich geprägt; ein Beispiel bildet die Rechtsprechung zur Kommerzialisierung bestimmter Rechtsgüter⁷². Hier wird dies jedoch nicht weiter erörtert, weil mit "Haftungsrecht" normalerweise die Tatbestandsseite, nicht die schadensrechtliche Rechtsfolge von Schadensersatznormen bezeichnet wird⁷³.

ee) Insgesamt läßt sich jedenfalls beobachten, daß die Richter nicht gezögert haben, das Haftungsrecht den jeweiligen Erfordernissen ihrer Zeit anzupassen; anfangs geschah dies - wie im Linoleumrollenfall - auch durchaus *contra legem*⁷⁴. Über dieses Problem ist freilich mittlerweile die Zeit hinweggegangen, zumal die grundsätzliche Akzeptanz der richterlichen Entscheidungen durch die Rechtsgemeinschaft zeigt, daß diese, zumindest in ihren Ergebnissen, als durchaus sachgerecht empfunden wurden.

D Leistungsanforderungen

Auch von einem guten Studenten sind weder detaillierte rechtshistorische noch rechtstheoretische Kenntnisse zu erwarten. Allerdings sollte er über methodische Grundkenntnisse verfügen; ebenso sind die historischen Grundlagen des heutigen Rechts Prüfungsgegenstand.

Es ist deshalb zu erwarten, daß ein Student die Begriffe "Richterrecht" und "Gewohnheitsrecht" zumindest der Sache nach kennt und sie entsprechend mit eigenen Worten umschreiben

⁷⁰) BGHZ 69, 128, 139; Münchener Kommentar³-Mertens, § 823, RdNr. 481; Larenz/Canaris, a.a.O., S. 539 f., 545.

⁷¹) Canaris hält dies daher für eine nicht zu rechtfertigende und deshalb rückgängig zu machende Judikatur *contra legem*: Larenz/Canaris, a.a.O., S. 544 ff.

⁷²) Diese wird von Medicus entsprechend anhand wichtiger Entscheidungen des BGH erörtert: a.a.O., RdNr. 822 ff.

⁷³) Vgl. etwa Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, a.a.O.; wegen der nicht einheitlichen Begriffsverwendung sollten jedoch auch Ausführungen zum Schadensrecht positiv gewertet werden.

⁷⁴) Oben B 3.

kann. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Richterrecht sollte das Problem erkannt werden, ob Richter das Recht lediglich beschreiben dürfen, oder ob sie auch zur Ergänzung oder gar Korrektur befugt sind. Technische Begriffe wie "deklaratorische" und "konstitutive Theorie" brauchen aber auch in einer mit "sehr gut" bewerteten Arbeit nicht zu fallen. Ebenso sollte einem Studenten bekannt sein, daß das Deliktsrecht des BGB die Haftung für Verrichtungsgehilfen in einer - nach heutiger Ansicht - rechtspolitisch bedenklichen Weise einschränkt und daß die Rechtsprechung hier mit unterschiedlichen Mitteln zu helfen versucht hat. Detailkenntnisse wie die Tatsache, daß *Ihering* die *culpa in contrahendo* "entdeckt" habe, sind aber auch für eine Spitzenleistung nicht erforderlich. Allerdings wird ein wirklich guter Student zum Beispiel wissen, daß Einzelfälle der *culpa in contrahendo* im BGB kasuistische geregelt sind.

Insgesamt kommt es im zweiten Teil weniger auf die Demonstration erlernten Wissens als auf die Fähigkeit an, ein methodisches Problem zu erkennen und mit einer selbständigen Argumentation zu behandeln. Deshalb können auch Lösungen, die von den Hinweisen stark abweichen, brauchbar, gut oder auch ausgezeichnet sein. Erfahrungsgemäß kommt es in solchen Klausuren zu einer stärkeren Streuung der Ergebnisse, weil neben einer Vielzahl überzeugender und auch schlechter Leistungen nur ein verhältnismäßig schwaches Mittelfeld besteht; dies sollte keinen Anlaß zur Besorgnis geben.