Werk

Titel: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Bürgerliches Gesetzbuch § 276

Autor: Wendt

Ort: Freiburg i. B. ; Leipzig ; Tübingen

Jahr: 1897

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1897_0037|log26

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

X.

Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Bürgerliches Gesetzbuch § 276.

Von

Wendt.

Das Strafgesetzbuch gebraucht die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit, ohne ihr Wesen zu bestimmen; das Bürgerliche Gesetzbuch stellt sich zwar zum Vorsatz in der gleichen Weise, giebt aber für die Fahrlässigkeit wenigstens dort, wo es sich um das Verhalten eines Schuldners seinem Gläubiger gegenüber handelt, eine Begriffsbestimmung: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt." Es wird angenommen werden dürfen, daß auch, wo sonst von Fahrlässigkeit die Rede ist und von ihr Rechtsfolgen abhängig gemacht werden, diese Formel zu Grunde zu legen ist und sie also als eine allgemein gültige betrachtet werden muß, obwohl das Gesetz sie nicht an einen allgemeineren Platz gerückt hat. In Betracht kommt natürlich das Gebiet des § 823 und der unerlaubten Handlungen überhaupt, daneben aber der unentschuldbare Irrtum, das Kennenmüssen [1])

1) Es ist übrigens zu bemerken, daß das Gesetzbuch sich nicht in allen Fällen der Formel das Kennenmüssens bedient, sondern trotz derselben zum Theil „die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis" wiederholt. Vgl. § 68 und § 1980, ebenso § 132 und § 231, obwohl es für die beiden letzteren Stellen etwas anders liegt. Auch sonst läßt sich gelegentlich beobachten, daß Kunstausdrücke mit der Definitionsformel abwechselnd gebraucht werden. Das gilt namentlich von Zufall und

nach der Definition des § 122 Abs. 2, sowie das schuldhafte Zögern nach § 121. Die erste Lesung des Entwurfs hatte bekanntlich in den allgemeinen Theil Bestimmungen über Fahrlässigkeit und Irrtum aufgenommen, § 144—146. Es wird aber auch jetzt nicht anders anzusehen sein, als daß dem jetzigen § 276 allgemeine Geltung für das gesammte Gebiet der Fahrlässigkeit zukommt. Zur Bestätigung dienen § 831, 834 und 836, welche die gleiche Formel verwenden.

Es hat übrigens nicht an Stimmen gefehlt, welche die Aufnahme einer Definition der Fahrlässigkeit nicht nur für entbehrlich erklärten, sondern es umgekehrt sogar für wünschenswerth erachteten, wenn das Gesetzbuch darauf verzichten wolle. Denn da hier doch alles auf die Würdigung im Einzelnen ankomme, so bezweifelt G. Hartmann[2]), daß durch eine abstrakte Legaldefinition der Fahrlässigkeit, wie sie auch ausfalle, irgend jemand, sowohl Bürger und Bauer wie auch die Richter selber, klüger gemacht werde. So wird auch v. Liszt[3]) zu verstehen sein, wenn er, um keine Verschiedenheit zwischen Civilrecht und Strafrecht aufkommen zu lassen, die Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes für die Bemessung der anzuwendenden Sorgfalt mißbilligt. Zu einem völligen Schweigen hat sich nun freilich das Gesetzbuch nicht entschlossen; doch wird die Prüfung der aufgestellten Definition vielleicht zu dem Ergebnis führen, daß sie in der That für werthlos zu erachten sei, weil sie überhaupt nichts bestimmtes enthält.

Verschulden, statt welcher Worte ebenso häufig sich die Umstände finden, welche Jemand zu vertreten oder nicht zu vertreten hat. Vgl. außer § 275 und § 276 folgende Stellen; § 265, 280, 282, 283, 285, 287, 323—325, 338, 350, 351, 481, 498, 538, 549, 586, 635, 644, 645, 678, 732, 848, 987, 989. Hier ist also der Sprachgebrauch des Gesetzbuchs nicht völlig ausgeglichen.

2) Das Aequitätsprincip und die Richterstellung, in diesem Archiv Band 73 S. 382.

3) Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht S. 14—19.

Fahrläſſig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt, ſo ſagt § 276. Gewiß, das Weſen der Fahrläſſigkeit beſteht in einem Mangel von Sorgfalt, das iſt außer Zweifel und braucht am wenigſten geſagt zu werden, da ſchon ſprachlich dieſer Sinn dem Worte Fahrläſſigkeit innewohnt. Worauf es aber ankam, war einerſeits die der Sorgfalt zu gebende Richtung und Beziehung (Ueberlegung der Folgen des Thuns, v. Liszt) und andererſeits das Maß der Sorgfalt, wie viel davon begehrt und geleiſtet werden müſſe, um von Schuld und Vorwurf frei zu bleiben. Auf die letzte Frage ſcheint das Geſetz zu antworten, indem es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Richtſchnur aufſtellt. Aber iſt damit wirklich ein Maßſtab ausgedrückt? Doch nur inſofern, als Verkehrsgeſichtspunkte, Anſchauungen und Erfahrungen des Verkehrslebens damit zur Richtſchnur gemacht werden. Das iſt zwar immerhin von Bedeutung und ſchneidet rein individualiſtiſche Beurtheilung ab. Gleichwohl darf darüber nicht vergeſſen werden, daß immer noch zu fragen bleibt, welches Maß von Sorgfalt und Umſicht denn der Verkehr erheiſcht. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt! Ja was iſt denn im Verkehr erforderlich? Darauf erhalten wir keine Antwort und inſofern durfte geſagt werden, daß uns die Formel des § 276 in Wirklichkeit nichts bietet. Die „erforderliche" Sorgfalt ſagt uns nur, daß eben Sorgfalt von nöthen ſei, klärt uns aber nicht darüber auf, wie weit man in den Anſprüchen zu gehen berechtigt ſei, ohne weder zu ſtreng noch zu milde zu urtheilen. Soll ich über Jemanden urtheilen, ob er die „erforderliche" Sorgfalt gezeigt oder außer Acht gelaſſen hat, ſo muß ich doch zunächſt wiſſen, wie viel ich von ihm begehren durfte. Lautet die Regel aber nur: die erforderliche Sorgfalt, ſo wird darauf vertraut, daß der Urtheiler ohnehin weiß, was erforderlich geweſen wäre. Daran ändert auch der Zuſatz: „im Verkehr erforderlich"

nicht. Denn auch was der Verkehr erfordert, muß erst ermittelt werden und dazu bedarf es eben eines Maßstabes. Der Verkehr als solcher giebt denselben noch nicht. Wir wollen wissen, was denn im Verkehr erforderlich sei, und bleiben ohne Antwort, so lange nur darauf verwiesen wird, was der Verkehr erheische und nöthig mache. Zu einem solchen Ergebnis hätte auch die Bestimmung des § 243 geführt, welche dem Schuldner auferlegt, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es wäre ja möglich gewesen, die Verschuldung ganz allgemein, auch ohne Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, auf diesen obersten Gesichtspunkt zurückzuführen und also zu untersuchen, ob im einzelnen Fall alles geschehen ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Geschichtlich ist die bona fides ja in der That der Ausgangspunkt gewesen, von dem aus die Römischen Juristen die Schuldlehre entwickelt haben: hanc esse quaestionem de bono et aequo, wie sie in der Morallehre gesprochen haben. Aber freilich kommen wir damit nicht zur Erkenntnis des Wesens der Fahrlässigkeit. Der bona fides ist es gemäß, den Schuldner für Fahrlässigkeit verantwortlich zu machen, und ebenso hat das Römische Recht im Gebiet der actio legis Aquiliae geurtheilt. Wenn wir aber fragen, worin denn die Fahrlässigkeit bestehe, so genügt es nicht, lediglich mit dem Hinweis auf Treu und Glauben zu antworten, selbst wenn wir noch die Verkehrssitte hinzufügen. Nur eine individualistische Auffassung, welche bei der Beurtheilung der Fahrlässigkeit eines Verhaltens jeden objektiven Maßstab für unrichtig hält, könnte sich damit zufrieden geben, würde aber auch einräumen müssen, ja sogar davon auszugehen haben, daß die Formel des Gesetzbuchs einen Maßstab nicht aufstellt. Das ist freilich keinenfalls die Absicht jener Formulirung gewesen, wie die Materialien zum § 276 ergeben.

Die erste Lesung des Entwurfs verlangte in ihrem § 144 die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters und ist bekanntlich viel darum angefochten. Eine Uebersicht über die von der Kritik erhobenen Einwendungen finden wir in der vom Reichsjustizamt gemachten „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen" u. s. w. Band I S. 206—209, Band VI S. 179, 180. Bei der Durchsicht ergiebt sich freilich die Richtigkeit einer später in den Protokollen der 2. Kommission gemachten Bemerkung, daß der Tadel in mehr als einer Beziehung unbegründet gewesen sei. Was z. B. bei Gierke[4]) gegen den ordentlichen Hausvater eingewendet wird, ruht zum Theil auf einer Verkennung des Römischen Rechtes selbst. Zwar liest es sich ja sehr scherzhaft, wenn als Folge des § 144 ausgesprochen wird, es hätte im täglichen Verkehr des bürgerlichen Lebens jede Person männlichen wie weiblichen Geschlechts sich nach Art eines Hausvaters zu benehmen, auch die Hausfrau, der Sohn, die Tochter, das Gesinde hätten sich in die Lage eines Hausvaters hinein zu denken, um genau zu wissen, was zu thun und zu lassen sei; mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters müsse die Schauspielerin ihren Vertrag erfüllen, die Ballettänzerin tanzen, die Köchin kochen und die Markteinkäufe besorgen u. s. w. Warum hat man bisher in Theorie und Anwendung der Pandekten solche Einwürfe nicht auch gemacht? Auch im Römischen Leben wäre es doch unerhört gewesen, bei Dienstverträgen solche Ansprüche zu stellen, und hätte die Ungereimtheit jenes Vorbilds sofort bemerkt werden müssen. Wie hätte das gemeine Recht so lange beim ordentlichen Hausvater es bewenden lassen können, wenn daraus jene Folgerungen sich ergeben würden?

---

4) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 39. Aehnlich auch bei G. Hartmann a. a. O. S. 382: „eine allgemeinere Fassung, die unmittelbar z. B. auch auf die Obligation von Waschweibern und dgl. paßt."

Im Römiſchen Recht ſtand aber ſowohl für die Beziehungen eines Schuldners zu ſeinem Gläubiger als für das Gebiet der aquiliſchen Schuld neben dem bonus ac diligens paterfamilias ein zweiter ganz ſelbſtändiger Rechtsſatz, der meine Frage ſofort beantwortet und den Gierke bei ſeinen Ausführungen ganz überſieht. Freilich der Entwurf hatte ihn auch überſehen und lediglich den ordentlichen Hausvater zum Ausdruck gebracht. Waren alſo Einwendungen am Platz, ſo hätten ſie ſich nur dagegen zu richten gehabt, daß der von mir gemeinte weitere und ſelbſtändige Satz des Römiſchen Rechts nicht auch aufgenommen worden ſei.

Das iſt aber der Satz: imperitia culpae adnumeratur. Ueberall wo die vom Schuldner zu machende Leiſtung beſondere Fähigkeiten und Fertigkeiten erfordert, da wird auch diligentia exactissima wenig bedeuten, ſolange damit nur Sorgfalt und Umſicht gefordert wird. Das entſprechende Können iſt dem ordentlichen Hausvater zwar häufig auch zu eigen, wird ihm aber ebenſo oft und wohl noch häufiger ganz fehlen, und eben deswegen ſtehen wir hier vor einem ganz ſelbſtändigen Gebiet des Verſchuldens, das mit dem Verhalten des Hausvaters überhaupt nichts zu thun hat. Nur ſoviel wäre allenfalls zu ſagen, daß ein ordentlicher Hausvater ſich nicht auf Dinge einlaſſen und nicht zu Leiſtungen verpflichten wird, die er nicht verſteht. Man vergleiche

> Fr. 132 D. de reg. jur. 50,17. Imperitia culpae adnumeratur. Fr. 9 § 5 D. locati 19,2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit culpam esse: quippe ut artifex inquit conduxit.

Man beachte dabei die Begründung: quippe ut artifex conduxit. Das artificium und die operae artificiales verlangen nicht den Maßſtab des ordentlichen Hausvaters, ſondern

ſtehen unter ihrer eigenen Norm. Und was die aquiliſche Schuld betrifft, ſo leſe man

> § 7, 8 J. de lege Aquilia 4, 3. Imperitia quoque culpae adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit. Impetu quoque mulorum, quas mulio propter imperitiam suam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpae reus est mulio. sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aeque culpae tenetur. eadem placuerunt de eo quoque, qui, cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

Und dazu aus Fr. 8 § 1 D. ad. leg. Aquil. 9, 2 noch die Begründung: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram.

Nicht gegen den Hausvater alſo, ſondern gegen dieſe Lücke des Entwurfs, der nur zur Sorgfalt, nicht auch zum entſprechenden Können den Schuldner verpflichtet, hätten Einwendungen ihren Platz gehabt. Dieſe Lücke zeigt freilich jetzt auch das Geſetzbuch ſelbſt. Es iſt bemerkenswert, daß nicht einmal der vom Dienſtvertrage handelnde Abſchnitt einen Hinweis auf Fähigkeiten und Fertigkeiten enthält. Nur beim Werkvertrage iſt die Lücke einigermaſſen mit der Vorſchrift gedeckt, daß das hergeſtellte Werk die zugeſicherten Eigenſchaften aufweiſen müſſe und nicht mit Fehlern behaftet ſein dürfe (§ 633). Unſere Rechtswiſſenſchaft hat alſo vollen Anlaß, an dem Römiſchen Satz, daß imperitia zum Verſchulden anzurechnen ſei, auch ihrerſeits feſtzuhalten. Die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" reicht nicht aus, denn keine Sorgfalt iſt im Stande, das Können zu erſetzen.

Sehen wir aber von dieſer Unvollkommenheit der Ent-

würfe wie des Gesetzbuchs ab, so ist gegen den ordentlichen Hausvater als solchen das Bedenken geltend gemacht, daß die Römische Bedeutung des paterfamilias sich mit dem Hausvater unserer Sprache ja nicht decke, und daß also nicht das zum Ausdruck gebracht worden sei, was man doch mit dem Kunstausdruck zu sagen beabsichtigt habe. So vor allem Hölder[5]), dem gewiß zuzugeben ist, daß wir zur Bezeichnung eines selbständigen, auf sich gestellten Mannes, der seine Angelegenheiten selbst besorgt, nicht zum Worte Hausvater greifen. Wo wir uns dieses Wortes bedienen, und das ist selten genug, geschieht es stets in Bedeutungen, die dem hier in Betracht kommenden ganz fremd sind. Nicht einmal die Familienstellung des Hausherrn wird so bezeichnet. Ein Herbergsvater heißt wohl Hausvater, z. B. in den Herbergen zur Heimath, und im Plattdeutschen kommt es wohl vor, daß die Hausgesetzten so genannt werden. Im übrigen ist der Hausvater nur den Juristen geläufig und es konnte insofern mit Recht gewünscht werden, daß das Gesetzbuch das Wort fallen lasse.

Dieser Einwand galt aber doch nur dem Wort als solchem, nicht der Sache selbst, und es konnte nur das in Frage kommen, wodurch wir den diligens paterfamilias zu ersetzen hätten, um diejenigen Vorstellungen auszudrücken, mit denen wir in Sachen der Fahrlässigkeit zu rechnen haben. Freilich ist die Polemik zum Theil so weit gegangen, daß man den ordentlichen Hausvater überhaupt nicht mehr als einen absoluten Maßstab gelten lassen wollte, sondern darin nur eine doktrinäre, inhaltslose Ausdrucksweise erblickte[6]). Im Sinne der Römischen Juristen und also einer sachgemäßen Auslegung und Handhabung des Römischen Rechts bedeutete aber der bonus ac diligens paterfamilias nur den ordent-

5) Zum allgemeinen Theil des Entwurfs u. s. w., in diesem Archiv Band 73 S. 130—136.

6) Laband, in diesem Archiv Band 74 S. 3.

lichen Mann überhaupt, der das Leben verständig führt, das Seinige zu Rathe hält und im Verkehr mit Anderen auch diesen das ihnen zukommende gewährt. Das sind die homines frugi et diligentes und darin liegt jener modus quem hominum natura desiderat. Davon wird sich aber gewiß nicht sagen lassen, daß es nur eine doktrinäre inhaltslose Ausdrucksweise sei. Wenn es sich um einen Maßstab dafür handelt, ob Jemand die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat oder nicht, so blicken wir auf das Verhalten anderer Leute oder richtiger gesagt, so bilden wir uns ein Urtheil darüber, was Andere in gleicher Lage gethan haben würden, was die Umstände an sich erheischt hätten, wenn dabei mit der Menschennatur gerechnet wird: is modus quem hominum natura desiderat. Das kommt natürlich auf einen zu nehmenden Durchschnitt hinaus, da man weder nach oben noch nach unten sich an die Extreme wird halten dürfen und es eben gilt, die richtige Mitte zu gewinnen. So sprechen wir dann von einem objektiven Maßstab, obwohl es wahr ist, daß derselbe ganz unserem Meinen und Urtheilen angehört und lediglich für den einzelnen Fall nach dessen Umständen gebildet wird. Bekanntlich vertheidigen die Kriminalisten zum Theil einen rein individuellen und subjektiven Standpunkt, insofern stets nach der Lage des Falls und der Eigenart des Handelnden das Urtheil über die Fahrlässigkeit gesprochen werden müsse. Allein ich möchte doch glauben, daß dabei eine gewisse Selbsttäuschung obwaltet. Denn meines Erachtens kann das Urtheil, daß der verursachte Erfolg vom Handelnden hätte vorgesehen und also vermieden werden können, doch nur darauf sich stützen, daß Andere in gleicher Lage nicht so gehandelt haben würden. Mag man noch so sehr die individuelle Lage des Handelnden betonen und zum Ausgangspunkt nehmen, so wird die Vermittelung zur Schuldzurechnung doch immer erst durch jene hypothetische Vergleichung

gewonnen. Der objektive Maßstab ist uns unentbehrlich, auf die Gefahr hin, jenen Scherzen ausgesetzt zu sein, mit welchen v. Liszt den homme moyen als Durchschnittsphilister begleitet. Auch über das scire debere, den unentschuldbaren Irrthum kann nur in solcher Weise geurtheilt werden. Das debere setzt hier wie bei aller sonstigen Fahrlässigkeit voraus, daß größere Ansprüche berechtigt gewesen wären, und das führt immer wieder auf den Durchschnittsmenschen zurück.

Nun hat das Gesetzbuch den ordentlichen Hausvater fallen gelassen und durch die „im Verkehr erforderliche" Sorgfalt ersetzt. Aber hat es damit den objektiven Maßstab aufgegeben? Und ist es überhaupt möglich, über das, was im Verkehr erforderlich ist, anders als unter Aufstellung eines Normalmaßes zu urtheilen? Beide Fragen sind zu verneinen. Die Protokolle der zweiten Kommission ergeben jedenfalls, daß ein objektiver Maßstab für unentbehrlich gehalten wurde.

Der Beschluß, den ordentlichen Hausvater zu beseitigen, ist in der Sitzung vom 3. Juni 1891 gefaßt, Protokolle S. 375, 376. Dabei wurde ausgesprochen, daß daran festgehalten werden müsse, der Beurtheilung der Fahrlässigkeit einen objektiven Maßstab zu Grunde zu legen; ein solcher schließe auch die Würdigung individueller Momente im einzelnen Fall nicht aus, wie auch das gemeine Recht bestätigt habe. Eine bestimmte Fassung wurde noch nicht beschlossen, doch immerhin schon die Richtung bezeichnet, in welcher sich die Formel zu bewegen habe. Die im Leben übliche Sorgfalt eines ordentlichen Mannes dürfe von Allen erwartet werden, die im rechtlichen Verkehr Anderen gegenübertreten. Aus diesen Erwägungen ging dann zunächst die „im Verkehr übliche" Sorgfalt hervor; dieselbe wurde dann aber durch die Beschlüsse der Sitzung vom 8. November 1892 mit der „im Verkehr erforderlichen" Sorgfalt vertauscht, während der ordentliche Mann als Zusatz zu jener Sorgfalt nicht wieder erschienen ist. Man wird aber nicht sagen dürfen,

daß jene Vertauschung für die subjektive Beurtheilung der Fahrlässigkeit in's Gewicht falle. Was im Verkehr erforderlich ist, hat nicht minder seine objektive Grundlage, als was im Verkehr üblich ist. Die Protokolle S. 2786, 2787 theilen mit, welche Erwägungen für den jetzigen Ausdruck den Ausschlag gegeben haben. Man war der Ansicht, daß, wenn man von der im Verkehr üblichen Sorgfalt spreche, leicht die Meinung entstehen könne, auch ein im Verkehr eingerissener Schlendrian sei zu beachten. Und wenn umgekehrt die Befürchtung ausgesprochen sei, die erforderliche Sorgfalt könne das Mißverständniß hervorrufen, als sei stets Alles das zu begehren, was im einzelnen Fall erforderlich gewesen wäre, einen Schaden zu verhüten, so werde der Zusatz „im Verkehr" erforderlich, dies Mißverständniß gewiß zu verhüten im Stande sein und es werde dadurch dasjenige Moment, worauf es ankomme, treffender und deutlicher bezeichnet als durch die Bezugnahme auf die Ueblichkeit.

Freilich wenn dabei ausgesprochen ist, es komme darauf an, welches Maß von Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im Allgemeinen für erforderlich halte, so bleibt der Einwand gerechtfertigt, nicht was der Verkehr seinerseits für erforderlich halte, sondern was Gesetz und Rechtsvorschrift als dem Verkehr unentbehrlich zur Richtschnur des Handelns ihm auferlegen wollen, das sei zu formuliren gewesen. Was im Verkehr erforderlich ist, hat das Gesetz seinerseits zu bestimmen, und so kann immer nur die schon im Eingang gemachte Bemerkung wiederholt werden, daß die endgültige Fassung das, worauf es ankommt, in der That unausgesprochen gelassen hat. Man hat den Hausvater beseitigt, aber nichts an seine Stelle gesetzt.

Immerhin nehme ich mit den Protokollen an, daß das „erforderlich" dem „üblich" gegenüber eine Verbesserung bedeutet. Denn es drückt doch aus, daß in Sachen von Sorgfalt und Ueberlegung bestimmte Ansprüche gestellt werden

und daß die Fahrläſſigkeit eine Verletzung nicht blos deſſen, was üblich iſt, ſondern des rechtlich Gebotenen und Vorgeſchriebenen iſt. Auch wäre in der That denkbar, daß die Ueblichkeit ſich von dem, was erforderlich iſt, zu entfernen ſtreben könnte, um damit das Maß des Gebotenen zu erniedrigen. Allzuleichte Lebens- und Geſchäftsauffaſſung ſoll aber disciplinirt werden, ſtatt zur Herrſchaft zu gelangen, und den Rechtsſätzen muß in dieſer Beziehung erzieheriſche Kraft und Bedeutung zufallen.

Im Verkehr erforderlich! Wir kehren immer wieder zu der Frage zurück, was und wieviel denn erforderlich ſei? Und giebt uns auch das Geſetz ſelbſt keine Antwort darauf, ſo liegt darin doch noch kein Verzicht auf einen objektiven Maßſtab. Das kann ſofort an einem anderen Beiſpiel bewieſen werden. In einer ganzen Reihe von Beziehungen wird an das Verhalten der betheiligten Perſonen das Verlangen geſtellt, ordnungsmäßig zu verfahren. Damit ſind für ſie beſtimmte Pflichten aufgeſtellt, deren Verletzung ſie verantwortlich und erſatzpflichtig macht oder ſonſtige Rechtsfolgen gegen ſie hervorruft. Grade auch Diligenzpflichten kommen dabei in Betracht und ſo ſteht das Wort auch zur Fahrläſſigkeit in naher Beziehung. Am häufigſten begegnet uns ordnungsmäßige Wirthſchaft und ordnungsmäßige Verwaltung (auch ſpeciell Vermögensverwaltung).

Man vergleiche

ordnungsmäßige Wirthſchaft, in Pachtverhältniſſen B.G.B. § 581, 586, 589, 591, 592; beim Nießbrauch § 1036, 1039, 1043, 1045, 1046, 1048; bei Fruchtgewinnung und Nutzung § 102, 987, 993, 998, 1122, 2133; Reinertrag § 2049; Geldanlage § 2119; Verſchlechterung § 1135,

ordnungsmäßige Verwaltung, vorwiegend in familien- und erbrechtlichen Verhältniſſen: beim Ehemanne, ſei es in Anſehung des eingebrachten Gutes der Frau

oder bei Gütertrennung für ihm anvertrautes Vermögen oder bei Gütergemeinschaft in Ansehung des Gesammtgutes, § 1374, 1377, 1379, 1386, 1418, 1430, 1447, 1472; beim Vater in Ansehung des Kindergutes § 1653, 1656; beim Testamentsvollstrecker in Ansehung des Nachlasses § 2206, 2216; beim Vorerben § 2120, 2130. Dann in Einzelheiten bei Gemeinschaft § 745, beim Nießbrauch § 1073, 1083, 1088 und Pfandrecht § 1286.

Ferner begegnet uns ordnungsmäßige Benutzung § 745, 917, 2132, und im Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung § 152; ordnungsmäßige Geschäftsführung § 27, 712, 2227, H.G.B. 117; ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs § 1050; ordnungsmäßige Einziehung einer Forderung § 1074, 1285; ordnungsmäßige Besorgung persönlicher Angelegenheiten der Ehefrau § 1402. 1451; ordnungsmäßiger Zustand § 1020; ordnungsmäßige Buchführung H.G.B. §. 38, 46, und im Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 42. Nicht viel anders liegt auch die treue und gewissenhafte Führung der Geschäfte in § 1789, 1870 und in der Rechtsanwaltsordnung § 28.

Ich habe diese Citate zusammengestellt, um die ungemein häufige Verwendung des Wortes „ordnungsmäßig" zu zeigen, und frage nun, was denn damit von den betreffenden Personen verlangt wird? Der Maßstab für ein ordnungsmäßiges Verhalten, wonach im einzelnen Fall das Urtheil gesprochen werden soll, ist an keiner Stelle zum Ausdruck gebracht. Aber können wir deswegen davon absehen, uns die Bedeutung des Wortes klar zu machen? Nur Gedankenlosigkeit könnte glauben, daß mit dem Wort des Gesetzes schon alles erforderliche gesagt sei. Es liegt damit genau wie mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Noch kürzer wird der Ausdruck des Gesetzes, wenn gelegentlich nur auf das verwiesen wird, was „gehörig" oder „erforderlich"

ist. Von der gehörigen Aufsichtsführung spricht B.G.B. § 832 und dabei handelt es sich gewiß unmittelbar um Sorgfalt; gehörige Belege verlangt H.G.B. § 498; erforderliche Bücher finden wir in H.G.B. § 239 und im Genossenschaftsgesetz § 31. In völlig gleicher Weise hätte bei der Definition der Fahrlässigkeit ebenfalls gesagt werden können: fahrlässig handelt, wer die gehörige (oder erforderliche) Sorgfalt außer Acht läßt. Der Zusatz „im Verkehr erforderlich" verändert die Bedeutung der Formel überhaupt nicht.

Den Maßstab dafür, was gehörig, erforderlich, ordnungsmäßig ist, liefert die Erfahrung, und diese wird aus der Beobachtung gewonnen. Auf die Vergleichung dessen was Andere thun, auf ein daraus zu ziehendes Mittelmaß werden wir dadurch mit Nothwendigkeit geführt, und also sind wir wieder bei den homines frugi et diligentes, bei den ordentlichen Leuten im Sinne des Durchschnittes. Hätte das Gesetz die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes statt des Hausvaters in die Formel aufgenommen, so wie auch schon bei Windscheid Pandekten I § 101 Anm. 8 zu lesen ist, so wäre m. E. allen berechtigten Ansprüchen genügt gewesen. Und sehen wir, daß im Rechtsverkehr die Frau dem Manne völlig gleichgestellt und aller weiblichen Rechtswohlthaten entkleidet ist, so wird sie sich auch in Ansehung der Fahrlässigkeit nicht darüber zu beklagen haben, wenn des weiblichen Geschlechts nicht besonders gedacht wird. Indessen könnte immerhin die Vergleichung auf andere ordentliche Leute gerichtet werden, um beide Geschlechter neben einander zu treffen.

Daß auf diesen vom Durchschnitt zu nehmenden Maßstab nicht verzichtet werden kann, bestätigt auch unsere übrige Gesetzgebung, so oft sie Anlaß hat, das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen, und schon um der Gleichmäßigkeit willen wäre zu wünschen gewesen, daß auch das Bürger-

liche Gesetzbuch sich ähnlich ausgedrückt hätte. Ich gebe folgende Zusammenstellung aus den Reichsgesetzen.

Der ordentliche Hausvater steht in der Konkursordnung § 74 und § 81, als Maßstab sowohl für den Konkursverwalter als für die Mitglieder des Gläubigerausschusses. Obwohl nun im Bürgerlichen Gesetzbuch der Hausvater beseitigt ist, hat die in der „Denkschrift" enthaltene Zusammenstellung von Aenderungen und Ergänzungen der Konkursordnung doch jene beiden Paragraphen nicht beanstandet, sondern übergangen. Kürzlich ging die Mittheilung durch die Zeitungen, der Entwurf für Abänderung der Konkursordnung sei jetzt erschienen; doch konnte ich bisher keine Bestätigung dafür erhalten und weiß daher nicht, ob etwa jetzt der Hausvater beseitigt werden oder stehen bleiben soll. Der Vorgang des Bürgerlichen Gesetzbuches sollte freilich maßgebend werden müssen.

Das Handelsgesetzbuch macht natürlich in erster Linie vom ordentlichen Kaufmann Gebrauch und zwar sowohl in der bisherigen als in der neuen Fassung. Vgl. jetzt § 84, 347, 384, 408, welche neben dem Kaufmann selbst auch den Agenten, Kommissionär und Spediteur betreffen. Dabei ist zu beachten, daß der Art. 6 der älteren Fassung, welcher die Handelsfrau an allen Rechten und Pflichten des Kaufmannes theilnehmen ließ, ihr also auch die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns auferlegte, jetzt fortgelassen ist, weil ja auch das Bürgerliche Gesetzbuch die Geschlechter nicht mehr verschieden behandelt.

Neben dem ordentlichen Kaufmann hat das Handelsgesetzbuch jetzt aber auch noch den Maßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes verwendet, nämlich für die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes von Aktiengesellschaften § 241, 249. In Uebereinstimmung stehen damit aus dem Genossenschaftsgesetz die § 32 und 39, sowie aus dem Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haf-

tung § 44. Es bleibt noch zu unterſuchen, ob ſich dieſer Geſchäftsmann in Einzelheiten vom Kaufmann unterſcheiden wird, oder ob das neue Wort nur gewählt iſt, weil jenen Perſonen die Kaufmannseigenſchaft nicht zuſteht. Jedenfalls wäre das Wort wohl geeignet, auch für den Konkursverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausſchuſſes benutzt zu werden.

Neben dieſen allgemeineren Maßſtäben iſt dem Handelsgeſetzbuch weiter zu entnehmen: der ordentliche Frachtführer § 429 (ebenſo im Binnenſchiffahrtsgeſetz § 58, 74), der ordentliche Verfrachter § 559 Abſ. 2 und § 606, der ordentliche Rheder § 497, der ordentliche Schiffer § 511, 653 (ebenſo im Binnenſchiffahrtsgeſetz § 7). Endlich kommt aus dem Flößereigeſetz § 2 der ordentliche Floßführer hinzu und aus dem Handelsgeſetzbuch § 93 die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers. Auch aus dem Römiſchen Recht iſt noch wieder der ordentliche Baumeiſter in Erinnerung zu bringen:

> Fr. 137 § 3 D. de verb. oblig. 45, 1. Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse debet, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris etc.

Ueberall alſo ein objektiver Maßſtab, der nach einem Durchſchnittsbilde genommen wird. Dieſe Zuſammenſtellung regt allerdings die weitere Frage an, ob für den gewöhnlichen Verkehr, wie er dem bürgerlichen Geſetzbuch unterſtellt ſein wird, mit der allgemeinen Faſſung der Sorgfalt ordentlicher Leute ausgereicht werden kann. Ich würde allerdings glauben, daß dieſe Worte allgemein genug gehalten ſeien, um in jedem einzelnen Falle die erforderliche beſondere Beziehung zu geſtatten. Wer aber ſich dabei noch mit Bedenken tragen würde, der mag ja dann zufrieden ſein, daß

das Gesetzbuch nichts weiter sagt und verlangt, als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Denn dadurch wird ja allerdings ermöglicht, den Maßstab ganz nach den Personen und Geschäften des einzelnen Falles zu bilden, und namentlich für die Gruppe der Dienst- und Werkverträge können sich alle jene Typen des Handelsgesetzbuches, soweit man sie nur des Gewerbemäßigen entkleidet, wiederholen.

Die „ordentlichen Leute" als Maßstab sind also stets so zu verstehen, wie die plerique ejus condicionis in Fr. 137 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1, und jeder ist danach zu messen, was von anderen in gleicher Lage, bei gleichem Thun, bei gleicher Verpflichtung gewöhnlich d. h. im Durchschnitt beobachtet wird, habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis. Bei solcher Individualisirung geben wir den objektiven Maßstab keineswegs auf, sondern bestimmen ihn nur näher und genauer.

Wenden wir diese Sätze zunächst auf das Gebiet des § 276 an, so ergiebt sich, daß für den Gläubiger die persönliche Eigenart seines Schuldners nicht gleichgültig bleibt, daß es einen Unterschied macht, ob die geschuldete Leistung einem Manne oder einer Frau obliegt, einer jugendlichen Person oder einer voll erwachsenen. Immer wieder können die Dienst- und Werkverträge als Beispiel benutzt werden, daneben auch der Auftrag, die Gesellschaft, die Verwahrung, selbst Miethe und Pacht. Wer an Studenten, oder überhaupt junge Leute vermiethet, an Arbeiter, Schlafburschen, Schüler u. s. w., wird Manches zu übersehen genöthigt sein, was bei anderen Miethern schon als eine zu vertretende Fahrlässigkeit zu gelten hätte und Ersatzansprüche begründen würde. Ueber mangelhafte Ausführung eines Auftrags sich zu beschweren, wird demjenigen mitunter versagt werden müssen, der Unerfahrene mit seinem Vertrauen beschenkt hat. Vom jugendlichen und weiblichen Gesinde kann nicht die gleiche Sorgfalt erwartet werden, wie von erfahrenen Männern, u. s. w.

Immer wird zu ſprechen ſein: modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris, und: habita ratione aetatis sexus, und die plerique ejus condicionis bilden den Beurtheilungsmaßſtab.

Daß aber mit ſolcher Individualiſirung der objektive Maßſtab noch keineswegs aufgegeben wird, zeigt ſich auch noch an der Vergleichung mit denjenigen Fällen, in welchen der Schuldner nur für diejenige Sorgfalt einzuſtehen braucht, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Auch das bürgerliche Geſetzbuch hat ja geglaubt, den Schuldnern zum Theil dieſe Vergünſtigung zugeſtehen zu müſſen, wenn auch die einzelnen Fälle nicht ganz mit dem Römiſchen Recht übereinſtimmen. Vgl. § 690, 708, 1359, 1664 und 2131. Hier wird nun in der That der Schuldner lediglich nach ſich ſelbſt beurtheilt und den Maßſtab bildet nicht, was Andere vorausſichtlich gethan haben würden, ſondern ſein eigenes Verhalten, wie es ſich aus ſeinem ſonſtigen Lebenswandel ermitteln läßt. Dieſe Fälle ſind alſo zur Unterſcheidung des objektiven und ſubjektiven Maßſtabes wohl geeignet und auf ihre Beſonderheit darf gegenüber allen denen hingewieſen werden, welche den erſten Maßſtab überhaupt für ungeeignet und ausgeſchloſſen halten. Auf die Begründung freilich, welche die Römiſchen Juriſten gelegentlich hinzufügen, iſt kein beſonderes Gewicht zu legen. Das bekannte Wort des Fr. 72 D. pro socio 17, 2: quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet, träfe auch für jene Individualiſirung des objektiven Maßſtabes zu und iſt in ähnlicher Weiſe vorhin ſchon von mir gebraucht. Doch wird dadurch die ſachliche Eigenart der diligentia quam suis rebus adhibere solet nicht getrübt und die Verſchiedenheit der Beurtheilung behält ihre volle Stärke und Bedeutung. Feſtzuhalten iſt ja auch, daß ſolche Begünſtigung nur Ausnahmsfällen zu Theil geworden iſt und daß die Regel den Schuldner unter das Maß anderer Leute ſtellt. Und während die

regelmäßige Behandlung sich vom Gebiet des § 276 auch auf die unerlaubten Handlungen und deren Zurechnung erstreckt (was einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürftig sein wird), so darf das Gleiche von der diligentia quam suis rebus nicht gesagt werden. Auch Verwahrer, Gesellschafter, Ehegatten sind nicht berechtigt, Deliktsansprüche, welche sich auf § 823 gründen, damit zurückzuweisen, daß sie nur für diejenige Sorgfalt einzustehen brauchten, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegten. Denn diese Vergünstigung kommt ihnen nur als Schuldnern zu gute, innerhalb derjenigen Verhältnisse, welche die fraglichen Verbindlichkeiten erzeugt haben, und entlastet sie nicht von deliktischen Haftungen.

Denn es wird doch gewiß auch für die Zukunft die Meinung zu vertheidigen sein, daß die besonderen obligatorischen Beziehungen zweier Personen zu einander den Schuldner nicht von der Anwendung der allgemeinen Deliktsregeln auf ihn freimachen, daß ein Schadensersatzanspruch wie bisher aus der lex Aquilia so künftig aus BGB. § 823 auf die gewöhnliche Fahrlässigkeit resp. auf culpa levis gegründet werden darf, auch wenn in der concurrirenden Vertrags- oder Zustandsobligation nur für diligentia quam suis rebus oder für dolus oder culpa lata gehaftet wird. Immerhin war dieser Punkt bisher streitig geblieben, und es wird hier die Verweisung auf Windscheid Pandekten II § 455 Anm. 12 genügen. An sich liegt nur ein gewöhnlicher Fall von Klagenkonkurrenz vor und es fehlt an einer Rechtfertigung dafür, die besondere Behandlung der einen Klage auf die Beurtheilung der anderen, gleichfalls zuständigen zurückwirken zu lassen. Für diese Meinung gibt auch Fr. 24 D. soluto matrim. 24, 3 einen nicht zu bezweifelnden Beleg.

Die bisherigen Ausführungen stehen vielleicht der Meinung von Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, S. 237 nahe, decken sich aber gleichwohl nicht mit ihr.

Denn im Grunde vertheidigt auch er ſtatt eines objektiven, vom Verhalten Anderer zu nehmenden Maßſtabes eine rein ſubjektive Beurtheilung, wie v. Liſzt ſie fordert. Der Kernpunkt ſeiner Darſtellung iſt doch der, es ſei zwar nicht darauf Rückſicht zu nehmen, welche Sorgfalt der Schuldige ſeinem Charakter gemäß von ſich fordere, wohl aber darauf, welche Sorgfalt er gemäß ſeinen geiſtigen und körperlichen Kräften und ſeiner wirthſchaftlichen Lage anzuwenden vermöge. Damit ſteht aber doch der Eingangsſatz nicht in vollem Einklange, wenn es hier heißt, das Geſetz ſehe als gebührend diejenige Sorgfalt an, welche die verſtändige Verkehrsſitte fordere, eine Sorgfalt, welche die rechte Mitte zwiſchen der Aengſtlichkeit der Pedanten und der Leichtfertigkeit der Unbeſonnenen halte. Denn hiermit ſcheint doch auf einen objektiven Maßſtab hingewieſen zu werden, wie er nicht die Perſönlichkeit des Schuldigen für ſich allein, ſondern die plerique ejus condicionis zum Ausgangspunkt der Beurtheilung nimmt. Nicht was der Schuldige individuell zu leiſten vermöge, ſondern was von ihm nach der Eigenart ſeiner Klaſſe, ſeines Typus zu begehren ſei, das iſt der Angelpunkt. Was nützt auch die verſtändige Verkehrsſitte, wenn es darauf ankommt, was der Schuldige nach ſeinen geiſtigen und körperlichen Kräften und nach ſeiner wirthſchaftlichen Lage zu leiſten vermöge.

Bei gleichzeitigem Verſchulden beider Theile, des Gläubigers neben dem Schuldner, des Verletzten neben dem Thäter, hängt nach BGB. § 254 die Verpflichtung zum Erſatze, ſowie auch der Umfang des zu leiſtenden Erſatzes von den Umſtänden ab, insbeſondere aber davon, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verurſacht worden iſt. Durch dieſe Beſtimmung wird eine ſehr weitgehende Individualiſirung ermöglicht. Zwar wird zunächſt die Frage, ob ein Verſchulden vorliegt, ganz nach den gewöhnlichen Grundſätzen beantwortet werden

müſſen. Denn erſt nachdem die übrigen Vorausſetzungen eines Schadenserſatzanſpruches und ebenſo ein begleitendes Verſchulden des Verletzten ſelbſt feſtgeſtellt worden ſind, kann der Rechtsſatz des § 254 in Anwendung treten. Dieſer ſelbſt kommt aber darauf hinaus, den Umſtänden des einzelnen Falles die Entſcheidung ganz anheim zu geben, ob und in welchem Maße ein Erſatz zu leiſten ſei. Und zwar iſt die Berückſichtigung der Umſtände nicht darauf beſchränkt, nur das Maß des beiderſeitigen Verſchuldens zu erwägen und etwa zu ermitteln, wem die größere Schuld beizumeſſen ſei. Sondern ganz allgemein ſollen die Umſtände des Falls zu Rathe gezogen werden und dabei kann alſo Alles in Betracht kommen, was Coſack ſchon für die Beurtheilung der Fahrläſſigkeit ſelbſt heranziehen möchte, alſo die geiſtigen und körperlichen Kräfte, die wirthſchaftliche Lage ſowohl des einen als des anderen Theiles. So gewinnen Billigkeitserwägungen einen freien Spielraum, ähnlich wie das Geſetzbuch ſie im § 829 geſtattet, obwohl doch die Sachlage an ſich nur zu der Prüfung Anlaß geben würde, wie weit der Beſchädigte ſelbſt an ſeinem Schaden die Schuld trage. Bemerkenswerth ſcheint mir auch das, daß § 254 nicht auf die überwiegende Schuld des einen Theils, ſondern auf die Cauſalität Gewicht legt, in welchem Maße der Schaden von dem einen oder dem anderen Theile verurſacht worden ſei. Literatur und Praxis hatten immer nur auf das überwiegende Verſchulden geſehen [7]) und auch die erſte Leſung des Entwurfs § 222 hatte ſich dieſer Faſſung angeſchloſſen. Bei den Berathungen der zweiten Kommiſſion iſt dann jene Aenderung beſchloſſen, doch geben die Protokolle S. 601—603 nur über die Aenderung als ſolche, nicht über die Begründung Auskunft. Es heißt hier nur: „es würde gebilligt, daß der Antrag als den für die Abgrenzung der Erſatzpflicht vor-

7) Vgl. die Nachweiſungen in meiner Abhandlung über das eigene Verſchulden, Iherings Jahrbücher Band 31 S. 165 fg.

zugsweise maßgebenden Umstand nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Causalverhältnis bezeichne." Meines Erachtens ist umgekehrt die jetzige Fassung zu bedauern, da die Einmischung der Causalitätsfragen sich auch schon in der Literatur als störend herausgestellt hatte. Ich verweise nochmals auf meine schon citirte Abhandlung, wo die erforderlichen Nachweisungen gegeben sind[8]). Man hatte früher eine Erklärung der sogenannten Culpacompensation wiederholt darin gefunden, daß durch die eigene Schuld des Verletzten eben der Causalzusammenhang zwischen der Verletzung und der Handlung des Thäters aufgehoben werde und somit für diesen kein Deliktserfolg mehr übrig bleibe. Doch ist man mit Recht von dieser Auffassung zurückgekommen und fragt nur noch nach dem überwiegenden Verschulden. Für den § 254 besteht nun auch keine volle Harmonie mehr, insofern der Vordersatz vom Verschulden, der Nachsatz von der Verursachung spricht: „hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung ... davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht ist." Im zweiten Absatz ist dann wieder vom Verschulden die Rede: „dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt" u. s. w. So kann in der jetzigen Fassung gewiß keine Verbesserung erblickt werden, wenn auch bereitwillig zuzugeben ist, daß die Praxis wohl ihren Weg ganz wie bisher finden wird. Waren doch sogar, wie die Protokolle nachweisen, Stimmen dafür laut geworden, überhaupt den ganzen Paragraphen als entbehrlich zu streichen! Auch in der Praxis sind freilich Causalität und Verschuldung keineswegs immer streng von einander geschieden.

Dasein und Schwere des beiderseitigen Verschuldens

8) A. a. O. S. 148 fg.

können aber auch nicht festgestellt werden, ohne auf's Neue zu zeigen, wie der unerläßliche objektive Maßstab sich mit subjektiven Rücksichtnahmen verbindet. Meister und Gesellen, Hausfrau und Gesinde, Werkführer und Gehülfen, Aufseher und Arbeiter, welche am selben Werk mit einander arbeiten, können nicht mit gleichem Maße gemessen werden; das gleiche Thun und Lassen kann bei dem einen noch geringes Versehen bedeuten, bei dem andern aber schon als grobe Fahrlässigkeit sich darstellen, habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis. Man denke an die Vorsichtsmaßregeln gegen Betriebs- und Berufsgefahren, an Alles, wodurch ein Schaden verhütet oder wenigstens verringert werden kann. Dem jugendlichen unerfahrenen Arbeiter, der im Vertrauen auf die bessere Einsicht des Arbeitgebers oder Werkführers sich schwerer und gefährlicher Arbeit unterzieht, kann es nicht als Schuld angerechnet werden, wenn er im Augenblick der Gefahr den Kopf verliert; vom anderen Theil aber kann erwartet werden, daß seine Erfahrung und Geistesgegenwart ihn noch die Situation beherrschen lassen, daß er mit ruhigem Blick und Blut das zur Abwendung der Gefahr Erforderliche thut. Jeder ist also nach seinem Maße zu messen oder richtiger nach dem Maße seiner Art (plerique ejus condicionis), ohne daß darin eine Verleugnung des objektiven Maßstabes liegt, auch wenn jenes Ergebnis dabei herauskommt, daß gleiche Thatsachen ungleich beurtheilt werden.

War also der ordentliche Hausvater ungeeignet zur zweckmäßigen Bezeichnung des zu Grunde zu legenden Maßstabes, so läßt sich auch gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, so viel Spielraum diese Formel auch sonst läßt, noch der gleiche Einwand erheben. Man wolle die Anwendung des § 839 und die Verletzung der Amtspflicht erwägen! „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“ Was

als Ueberschreitung der amtlichen Befugnisse bezeichnet zu werden pflegt (vgl. z. B. Reichsbeamtengesetz § 154), ist die Vornahme gesetzwidriger Handlungen. Daneben stehen dann die pflichtwidrigen Unterlassungen, und in beiden Gruppen kann es sich sowohl um Vorsatz als um Fahrlässigkeit handeln. Wann aber ist dem Beamten Fahrlässigkeit zum Vorwurf zu machen? Hierauf wäre mit § 276 zu antworten: „fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt." Aber wird das dem Beamten gegenüber ausreichen? Weder handelt es sich hier überhaupt um Verkehrsgesichtspunkte noch wird es genügen, den Beamten blos dafür verantwortlich zu machen, was im Leben von Leuten gewöhnlichen Schlages zu verantworten ist. Nothwendig wird für Beamte ein eigener, ihrem Amt und ihren Amtspflichten entsprechender Maßstab zu bilden sein und selbstverständlich werden auch die einzelnen Gruppen der Beamten sich von einander scheiden. Das Wort „Beamter" umfaßt ja so mannigfaltige und höchst ungleich vorgebildete und ausgebildete Kategorien, so daß es schon dadurch unmöglich wird, auch nur einen allgemeinen Beamtenmaßstab aufzustellen. Das Reichsbeamtengesetz macht im § 13 jeden Reichsbeamten für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich. Wenn aber gegen einen Beamten wegen Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse Klage erhoben werden soll und dabei die Ansprüche sich auf Fahrlässigkeit des Beamten stützen, so kann es sich dann nur um einen Irrthum über die Gesetzmäßigkeit handeln. Soll die Entschuldbarkeit des Irrthums nach jenem Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beurtheilt werden? Man wird von jedem Beamten an sich erwarten dürfen, daß er wenigstens im Allgemeinen über die Grenzen seiner Amtsbefugnisse unterrichtet sei, wird aber in dieser Forderung um so strenger sein, je höher das Amt ist, gegen dessen Träger geklagt wird. Und wo zu den Voraussetzungen des Amtes Rechtskenntnisse und

also eine juristische Schulung und Ausbildung gehören, da wird man um so weniger den Beamten sich mit Rechtsirrthum entschuldigen lassen, wenn auch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei anderen Personen und in anderen Verhältnissen zur Entschuldigung desselben führen würde. Man nehme als Beispiel etwa einen Justizminister, welcher einer gesetzwidrigen Handlung geziehen werden müßte. Vielleicht hat man in solchen Fällen nur mit dem Vorsatz zu rechnen; wo aber dieser gefehlt haben sollte d. h. wo die Willkürhandlung in dem Glauben an ihre Gesetzmäßigkeit erfolgte, da wird der Irrthum in den meisten Fällen als grobe Fahrlässigkeit zu gelten haben und man sogar geneigt sein, von solcher groben Fahrlässigkeit das Wort des Römischen Juristen zu gebrauchen: fraude non caret. Man glaube auch nicht, daß solche Fälle in unserem Zeitalter sich nicht mehr ereigneten. Die gewissenhafte Erfüllung der Amtspflichten (vgl. Reichsbeamtengesetz § 10) wird sich also an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt keineswegs immer genügen lassen können; das war es, was zu der Fahrlässigkeit des § 839 bemerkt werden mußte.

Ueber den Beweis der Fahrlässigkeit gelten zunächst keine besonderen Regeln; es kommt also ganz die Vorschrift von CPO. § 259 zur Anwendung, daß das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob der Schuldner die erforderliche, ihm obliegende Sorgfalt außer Acht gelassen habe. Für einen Theil der Fälle stellt das bürgerliche Gesetzbuch aber eine Beweislastregel auf. Denn in § 282 ist überall da, wo der Schuldner von seiner Verbindlichkeit durch Unmöglichkeit der Leistung frei geworden zu sein behauptet, ihm die Beweislast auferlegt; er hat sich also von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu reinigen und nachzuweisen, daß er es nirgends an der ihm obliegenden Sorgfalt habe fehlen lassen:

§ 282. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

Außer dieser auf die Beweis*last* gerichteten Vorschrift enthält das bürgerliche Gesetzbuch an *einer* Stelle aber auch eine eigentliche *Beweis*regel, welche die freie Entscheidung des Gerichts ausschließt und dem Richter eine bestimmte Thatsache als Fahrlässigkeit zu beurtheilen zur Pflicht macht. Diese Vorschrift gehört dem *Erbrecht* an und findet sich im § 1980 Abs. 2. Der Erbe soll *unverzüglich* (vgl. § 121: ohne schuldhaftes Zögern), nachdem er von der Ueberschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen. Die Verletzung dieser Vorschrift macht ihn den Gläubigern gegenüber für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Die Handhabung dieser Bestimmung erfordert zunächst ein Urtheil über das schuldhafte Zögern. Dafür kommen noch keine Specialvorschriften in Betracht. Die behauptete Fahrlässigkeit steht also noch unter freier Beweiswürdigung. Der zweite Punkt betrifft aber die Zeitbestimmung: unverzüglich *nach erlangter Kenntnis*. Dabei kann aufs Neue eine Fahrlässigkeitsfrage entstehen; denn es heißt: „Der Kenntnis der Ueberschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich." Wir haben also einen Fall des *Kennenmüssens* (vgl. § 122) vor uns. Eben dazu ist nun aber hinzugefügt: „als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen." Hier ist also das richterliche Ermessen nicht frei sondern gebunden und ihm ist vorgeschrieben, etwas als Fahrlässigkeit *gelten* zu lassen, auch wenn er nach den Umständen des Falles Neigung hätte, den Erben von Fahrlässigkeit frei zu sprechen. Freilich handelt es sich nicht darum, ob eine behauptete *Thatsache* wahr

oder nicht wahr sei (CPO. § 259), und insofern ist vielleicht die vorhin gebrauchte Bezeichnung als Beweisregel ungenau. Wohl sprechen wir in Kürze vom Beweise der Fahrlässigkeit; in Wirklichkeit aber handelt es sich stets darum, daß in gewissen anderen Thatsachen, Handlungen oder Unterlassungen, eine Fahrlässigkeit erblickt wird, und nicht diese ihrerseits ist Gegenstand des Beweises. Die Zurechnung ist ein Urtheil über das Vorhandensein der Schuld; sie ist ein Stück der richterlichen Urtheilsthätigkeit, nicht des Thatbestandes, und wenn also vom Gerichte eine Fahrlässigkeit als erwiesen angenommen wird, so wird damit doch nicht Beweiswürdigung geübt und es handelt sich nicht darum, ob etwas Thatsächliches wahr oder nicht wahr sei. Bei solcher Auffassung gewinnt jener § 1980 Abs. 2 die Bedeutung, dem Richter ein bestimmtes Urtheilen zur Pflicht zu machen, und in dieser Eigenschaft, die Freiheit der richterlichen Entscheidung auszuschließen, berührt er sich mit den eigentlichen Beweisregeln.

Die letzten Erörterungen gelten der groben Fahrlässigkeit. Das Gesetzbuch hat in seiner endgültigen Fassung ganz auf eine Abgrenzung der lata culpa gegen die levis culpa verzichtet und war dazu durch verschiedene Stimmen der Kritik aufgefordert, welche wenigstens dann diesen Schritt empfahlen, wenn es nicht gelingen sollte, die Abgrenzung anders und schärfer, als im § 144 Abs. 2 des ersten Entwurfs geschehen, zu machen. Hier hieß es, grobe Fahrlässigkeit liege vor, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in besonders schwerer Weise vernachläßigt werde. Die eine Ausstellung Hölder's (a. a. O. S. 133) war freilich rein äußerlich und galt nur der in dem Worte „besonders" liegenden Steigerung, wie wenn zur culpa lata noch eine culpa latissima hinzugefügt werden müsse: einfaches Versehen, schweres und besonders schweres Versehen. Es lag wohl auf der Hand, daß eine solche Climax in keiner Weise

beabsichtigt worden war, und daß die grobe Fahrlässigkeit nur thunlichst an die nimia negligentia des Römischen Rechts angelehnt werden sollte. Einfache Streichung des „besonders" hätte dieser Ausstellung gegenüber ausgereicht. Dann hätte sich freilich die Tautologie, die Andere gerügt haben, noch deutlicher herausgestellt: grobe Fahrlässigkeit ist eine grobe Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt. Das brauchte natürlich nicht im Gesetzbuch gesagt zu werden und wäre ein inhaltsloser Satz geworden. Viel anders stand es freilich mit der „besonders schweren Weise" ebenfalls nicht, und so konnte insofern mit Recht die Ausmerzung des ganzen Satzes gefordert werden, wie es dann ja auch im Gesetzbuch geschehen ist.

So läßt uns also das Gesetzbuch ohne Antwort, wenn wir nach der besonderen Natur der groben Fahrlässigkeit fragen. Oder ist etwa dieses Schweigen schon ein Zeichen dafür, daß wir es gar nicht mit einem besonderen und selbständigen Begriff zu thun haben? Nothwendig wäre freilich diese Schlußfolgerung nicht, da wir ja auch das Wesen der Fahrlässigkeit als solcher nicht ausreichend normirt gefunden haben. Aber vielleicht verhält es sich in der That so, daß kein anderer Unterschied zwischen Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit besteht, als der durch das Eigenschaftswort von selbst ausgesprochene? Grobe Fahrlässigkeit ist doch gut deutsch und auch dem Laien verständlich. Man sollte denken, wer überhaupt weiß, was Fahrlässigkeit sei, der werde auch über die grobe Fahrlässigkeit nicht im Zweifel sein. Wer die erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt, handelt fahrlässig, sagt § 276. Nun, dann braucht auch in der That die grobe Fahrlässigkeit nicht weiter beschrieben zu werden, man müßte denn der Meinung sein, daß es eines besonderen Merkmales dafür bedürfe, wann Jemandes Fahrlässigkeit den Vorwurf „grob" verdiene. So ist es natürlich gemeint, wenn Hölder zwei verschiedene Maßstäbe neben einander vertheidigt, für

die levis culpa den diligens paterfamilias als einen, der seine Sache versteht und der betreffenden Angelegenheit gewachsen ist, für die lata culpa aber das Bild eines Menschen, welcher nur dasjenige versteht, was jeder verstehen kann. In solchem Sinne heißt es bekanntlich, daß es lata culpa sei, non intelligere quod omnes intellegunt; die omnes aber, nach deren Maßstab sich die Existenz einer lata culpa bemesse, seien zwar nicht schlechthin alle Menschen, wohl aber alle diejenigen, deren Verstand, Bildung und Erfahrung nicht hinter dem Maße zurückbleibe, welches wir bei jedem Menschen *vorauszusetzen* pflegen.

Aber weshalb sollen wir die Sache in solcher Weise erschweren? Es reicht ja vollkommen aus, überall von dem gleichen Maßstabe auszugehen und grobe Fahrlässigkeit überall dann anzunehmen, wenn der Unterschied zwischen dem Normalmaß und dem zu beurtheilenden Verhalten einer Person durch seine Stärke und Schwere jene Bezeichnung rechtfertigt. Damit ist dann für den einzelnen Fall Alles in das richterliche Ermessen gelegt und die getroffene Entscheidung, mag sie so oder anders ausfallen, die grobe Fahrlässigkeit bejahen oder verneinen, ist nicht anders als mit dem Gefühl controlirbar. Eben das möchte man natürlich mit einem eigenen Maßstab für die lata culpa vermeiden, um für die richterliche Entscheidung nicht allzu sehr die subjektive Empfindung ins Gewicht fallen zu lassen, sondern den Richter zu nöthigen, sich über seine Meinung mit Gründen Rechenschaft zu geben. Aber was kommt denn in Wirklichkeit bei jenem non intelligere quod omnes intellegunt heraus? Ist der Maßstab jener omnes, wie ihn *Hölder* beschreibt, wirklich brauchbar oder überläßt nicht auch er das Meiste doch dem richterlichen Ermessen? Ich kann auch das Römische Recht nicht anders verstehen, als daß die lata culpa nicht nach scharf begrenztem Maßstab von der levis culpa abgegrenzt ist: es ist Alles dem Eindruck des einzelnen

Falles überlaſſen, ob man eine magna und dissoluta negligentia glaubt finden zu ſollen. Man beachte, daß die culpa lata denjenigen Obligationen angehört, in welchen der Schuldner eigentlich nur für dolus haftet (dolus tantummodo praestatur). Aber obwohl der Rechtsſatz ſo lautete, glaubte man doch gewiſſe Nachläſſigkeiten dem Schuldner nicht hingehen laſſen zu können, weil ſonſt allzu gröblich die Norm der bona fides verletzt worden wäre, und ſo iſt das Wort von der culpa lata prope dolum und dolo proxima enſtanden, um den Schuldner noch faſſen zu können. Das Ergebnis war dann, daß völlig frei von Diligenzpflicht Niemand bleibe und daß ein gewiſſes geringſtes Maß von Ueberlegung der Folgen abſolut geboten und einem jeden Schuldner aufzuerlegen ſei. So habe ich ſchon in meinen Pandekten (§ 229) ausgeſprochen, daß die grobe Fahrläſſigkeit zu den nur empfundenen, jedoch nicht genauer feſtſtellbaren Begriffen gehöre. Auch die Caſuiſtik des Römiſchen Rechts hat uns keine weiteren Aufſchlüſſe gebracht und es bedarf derſelben meines Erachtens auch gar nicht. Das Geſetzbuch wird alſo das Richtige getroffen haben, wenn es eine Definition der groben Fahrläſſigkeit nicht mehr giebt. Hervorzuheben wäre allenfalls nur der von den Römiſchen Juriſten einige Male beſprochene Fall, daß Jemand in eigenen Angelegenheiten erkennbar ſorgfältiger verfährt als in dem ſpeciellen Schuldverhältnis,

Fr. 32 D. depositi 16, 3

Fr. 23 § 3 D. ad SC. Trebell. 36, 1

Man leſe: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Damit wird ja das Urtheil begründet: fraude non caret, auch wenn dasſelbe nicht ſo gemeint iſt, daß nun wirklich und mit Nothwendigkeit ein Fall vorſätzlichen Thuns vorgelegen haben müſſe. Die geringere Anſpannung der geiſtigen Kräfte und die an den Tag gelegte Gleichgültigkeit gegen die ihm obliegende Verpflichtung mag immerhin dem bewußten Vorſatz entſprungen

sein; damit wird die Schädigung selbst noch nicht zur vorsätzlich verursachten, wenn man nicht etwa zu der bekannten Binding'schen Lehre sich bekennen will, welche das Wesen der lata culpa allgemein in rechtswidrigem Vorsatz erblickt. Ich begnüge mich, dieser Auffassung gegenüber auf die Bemerkungen Windscheid's zu verweisen (Pandekten I § 101 Anm. 10) und auf die ausführlichen Erörterungen bei Pernice Labeo II S. 377 fg.

Erst nach ausgebildeter Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus d. h. nach Anerkennung des Satzes, daß auch wer eigentlich nur für dolus hafte, dennoch für lata culpa verantwortlich gemacht werden dürfe, ließ sich auch die umgekehrte Betrachtung anstellen, daß die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit eine Begünstigung gewisser Schuldner enthalte, die bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung nicht mit dem vollen und strengen Maße der omnis diligentia gemessen werden sollen, sondern, abgesehen vom dolus, erst bei grober Fahrlässigkeit sich einer Verantwortung ausgesetzt finden. So stellt sich die Sache im heutigen Recht; regelmäßig ist jeder Schuldner für Fahrlässigkeit im vollen Umfange verantwortlich, et levissima culpa venit; aber gewisse Schuldner machen eine Ausnahme und haften nur für grobe Fahrlässigkeit. Man braucht nur den § 276 mit dem Wortlaut der § 521, 599, 680, 968 und 300 zu vergleichen, um dieses Verhältnisses inne zu werden. In der Entwickelung des Römischen Rechts lag es aber umgekehrt, und nicht eine Abschwächung der Haftung und Begünstigung des Schuldners, sondern eine Ausdehnung der Haftung lag in dem Satz: culpa lata dolo proxima est. Und dieser Umstand möge auch für die Erörterungen über das Wesen der lata culpa in Erinnerung gebracht sein! Der weiteren Frage des Römischen Rechts, wieweit die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus reiche, sind wir durch das bürgerliche Gesetzbuch für unser Recht nun glücklich überhoben.