

SARAH KUHN

Der effizienzorientierte Fahrlässigkeitsbegriff in der Rechtsprechung westlicher Staaten

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 84



TENEA

In dieser Arbeit werden höchstrichterliche Urteile im Zivilrecht verschiedener westlicher Staaten untersucht, um herauszufinden, welche rechtsethische Richtung jeweils die Grundlage der Definition für fahrlässiges Verhalten bildet. Ziel ist es, die Bedeutung der Ökonomie, also der effizienzorientierten Denkweise, in der internationalen deliktsrechtlichen Rechtsprechung zu erkennen. Insbesondere im Hinblick auf eine herannahende europäische Rechtsvereinheitlichung kann die Beantwortung dieser Frage die Ähnlichkeiten bzw. Unterschiede der Rechtsprechung verschiedener Staaten im Bereich des Deliktsrechts aufzeigen. Auf diese Weise liefert die Arbeit Argumente für die fortwährende politische Diskussion über Vor- und Nachteile einer Rechtsharmonisierung.



Sarah Kuhn wurde 1973 in Essen geboren. Nach dem Abitur absolvierte sie zunächst eine Banklehre in Bonn und nahm daraufhin ein Studium der Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum auf. Ihr Referendariat verbrachte Sarah Kuhn in Dortmund, Essen und Santa Barbara, Kalifornien. Neben ihrer Promotion arbeitete sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Recht und Ökonomie der Universität Hamburg. Zur Zeit ist sie als Rechtsanwältin in Bonn tätig.

TENEAE

ISBN 3-86504-109-4

28 €

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 84



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

SARAH KUHN

Der effizienzorientierte Fahrlässigkeitsbegriff
in der Rechtsprechung westlicher Staaten

TENEA



Sarah Kuhn

Der effizienzorientierte Fahrlässigkeitsbegriff
in der Rechtsprechung westlicher Staaten

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 84)

Zugleich Universität Hamburg
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2004

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:

Bookstation GmbH · 78244 Gottmadingen

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-109-4

Vorwort

Die interdisziplinäre Forschung auf dem Gebiet der ökonomischen Analyse des Rechts wurde in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA entwickelt und ist dort sowohl in der Wissenschaft als auch in der juristischen Praxis bereits weit verbreitet. In Europa gewinnt dieser Forschungszweig zunehmend an Aufmerksamkeit. Die ökonomische Analyse des Rechts stellt ein Kosten-Nutzen-Kalkül in den Vordergrund der Betrachtung rechtlicher Zusammenhänge und kann auf diese Weise Mängel in rechtlichen Normen oder in der Rechtsprechung aufdecken, die zu einer Verschwendung von Ressourcen führen. Die Förderung von Effizienz bei der Mittelverwendung stellt ein gesamtgesellschaftliches Ziel dar und ist als solches von allgemeinem Interesse, so daß auch die europäischen Staaten von Anregungen durch die ökonomische Analyse des Rechts profitieren können.

In den USA hat der Bundesrichter *Learned Hand* im Jahr 1947 in einem seiner Urteile eine Formel entwickelt, die Aufschluß darüber geben sollte, ob die beklagte Partei bei einer von ihr durchgeführten schädigenden Handlung die gebotene Sorgfalt nicht beachtete und sich damit fahrlässig verhielt. Dazu stellte *Hand* den Aufwendungen, die der Schädiger zur Vermeidung des Schadens getätigt hat, die Höhe des eingetretenen Schadens multipliziert mit der Schadenswahrscheinlichkeit gegenüber. In dem Fall, daß diese Abwägung ein Ungleichgewicht zu Lasten der Schadensvorsorge ergeben sollte, nahm *Hand* fahrlässiges Verhalten der beklagten Partei an. Diese Vorgehensweise offenbart eine ökonomische, von Effizienzgedanken getragene Rechtsprechung, die darauf ausgerichtet ist, die Höhe der erforderlichen Sorgfaltsvorkehrungen in einem Rahmen zu halten, der sich an der zu erwartenden Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit orientiert. Damit bildet dieses Urteil *Hand's* einen Grundstein der effizienten Analyse fahrlässigen Verhaltens.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Bedeutung der ökonomischen Betrachtungsweise im Bereich des Deliktsrechts, genauer im Fahrlässigkeitsrecht, in den USA und in verschiedenen europäischen Staaten zu analysieren. Dazu wurden über 100 internationale Urteile daraufhin untersucht, ob in ihnen eine Kosten-Nutzen-Rechnung im Sinne der *Learned-Hand-Formel* erkennbar ist. Mithilfe der Ergebnisse dieser Unter-

suchung ist es möglich, Aussagen über die Nähe oder die Unterschiede der Rechtsprechung in unterschiedlichen Staaten auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit zu treffen und so Argumente für die fortwährende Diskussion über Vor- und Nachteile einer europäischen Rechtsvereinheitlichung zu liefern.

Die folgende Abhandlung hat im Sommersemester 2004 der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Hamburg als Dissertation vorgelegen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer, der mich bei der Themenauswahl beraten und die Arbeit fortwährend unterstützt und gefördert hat. Außerdem danke ich dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Gerhard Struck für die zügige Korrektur meiner Arbeit. Daneben wurde mir große Hilfe von zahlreichen ausländischen Hochschullehrern und Studenten des Master-Programms Law and Economics bei scheinbar unüberwindbaren Problemen der Beschaffung und Übersetzung ausländischer Gerichtsentscheidungen zuteil. Für dieses Engagement möchte ich mich herzlich bedanken. Zu danken habe ich darüber hinaus meinen Kollegen am Institut für Recht und Ökonomik, die mich immer wieder neu motiviert haben. Schließlich möchte ich meinen Eltern für ihre uneingeschränkte Unterstützung danken.

Hamburg, im Dezember 2004

Sarah Kuhn

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
B. Ethikkonzepte	5
I. Bedeutung von Ethik im Recht	5
II. Ethikkonzepte und der Begriff der Fahrlässigkeit aus der jeweiligen ethischen Sichtweise	6
1. Deontologischer Ansatz	7
a) Begriff	7
aa) Grundprinzipien	7
bb) Gesinnungs- bzw. Pflichtenethik	8
b) Kritik	8
c) Fahrlässigkeit	9
aa) Haftung	10
bb) Sorgfaltsmaßstab	11
2. Konsequentialistischer Ansatz	12
a) Utilitarismus	12
aa) Begriff	12
aaa) Geschichte	13
bbb) Arten	14
ccc) Grundsätze	15
bb) Kritik	16
cc) Fahrlässigkeit	19
b) Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts	19
aa) Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts	19
bb) Ethischer Ansatz	21
aaa) Effizienzethik und Utilitarismus	21
bbb) Kritik	22
cc) Fahrlässigkeit	27
aaa) Learned-Hand-Formel	27
bbb) Fahrlässigkeit im effizienzorientierten Urteil	30
III. Beurteilung des Fallmaterials	31
1. Deontologische Argumentation	32
2. Konsequentialistische Argumentation	32
a) Utilitaristische Argumentation	33
b) Effizienzorientierte Argumentation	34
C. Analyse der Rechtsprechung	36
I. Auswahl der Urteile	36
II. Deutscher Rechtskreis	39
1. Das Zivilrecht in der Bundesrepublik Deutschland	40
a) Literaturbetrachtung	40
aa) Fahrlässigkeit	40

VIII

aaa)	Objektiver Maßstab	40
bbb)	Ermittlung des Sorgfaltsmaßstabes	42
ccc)	Verkehrssicherungspflichten	43
bb)	Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit	43
aaa)	Nachweisbarkeit der Verwendung von Effizienzkriterien	43
bbb)	Unauffindbarkeit von Effizienzkriterien	45
ccc)	Konsequenzen für die Einordnung der Urteile	46
b)	Urteilsanalyse	48
aa)	Treppengeländer	48
bb)	Postwagen	50
cc)	Skiunfall	51
dd)	Streupflicht I	53
ee)	Apfelschorfpilz	56
ff)	Eishockeypuck	58
gg)	Kranker Autofahrer	63
hh)	Wildschutzzaun	65
ii)	Streupflicht II	68
jj)	Bankbürgschaft	70
kk)	Glaswand	71
ll)	Scheunenbrand	73
mm)	Insektenabwehr	75
nn)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	76
2.	Das Zivilrecht in Österreich	79
a)	Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit	79
b)	Urteilsanalyse	80
aa)	Mähdrescher	80
bb)	Bankkredit	82
cc)	Mauerwerkschaden	83
dd)	Waschbenzin	85
ee)	Spaziergang	86
ff)	Überholmanöver	88
gg)	Werkshallenbrand	89
hh)	Kinderspielplatz	90
ii)	Wendeltreppe	91
jj)	Glatteis I	93
kk)	Glatteis II	95
ll)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	96
3.	Das Zivilrecht in der Schweiz	98
a)	Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit	98
b)	Urteilsanalyse	99
aa)	Skiunfall	99
bb)	Heuarbeiten	101
cc)	Diebstahl	102
dd)	Baggersturz	103
ee)	Kransturz	104
ff)	Aktienkauf	106

gg)	Zugunfall.....	107
hh)	Falsche Preisauszeichnung.....	109
ii)	Konkurs.....	110
jj)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	110
III.	Anglo-amerikanischer Rechtskreis.....	112
1.	Das Fahrlässigkeitsrecht in den USA.....	114
a)	Literaturbetrachtung	114
aa)	Fahrlässigkeit	114
bb)	Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit.....	116
b)	Urteilsanalyse	118
aa)	United States v. Carroll Towing Co.....	119
bb)	Rosenquist v. Isthmian S.S. Co.....	120
cc)	Johnson v. A/S Ivarans Rederi.....	121
dd)	United States Fidelity Guaranty Company v. Jadranska Slobodna Plovidba.....	122
ee)	Brown v. Link Belt Division of FMC Corp.....	124
ff)	Duckworth v. Franzen	125
gg)	McCarthy v. Pheasant Run, Inc.	126
hh)	Weitere Urteile des Supreme Court bezüglich Fahrlässigkeit im Bereich des Zivilrechts.....	127
aaa)	Reasonable Man	127
bbb)	Rechtsprechung in anderen Bereichen des Zivilrechts	127
ii)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	129
2.	Das Fahrlässigkeitsrecht in Großbritannien.....	131
a)	Literaturbetrachtung	131
aa)	Fahrlässigkeit	131
bb)	Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit.....	132
b)	Urteilsanalyse	134
aa)	Coltness Iron Co. v. Sharp	134
bb)	Edwards v. National Coal Board	136
cc)	Paris v. Stepney Borough Council.....	137
dd)	Bolton and others v. Stone	139
ee)	McCarthy v. Coldair Ltd.....	141
ff)	Christmas v. General Cleaning Contractors Ld. and Caledonian Club Trust Ld.....	142
gg)	Latimer v. A.E.C., Ltd.	144
hh)	Marshall v. Gotham Co., Ltd.	147
ii)	Morris v. West Hartlepool Steam Navigation Co. Ltd.....	149
jj)	Carmarthenshire County Council v. Lewis	150
kk)	Haley v. London Electricity Board	151
ll)	Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. The Miller Steamship Co. Pty.....	152
mm)	Reynolds v. North Tyneside Health Authority	154
nn)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung.....	154
3.	Das Fahrlässigkeitsrecht in der Republik Irland.....	156
a)	Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit.....	156
b)	Urteilsanalyse	157

aa)	O’Gorman v. Ritz (Clonmel) Ltd.....	157
bb)	Bradley v. C.I.E.....	158
cc)	Walsh v. Irish Family Planning Services.....	159
dd)	O’Shea v. Tilman Anhold and Horse Holiday Farm Ltd.....	160
ee)	Superquinn v. Bray U.D.C.....	161
cc)	Doran v. Delaney	163
gg)	Peter Geoghegan v. David Harris	165
hh)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung.....	166
IV.	Romanischer Rechtskreis.....	167
1.	Das Zivilrecht in Frankreich	167
a)	Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit.....	168
b)	Urteilsanalyse	169
aa)	Fußballspiel I.....	169
bb)	Fußballspiel II	170
cc)	Mandelopoperation	171
dd)	Boxkampf.....	172
ee)	Zahnspange	172
ff)	Plastikreifen	173
gg)	Ohrenoperation.....	174
hh)	Geburtskomplikationen I	175
ii)	Schönheitsoperation.....	176
jj)	Geburtskomplikationen II.....	177
kk)	Schädigendes Medikament	179
ll)	Fußballspiel III.....	180
mm)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung.....	180
2.	Das Zivilrecht in Italien	181
a)	Fahrlässigkeit im Gesetz	182
b)	Urteilsanalyse	182
aa)	Scheckfälschung I	182
bb)	Scheckfälschung II.....	183
cc)	Gebäudeschäden.....	184
dd)	Schaukel	186
ee)	Beifahrer.....	187
ff)	Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	188
3.	Das Zivilrecht in Spanien.....	188
a)	Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit.....	189
b)	Urteilsanalyse	190
aa)	Suizid I.....	190
bb)	Minenunfall I.....	190
cc)	Brand.....	191
dd)	Minenunfall II	192
ee)	Swimming Pool.....	193
ff)	HIV-verseuchte Blutkonserve	194
gg)	Stromschlag.....	195
hh)	Herabfallende Glasscheibe.....	196
ii)	Suizid II	197

jj) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	198
4. Der Begriff der Fahrlässigkeit in den Niederlanden	199
V. Nordischer Rechtskreis	201
1. Das Fahrlässigkeitsrecht in Schweden	202
a) Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit	202
b) Urteilsanalyse	203
aa) Schwimmbeckensprung	203
bb) Hockeyspiel	204
cc) Fahrradunfall	205
dd) Augenverletzung	207
ee) Baustelle	208
ff) Skipiste	209
gg) Salmonellen	210
hh) Straßenarbeiten	211
ii) Golf	213
jj) Fernsehkabel	214
kk) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	216
2. Das Fahrlässigkeitsrecht in Norwegen	217
a) Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit	217
b) Urteilsanalyse	218
aa) Zollkontrolle	218
bb) Mißlungene Abtreibung	219
cc) Empfangskontrolle	220
dd) Schwimmbadunfall	221
ee) Zeitungsannonce	223
ff) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung	224
VI. Sonstige Rechtskreise/Israelischer Supreme Court	225
1. Das Israelische Rechtssystem	225
2. Rechtsprechung	226
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	227
D. Wertung der Analyse der Rechtsprechung	232
I. Ergebnisse	232
II. Einschränkung der Untersuchungsergebnisse	233
III. Auswertung der Ergebnisse	234
1. Fragestellungen	235
2. Erklärungsansätze	236
a) Kategorisierung der Urteile	236
b) Verteilung von Konsequentialismus und Deontologie	238
c) Geringe Anzahl utilitaristischer Urteile	239
d) Konsequentialistische Urteile	240
e) Verteilung der effizienzorientierten Urteile	240
f) Übereinstimmung mit Ansichten in der Literatur	241
g) Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts	244

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael* Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Habilitation, Heidelberg 1985; zit.: *Adams*, Ökonomische Analyse
- Adomeit, Klaus* Einführung in das spanische Recht, München 1993; zit.: *Adomeit*, Einführung
- Bandel, Stefan,*
Bode, Falko
Knapp, Andreas Tagung der ERA Trier – Internationales Privatrecht im Binnenmarkt – Europäisierung des Haftungsrechts, in: *Mitt-BayNot* 2000, 24-26; zit.: *Bandel/Bode/Knapp*, *MittBayNot* 2000
- Baumbach, Adolf*
Lauterbach, Wolfgang Zivilprozeßordnung, Kommentar, 61. Aufl., München 2003; zit.: *Baumbach/Lauterbach - Bearbeiter*, ZPO
- Behrens, Peter* Legalism, Economism, and Professional Attitudes Toward Institutional Design, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149/1, 1993, 141-147; zit.: *Behrens*, Legalism
- Bentham, Jeremy* An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789; zit.: *Bentham*, Introduction
- Berger, Klaus Peter* Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, in: *JZ* 1999, 369-377; zit.: *Berger*, *JZ* 1999
- Berger, Klaus Peter* Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode, in: *ZEuP* 2001, 4-29; zit.: *Berger*, *ZEuP* 2001
- Berner Kommentar* Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abt., 3. Teilbd., 1. Unterteilbd., 2. Aufl., Bern 1998; zit.: *Berner Kommentar - Bearbeiter*, OR
- Bernstorff, Christoph*
Graf von Einführung in das englische Recht, 2. Aufl., München 2000; zit.: *Bernstorff*, Einführung
- Biesalski, Dieter* Grundzüge der Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 des Code civil im französischen Recht, Dissertation, Mannheim 1975; zit.: *Biesalski*, Deliktshaftung
- Broad, Charlie Dunbar* Five Types of Ethical Theory, London 1930; zit.: *Broad*, Five Types
- Brown, John Prather* Towards an Economic Theory of Liability, in: *Journal of Legal Studies* 2, 1973, 323-350; zit.: *Brown*, Towards

- Brüggemeier, Gert* Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, in: AcP, Bd. 182, 1982, 385-446; zit.: *Brüggemeier*, AcP 1982
- Brüggemeier, Gert* Prinzipien des Haftungsrechts – Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999; zit.: *Brüggemeier*, Prinzipien
- Buckley R.A.* The Modern Law of Negligence, 2. ed., London, Dublin, Edinburgh 1993; zit.: *Buckley*, Negligence
- Bydlinski, Franz* Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964; zit.: *Bydlinski*, Schadensverursachung
- Byrd, Sharon* Anglo-Amerikanisches Vertrags- und Deliktsrecht, München, Wien, Bern 1998; zit.: *Byrd*, Vertrags- und Deliktsrecht
- Calabresi, Guido* Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), S. 499 553; zit.: *Calabresi*, Risk Distribution
- Calabresi, Guido* Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment, in: The Journal of Law and Economics, 1968; zit.: *Calabresi*, Transaction
- Clark, David*
Ansay, Tugrul Introduction to the Law of the United States, Deventer, Boston 1992; zit.: *Clark/Ansay*, Introduction
- Coase, Ronald H.* The Problem of Social Costs, in: Journal of Law and Economics 3 (1960), S. 1-44; zit.: *Coase*, Problem
- Coleman, Jules L.* Book Review: The Economic Structure of Tort Law, by William Landes and Richard A. Posner, in: Yale Law Journal, Mai 1988; zit.: *Coleman*, Book Review
- Coleman, Jules L.* Legal Theory and Practice, in: Georgetown Law Journal, Sept. 1995; zit.: *Coleman*, Legal Theory
- Cooter, Rober*
Ulen, Thomas Law and Economics, 4. Aufl., Boston, San Francisco, New York 2004; zit.: *Cooter/Ulen*, Law and Economics
- Danish Committee on Comparative Law* Danish and Norwegian Law, Copenhagen 1963; zit.: *Danish Committee on Comparative Law*, Danish and Norwegian Law
- Dahlmann, Christian* Konkurrerande culpakriterier, Dissertation, Lund 2000; zit.: *Dahlmann*, Konkurrerande culpakriterier

- David, René*
Grasmann, Günther Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München 1988; zit.: *David/Grasmann*, Rechtssysteme
- Deutsch, Erwin* Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht, in: *Jura*, 1987, 505-509; zit.: *Deutsch*, *Jura* 1987
- Deutsch, Erwin* Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, in: *AcP*, Bd. 202, 889-911; zit.: *Deutsch*, *AcP* 2002
- Deweese, Don*
Duff, David
Trebilcock, Michael Exploring the Domain of Accident Law, New York, Oxford 1996; zit.: *Deweese/Duff/Trebilcock*, Exploring
- Drescher, Angelika* Naturrecht als utilitaristische Pflichtenethik?, Berlin 1999; zit.: *Drescher*, Naturrecht
- Düppen, Bettina* Der Utilitarismus: Eine theoretische Darstellung von der griechischen Antike bis zur Gegenwart, Dissertation, Köln 1996; zit.: *Düppen*, Utilitarismus
- Dugdale, A. M.*,
Stanton, K. M. Professional Negligence, London 1982; zit.: *Dugdale/Stanton*, Professional Negligence
- Eidenmüller, Horst* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., Tübingen 1998; zit.: *Eidenmüller*, Effizienz
- Engel, Arno Johannes* Ein Europäisches Zivilgesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz, in: *ZfRV* 1999, 121-131; zit.: *Engel*, *ZfRV* 1999
- Epstein, Richard A.* A Theory of Strict Liability, in: *Journal of Legal Studies*, 151, 152 (1973); zit.: *Epstein*, Theory
- Erman, Walter* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1- 853, 10. Aufl., Köln 2000; zit.: *Erman - Bearbeiter*, BGB
- Esser, Josef*
Schmidt, Eike Schuldrecht Bd. 1, Allg. Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl., Heidelberg 1995; zit.: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht
- Fezer, Karl-Heinz* Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: *JZ* 1986, 819-824; zit.: *Fezer*, *JZ* 1986
- Fezer, Karl-Heinz* Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: *JZ* 1988, 223-228; zit.: *Fezer*, *JZ* 1988
- Fletcher, George P.* Fairness and Utility in Tort Theory, in: *Harvard Law Review* 537 (1972); zit.: *Fletcher*, Fairness
- Frankena, William K.*
Granrose, John T. Introductory Readings in Ethics, Englewood Cliffs, New Jersey 1974; zit.: *Frankena/Granrose*, Ethics

- Gauch, Peter*
Schluep, Walter R. Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. II, 6. Aufl., Zürich 1995; zit.: *Gauch/Schluep*, OR
- Gilles, Stephen G.* The Invisible Hand Formula, in: *Virginia Law Review*, Aug. 1994; zit.: *Gilles*, Invisible
- Gilles, Stephen G.* On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury, in: *Vanderbilt Law Review*, Apr. 2001; zit.: *Gilles*, Determining Negligence
- Gilles, Stephen G.* The Emergence of Cost-Benefit Balancing in English Negligence Law, in: *Chicago-Kent Law Review*, 2002; zit.: *Gilles*, Emergence
- Grady, Mark F.* A New Positive Economic Theory of Negligence, in: *Yale Law Journal*, Apr., 1983; zit.: *Grady*, Positive Economic Theory
- Harrer, Friedrich* Schadenersatzrecht, Wien 1999; zit.: *Harrer*, Schadenersatzrecht
- Hay, Peter* U.S.-amerikanisches Recht: Ein Studienbuch, München 2000; zit.: *Hay*, U.S.-amerikanisches Recht
- Hendy, John* Industrial Accident Claims: Reasonable Practicability, in: *Journal of Personal Injury Law*, 2001; zit.: *Hendy*, Industrial Accident Claims
- Hetcher, Steven* Non-Utilitarian Negligence Norms and the Reasonable Person Standard, in: *Vanderbilt Law Review*, 2001; zit.: *Hetcher*, Non-Utilitarian Negligence Norms
- Hurd, Heidi M.* The Deontology of Negligence, in: *Boston University Law Review*, Febr./Apr. 1996; zit.: *Hurd*, Deontology
- Jarass, Hans D.*
Pieroth, Bodo Grundgesetz, Kommentar, 7 Aufl., München 2004; zit.: *Jarass/Pieroth*, GG
- Jauernig, Othmar* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl. München 2003; zit.: *Jauernig - Bearbeiter*, BGB
- Kant, Immanuel* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Mit einer Einleitung von Bernd Kraft und Dieter Schönecker, Hamburg 1999; zit.: *Kant*, Grundlegung
- Keating, Gregory C.* Reasonableness and Rationality in Negligence Theory, in: *Stanford Law Review*, Jan. 1996; zit.: *Keating*, Reasonableness

- Kerkmeester, Heico*
Visscher, Louis Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence, in: German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2003: Article 6, abrufbar unter: <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art6>, Zugriff am 20.11.2003; zit.: *Kerkmeester/Visscher*, German Working Papers 2003
- Kirchner, Christian* The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, in: International Review of Law and Economics, 1991, 11, 277-292; zit.: *Kirchner*, Difficult Reception
- Köhler, Wolfgang R.* Zur Geschichte und Struktur der utilitaristischen Ethik, Frankfurt am Main 1979; zit.: *Köhler*, Geschichte
- Kötz, Hein* Deliktsrecht, 6. Aufl., Neuwied, Krefeld, Berlin 1994; zit.: *Kötz*, Deliktsrecht
- Kötz, Hein*
Schäfer, Hans-Bernd Judex, calcula!, in: JZ 1992, S. 355 f.; zit.: *Kötz/Schäfer*, JZ 1992
- Kötz, Hein*
Schäfer, Hans-Bernd Judex oeconomicus – 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht, Tübingen 2003; zit.: *Kötz/Schäfer*, Judex oeconomicus
- Koziol, Helmut* Österreichisches Haftpflichtrecht, Wien 1973; zit.: *Koziol*, Haftpflichtrecht
- Koziol, Helmut*
Steininger, Barbara C. European Tort Law 2001, Wien, New York 2002; zit.: *Koziol/Steininger*, European Tort Law
- Kramer, Ernst A.* Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, in: AcP, Bd. 171, S. 422 ff.; zit.: *Kramer*, AcP 171
- Kronke, Herbert* Ziele – Methoden, Kosten – Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, in: JZ 2001, 1149-1157; zit.: *Kronke*, JZ 2001
- Kutschera, Franz von* Grundlagen der Ethik, Berlin, New York 1982; zit.: *Kutschera*, Grundlagen
- Markesinis, Basil S.*
Deakin, Simon F. Tort Law, 3. ed., Oxford 1994; zit.: *Markesinis/Deakin*, Tort Law
- Matteucci, Mario* The Scandinavian Legislative Cooperation as a Model for European Cooperation, in: Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge, 1956, S. 136-145; zit.: *Matteucci*, Scandinavian Legislative Cooperation

- McMahon, Bryan M. E., Binchy, William* A Casebook on the Irish Law of Torts, Abington, Oxon. 1983; zit.: *McMahon/Binchy*, Casebook
- McMahon, Bryan M. E., Binchy, William* Irish Law of Torts, 2. ed., Dublin 1990; zit.: *McMahon/Binchy*, Irish Law
- Mill, John Stuart* Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative, Government, Remarks on Bentham's Philosophy, London, Vermont 1996; zit.: *Mill*, Utilitarianism
- Münchener Kommentar* Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allg. Teil, 4. Aufl., München 2003; zit.: *Müko - Bearbeiter*, BGB
- Nagel, Bernhard Eger, Thomas* Wirtschaftsrecht II, 4. Aufl., München, Wien 2003; zit.: *Nagel/Eger*, Wirtschaftsrecht II
- Nelson, William E.* From Fairness to Efficiency: The Transformation of Tort Law in New York, 1920-1980, in: Buffalo Law Review, Winter 1999; zit.: *Nelson*, Fairness
- Ott, Claus Schäfer, Hans-Bernd* Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in: C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, S. 1-24, Berlin, Heidelberg, New York 1989; zit.: *Ott/Schäfer*, Allokationseffizienz
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 62. Aufl., München 2003; zit.: *Palandt - Bearbeiter*, BGB
- Pfordten, Dietmar von der* Rechtsethik, München 2001; zit.: *Pfordten*, Rechtsethik
- Pieper, Annemarie* Einführung in die Ethik, 2. Aufl., Tübingen 1991; zit.: *Pieper*, Ethik
- Posch, Willibald* Grundzüge fremder Privatrechtssysteme: Ein Studienbuch, Wien, Köln, Graz 1995; zit.: *Posch*, Grundzüge
- Posner, Richard A.* A Theory of Negligence, in: The Journal of Legal Studies, Bd. 1, S. 29-96 (1972); zit.: *Posner*, Negligence
- Posner, Richard A.* Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, in: The Journal of Legal Studies, Bd. 8, S. 103-140 (1979); zit.: *Posner*, Utilitarianism
- Reimann, Mathias* Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, München 1997; zit.: *Reimann*, Einführung
- Rinne, Eberhard* Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zur Haftung der öffentlichen Hand bei Verletzung der Räum- und Streupflicht auf öffentlichen Verkehrsflächen, in: NJW 1996, S. 3303 ff.; zit.: *Rinne*, NJW 1996

- Rummel, Peter* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Wien 1984; zit.: *Rummel – Bearbeiter*, ABGB
- Schäfer, Hans-Bernd* Probleme bei der Festlegung von Sorgfaltsstandards durch Zivilgerichte aus ökonomischer Sicht, in: *KritV* 1992, S. 374 ff.; zit.: *Schäfer*, *KritV* 1992
- Schäfer, Hans-Bernd*
Ott, Claus Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Berlin Heidelberg, New York 2000; zit.: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch
- Schmid, Christoph* Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, in: *JZ* 2001, 675-683; zit.: *Schmid*, *JZ* 2001
- Schmid, Hugo* Der Umfang der Räum- und Streupflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen, in: *NJW* 1988, S. 3177 ff.; zit.: *Schmid*, *NJW* 1988
- Schwartz, Gary T.* Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, in: *Texas Law Review*, Juni 1997; zit.: *Schwartz*, *Mixed Theories*
- Schwartz, Harald* Internationales Privatrecht der Haftung für Vermögensschäden infolge fahrlässig falsch erteilter Auskünfte im Einmalkontakt, Dissertation, München 1998; zit.: *Schwartz*, *Internationales Privatrecht*
- Schwintowski, Hans-Peter* Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, in: *JZ* 2002, 205-211; zit.: *Schwintowski*, *JZ* 2002
- Simons, Kenneth W.* Symposium: Deontology, Negligence, Tort, and Crime, in: *Boston University Law Review*, Febr./Apr. 1996; zit.: *Simons*, *Symposium*
- Simons, Kenneth W.* The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as well as Efficiency Values, in: *Vanderbilt Law Review*, Apr. 2001; zit.: *Simons*, *Hand Formula*
- Sonnenberger, Hans*
Jürgen Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts, in: *JZ* 1998, 982-991; zit.: *Sonnenberger*, *JZ* 1998
- Steffen, Erich* Haftung im Wandel, in: *ZVersWiss* 1993, S. 13 ff.; zit.: *Steffen*, *ZVersWiss* 1993
- Taupitz, Jochen* Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, in: *AcP*, Bd. 196 (1996), S. 114 ff.; zit.: *Taupitz*, *AcP* 1996

- Tonner, Klaus* Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: JZ 1996, 533-541; zit.: *Tonner*, JZ 1996
- Ulmer, Peter* Vom deutschen zum europäischen Privatrecht, in: JZ 1992, 1-8; zit.: *Ulmer*, JZ 1992
- Weinrib, Ernest J.* Toward a Moral Theory, in: Law & Phil. 2, 1983; zit.: *Weinrib*, Toward
- Weigel, Wolfgang* Rechtsökonomik, München 2003; zit.: *Weigel*, Rechtsökonomik
- White, Barbara Ann* Risk-Utility Analysis and the Learned Hand Formula: A Hand that Helps or a Hand that Hides?, in: Arizona Law Review, 1990; zit.: *White*, Risk-Utility Analysis
- Williams, Bernard* Kritik des Utilitarismus, Frankfurt am Main 1979; zit.: *Williams*, Kritik
- Wright, Richard W.* Negligence in the Courts: Introduction and Commentary, in: Chicago-Kent Law Review, 2002; zit.: *Wright*, Negligence
- Zippelius, Reinhold* Rechtsphilosophie, 4. Aufl., München 2003; zit.: *Zippelius*, Rechtsphilosophie
- Zöller, Richard* Zivilprozeßordnung, Kommentar, 21. Aufl., Köln 1999; zit.: *Zöller – Bearbeiter*, ZPO
- Zweigert, Konrad*
Kötz, Hein Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996; zit.: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung

A. Einleitung

Trotz des offensichtlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsfortbildung und Rechtsprechung auf der einen und ökonomischen Prinzipien auf der anderen Seite, gewinnt die interdisziplinäre Forschung, die diese Bereiche auf ihre wechselseitigen Wirkungen hin betrachtet, nur langsam an Popularität. Dabei wird verkannt, daß beispielsweise eine Gesetzgebung, die alle denkbaren Rechtsprobleme regelt, jedoch Normen schafft, die im generalpräventiven Bereich versagen, ihren Zweck nicht erfüllt. Erst eine ganzheitliche Betrachtung der zugrunde liegenden Problematik führt in solchen Fällen zu einer zielorientierten Gesetzgebung mit einer effizienten Allokation der Ressourcen.

Die ökonomische Analyse des Rechts ist eine in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA entwickelte interdisziplinäre Wissenschaft, bei welcher der ökonomische Grundgedanke auf die Betrachtung des Rechts angewendet wird¹. Rechtsprechung und Rechtsnormen werden daraufhin untersucht, in welchem Maß sie die Verschwendung von Ressourcen verhindern und damit die gesamtwirtschaftliche Effizienz erhöhen. Aus dieser Analyse sollen Schlußfolgerungen im Hinblick auf die Fortbildung von Gesetzgebung und Rechtsprechung getroffen werden. Insbesondere ergibt sich für die Gesetzgebung die Möglichkeit, wichtige Anregungen zu gewinnen, die sich langfristig positiv auf den Wohlstand der Gesellschaft auswirken können. Dies ist dadurch möglich, daß mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts auf generalpräventiver Ebene Verhaltensweisen dahingehend gesteuert werden können, daß sie insgesamt zu einer Wohlfahrtssteigerung führen.

In dieser Arbeit soll herausgearbeitet werden, inwieweit der Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts in Form einer ethischen Grundhaltung in der Rechtsprechung angewendet wird. Dabei wird der zu untersuchende Rechtsbereich auf die zivilrechtliche Fahrlässigkeit beschränkt, da im Schadensrecht – aufgrund des dem Kläger widerfahrenden „Unrechts“ – ethische Grundhaltungen des Gerichts besonders häufig diskutiert

¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 1 ff.

und damit erkennbar werden. Um Fahrlässigkeit zu bestimmen, müssen die an der Urteilsfindung beteiligten Richter das Verhalten des Schädigers betrachten und schließlich beurteilen, ob er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten hat, oder ob er diese Sorgfalt vernachlässigte und als Schädiger für die Kosten des von ihm verursachten Schadens aufkommen muß. Durch die richterliche Beurteilung des fraglichen Verhaltens wird deutlich, welches normative Konzept dem Denken der Richter zugrunde liegt. In der Argumentation des Gerichts können verschiedene ethische Konzepte sichtbar werden. Die Untersuchung der Urteile in dieser Arbeit erstreckt sich darauf, ob die Richter ihrer Urteilsbegründung ein Effizienzkriterium zugrunde legen oder ob sie einer anderen ethischen Richtung folgen.

Als These wird der Arbeit vorangestellt, daß die Gerichte der westlichen Länder bei der Beurteilung von Fahrlässigkeit im Zivilrecht überwiegend die relevanten ökonomischen Prinzipien beachten und mithin die ethische Richtung der ökonomischen Analyse des Rechts, die Effizienzethik, zumindest implizit der höchstrichterlichen Definition zugrunde liegt.

Eine Erkenntnis darüber, ob die Effizienzethik in richterlichen Entscheidungen zur Bestimmung der Fahrlässigkeit eine Rolle spielt, ist unter anderem auch deshalb interessant und relevant, weil das Deliktsrecht, und insbesondere das Fahrlässigkeitsrecht, einen zentralen Forschungsschwerpunkt in der ökonomischen Analyse des Rechts einnimmt. Dennoch wurde bisher auf diesem Gebiet noch keine Untersuchung durchgeführt, welche die Rechtsprechung in verschiedenen westlichen Ländern bezüglich ihrer Definition des Fahrlässigkeitsbegriffs im Zivilrecht in größerem Umfang vergleicht. Zwar wurden in den USA bereits Untersuchungen zur Verwendung von Effizienzkriterien in der deliktsrechtlichen Rechtsprechung angestellt². Auch in der deutschen Literatur existieren bereits Analysen einzelner BGH-Urteile bezüglich der Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten im Bereich des Deliktsrechts³, und auch in einigen anderen europäischen Ländern finden sich vereinzelte Betrachtungen

² Posner, Negligence, S. 29-96.

³ So zum Beispiel bei Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 173 ff.

der landeseigenen Rechtsprechung im Hinblick auf ökonomische Vorgehensweisen⁴. In den meisten europäischen Ländern, deren Rechtsprechung in Europa von Bedeutung ist - etwa in Frankreich, Spanien, Italien, Österreich und Großbritannien - wurden solche Untersuchungen jedoch bisher nicht durchgeführt. Dabei ist gerade ein Vergleich der Rechtsprechung verschiedener Staaten interessant, da ein solcher Aussagen über die Vergleichbarkeit der Rechtsprechung und damit Argumente für die andauernde Diskussion um die Vor- und Nachteile einer Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU⁵ liefern kann. Je ähnlicher nämlich die Rechtsprechung auf einem Rechtsgebiet in Europa ausfällt, desto wahrscheinlicher erscheint die Möglichkeit der Entwicklung europaweit einheitlicher Normen zur Regelung dieser Rechtsproblematik. In diesem Fall müßten sich die Gerichte auf diesem Gebiet nicht auf umfassende Neuerungen einstellen, so daß bei einer Rechtsvereinheitlichung mit geringem Widerstand und wenig Umsetzungsproblemen zu rechnen wäre. Umgekehrt spricht eine große Diskrepanz bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit für Schwierigkeiten bei einer Vereinheitlichung des Rechts auf diesem Gebiet.

Im Folgenden werden zunächst kurz die bedeutendsten ethischen Konzepte der westlichen Länder dargestellt, die menschliches Handeln beurteilen, wie die Deontologie und die zwei konsequentialistischen Richtungen Utilitarismus und Effizienzethik. Von einer ausführlichen Darstellung wird in der Arbeit allerdings abgesehen und auf die philosophische Literatur verwiesen. Die Beschreibung der verschiedenen ethischen Richtungen soll als „Meßlatte“ für die spätere Analyse der Rechtsprechung dienen, bei der insgesamt 103 zumeist höchstrichterliche Urteile zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit betrachtet werden. Aus dem deutschen Rechtskreis werden Urteile der Länder Deutschland, Österreich und der Schweiz analysiert, aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis Entscheidungen aus den USA, aus Großbritannien und der Republik Irland. Bezüglich des romanischen Rechtskreises wird sich auf französische, italienische

⁴ Unter anderem *Kerkmeester/Visscher*, German Working Papers 2003.

⁵ Zu dieser Frage äußern sich beispielsweise *Berger*, JZ 1999, 369 ff.; ders. *ZeUP* 2001, 4 ff.; *Bandel/Bode/Knapp*, MittBayNot 2000, 24 ff.; *Engel*, ZfRV 1999, 121 ff.; *Kronke*, JZ 2001, 1149 ff.; *Schmid*, JZ 2001, 675 ff.; *Schwintowski*, JZ 2002, 205 ff.; *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 ff.; *Tonner*, JZ 1996, 533 ff.; *Ulmer*, JZ 1992, 1 ff.

und spanische Urteile gestützt, und die Untersuchung des nordischen Rechtskreises beinhaltet schwedische und norwegische Gerichtsentscheidungen. Schließlich wurden einzelne Urteile aus den Niederlanden und aus Israel berücksichtigt. Auf diese Weise soll ein breites Spektrum der Rechtsprechung westlicher Länder zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit abgedeckt werden, um zumindest Trendaussagen treffen zu können. Ziel der Arbeit ist es schließlich, die höchstrichterlichen Urteile den verschiedenen philosophischen Richtungen zuzuordnen, um herauszufinden, in welchem Umfang westliche Staaten im Rahmen ihrer Entscheidungen über zivilrechtliche Fahrlässigkeit effizienzorientiert vorgehen.

B. Ethikkonzepte

I. Bedeutung von Ethik im Recht

Die Ethik ist ein Teilgebiet der Philosophie, das sich mit den Grundlagen menschlicher Werte und Normen, des Sittlichen und der allgemeinen Moral befaßt; zentrale Probleme der Ethik betreffen die Motive, die Methoden und die Folgen menschlichen Handelns⁶. Die Rechtsethik stellt wiederum einen Teilbereich der Ethik dar. Sie befaßt sich mit der Rechtfertigung und Kritik menschlichen Verhaltens und zählt so zur praktischen Philosophie, genauer zur Sozialethik und zur angewandten Ethik. Die Rechtsethik kann insofern der Rechtswissenschaft zugeordnet werden, als ihr Untersuchungsgegenstand das Recht ist. Ebenso wie die Rechtssoziologie und die Rechtsgeschichte betrachtet auch die Rechtsphilosophie das geltende Recht aus einer externen Perspektive. Im Gegensatz zu der Rechtssoziologie, welche die Wechselwirkung des Rechts mit anderen Wirklichkeitsbereichen – etwa der Gesellschaft - beschreibt, und der Rechtsgeschichte, die das historische Recht darstellt, ist die Rechtsphilosophie nicht nur deskriptiv, sondern bietet darüber hinaus Problemlösungen für menschliches Verhalten an. Durch die Integration des gesellschaftlichen Umfelds strebt die Rechtsphilosophie mithin eine umfassendere Betrachtung als die beiden anderen Disziplinen an⁷.

Indem die Rechtsethik dabei hilft, Motive menschlichen Handelns aufzuzeigen, kann sie den Gesetzgeber und die Rechtsprechung dabei unterstützen, Gesetze und Urteile nachvollziehbar zu machen. Durch die Analyse und das Verständnis von Verhaltensmustern und Beweggründen kann das Rechtssystem Normenverletzungen effektiver entgegensteuern, indem es durch Gesetze und Urteile Sanktionen schafft, die bestimmtes schädigendes Verhalten abschrecken können. Denkbar ist nicht nur, daß negative Handlungen durch die Rechtsordnung verhindert werden, sondern auch, daß positives Verhalten gefördert wird. So kann zum Beispiel im strafrechtlichen Bereich die Exi-

⁶ Pieper, Ethik, S. 17.

⁷ Pfordten, Rechtsethik, S. 16 f.

stanz der Vorschrift des § 24 StGB⁸ dazu führen, daß ein Täter von der Vollendung einer bereits begonnenen Straftat absieht, um die strafbefreiende Wirkung der Norm für sich zu nutzen.

Da die Rechtsethik menschliches Handeln bewertet, kann sie auch im Hinblick auf fahrlässiges Verhalten herangezogen werden, um eine ausgewogene Definition dafür zu finden, wann Fahrlässigkeit vorliegt. Diese Definition dürfte allerdings in Abhängigkeit der jeweiligen angewandten ethischen Richtung unterschiedlich ausfallen. Im folgenden werden daher zunächst die verschiedenen Ethikansätze dargestellt und schließlich die jeweiligen Definitionen des Begriffs der fahrlässigen Handlung im Lichte der einzelnen ethischen Ansätze herausgearbeitet. Der Begriff der Handlung soll dabei in dieser Arbeit als Oberbegriff verstanden werden, der sowohl positives Tun als auch Unterlassen umfaßt.

II. Ethikkonzepte und der Begriff der Fahrlässigkeit aus der jeweiligen ethischen Sichtweise

In der westlichen Welt stehen sich zwei ethische Hauptströmungen gegenüber, die Deontologie und der Konsequentialismus. Während die Deontologie die befolgten Regeln als grundlegend für die moralische Betrachtung von Handlungen ansieht, werden im Rahmen des Konsequentialismus ausschließlich die Handlungsfolgen als Beurteilungskriterium herangezogen. Diese Unterscheidung der beiden ethischen Richtungen geht auf *Broad* zurück, der sie 1930 traf⁹. Aufgrund der Vielzahl von weiteren Untergliederungen der beiden Stränge, sollen im folgenden nur die Grundgedanken der jeweiligen ethischen Richtung vorgestellt werden. Für differenziertere Betrachtungen sei auf die philosophische Literatur verwiesen¹⁰.

⁸ § 24 Absatz 1 StGB: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern“.

⁹ *Broad*, Five Types, S. 206.

¹⁰ So finden sich Erklärungen zu den unterschiedlichen ethischen Richtungen beispielsweise in folgenden Schriften: *Düppen*, Utilitarismus; *Frankena/Granrose*, Ethics; *Kutschera*, Grundlagen; *Pfordten*, Rechtsethik; *Pieper*, Ethik.

1. *Deontologischer Ansatz*

a) *Begriff*

Der Begriff Deontologie stammt von dem griechischen Wort *deon*, also Pflicht, ab. Er wurde erstmals von dem Konsequentialisten *Bentham* (1748-1832), der als einer der Begründer des klassischen Utilitarismus bekannt wurde, in der zu seinen Lebzeiten nicht veröffentlichten Schrift „Deontology“ gebraucht. Die deontologische Ethik, die ihren Höhepunkt – wenngleich in besonderer Form - mit der Gesinnungs- bzw. Pflichtenethik *Kants* (1724-1804) erfuhr, ist jüdisch-christlichen Ursprungs.

aa) Grundprinzipien

Die zentrale Erwägung dieser Ethik besteht darin, daß es für die moralische Beurteilung einer Handlung auf die Handlung an sich ankommt. Damit hängt die Frage, ob eine Handlung geboten oder verboten ist, für den Deontologen von den Vorgaben einer Ordnung ab, die Handlungen dementsprechend einteilt¹¹. Dem deontologischen Ansatz liegt die Überlegung zugrunde, daß der Mensch, um ideal und mithin moralisch gut zu handeln, gewisse Verhaltensregeln einhalten muß¹²: Da er sich nicht für jede einzelne denkbare Handlungssituation die Verfolgung einer Regel aneignen kann, muß er sich auf das Erlernen allgemeiner Verhaltensweisen beschränken.

Die strenge Deontologie stellt bei ihrer Betrachtung alleine auf das Befolgen von Regeln ab, ohne die Folgen der Handlung zu berücksichtigen. Einige Varianten der deontologischen Ethik beziehen hingegen neben der Einhaltung von Pflichten auch die Konsequenzen der Handlung mit ein. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zum Konsequentialismus zu vermeiden, soll in dieser Arbeit die Sichtweise der strengen Deontologie als Grundlage zur ethischen Einordnung der Urteile herangezogen werden.

¹¹ *Drescher*, Naturrecht, S. 15.

¹² *Kutschera*, Grundlagen, S. 66 f.

bb) Gesinnungs- bzw. Pflichtenethik

Kant legt in seiner „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ ebenfalls allgemeine Prinzipien fest, die auf konkrete Entscheidungstatbestände angewendet werden. Dabei geht *Kant* über die allgemeine Deontologie hinaus, indem er die Ansicht vertritt, daß bereits die gute Maxime, also der gute Hintergedanke einer Handlung, dazu führe, daß aus dieser Gesinnung folgendes Handeln gut sei¹³. Aus diesem Grund wird die von ihm vertretene ethische Position auch teilweise als Gesinnungsethik bezeichnet. *Kant* prägte in diesem Zusammenhang den Begriff des kategorischen Imperativs, nach welchem nur nach „derjenigen Maxime gehandelt [werden soll], durch die [der Handelnde] zugleich wollen kann, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“¹⁴. Dabei wird deutlich, daß *Kant* bei der Beurteilung einer Handlung insbesondere auf den guten Willen abstellt. *Kants* Ethik zählt zu den deontologischen Richtungen, da auch er den moralischen Wert einer Handlung in der Befolgung einer allgemeinen Regel sieht¹⁵.

b) Kritik

Moralische Überempfindlichkeit - Gegen den deontologischen Ansatz wird unter anderem vorgebracht, er sei moralisch „überempfindlich“¹⁶. So stellt *Williams* einen Fall dar, in dem ein Mann vor die Wahl gestellt wird, einen Menschen aus einer Gruppe zum Tode verurteilter politischer Gefangener zu töten, damit alle anderen Gefangenen dieser Gruppe freikommen¹⁷. Ein strenger Deontologe würde eine Rettung der Gefangenen mit dem Argument ablehnen, daß die Tötung eines Menschen per se verwerflich sei. Eine Erwägung, ob es nicht eventuell angezeigt sein könnte, einen Menschen zu opfern, um mehrere andere zu retten, erfolgt im Rahmen der Deontologie nicht. Auf diese Weise umgeht der Deontologe die kaum zu beantwortende Frage, ab wann es sich „lohnt“, ein Opfer zu erbringen, um andere zu retten.

¹³ *Kant*, Grundlegung, Rn. 393 f.

¹⁴ *Kant*, Grundlegung, Rn. 421.

¹⁵ *Kant*, Grundlegung, Rn. 401.

¹⁶ *Posner*, Utilitarianism, S. 117 f.

¹⁷ *Williams*, Kritik, Fall „Jim“, S. 61 f.

Nichtberücksichtigung der Folgen - Dadurch, daß die Deontologie die Folgen einer Tat nicht berücksichtigt, könnte gegen sie vorgebracht werden, daß sie einen wesentlichen Teil der Handlung vernachlässige. Schließlich ist die Konsequenz - ebenso wie die Vorbereitung und die Durchführung - Teil einer Handlung.

Verbot vorsätzlichen Verhaltens - *Hurd* sieht im konsequentialistischen Ansatz die einzige Möglichkeit, fahrlässiges Verhalten zu bestimmen¹⁸. Dies begründet sie damit, daß es bei der Fahrlässigkeit nur um das Schaffen eines Schadensrisikos gehe, deontologische Maximen jedoch nicht so verstanden werden könnten, daß sie bereits riskantes Verhalten verbieten würden. Da jedes fahrlässige Verhalten auf dem Eingehen eines Risikos und nicht auf Vorsatz beruhe, könnte es im Bereich des Fahrlässigkeitsrechts folglich keine deontologisch orientierten Urteile geben. Die Deontologie verbietet also nach der Ansicht *Hurds* nur vorsätzliches Fehlverhalten, so daß das bloße Setzen eines Risikos nach dieser ethischen Richtung nicht verboten sein und daher auch nicht als Fahrlässigkeit behandelt werden könne.

In diesem Zusammenhang wendet sich *Simons*¹⁹, der eine deontologische Sichtweise vertritt, gegen den oben dargelegten Ansatz *Hurds*. Seiner Ansicht nach verbieten Maximen nicht nur die Vollendung einer Handlung, wie zum Beispiel das Töten, sondern auch das Vorstadium in Form eines Versuchs. Nicht nur die Tötungshandlung sei deontologisch falsch, sondern auch das Schaffen eines ex ante Risikos, das gerade bei fahrlässigem Verhalten zum Tragen komme. Folglich sei die Deontologie durchaus in der Lage, fahrlässiges Verhalten zu bestimmen.

c) *Fahrlässigkeit*

Jemand, der fahrlässig die Rechtsgüter eines anderen schädigt, führt ohne Vorsatz einen Schaden herbei, d.h. er läßt bei seiner Handlung – trotz Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des rechtlich mißbilligten Erfolgs – die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht²⁰. Er handelt mithin ohne den rechtswidrigen Erfolg zu kennen und zu

¹⁸ *Hurd*, Deontology, II. E.

¹⁹ *Simons*, Symposium, I. B.

²⁰ *Jauernig – Vollkommer*, BGB, § 276 Rn. 23; *Palandt - Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 12.

wollen. Folglich hat der fahrlässig Handelnde in Bezug auf die schädigende Handlung keine schlechte Gesinnung. Auch eine neutrale und sogar eine gute Gesinnung sind dazu geeignet, Schäden zu verursachen. Dies ist denkbar, wenn der Handelnde beispielsweise einen Autounfall verhindern will, indem er auf eine andere Fahrspur ausweicht, dabei aber mit einem Radfahrer kollidiert. Hier wurde die Fahrbahn mit der guten Gesinnung der Unfallvermeidung gewechselt. Alleine die Folgen der Handlung, die von einem strengen Deontologen unbeachtet bleiben, waren „schlecht“.

aa) Haftung

Nach *Kants* kategorischem Imperativ sind Handlungen, die mit guter oder neutraler Gesinnung ausgeführt wurden, moralisch einwandfrei. Fraglich ist nun, ob ein Gericht, das die Frage der Fahrlässigkeit nach Kant'schen Grundsätzen beurteilt, eine Haftung des Handelnden vorsehen würde. Gegen eine Haftung für fahrlässiges Verhalten spricht die Sanktionierung von Personen, die im Sinne von *Kant* moralisch einwandfrei gehandelt haben. Dennoch hätte *Kant* bei fahrlässiger Verursachung eines Schadens der Haftung des Handelnden zugestimmt; dies ergibt sich aus seiner Pflichtentese. Danach müssen Handlungen, um moralisch gut zu sein, mit der Motivation einer Pflichterfüllung ausgeführt werden. Diese These ist der Grund dafür, daß die Kant'sche Ethik unter anderem auch als Pflichtenethik bezeichnet wird. Dabei wird die Gesinnungsthese durch die Pflichtentese insofern ergänzt, als der Begriff der Pflicht den Begriff des guten Willens unter gewissen Einschränkungen beinhaltet²¹.

Kant verlangt die absolute Unterordnung unter Regeln. Diese sollen in moralisch relevanten Grundsätzen bestehen, die der Mensch als „vernünftiges Wesen“ für sittlich zulässig erachtet und die als allgemeine Gesetze jedermann verpflichten²².

Werden diese Regeln befolgt, ist die dazugehörige Handlung nach *Kant* als moralisch gut zu qualifizieren. Das Abweichen von einem festgelegten Sorgfaltsmaßstab, der ein allgemeines Gesetz darstellt, impliziert, daß der Handelnde seiner Pflicht gerade nicht

²¹ *Kant*, Grundlegung, Rn. 397.

²² *Kant*, Grundlegung, Rn. 403.

nachgekommen ist, so daß sich aus den Thesen *Kants* folgender Grundsatz ableiten läßt: Fahrlässiges Verhalten ist insoweit nicht moralisch verwerflich, als es keiner schlechten Gesinnung folgt und somit die Absicht des Handelnden nicht schlecht ist. Da dieses Verhalten jedoch zugleich die Nichterfüllung einer Pflicht darstellt und der Begriff der Pflicht den der guten Gesinnung umfaßt, stellt es keinen Widerspruch dar, wenn ein Verhalten trotz guten Willens des Handelnden aufgrund des Verstoßes gegen eine Pflicht insgesamt moralisch schlecht ist. Daß einer „schlechten“ Handlung die Haftung für dabei entstandene Schäden folgt, ist konsequent. Folglich kann ein Gericht, das den Fahrlässigkeitsbegriff nach der Kant'schen Ethik bestimmt, die Haftung für fahrlässiges Verhalten bejahen, obwohl der den Schaden Verursachende bezüglich der Handlung einer guten Gesinnung folgte.

Für die Deontologie im allgemeinen stellt sich fahrlässiges Verhalten als Ungehorsam gegenüber einem Regelsystem dar, das von Gesetzgebung und Rechtsprechung festgelegt wird. Daraus ergibt sich, daß der deontologische Ansatz, sobald ein Verstoß gegen eine Ordnung festgestellt werden kann, die Handlung für „schlecht“ und den Handelnden für haftbar ansehen würde.

bb) Sorgfaltsmaßstab

Auch bei der Bestimmung des erforderlichen Sorgfaltsmaßstabs werden im Rahmen der strengen deontologischen Ethik die Folgen der Handlung nicht berücksichtigt. Maßgeblich für die Sorgfaltspflicht ist ausschließlich die Qualität der Handlung. Legt ein Gericht etwa fest, daß sich ein „ordentlicher“ Autofahrer vor einem Fahrspurwechsel einen Überblick über die Verkehrssituation auf der anderen Spur verschaffen muß, dann handelt derjenige, der dieser Pflicht nicht nachkommt, fahrlässig im Sinne der deontologischen Sichtweise. Unberücksichtigt bleibt dabei die Schadenswahrscheinlichkeit, die erwartete Schadenshöhe und auch die Frage, ob durch eine Vorsorgehandlung ein anderer, höherer Schaden hätte vermieden werden können.

2. *Konsequentialistischer Ansatz*

Die zweite, zeitlich früher angesiedelte Hauptströmung der Ethik ist der Konsequentialismus. Den Begriff Konsequentialismus prägte *Anscombe* in ihrem Aufsatz „Modern Moral Philosophy“²³. Dieser Richtung der Ethik griechischen Ursprungs ist zueigen, Handlungen oder Regeln ausschließlich danach zu beurteilen, wie gut oder erstrebenswert ihre Folgen sind²⁴. Der Konsequentialismus wird mithin auch als Folgen-, Verantwortungs- oder teleologische Ethik bezeichnet. Diese ethische Grundrichtung umfaßt eine Reihe von verschiedenen Theorien, denen zufolge sich die moralische Qualität von Handlungen alleine nach derjenigen der Resultate, die durch die Handlung oder Regel herbeigeführt wurden, richtet. Die am weitesten verbreitete konsequentialistische Theorie ist der Utilitarismus, der als Endzweck des menschlichen Handelns das Erstreben positiver Werte, wie Glück, Reichtum, Nutzen, Gesundheit, Schönheit, Einsicht usw. ansieht.

In Bezug auf die Verschuldenshaftung führt eine konsequentialistische Sichtweise durch die Betrachtung von Handlungsfolgen zu der Frage, inwieweit das bestehende Haftungssystem geeignet ist, in der Weise auf das Verhalten der Bevölkerung einzuwirken, daß die Höhe der auftretenden Schäden in Grenzen gehalten wird²⁵.

a) *Utilitarismus*

aa) Begriff

Der Utilitarismus versucht, das größte Glück für die größte Anzahl von Menschen herbeizuführen, indem er anhand der Konsequenzen von Handlungen oder Handlungsregeln feststellt, welchen Nutzen sie für die beteiligten Personen erbringen. Um die Frage beantworten zu können, ob ein anderer sozialer Zustand dem derzeitigen vorzuziehen ist, d.h. ob die fragliche Handlung im Gegensatz zu einer anderen das Glück für die Allgemeinheit mehr erhöht hat, wird der durch die Änderung des Zustands eintre

²³ *Anscombe*, Philosophy, S. 1-19.

²⁴ *Drescher*, Naturrecht, S. 14.

²⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 145.

tende Nutzenzuwachs der beteiligten Gruppe ermittelt und um die Nutzenreduzierung der Benachteiligten gemindert. Ist der Nettonutzen positiv, stellt sich der neue Zustand als der vorzugswürdigere dar und der Utilitarist bewertet die Handlung als moralisch gut²⁶.

aaa) Geschichte

Bereits bei *Platon* (427-348 v. Chr.) finden sich erste Züge des späteren klassischen Utilitarismus, da er das Glück des Menschen innerhalb des Staates in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellte und einen Staat, der die Bedürfnisse seiner Bürger optimal zu befriedigen vermag, als ideal ansah²⁷. *Aristoteles* (384-322 v. Chr.), ein Schüler *Platons*, erkannte ebenfalls das Streben nach Glück als Motiv für menschliches Handeln an; dabei beschäftigte *Aristoteles* sich mit dem Unterschied zwischen natürlicher und positiver Ordnung, so daß trotz eines Hangs zur Naturrechtsphilosophie die Grundvoraussetzungen für den späteren Utilitarismus gesetzt wurden²⁸. Schließlich machte *Epikur* (341-271 v. Chr.) die Lust konsequent zum obersten Prinzip seiner Ethik und vertrat, daß das Glück des Einzelnen im Vordergrund stehe²⁹. Über die Philosophie von *Aquins* (1193-1280), *Humes* (1711-1776) und *Smiths* (1723-1790) nahm der Konsequentialismus seinen Weg bis zu der Begründung des klassischen Utilitarismus und schließlich der Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts.

Der klassische Utilitarismus, zu dessen wichtigsten Vertretern *Bentham*³⁰, *Mill* (1773-1836) und *Sidgwick* (1838-1900) zählen, erkennt nur eine Form von positivem Wert an: das Erleben von Lust - *pleasure*. Neben der Lust, sind auch Schmerz - *pain* - und Glück - *happiness* - zentrale Begriffe der klassischen Formulierung des Utilitarismus, dabei sieht *Bentham* Glück als eine Bilanz aus Vergnügen und dem Fehlen von Schmerzen aller Art³¹. Schließlich spielt auch der Begriff des Nutzens - *utility* - eine

²⁶ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 39.

²⁷ *Düppen*, Utilitarismus, S. 16.

²⁸ *Düppen*, Utilitarismus, S. 24.

²⁹ *Düppen*, Utilitarismus, S. 25.

³⁰ Der Begriff „Deontologie“ wurde von *Bentham* geprägt, der jedoch zu den Begründern der utilitaristischen Ethik zählt.

³¹ *Köhler*, Geschichte, S. 44 f.

Rolle in dieser ethischen Richtung, was bereits aus dem Namen dieses Ansatzes zu ersehen ist. Der Gebrauch dieses Begriffs wird jedoch im klassischen Utilitarismus eher zurückhaltend gehandhabt. *Bentham* schrieb dazu: „The word utility does not so clearly point to the ideas of pleasure and pain as the word happiness and felicity do: nor does it lead us to the consideration of the number of the interests affected“³². Damit offenbarte er die Probleme, die er mit diesem Begriff hatte. Auch in den Arbeiten *Mills* spielt der Begriff *utility* nur eine untergeordnete Rolle und *Sidgwick* benutzt ihn schließlich kaum mehr³³. Das Streben nach Lust und Glück, sowie die Vermeidung von Schmerzen im Sinne von körperlichen Empfindungen oder geistiger Frustration³⁴ lassen sich dennoch unter dem Oberbegriff der Nutzenmaximierung zusammenfassen, der den Kern des Utilitarismus wohl am treffendsten beschreibt.

Im Rahmen des antiken ethischen Ansatzes werden – wie im klassischen Utilitarismus – Handlungen nach ihren Folgen bewertet, als primäre Motivation menschlichen Verhaltens wird das Streben nach Glück angesehen. Der klassische Utilitarismus unterscheidet sich jedoch dadurch von seinem griechischen Vorläufer, dem antiken Hedonismus, daß er das größtmögliche Glück für alle Betroffenen zum Ziel hat, wohingegen der antike Hedonismus primär forderte, daß jeder für sich selbst nach der größtmöglichen Lusterfahrung streben sollte³⁵.

bbb) Arten

Im Hinblick auf die jeweils vorausgesetzte Werteordnung, anhand derer die moralische Qualität der Handlung oder Handlungsregel zu bestimmen ist, wird zwischen ideellem und hedonistischem Utilitarismus unterschieden. Der hedonistische Utilitarismus strebt die Mehrung von Lust bzw. Glück an und findet sich zum Beispiel bei *Bentham*. Der ideelle Utilitarismus erklärt hingegen neben Lusterlebnissen auch Begriffe wie Erkenntnis, Weisheit, Liebe etc. zu positiven Werten.

³² *Bentham*, Introduction, S. 11, Fußnote a.

³³ *Köhler*, Geschichte, S. 53.

³⁴ Insbesondere *Bentham* dehnt die negativen Empfindungen auch auf seelische Zustände aus. Siehe dazu *Köhler*, Geschichte, S. 41 f.

³⁵ *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 104.

Darüber hinaus wird der Utilitarismus in Handlungs- und Regelutilitarismus eingeteilt. Der Handlungsutilitarist vernachlässigt bei der Beurteilung die Art der Handlung und betrachtet anschließend die Folgen der einzelnen Tat in der konkreten Situation. Folglich kann im Rahmen des Handlungsutilitarismus eine Lüge aufgrund ihrer positiven Konsequenzen einer wahrheitsgemäßen Angabe, die negative Folgen mit sich bringt, vorgezogen werden.

Beim Regelutilitarismus, der heute vorherrschenden Form des Utilitarismus³⁶, wird hingegen auch die Art der Handlung betrachtet. Eine Handlung wird nur dann als gut bewertet, wenn sie mit einer Handlungsregel übereinstimmt, welche im Vergleich mit anderen Handlungsregeln die nützlichsten Folgen hat. Da die Beurteilung der einzelnen Handlung von ihrer Kongruenz mit bestehenden Handlungsregeln abhängt, weist der Regelutilitarismus eine gewisse Nähe zum kategorischen Imperativ *Kants* auf. Nicht die einzelne Handlung soll mit einem hedonistischen Kalkül beurteilt werden, sondern die Folgen, welche eintreten würden, falls alle Individuen in einer bestimmten Situation auf die gleiche Weise handelten.

ccc) Grundsätze

Die Hauptthese des Utilitarismus besteht darin, daß Handlungen oder Handlungsregeln dann sittlich gut sind, wenn sie den Nutzen in der Gesellschaft allgemein anheben, wobei die Folgen der Handlung bzw. Regel für ihre Bewertung entscheidend sind. Eine Handlung oder Regel kann aber nur als moralisch gut qualifiziert werden, wenn sie den Nutzen der Betroffenen allgemein steigert. Folglich ist es nicht ausreichend, wenn sich lediglich die Lust oder der Nutzen des Handelnden durch die Tat erhöht. Vielmehr müssen auch die Auswirkungen der Handlung/Regel auf andere Betroffene berücksichtigt werden.

Ein weiterer Grundsatz dieser ethischen Richtung ist, daß eine Werteordnung gebraucht wird, anhand welcher sich die Folgen der zu betrachtenden Handlungen beur-

³⁶ Eidenmüller, Effizienz, S. 175.

teilen lassen. Dabei stellt das im klassischen Utilitarismus vorkommende „Prinzip der größten Lust“ lediglich eines von vielen denkbaren Wertesystemen dar³⁷.

Zudem gilt im Utilitarismus das Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen³⁸, das Erste Gossen'sche Gesetz³⁹. Dieses besagt, daß der zusätzliche Nutzen eines Guts (Grenznutzen) mit dem Wachstum des Verbrauchs abnimmt. So stiftet der erste Bissen Brot bei einem Hungrigen großen Nutzen, der zweite Bissen stiftet schon weniger Nutzen als der erste und der dritte wiederum weniger als der zweite. Dies bedeutet, daß ein Gut für denjenigen, der es verbraucht, immer weniger Anreize bietet, je mehr er bereits davon verbraucht hat. Der Utilitarismus, der für die Bewertung einer Handlung darauf angewiesen ist, eine kardinale Nutzenmessung durchzuführen, muß dabei berücksichtigen, daß Glück bei jedem Menschen und darüber hinaus in verschiedenen Situationen anders zu bewerten ist. Die Tatsache, daß das Erste Gossen'sche Gesetz bei der utilitaristischen Sichtweise Anwendung findet und der Utilitarismus somit Verteilungsgerechtigkeit berücksichtigt, macht es aufgrund des dadurch erforderlichen interpersonellen Nutzenvergleichs schwierig, Aussagen über das größte Glück der größten Anzahl von Menschen zu treffen.

bb) Kritik

Wie auch bei der deontologischen Richtung gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Kritikpunkte, die gegen den utilitaristischen Ansatz vorgebracht werden. Einige davon beziehen sich auf den teleologischen Ansatz des Utilitarismus und wenden sich daher genauso gegen die ethische Richtung der ökonomischen Analyse des Rechts, da diese ebenfalls folgenorientiert vorgeht. Diese Kritikpunkte werden später bei der Darstellung der Effizienzethik näher analysiert und auf ihre Rechtfertigung überprüft werden. Die folgende Kritik bezieht sich zunächst nur auf den Utilitarismus.

³⁷ *Drescher*, Naturrecht, S. 18.

³⁸ *Ott/Schäfer*, Allokationseffizienz, S. 10.

³⁹ Der deutsche Volkswirt *Hermann Heinrich Gossen* stellte im Jahr 1854 volkswirtschaftliche Regeln auf, die auf der Annahme basieren, dass ein volkswirtschaftlicher Nutzen quantifizierbar ist. Diese Regeln wurden später Gossen'sche Gesetze genannt.

„**Moral Monstrousness**“ - Der utilitaristischen Ethik wird vorgeworfen, daß sie unmoralisches Verhalten begünstige, da aus ihrem Blickwinkel ein gutes Ergebnis einen schlechten Weg rechtfertigen kann. Ein Gesetzesverstoß ließe sich etwa mit der Nutzenmehrung einer Vielzahl von Personen rechtfertigen: Die Zahlung von Bestechungsgeldern eines Firmeninhabers an die öffentliche Hand könnte mit Arbeitsplatzerhalt gerechtfertigt werden, sofern die Konsequenzen sich in der Aufrechterhaltung der Stellen erschöpfen und es nicht zu einer „Verrottung“ der öffentlichen Verwaltung kommen würde. Folglich kann ein konsequent verfolgter Utilitarismus eine Diskrepanz zwischen gutem Handeln im Sinne der utilitaristischen Nutzenmaximierung und dem durchschnittlich vorherrschenden Moralverständnis bewirken. *Posner* bezeichnet dieses Problem als „*moral monstrousness*“ und erfaßt mit diesem Begriff zusätzlich die Problematik, daß der Utilitarismus keine moralischen Unterschiede zwischen den Arten der Freude/des Glücks mache⁴⁰. Dies wird etwa in dem Fall deutlich, daß eine Gruppe von Personen große Freude an der Betrachtung der Mißhandlung eines Tiers, eine andere Gruppe Freude durch das Erleben einer künstlerischen Darbietung empfindet. Der konsequente Utilitarist müßte in dem Fall, daß die erste Gruppe ein größeres Maß an Freude empfindet als die zweite, die Handlung des Mißhandelns als besser beurteilen, sofern der Schmerz des Tieres, der von dem Glück der Betrachter abgezogen werden müßte, als gering bewertet werden könnte.

Unbestimmtheit - Die utilitaristische Theorie wird auch wegen ihrer Unbestimmtheit kritisiert⁴¹. So stellt sich zum Beispiel die Frage, wessen Glück bei der Bestimmung einer Nutzenmaximierung zählt, d.h. ob auch das Glück oder Wohlbefinden von Tieren oder Ungeborenen zu beachten ist.

Interpersoneller Nutzenvergleich, kardinale Nutzenmessung und Rang der Werte

- Gegen den Utilitarismus wird weiterhin vorgebracht, daß Methoden zum interpersonellen Nutzenvergleich nicht existierten⁴². Dieser ist jedoch notwendig, um die Veränderung des Glückszustandes eines Individuums mit dem Zustand eines anderen zu

⁴⁰ *Posner*, *Utilitarianism*, S. 116 f.

⁴¹ *Posner*, *Utilitarianism*, S. 112 f.

⁴² *Eidenmüller*, *Effizienz*, S. 189 ff.; *Williams*, *Kritik*, S. 107 f.

vergleichen, da erst dieser Vergleich Rückschlüsse auf eine eventuelle Erhöhung des Glücks bei einer Gruppe von Menschen (und Tieren?) ermöglicht.

Problematisch ist darüber hinaus die Meßbarkeit des Glückszustands. Da Glücksempfinden individuell ist, erfordert eine Messung die Betrachtung aller beteiligten Personen über eine Veränderung ihres Glückszustands. Eine solche kardinale Messung des Glücks führt zu großen praktischen Schwierigkeiten. Trotz bedeutender Versuche⁴³, die Zulässigkeit kardinaler Nutzenschätzungen zu verteidigen, ist diese Voraussetzung des Utilitarismus bis heute umstritten.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie die verschiedenen Wertvorstellungen zu vergleichen sind. Fraglich ist etwa, ob beispielsweise die Nutzenerhöhung einer großen Anzahl von Menschen bei der Fernsehübertragung eines Fußballspiels diejenige einer kleinen Personengruppe bei einer Opernaufführung übertrifft. Dies erfordert einen gemeinsamen Maßstab, aufgrund dessen die verschiedenen Werttypen beurteilt werden können. *Mill* unternahm einen solchen Versuch, indem er die Qualität der Lust berücksichtigte und verschiedene Arten derselben kategorisierte⁴⁴. Jedoch selbst mit einem Maßstab, der in der Lage ist, die Werte zu vergleichen, bleibt problematisch, daß festgelegt werden muß, ob und ab wann eine geringe Menge eines ranghöheren Wertes einer größeren Menge eines rangniederen Wertes weichen muß.

Schließlich wirft auch die subjektive Sichtweise des Utilitarismus Probleme auf: Da jeder Mensch Werte unterschiedlich wahrnimmt, ist es sehr aufwendig, wenn nicht unmöglich, die Wirkung einer Handlung auf alle Beteiligten zu analysieren. Außerdem kann es jederzeit zu Änderungen der Nutzenbewertung des Einzelnen kommen. Dies ist zum Beispiel durch die Änderung des Informationsstands möglich. Eine Konsistenz der Wertebeurteilung ist demnach nie gegeben.

⁴³ Diesbezügliche Versuche in der Wissenschaft wurden beispielsweise in dem Bereich der Spieltheorie von *John von Neumann*, *Oskar Morgenstern* sowie von *John Forbes Nash* unternommen.

⁴⁴ *Mill*, *Utilitarianism*, S. 8 ff.

cc) Fahrlässigkeit

Es stellt sich nun die Frage, in welchen Fällen für den Utilitaristen Fahrlässigkeit vorliegt. Nach dem Handlungsutilitarismus dürfte dies der Fall sein, wenn eine bestimmte Handlung die Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zur Folge hat. Der Regelutilitarismus stellt hingegen auf eine Handlungsregel ab und müßte dementsprechend Fahrlässigkeit dann annehmen, wenn die Handlungsregel, welcher der Handelnde gefolgt ist, dem Wohl der Allgemeinheit entgegenwirkt. Der Utilitarist muß dementsprechend für die Bestimmung von Fahrlässigkeit Veränderungen des Wohls der Allgemeinheit betrachten, was – um Verteilungsgerechtigkeit berücksichtigen zu können - eine Analyse der persönlichen Umstände des Einzelnen in Form eines Vergleichs von Nutzeneinheiten voraussetzt. Wird auf diese Weise festgestellt, daß eine bestimmte Handlung oder Handlungsregel zu einer allgemeinen Nutzenreduzierung führt, so bedeutet dies im Rahmen des Utilitarismus, daß der Handelnde sich auf diese Weise nicht hätte verhalten dürfen bzw. eine derartige Handlungsregel nicht sinnvoll ist und der Handelnde sich mithin fahrlässig verhielt.

Auf die richterliche Argumentation in den dieser Arbeit zugrunde liegenden Urteilen bezogen bedeutet dies, daß eine utilitaristische Sichtweise dadurch deutlich wird, daß Nutzeneinheiten miteinander verglichen werden. In Abgrenzung zur Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts wird der gesamte Nutzen - und nicht nur der Reichtum - betrachtet. Die Berücksichtigung der Verteilungsgerechtigkeit stellt sich mithin als Indiz für eine utilitaristische Sichtweise dar; dies wird beispielsweise in dem Fall offensichtlich, daß ein Gericht durch sein Urteil eine Gruppe von Schwächeren schützt.

b) *Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts*

aa) Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts

Die Ökonomie beschäftigt sich seit jeher mit dem Problem, wie Institutionen und Entscheidungen in einer Gesellschaft beschaffen sein müssen, um eine maximale Befrie-

digung der menschlichen Bedürfnisse trotz knapper Ressourcen zu gewährleisten⁴⁵. Anfang der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts wurde in den USA die ökonomische Analyse des Rechts - *economic analysis of law* - entwickelt, als deren Väter *Coase* und *Calabresi* angesehen werden⁴⁶. Beide beschäftigten sich mit der gesellschaftlichen Verteilung von Risiken des Sozialverhaltens. So behandelte *Calabresi* in seinem 1961 erschienen Aufsatz „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts“ die Zuordnung von Schadensrisiken im Haftungssystem abweichend vom Verschuldensprinzip des Rechts⁴⁷. *Coase* veröffentlichte im Jahre 1962 seinen bahnbrechenden Aufsatz „The Problem of Social Costs“, der sich mit der Verteilung gesellschaftlicher Nachteile nach ökonomischer Optimalität befaßt⁴⁸.

Die ökonomische Analyse des Rechts untersucht das Recht daraufhin, ob es über die nötigen Steuerungsmechanismen verfügt, um Individualnutzen und allgemeine Wohlfahrt gleichermaßen zu fördern. Dabei spielen Effizienz, optimale Verteilung und Gerechtigkeit eine wichtige Rolle⁴⁹. Die Veränderung eines Zustandes wird nach dieser Lehre beispielsweise dann als effizient angesehen, wenn mindestens ein Beteiligter durch den neuen Zustand besser und alle anderen mindestens gleichgestellt werden. Die durch eine solche Veränderung hergestellte Verbesserung wird nach ihrem Entwickler, *Pareto*, als Pareto-Verbesserung bezeichnet.

Ein anderer Grundsatz, der in diesem Bereich eine wichtige Rolle spielt, ist das Kaldor-Hicks-Kriterium. Nach diesem Kriterium ist die Begünstigung einer Gruppe von Menschen dann begrüßenswert, wenn die Begünstigten hypothetisch dazu in der Lage sind, die durch die Veränderung eingetretenen Benachteiligungen aller anderen zu kompensieren und dabei noch einen Überschuß zu behalten.

Für die Beantwortung der Frage, welche Partei mit den Kosten der Schadensvorsorge zu belasten ist, wird in der ökonomischen Analyse des Rechts das Konzept des *chea-*

⁴⁵ *Taupitz*, AcP 1996, S. 117.

⁴⁶ *Fezer*, JZ 1986, 819.

⁴⁷ *Calabresi*, Risk Distribution, S. 499 ff.

⁴⁸ *Coase*, Problem, S. 1 ff.

⁴⁹ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, S. 40; *Taupitz*, AcP 1996, S. 117.

pest cost avoider angewendet. Nach diesem Prinzip soll derjenige die Kosten der Schadensvorsorge tragen, der den Schaden durch Aufwendung der geringsten Kosten hätte vermeiden können. Stellt der Kläger selbst sich als *cheapest cost avoider* heraus, ist nach der ökonomischen Analyse des Rechts eine Haftung des Beklagten nicht angemessen, da es ineffizient ist, denjenigen mit Sorgfaltspflichten zu belasten, der mit ihnen den relativ geringsten Erfolg hätte⁵⁰.

Die ökonomische Analyse des Rechts versucht auf diese Weise verschiedene Bereiche des Rechts zu betrachten und mit Hilfe der genannten Kriterien und Kosten-Nutzen-Rechnungen eine effiziente Rechtsprechung zu erreichen.

bb) Ethischer Ansatz

Neben *Coase* und *Calabresi* zählt auch *Posner*⁵¹ zu den Gründungsvätern der ökonomischen Analyse des Rechts. Er entwickelte in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts ein konsequentialistisches Prinzip, das sich vom Utilitarismus abhebt und das er *Wealth Maximization Principle* nannte. Nach dieser ethischen Richtung ist das wünschenswerte Ziel jeden Handelns die Steigerung des Reichtums einer Nation. Da diese ethische Richtung aus der ökonomischen Analyse des Rechts hervorgegangen ist und sich an dem ökonomischen Effizienzkriterium orientiert, wird der Ansatz *Posners* auch als Effizienzethik bezeichnet.

aaa) Effizienzethik und Utilitarismus

Die ethische Richtung der ökonomischen Analyse des Rechts wird oftmals zu Unrecht als Utilitarismus bezeichnet. Dies läßt sich damit erklären, daß von Ökonomen vielfach das Wort „Nutzen“ als Synonym für den Begriff „Wohlfahrt“ gebraucht wird.⁵² Zudem sind viele Vertreter der utilitaristischen Ethik zugleich Ökonomen, wie

⁵⁰ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 213.

⁵¹ *Posner* war in der Vergangenheit als Professor an der Universität Chicago tätig und ist seit 1981 Bundesrichter in den USA.

⁵² *Posner*, Utilitarianism, S. 104 f.

Bentham oder *Mill*, was eine klare Trennung von Utilitarismus und dem ethischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts erschwert⁵³.

Bei einer solchen Gleichsetzung wird jedoch vernachlässigt, daß die Werteordnung der Effizienzethik gegenüber der des Utilitarismus eingeschränkter ist: Einerseits lehnen die Vertreter des *Wealth Maximization Principle* die kardinale Nutzenmessung ab und orientieren sich an der Mehrung von Gütern, also einem Ausschnitt der Bandbreite der verschiedenen Arten des Nutzens⁵⁴. Andererseits finden Gerechtigkeitsaspekte vermehrt in den Utilitarismus Einzug, da hier das Erste Gossen'sche Gesetz Gültigkeit besitzt und dadurch Verteilungsgerechtigkeit gewährleistet wird. Ein solcher Ansatz ist bei der Effizienzethik nicht zu erkennen, die dadurch, daß sie eine monetäre Bewertung als Maßstab nimmt, auf einen unveränderlichen Faktor zurückgreifen kann. Auf diese Weise läßt das *Wealth Maximization Principle* die persönlichen Bedingungen und Lebensumstände des Einzelnen außer acht und beurteilt eine Handlung im Sinne der Vermehrung gesellschaftlichen Reichtums.

Die Vorgehensweise der ökonomischen Analyse des Rechts hat gegenüber der utilitaristischen Ethik insgesamt den Vorteil, daß durch eine monetäre Bewertung ein eindeutiges Kriterium für eine Beurteilung vorliegt, wohingegen Werte wie Glück, Nutzen oder Lust kaum meßbar sind.

Ebenso ist ein interpersoneller Vergleich nicht nötig, da nach dem *Wealth Maximization Principle* ein ausschließlich monetärer Vergleich erfolgt.

Der Anhänger der Effizienzethik muß sich deshalb auch keine Gedanken über eine Rangfolge von Werten machen, da für ihn nur ein Wert, die Reichtumsmaximierung, zählt.

bbb) Kritik

Unzureichende Vorhersehbarkeit von Folgen - Die Effizienzethik kann – ebenso wie der Utilitarismus - dahingehend beanstandet werden, daß die Folgen einer Hand-

⁵³ *Posner*, *Utilitarianism*, S. 105.

lung nicht immer vorhersehbar sind. Eine Ethik, die sich alleine auf die Betrachtung der Folgen einer Handlung stützt, läuft ins Leere, wenn ex ante verschiedene Wirkungen denkbar sind und keine Aussage über die Wahrscheinlichkeit der einzelnen Konsequenzen getroffen werden kann. Diese Kritik wendet sich gegen die reine Folgenbetrachtung und damit gegen sämtliche teleologischen Ethiken. Handlungsfolgen sind insbesondere dann schwer vorherzusehen, wenn es um subjektive Sichtweisen geht. So läßt sich beispielsweise ein möglicher finanzieller Schaden ex ante eher einschätzen, als ein Unglücks- oder Unlustempfinden der Beteiligten, zumal zusätzlich das Problem auftritt, daß subjektive Empfindungen bei allen Menschen verschieden sind und sich fortwährend ändern können. Es ist einem Handelnden folglich kaum möglich, sich auch nur vage Vorstellungen über das Ausmaß seiner Handlung bei der Gruppe der übrigen Beteiligten zu bilden.

Interpersoneller Nutzenvergleich - Teilweise wird kritisiert, die ökonomische Analyse des Rechts sei, wie der Utilitarismus, von der Schwäche des interpersonellen Nutzenvergleichs betroffen⁵⁴. Theoretisch käme das Kaldor-Hicks-Kriterium ohne einen solchen Vergleich aus, in der Praxis müßten jedoch, damit von einem positiven monetären Saldo Rückschlüsse auf Veränderungen des Nutzenniveaus in einer Gesellschaft gezogen werden könnten, interpersonelle Nutzenvergleiche durchgeführt werden.

Dabei wird übersehen, daß im Rahmen der Effizienzethik Rückschlüsse auf den Nutzen in der Gesellschaft gar nicht nötig sind, da ein positiver monetärer Saldo bereits für die Beurteilung der Handlung ausreicht. Da angenommen wird, daß für jeden Menschen eine Erhöhung des Reichtums das primäre Ziel und dieses allen Menschen gleich wichtig ist, stellt sich ein interpersoneller Nutzenvergleich für die Beurteilung einer Handlung in der ökonomischen Analyse des Rechts als entbehrlich dar. Das Kaldor-Hicks-Kriterium, das einen wesentlichen Grundstein der Effizienzethik darstellt, führt gerade dazu, daß eine Abwägung bei Kollektiventscheidungen vorgenommen

⁵⁴ Posner, Utilitarianism, S. 119.

⁵⁵ Eidenmüller, Effizienz, S. 206.

werden kann, die ohne kardinale Nutzenwerte und einen interpersoneller Nutzenvergleich auskommt⁵⁶.

Ungerechtigkeit - Kritiker des effizienzorientierten ethischen Ansatzes wenden zudem ein, diese Sichtweise sei ungerecht, da sie keinen Unterschied zwischen Menschen mit unterschiedlicher finanzieller Leistungsfähigkeit mache und persönliche Umstände nicht berücksichtige⁵⁷.

Gegen diese Kritik läßt sich folgendes vorbringen: Die ökonomische Analyse des Rechts befaßt sich überwiegend mit der Betrachtung des Zivilrechts. Wenn es bei der Beurteilung von rechtlich relevanten Handlungen nun um solche des Zivilrechts geht, so stellt sich in erster Linie die Frage, ob das Zivilrecht überhaupt den Anspruch erhebt, gerecht zu sein. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr liegt das Ziel des Schadensersatzrechts unter anderem darin, Schäden auszugleichen⁵⁸. Dabei kommt es im Zivilrecht nicht auf die subjektiven Möglichkeiten zur Schadenswiedergutmachung an. Haftbar gemacht wird derjenige, der den Schaden verursacht hat, und zwar in der Höhe des entstandenen Schadens. Wenn das von der ökonomischen Analyse des Rechts betrachtete Recht schon nicht gerecht sein will, kann es mithin auch nicht Aufgabe der Effizienzethik sein, Gerechtigkeit herzustellen.

Grenzen durch Grundrechte - Die Effizienzethik wird, ebenso wie der Utilitarismus, dahingehend kritisiert, daß eine am Nutzenmaximierungsprinzip ausgerichtete Rechtspolitik vorgebe, wann Grundrechte nützlich seien und wann nicht. Auf diese Weise käme es zu einer Bedrohung für unantastbare Freiräume und Rechte des Einzelnen⁵⁹. Die sich aus dem Grundgesetz ergebende staatliche Schutzpflicht vor Schädigungen durch andere Bürger oder durch sich selbst verbiete eine effizienzgeleitete Entscheidung der Gerichte, wenn damit Grundrechte verletzt werden würden⁶⁰.

⁵⁶ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 42.

⁵⁷ Fezer, Kritik, JZ 1988, 224.

⁵⁸ Palandt – Heinrichs, BGB, Vorbem v § 249, Rn. 4.

⁵⁹ Eidenmüller, Effizienz, S. 225.

⁶⁰ Eidenmüller, Effizienz, S. 480 ff.

Sicherlich darf es durch die Rechtsprechung nicht dazu kommen, daß Grundrechte verletzt werden, unabhängig davon, ob der Staat oder ein Privater die Grundrechtsverletzung bewirkt. Die Rechtsprechung ist nach Art. 1 III GG an das Grundgesetz gebunden. Darüber hinaus wird in Rechtsprechung und Literatur überwiegend angenommen, daß das Grundgesetz eine objektive Werteordnung darstelle und nicht nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern auch bei der Rechtsprechung im Zivilrecht, wo sich zwei Bürger gegenüberstehen, beachtet werden müsse⁶¹. Es wird dabei von „mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte“ gesprochen, da Grundrechte grundsätzlich nur das Verhältnis Bürger-Staat betreffen und sie nur über unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln Eingang in das Zivilrecht finden, also indirekt und sinngemäß angewendet werden⁶². Das Gebot, daß kein Gerichtsurteil Grundrechte verletzen darf, liegt jedoch jedem ethischen Konzept zugrunde. Daß mit Effizienzorientiertheit nicht gemeint sein kann, daß ein Urteil Effizienzgesichtspunkte um jeden Preis beachten muß, ist wohl vorauszusetzen. Auch im Rahmen der grundgesetzlichen Regelungen ist es möglich, effizienzorientierte Urteile zu fällen, zumal das von den Kritikern dargelegte Problem der Grenzen einer solchen Rechtsprechung eher die Ausnahme darstellen dürfte.

Nutzung unvollständiger Präferenzsysteme - Die Effizienzethik wird weiterhin mit dem Argument kritisiert, daß sie lediglich einen Teil der menschlichen Präferenzen berücksichtige, wenn sie die Maximierung von Reichtum als Motivation menschlichen Handelns ansehe. Zwar sei monetärer Nutzen ein wichtiges Element der Präferenzen, jedoch sei der utilitaristische Nutzenbegriff wesentlich umfassender und komplexer als der ökonomische⁶³.

⁶¹ Dies entspricht zumindest seit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 15.01.1958 (BVerfGE 7, 198) der herrschenden Ansicht in Literatur und Praxis.

⁶² Jarass/Pierothe – Jarass, GG, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 15.

⁶³ Eidenmüller, Effizienz, S. 184.

Posner wendet gegen diese Kritik ein⁶⁴, daß ein Streben nach Reichtum eher mit den Intuitionen ethischen Verhaltens übereinstimme, als ein Streben nach Glück. Darüber hinaus sei das Reichtumsprinzip bestimmter als das Glücksprinzip.

Die Effizienzethik betrachtet tatsächlich nur einen Teil des menschlichen Strebens. Allerdings ist *Posner* darin zuzustimmen, daß es sich bei diesem Teil um den weitaus größten und wichtigsten handelt. Zwar kann Geld gewisse Nutzenwerte nicht ersetzen, Glück läßt sich oftmals aber mit Hilfe von Geld steigern, so daß das Streben nach Geld und geldwerten Gütern einen Großteil unserer Motivation bestimmt.

Unzureichende Bewertungsgrundlagen - Schließlich wird kritisiert, den Richtern würde das für eine Bewertung nach den Grundsätzen der ökonomischen Analyse des Rechts notwendige Zahlenmaterial fehlen, bzw. die Beschaffung desselben sei unzumutbar aufwendig. Da im deutschen Zivilrecht die Verhandlungsmaxime⁶⁵ gelte, könne ein Richter von sich aus keine Untersuchung durchführen, wenn die Parteien keine Zahlen vorbringen⁶⁶.

Eine effiziente Entscheidung muß jedoch nicht zwangsläufig auf exaktem Zahlenmaterial basieren. Vielmehr kann eine Kosten-Nutzen-Abwägung auch auf Schätzungen beruhen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, Alternativrechnungen durchzuführen und auf diese Weise herauszufinden, in welchen Fällen Schadensvorsorgemaßnahmen, deren Zahlen sich oftmals relativ genau angeben lassen⁶⁷, zu einer Verbesserung bezüglich der möglichen Schäden im Ausgangsfall führen können. Schließlich arbeiten Gerichte vielfach mit impliziten Ordinalskalierungen, so verwenden sie beispielsweise

⁶⁴ *Posner*, *Utilitarianism*, S. 122.

⁶⁵ Nach diesem Grundsatz obliegt es in einem Verfahren dem Kläger, bzw. seinem Prozeßvertreter, zu behaupten, der Beklagte habe in einer bestimmten Situation die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und mithin fahrlässig gehandelt. Zu dem Verhandlungsgrundsatz im deutschen Zivilprozeß siehe *Baumbach/Lauterbach – Hartmann*, ZPO, Grdz. § 128 Rn. 20 ff; *Zöller - Greyer*, ZPO, Vor § 128 Rn. 10.

⁶⁶ *Eidenmüller*, *Effizienz*, S. 426.

⁶⁷ *Schäfer*, *KritV* 1992, 381.

Begriffe wie „Gefahrenquelle“ und „besondere Gefahrenquelle“⁶⁸. Solche Skalierungen sind allgemein verständlich und können Zahlenskalen abdingbar machen.

Daraus folgt, daß eine effizienzorientierte Rechtsprechung auch ohne genaues Zahlenmaterial möglich und eine Kosten-Nutzen-Abwägung lediglich in Ausnahmefällen auf intuitive Bewertungsmethoden angewiesen ist.

Wertung der Kritik - Die Kritik gegen den ethischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts weist Schwächen auf. Auch wenn das *Wealth Maximization Principle* Posners gewisse Schwächen in Bezug auf die Berücksichtigung der gesamten Motivation menschlichen Handelns und die Vorhersehbarkeit sowie zahlenmäßige Erfassbarkeit von Handlungsfolgen aufweist, ist es den übrigen ethischen Richtungen gegenüber dennoch vorzuziehen. Einerseits liegt das an der Berücksichtigung präventiver Aspekte, andererseits an der vergleichsweise leichten Umsetzbarkeit in die Praxis: Im Gegensatz zum deontologischen Ansatz ist die Effizienzethik durch die Betrachtung der Handlungsfolgen in der Lage, künftiges Verhalten zu steuern und präventive Gesichtspunkte in die Rechtsprechung und Gesetzgebung einzubringen. Gegenüber dem Utilitarismus hat die Effizienzethik den Vorteil, daß die Gerichte ohne interpersonellen Nutzenvergleich auskommen und nicht auf das Problem stoßen, eine Rangfolge für verschiedene Werte, die zu menschlichem Handeln motivieren, aufstellen zu müssen.

cc) Fahrlässigkeit

aaa) Learned-Hand-Formel

Fahrlässiges Verhalten, das einen Schaden zur Folge hat, verringert den Wohlstand der Bevölkerung, sei es durch Wertverluste aufgrund eines Sachschadens, sei es durch Arztkosten bei Personenschäden. Folglich ist eine fahrlässig begangene Handlung „schlechtes Verhalten“ im Sinne der Effizienzethik, die als oberstes Ziel eine Kostenminimierung ansieht.

⁶⁸ Schäfer, KritV 1992, 382 ff.

Bei der Frage, wann fahrlässiges Verhalten gegeben ist, berücksichtigt die ökonomische Analyse des Rechts - im Gegensatz zum Utilitarismus - nicht das Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen des Einkommens. Der Sorgfaltsmaßstab ergibt sich im Rahmen der Effizienzethik aus einer Kosten-Nutzen-Abwägung, deren Ergebnis das in der jeweiligen Situation effiziente Handeln darstellt. Schäden sollen nur dann vermieden werden, wenn die Kosten des zusätzlichen Schadensvermeidungsaufwands geringer sind, als die des drohenden Schadens, so daß effiziente Sorgfalt dann gegeben ist, wenn die zusätzlichen Sorgfaltskosten genau der durch sie bewirkten Schadensreduktion entsprechen⁶⁹. Eine Unterschreitung des so ermittelten Sorgfaltsmaßes impliziert Fahrlässigkeit.

Üblicherweise wird für die Berechnung des effizienten Handelns die Learned-Hand-Formel verwendet, die der amerikanische Bundesrichter *Learned Hand* in einem seiner Urteile⁷⁰ entwickelte⁷¹. In diesem Fall löste die Besatzung eines Schleppers, der eines der im Hafen von New York befestigten Boote aus dem Hafen schleppen sollte, das Tau, an dem alle Schiffe dieses Piers befestigt waren, um den fraglichen Schlepper zu befreien.

Das Seil wurde nicht wieder richtig befestigt, der Kahn des Klägers löste sich und kollidierte mit einem weiteren Schiff. Schließlich sank dieses andere Schiff mitsamt seiner Ladung. Auf die Klage des Eigentümers des Kahns erwiderte der beklagte Inhaber des Schleppers, daß der Kläger selbst fahrlässig gehandelt habe, da sein Angestellter, der Kahnführer, nicht an Bord war, als die Besatzung des Schleppers das Tau löste.

⁶⁹ Schäfer, KritV 1992, 374.

⁷⁰ *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir 1947).

⁷¹ Bereits vor dem Urteil *United States v. Carroll Towing Co.* wendete *Hand* in seiner Rolle als Richter die oben genannte Formel implizit an. So führte er zum Beispiel in einem Urteil aus dem Jahr 1938 – *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612, 1938 - aus: „The degree of care demanded of a person by an occasion is the resultant of three factors: the likelihood that his conduct will injure others, taken with the seriousness of the injury if it happens, and balanced against the interest which he must sacrifice to avoid the risk.“ Er berücksichtigte mithin bereits zu diesem Zeitpunkt bei der Bestimmung von Fahrlässigkeit die Variablen Schadenswahrscheinlichkeit, Schadenshöhe und Schadensvorsorge und wog sie gegeneinander ab.

Hand stellte in der Urteilsbegründung die These auf, daß die Frage der Fahrlässigkeit, also die Beurteilung, ob ein Schädiger ausreichende Vorkehrungen gegen einen Schaden getroffen hat, von drei Variablen abhängig sei: den Aufwendungen, die zu der Schadensvermeidung gemacht werden (burden = B), der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens (probability = P) und der Höhe des möglichen Schadens (injury = L). Fahrlässig handele derjenige, der geringere Aufwendungen zur Schadensvermeidung tätigt, als die Höhe des erwarteten Schadens multipliziert mit der Schadenswahrscheinlichkeit beträgt. Fahrlässigkeit liegt nach der Ansicht *Hands* also vor, wenn

$$B < PL.$$

Dabei kann diese Formel jedoch nur dann sinnvoll eingesetzt werden, wenn sie in einer marginalisierten Form benutzt wird, d.h. wenn das Gericht die marginalisierten Kosten und den marginalisierten Nutzen der zusätzlichen Vorsorgemaßnahmen und nicht die Gesamtkosten und den Gesamtnutzen aller Vorsorgemaßnahmen berücksichtigt⁷². Das wird durch folgendes Beispiel deutlich:

Angenommen, das Abreißen eines durch Absturz bedrohten Erkers an einem Haus wäre prohibitiv teuer, es bestünde aber die Möglichkeit, den Absturz des Erkers durch den Aufbau einer deutlich günstigeren Stütze zu verhindern.

Durch eine Stütze würden die erwarteten Kosten eines Unfalls von 1.000 Euro auf 100 Euro gesenkt, wobei die Kosten für diese Maßnahme 300 Euro betragen würden. Eine zweite Stütze, die noch einmal 300 Euro kosten würde, könnte die erwarteten Kosten eines Unfalls auf Null senken.

Bei der Betrachtung von Gesamtkosten und –nutzen, erscheinen die gesamten Vorsorgemaßnahmen als effizient, da die Gesamtkosten (600 Euro für zwei Stützen) geringer

⁷² *Nagel/Eger*, Wirtschaftsrecht II, S. 85 f.; *Weigel*, Rechtsökonomik, S. 66f. Eine erste Korrektur der Learned-Hand-Formel erfolgte durch *Brown* (s. *Brown*, Towards).

sind, als der Gesamtnutzen (Risikoverringerung in Höhe von 1.000 Euro). Wenn die zwei Entscheidungen bezüglich der ersten und der zweiten Stütze jedoch getrennt voneinander betrachtet werden, wird deutlich, daß die Entscheidung für eine zweite Stütze ineffizient ist, da sie nur einen Grenznutzen von 100 Euro bei 300 Euro Grenzkosten erzeugt. Erst eine marginalisierte Betrachtung ist mithin in der Lage, effizientes Verhalten zu bestimmen.

Die Learned-Hand-Formel wird teilweise dahingehend kritisiert, daß sie nicht auf Fälle der „individuellen Unachtsamkeit“ anwendbar sei⁷³. Dies bedeutet, daß in vielen Fällen von den handelnden Personen keine Einschätzung der Schadenswahrscheinlichkeit oder Höhe eines möglichen Schadens erfolge, sondern daß oftmals innerhalb eines ganz kurzen Zeitrahmens eine Unachtsamkeit auftrete, bei der der Handelnde keine Zeit habe, die notwendigen Sorgfaltsvorkehrungen zu analysieren. Beispielsweise begehe der Arzt, der versehentlich einen Nerv seiner Patientin durchtrenne, eine fahrlässige Rechtsgutsverletzung, bei der die einzelnen Komponenten der Learned-Hand-Formel wegen der Plötzlichkeit des Fehlers keine Rolle spielten.

Die Learned-Hand-Formel erhebt jedoch keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit⁷⁴. Vielmehr stellt sie eine von mehreren Möglichkeiten dar, Fahrlässigkeit zu bestimmen, wobei im Einzelfall zu entscheiden ist, ob ein Vorgehen nach der Learned-Hand-Formel sinnvoll oder von einer solchen mangels Informationen bzw. der Unmöglichkeit der Durchführung einer Kosten-Nutzen-Abwägung für den Handelnden abzusehen ist.

bbb) Fahrlässigkeit im effizienzorientierten Urteil

Im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts wird eine kardinale Nutzenmessung ablehnt. Es kommt also bei der Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, nicht darauf an, ob es die persönliche finanzielle Leistungsfähigkeit des Beklagten erlaubt hätte, anders zu handeln. Vielmehr liegt fahrlässiges Verhalten nach dem *Wealth Maximization Principle* dann vor, wenn sich der gesellschaftliche Reichtum durch eine Handlung

⁷³ So Brüggeleier, Prinzipien, S. 68.

reduziert hat. Eine solche Reichtumsreduzierung ist gegeben, wenn sich aus der impliziten Anwendung der Learned-Hand-Formel ergibt, daß eine geringere Schadensvorsorge betrieben wurde, als Schadenshöhe multipliziert mit der Schadenswahrscheinlichkeit ausmachen. Dabei kann von einem Gericht nicht verlangt werden, daß es ausdrücklich diese Formel anwendet. Näherliegend dürfte es sein, wenn Gerichte mit Termini wie dem „Ausmaß der Gefahr“ implizit Kosten-Nutzen-Rechnungen anstellen, indem sie die erforderliche Sorgfaltspflicht dem Ausmaß der Gefahr gegenüberstellen. Dabei verbirgt sich hinter dem Begriff „Ausmaß der Gefahr“ nichts anderes als der Faktor Schadenshöhe x Schadenswahrscheinlichkeit der Learned-Hand-Formel.

Schließlich ist es denkbar, daß ein Gericht in seiner Urteilsbegründung feststellt, daß der Kläger den Schaden selbst mit geringeren Aufwendungen hätte vermeiden können, als der Beklagte zur Schadensvorsorge hätte aufwenden müssen. In diesem Fall ist der Geschädigte selbst der *cheapest cost avoider* und ein effizientes Urteil käme zu dem Ergebnis, daß der Schädiger nicht schadensersatzpflichtig ist. Auch eine implizit durchgeführte Auseinandersetzung mit der Frage, wer der *cheapest cost avoider* ist, würde mithin ein effizienzorientiertes Vorgehen offenbaren.

III. Beurteilung des Fallmaterials

Um die höchstrichterlichen Urteile der verschiedenen Staaten bezüglich der in ihnen enthaltenen Bestimmung von Fahrlässigkeit den drei dargestellten ethischen Richtungen zuordnen zu können, ist zunächst festzustellen, ob das jeweilige Gericht einer expliziten Fahrlässigkeitsdefinition folgt. Ist eine solche Definition auffindbar, muß weiter gefragt werden, ob sie als deontologisch oder konsequentialistisch einzuordnen ist. Im letzteren Fall ist die Möglichkeit einer weiteren Zuordnung zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik zu überprüfen. Vor der Analyse der Urteile ist folglich zuerst festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine Fahrlässigkeitsdefinition als deontologisch oder konsequentialistisch bzw. utilitaristisch oder effizienzorientiert eingeord-

⁷⁴ Siehe Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 175.

net werden kann. Dazu werden im folgenden verschiedene Argumentationen dargestellt, die ein Gericht verwenden könnte und die eindeutig einer ethischen Richtung zuzuordnen sind.

Diese Argumentationen sollen anhand des folgenden Falls dargestellt werden:

Ein Vater läßt sein vierjähriges Kind eine Stunde lang in einem Hotelzimmer unbeaufsichtigt und setzt sich in die Hotelbar. Währenddessen zerstört das Kind mehrere Gegenstände in dem Zimmer.

Es stellt sich für das Gericht die Frage, ob der Vater sich fahrlässig verhielt und mithin gegenüber dem Hotelbetreiber schadensersatzpflichtig ist.

1. Deontologische Argumentation

Wie bereits dargelegt, bezieht die strenge Deontologie die Folgen einer Handlung nicht direkt in ihre Bewertung ein, so daß weder der eingetretene Schaden noch die Schadenswahrscheinlichkeit bei der Festlegung des Sorgfaltsstandards Berücksichtigung finden. Vielmehr werden allgemeine Regeln aufgestellt, die zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichten.

Das Urteil eines deontologisch orientierten Gerichts zu dem oben dargestellten Fall könnte etwa lauten: „Es liegt fahrlässiges Verhalten vor, da ein „ordentlicher Vater“ ein vierjähriges Kind nicht eine Stunde lang in fremder Umgebung unbeaufsichtigt läßt“. Die Einordnung eines Urteils in die deontologische Ethik erfordert folglich, daß das Gericht sich an einem Verhaltenskodex orientiert und sinngemäß argumentiert: „So macht man das nicht!“.

2. Konsequentialistische Argumentation

Die konsequentialistische Sichtweise zeichnet sich dadurch aus, daß sie sich bei der Beurteilung einer Handlung auf die Folgen derselben stützt. Wenn ein Gericht also in der Urteilsbegründung beispielsweise die Höhe des Schadens als Begründung dafür anführt, daß der Beklagte ein höheres Maß an Sorgfalt hätte anwenden müssen, so deutet dies auf eine konsequentialistische Sichtweise des Gerichts hin.

Bestimmte weitere Anhaltspunkte ermöglichen die speziellere Zuordnung konsequentialistischer Argumentationen zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik:

a) *Utilitaristische Argumentation*

Nach der utilitaristischen Ethik liegt Fahrlässigkeit vor, wenn die Beklagtenseite ohne Vorsatz eine Handlung beging, die einen Schaden zur Folge hatte und eine andere Handlungsalternative insgesamt typischerweise zu einer geringeren Einbuße an persönlichen Werten geführt hätte als die tatsächlich vorgenommene Handlung. Dabei berücksichtigt der Utilitarist auch persönliche Lebensumstände der Betroffenen, um analysieren zu können, ob es zu einer Nutzenerhöhung, einem gleichbleibenden Zustand oder zu einer Nutzenverringering gekommen ist. Ein Hinweis auf eine utilitaristische Sichtweise ist beispielsweise darin zu sehen, daß eine Gruppe von Schwächeren durch das Urteil geschützt werden soll.

Um die denkbaren Argumentationen utilitaristischer Sichtweise genau zu erfassen, empfiehlt es sich zwischen Handlungs- und Regelutilitarismus zu unterscheiden. Ein am Handlungsutilitarismus orientiertes Gericht könnte in einem Urteil bezüglich des oben geschilderten Falls etwa argumentieren: „Der Vater handelte fahrlässig, als er das Kind eine Stunde lang unbeaufsichtigt ließ. Der Tatsache, daß er über eine Stunde freier, kinderloser Zeit verfügen konnte, steht ein nicht geringer Schaden an dem Mobiliar gegenüber, der höher zu bewerten ist. Der Vater hatte keine unumgänglichen Termine, so daß es ihm schließlich auch zumutbar war, das Kind während dieser Stunde zu beaufsichtigen.“

Das Gericht betrachtet folglich sowohl die Handlung - hier in Form eines Unterlassens - des Vaters, als auch deren Folgen. Dabei wird auf eine Kosten-Nutzen-Abwägung von möglichem Nutzen und entstandenem Schaden zurückgegriffen, wobei auch die subjektiven Umstände des Handelnden - etwa die höchstpersönliche Zumutbarkeit von Schadensvorsorgemaßnahmen in Form einer ständigen Kinderbetreuung – einbezogen werden. Das Gericht führt in diesen Fällen sinngemäß aus: „Es ist den Beklagten in dem vorliegenden Fall finanziell nicht zumutbar, die Sorgfaltsmaßnahmen xy zu tref-

fen. Folglich handelten sie nicht fahrlässig, als sie die fragliche Vorsorgemaßnahme nicht trafen“.

Die Urteilsbegründung eines nach Grundsätzen des Regelutilitarismus vorgehenden Gerichts könnte hingegen lauten: „Der Vater handelte fahrlässig; er hätte das Kind nicht eine Stunde lang unbeaufsichtigt lassen dürfen. Eltern von Kleinkindern trifft eine gewisse Aufsichtspflicht, die sowohl dazu dient, Schäden von den Kindern als auch von der Umgebung der Kinder fernzuhalten. Hier hat der Vater sich, ohne eine wirksame Entschuldigung darzulegen, über diese Aufsichtspflicht hinweggesetzt und so schuldhaft eine Ursache für die durch das Kind entstandenen Schäden gesetzt.“

Hier wird deutlich, daß ein Gericht, das dem Regelutilitarismus zugewandt ist, ein bestimmtes Verhalten einer Handlungsregel zuordnet und dann die Regel, und nicht die einzelne Handlung, betrachtet. Das Gericht hält demnach eine Handlungsweise dann für richtig, wenn ihre „regelmäßige“ Befolgung das Glück der größten Zahl maximiert: „Die beklagte Gemeinde handelte nicht fahrlässig, als sie die Sorgfaltsmaßnahmen xy nicht getroffen hat, da eine solche Vorgehensweise grundsätzlich eine unzumutbare Härte für finanziell geschwächte Gemeinden bedeutet“.

b) *Effizienzorientierte Argumentation*

Um ein Urteil als effizienzorientiert bezeichnen zu können, ist, wie bereits dargelegt, eine Kosten-Nutzen-Abwägung nötig, die im Gegensatz zu einer utilitaristischen Abwägung an einer monetären Bewertung und nicht direkt an Nutzen anknüpft. Insbesondere ist dem *Wealth Maximization Principle* zueigen, daß es den Grenzertrag des Einkommens nicht berücksichtigt, so daß kein direkter Rekurs auf den Nutzen/das Wohl der Beteiligten erfolgt und somit auch Fragen der Verteilungsgerechtigkeit, sowie der finanziellen Leistungsfähigkeit ausgeschlossen werden.

Ein effizienzorientiertes Gericht könnte also folgendermaßen argumentieren: „Der Vater handelte fahrlässig, da er im Hinblick auf das Ausmaß der Gefahr zu geringe Schadensvorsorgemaßnahmen getroffen hat. Grundsätzlich erfordert eine hohe Schadenseintrittswahrscheinlichkeit eine um so intensivere Sorgfaltsmaßnahme, um den drohenden Schaden zu verhindern. In dem dargestellten Fall erscheint es wahr-

scheinlich, daß ein unbeaufsichtigtes Kind einen Schaden an dem Mobiliar anrichten wird. Da der Vater keine Schadensvorsorge betrieben hat, wurde dem Ausmaß der drohenden Gefahr nicht genügend Rechnung getragen.“

Für die ökonomische Bestimmung von Fahrlässigkeit ist - im Gegensatz zu einer utilitaristischen Argumentation - eine Betrachtung der subjektiven Umstände des Vaters, wie die persönliche Zumutbarkeit einer durchgängigen Betreuung des Kindes, nicht notwendig. Es ist ausreichend, wenn das Gericht im Sinne des Reichtums der Allgemeinheit argumentiert und monetarisierte Größen miteinander abwägt, ohne beispielsweise die finanzielle Situation der Beteiligten zu berücksichtigen. Sinngemäß führt ein Gericht in solchen Fällen aus: „Der Beklagte hätte aufgrund der Schwere des Schadens und der großen Wahrscheinlichkeit seines Eintritts die hohen Kosten für die erforderliche Schadensvorsorge aufwenden müssen“.

Im folgenden sollen die verschiedenen Urteile nun daraufhin überprüft werden, inwiefern Gerichte einen der vorgestellten philosophischen Ansätze in ihren Urteilsbegründungen verwenden.

C. Analyse der Rechtsprechung

I. Auswahl der Urteile

Für die Untersuchung der Rechtsprechung wurden Urteile westlicher Staaten gebraucht, in denen eine Definition des zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs deutlich wird. Dabei erstreckte sich die Suche nicht auf bestimmte Lebenssachverhalte, sondern allgemein auf Entscheidungen, die einfache Fahrlässigkeit behandeln. Die 103 im folgenden analysierten, zumeist höchstrichterlichen Urteile wurden nicht ausschließlich auf streng wissenschaftliche Weise per Zufallsprinzip ausgewählt, da die überwiegende Anzahl der Entscheidungen aus dem Bereich des Fahrlässigkeitsrechts keinerlei Definition von Fahrlässigkeit enthält. Vielmehr wird in den meisten Urteilsbegründungen das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen von Fahrlässigkeit anhand eines ungeschriebenen Sorgfaltsstandards oder der jeweiligen Legaldefinition festgestellt, die grundsätzlich vorsieht, daß derjenige fahrlässig handelt, der die erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Diese Vorgehensweise sei anhand des folgenden beispielhaften Falls aus der Rechtsprechung des BGH verdeutlicht: In einem Urteil des BGH⁷⁵, bei dem es um die Frage geht, ob ein Salzbergwerkbetreiber bezüglich eines Unfalls, bei dem Besucher des Bergwerks zu Schaden kamen, fahrlässig gehandelt hat, heißt es: „Dabei hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß ein fahrlässiges Verhalten der leitenden Angestellten der Beklagten auch darin liegen kann, daß sie überhaupt eine Besuchergruppe an die spätere Unfallstelle haben führen lassen. Darin kann eine Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt liegen, wenn der Stollen im Bereich der Unfallstelle – wie vom Kläger wiederholt behauptet – deutlich gefährlicher war als im übrigen Bereich.“ Durch diese Argumentation wird die Verwendung der Legaldefinition des § 276 II BGB deutlich: Es wird gefragt, ob der Sachverhalt eine Sorgfaltspflichtverletzung offenbart. Charakteristisch für diese Fälle ist, daß eine Begründung, warum das Verhalten des Beklagten nicht ausreichend sorgfältig war oder was die

⁷⁵ BGH, Urteil vom 20.05.1986, VI ZR 70/85 (VersR 1986, 991 f.).

Sorgfaltspflicht in dieser Situation ausmacht, fehlt. Damit ist es nicht möglich, solche Urteile einer ethischen Richtung zuzuordnen⁷⁶.

Eine Zuordnung der Urteilsbegründungen zu einer ethischen Grundrichtung scheitert auch dann, wenn der Sorgfaltsmaßstab nicht beschrieben wird, wie etwa in dem folgenden BGH-Urteil: In dem betreffenden Fall hatte die Herstellerin von Pferdeboxen Boxen verkauft, die als oberen Abschluß der Trennwände ein nach oben offenes feuerverzinktes U-Eisen aufwiesen. An diesem Eisen verletzte sich das Pferd des Klägers den Huf. Es stellte sich die Frage, ob dies auf Fahrlässigkeit seitens der Beklagten zurückzuführen sei. Die Richter führten in der Urteilsbegründung aus: „Dem Fahrlässigkeitsvorwurf kann sie [die Beklagte] sich nur entziehen, wenn sie die im Verkehr „erforderliche“ Sorgfalt angewendet hätte. Erforderlich war es aber im Streitfalle, die konstruktionsbedingt aufgetretenen Gefahrenmomente zu beseitigen.“ In dieser Entscheidung führt der BGH nicht aus, was unter „erforderlicher Sorgfalt“ verstanden werden kann. Eine ethische Richtung läßt sich auch hier nicht erkennen.

Eine solche Vorgehensweise, bei welcher der Fahrlässigkeitsbegriff ohne Rückgriff auf eine ethische Grundlage beschrieben wird, findet sich nicht nur in der deutschen Rechtsprechung, sondern in der Rechtsprechung sämtlicher untersuchter Staaten. Als stellvertretendes Beispiel für alle auf diese Weise vorgehenden ausländischen Urteilsbegründungen, sei ein Urteil des britischen House of Lords⁷⁷ genannt, in dem die Richter unter anderem darüber zu entscheiden hatten, ob der Eigentümerin eines Kinos Sorgfaltspflichten gegenüber den Inhabern angrenzender Grundstücke oblagen und sie diese vernachlässigt hat. Teenager waren in das geschlossene Kino eingestiegen und hatten vorsätzlich einen Brand verursacht, der das Kino zerstörte und angrenzende Gebäude in Mitleidenschaft zog.

⁷⁶ Es ist sowohl denkbar, daß die Richter einen deontologischen Ansatz vertreten und der Ansicht sind, daß - unabhängig von denkbaren Konsequenzen - ein Bergwerkbetreiber Besucher nicht an eine gefährliche Stelle in einem Stollen führen darf. Ebenso ist es möglich, daß das Gericht aufgrund der Schwere des Unfalls besondere Anforderungen an die zu treffenden Sorgfaltsvorkehrungen stellt, so daß eine konsequentialistische Tendenz sichtbar würde.

⁷⁷ Smith and other appellants v. Littlewoods Organisation Ltd. [1987] A.C. 241.

In der Urteilsbegründung heißt es: „The second question is whether that general duty encompassed a specific duty to exercise reasonable care to prevent young persons obtaining unlawful access to the cinema, and, having done so, unlawfully setting it on fire. The answer to that question, in accordance with general principles governing alike the law of delict in Scotland and the law of negligence in England, must depend on whether the occurrence of such behaviour was reasonably foreseeable by Littlewoods if they had known of the activities of young persons observed by certain individuals in the locality. But they did not know of such activities because the individuals concerned did not inform either Littlewoods or the police of them, nor did the police themselves observe them. In the absence of information about such activities, either from the individuals referred to or from the police, I am of opinion that the occurrence of the behaviour in question was not reasonably foreseeable by Littlewoods.” Hier wird deutlich, daß das Gericht bei der Frage nach einer möglichen Sorgfaltspflichtverletzung lediglich analysiert hat, ob das Risiko vorhersehbar war. Sorgfaltspflichten wurden nicht abgeleitet. Das Gericht kam zu dem Schluß, daß die Eigentümerin des Kinos die Gefahr nicht hätte erkennen müssen und lehnte aus diesem Grund eine Sorgfaltspflichtverletzung ab. Dadurch, daß das Augenmerk nur auf die Vorhersehbarkeit der Gefahr gerichtet war und *Lord Brandon of Oakbrook* an keiner Stelle Ausführungen zu möglichen Sorgfaltsvorkehrungen oder generellen Pflichten von Grundstückseigentümern traf, kann auch aus dieser Urteilsbegründung nicht herausgelesen werden, welche ethische Tendenz vertreten wird.

Um eine Einordnung der Urteilsbegründungen in die unterschiedlichen ethischen Richtungen vornehmen zu können, mußten Urteile gefunden werden, in denen die Richter über das bloße Feststellen einer Sorgfaltspflichtverletzung hinaus begründen, warum ihrer Meinung nach die Handlung des Schädigers fahrlässiges Verhalten darstellt.

Aus den durch intensive Recherchen in juristischen Online-Datenbanken, wie Juris, Westlaw oder Lexis-Nexis, bzw. in der Sekundärliteratur gefundenen zumeist höchst-richterlichen Urteilen wurden per Zufallsprinzip Entscheidungen aus einem Pool von Urteilen ausgewählt, die allesamt Definitionen von Fahrlässigkeit enthielten. Darüber

hinaus haben sich einige ausländische Wissenschaftler und Studenten bei der Materialbeschaffung beteiligt und höchstrichterliche Urteile ihres Heimatlandes zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit zusammengetragen und übersetzt. Diese Art von Auswahl wurde bei den Urteilen aus Deutschland, Österreich, der Schweiz, den USA, Großbritannien und der Republik Irland vorgenommen.

Die Urteile aus Schweden, Norwegen, Spanien, Frankreich und Italien hingegen wurden ausschließlich nach dem Zufallsprinzip ausgewählt, dann übersetzt und schließlich analysiert. Eine Vorauswahl der Urteile, wie sie bei den deutschen, österreichischen, schweizerischen, US-amerikanischen, britischen und irischen Entscheidungen getroffen wurde, konnte aufgrund mangelnder Kenntnisse der Landessprache und hoher Übersetzungskosten hier nicht vorgenommen werden.

II. Deutscher Rechtskreis

Dem deutschen Rechtskreis gehören, was das Privatrecht anbelangt, in erster Linie die Rechtsprechung Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, sowie des Fürstentums Liechtenstein an; aber auch das 1942 unter deutschrechtlichem Einfluß entstandene griechische Zivilgesetzbuch, die türkische Rechtsordnung, die auf einer Rezeption der schweizerischen Zivilrechtskodifikation beruht, das portugiesische Zivilgesetzbuch und das Privatrecht Japans, welches deutsche Rechtsregeln des ausgehenden 19. Jahrhunderts berücksichtigt, sind diesem Rechtskreis zugehörig⁷⁸. Der deutsche Rechtskreis ist eng und sehr viel näher mit dem romanischen Rechtskreis verwandt, als mit dem *common law*⁷⁹, wobei das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch wiederum inhaltlich weiter vom französischen Code civil entfernt ist, als das österreichische ABGB. Dies wird unter anderem dadurch deutlich, daß Code civil und ABGB gleichermaßen unter dem Einfluß der späten Naturrechtslehre stehen und einem Aufbau folgen, der – im

⁷⁸ Posch, Grundzüge, S. 19.

⁷⁹ Zweigert/Kötz, Einführung, S. 130.

Gegensatz zum deutschen, von der Rechtsschule der Pandektistik im 19. Jahrhundert beeinflussten Rechtssystem – beispielsweise keinen „allgemeinen Teil“ vorsieht⁸⁰.

Repräsentativ für den deutschen Rechtskreis wurde für diese Arbeit die Rechtsprechung Deutschlands, Österreichs und der Schweiz gewählt.

1. Das Zivilrecht in der Bundesrepublik Deutschland

Das Verschulden eines Handelnden ist im zweiten Buch des BGB in § 276 BGB geregelt. Absatz 2 dieser Vorschrift betrifft den Fall der Fahrlässigkeit, deren Definition im gesamten Zivilrecht Anwendung finden soll⁸¹. Nach § 276 II BGB handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei einer Handlung außer acht läßt.

a) Literaturbetrachtung

aa) Fahrlässigkeit

aaa) Objektiver Maßstab

In der Literatur zum deutschen Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht wird davon ausgegangen, daß, anders als im Strafrecht, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anhand eines objektiven Maßstabs zu bestimmen sei, der einen gewissen Vertrauensschutz bezüglich der Einhaltung dieser Pflichten gewährleisten soll⁸². Der zivilistische Verhaltensstandard ist in Deutschland mithin abstrakt-rollenbezogen und konkret-situationsspezifisch, ohne die subjektiven Eigenschaften des jeweils Handelnden zu berücksichtigen⁸³.

Das bedeutet jedoch nicht, daß eine subjektive, die persönlichen Lebensumstände der Betroffenen einbeziehende Sichtweise in der deutschen Rechtsprechung nicht auftreten kann.

⁸⁰ Posch, Grundzüge, S. 20 f.

⁸¹ Deutsch, AcP 2002, S. 893.

⁸² MüKo - Grundmann, BGB, § 276 Rn. 55; Palandt – Heinrichs, BGB, § 276 Rn. 15; Deutsch, Jura 1987, S. 507; Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 233.

⁸³ Brüggemeier, Prinzipien, S. 64.

Vielmehr haben Richter auch im Rahmen des objektiven Sorgfaltsmaßstabes einen Spielraum für die Berücksichtigung von persönlichen Fähigkeiten und Schwächen des Handelnden⁸⁴. Dieser Spielraum besteht lediglich im Hinblick auf die besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse zu Lasten des Schädigers; persönliche fehlende Kenntnisse oder Nachteile sollen grundsätzlich unberücksichtigt bleiben⁸⁵. Ausnahmsweise können persönliche Umstände auch zugunsten des Schädigers wirken, etwa dann, wenn die öffentliche Hand in Bezug auf Räum- und Streupflichten verkehrssicherungspflichtig ist. Hier wird teilweise angenommen, daß die Sicherungspflicht unter dem Vorbehalt des Zumutbaren stehe, wobei es auch auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen ankomme⁸⁶. Diese Ausnahmeregelung wird damit begründet, daß der Bürger nicht erwarten könne, daß ihm jedes Risiko durch den Staat abgenommen werde; Struktur und Finanzkraft der jeweiligen Körperschaft könnten im Einzelfall helfen, überzogene Anforderungen an die Sicherungspflicht zu vermeiden⁸⁷. Zudem unterlägen die Schutzpflichten des Staates aus Art. 2 II 1 GG, wie alle grundrechtlichen Schutzpflichten, dem Vorbehalt des Möglichen.

Diese Ansicht ist jedoch umstritten, da sie – so wird teilweise argumentiert - unter anderem aus ökonomischer Sicht nicht haltbar sei⁸⁸. Sie führe dazu, daß der Staat bestimmte Sicherheitsvorkehrungen nicht durchführe, die Schäden zur Folge hätten, die größere Kosten verursachten als die Sicherheitsmaßnahmen. Für den Geschädigten sei nicht einzusehen, warum es bei der Haftung darauf ankomme, wer der Schädiger ist, der Staat oder ein Privater⁸⁹.

Welcher der beiden Literaturmeinungen der BGH folgt, wird bei der Untersuchung der deutschen Rechtsprechung zu überprüfen sein.

⁸⁴ Kötz, Deliktsrecht, S. 48.

⁸⁵ Erman – Battes, BGB, § 276 Rn. 19; Palandt – Heinrichs, BGB, § 276 Rn. 15.

⁸⁶ Rinne, NJW 1996, 3304, 3308; Schmid, NJW 1988, 3179.

⁸⁷ Rinne, NJW 1996, 3304, 3308.

⁸⁸ Vgl. Kötz/Schäfer, Judex oeconomicus, S. 14 ff.

⁸⁹ Eine solche Vorgehensweise würde beispielsweise dazu führen, daß in dem Fall, daß ein Kind auf einem Spielplatz verunglückt, die Frage der Haftung davon abhängig ist, ob es sich um einen gemeindlichen oder einen privaten Spielplatz handelt. Ein anderes Beispiel, das die Problematik dieser Ansicht offenbart, ist der Fall, daß ein Autofahrer bei einer Reise durch die Republik unterschiedliche „Sicherheitszonen“ durchfahren würde, je nachdem wie finanzkräftig die Gemeinde sich darstellt.

bbb) Ermittlung des Sorgfaltsmaßstabes

Nach einer verbreiteten Meinung in der Literatur werde der jeweilige Sorgfaltsmaßstab in der Regel zweistufig ermittelt, wobei der erste Schritt darin bestehe, den maßgeblichen Verhaltensstandard für die jeweilige Situation zu bestimmen, das sogenannte „Soll-Verhalten“⁹⁰. Es müsse also definiert werden, welches Verhalten gesetzlich in dieser Situation geboten gewesen wäre. In einem zweiten Schritt werde dieser Standard auf das „Ist-Verhalten“, d.h. das konkrete Verletzungsverhalten, angewendet. Wenn Soll- und Ist-Verhalten nicht übereinstimmten, liege Fahrlässigkeit vor.

In der Praxis ist es hingegen üblich, Fahrlässigkeit einstufig zu ermitteln⁹¹. Das liegt in erster Linie an dem Verhandlungsgrundsatz im zivilrechtlichen Verfahren⁹². Nach diesem Grundsatz obliegt es in einem Verfahren dem Kläger, bzw. seinem Prozeßvertreter, zu behaupten, der Beklagte habe in einer bestimmten Situation die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und mithin fahrlässig gehandelt. Diese Behauptung muß dadurch untermauert werden, daß eine alternative Handlungsmöglichkeit dargestellt wird, bei der ein geringerer oder gar kein Schaden entstanden oder mit deren Hilfe die Schadenswahrscheinlichkeit verringert worden wäre. Diese Möglichkeit muß, damit das Gericht Fahrlässigkeit feststellt, im Gegensatz zu der tatsächlichen Schadenshöhe oder Schadenswahrscheinlichkeit eine Minderung darstellen, wobei die zusätzlichen Kosten für die Schadensvorsorge nicht außer Verhältnis zu der Höhe der Minderung des Ausmaßes der Gefahr stehen dürfen⁹³. Wie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in dem konkreten Fall auszusehen hat, wird nicht festgelegt. Vielmehr wird lediglich eine Alternative angeboten, bei der zwar nur ein geringerer Schaden entstanden, bzw. die Schadenswahrscheinlichkeit verringert worden wäre, die jedoch nicht zwangsläufig die optimale Sorgfalt darstellt.

⁹⁰ Brüggeleier, Prinzipien, S. 63.

⁹¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 171 f.

⁹² Nach diesem Grundsatz obliegt es in einem Verfahren dem Kläger, bzw. seinem Prozeßvertreter, zu behaupten, der Beklagte habe in einer bestimmten Situation die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und mithin fahrlässig gehandelt. Zu dem Verhandlungsgrundsatz im deutschen Zivilprozeß siehe Baumbach/Lauterbach – Hartmann, ZPO, Grdz. § 128 Rn. 20 ff; Zöller - Greyer, ZPO, Vor § 128 Rn. 10.

⁹³ Schäfer, KritV 1992, 376.

Aufgrund der stetigen Wiederholung bestimmter Situationen und Gefahrenbereiche, haben sich im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung Sorgfaltsstandards herausgebildet, auf die die Gerichte zur Bestimmung von Fahrlässigkeit zurückgreifen können⁹⁴. Eine Pflicht der Gerichte, diese Standards als zwingend anzusehen, besteht jedoch nicht. Sollten in einem Verfahren Informationen zur Verfügung stehen, die zu einer anderen Betrachtung des Schadensrisikos oder der Möglichkeiten einer Schadensvorsorge führen, so sind diese von dem Gericht zu berücksichtigen⁹⁵.

ccc) Verkehrssicherungspflichten

Ein weiterer in der deutschen Literatur vertretener Grundsatz ist die Annahme von Verkehrssicherungspflichten. Unter solchen Pflichten wird verstanden, daß jeder, der eine Gefahrenquelle schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz Dritter zu treffen habe⁹⁶. Damit stellt die Verkehrssicherungspflicht eine besondere Form der Sorgfaltspflicht dar, welche denjenigen trifft, der eine Gefahrenquelle schafft. Auf diese Weise sollen mögliche Schäden von vorne herein vermieden werden.

bb) Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit

aaa) Nachweisbarkeit der Verwendung von Effizienzkriterien

Auf die Verwendung von Effizienzkriterien der deutschen zivilrechtlichen Rechtsprechung wird in der Literatur vielfach hingewiesen⁹⁷.

Es wird in diesem Rahmen argumentiert, daß sich insbesondere erkennen lasse, daß deutsche Gerichte bei dem Umgang mit Fahrlässigkeit die Zusammenhänge zwischen Sorgfaltanforderungen und Höhe des erwarteten Schadens „in ökonomisch weitgehend richtiger Weise“ darstellten⁹⁸. Die ökonomische Betrachtungsweise der Recht

⁹⁴ Siehe die Auflistungen bei *Jauernig – Vollkommer*, BGB, § 276 Rn. 29 oder *Palandt – Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 15 ff.

⁹⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 170.

⁹⁶ *Erman – Schiemann*, BGB, § 823 Rn. 89 ff.; *Palandt – Thomas*, BGB, § 823 Rn. 58 ff.

⁹⁷ *Müko – Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 62; *Palandt – Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 19; *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 122; *Ott/Schäfer*, Allokationseffizienz, S. 20, 27 ff.

⁹⁸ *Palandt – Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 19 (soweit es um Sachschäden geht); *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 122.

sprechung würde bezüglich des Haftungsrechts darauf gestützt, daß sich dieses auf die Verteilung von Schadensrisiken und die Kosten der Schadensprävention beziehe und so an Effizienzkriterien orientiert sei⁹⁹.

Zudem – so diese Ansicht - würde das Maß der zu treffenden Sorgfalt in der deutschen Rechtsprechung maßgeblich durch eine Kosten-Nutzen-Analyse bestimmt, wie sie der Learned-Hand-Formel für Fahrlässigkeit entspreche¹⁰⁰. Die Gerichte gingen nach bestimmten, der Learned-Hand-Formel verwandten Prinzipien vor, um festzulegen, welche Maßnahmen im konkreten Fall zur Schadensvermeidung hätten getroffen werden müssen, um der Sorgfaltspflicht zu entsprechen¹⁰¹: Als solche Prinzipien werden in diesem Zusammenhang die Differenzierung der Sorgfaltsanforderungen nach unterschiedlichen Verkehrskreisen, das Abstellen auf einen besonnenen und gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises, sowie die Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit genannt.

Darüber hinaus lasse die Tatsache, daß die deutsche Rechtsprechung bei der Beurteilung von Fahrlässigkeit einen objektiven Sorgfaltsmaßstab verwende, der keinen Raum für die individuellen Verhältnisse des Schädigers gebe, eine bemerkenswerte Übereinstimmung mit der Learned-Hand-Formel erkennen¹⁰².

Auch die in der deutschen Rechtsprechung anzutreffende gerichtliche Feststellung, daß eine größere Unfallgefahr und höhere drohenden Schäden strengere Sorgfaltsmaßstäbe erfordern, stelle einen Beleg für die Verwendung effizienzorientierter Kriterien dar¹⁰³.

Schließlich habe sich in der Rechtsprechung die Ansicht durchgesetzt, daß Schäden nicht um jeden Preis zu vermeiden seien und bestimmte schädigende Handlungen

⁹⁹ *Ott/Schäfer*, Allokationseffizienz, S. 28.

¹⁰⁰ *Kötz*, Deliktsrecht, S. 17 ff.; *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 122; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 148.

¹⁰¹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 175 f.

¹⁰² *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 149.

¹⁰³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 176.

nicht als Unrecht des Schädigers, sondern als Unglück des Geschädigten gesehen werden müßten, so daß ein Streben nach Effizienz offenbar würde¹⁰⁴.

bbb) Unauffindbarkeit von Effizienzkriterien

Die oben dargestellte Ansicht, daß die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung von Effizienzgedanken geprägt sei, ist allerdings umstritten¹⁰⁵. So ist beispielsweise *Eidenmüller* der Ansicht, daß es kein Urteil eines obersten deutschen Bundesgerichts gebe, in dem „explizit auf die Methoden und Ableitungen der ökonomischen Analyse des Rechts zurückgegriffen wird, in dem also explizit die Folgen einer bestimmten Entscheidung mikroökonomisch antizipiert und im Lichte des ökonomischen Effizienzziels bewertet werden“. Kosten-Nutzen-Analysen würden allenfalls ansatzweise angestellt, wobei auf eine exakte Quantifizierung verzichtet würde. Die Verwendung ökonomischer Begriffe fände ohne jede Verbindung zu dem Analyseinstrumentarium und den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse des Rechts statt. Dabei läßt *Eidenmüller* offen, in welchem Umfang die Gerichte seiner Ansicht nach implizit mikroökonomische Folgenbewertungen anstellen.

Um von einem durch den ökonomischen Effizienzgedanken geprägten Richterrecht sprechen zu können, verlangt *Eidenmüller* sowohl eine objektive, als auch eine subjektive Übereinstimmung zwischen den Urteilen und dem ökonomischen Effizienzziel¹⁰⁶: Bezüglich der objektiven Übereinstimmung sei erforderlich, präzise Analysen der Rechtsprechung durchzuführen. Zwar seien solche Übereinstimmungen auch in Form von Wertungen denkbar, jedoch könnten die in der rechtswissenschaftlichen Dogmatik vorhandenen Wertungen verschiedenster Art auch erheblich von den ökonomischen Wertschätzungen abweichen. Zudem könne nur dort, wo sich durch eine detaillierte Urteilsanalyse der Nachweis erbringen lasse, daß die Gerichte bewußt und beständig auch subjektiv eine Abwägung nach Kosten-Nutzen-Kriterien vorgenommen haben, davon gesprochen werden, daß der Effizienzgedanke ein richterliches Rechtsprinzip

¹⁰⁴ *Schäfer*, KritV 1992, 380.

¹⁰⁵ *Behrens*, Legalism, S. 141 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz, S. 425, 454 ff.; *Fezer*, JZ 1986, 1988; *Kirchner*, Difficult Reception, S: 277 ff.; *Taupitz*, AcP 1996, S. 117 ff.

¹⁰⁶ *Eidenmüller*, Effizienz, S. 467 ff.

sei. Nur wenn der Richter in Kenntnis der einschlägigen ökonomischen Konzepte und in der Überzeugung, daß es sich bei dem ökonomischen Effizienzgedanken um einen wichtigen methodischen Ansatz zur Lösung von Streitfällen handle, konsequent nach ökonomischen Gesichtspunkten vorgehe, könne der ökonomische Effizienzgedanke zum Rechtsprinzip in der deutschen Rechtsprechung werden. Ein solcher Wille der deutschen Richter, eine präzise Kosten-Nutzen-Kalkulation durchzuführen, sei jedoch nicht ansatzweise erkennbar.

Taupitz ist der Ansicht, daß der ökonomischen Analyse des Rechts in der haftungsrechtlichen Praxis kein hoher Stellenwert zukomme¹⁰⁷. Dies entnimmt er der Tatsache, daß *Steffen*, ehemaliger Vorsitzender des Haftungssenats des BGH, in seinem Aufsatz „Haftung im Wandel“¹⁰⁸ die ökonomische Analyse des Rechts an keiner Stelle erwähnt.

Nach der Ansicht von *Behrens*¹⁰⁹ und *Kirchner*¹¹⁰ halten sich deutsche Richter - im Gegensatz zu ihren amerikanischen Kollegen - eher an Argumentationen, die auf rechtlichen Normen und nicht auf individuellen Werteentscheidungen, basiert auf von außen eindringender Politik, beruhen. Dieses unterschiedliche Verhalten begründen sie damit, daß die amerikanischen Richter durch die Aufnahme von Ansätzen aus den Sozialwissenschaften in ihre Urteile an Macht gewannen, wohingegen dies in Deutschland nicht der Fall sei. Deutsche Richter verfolgten mit ihrer Rechtsprechung das Ziel, geltendes Recht durchzusetzen und nicht Recht selbst zu schaffen.

ccc) Konsequenzen für die Einordnung der Urteile

Aus den oben aufgeführten widerstreitenden Ansichten ergibt sich folgende Fragestellung: Welche Anhaltspunkte müssen vorliegen, damit festgestellt werden kann, daß ein Gericht bei seiner Urteilsfällung explizit oder implizit ökonomisch vorgegangen ist?

¹⁰⁷ *Taupitz*, AcP 1996, S. 120 f.

¹⁰⁸ *Steffen*, ZversWiss 1993, S. 13 ff.

¹⁰⁹ *Behrens*, Legalism, S. 144.

¹¹⁰ *Kirchner*, Difficult Reception, S. 285 f.

Diejenige Ansicht, die eine Orientierung der deutschen Rechtsprechung an Effizienzkriterien ablehnt, betrachtet die teilweise sehr stichprobenartige Vorgehensweise bei der Suche nach ökonomischen Kriterien in Urteilen nicht zu Unrecht als oberflächlich. Alleine die Tatsache, daß in manchen Entscheidungen die Kosten des Schadens zu den erforderlichen Vorsorgemaßnahmen in ein Verhältnis gesetzt werden, erlaubt keine Verallgemeinerung der Anwendung des *Wealth Maximization Principle* in der deutschen Rechtsprechung. Erst eine tiefergehende Analyse von höchstrichterlichen Urteilen kann Aufschluß über etwaige Effizienzkriterien in der deutschen Rechtsprechung geben.

Andererseits geht die Meinung, daß Effizienzkriterien der deutschen Rechtsprechung fremd seien, bei der Analyse derselben zu streng vor. Entgegen dieser Ansicht darf nicht erwartet werden, daß deutsche Richter explizite oder exakte ökonomische Analysen durchführen und ihre Urteile alleine darauf stützen. Die ökonomische Analyse des Rechts kann und will nur eine von mehreren Möglichkeiten sein, zu einer sinnvollen Urteilsfindung im Hinblick auf die Interessen der Beteiligten und unter Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte zu gelangen¹¹¹. Auch wenn es dem Gericht nur in seltenen Fällen möglich sein wird, mit exaktem Zahlenmaterial zu rechnen, so kann eine Abwägung von Schadensvermeidungskosten und dem Ausmaß der drohenden Gefahr, auch wenn sie mit Schätzungen operieren muß, die auf richterlicher Intuition, Phantasie und gesundem Menschenverstand beruhen, eine ökonomische Vorgehensweise offenbaren. Bereits dann, wenn in einem Urteil deutlich wird, daß das Gericht fahrlässiges Verhalten folgenorientiert und unter Berücksichtigung ökonomischer Grundprinzipien wie zum Beispiel der Learned-Hand-Formel analysiert hat, kann diese Rechtsprechung der Effizienzethik zugeordnet werden. Eine eindeutige Einordnung in ein ethisches Muster wird nie möglich sein und das, was für die Einordnung der Rechtsprechungen der verschiedenen Länder von Interesse ist, sind Annäherungen an ethische Konzepte. Diese Annäherungen können zum einen objektiv erkennbar sein, indem das Gericht beispielsweise im Fall des *Wealth Maximization Principle* monet-

¹¹¹ Siehe Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 175.

arisierte Größen mittels einer Kosten-Nutzen-Rechnung miteinander abwägt. Zum anderen kann die Übereinstimmung mit dieser ethischen Sichtweise durch subjektive Elemente deutlich werden, wie dem Willen der Richter, durch ihre Entscheidung mit dem Zweck der Generalprävention die Kosten für die Allgemeinheit so gering wie möglich zu halten. Dabei können Kenntnisse der einschlägigen ökonomischen Konzepte nicht erwartet werden.

Im folgenden sollen die höchstrichterlichen Urteile daraufhin untersucht werden, ob der darin zugrunde gelegte Fahrlässigkeitsbegriff deontologisch, utilitaristisch, effizienzorientiert oder nicht ethisch begründet ist, wobei die Zuordnung zu einer dieser Kategorien nach dem Prinzip der größten Wahrscheinlichkeit vorgenommen wird.

b) Urteilsanalyse

aa) Treppengeländer¹¹²

Gegenstand dieses Urteils ist die Frage, ob die Eigentümer eines Hauses ihre Verkehrssicherungspflicht vernachlässigten, als die Tochter des Mieters des Hauses wegen eines Schadens am Kellertreppengeländer einen Unfall erlitt. Einer der Hauseigentümer war bauleitender Architekt bei der zuvor durchgeführten Renovierung. Das Landgericht hatte den beklagten Architekten voll und die Ehefrau des Architekten, als Miteigentümerin des Hauses, zur Hälfte zu der Feststellung verurteilt, daß sie verpflichtet seien, der Klägerin den gesamten gegenwärtigen und künftigen Schaden aus dem Unfall zu ersetzen. Das Berufungsgericht hatte die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Anschlußberufung stattgegeben. Die Revision der beklagten Ehefrau führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, die des beklagten Ehemannes blieb erfolglos. In seiner Urteilsbegründung führt der BGH unter anderem folgendes aus: „Die allgemeine Rechtspflicht, im Verkehr Rücksicht auf die Gefährdung anderer zu nehmen, beruht auf dem Gedanken, daß jeder, der Gefahrenquellen schafft, zum Beispiel durch Eröffnung eines Verkehrs von Menschen auf seinem Grundstück, auch Vorkehrungen zu treffen hat, die zur Abwendung der hieraus Dritten drohenden Ge-

¹¹² BGH, Urteil vom 28.04.1952, III ZR 118/51 (BGHZ 5, 378 (385)).

fahren notwendig sind. [...] Der Ehemann ist nicht nur gegenüber der Ehefrau zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Hauses als eines Bestandteils des eingebrachten Gutes und damit zur Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten verpflichtet, sondern hat auch nach außen hin jedem Dritten gegenüber die Stellung eines verantwortlichen Verwalters und Besitzers des Hauses. Er hat unter Ausschluß der Ehefrau allein für die Erhaltung des polizeimäßigen Zustandes zu sorgen und deshalb auch für Unfälle einzustehen, für die der „Hauswirt“ verantwortlich ist“.

Hier formuliert der BGH eine „allgemeine Rechtspflicht“ für diejenigen, die eine Gefahrenquelle schaffen. Damit wird das Verhalten des Handelnden im Hinblick auf bestimmte Regeleinhaltungen beurteilt. Eine Orientierung an Regeln, ohne die Konsequenzen des Handelns im einzelnen zu betrachten, entspricht der Vorgehensweise der Deontologie. Zwar ist sich das Gericht bewußt, daß das Schaffen einer Gefahrenquelle möglicherweise Schäden zur Folge hat. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, daß die Richter jemanden, der eine Gefahrenquelle schafft, zur Abwendung möglicher Gefahren durch das Treffen von Vorsorgemaßnahmen verpflichten und könnte auf eine konsequentialistische Sichtweise hindeuten. Jedoch gehen die Richter in ihrer Begründung nicht näher auf die Folgen des Handelns, also die möglichen Schäden ein. Daß eine Handlung eine Folge hat, die unter Umständen in einem Schaden bestehen kann, ist allgemein bekannt und beinhaltet folglich nicht, daß die Konsequenz im Mittelpunkt der Betrachtung steht. Die Betonung liegt hier vielmehr auf der Pflicht, die den beklagten Ehemann trifft. Demnach ist dieses Urteil als deontologisch orientiert einzuordnen. Um hier einen konsequentialistischen Ansatz begründen zu können, müßte der BGH zumindest konkret die Schadenshöhe oder Schadenswahrscheinlichkeit und in diesem Zusammenhang die notwendigen Vorsorgemaßnahmen oder aufzuwendenden Vorsorgekosten in seine Betrachtung aufgenommen haben. Dies ist jedoch nicht erkennbar.

bb) Postwagen¹¹³

Dieser Urteilsbegründung lag als Sachverhalt zugrunde, daß das Fahrzeug der Klägerin, welches von einem ihrer Angestellten gefahren wurde, mit einem Elektrokarren der Bundespost zusammenstieß. Die Klägerin behauptete, der Fahrer des Postwagens habe die Vorfahrt ihres Wagens nicht beachtet. Bezüglich der Frage, ob fahrlässiges Verhalten seitens des Fahrers des Postwagens gegeben sein könnte, wird in der Begründung des Urteils folgendes ausgeführt: „Es ist ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. insbesondere den Beschluß der Vereinigten Großen Senate vom 12. Juli 1954 – BGHZ 14, 232), der Kraftfahrer könne grundsätzlich solange darauf vertrauen, daß nicht sichtbare wartepflichtige Verkehrsteilnehmer sein Vorfahrtsrecht beachten, als nicht besondere Umstände erkennen lassen, daß andere Verkehrsteilnehmer sich nicht verkehrsgerecht verhalten werden“. Außerdem führt das Gericht aus: „Mit Recht geht daher das Berufungsgericht davon aus, daß K. mit Rücksicht auf die unübersichtlich gewordene Fahrbahn und nicht nur auf die unübersichtlich gewordene Kreuzung, also weniger im Hinblick auf die Vorfahrtsverletzung anderer Verkehrsteilnehmer als im Hinblick auf etwa auftauchende Verkehrshindernisse seine Geschwindigkeit hätte herabsetzen müssen“.

In dieser Entscheidung des BGH wird eine konsequentialistische Grundhaltung sichtbar, da das Gericht der Ansicht ist, der Beklagte hätte im Hinblick auf mögliche Verkehrshindernisse im Kreuzungsbereich sein Tempo verringern müssen.

Hier zeigt sich, daß die Richter von dem Beklagten verlangen, daß er das Risiko seines Handelns abschätzt und mithin die Folgen seines Tuns berücksichtigt.

Die weiteren Ausführungen des BGH, die ein gewisses Maß an Vertrauen auf das verkehrsgerechte Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer zulassen, haben zur Folge, daß ein Autofahrer nur ein bestimmtes Maß an Vorsicht aufbringen muß, so daß er nicht in seiner Aktivität gebremst wird. Die an einer Kreuzung nötige Sorgfaltspflicht des vorfahrtberechtigten Fahrers ist also um das Vertrauen, daß andere nicht sichtbare

¹¹³ BGH, Urteil vom 10.01.1955, III ZR 153/53 (BGHZ 16, 111 (123)).

wartepflichtige Verkehrsteilnehmer ihm Vorfahrt gewähren werden, reduziert. Dieser Vertrauensgrundsatz¹¹⁴ stellt ein sogenanntes „Prinzip mittlerer Reichweite“ dar, das der Rechtsprechung die Feststellung erleichtert, welche Maßnahmen der Schadensvermeidung von der Sorgfaltspflicht umfaßt werden. Diese sind im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums interpretierbar¹¹⁵, da sie subjektive Umstände ausklammern und typischerweise vorhersehbare Eigenschaften betreffen. Derartige Prinzipien sind zum Beispiel, daß die Sorgfaltsanforderungen sich nach dem jeweiligen Verkehrskreis des Handelnden bestimmen¹¹⁶, und daß ein besonnener und gewissenhafter Vertreter des jeweiligen Verkehrskreises als Maßstab für sorgfältiges Verhalten herangezogen wird¹¹⁷. Alleine die Verwendung eines solchen Kriteriums mittlerer Reichweite genügt nicht, um davon zu sprechen, daß dieses Urteil effizienzorientiert entschieden wurde. Die Anwendung derartiger Kriterien mittlerer Reichweite zeigt lediglich, daß die Richter den Fall anhand rein objektiver Umstände betrachtet haben und somit eine utilitaristische Sichtweise ausscheidet. Ein Urteil kann jedoch nur dann als effizienzorientiert eingeordnet werden, wenn zumindest implizit eine Abwägung zwischen den Kosten einer Schadensvorsorge und dem Ausmaß der Gefahr, also Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, durchgeführt wurde, bei welcher der Reichtum der Allgemeinheit im Mittelpunkt der Betrachtung steht.

Über die Erwähnung des Vertrauensgrundsatzes im Straßenverkehr hinaus trifft der BGH jedoch keine Ausführungen, welche die ethische Sichtweise des Gerichts deutlich machen würden. Aus diesem Grund kann die Entscheidung weder der Effizienzethik, noch dem Utilitarismus zugeordnet werden.

cc) Skiunfall¹¹⁸

In diesem Urteil hatte der Senat darüber zu entscheiden, ob einer von zwei auf einem Skihang kollidierenden Skiläufern bezüglich des Zusammenstoßes fahrlässig handelte.

¹¹⁴ *Müko – Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 71 f.; *Palandt – Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 15.

¹¹⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 52.

¹¹⁶ *Erman – Battes*, BGB, § 276 Rn. 21; *Palandt – Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 17.

¹¹⁷ BGH NJW 1972, 151.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 11.01.1972, VI ZR 187/70 (BGHZ 58, 40 (47)).

Der Kläger verlangte Ersatz von dreiviertel seines Unfallschadens und ein angemessenes Schmerzensgeld von dem Beklagten, sowie die gerichtliche Feststellung, daß der Beklagte ihm dreiviertel des gesamten künftigen Unfallschadens, vorbehaltlich eines Übergangs auf Sozialversicherungsträger, zu ersetzen habe. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten zum Ersatz des halben Unfallschadens. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg. Der BGH führt in seiner Urteilsbegründung aus: „Ob der Beklagte haftet [...], beurteilt sich, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend annimmt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das schließt jedoch nicht aus, sondern ein, daß sich die allgemeinen Pflichten im einzelnen nach den besonderen Gegebenheiten des Skifahrens bestimmen“. An anderer Stelle stellt der BGH klar, was er unter den „Besonderheiten des Skifahrens“ versteht: „Die Konkretisierung aus den Besonderheiten des Skifahrens – man spricht bei diesen speziellen Verhaltensregeln von „Eigenregeln des Skilaufens“ - geht, soweit es für den vorliegenden Sachverhalt von rechtlichem Belang ist, insbesondere dahin, daß jeder Skifahrer – sofern andernfalls die Möglichkeit der Verletzung Dritter besteht – nur kontrolliert fahren darf, d.h. er muß die Geschwindigkeit seinem Können, den Schwierigkeiten des Geländes, der Schneebeschaffenheit und dem Vorhandensein anderer Personen anpassen“.

Ebenso wie bei dem unter Punkt aa) behandelten Urteil ordnet das Gericht hier die Handlung des Beklagten einer bestimmten Handlungsregel zu. In dem hier vorliegenden Fall führt es den Inhalt der sogenannten „Eigenregeln des Skilaufens“ aus, eine Untersuchung der Konsequenzen ihrer Befolgung unterbleibt. Statt den Sinn der Befolgung der Regeln zu analysieren, was auf eine regelutilitaristische Tendenz hinweisen würde, nimmt das Gericht die Regeln als gegeben hin und überprüft die Handlung des Beklagten nur daraufhin, ob sie mit den „Eigenregeln des Skifahrens“ übereinstimmt. Diese Entscheidung des BGH weist mithin eher deontologische Ansätze auf.

dd) Streupflicht I¹¹⁹

Dieser Urteilsbegründung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger befuhr mit seinem Pkw um 3:15 Uhr in einer Nacht zu einem Sonntag die Bundesstraße 1. Dabei überquerte er eine Brücke, auf der die Geschwindigkeit auf 70 km/h begrenzt war und vor der Warnschilder auf mögliche Glatteisbildung hinwiesen. Die Temperatur betrug zu dieser Zeit $-3\text{ }^{\circ}\text{C}$. Die Fahrbahn war nur auf der Brücke vereist und eine Streuung war nicht erfolgt. Als der Kläger die Brücke überquerte, geriet sein Wagen ins Schleudern und prallte zweimal an die Leitplanken. Der Wagen wurde durch die Kollisionen schwer beschädigt. Mit seiner Klage gegen das Land Nordrhein-Westfalen begehrte der Kläger den Ersatz seines Sachschadens. Das Landgericht wies die Klage ab; Berufung und Revision blieben erfolglos. In seiner Begründung führt der BGH aus: „Bei der Streupflicht erlangt die allgemeine Begrenzung der Straßenverkehrssicherungspflicht auf den Einsatz zumutbarer Mittel besondere Bedeutung. Es ist praktisch unmöglich, alle Straßen bei plötzlicher Eis- und Glättebildung in einen ungefährlichen Zustand zu versetzen oder ständig darin zu erhalten. Die Rechtsprechung hat deshalb anerkannt, daß eine Pflicht, alle Fahrbahnen öffentlicher Straßen bei Winterglätte zu bestreuen, nicht besteht. Daher muß auf Fahrbahnen innerhalb geschlossener Ortschaften nur an verkehrswichtigen und gefährlichen Stellen sowie außerhalb geschlossener Ortschaften nur an besonders gefährlichen Stellen gestreut werden“. Desweiteren wird an anderer Stelle bemerkt: „Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflicht und damit auch der Streupflicht bestimmen sich danach, welche Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind“. Weiter unten führt der BGH aus: „Der Senat hat in der Vergangenheit bereits mehrfach darauf hingewiesen, daß nur eine kleine Minderheit von Verkehrsteilnehmern die Straßen für den Kraftverkehr auch in den Nachtstunden benutzt. [...] Es würde eine Überspannung der Anforderungen an den Verkehrssicherungspflichtigen bedeuten, wenn man von ihm verlangen wollte, für diese verhältnismäßig geringe Zahl von Kraftfahrern mit erheblichem organisatorischen, personellen

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 21.02.1972, III ZR 134/68 (BGH NJW 1972, 903 f.).

und materiellen Aufwand einen jederzeit einsatzbereiten nächtlichen Streudienst einzurichten. Andernfalls würde der Allgemeinheit für eine – im Verhältnis zu allen Verkehrsteilnehmern – kleine Gruppe von Straßenbenutzern eine erhebliche Belastung entstehen“.

Dieses Urteil enthält einige für diese Untersuchung interessante Aspekte. Zunächst wird analysiert, ob eine Pflicht, alle Fahrbahnen öffentlicher Straßen bei Winterglätte zu bestreuen, sinnvoll ist; dabei kommt der BGH zu dem Ergebnis, daß es „praktisch unmöglich“ sei, alle Straßen in einen ungefährlichen Zustand zu versetzen oder darin zu erhalten. Daraus folgert das Gericht, daß eine solche umfangreiche Streupflicht nicht bestehe. Im Gegensatz zu dem vorangegangenen Urteil, in dem das Gericht die Handlungsregeln nicht analysierte, sondern schlicht als gegeben hinnahm, betrachtet der BGH hier die Konsequenzen einer Befolgung der Handlungspflicht genauer und schließt von den möglichen Folgen, also der tatsächlichen Undurchführbarkeit einer solchen umfassenden Streupflicht, auf die Güte der Handlungspflicht. Eine derartige Vorgehensweise offenbart aufgrund der Einbeziehung der Folgen mithin konsequentialistische Tendenzen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der BGH hier eher in Richtung Regelutilitarismus argumentiert und die Befolgung der Streupflicht auf Nutzenveränderungen der Allgemeinheit untersucht, oder ob er nach dem *Wealth Maximization Principle* vorgeht und die Veränderungen des Reichtums der Allgemeinheit analysiert. Der BGH zielt mit seiner Rechtsprechung darauf ab, die Allgemeinheit vor einer übermäßigen finanziellen Belastung zu schützen. Wenn das Gericht von dem „Einsatz zumutbarer Mittel“ spricht, können nur finanzielle Mittel gemeint sein, da es um die Fähigkeit von Gemeinden geht, einen Streudienst bereitzustellen, so daß alleine die Höhe der dafür notwendigen finanziellen Aufwendungen einem umfangreichen Streudienst entgegenstehen könnte. Auch die Ausführungen des Gerichts zu einer möglichen „Überspannung der Anforderungen an den Verkehrssicherungspflichtigen“ und der „erheblichen Belastung für die Allgemeinheit“ betreffen finanzielle Aufwendungen und nicht einen durch diese Aufwendungen bedingten Nutzenverlust im Sinne des Utilitarismus. Auch wenn der BGH hier neben den materiellen Aufwendungen, die durch einen umfassenden Streudienst entstünden, zusätzlich einen hohen organisatorischen und personellen Aufwand anführt, so hat ein solcher Aufwand letztendlich fi-

nanzielle Folgen, da mehr Personal für die Bewältigung der umfangreichen Organisation angestellt und finanziert werden muß. Die Allgemeinheit wird dadurch belastet, daß die Verwaltung als Verkehrssicherungspflichtige die Aufwendungen für den erhöhten Personal- und Materialaufwand in Form einer Steuerbelastung an die steuerpflichtige Bevölkerung weitergibt. Auf diese Weise kommt es zu einer Reichtumsreduzierung der Allgemeinheit, die laut BGH nicht akzeptiert werden kann. Mithin ist das Gericht hier nach dem *Wealth Maximization Principle* vorgegangen, wenn es die Handlungsregel der umfassenden Streupflicht - wegen damit einhergehender Reichtumsreduzierung - ablehnt.

Zudem spricht der BGH davon, daß es „praktisch unmöglich“ sei, alle Straßen frei von Eis zu halten, was ebenfalls nur bedeuten kann, daß der Gemeinde nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um einen solchen Streudienst einzurichten. Objektiv ist es möglich, in jeder Straße der Gemeinde einen Streuwagen einzusetzen, der nur diese Straße von Glätte zu befreien hat, so daß es gar nicht erst zu Glatteisbildung kommen kann; alleine die unermesslichen Kosten für eine solche Vorgehensweise stehen ihrer Durchführung entgegen. Daß das Gericht hier implizit die finanziellen Schwierigkeiten einer umfangreichen Streupflicht als Begründung für die Verneinung einer solchen Pflicht anführt, bedeutet mithin, daß es ihm nicht um die Veränderungen des „Glückszustandes“ der Beteiligten, sondern alleine um den Reichtum der Allgemeinheit geht. Damit stellt der BGH hier effizienzorientierte Überlegungen an.

Schließlich wird die Verfolgung des Effizienzgedankens durch die Festlegung des erforderlichen Maßes der Verkehrssicherungspflicht deutlich. Dort, wo eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit besteht oder ein besonders großer Schaden zu erwarten ist, sind nach Ansicht des Gerichts entsprechend strengere Anforderungen an die Schadensvermeidungsmaßnahmen zu stellen. Diese Auffassung des Gerichts zeigt, daß der BGH die im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch eine Kosten-Nutzen-Analyse bestimmt und die Zusammenhänge zwischen den Sorgfaltsanforderungen und der Höhe des erwarteten Schadens in ökonomischer Weise betrachtet. Auch wenn der Senat nicht explizit die Learned-Hand-Formel verwendet, da er weder mit einem spezifischen ökonomischen Konzept noch mit Zahlenmaterial arbeitet, so wird aus seiner

Urteilsbegründung dennoch deutlich, daß er durch die Koppelung der zu treffenden Vorsorgehandlungen an das Ausmaß der Gefahr Effizienzgesichtspunkte verfolgt. Vorsorgemaßnahmen, die zwar den Schaden mit größerer Wahrscheinlichkeit verhindert hätten, aber außer Verhältnis zu dem erwarteten Schaden stehen, sind folglich vom Senat nicht erwünscht.

Die Besonderheit dieses Urteils in ökonomischer Hinsicht besteht allerdings darin, daß der BGH explizit das finanzielle Wohl der Allgemeinheit über die Berücksichtigung der Bedürfnisse einiger weniger nächtlicher Autofahrer stellt. Damit bekennt er sich offensichtlich zu einer effizienzorientierten Denkweise, die dadurch gekennzeichnet ist, daß für die Entscheidung die Gesamtwirkung auf den Reichtum der Allgemeinheit maßgeblich sein soll.

In der Literatur¹²⁰ wird dieses Urteil als Beispiel für das ökonomische Vorgehen der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung angeführt. Zu Recht wird in diesem Zusammenhang von *Schäfer* und *Ott* darauf hingewiesen, daß in dieser Urteilsbegründung eine Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt und schließlich der nächtliche Autofahrer hinsichtlich der Beherrschung der Risiken als *cheapest cost avoider* ausgemacht wurde.

Da es hier nicht um eine einzelne Handlung, sondern um eine Handlungsregel in Form der Streupflicht geht, könnte die hier angewendete Ethik parallel zum Regelutilitarismus, der ganze Handlungspflichten betrachtet, als Regel-Effizienzethik bezeichnet werden, um deutlich zu machen, daß das Gericht hier die Konsequenzen der Befolgung einer Handlungsregel auf Wohlstandsveränderungen der Allgemeinheit hin untersucht.

ee) Apfelschorfpilz¹²¹

Der sechste Zivilsenat des BGH stand in diesem Fall vor der Frage, ob der Beklagte, ein Hersteller eines Spritzmittels gegen den Apfelschorfpilz, fahrlässig handelte, als er

¹²⁰ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 176 ff.

¹²¹ BGH, Urteil vom 17.03.1981, VI ZR 191/79 (BGHZ 80, 186 (199)).

weder auf der Gebrauchsanweisung noch bei Informationsveranstaltungen darauf hingewiesen hat, daß sich aufgrund der Anwendung des Fungizides resistente Stämme des Apfelschorfpilzes bilden können. Bei dem Kläger, einem Obstbauern, bildeten sich nach der Anwendung des vom Beklagten hergestellten Fungizids solche resistenten Stämme, was einen Ernteschaden von rund 26.000,- DM zur Folge hatte. In seiner Klage verlangte der Kläger vom Beklagten den Ersatz seiner Ernteschäden. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Oberlandesgericht ihr statt. Der BGH hob schließlich das Berufungsurteil auf und stellte so das klageabweisende landgerichtliche Urteil wieder her. In seiner Begründung führt der Senat aus: „Nicht jede entfernt liegende Möglichkeit einer Gefahr läßt bereits Sicherungspflichten und Warnpflichten entstehen; denn nicht jeder denkbaren Gefahr muß durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden. Andererseits darf der Hersteller nicht abwarten, bis erhebliche Schadensfälle eingetreten sind, bevor er Gegenmaßnahmen trifft.

Eine Gefahr muß, wenn sie Abwehripflichten auslösen soll, nicht schon konkret greifbar sein. Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt werden wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt und sind vor allem von der Größe der Gefahr abhängig. So muß ein Hersteller, wenn durch sein Produkt die Gesundheit oder die körperliche Unversehrtheit von Menschen – etwa gar in zahlreichen Fällen – bedroht ist, schon dann eine Warnung aussprechen, wenn aufgrund eines zwar nicht dringenden, aber ernstzunehmenden Verdachts zu befürchten ist, daß Gesundheitsschäden entstehen können“.

Indem der BGH hier das Gebotensein einer Handlung von der Größe der Gefahr, also der möglichen Folge einer Handlung abhängig macht, offenbart er konsequentialistische Wertungen. Das Gericht trifft in seiner Urteilsbegründung eine Abwägung zwischen der erforderlichen Schadensvorsorge in Form einer Warnung und dem Risiko, wobei die Frage, ob bzw. wann eine Warnung zu erfolgen hat, nicht von den persönlichen Umständen des Beklagten abhängt. Vielmehr entscheiden hier alleine objektive Kriterien. Als solche kommen die bereits erwähnte Relation zwischen Vorsorge und Gefahr und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das in dem vorliegenden Urteil darin Ausdruck findet, daß nach der Auffassung der Richter die Pflicht zur Warnung nicht

bereits durch „jede entfernt liegende Möglichkeit einer Gefahr“ entsteht, in Betracht. Daraus folgt, daß eine Abwägung hier ohne die problematische Summenbildung von Nutzenwerten, welche eine kardinale Nutzenschätzung und einen interpersonellen Nutzenvergleich voraussetzt, möglich ist. Die Richter des BGH gehen folglich nicht nach utilitaristischen Grundsätzen vor, wenn sie die Frage untersuchen, wann Schadensvorsorge geboten ist. Durch die Anwendung von Kriterien mittlerer Reichweite wird vielmehr eine Tendenz zur ökonomischen Analyse des Rechts sichtbar, die – im Gegensatz zu dem unter Punkt bb) untersuchten Urteil – hier dadurch untermauert wird, daß die Richter eine Kosten-Nutzen-Rechnung anstellen und im Sinne der Learned-Hand-Formel die mögliche Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit der Schadensvorsorge in Form einer Warnung gegenüberstellen.

Folglich kann diese Entscheidung als effizienzorientiert bezeichnet werden.

ff) Eishockeypuck¹²²

Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin wurde als Zuschauerin bei einem Eishockeyspiel von einem über die Bande geschlagenen Puck getroffen und verletzt. In ihrer Klage verlangte sie von der Beklagten, dem Sportbund R. Werbe- und Veranstaltungsgesellschaft mbH, Ersatz ihres Schadens sowie Schmerzensgeld. Die Klägerin begründete ihre Ansprüche damit, daß die Beklagte als Veranstalterin des Eishockeyspiels die ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht dadurch verletzt habe, daß sie die seitliche Bande zur Zuschauertribüne nicht mit einer Plexiglasscheibe ausgestattet habe. Das Landgericht wies die Klage ab, wohingegen das Oberlandesgericht ihr im wesentlichen stattgab. Der BGH wies die Revision der Beklagten zurück. In der Begründung des Senats heißt es: „Welche Maßnahmen im einzelnen zu treffen sind, bestimmt sich nach den jeweiligen Umständen der Veranstaltung, vor allem nach der Intensität und Häufigkeit der sich für die Zuschauer ergebenden Gefährdung, [...]. Es muß nicht jeder denkbaren Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden; vielmehr begründet eine Gefahr erst dann eine Haf

¹²² BGH, Urteil vom 29.11.1983, VI ZR 137/82 (BGH NJW 1984, 801 (803)).

tung, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Möglichkeit der Verletzung fremder Rechtsgüter ergibt. [...] Gerade die Häufigkeit einer Gefährdung der Zuschauer bestimmt das Maß der zu fordernden Sorgfalt. Mag sich ein Überfliegen [von einem Puck] trotz angebrachten Plexiglasschutzes auch nicht ganz vermeiden lassen (nach der Auskunft des Deutschen Eishockeybundes ereigne sich dies bei 1.000 Spielen ein- bis zweimal), so geschieht dies doch ohne einen solchen Plexiglasschutz – wie gerichtsbekannt ist – sehr viel häufiger“.

Indem der BGH hier ausführt, es seien nur solche Vorkehrungen zu treffen, die in einem angemessenen Verhältnis zu den möglichen Schäden stehen, koppelt er die erforderlichen Sorgfaltsvorkehrungen an das Ausmaß der Gefahr. Dadurch wird deutlich, daß das Gericht die möglichen Handlungskonsequenzen, also das Ausmaß der Gefährdung der Zuschauer, betrachtet, um festzulegen, welche Handlung geboten ist. In dieser Urteilsbegründung wird mithin auf konsequentialistische Weise argumentiert.

Weiterhin führt der BGH bezüglich der zu treffenden Sorgfaltsmaßnahmen aus: „[...]“, wobei auch der finanziellen Belastbarkeit des Veranstalters (bzw. des Eigentümers der Sportanlage) bei Abwägung der Zumutbarkeit eine gewisse, wenn auch untergeordnete Bedeutung zukommt. [...] Die Beklagte durfte sich nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen davon abhalten lassen, die zum Schutz der Zuschauer notwendigen Sicherungsmaßnahmen anzubringen; denn der Kostenfaktor ist im allgemeinen überhaupt nur dann zu berücksichtigen, wenn die finanzielle Belastung ganz außer Verhältnis zu der Gefahrensicherung steht und dies der Verkehrsanschauung so einleuchtet, daß sich die Verkehrserwartung hierauf faktisch einstellt“.

In dieser Argumentation wendet sich der Senat zunächst von einer effizienzorientierten Sichtweise ab, da er die finanzielle Belastbarkeit des Schädigers berücksichtigt, um die ihm zumutbaren Sorgfaltsmaßnahmen festzulegen. Diese utilitaristischen Tendenzen relativiert der BGH jedoch gleich wieder, indem er diesen Faktor nur in äußersten

Ausnahmefällen heranziehen will¹²³. Darüber hinaus offenbart der Senat in seinem Urteil grundsätzlich eine effizienzorientierte Argumentationsweise, wenn er eindeutig die aufzuwendenden Schadensvorsorgekosten an das Ausmaß der drohenden Gefahr knüpft. Insgesamt ist diese Entscheidung also als überwiegend effizienzorientiert, mit einem utilitaristischen Annex für jene Fälle, in denen die finanzielle Belastung durch Gefahrenabwehr außerordentlich hoch ist, einzuordnen.

Der BGH hat auch hier eine ökonomische Kosten-Nutzen-Abwägung ähnlich der Learned-Hand-Formel getroffen.

Dies wird darüber hinaus auch dadurch deutlich, daß der erkennende Senat die sich verändernden Verhältnisse durch eine „verstärkte Gefährdung der Zuschauer infolge zunehmender Härte des profihart betriebenen Eishockeyspiels“ anführt, um zu erklären, warum er, in Abweichung zu der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München vom 09.07.1964, 4 U 284/63, eine Abschirmung des Spielfeldes für erforderlich hält. Mit dieser Erklärung zeigt der Senat, daß wachsende Gefahren in Form einer sich erhöhenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu einer Erhöhung der Sorgfaltspflichten in Form von vermehrten finanziellen Aufwendungen führen müssen. Auch hier wird die Abwägung zwischen Schadensvorsorgekosten und Ausmaß der Gefahr sichtbar.

Eidenmüller hält die Urteilsbegründung des BGH aus ökonomischer Sicht für wenig befriedigend¹²⁴: Zunächst habe das Gericht keine genaue Marginalanalyse durchgeführt, da die Grenzkosten zur Schadensvermeidung lediglich mit 110 bis 115 TDM angesetzt und Angaben zum Grenznutzen gar nicht getroffen worden seien. Er berücksichtigt in seiner Kritik aber nicht, daß eine ökonomische Argumentationsweise keine exakte Berechnung zur Beurteilung der Fahrlässigkeit erfordert. Bereits der deutlich

¹²³ Solche Ausnahmefälle sieht der BGH in anderen Urteilen oftmals bei der Frage des fahrlässigen Verhaltens durch Unterlassen durch den Staat (siehe beispielsweise BGHZ 40, 379; BGHZ 112, 74; BGH VersR 1985, 568). Ein möglicher Grund dafür könnte sein, daß die öffentliche Hand allgegenwärtig ist, also eine große Angriffsfläche bezüglich möglicher unterlassener Verkehrssicherungspflichten bietet und somit nicht wegen jedem Schaden gleich in voller Schadenshöhe zur Verantwortung gezogen werden soll.

¹²⁴ *Eidenmüller*, Effizienz, S. 471 f.

werdende Wille des Gerichts, ein effizientes Verhältnis zwischen Schadensvorsorge und Ausmaß der Gefahr zu schaffen, reicht aus, um die Entscheidung dem *Wealth Maximization Principle* zuordnen zu können. Ein solcher Wille läßt sich hier nachweisen.

Das Argument *Eidenmüllers*, der BGH habe den Grenznutzen einer Plexiglaswand gar nicht berücksichtigt, kann nicht überzeugen. Indem der Senat ausführt, daß das Überfliegen der Bande von Pucks ohne einen Plexiglasschutz sehr viel häufiger als mit einer solchen Wand geschehe, offenbart er gerade Erwägungen zum Grenznutzen. Eine Plexiglaswand lohnt sich demnach nur dadurch, daß sie den Vorteil einer erheblichen Reduktion der in den Zuschauerraum geschossenen Pucks mit sich bringt.

Weiterhin führt *Eidenmüller* als Beleg für eine unökonomische Urteilsbegründung an, daß der BGH den „Kostenfaktor“ nur dann berücksichtigen wolle, wenn die finanzielle Belastung „ganz außer Verhältnis“ zu der Gefahrensicherung stehe; aus ökonomischer Sicht müsse eine Haftung für Fahrlässigkeit hingegen dann abgelehnt werden, wenn die Grenzkosten höher seien als der Grenznutzen. Das BGH-Urteil ist jedoch anders zu deuten, als *Eidenmüller* es tat. Das Gericht hat in seiner Urteilsbegründung festgestellt, daß das Ausmaß der Gefahr das Maß der zu fordernden Sorgfalt bestimme. Wenn der Senat im gleichen Urteil ausführt: „Der Beklagte durfte sich nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen davon abhalten lassen, die zum Schutz der Zuschauer notwendigen Sicherungsmaßnahmen anzubringen; denn der Kostenfaktor ist im allgemeinen nur dann zu berücksichtigen, wenn die finanzielle Belastung ganz außer Verhältnis zu der Gefahrensicherung steht [...]“, so kann mit dieser Aussage nicht gemeint sein, daß ein Handelnder prohibitiv hohe Kosten auf sich nehmen muß, um geringe Schäden zu verhindern. Der BGH wollte mit dem von *Eidenmüller* angeführten Teil der Urteilsbegründung vielmehr eine Aussage über die Zumutbarkeit der Sorgfaltspflichten treffen und hervorheben, daß der Zumutbarkeit grundsätzlich keine Grenzen gesetzt sind, solange sie sich am Ausmaß der Gefahr orientiert. Eine hohe Gefährdung verpflichtet den Handelnden nach Ansicht des BGH mithin zur Akzeptanz hoher Vorsorgekosten, wobei die Frage, ob ihm extrem hohe Kosten persönlich zumutbar sind, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hat. Das geht auch aus dem folgenden Satz in der Urteilsbegründung hervor: „Die Beklagte durfte sich nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen

davon abhalten lassen, die zum Schutze der Zuschauer notwendigen Sicherungsmaßnahmen anzubringen; [...]“. Der BGH lehnt hier ausdrücklich eine Betrachtung der finanziellen Zumutbarkeit ab.

Zuletzt führt *Eidenmüller* als Beleg für eine nicht an ökonomischen Werten orientierte Vorgehensweise des BGH an, daß die Wendung des Senats, der Kostenfaktor spiegele die „finanzielle Belastbarkeit“ des Veranstalters wider, zeige, daß er den ökonomischen Sinn der Berücksichtigung der Kosten für Vorsorgeaufwendungen nicht richtig einschätze, da die Belastbarkeit eines Schädigers ökonomisch irrelevant sei. Zutreffend ist, daß die finanzielle Situation des Einzelnen für die ökonomische Betrachtung keine Rolle spielt. Ein effizient handelnder Mensch muß diejenigen Kosten zur Vermeidung von Schäden tragen, die dem Ausmaß der Gefahr, also der Schadenswahrscheinlichkeit und der Höhe des möglichen Schadens gerecht werden. Dies sieht jedoch der BGH, entgegen der Ansicht *Eidenmüllers*, genau auf diese Weise, wenn in dem Urteil festgestellt wird, daß die finanzielle Zumutbarkeit von Vorsorgeaufwendungen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sei. Zwar diskutiert das Gericht in der vorliegenden Entscheidung die Berücksichtigung der finanziellen Belastbarkeit des Schädigers und wendet sich damit einer utilitaristischen Sichtweise zu. Dadurch, daß ein solches Vorgehen jedoch nur eine Ausnahme für bestimmte Sachverhalte darstellen soll und ansonsten in dem Urteil deutlich wird, daß für den BGH die Kosten für Vorsorgeaufwendungen zu dem Nutzen, den diese Aufwendungen bringen, grundsätzlich in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, zeigt sich, daß die Grundtendenz der BGH-Entscheidung dennoch effizienzorientiert ist.

Eidenmüllers Kritik, die Urteilsbegründung des BGH sei aus ökonomischer Sicht wenig befriedigend, kann daher nicht zugestimmt werden. Vielmehr wird in der Urteilbegründung an verschiedenen Stellen deutlich, daß explizite und implizite ökonomische Kriterien in die Erwägungen einbezogen werden.

gg) Kranker Autofahrer¹²⁵

Die hier vorliegende Klage bezieht sich auf die Frage, ob der 71 Jahre alte Führer eines Pkw sich fahrlässig verhielt, als er kurze Zeit nach einer Grippeinfektion ein Fahrzeug führte.

Während der Fahrt verlor er das Bewußtsein und verursachte so einen Unfall, bei dem der Kläger, der als Beifahrer mitfuhr, zu Schaden kam. Die Klage wurde von den Vorinstanzen abgewiesen. Die Revision beim BGH führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückweisung der Sache. Der erkennende Senat stimmt jedoch mit dem Berufungsgericht darin überein, daß Fahrlässigkeit anhand eines rein objektiven Sorgfaltsmaßstabes zu bestimmen sei: „Das Berufungsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, daß nach § 276 I BGB [...] ein objektiver Beurteilungsmaßstab gilt. Es kommt deshalb darauf an, ob die Sorgfalt beobachtet worden ist, die nach den Erfordernissen des Verkehrs in der konkreten Lage erwartet werden muß; die persönliche Eigenart des Handelnden, seine Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sind für die Beurteilung am standardisierenden Maßstab des § 276 I BGB grundsätzlich ohne Bedeutung. Dabei ist wegen der Verkehrserwartungen auf die Verhältnisse der betroffenen Berufsgruppe oder des jeweiligen Verkehrskreises abzuheben, [...] An die Sorgfaltspflichten der Kraftfahrzeugführer sind wegen der mit dem Führen von Kraftfahrzeugen verbundenen besonderen Gefahren hohe Anforderungen zu stellen. [...] Die Anforderungen an die gebotene Selbstbeobachtung und Selbstkontrolle sind um so schärfer, je eher der Kraftfahrer nach Lage der Dinge mit einer Beeinträchtigung seiner Fahrtüchtigkeit rechnen muß“.

In dem letzten zitierten Satz macht das Gericht deutlich, daß von den möglichen Handlungsfolgen einer Autofahrt auf die gebotene Sorgfalt zu schließen sei. Durch die Aussage, daß die Anforderungen an die eigene Kontrolle um so schärfer seien, je eher der Handelnde mit einer Beeinträchtigung rechnen müsse, verlangt der BGH von einem

¹²⁵ BGH, Urteil vom 20.10.1987, VI ZR 280/86 (BGH NJW 1988, 909 f.).

Fahrzeugführer, daß er in der Lage ist, die Folgen seines Tuns zu erkennen. Damit werden erneut konsequentialistische Tendenzen sichtbar.

Auch in dieser Entscheidung stellt der Senat bei der Festlegung von Fahrlässigkeit ausschließlich auf objektive Kriterien ab. Wenn der BGH ausführt, daß wegen der Verkehrserwartungen auf die Verhältnisse der betroffenen Berufsgruppe oder des jeweiligen Verkehrskreises abzustellen sei, so benutzt er Kriterien mittlerer Reichweite. Derartige Prinzipien gehen streng nach objektiven Kriterien vor und machen so eine umfassende Analyse der jeweiligen subjektiven Umstände entbehrlich. Aus diesem Grund weisen sie einen engen Bezug zur Learned-Hand-Formel auf¹²⁶. Für eine Zuordnung zum *Wealth Maximization Principle* reicht es jedoch nicht aus, wenn das Gericht Kriterien mittlerer Reichweite benutzt und die Frage nach der erforderlichen Schadensvorsorge von dem Ausmaß der Gefahr abhängig macht. Erst wenn eine Abwägung von Kosten erkennbar wird, die zeigt, daß es den Richtern um den Gesamtreichtum und nicht um den sich daraus ergebenden Nutzen geht, kann tatsächlich eine Hinwendung zur Ökonomie aus dem Urteil herausgelesen werden.

Die vorliegende Entscheidung enthält zwar eine Kosten-Nutzen-Abwägung, die dadurch deutlich wird, daß das Gericht ausführt, die Anforderungen an die gebotene Selbstkontrolle (=Schadensvorsorge) seien um so schärfer, je eher mit einer Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit gerechnet werden müsse (=Schadenswahrscheinlichkeit). Dabei gehen die Richter davon aus, daß wegen der besonders hohen Gefahren beim Führen von Kraftfahrzeugen (=Höhe des drohenden Schadens) grundsätzlich hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Kraftfahrzeugführer zu stellen seien. Aus dieser Abwägung des Gerichts geht jedoch nicht hervor, ob die Richter auf den Reichtum der Allgemeinheit abheben und damit effizienzorientiert argumentieren, oder ob sie auf den Nutzen der Allgemeinheit im utilitaristischen Sinn abstellen.

¹²⁶ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 175 f.

Folglich muß hier offen bleiben, welche spezielle Richtung des Konsequentialismus der Entscheidung der Richter zugrunde liegt.

hh) Wildschutzzaun¹²⁷

In diesem Fall hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob ein beklagtes deutsches Bundesland seine Verkehrssicherungspflicht verletzte, als es entlang einer Kreisstraße keine Wildschutzzäune, sondern nur vor einem regen Wildwechsel warnende Schilder aufstellen ließ. Der Kläger kollidierte mit Wild, als er auf einem Motorroller gegen 22:15 Uhr diese Straße ohne Schutzhelm und mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,7 0/00 befuhr. Auf dem betreffenden Straßenstück sind, dies wurde von der klägerischen Seite vorgetragen und vom erkennenden Senat als richtig unterstellt, in den Jahren 1984 und 1985 etwa 50-60 Verkehrsunfälle durch Wild verursacht worden. Der Kläger verlangte von dem beklagten Land Schmerzensgeld. Als Begründung führte er an, daß das deutsche Bundesland wegen der großen Wilddichte in dieser Region zum Aufstellen von Wildschutzzäunen verpflichtet gewesen sei. Diese hätten seinen Unfall verhindert. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Auch die Revision hatte keinen Erfolg. In seiner Urteilsbegründung führt der BGH aus: „Der Verkehrssicherungspflichtige hat die Verkehrsteilnehmer vor den von der Straße ausgehenden Gefahren zu schützen und dementsprechend dafür zu sorgen, daß sich die Straße in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entsprechenden Zustand befindet. Damit ist nicht gemeint, daß die Straße praktisch völlig gefahrlos sein muß. [...] Der Verkehrssicherungspflichtige muß in geeigneter und objektiv zumutbarer Weise alle, aber auch nur diejenigen Gefahren ausräumen und erforderlichenfalls vor ihnen warnen, die für den Benutzer, der die erforderliche Sorgfalt walten läßt, nicht erkennbar sind und auf die er sich nicht einzurichten vermag. Ob danach eine Straße „in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entsprechenden Zustand“ ist, entscheidet sich im einzelnen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung. Art und Häufigkeit der Benutzung des Verkehrsweges und seine Bedeutung sind dabei zu berücksichtigen“. Weiter vertritt der BGH in dieser Urteilsbegründung folgende

¹²⁷ BGH, Urteil vom 13.07.1989, III ZR 122/88 (BGH NJW 1989, 2808).

Ansicht: „Sind die besonderen Gefahrstellen durch Warnschilder sachgerecht angezeigt, ist der Verkehrssicherungspflicht Genüge getan“. Schließlich wird in der Urteilsbegründung außerdem argumentiert: „Auf dieser Straße fließt lediglich überörtlicher Verkehr [...] Sie dient nicht dem weiträumigen Schnellverkehr. Art, Bedeutung und Nutzung der Straße vermögen daher eine Verpflichtung, zur Sicherung gegen Wildunfälle Wildschutzzaune zu errichten, nicht zu rechtfertigen. [...] Es mag naheliegen, den Straßenverkehr dort mit einem Wildschutzzaun zu sichern, wo das Wild an einer bestimmten Stelle häufig wechselt. [...] So liegt der Fall hier jedoch nicht“.

Der „Wildschutzzaun-Fall“ wird in der Literatur¹²⁸ als klassisches Beispiel für die Erwägung ökonomischer Kriterien in der deutschen Rechtsprechung herangezogen. Diese wird etwa dadurch deutlich, daß nach Ansicht des BGH ein Wildschutzzaun nur dann aufzustellen ist, wenn an einer bestimmten Stelle besonders häufig Wildwechsel auftritt, die Stelle sich also als besonders gefährlich darstellt. Das Urteil stellt sich aus ökonomischer Perspektive allerdings als ineffizient dar, was darauf zurückzuführen ist, daß der BGH durch die Nichtberücksichtigung der jährlich anfallenden Kosten für die Instandhaltung des Zauns und der Unfälle eine fehlerhafte Kosten-Nutzen-Abwägung durchführte. *Kötz* und *Schäfer* haben diese Problematik in einem Aufsatz in überzeugender Weise dargelegt¹²⁹, so daß hier nicht im einzelnen darauf eingegangen werden soll. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, genügt eine implizite ökonomische Vorgehensweise als Hinweis auf die Effizienzorientiertheit der Rechtsprechung. Ein solches Vorgehen wird in dieser Urteilsbegründung durch die dem Grunde nach angewendete Learned-Hand-Formel deutlich, so daß auch hier ein Beleg für ökonomische Tendenzen in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sehen ist. Die Verwendung von konkretem Zahlenmaterial kann für eine entsprechende Einordnung nicht erwartet werden. Daß die getroffene Abwägung letztlich fehlerhaft ist, kann daran nichts ändern. Auch eine fehlerhafte Kosten-Nutzen-Abwägung stellt eine ökonomische Vorgehensweise dar.

¹²⁸ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 95 ff., 173 ff.; *Kötz/Schäfer*, JZ 1992, 355 f.; *Schäfer* KritV 1992, 377 ff.

¹²⁹ *Kötz/Schäfer*, JZ 1992, 355 f.

Taupitz kritisiert in diesem Zusammenhang, daß die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, die dieses Urteil des BGH auf eine effizienzorientierte Weise analysiert haben¹³⁰, ein Grundanliegen der ökonomischen Analyse völlig außer acht gelassen hätten¹³¹. Der ökonomischen Analyse käme es darauf an, die Wohlfahrtsverluste zu minimieren. Die kostenminimalste Schadensvorsorge bestünde darin, daß die Autofahrer wachsamer und vorsichtiger führen. Das könne etwa durch große Warnschilder nach kanadischem Vorbild erreicht werden, die den Autofahrern die Anzahl der jährlichen Wildunfälle vor Augen führen. Diese Möglichkeit zur Schadensvermeidung wäre jedoch von den genannten Vertretern der ökonomischen Analyse mit dem Hinweis verworfen worden, daß der Verhütungseffekt von Warnschildern bekanntermaßen dort als eher gering einzuschätzen sei, wo das durch einen Wildwechsel gefährdete Straßenstück viele Kilometer lang wäre. Problematisch daran sei, daß die ökonomische Analyse zum Ziel habe, zukünftiges Verhalten in der Weise zu beeinflussen, daß es sich als effizient darstelle. Dann müßte aber die Rechtsprechung das Verhalten fördern, welches insgesamt den geringsten Wohlstandsverlust zur Folge habe, hier also die erhöhte Aufmerksamkeit der Autofahrer durch Warnschilder. Sie dürfe hingegen nicht resignierend in Betracht ziehen, ob die auf Effizienz zielende Regel befolgt werde oder ob die Menschen sich nicht doch „unökonomisch“ verhielten. Schließlich würde die Rechtsprechung so den Anreiz setzen, das aus ökonomischer Sicht wünschenswerte Verhalten auch in Zukunft nicht an den Tag zu legen.

Kötz und *Schäfer* wenden dagegen ein¹³², daß es nicht Sache des Gerichts sei, die „optimale“ Lösung zu finden. Wie bereits ausgeführt, herrscht in der deutschen zivilrechtlichen Rechtsprechung nicht der Untersuchungsgrundsatz des Strafrechts, sondern der Verhandlungsgrundsatz, nach dem alleine die Parteien des Rechtsstreits bestimmen, was zum Prozeßstoff wird¹³³. Im Fall der Fahrlässigkeit prüft das Gericht demnach die von dem Kläger vorgetragene alternativen Handlungsmöglichkeiten daraufhin, ob sie

¹³⁰ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 95 ff., 173 ff.; *Kötz/Schäfer* JZ 1992, 355 f.; *Schäfer* KritV 1992, 377 ff.

¹³¹ *Taupitz*, AcP 1996, S. 159 ff.

¹³² *Kötz/Schäfer*, JZ 1992, 355 f.

¹³³ *Baumbach/Lauterbach – Hartmann*, ZPO, Grdz. § 128 Rn. 20 ff; *Zöller - Greyer*, ZPO, Vor § 128 Rn. 10.

im Verhältnis zu der schädigenden Handlung vorzuziehen gewesen wären; es sucht nicht selbst nach Ansätzen, die eine Fahrlässigkeit begründen könnten. Bereits ein einziger akzeptabler Vorschlag der Klägerseite genügt, um Fahrlässigkeit zu bestimmen.

ii) Streupflicht II¹³⁴

Hier lag dem BGH ein Sachverhalt zur Entscheidung vor, der dem Glatteis-Fall unter dd) – Streupflicht I - ähnelt. Der Führer eines Pkw verursachte aufgrund von Straßenglatte einen Verkehrsunfall und beschädigte so den Wagen seines Vaters. Das Landgericht hat die auf Zahlung der Hälfte des Schadens gerichtete Klage gegen die öffentliche Hand abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auch die Revision hatte keinen Erfolg. In der Urteilsbegründung führte der erkennende BGH-Senat unter anderem aus: „Inhalt und Umfang der winterlichen Räum- und Streupflicht auf den öffentlichen Straßen unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit richten sich nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung nach den Umständen des Einzelfalls. Art und Wichtigkeit des Verkehrswegs sind dabei ebenso zu berücksichtigen wie seine Gefährlichkeit und die Stärke des Verkehrs. Die Räum- und Streupflicht besteht also nicht uneingeschränkt. Sie steht vielmehr unter dem Vorbehalt des Zumutbaren, wobei es auch auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen ankommt“¹³⁵.

Soweit der BGH annimmt, daß Art und Umfang der Räum- und Streupflicht, also die Höhe der dafür aufzuwendenden finanziellen Mittel, von der Gefährlichkeit und der Stärke des zu erwartenden Verkehrs der jeweiligen Straße abhängig sei, benutzt er erneut implizit die Learned-Hand-Formel, welche die Sorgfaltskosten an die Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit knüpft.

Darüber hinaus stellt der erkennende Senat jedoch auf die Zumutbarkeit der Verkehrssicherungspflicht und insbesondere auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichti-

¹³⁴ BGH, Urteil vom 05.07.1990, III ZR 217/89 (BGHZ 112, 74 ff.).

¹³⁵ Ebenso argumentiert der BGH in seinem Urteil vom 15.11.1984, III ZR 97/83, nachzulesen in VersR 1985, 568, wobei der erkennende Senat in diesem Urteil bezüglich der finanziellen Leistungsfähigkeit außerdem hinsichtlich der Größe der jeweiligen Gemeinde differenziert.

gen ab. Wie bereits dargelegt, muß der Begriff der Zumutbarkeit in den höchstrichterlichen Urteilen deutscher Gerichte nicht zwingend bedeuten, daß die persönlichen Umstände des Schädigers Berücksichtigung finden und mithin eine effizienzorientierte Betrachtungsweise zu verneinen ist. Oftmals wird auf diese Weise lediglich ein ausgewogenes Verhältnis von Schadensvorsorgekosten und Ausmaß der Gefahr umschrieben. Im vorliegenden Fall konkretisiert der erkennende Senat den Begriff der Zumutbarkeit allerdings durch die Hervorhebung der Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen. Die Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit ist jedoch ineffizient, da es auf diese Weise dazu kommen kann, daß einer untätigen Gemeinde kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, obwohl die Schadensvorsorgekosten sich als erheblich geringer darstellen, als die spätere Schadenshöhe. Dadurch, daß der BGH hier, im Gegensatz zu dem unter Punkt dd) analysierten Urteil, bei dem das Gericht eine umfassende Streupflicht unter Betrachtung der finanziellen Folgen für die Allgemeinheit untersucht, die Streupflicht von den finanziellen Möglichkeiten des einzelnen Verkehrssicherungspflichtigen abhängig macht und dabei den Nutzen für die Allgemeinheit berücksichtigt, die in der Schonung öffentlicher Kassen besteht, offenbart er regelutilitaristische Tendenzen. Wie auch schon in der zuvor dargestellten Literatur bezüglich Räum- und Streupflichten der öffentlichen Hand geschildert, macht der BGH von seiner sonst eher effizienzorientierten Rechtsprechung bezüglich der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit hier eine Ausnahme, wenn es um den Staat als Verkehrssicherungspflichtigen geht. Sinn dieser Ausnahme ist es wohl, Bund, Länder und Gemeinden mit ihren knappen Haushaltsmitteln als vielfältige Erschaffer von Gefahrenquellen vor zu vielen Schadensersatzansprüchen Geschädigter zu schützen. Implizit wird also vom BGH argumentiert, daß das Wohl der Empfänger von Staatsleistungen durch eine effizienzorientierte Rechtsprechung zu sehr geschmälert würde. Ob eine solche Vorgehensweise der Rechtsprechung als sinnvoll zu beurteilen ist, wird in der Literatur ausführlich diskutiert¹³⁶. Aus diesem Grund ist eine nähere Ausführung des Diskussionsstands hier entbehrlich.

¹³⁶ Siehe dazu *Kötz/Schäfer*, JZ 1992, 355 f.

Nach den oben getroffenen Feststellungen ist die Urteilsbegründung der utilitaristischen Richtung, genauer gesagt dem Regelutilitarismus, zuzuordnen, da die Konsequenzen der Befolgung einer Handlungsregel analysiert und dabei eine Gruppe von Schwächeren – hier die Steuerzahler, die letztlich die öffentlichen Ausgaben tragen – geschützt wird. Hinzu kommt, daß in der Argumentation des BGH deutlich wird, daß er auch solche Unfälle in Kauf nimmt, bei denen sich die durch den Schaden verursachten Kosten um ein Vielfaches höher darstellen, als die Kosten einer Schadensvorsorge betragen hätten. Eine derartige Vorgehensweise ist nicht effizient und läßt sich nur durch Gründe des größten Nutzens für die Allgemeinheit rechtfertigen, da die öffentlichen Kassen und damit die Steuerzahler auf diese Weise vor zu hohen Ausgaben bei der Straßensicherung bewahrt werden.

jj) Bankbürgschaft¹³⁷

Der Urteilsbegründung des BGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Bank stellte P im Jahre 1987 Finanzierungsmittel für verschiedene Bauprojekte zur Verfügung. Als Sicherheit überbrachte P der Klägerin unter anderem eine vom Beklagten unterzeichnete Höchstbetragsbürgschaft über 250.000,- DM. Einige Zeit später rief der Beklagte bei einem Angestellten der Klägerin an und verlangte die Freistellung von der Bürgschaftsverpflichtung mit der Begründung, P habe die Bürgschaft abredewidrig an die Klägerin weitergegeben. Die Klägerin nahm schließlich den Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch. Landgericht und Oberlandesgericht haben der auf Zahlung von 250.000,- DM gerichteten Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgte der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Richter führen bezüglich der Frage, ob die Klägerin fahrlässig keine Kenntnis davon hatte, daß der Beklagte durch Täuschung zur Abgabe der Bürgschaftserklärung veranlaßt worden war, an: „Wenn tatsächlich Anhaltspunkte gegeben sind, die Zweifel wecken, ob eine Willenserklärung einwandfrei zustande gekommen ist, dann gebietet es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß der Erklärungsempfänger diesen Zweifeln nachgeht. Unterläßt er dies, so beruht seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit“.

¹³⁷ BGH, Urteil vom 09.04.1992, IX ZR 145/91 (BGH NJW-RR, 1992, 1005 (1007)).

Es kommt dem BGH hier für die Frage der Fahrlässigkeit nicht auf die Schwere eines möglichen Schadens oder die Wahrscheinlichkeit eines solchen an. Vielmehr nimmt er eine Nachforschungspflicht desjenigen an, der aufgrund bestimmter Anhaltspunkte Zweifel über das rechtmäßige Zustandekommen einer Willenserklärung hat. Das Gericht schließt hier nicht von Handlungsfolgen auf die nötige Sorgfaltspflicht, sondern erkennt eine Pflicht zum Handeln in einer bestimmten Situation an: Wenn gewisse Voraussetzungen vorliegen, muß die sich in dieser Situation befindende Person auf eine bestimmte Weise handeln, um sich nicht dem Vorwurf der Fahrlässigkeit aussetzen. Bei dieser Vorgehensweise zeichnet sich deutlich die Tendenz ab, das zu untersuchende Verhalten an einer Maxime zu messen. Eine solche Argumentation, die Handlungsfolgen außer acht läßt und sich an Pflichten orientiert, ist der deontologischen Ethik zuzuordnen.

kk) Glaswand¹³⁸

Der erkennende Senat hatte im vorliegenden Fall darüber zu entscheiden, ob der Eigentümerin eines Hauses Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, da die Außenwand ihres Mietshauses statt mit Sicherheitsglas mit zwei Millimeter dickem Fensterglas versehen war. Der Kläger, der in dem Haus der Beklagten eine Wohnung mietete, hatte sich Verletzungen zugezogen, als er im Hausflur gefallen und gegen die fragliche Glaswand geprallt war, die daraufhin zersplitterte. Sowohl die ursprüngliche Klage als auch die Berufung hatten keinen Erfolg, wohingegen die Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung führte. Im Gegensatz zum Berufungsgericht bejahte der erkennende Senat das Verschulden der Beklagten im Sinne von § 276 I 2 BGB. Es wird dazu folgende Begründung angeführt: „Welche Sorgfalt [im Rahmen des § 276 I BGB] jeweils erfordert wird, ist ohne Rücksicht auf die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Betroffenen nach einem objektivierten Maßstab zu beurteilen. Dieser Maßstab ist allerdings, da die Lebenswirklichkeit schematische Gleichsetzung verbietet, nach Verkehrskreisen typisiert, deren speziellen Anschauungen und Bedürfnissen Rechnung zu tragen ist. [...] Besitzt jemand besondere persönliche Fähigkeiten, die ihn auf einem

¹³⁸ BGH, Urteil vom 31.05.1994, VI ZR 233/93 (BGH NJW 1994, 2232 ff.).

bestimmten Gebiet als Spezialisten erscheinen lassen, so kann von ihm eine das durchschnittliche Maß übersteigende Sorgfalt verlangt werden“.

Der BGH stellt hier grundsätzlich auf einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab ab und befürwortet eine Einteilung nach Verkehrskreisen. Zusätzlich bezieht das Gericht hier auch persönliche Fähigkeiten des Handelnden in seine Beurteilung mit ein und verlangt von einem „Spezialisten“ ein überdurchschnittliches Maß an Sorgfalt. Dabei ist zu beachten, daß der BGH sich nicht auf das individuelle Können einer bestimmten Person bezieht, sondern auf Fähigkeiten, die typischerweise einer bestimmten Gruppe von Menschen zuzuordnen sind. So kann zum Beispiel von einem Chirurgen bei einem operativen Eingriff eine bessere Kenntnis erwartet werden, als von einem Allgemeinarzt, der - etwa bei einem Unfall - chirurgisch tätig wird. In einem solchen Fall ist es effizient, an die Fähigkeiten des Chirurgen höhere Erwartungen zu stellen, da es sich bei seinen Fähigkeiten nicht um einen individuellen Umstand handelt, der erst durch eine genaue Betrachtung der persönlichen Umstände des Einzelnen offenbar wird. Vielmehr steht die Eigenart eines bestimmten Verkehrskreises, die ohne weitere Analyse von vorne herein in die Betrachtung einbezogen werden kann, im Vordergrund. Das Gericht verfolgt mithin in dieser Urteilsbegründung eine effizienzorientierte Linie, weil die Schadensvermeidungskosten der besser qualifizierten Gruppe typischerweise relativ niedrig sind¹³⁹.

Allerdings geht der BGH hier nicht auf die Kosten von möglichen Schadensvorsorgemaßnahmen ein bzw. stellt diese den Faktoren Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit gegenüber. Eine solche Vorgehensweise wäre jedoch notwendig, um aus den Ausführungen des Gerichts über eine Affinität zu den objektiv ausgestalteten Kriterien mittlerer Reichweite hinaus eine klare Tendenz zur Learned-Hand-Formel und damit zur ökonomischen Analyse des Rechts erkennen zu können. In dieser Ent-

¹³⁹ Ebenso geht der BGH in dem Urteil vom 15.03.1977, VI ZR 201/75, vor, wenn er argumentiert, daß zwischen einem Humanmediziner und einem Veterinärmediziner zu unterscheiden sei, wenn es um die Frage ginge, in welchem Umfang es zeitlich und wirtschaftlich zumutbar sei, sich laufend über Neuerungen in der Medizin zu informieren. Auch hier ist nicht die höchstpersönliche Zumutbarkeit im Sinne utilitaristischer Betrachtungsweise, sondern vielmehr die Zumutbarkeit für eine gesamte Be-

scheidung wird mithin nicht deutlich, daß die Richter die Maximierung des Reichtums der Allgemeinheit als oberstes Ziel menschlichen Handelns ansehen. Aus diesem Grund ist über die konsequentialistische Grundrichtung hinaus keine speziellere ethische Einordnung dieses Urteils möglich.

11) Scheunenbrand¹⁴⁰

In diesem Urteil entschied der BGH über die Frage, ob Eltern (die Beklagten zu 2 und 3), die es ihrem neun Jahre alten, geistig erheblich retardierten Kind (dem Beklagten zu 1) erlaubten, eine halbe bis maximal eine Stunde zum Spielen das elterliche Haus zu verlassen, ihre elterliche Aufsichtspflicht verletzen. Der Beklagte zu 1 hatte während dieser unbeaufsichtigten Phase die Scheune des Klägers in Brand gesetzt und so einen schweren Schaden verursacht. Der Kläger verlangte in seiner Klage die Feststellung, daß die Beklagten ihm zum Ersatz des Brandschadens verpflichtet seien. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Sie waren der Ansicht, daß der Beklagte zu 1 für den Schaden nicht verantwortlich gemacht werden könne, da ihm zur Tatzeit die notwendige Einsichtsfähigkeit gefehlt habe. Auch die Beklagten zu 2 und 3 wären für den Brandschaden nicht haftbar, da sie ihre Aufsichtspflicht nicht verletzt hätten. Den Eltern könne eine ständige Aufsicht des Jungen nicht zugemutet werden. Die Revision führte schließlich dazu, daß das Urteil in Bezug auf die Beklagten zu 2 und 3 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen wurde, da dieses die Aussage eines Zeugen, des Lehrers des Beklagten zu 1, nicht ausreichend beachtet habe. Dieser Zeuge hatte in seiner Aussage das extrem hohe Aggressionspotential des Jungen geschildert und sein unkontrollierbares Verhalten dargelegt. Der BGH führte bezüglich der Überwachungspflicht der Eltern aus: „Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht an die Überwachungspflichten der Beklagten zu 2 und 3 zu geringe Anforderungen gestellt und das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreichend beachtet habe. [...] Der Umfang der gebotenen Aufsicht richtet sich [...] nach Alter, Eigenart

rufsgruppe gemeint. Diese läßt sich ohne einen interpersonellen Nutzenvergleich anhand objektiver Kriterien und damit auf effiziente Weise bestimmen.

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 10.10.1995, VI ZR 219/94 (BGH NJW 1995, 3385 f.).

und Charakter des Minderjährigen. [...] Diese Maßstäbe, die bei normal entwickelten Kindern zugrunde gelegt werden, können jedoch auf ein Kind, das wie hier nicht nur geistig retardiert ist, sondern schwere Verhaltensstörungen mit ausgeprägter Aggressionsbereitschaft aufweist, nicht angewandt werden¹⁴¹. Weiter führt der BGH aus: „Die Charaktereigentümlichkeiten des Beklagten zu 1 geboten deshalb eine mehr oder weniger ständige unmittelbare Kontrolle durch die Beklagten zu 2 und 3. Eine solche enge Überwachung war den Beklagten zu 2 und 3 entgegen dem Berufungsgericht auch durchaus zuzumuten. Der Senat verkennt nicht, daß eine Beaufsichtigung in diesem Umfange im praktischen Leben nur schwer zu realisieren ist. Dadurch allein wird sie nach der Ansicht der Richter aber nicht unzumutbar. Die Zumutbarkeit von Aufsichtsmaßnahmen richtet sich stets nach dem Ausmaß der Gefahr, die außenstehenden Dritten durch die Eigenart und den Charakter des Kindes droht. Außergewöhnliche Gefahren erfordern im Einzelfall auch ein außergewöhnliches Maß an Aufsicht“¹⁴².

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des Berufungsgerichts, das eine lückenlose Aufsicht für nicht zumutbar hielt, knüpft der BGH das Maß der erforderlichen Schadensvermeidungsmaßnahmen erneut an das Ausmaß der Gefahr. Nach der Ansicht des erkennenden Senats richtet sich der Umfang der gebotenen Sorgfalt nämlich nach den Eigenschaften des zu beaufsichtigenden Minderjährigen und damit nach der Höhe eines möglichen Schadens, sowie nach der Wahrscheinlichkeit, daß der Minderjährige einen Schaden verursachen wird. *Schäfer* und *Ott* führen dieses Urteil als Beispiel dafür an, daß die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes durch eine Kosten-Nutzen-Analyse vornehme, wie sie der Learned-Hand-Formel entspreche¹⁴³. Dieser Meinung ist zuzustimmen. Dies wird durch die Abkehr von dem Terminus der höchstpersönlichen Zumutbarkeit deutlich. Inwiefern den Eltern bestimmte Aufsichtsmaßnahmen bezüglich ihrer persönlichen Lebensumstände zumutbar sind, ist nach Ansicht des BGH unerheblich. Indem der BGH das

¹⁴¹ So auch die Argumentation des BGH im Urteil vom 18.03.1997, VI ZR 91/96 (abgedruckt in: NJW 1997, 2047 f.).

¹⁴² Dieselbe Ansicht vertritt der 6. Zivilsenat des BGH ebenfalls in seinem Urteil vom 27.02.1996, VI ZR 86/95 (nachzulesen in der NJW 1996, 1404 f.).

¹⁴³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 150.

Wohl der Eltern bei der Betrachtung außer acht läßt, weist er eine utilitaristische Sichtweise ausdrücklich zurück. Nur wenn die individuellen Voraussetzungen des Einzelnen außer acht gelassen werden und es auf Wahrscheinlichkeit und Höhe des zu erwartenden Schadens bezüglich der zu treffenden Schadensvermeidungsaufwendungen ankommt, können Ergebnisse gefunden werden, die nicht zu einer Reduzierung des Gesamtreichturns führen. Dadurch, daß das Gericht eingesteht, daß eine ständige Kontrolle des Kindes „im praktischen Leben nur schwer zu realisieren“ sei, nimmt es implizit an, daß die Eltern finanzielle Aufwendungen für die Betreuung des Kindes zu tätigen hätten. Der Senat geht mithin in dieser Urteilsbegründung effizienzorientiert und somit nach Grundprinzipien der ökonomischen Analyse des Rechts vor.

mm) Insektenabwehr¹⁴⁴

Hintergrund dieses Urteils war folgender Sachverhalt: Der damals siebenjährige Beklagte besuchte zusammen mit dem sechsjährigen Kläger eine Kindertagesstätte. Als der Beklagte mit einem Messer Obst schälte, näherte sich ihm eine Biene oder Wespe. Daraufhin führte der Beklagte mit der das Messer haltenden Hand eine Bewegung Richtung Insekt aus und verletzte dabei das Auge des Beklagten mit dem Messer. Die operative Entfernung der Linse des Auges war nötig; die Sehfähigkeit des Auges blieb beeinträchtigt. Der Kläger verlangte von dem Beklagten Schmerzensgeld in Höhe von 100.000,- DM und beehrte darüber hinaus die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm den gesamten materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der aus der Verletzung noch entstehen werde. Zu der Frage der Fahrlässigkeit des Beklagten entschied das Gericht folgendes: „Für ein zur Beweislast des Geschädigten stehendes Verschulden des Schädigers haben dessen individuelle Fähigkeiten außer Betracht zu bleiben; der Begriff der Fahrlässigkeit ist zivilrechtlich nach objektiven und nicht nach individuellen Merkmalen zu bestimmen. Entscheidend ist, ob ein normal entwickeltes Kind im Alter des Schädigers hätte voraussehen können und müssen, daß die Abwehr einer Wespe mit dem Messer in der Hand eine neben ihm stehende Person verletzen konnte, und ob von ihm bei Erkenntnis der Gefährlichkeit seines

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 29.04.1997, VI ZR 110/96 (BGH NJW-RR 1997, 1110 f.).

Handelns in der konkreten Situation die Fähigkeit erwartet werden konnte, sich dieser Erkenntnis gemäß zu verhalten oder ob ein Mangel an Verstandesreife Kinder dieser Altersgruppe daran hindert“.

Das Gericht orientiert sich offensichtlich an den Konsequenzen der Handlung des Kindes, wenn es danach fragt, ob ein Kind dieses Alters den eingetretenen Schaden und die Gefährlichkeit seines Tuns, also die Folgen seiner Tat, abschätzen können muß. Damit ist die hier vorliegende Urteilsbegründung der konsequentialistischen Richtung zuzuordnen.

Darüber hinaus sind die Richter der Ansicht, daß die individuellen Fähigkeiten und Merkmale des Schädigers außer Betracht bleiben müßten, wenn es um die Frage der Fahrlässigkeit gehe; vielmehr seien bei der Fahrlässigkeitsbestimmung im Zivilrecht objektive Kriterien ausschlaggebend. Damit wendet sich der BGH von einer subjektiven Sichtweise und damit vom Utilitarismus ab, da diese ethische Richtung nicht ohne den Vergleich von Nutzeneinheiten und eine dafür notwendige Berücksichtigung persönlicher Umstände auskommt. Für eine effizienzorientierte Argumentation im Sinne der Learned-Hand-Formel fehlt es allerdings an einer Berücksichtigung der Kosten von Schadensvorsorge und möglichem Schaden. Ohne die zumindest implizite Durchführung einer Kostenabwägung kann das hier vorliegende Urteil lediglich dem Konsequentialismus zugerechnet werden; eine weitergehende ethische Einordnung ist nicht möglich.

nn) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Dargestellt und untersucht wurden 13 Urteile des deutschen BGH. Drei dieser Entscheidungen können der deontologischen Richtung zugewiesen werden, die übrigen zehn Urteile offenbaren hingegen eine konsequentialistische Sichtweise. Eine der konsequentialistischen Urteilsbegründungen weist utilitaristische, genauer gesagt regelutilitaristische Tendenzen auf, fünf dieser Entscheidungen lassen sich der Effizienzethik zuordnen. Die restlichen vier konsequentialistischen Urteile können weder dem Utilitarismus noch der Effizienzethik zugeordnet werden. Für eine utilitaristische Einordnung fehlt es an der Einbeziehung subjektiver Umstände der Beteiligten und Hinweise

darauf, daß das „größte Glück“ der Allgemeinheit oberstes Handlungsziel sein soll. Für eine Zuordnung dieser Urteile zum *Wealth Maximization Principle* hätte eine Abwägung zwischen den Kosten einer Schadensvorsorge und dem denkbaren Schaden durchgeführt werden müssen. Zwar werden in diesen vier Urteilen jeweils Kriterien mittlerer Reichweite verwendet, was auf eine effizienzorientierte Denkweise hindeuten kann. Ohne die Einbeziehung von Kosten und eine Abwägung derselben ist dies alleine nicht ausreichend, um eine klare Tendenz zur Learned-Hand-Formel und damit zur Effizienzethik erkennen zu können.

Dennoch stellen die effizienzorientierten Urteilsbegründungen die Mehrheit gegenüber den utilitaristisch oder deontologisch orientierten, hier untersuchten Fällen. Dies läßt den vorsichtigen Schluß zu, daß deutsche Gerichte bei der Untersuchung von fahrlässigem Verhalten im Bereich der zivilrechtlichen Haftung überwiegend konsequentialistisch und insbesondere nach Effizienzgesichtspunkten vorgehen. Nur selten bestimmt der BGH die notwendigen Sorgfaltsvorkehrungen unabhängig von den möglichen Folgen der Handlung, also auf deontologische Weise, vielmehr analysiert er gerade die Schadenswahrscheinlichkeit und die Höhe des möglichen Schadens und legt das Ergebnis dieser Analyse bei der Frage zugrunde, ob der Schaden hätte vermieden werden müssen.

Aus der Betrachtung der analysierten Urteilsbegründungen des BGH ergibt sich darüber hinaus, daß es in Deutschland ständige Rechtsprechung ist, die erforderlichen Sorgfaltsvorkehrungen an das Ausmaß der Gefahr zu knüpfen. In den meisten dieser Fälle geht es um die Frage, ob der Handelnde bestimmte finanzielle Aufwendungen zur Schadensvorsorge hätte treffen müssen. Liegen die getroffenen Maßnahmen bzw. aufgewendeten Kosten unterhalb des Umfangs, den die drohende Gefahr, die sich aus der Höhe des möglichen Schadens und dem Eintritt seiner Wahrscheinlichkeit zusammensetzt, gebietet, so ist nach Ansicht des BGH fahrlässiges Verhalten gegeben. Daß das Ausmaß der Gefahr dem Faktor PL in der Learned-Hand-Formel entspricht, ergibt sich daraus, daß die Intensität einer Gefahr weder alleine aus der Schadenshöhe noch aus der Wahrscheinlichkeit eines Schadens resultiert. Darüber hinaus offenbart die Argumentation des BGH, daß er kein Interesse daran hat, Schäden „um jeden Preis“ zu

verhindern. Vielmehr steht die Eindämmung von Verlusten in Form einer Wohlstandsreduzierung der Allgemeinheit im Vordergrund. Dies macht deutlich, daß Effizienzgesichtspunkte für den BGH in vielen Fällen entscheidend sind, auch wenn er dies nicht ausdrücklich formuliert.

Utilitaristische Tendenzen finden sich in der hier untersuchten Rechtsprechung des BGH kaum. Lediglich dort, wo der BGH über die Verkehrssicherungspflicht des Staates und seiner Organe zu entscheiden hat, wie beispielsweise bei den Fällen zur Räum- und Streupflicht der öffentlichen Hand, argumentiert das Gericht auf utilitaristische Weise. In diesen Fällen macht der BGH Ausnahmen von seinem sonst eher effizienzorientierten Vorgehen und nimmt eine neue Komponente in Form des Begriffs der Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen in die Beurteilung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auf, um staatliche Kassen mit ihren knappen Haushaltsmitteln und damit das Wohl der von Staatsleistungen abhängigen Bürger zu schützen.

Deontologische Ansätze sind in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Fahrlässigkeitsrecht durchaus vertreten. In diesen Fällen – bei der Untersuchung der 13 deutschen Urteile wiesen drei der Entscheidungen deontologische Tendenzen auf - stellt der BGH Handlungsregeln dar, ohne die Konsequenzen einer Befolgung derselben zu betrachten. Solche Handlungsregeln bestanden in den hier untersuchten Urteilen zum einen in der Pflicht desjenigen, der eine Gefahrenquelle schafft, die Allgemeinheit vor daraus resultierenden Gefahren zu schützen. Zudem befaßte sich der BGH in einer anderen Entscheidung mit sogenannten „Eigenregeln des Skilaufens“, und schließlich ging es in einem der Urteile um die Pflicht, Zweifeln an dem rechtmäßigen Zustandekommen einer Willenserklärung nachzugehen. Allerdings stellt sich die Anzahl der deontologischen Tendenzen im Verhältnis zu der Anzahl konsequentialistischer und insbesondere effizienzorientierter Argumentationen als vergleichsweise gering dar.

Aus der Analyse der dieser Untersuchung zugrunde liegenden Entscheidungen des BGH läßt sich als Tendaussage formulieren, daß ökonomische Betrachtungen, und insbesondere das Learned-Hand-Kriterium, in der deutschen Rechtsprechung auffind-

bar sind, wohingegen die Deontologie eher eine untergeordnete Rolle spielt. Utilitaristische Tendenzen finden sich hingegen selten.

2. *Das Zivilrecht in Österreich*

In Österreich ist das Zivilrecht im ABGB, dem am 01.01.1812 in Kraft getretenen österreichischen Allgemeinen Gesetzbuch, kodifiziert. Inhaltlich ist das ABGB, im Gegensatz zu der deutschen zivilrechtlichen Kodifikation, nicht von dem Streben nach exakten Formulierungen geprägt. Vielmehr läßt es viel Raum für Auslegungen durch den Richter.

a) *Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit*

In § 1297 ABGB wird der Sorgfaltsmaßstab festgelegt. Dort heißt es: „Es wird aber auch vermutet, daß jeder den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines andern entsteht, diesen Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit unterläßt, macht sich eines Versehens schuldig“. Das ABGB bezeichnet fahrlässiges Verhalten demnach als „Versehen“ und hält die Formulierung in § 1297 sehr allgemein und offen.

In der österreichischen Literatur zu dem Begriff der Fahrlässigkeit ist streitig, ob er rein objektiv zu behandeln ist¹⁴⁵, oder ob zusätzlich ein subjektiver Beurteilungsmaßstab, wie es im deutschen Strafrecht gehandhabt wird, angelegt werden muß¹⁴⁶. Letztere Ansicht wird damit begründet, daß dem Handelnden nur dann, wenn seine individuellen Fähigkeiten ausgereicht hätten, den Schaden zu vermeiden, ein persönlicher Vorwurf des Willensmangels gemacht werden könne. Gegen die Anwendung eines objektiven Maßstabs wird in diesem Zusammenhang eingewendet, daß der Vertrauensgedanke im Schadensersatzrecht keine Rolle spielen dürfte, da das Geschädigtwerden niemals aufgrund eines Vertrauens in die Ersatzpflicht des Schädigers ge-

¹⁴⁵ So unter anderem *Schwartz*, Internationales Privatrecht, S. 39; *Kramer*, AcP 171, S. 431.

schehen würde¹⁴⁷. Eine Meinung, die grundsätzlich die Fahrlässigkeit als subjektives Element sieht, ist allerdings der Ansicht, daß eine subjektive Prüfung in der Rechtsprechung im Laufe der Zeit mehr und mehr in den Hintergrund getreten sei und heute in der Regel die Schuldfrage zu Gunsten der Rechtswidrigkeit vernachlässigt werde¹⁴⁸, also zunehmend nur objektive Kriterien Berücksichtigung fänden.

Die ausschließliche Betrachtung objektiver Kriterien durch den OGH würde bedeuten, daß eine utilitaristische Sichtweise in der österreichischen Rechtsprechung nicht vorkommen könnte. Dies ergibt sich aus der Eigenart des Utilitarismus, persönliche Umstände der Beteiligten prüfen zu müssen, um Nutzeneinheiten miteinander vergleichen zu können.

b) Urteilsanalyse

aa) Mähdrescher¹⁴⁹

In diesem Urteil hatte der OGH darüber zu entscheiden, ob ein Mechaniker fahrlässig handelte, als er die Zuleitung der Einspritzpumpe bei einem Mähdrescher auswechselte. Dem Mechaniker fiel dabei der Schraubenschlüssel aus der Hand, blieb am Korn-tankbehälter und Starteranschluß liegen und verursachte Funkenbildung. Die mit Öl verunreinigte Stelle, auf welche die Funken trafen, fing daraufhin Feuer, so daß der Mähdrescher beschädigt wurde. Die beklagte Partei übernahm die Reparatur des Mähdreschers. Die Eigentümer des Mähdreschers verklagten die landwirtschaftliche Genossenschaft des Mechanikers auf Schadensersatz ihres Verdienstentgangs als Lohndreschunternehmer. Das Erstgericht wies das Klagebegehren, der Oberste Gerichtshof wies die Revision der Kläger ab. Dazu führen die Richter des OGH unter anderem aus: „Zur Abwendung des Schadens müssen zwar alle, aber auch nur jene Vorkehrungen getroffen werden, die vernünftigerweise nach der Lage der Umstände und der Auffassung des Verkehrs vom Schädiger zu erwarten sind. Fahrlässigkeit ist

¹⁴⁶ *Rummel – Reischauer*, ABGB, § 1297 Rn. 2, 16; *Bydlinski*, Schadensverursachung, S. 42; *Harrer*, Schadensersatzrecht, S. 27; *Koziol*, Haftpflichtrecht, S.99.

¹⁴⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht, S.99 f.

¹⁴⁸ *Harrer*, Schadensersatzrecht, S. 27.

¹⁴⁹ OGH, Urteil vom 09.04.1975, 1Ob44/75.

also zu verneinen, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes eines rechtswidrigen Erfolges so gering war, daß sie auch einen pflichtgemäß Handelnden nicht von der Handlung abgehalten oder zu größerer Vorsicht veranlaßt hätte. Sie liegt umgekehrt nur vor, wenn der den Schaden Verursachende bei der nach objektivem Maßstab zu beurteilenden gehörigen Sorgfalt mit der Möglichkeit des Eintrittes jener Schadensfolgen hätte rechnen müssen, mit der er selbst nicht rechnete“.

Damit macht das Gericht zum einen deutlich, daß es die Frage, welches Verhalten sich als pflichtgemäß darstellt, von der Schadenswahrscheinlichkeit abhängig macht. Es betrachtet also die möglichen Folgen des Handelns und schließt davon auf die Qualität der Tat, so daß hier konsequentialistische Tendenzen zu Tage treten.

Indem die Richter die Meinung vertreten, daß nur diejenigen Vorkehrungen getroffen werden müssen, die „vernünftigerweise nach der Lage der Umstände und der Auffassung des Verkehrs vom Schädiger zu erwarten sind“, treffen sie implizit eine Kosten-Nutzen-Abwägung. Dabei wird allerdings nicht deutlich, ob sie sich auf monetäre Größen beziehen, was eine Tendenz zur effizienzorientierten Sichtweise gezeigt hätte, oder ob sie die Abwägung im Hinblick auf das Glück bzw. den Nutzen der Allgemeinheit im Sinne der utilitaristischen Ethik sehen. Da jedoch außer dem Faktor der Schadenswahrscheinlichkeit weder auf die Schadenshöhe noch konkret auf alternative Sorgfaltsvorkehrungen und ihre Kosten eingegangen wird, ist davon auszugehen, daß Effizienz für das Gericht in dieser Urteilsbegründung keine Rolle spielt. Ebenso wenig untersucht der OGH den Vorfall allerdings anhand utilitaristischer Kriterien. Das Gericht führt vielmehr aus, daß die geringe Sorgfalt anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen sei, was einer utilitaristischen Sichtweise gerade entgegensteht. Folglich kann nicht entschieden werden, welcher ethischen Tendenz der OGH hier folgt. Alleine eine Grundtendenz zur konsequentialistischen Sichtweise wird in der Begründung der Richter deutlich.

bb) Bankkredit¹⁵⁰

In diesem Fall war die Beklagte persönlich haftende Gesellschafterin der Firma W. Diese Firma hatte mit der klagenden Republik Österreich einen Vertrag über die Lieferung von Waren geschlossen. Bevor die Firma das für die Warenherstellung benötigte Material aufkaufen konnte, wurde sie von ihrer Hausbank telefonisch davon in Kenntnis gesetzt, daß der ihr erteilte Kredit sofort fälliggestellt würde und daß sie alle zur Sicherung des Kredites gegebenen verdeckten Zessionen offengelegt habe. Diese Maßnahme kam für die Firma W. völlig überraschend und führte dazu, daß sie nicht mehr in der Lage war, den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag zu erfüllen. Die Klägerin trat daraufhin vom Vertrag zurück, tätigte einen Deckungskauf und stellte der Beklagten den Betrag des dadurch entstandenen Schadens in Rechnung. Von dieser Summe machte die Klägerin einen Teilbetrag klageweise geltend. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren ab. Der Oberste Gerichtshof hob als Revisionsgericht die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurück. Zu der Frage des Verschuldens der Beklagten äußerte sich der OGH wie folgt: „Die Feststellung, der Schuldner habe fahrlässig gehandelt, bedeutet ihm gegenüber den Vorwurf, er hätte bei gehöriger Willensanspannung erkennen können, daß er gefährlich und rechtswidrig handle und anders hätte handeln können; dabei ist der Grad der Aufmerksamkeit und des Fleißes objektiv zu beurteilen. Eine Fahrlässigkeit durch Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung, von der der Schuldner hätte wissen können, er werde sie bei Fälligkeit nicht erfüllen können, wird nur dann nicht anzunehmen sein, wenn die Wahrscheinlichkeit der Unfähigkeit zur Erfüllung der vertraglichen Pflicht so gering war, daß sie auch einen gewissenhaften Menschen nicht von seiner Handlungsweise abgehalten hätte“.

Auch in diesem Urteil bezieht der OGH die Konsequenzen der Handlung in seine Betrachtung ein. Dies ergibt sich ebenso wie in dem vorgenannten Urteil des OGH dar-

¹⁵⁰ OGH, Urteil vom 01.12.1982, 1Ob730/82.

aus, daß die Richter annehmen, der Schädiger müsse erkannt haben, daß er gefährlich und rechtswidrig handelte, was wiederum eine Analyse der Folgen des Tuns erfordert.

Zudem geht das Gericht in seiner Urteilsbegründung auch auf die Wahrscheinlichkeit der Unfähigkeit zur Erfüllung der vertraglichen Pflicht, also auf die Schadenswahrscheinlichkeit, ein. Die Formulierung, daß der Handelnde erkennen mußte, daß er gefährlich und rechtswidrig handelte, deutet zunächst auf eine subjektive Sichtweise des Gerichts hin; jedoch wird diese Vermutung von dem darauffolgenden Halbsatz widerlegt, der auf die Objektivität der Beurteilung abstellt. Es kommt dem Gericht demnach gerade nicht darauf an, ob der jeweilige Beklagte in der Lage war, die Folgen seines Tuns zu erkennen. Eine Betrachtung der persönlichen Umstände und Fähigkeiten des Einzelnen ist mithin nach Ansicht der Richter nicht erforderlich.

Ebenso wie in den zuvor behandelten Urteilen des OGH, läßt sich allerdings auch hier nicht erkennen, wann ein Mensch „gewissenhaft“ ist. Aus diesem Grund wird nicht deutlich, wie das Gericht Fahrlässigkeit definiert, da die Richter an keiner Stelle Möglichkeiten zu alternativen Handlungen aufwerfen oder sich näher mit den Folgen der Handlung auseinandersetzen; ein Kosten-Nutzen-Kalkül wird nicht ersichtlich. Aus der bloßen Erwähnung der Schadenswahrscheinlichkeit und der Erkenntnis gefährlichen und rechtswidrigen Handelns läßt sich lediglich eine Präferenz für die konsequentialistische Richtung entnehmen.

cc) Mauerwerkschaden¹⁵¹

Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war Hauptmieter einer Wohnung, die über den Geschäftsräumlichkeiten eines Eissalons gelegen war. Der Mieter dieser Geschäftsräume beauftragte die beklagte Partei, Umbauarbeiten in diesen Räumen durchzuführen. Bei diesen Arbeiten, welche die Beklagte fachgerecht durchführte, kam es zu Setzungen des Mauerwerkes und dadurch zu Rissen in den Wänden und an der Decke der Wohnung des Klägers. Das Risiko einer Setzung hätte bei einer vorausgegangenen Begutachtung des Mauerwerks erkannt werden können.

¹⁵¹ OGH, Urteil vom 25.03.1987, 1Ob571/87.

Der Kläger machte die Kosten für eine Schadensbehebung vor Gericht geltend. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Berücksichtigung eines Abzugs neu für alt statt. Das Berufungsgericht folgte der Berufung der beklagten Partei nicht. Der OGH gab der Revision statt und wies das gesamte Klagebegehren ab. Zu der Frage der Fahrlässigkeit der beklagten Partei äußerte sich der OGH wie folgt: „Die Beurteilung, der Schuldner habe fahrlässig gehandelt, bedeutet ihm gegenüber den Vorwurf, er hätte bei gehöriger Willensanspannung erkennen können, daß er gefährlich und rechtswidrig handle und anders hätte handeln können. [...] Führte die beklagte Partei die Arbeiten technisch einwandfrei aus und waren diese Arbeiten aufgrund eines statischen Gutachtens baubehördlich genehmigt worden, so war für sie bei durchschnittlicher von ihr zu erwartender Aufmerksamkeit nicht zu erwarten, sie hätte dennoch erkennen können, daß eine Duldungspflicht des Klägers, der sich nie gegen die Vornahme der Arbeiten ausgesprochen hatte, nicht bestehen könnte“.

Die Richter des OGH benutzen in diesem Urteil erneut die aus einigen bereits behandelten OGH-Urteilen bekannte Definition von Fahrlässigkeit. Diese beruht auf der Frage, ob der Handelnde bei „gehöriger Willensanspannung hätte erkennen können, daß er gefährlich und rechtswidrig handle und anders hätte handeln können“. Mithin beziehen sie sich auch hier auf die Folgen der Handlung und orientieren sich demnach an einer konsequentialistischen Sichtweise, wenn angenommen wird, daß die beklagte Partei das Nichtbestehen einer Duldungspflicht des Klägers nicht hätte erkennen können. Allerdings geht das Gericht hier ebenfalls lediglich oberflächlich auf den Begriff der Fahrlässigkeit ein. Die Richter äußern sich weder zu der Verpflichtung, Vorsorgemaßnahmen zu treffen oder den Kosten solcher Maßnahmen, noch zu persönlichen Umständen der beklagten Partei. Aus den gerichtlichen Ausführungen wird mithin nicht erkennbar, daß das Gericht im Sinne der utilitaristischen Ethik auf den Nutzen für die Allgemeinheit bzw. nach effizienzorientierten Prinzipien auf den Reichtum der Allgemeinheit abhebt. Aus diesem Grund kann das Urteil weder dem Utilitarismus, noch dem *Wealth Maximization Principle* zugewiesen werden. Einzig eine Hinwendung zum Konsequentialismus wird in der Entscheidung deutlich.

dd) Waschbenzin¹⁵²

Der Kläger war bei der Nebenintervenientin als Hilfsarbeiter tätig. Der Beklagte, der nicht bei der Nebenintervenientin beschäftigt war, reparierte an einem Nachmittag auf dem Firmengelände einen Pkw. Der Geschäftsführer der Nebenintervenientin, Christian R., arbeitete zu dieser Zeit an einem LKW. Um LKW-Bestandteile zu reinigen, verwendete er eine Art Waschbenzin, die er in einem nicht verschließbaren Plastikbehälter aufbewahrte. Als er das Waschbenzin nicht mehr benötigte, trug er den Behälter in einen Container, stellte ihn neben die Tür und deckte ihn mit einer „Natojacke“ ab. Auf Ersuchen von R., ihm Werkzeug zu holen, begab sich der Kläger in den Container, um danach zu suchen. Auch der Beklagte ging in den Container, weil ihn R. um einen Schraubenbolzen gebeten hatte. Da der Bolzen zu lang war, spannte ihn der Beklagte in einen Schraubstock, um ihn mit einer der unter der Werkbank liegenden Winkelschleifmaschine zu kürzen. Als R. das Geräusch der Maschine hörte, rief er dem Beklagten zu, er solle aufhören. Nachdem der Beklagte den Winkelschleifer bereits ausgeschaltet hatte, geriet er damit noch einmal an den Metallbolzen. Der dabei entstehende Funkenflug entzündete das Waschbenzin und es kam zu einer etwa 1 m hohen Stichflamme. R. lief in den Container, ergriff das brennende Gefäß und stellte es im Bereich der Tür ab. Zu den beiden am Rechtsstreit beteiligten Parteien sagte er, daß er eine Schaufel holen wolle. Mit dieser beabsichtigte er, den brennenden Behälter aus dem Container herauszuheben. Währenddessen nahm der Kläger das Gefäß und trug es ins Freie. Dabei geriet brennendes Benzin auf Brust und Arme, so daß er Verbrennungen ersten und dritten Grades erlitt. Mit seiner Klage begehrte er Schmerzensgeld von dem Beklagten. Das Erstgericht wies dieses Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Der OGH hielt die Revision für nicht berechtigt. In der Urteilsbegründung des höchsten österreichischen Gerichts wird unter anderem folgendes ausgeführt: „Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß dem Beklagten fahrlässiges Verhalten nur dann vorgeworfen werden könnte, wenn er die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hätte; wenn er also bei gehöriger Willensanspannung erkennen hätte können, daß er gefährlich und rechtswidrig handle. [...]

¹⁵² OGH, Urteil vom 17.06.1987, 14ObA64/87.

Fahrlässigkeit ist zu verneinen, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines rechtswidrigen Erfolges so gering war, daß sie auch einen pflichtgemäß Handelnden nicht von der Handlung abgehalten oder zu größerer Vorsicht veranlaßt hätte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes war der Container zu der vom Beklagten vorgenommenen Tätigkeit eingerichtet. Er konnte daher davon ausgehen, daß der sachgemäße Gebrauch einer der vorhandenen Winkelschleifmaschinen an diesem Ort kein gewöhnliches Handeln war. Eine Gefahrensituation war für ihn insoweit weder erkenn- noch vorhersehbar. Der Maßstab der objektiv gebotenen Sorgfalt erforderte mangels sichtbarer oder sonst sinnlich wahrnehmbarer Gefahren keine weitere Vorsorge, die etwa darin hätte bestehen könnte, den Container nach entflammaren Stoffen abzusuchen“.

Der OGH trägt zunächst die bereits aus den oben aufgeführten Urteilen bekannte Definition für Fahrlässigkeit vor, die auf eine konsequentialistische Grundrichtung hindeutet. In seiner Subsumtion macht das Gericht deutlich, daß die gebotene Sorgfalt an objektiven Maßstäben zu messen sei und daß eine Schadensvorsorge – etwa in Form eines Absuchens des Containers nach entflammaren Stoffen - nicht erforderlich war, da eine Gefahr nicht vorhersehbar gewesen sei. Es findet hier also eine knappe Abwägung zwischen Schadensvorsorge und Risiko statt, die erneut zeigt, daß der OGH die Folgen einer Handlung in Form des vorhersehbaren Risikos in seine Betrachtung einbezieht. Da die Richter jedoch weder eine Kosten-Nutzen-Abwägung treffen, noch auf persönliche Fähigkeiten des Beklagten eingehen, ist es auch hier nicht möglich, die Urteilsbegründung einer Richtung des Konsequentialismus zuzuordnen. Zumindest ist durch die Objektivierung des Sorgfaltsstandards nicht von einer utilitaristischen Argumentation auszugehen; persönliche Eigenschaften des Handelnden bleiben in der Entscheidung ausdrücklich unberücksichtigt.

ee) Spaziergang¹⁵³

Bei einem gemeinsamen Spaziergang rutschte der Beklagte plötzlich aus und stieß bei

¹⁵³ OGH, Urteil vom 29.09.1987, 2Ob627/87.

seinem Sturz gegen die Beine des Klägers, wodurch dieser ebenfalls zu Fall kam und sich schwer verletzte. Mit seiner Klage beehrte der Kläger Schmerzensgeld. Das erstinstanzliche Gericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Der OGH, der über den Fall als Revisionsinstanz zu entscheiden hatte, hielt die Revision für nicht berechtigt. Zu der Frage der Fahrlässigkeit äußerte sich das Gericht folgendermaßen: „Fahrlässigkeit liegt also vor, wenn die objektiv gebotene Sorgfalt aus subjektiv zu vertretenen Gründen nicht eingehalten wird, d.h. demjenigen, dem die Sorgfaltsverletzung unterläuft, diese subjektiv vorwerfbar ist. Zur Abwendung des Schadens müssen zwar alle, aber auch nur jene Vorkehrungen getroffen werden, die vernünftigerweise nach Lage der Umstände und der Auffassung des Verkehrs vom Schädiger zu erwarten sind. Fahrlässigkeit ist also zu verneinen, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes eines rechtswidrigen Erfolges so gering war, daß sie auch einen pflichtgemäß Handelnden nicht von der Handlung abgehalten oder zu größerer Vorsicht veranlaßt hätte. Sie liegt nur vor, wenn der den Schaden Verursachende bei der nach objektivem Maßstab zu beurteilenden gehörigen Sorgfalt mit der Möglichkeit des Eintrittes jener Schadensfolgen hätte rechnen müssen, mit der er selbst nicht rechnete“.

Die Richter stellen auch in dieser Urteilsbegründung ausschließlich auf die Schadenswahrscheinlichkeit ab und beurteilen Fahrlässigkeit mithin nach konsequentialistischen Grundsätzen. Darüber hinaus findet hier eine Abwägung zwischen Vorkehrungen und möglichen Schäden statt. Nur solche Vorkehrungen müssen nach der Ansicht des OGH getroffen werden, die „vernünftigerweise nach der Lage der Umstände und der Auffassung des Verkehrs vom Schädiger zu erwarten sind“. Auch diese Formulierung macht deutlich, daß die Richter nicht im Sinne einer deontologischen Ethik in einer bestimmten Situation grundsätzlich eine bestimmte Schadensvorsorgepflicht des Handelnden annehmen. Vielmehr berücksichtigen sie die Umstände des Einzelfalls und richten das Maß der gebotenen Sorgfalt an den möglichen Folgen der Handlung aus. Erneut betont das Gericht die Objektivität des Sorgfaltsmaßstabes und spricht sich damit gegen eine utilitaristische Vorgehensweise aus. Die Argumentation des OGH weist zwar ökonomische Kriterien auf, wenn das Gericht die „Vernünf-

tigkeit“ der zu treffenden Vorkehrungen erwähnt. Diese Ausführungen könnten sich auf eine Wohlstandsmaximierung der Gesellschaft beziehen. Alleine diese Argumentation genügt jedoch nicht, um die Urteilsbegründung dem *Wealth Maximization Principle* zuzuordnen. Ein effizienzorientiertes Urteil müßte erkennen lassen, daß die Richter um eine Kostenminimierung bemüht sind, indem sie konkret auf die Kosten der Schadensvorsorge und die Höhe des Schadens, also nicht nur auf die Schadenswahrscheinlichkeit, eingehen. Dies ist hier nicht der Fall. Demnach kann auch diese Entscheidung nur dem Konsequentialismus zugeordnet werden. Eine weitere Einordnung zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik ist nicht möglich.

ff) Überholmanöver¹⁵⁴

Der Beklagte war zum Schadenszeitpunkt als Angestellter bei der Klägerin in deren Kfz-Auslieferungswerk beschäftigt. Der Beklagte verursachte mit dem Fahrzeug der Klägerin einen Verkehrsunfall, als er einen vor ihm fahrenden Reisebus überholen wollte. Mit ihrer Klage beehrte die Klägerin vom Beklagten den Ersatz von 75 % ihres Fahrzeugschadens. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß der Beklagte das Überholmanöver grob fahrlässig durchgeführt habe. Das Berufungsgericht bestätigte diese Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts. Der OGH hielt die Revision für nicht berechtigt und führt dazu aus: „Dem in der Rechtsrüge erhobenen Einwand, die dem Beklagten unterlaufene Fehlleistung rechtfertige keineswegs die Annahme eines schweren Verschuldens, ist entgegenzuhalten, daß der Beklagte durch sein Überholmanöver mehrfach gegen elementare Grundsätze der Straßenverkehrsordnung verstoßen hat. [...] Dazu kommt, daß der Beklagte wegen des auch bei maximaler Beschleunigung zu geringen erzielbaren Geschwindigkeitsunterschiedes und der bei weitem nicht ausreichenden Sichtstrecke schon von vorneherein damit rechnen mußte, daß auch ein Abbruch des Überholmanövers innerhalb der immer knapper werdenden Distanz zum Ende der Sichtstrecke sowohl für ihn als auch für einen allfälligen Gegenverkehr mit einem nicht absehbaren Risiko verbunden sein werde. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte, hat der Beklagte durch sein verkehrswidriges

¹⁵⁴ OGH, Urteil vom 27.01.1988, 9ObA93/87.

Überholmanöver kraß gegen die Vorschriften des § 16 Abs. 1 lit. a, b und c sowie Abs. 2 lit. b StVO verstoßen. Er hat damit seine Sorgfaltspflicht in äußerst ungewöhnlicher und auffallender Weise verletzt; der Eintritt des Schadens war als wahrscheinlich und nicht bloß als möglich voraussehbar“.

Die Richter des OGH bauen den Vorwurf der Fahrlässigkeit hier auf zwei verschiedenen Fundamenten auf. Zum einen argumentieren sie mit dem Verstoß gegen Vorschriften der Straßenverkehrsordnung. Aufgrund dieses Verstoßes in mehreren Fällen liege Fahrlässigkeit seitens des Beklagten vor. Zum anderen sei fahrlässiges Verhalten nach Ansicht des Gerichts auch aufgrund der Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts zu bejahen. Der Verweis auf die Vorschriften der Straßenverkehrsordnung läßt keine ethische Sichtweise des Gerichts erkennen. Hier kommt es auf die ethischen Tendenzen innerhalb der Rechtsvorschriften selbst an, die nicht Gegenstand der Untersuchung sind.

Die zweite Annahme des Gerichts, die auf die Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts abstellt, weist auf die Folgen des Handelns hin: Da der Beklagte das Risiko seiner Handlung erkennen mußte, also bei der Analyse seiner Handlung die negativen Folgen vorhersehen konnte, ist sein Vorgehen als fahrlässig zu bewerten. Dies weist auf eine konsequentialistische Sichtweise hin, wobei auch in diesem Urteil die genaue Richtung des Konsequentialismus mangels näherer Ausführungen des Gerichts nicht definiert werden kann. Es fehlt sowohl an Hinweisen darauf, daß die Richter das Glück der Allgemeinheit bei ihrer Entscheidung berücksichtigen, als auch an einer Betrachtung von Schadens- oder Schadensvorsorgekosten.

gg) Werkshallenbrand¹⁵⁵

Die Firma S. beauftragte zur Durchführung von Montagearbeiten in ihrem Betriebsgebäude verschiedene Firmen. Es wurde beschlossen, wegen der Feuergefährlichkeit der Halle eine Brandwache beizuziehen. Ein Arbeitnehmer der beklagten Firma arbeitete an einer Vergrößerung des bereits vorhandenen Hallendurchbruchs. Dabei verzichtete

¹⁵⁵ OGH, Urteil vom 08.03.1990, 7Ob8/90.

er darauf, die Brandwache zuzuziehen. Bei seiner Arbeit wurde eine in der Nähe befindliche Assmanitplatte durch den beim Schleifen entstehenden Funkenflug entzündet. Der daraufhin entstehende Brand führte zu Schäden im Halleninnern. Die Klägerin, eine Versicherungsgesellschaft, leistete an die Firma S. und beehrte mit ihrer Klage Ersatz des Schadens von der Beklagten. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Dieses Urteil wurde von dem Berufungsgericht bestätigt. Der OGH hält eine Revision der Beklagten für nicht berechtigt und äußert sich folgendermaßen zu der Frage der Fahrlässigkeit: „Fahrlässig handelt, wer bei gehöriger Willensanspannung hätte erkennen können, daß er gefährlich und rechtswidrig handelt, und anders hätte handeln können“.

Bei dieser Ausführung handelt es sich um die Standarddefinition des OGH, die bereits in den meisten der oben untersuchten Urteile verwertet wurde. Diese Argumentation deutet auf eine konsequentialistische Denkweise hin, läßt jedoch darüber hinaus keine weitere ethische Einordnung zu.

hh) Kinderspielplatz¹⁵⁶

Der Kläger stürzte auf dem allgemein zugänglichen Kinderspielplatz einer Wohnanlage der Beklagten von einem Klettergerüst. Der Beklagten wurde von der Klägerseite vorgeworfen, sie habe ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt, da sie es versäumt habe, einen in den Spielbereich hineinragenden Bodenbalken abzudecken. Sowohl Erst- als auch Berufungsgericht verneinten ein Verschulden der Beklagten. Die Revision wurde vom OGH als unzulässig zurückgewiesen. In der Urteilsbegründung heißt es: „Auch wenn an die Verkehrssicherungspflicht in der Nähe von Spielplätzen besonders strenge Anforderungen zu stellen sind, was eine besondere Verantwortung für die Ausstattung und den Erhaltungszustand von Spielgeräten in sich schließt, ist doch auch in diesem Bereich die Grenze des Zumutbaren zu beachten. Absolut sicher können nämlich Spielgeräte, die dem Bewegungsdrang und der Abenteuerlust von Kindern Raum geben, nie sein; andererseits darf die Errichtung und Erhaltung von Spielplätzen

¹⁵⁶ OGH, Urteil vom 20.09.1994, 5Ob540/94.

nicht an einem übertriebenen Sicherheitsbedürfnis und an einer Überspannung der Sorgfaltspflicht ihrer Betreiber scheitern“.

Hier weicht der OGH von seiner sonstigen Argumentation ab. Im Gegensatz zu den vorgenannten Urteilen, begnügt das Gericht sich in dieser Entscheidung nicht mit der bloßen Wiedergabe der üblichen Definition, in der lediglich auf die Wahrscheinlichkeit eines rechtswidrigen Erfolges abgestellt wird. Vielmehr führen die Richter erstmals eine Abwägung bezüglich der Erforderlichkeit von Schadensvorsorgemaßnahmen durch: Trotz der strengen Anforderungen an die Sicherheit von Kinderspielflächen, sind Sorgfaltsvorkehrungen nach der Ansicht des OGH nur insoweit sinnvoll, als sie die Errichtung und Erhaltung von solchen Spielplätzen noch zulassen. Es wird also eine abstrakte Abwägung zwischen den Kosten von Schadensvorsorgemaßnahmen auf der einen und dem Schadensrisiko auf der anderen Seite getroffen, bei der ein Sorgfaltsverstoß dann abzulehnen ist, wenn die Sicherheit in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Sicherheitsmaßnahmen steht. Durch diese Kosten-Nutzen-Rechnung wirken die Richter „übertriebenen“ Aufwendungen von Geldwerten entgegen, da sie es zulassen, daß auch mit einem geringeren finanziellen Aufwand dem Vorwurf der Fahrlässigkeit wirkungsvoll begegnet werden kann. Somit führt das hier vorliegende Urteil zu einem effizienten Gleichgewicht von Kosten für Sicherheitsmaßnahmen und den möglichen Schäden, so daß eindeutig Tendenzen zum *Wealth Maximization Principle* deutlich werden.

ii) Wendeltreppe¹⁵⁷

Der Kläger verletzte sich bei einem Sturz auf der Wendeltreppe, die zu seiner im dritten Stock gelegenen Mietwohnung des der Beklagten gehörenden Hauses führte. Der Unfall ereignete sich, als der Kläger beim Aufsteigen auf der Treppe den sich am äußeren Geländer befindlichen Handlauf losließ und auf die Innenseite, die nicht durch einen Handlauf gesichert war, wechselte, um eine entgegenkommende Person vorbei zu lassen. Der Kläger verlor bei dem Seitenwechsel das Gleichgewicht und stürzte mehrere Stufen tief. Auf dem Klageweg begehrte er von der Beklagten Schmerzens-

geld. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab der Klage hingegen mit einem Teilbetrag des in der Klage geforderten Schmerzensgeldes statt. Der OGH wies die Revision wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage zurück. Bezüglich der Frage fahrlässigen Verhaltens seitens der Beklagten verweist das Revisionsgericht auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den mietvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten: „[Der Vermieter] haftet bei Verschulden für jeden durch die Vernachlässigung seiner Verpflichtungen entstandenen Schaden. Allerdings dürfen die Sorgfaltspflichten eines Hauseigentümers nicht überspannt und die Grenze des Zumutbaren nicht überschritten werden. Ob ein gefährlicher und als solcher Schadensursächlicher Zustand bestanden hat, dem der Vermieter in zumutbarer Weise hätte vorbeugen müssen, läßt sich nur anhand des Einzelfalls beurteilen. Im vorliegenden Fall ergibt die durchzuführende Abwägung, daß der Beklagten die Anbringung von Haltegriffen an der Innenseite der Wendeltreppe zumutbar gewesen wäre. Allein die Einhaltung bestehender Bauvorschriften entbindet den Hauseigentümer nicht von seiner allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, „aufgrund eigener besserer Erkenntnis“ zumutbare Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren zu treffen. Baurechtliche Vorschriften sind daher keine erschöpfende Regelung dessen, was einem Hauseigentümer im Rahmen der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht zumutbar ist“.

Wie in dem vorangegangenen Urteil - OGH, Urteil vom 20.09.1994, 5Ob540/94 – stellt das Gericht auch hier die Zumutbarkeit von Schadensvorsorgemaßnahmen in den Vordergrund. Die Richter sind der Ansicht, daß Sicherheitsmaßnahmen nicht um jeden Preis getroffen werden müssen, sondern daß das Ergebnis einer Abwägung im Einzelfall darüber entscheidet, ob die Sorgfaltsmaßnahmen erforderlich sind. Wenn dabei von „Zumutbarkeit“ gesprochen wird, kann damit nur gemeint sein, daß für jeden Fall einzeln zu ermitteln ist, in welcher Höhe finanzielle Aufwendungen zur Schadensvorsorge erforderlich waren. Das wiederum kann sich nur nach dem Ausmaß der drohenden Gefahr richten, da alleine diese Größe für die Erforderlichkeit der Schadensvorsorge verantwortlich ist. Folglich favorisiert das Gericht in dieser Ent-

¹⁵⁷ OGH, Urteil vom 30.01.1996, 1Ob633/95.

scheidung eine Kosten-Nutzen-Rechnung, bei der die finanziellen Aufwendungen für Schadensvorsorgemaßnahmen dem Risiko einer Schädigung im Sinne der Learned-Hand-Formel gegenübergestellt werden. Ob die Richter bezüglich des Risikos sowohl die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts als auch die Höhe des Schadens berücksichtigen, wird aus der Formulierung in der Urteilsbegründung nicht deutlich. Um eine effizienzorientierte Tendenz des OGH feststellen zu können, reicht allerdings bereits die Tatsache aus, daß das Gericht eine implizite Abwägung von Schadensvorsorgekosten und dem durch die Handlung entstehenden Risiko trifft.

jj) Glatteis I¹⁵⁸

In diesem Fall handelt es sich bei der Erstbeklagten um die Eigentümerin einer Liegenschaft in Wien. Sie hatte den Zweitbeklagten mit der Betreuung des Gehwegs beauftragt. An einem Morgen im Januar 1993, an dem Temperaturen unter 0 Grad Celsius und Nieselregen herrschten, streute der Zweitbeklagte den Gehsteig mit Rollsplitt. Die Klägerin stürzte auf dem glatten Gehweg und verletzte sich. Eine Salzstreuung hatte der Zweitbeklagte nicht vorgenommen, da er erst nach dem Unfall von einer vorübergehenden Aussetzung des Salzstreuverbots im Radio hörte. Diese Salzfreigabe durch den Magistrat der Stadt Wien wurde am Tag des Unfalls ab 4:00 Uhr morgens regelmäßig im ORF durchgegeben. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin Schmerzensgeld und Schadensersatz von der Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten. Das erstinstanzliche Gericht wies das Klagebegehren gegen beide beklagten Parteien ab. Das Berufungsgericht gab der von der Klägerin erhobenen Berufung gegen die Erstbeklagte nicht Folge, verpflichtete aber den Zweitbeklagten zur Zahlung eines Großteils der in der Klage verlangten Summe unter Abweisung des Mehrbegehrens. Der OGH hielt die außerordentliche Revision des Zweitbeklagten für nicht begründet. Bezüglich der Streupflicht der zweitbeklagten Partei äußerte sich das Gericht in seiner Urteilsbegründung wie folgt: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes richtet sich der Umfang der Streupflicht nach dem Verkehrsbedürfnis und der Zumutbarkeit entsprechender Maßnahmen. Der Oberste Gerichtshof hat bereits

¹⁵⁸ OGH, Urteil vom 04.09.1997, 2Ob2289/96y.

ausgesprochen, daß die Grenze der Zumutbarkeit einer Streupflicht dann überschritten wird, wenn bei andauerndem Schneefall oder sich ständig erneuerndem Glatteis das Streuen mangels praktisch ins Gewicht fallender Wirkung für die Verkehrssicherheit nutzlos bleiben muß, weil dem zur Räumung und Streuung Verpflichteten eine ununterbrochene Schneeräumung und Sicherung der Verkehrswege nicht zugemutet werden kann. Es wurde allerdings auch ausgesprochen, daß bei ständiger Eisbildung infolge Eisregens eine Bestreuung des Gehsteiges in kürzeren Abständen als einer Stunde zumutbar ist“.

Da der Zweitbeklagte jede dreiviertel Stunde gestreut hatte, hat das Gericht anerkannt, daß er – soweit es die Bestreuung mit Rollsplitt betrifft – seine Streupflicht erfüllt habe. Das Gericht hielt die Revision des Zweitbeklagten deshalb für nicht berechtigt, da er sich nicht im Rundfunk über seine Pflichten informierte und so fahrlässig keine Kenntnis von der vorübergehenden Aussetzung des Salzstreuverbotes hatte.

In den Ausführungen des OGH zu der allgemeinen Streupflicht, wird deutlich, daß die Richter auch hier eine „Zumutbarkeit“ der Vorsorgemaßnahmen verlangen und nicht Schadensvorsorge „um jeden Preis“ fordern. Erneut ist in einer Urteilsbegründung des OGH zur Fahrlässigkeit im Zivilrecht eine Kosten-Nutzen-Abwägung zwischen Schadensvorsorge und dem zu erwartenden Risiko enthalten. Die Richter sind hier der Ansicht, daß es nicht zumutbar sei, eine ununterbrochene Schneeräumung und Sicherung der Verkehrswege durchzuführen. Als Hinderungsgrund für eine solche durchgängige Tätigkeit kommen alleine finanzielle Aspekte in Betracht. Wenn die Kosten für eine Rund-um-die-Uhr-Streuung aufgewendet würden, wäre es nämlich durchaus möglich, eine lückenlose Sicherung des Gehsteigs zu gewährleisten¹⁵⁹. Da der OGH hier implizit Kosten für die erforderliche Schadensvorsorge gegen das Schadensrisiko abwägt und so darauf bedacht ist, die Reichtumsreduzierung für die Allgemeinheit so gering wie möglich zu halten, kann auch dieses Urteil als effizienzorientiert angesehen werden.

¹⁵⁹ Siehe dazu auch die Argumentation des BGH in dem Urteil vom 21.02.1972, III ZR 134/68 (Punkt C. II. 1. b) dd)).

kk) Glatteis II¹⁶⁰

Die beklagte Partei veranstaltete im März 1995 in einem Skigebiet ein Fest. Der Zu- und Abgang des mitten auf der Piste gelegenen Veranstaltungsortes war von einer Bundesstraße aus entweder über die Skipiste oder über einen steilen Weg, den L.weg, und einem von diesem im rechten Winkel abzweigenden, eigens für das Fest angelegten, die Piste querenden Weg möglich.

Der Kläger, der eine Eintrittskarte für das Fest erworben hatte, kam auf dem Heimweg von der Veranstaltung gegen 21:00 Uhr infolge Glatteises zum Sturz, als er von dem die Piste querenden Weg aus den L.weg betrat. Dieser Weg war nicht gegen Eisglätte gesichert und es herrschte eine diffuse Beleuchtung. Der Kläger beehrte von der Beklagten Schmerzensgeld und die Zahlung der unfallbedingten Mehrausgaben. Das Erstgericht gab der Klage in Höhe des überwiegenden Klagebegehrens statt. Das Mehrbegehren und ein Teilbegehren bei den Zinsen wies es rechtskräftig ab. Das Urteil wurde von dem Berufungsgericht bestätigt. Der OGH hielt die Revision der beklagten Partei mangels erheblicher Rechtsfrage für nicht zulässig. Das höchstrichterliche Urteil enthält unter anderem folgende Ausführungen zu den Pflichten der Beklagten: „Es entspricht der Rechtsprechung und Lehre, daß durch die Entrichtung des Eintrittsgeldes für die Veranstaltung zwischen dem Festteilnehmer und dem Veranstalter ein Vertragsverhältnis entsteht, und daß die vertragliche Nebenpflicht besteht, die Veranstaltungsteilnehmer vor Schäden zu bewahren, wozu auch die Verpflichtung gehört, im Rahmen des Zumutbaren für einen verkehrssicheren Zu- und Abgang zu sorgen. [...] Ob dieser Pflicht entsprochen wurde oder ob die Forderung nach bestimmten Maßnahmen zur Gefahrenabwehr die Grenze der Zumutbarkeit für den Veranstalter überschreiten würde, hängt aber jeweils von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab“.

Dieses Urteil gleicht in seiner Argumentationsweise der vorangegangenen Entscheidung: Die Analyse des drohenden Risikos setzt eine Betrachtung der möglichen Handlungsfolgen voraus und ist somit als konsequentialistisch einzuordnen. Zudem wägt

¹⁶⁰ OGH, Urteil vom 19.01.1999, 7Ob167/98d.

der OGH erneut die erforderliche Schadensvorsorge gegen das Risiko einer Schädigung ab, wenn er von „Zumutbarkeit“ der Gefahrenabwehrmaßnahmen spricht. Die Sicherung von solchen Zu- und Abgängen ist dann nicht mehr zumutbar, wenn der Veranstalter so hohe Beträge zur ständigen Sicherung der Wege aufwenden muß, daß diese nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem denkbaren Risiko stehen. Da es auch hier die finanzielle Belastung und nicht allgemein die Nutzenreduzierung für der Allgemeinheit ist, die das Gericht berücksichtigt, wenn es eine Kosten-Nutzen-Abwägung durchführt und eine „Grenze der Zumutbarkeit“ eingehalten wissen will, kann auch diese Entscheidung als effizienzorientiert eingeordnet werden.

11) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Allen untersuchten österreichischen höchstrichterlichen Urteilen ist gemein, daß die Bestimmung von fahrlässigem Verhalten nicht sehr konkret ist. Zwar wird Fahrlässigkeit angenommen, wenn Sorgfaltsvorkehrungen aufgrund der Erkennbarkeit der Gefahr im konkreten Fall vernünftigerweise erwartet werden konnten. Eine weitergehende Erklärung unterbleibt jedoch. In keinem der Urteile wurde eine explizite Kosten-Nutzen-Abwägung vorgenommen. Vielmehr beschränkt sich der OGH in vielen Fällen darauf, fahrlässiges Verhalten an die Vorhersehbarkeit des Schadens zu knüpfen.

Erst in den neueren Urteilen des OGH, in dieser Arbeit unter den Punkten hh), ii), jj) und kk) aufgeführt, beginnt das Gericht, über die Vorhersehbarkeit des rechtswidrigen Erfolgs hinaus auch an die Höhe des Schadens zu denken. So stellt es in allen vier neueren Urteilen auf die Zumutbarkeit von Schadensvorsorgemaßnahmen ab, die im Einzelfall ermittelt werden müsse. Woran sich die Zumutbarkeit orientieren soll, wird von dem OGH an keiner Stelle explizit erwähnt, jedoch ist das drohende Risiko eines Schadens die einzig denkbare Größe, die einer unbegrenzt hohen Schadensvorsorge entgegenstehen könnte. Dadurch, daß das Gericht in diesen vier Urteilen eine Kosten-Nutzen-Abwägung trifft, bei der die Höhe der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen an dem Schadensrisiko gemessen werden, verlangt es implizit eine Betrachtung der Handlungskonsequenzen in Form von Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe,

da ohne eine solche die Einschätzung des Risikos nicht möglich ist. Dementsprechend offenbart der OGH mit dieser Argumentation eine konsequentialistische Denkweise.

Darüber hinaus bezog sich die Zumutbarkeit der Vorsorgemaßnahmen in allen vier Fällen auf Kostenabwägungen. Die Richter erkennen in diesen Entscheidungen, daß eine vollständige Schadensvermeidung aus Kostengründen oftmals nicht angemessen ist. Damit wird deutlich, daß die Gerichte auf eine Minimierung der Gesamtkosten für die Gesellschaft abzielen. Aus diesem Grund haben die Richter des OGH dem Ausmaß der erforderlichen Schadensvorsorge in den neueren vier Urteilen eine Grenze gesetzt, die sie mit dem Begriff der „Zumutbarkeit“ umschrieben. So ging es in zwei Fällen um die Zumutbarkeit der Gehwegsicherung bei Glatteis, in einem Fall um die von einem Hauseigentümer zu treffenden Sicherheitsvorkehrungen auf einer Wendeltreppe und in einem weiteren Fall um die Maßnahmen zur Sicherung eines Kinderspielplatzes. In allen diesen Fällen ist es theoretisch denkbar, ein Schadensrisiko fast komplett auszuschließen. Daß diese Möglichkeit aber aufgrund der sehr hohen Sorgfaltskosten ökonomisch ineffizient ist, haben die Richter des OGH gesehen und versucht, die Aufwendungen für Schadensvorsorgemaßnahmen mit ihrer „Zumutbarkeitsformel“ in einem bestimmten Rahmen zu halten. Mithin bestand ihr Interesse darin, einer Minimierung des Reichtums der Allgemeinheit entgegenzuwirken, was auf eine effizienzorientierte Sichtweise hindeutet. Die letzten vier Urteile können daher dem *Wealth Maximization Principle* zugeordnet werden.

Darüber hinaus fällt bei der Rechtsprechung des OGH auf, daß sämtliche Urteile konsequentialistische Tendenzen aufweisen, wobei sich in allen hier untersuchten Entscheidungen, die zeitlich vor den vier effizienzorientierten Urteilen getroffen wurden, die genauere konsequentialistische Richtung nicht festlegen läßt.

Dieses Ergebnis steht der oben aufgeführten Ansicht in der österreichischen Literatur entgegen, die in der Fahrlässigkeit ein subjektives Element sieht und persönliche Fähigkeiten und Umstände berücksichtigen möchte. In keinem der untersuchten Urteile konnte eine derartige subjektive Vorgehensweise aufgefunden werden.

Vielmehr wendet der OGH sich in den meisten Fällen explizit gegen eine subjektive Betrachtung¹⁶¹, indem er auf eine „durchschnittliche Aufmerksamkeit“ des Handelnden abstellt oder ausführt, der anzulegende Sorgfaltsmaßstab sei ein objektiver¹⁶².

Insgesamt läßt sich festhalten, daß der österreichische Oberste Gerichtshof konsequentialistisch argumentiert. In der neueren Rechtsprechung läßt sich eine Tendenz zur effizienzorientierten Sichtweise feststellen. Fraglich bleibt jedoch, ob vier Ergebnisse als repräsentativ für die neuere Rechtsprechung angesehen werden können.

3. *Das Zivilrecht in der Schweiz*

Das schweizerische Zivilrecht ist im ZGB kodifiziert, das am 01.01.1912 zusammen mit dem Obligationenrecht in Kraft trat. Dabei stellt das OR inhaltlich im Grunde genommen den fünften Teil des ZGB dar und trifft unter anderem Regelungen zur Entstehung und Wirkung von Obligationen, zu einzelnen Vertragsverhältnissen und handelsrechtlichen Sachverhalten. Sowohl im ZGB als auch im OR wurden juristische Fachausdrücke und Verweisungen auf andere Gesetzesartikel vermieden und die gesetzlichen Regelungen bewußt unvollständig gehalten, so daß in den Normen dieser Kodices zahlreiche Generalklauseln zu finden sind, die erst der Richter zu konkretisieren hat¹⁶³.

a) *Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit*

Die Haftung für unerlaubte Handlungen ist in den Art. 41 ff. OR geregelt. Dort heißt es in Art. 41, Satz 1: „Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“. Damit wird zwischen zwei Verschuldensformen, der Fahrlässigkeit und der Absicht, unterschieden. Eine Legaldefinition für diese Verschuldensformen sieht das Gesetz nicht vor.

¹⁶¹ Lediglich im Bereich der groben Fahrlässigkeit analysiert der österreichische Oberste Gerichtshof, ebenso wie die deutsche Rechtsprechung, ausdrücklich auch subjektive Umstände des Handelnden. Vgl. beispielsweise OGH, 7 Ob 14/03i; 2 Ob 310/02f; 1 Ob 134/02s; 7 Ob 165/02v; 2 Ob 281/01i; 4 Ob 98/01t; 7 Ob 35/01z2 Ob 133/00y; 7 Ob 59/01d; 7 Ob 160/00f.

¹⁶² So in 1Ob 44/75, 1Ob 730/82, 1Ob 57/87, 14Ob A64/87, 2Ob 627/87.

¹⁶³ *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*, S. 173.

Bezüglich des Fahrlässigkeitsrechts in der Schweiz ist interessant, daß die Literatur einheitlich annimmt, daß das Verschulden sich generell, also auch die Fahrlässigkeit, in objektive und subjektive Komponenten aufteile¹⁶⁴. Die objektive Seite käme dadurch zur Geltung, daß die Richter das Verhalten des Handelnden mit dem eines *bonus pater familias*, der dem Alter, dem Geschlecht, der Berufsgattung sowie den physischen Kräften des Schadensverursachers entspreche, verglichen. Diese Objektivierung des Verschuldens mache es dem Kläger unmöglich, sich mit persönlichen Umständen entschuldigen zu können. Zu der subjektiven Seite des Verschuldens gehöre die Urteilsfähigkeit, da nur ein urteilsfähiger Handelnder dem Verschuldensvorwurf ausgesetzt werden könne. Die folgende Untersuchung der schweizerischen höchstrichterlichen Urteile kann unter Umständen zeigen, ob die Rechtsprechung bei der Bestimmung von Fahrlässigkeit tatsächlich auf diese Weise vorgeht.

b) *Urteilsanalyse*

aa) Skiunfall¹⁶⁵

Der Beklagte, ein fünfzehnjähriger Schüler, fuhr auf Skiern zusammen mit seiner Schulklasse und dem betreuenden Lehrer einen steilen Hang hinunter. Die Piste mündete am Ende in einen Weg ein, auf der sich der Kläger befand. Der Beklagte stürzte, als er versuchte, vor dem Weg nach links abzuschwingen, und prallte auf den Kläger. Auf diese Weise kam auch der Beklagte zu Fall und zog sich einen Oberschenkelhalsbruch zu. Mit seiner Klage vor dem Amtsgericht begehrte der Kläger Schadensersatz, sowie Genugtuung in Höhe von insgesamt 70.000,00 sFr zuzüglich Zinsen und die Gewährung eines Nachklagerechts auf zwei Jahre. Das Gericht gab der Klage in Höhe von 27.259,10 sFr zuzüglich Zinsen statt und sprach dem Kläger das begehrte zweijährige Nachklagerecht zu. Auf Appellation des Beklagten gab das Obergericht der Klage in noch größerem finanziellem Umfang statt.

Mit seiner Berufung wollte der Beklagte erreichen, daß das Urteil des Obergerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen werde. In der Begründung seiner Entscheidung

¹⁶⁴ *Berner Kommentar - Brehm*, OR, Art. 41, Rn. 169; *Gauch/Schluep*, OR, Rn. 2757.

¹⁶⁵ BGE 82 II 25 (5. Urteil der I. Zivilabteilung vom 07. Februar 1956 i.S. Bally gegen Rosti).

führt das Bundesgericht folgendes aus: „Trotz seiner Jugend mußte [der Beklagte] als Skifahrer von einiger Erfahrung wissen, daß auf der harten Piste beim Befahren einer steilen Strecke die Geschwindigkeit sehr groß werden konnte, daß er sie aber durch vermehrtes Abschwngen oder durch Stemmbogen verringern konnte. Er mußte auch wissen, daß ein Schwung auf der harten Unterlage der Bodenschwelle am Wege viel leichter zu einem Sturze führen konnte als bei anderen Schneesverhältnissen, daß diese Gefahr mit der Größe der Geschwindigkeit wuchs, und daß ein Sturz aus schneller Fahrt heraus auf dem harten Schnee ihn über die Biegung der Piste hinaus an den auf dem Wege stehenden Kläger schleudern konnte. Wenn seine Ausbildung gut sein sollte, wie er es annimmt, mußte er umso mehr zu dieser Einsicht kommen. Der Einwand, auch der Fähigste könne stürzen, hilft nicht. Gewiß nimmt auch der gewandte Skifahrer die Gefahr von Stürzen in Kauf. Wenn er dadurch niemanden gefährdet, trifft ihn kein Vorwurf. Wenn er sich aber sagen muß, daß er durch seine Fahrweise jemanden verletzen könnte, muß er alle zumutbare Sorgfalt anwenden, um das zu verhüten. Der Beklagte hätte bedenken können und sollen, daß ein heftiger Zusammenstoß den Kläger erheblich schädigen könnte. Die eingetretenen Folgen liegen nicht außerhalb allgemeiner Lebenserfahrung und außerhalb dessen, was auch ein fünfzehnjähriger Gymnasiast voraussehen kann“.

Das Gericht stellt hier umfassend dar, was der Beklagte hätte erkennen müssen. Dabei wird deutlich, daß die Richter dem Beklagten insbesondere vorwerfen, die große Wahrscheinlichkeit eines erheblichen Schadens ex ante nicht gesehen zu haben. Durch die Berücksichtigung der Konsequenzen des Handelns wendet sich das Gericht von der ethischen Richtung der Deontologie ab. Dies wird auch durch den Satz: „Wenn er dadurch niemanden gefährdet, trifft ihn kein Vorwurf“ bekräftigt, da diese Worte deutlich machen, daß das Gericht hier die Gefahr als entscheidenden Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf ansieht. Die Deontologie verurteilt eine Handlung bereits dann, wenn sie gegen eine dem Handelnden obliegende Pflicht verstößt, unabhängig von der Frage einer Gefährdung für Personen oder Sachen. Das Gericht folgt hier also einer konsequentialistischen Sichtweise.

Desweiteren ordnen die Richter den Beklagten einem bestimmten Verkehrskreis zu, wenn sie ausführen, daß auch ein fünfzehnjähriger Gymnasiast die eingetretenen Folgen hätte voraussehen könne. Eine solche Vorgehensweise stellt ein Prinzip mittlerer Reichweite dar und könnte als eines von mehreren Indizien auf eine Nähe zur Effizienzethik hindeuten.

An anderer Stelle verlangt das Gericht, daß der Beklagte „alle zumutbare Sorgfalt“ anwenden müsse, um einen möglichen Schaden abzuwehren. Der Begriff „zumutbar“ könnte dahingehend interpretiert werden, daß der Beklagte nur diejenige Sorgfalt aufwenden muß, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem möglichen Schaden steht, so daß effizienzorientierte Tendenzen sichtbar würden. Diese Interpretation wird dadurch bekräftigt, daß die Richter „alle“ zumutbare Sorgfalt verlangen und diese einer „großen“ Wahrscheinlichkeit eines „erheblichen“ Schadens gegenüberstellen. Dies bedeutet nämlich, daß die Richter bei einem großen Ausmaß an Gefahr ein hohes Maß an Sorgfalt für erforderlich halten und mithin implizit das Learned-Hand-Kriterium anwenden. Demnach kann die hier vorliegende Urteilsbegründung dem *Wealth Maximization Principle* zugeordnet werden.

bb) Heuarbeiten¹⁶⁶

Zwei Landwirte halfen sich gegenseitig bei Heuarbeiten. Bei einer gemeinsamen Traktorfahrt verstarb einer der beiden, als er den Versuch unternahm, einen von einem Anhänger, auf dem er mitfuhr, herabfallenden Rucksack aufzufangen.

Die Ehefrau des Verstorbenen und ihre sechs Kinder verklagten sodann den Führer des Traktors auf Ersatz des Schadens und verlangten Genugtuung. Das erstinstanzliche Gericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung eines Teils der geforderten Summe. Daraufhin legte der Beklagte Berufung ein. Dieser schlossen sich zwei der Kläger mit dem Begehren der Erhöhung der Genugtuung an. Die übrigen Kläger beantragten eine Abweisung der Berufung. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten statt, wies die Anschlußberufung ab, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Klage ab.

¹⁶⁶ BGE 85 II 32 (7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. März 1959 i.S. Bilgischer gegen Kippel).

In der Begründung des Gerichts heißt es bezüglich der Fahrlässigkeit des Beklagten: „Bleibt es demnach beim festgestellten Sachverhalt, so gereicht der Unfall dem Beklagten nicht zum Verschulden. Dieser brauchte nicht damit zu rechnen, daß Kippel vom Wagen stürzen könnte. Er durfte voraussetzen, daß Kippel, der sich nebenberuflich als Landwirt betätigte, sich auf einem fahrenden Heufuder sachgemäß zu verhalten wisse“.

Wie in dem zuvor untersuchten Urteil betrachtet das Bundesgericht auch hier die Schadenswahrscheinlichkeit, indem es die Ansicht äußert, der Beklagte habe mit dem Verhalten Kippels nicht zu rechnen brauchen. Demnach stellt es auf die Folgen der Handlung ab und argumentiert mithin konsequentialistisch. Weitere Ausführungen über die Fahrlässigkeit werden nicht getroffen, so daß bezüglich der hier vorliegenden Urteilsbegründung keine spezifischere Zuordnung zu einer ethischen Richtung erfolgen kann.

cc) Diebstahl¹⁶⁷

Aus dem Kassenschrank eines Stationsgebäudes der SBB wurden schweizerische und ausländische Banknoten gestohlen. Die Polizei fand heraus, daß der Täter von einem vor der Bürotür aufgestellten Posthandwagen durch das Oberlicht eingedrungen war. In dem Büro hatte er den Kassenschrank ohne Gewaltanwendung mit einem Schlüssel geöffnet. Ein Angestellter der SBB, Herr Keller, arbeitete als Bürochef in diesem Bahnhof. Er pflegte die ihm anvertrauten Schlüssel nach Dienstschluß in der Schublade seines Pults einzuschließen. Nach dem Diebstahl wurde diese Schublade etwa 15 cm weit herausgezogen vorgefunden, das Schloß war in Verschußstellung und der Schubladenschlüssel steckte nicht im Schloß. Auf dem Boden lagen zwei Schlüsselbunde mit je zwei Tresorschlüsseln. Ein Disziplinarverfahren, das gegen Herrn Keller durchgeführt wurde, ergab, daß Keller aufgrund der Verletzung von Instruktionen mit 800,00 sFr am Schaden beteiligt werden müsse. Die von Keller hiergegen erhobene Einsprache wurde von der Kreisdirektion abgewiesen, worauf Keller seinen Besol

¹⁶⁷ BGE 89 I 414 (60. Urteil vom 4. Oktober 1963 i.S. Keller gegen Schweizerische Bundesbahnen).

dungsanspruch klageweise vor dem schweizerischen Bundesgericht geltend machte. Das Bundesgericht gab seiner Klage statt. Zu der Frage fahrlässigen Verhaltens äußerte es sich wie folgt: „Daß der Kläger mit der Verwahrung des Tresorschlüssels in der Schublade seines Pultes, das im gleichen Raum stand wie der Kassenschrank, nicht die Vorsicht beobachtet hat, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war, liegt auf der Hand. Bei einiger Überlegung hätte er sich sagen müssen, daß die Pultschublade nicht sicher genug sei, ansonsten die Einrichtung eines Kassenschrankes nicht notwendig gewesen wäre. [...], weswegen ihm Fahrlässigkeit zur Last fällt“.

Erneut macht das Gericht die Vorhersehbarkeit des Schadens zur Grundlage ihrer Beurteilung und argumentiert somit konsequentialistisch. Allerdings sind auch in dieser Urteilsbegründung keine Anhaltspunkte dafür zu finden, ob die Richter Effizienzgesichtspunkten gegenüber offen sind oder den Gesamtnutzen bzw. das Gesamtglück im utilitaristischen Sinn als oberstes Ziel des Handelns ansehen.

dd) Baggersturz¹⁶⁸

Der Beklagte mietete einen Bagger der klägerischen Firma. Bei Vertragsschluß vereinbarten die Parteien, daß der Beklagte den Bagger nicht von der Klägerin anliefern lassen, sondern sich selbst um den Transport kümmern wolle. Zu diesem Zweck beauftragte er einen Helfer, mit dem er den Bagger auf einen Tiefgangswagen verlud, um ihn zu dem Ort des Aushubs zu transportieren. Bei dieser Fahrt stürzte der Bagger von dem Tiefgangswagen und wurde dabei erheblich beschädigt. Die Klägerin klagte vor dem Handelsgericht auf Schadensersatz. Der Beklagte verkündete seinem Transporthelfer den Streit. Das Handelsgericht gab der Klage in voller Höhe statt, worauf der Beklagte Berufung beim Bundesgericht einlegte. In seinen Erwägungen führt das Bundesgericht folgendes aus: „Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz wurde für den Transport des Baggers ein Tiefgangswagen bereitgestellt und verwendet, dessen Brücke nur teilweise mit Brettern belegt war, so daß die eisernen Raupen des

¹⁶⁸ BGE 91 II 291 (44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13.07. 1965 i.S. Hedinglinger gegen Gerschweiler & Co. AG).

Baggers stellenweise auf die Eisenbalken der Ladebrücke zu liegen kamen. Auf den vorhandenen Brettern lag zudem gefrorene Erde. Wenn es sich überhaupt verantworten ließ, den Tiefgangwagen in diesem Zustand zu verwenden, so drängte es sich auf, den Bagger mit ganz besonderer Sorgfalt zu befestigen. Humbel tat das nicht und Preisig unterließ es, diesen gemäß Feststellung der Vorinstanz erkennbaren Mangel zu beanstanden und auf eine bessere Befestigung zu dringen. Nach dem Einschwenken in die Straße, auf welcher der Unfall sich ereignete, versäumte es Humbel zudem, sich nach dem Bagger umzusehen, obwohl die Fahrbahn eine erhebliche Wölbung aufwies, was die Gefahr des Abrutschens offensichtlich verstärkte. Die Sorgfalt, für die der Beklagte einzustehen hat, wurde also in mehrfacher Hinsicht gröblich vernachlässigt“.

Aus den gerichtlichen Ausführungen ergibt sich, daß die Richter den Schaden wegen des schlechten Stands des Baggers als wahrscheinlich ansahen. Diese Schadenswahrscheinlichkeit führt sie weiter zu der Aussage, daß der Beklagte die Sorgfalt, für die er einzustehen hatte, vernachlässigte und mithin fahrlässig handelte. Das Gericht betrachtet demnach die Folgen einer Handlung und setzt voraus, daß ein sorgfältiger Mensch ebenso vorgeht und sich der Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines Schadens gemäß verhält. Folglich wird hier eine konsequentialistische Sichtweise deutlich. Darüber hinaus bietet die hier vorliegende Urteilsbegründung keinen Anhaltspunkt, um Aussagen über eine tiefergehende ethische Einordnung hinsichtlich der Definition von Fahrlässigkeit treffen zu können.

ee) Kransturz¹⁶⁹

Die klägerische AG verwendete bei der Erstellung eines Neubaus einen Turmdrehkran. Für die Demontage des Krans beauftragte sie einen Monteur der beklagten Firma, Herrn Eugster. Als dieser zur Demontage des Krans erschien, waren Arbeiter der Klägerin damit beschäftigt, die Kranbahn, in welche der Kran abgekippt werden sollte, zu verlängern. Das Ende der verlängerten Bahn wurde statt mit Federpuffern nur mit einem Holzbalken gesichert, der quer über die Schienen gelegt und mit Draht befestigt

¹⁶⁹ BGE 92 II 234 (36. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1966 i.S. Emil Baumann AG gegen Cranag AG).

wurde. Nachdem Eugster den Kran ein Stück über die neuen Geleise gefahren hatte, ließ er die auf „Fahren“, „Ausleger“ und „0“ einstellbare Umschaltwalze des Triebwerks auf „Fahren“ stehen. Als er den Ausleger herablassen wollte und den Strom einschaltete, setzte sich anstelle der Seiltrommel für den Ausleger der Kran in Bewegung. Der Kran fuhr über das Ende der kürzeren Schiene hinaus, verlor das Gleichgewicht, stürzte und beschädigte dabei zwei Häuser. Der Kran selbst wurde ebenfalls stark beschädigt. Die Beklagte übernahm mehr als die Hälfte der Schadenskosten. Die Klägerin klagte vor dem Handelsgericht auf Übernahme des gesamten Schadens durch die Beklagte, woraufhin das Gericht die Klage abwies, da sie eine hälftige Teilung des Schadens für angemessen hielt und die Beklagte bereits mehr als die Hälfte des Schadens übernommen hatte. Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung beim Bundesgericht ein und beantragte, die Beklagte zur Zahlung der noch ausstehenden Schadenskosten zu verurteilen. Das Bundesgericht bemaß die Ersatzpflicht der Beklagten auf dreiviertel des entstandenen Gesamtschadens. Es äußerte sich in der dazu gehörenden Urteilsbegründung unter anderem wie folgt: „Für einen Kranfachmann war ohne weiteres erkennbar, daß der mit Draht befestigte Holzbalken keine genügende Schienenendsicherung darstellte, weil er bei einem Aufprall des Krans weggeschoben werden konnte, und daß in diesem Fall ein Sturz des Krans drohte. Wenn Eugster, wie das Handelsgericht annimmt, als Monteur nicht die erforderliche Ausbildung besessen haben sollte, um diese Gefahr voll zu erkennen, so käme darauf nichts an, weil die Beklagte für die Sorgfalt eines gut ausgebildeten Kranfachmannes einzustehen hat. Im übrigen lag die erwähnte Gefahr so nahe, daß sie einem Monteur, der wie Eugster schon seit vielen Jahren mit Kränen zu tun hatte, nicht entgehen konnte“.

Mit den Formulierungen „ohne weiteres erkennbar“ und „nicht entgehen konnte“ werden auch in diesem Urteil des Bundesgerichts konsequentialistische Tendenzen sichtbar, da es auf die Vorhersehbarkeit des Schadens und mithin auf die möglichen Folgen der Handlung Bezug nimmt.

Weiter nimmt das Gericht an, die Beklagte habe „für die Sorgfalt eines gut ausgebildeten Kranfachmannes einzustehen“. Damit ordnen die Richter das erforderliche Verhalten einem bestimmten Verkehrskreis zu, so daß persönliche Fähigkeiten des Einzelnen

außer acht gelassen werden und sich das erforderliche Können an einer bestimmten Personengruppe orientiert. Auf diese Weise ist eine umständliche Betrachtung der Fertigkeiten des Einzelnen entbehrlich. Fraglich ist jedoch, ob diese Formulierung ausreicht, um das Urteil der Ethik des *Wealth Maximization Principle* zuzuordnen. Bei den Prinzipien mittlerer Reichweite, zu denen auch die Einordnung in Verkehrskreise gehört, kann es sich jedoch nur um Indizien für eine effizienzorientierte Vorgehensweise handeln. Die Verwendung eines solchen Kriteriums kann alleine noch nicht genügen, um von einer effizienzorientierten Urteilsbegründung ausgehen zu können. Dazu müßte zumindest eine implizite Anwendung des Learned-Hand-Kriteriums vorliegen, die hier jedoch nicht ersichtlich ist.

Diese Entscheidung ist mithin als konsequentialistisch zu qualifizieren. Eine Zuordnung zur Effizienzethik oder zum Utilitarismus erscheint darüber hinaus nicht möglich.

ff) Aktienkauf¹⁷⁰

Der Verwaltungsrat der klägerischen AG, Dr. Bruno Steffan, kaufte Aktien einer in Kanada niedergelassenen Firma auf Rechnung der AG. Kurze Zeit später verstarb der Verwaltungsrat. In der Folgezeit schwankte der Kurs der gekauften Aktien sehr stark und sank, so daß die Klägerin in einer Generalversammlung beschloß, Steffan für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat nicht zu entlasten. Steffan verstarb. Die Klägerin setzte dem Vollstrecker des letzten Willens Steffans eine Frist, um ihr aus der Erbmasse den Betrag zu überweisen, den Steffan der AG wegen des Kaufs der Aktien belastet hatte, um im Gegenzug die fraglichen Aktien zu übernehmen. Nach erfolgloser Sühneverhandlung machte die Klägerin dieses Begehren klageweise gegen die Witwe des Verstorbenen, Frau Sibylle Steffan, geltend. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab, wohingegen das Obergericht ihr stattgab. Die Beklagte legte daraufhin Berufung zum Bundesgericht ein. Dieses wies die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Obergerichts. Das Bundesgericht führte zu der Frage der Fahrlässigkeit aus: „Wie die

¹⁷⁰ BGE 99 II 176 (26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. September 1973 i.S. Steffan gegen Artella AG).

Beklagte unter Hinweis auf BGE 89 II 252 Erw. 10 zutreffend geltend macht, erfordert Fahrlässigkeit, daß das schädigende Ereignis für den Schädiger voraussehbar gewesen sei. Das bedeutet indessen nicht, er habe seines Eintrittes sicher sein müssen. Es genügt, wenn er sich nach der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete Gefahr der Schädigung“.

Erneut stellt das Bundesgericht auf die Vorhersehbarkeit des Schadens ab und argumentiert mithin in konsequentialistischer Weise.

Es ist fraglich, wie der letzte hier aufgeführte Satz des Gerichts zu deuten ist. Wäre „zumutbare Aufmerksamkeit“ dahingehend zu interpretieren, daß das Gericht ein angemessenes Verhältnis von erforderlicher Vorsorge zu dem drohenden Schaden verlangt, so könnten in dem Urteil effiziente Aspekte erkannt werden. Da das Bundesgericht jedoch im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung an keiner Stelle prüft, wie eine dem Herrn Dr. Steffan „zumutbare Aufmerksamkeit“ aussieht und die Richter auch ansonsten nicht weiter auf den Begriff der Fahrlässigkeit eingehen, muß auch bei diesem Urteil offen bleiben, welcher spezifischen Richtung des Konsequentialismus es zuzuordnen ist.

gg) Zugunfall¹⁷¹

Die dreizehnjährige Klägerin sprang auf einen anfahrenden Zug der SBB auf, verlor das Gleichgewicht und stürzte auf die Geleise. Die Räder des Zuges trennten ihr dabei beide Beine unterhalb der Knie ab. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin Schadensersatz und Genugtuung. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage wegen groben Selbstverschuldens ab. Das Bundesgericht hatte daraufhin über die Berufung der Klägerin zu entscheiden und sprach der Klägerin ein Viertel der beantragten Summe zu. In demjenigen Teil der Urteilsbegründung, der sich mit der Frage auseinandersetzt, ob die Klägerin den Unfall selbst verschuldete, äußerten sich die Richter: „Nach Art. 16 ZGB ist urteilsfähig, wer die Fähigkeit besitzt, vernunftgemäß zu handeln. Unvernünf

¹⁷¹ BGE 102 II 363 (52. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Oktober 1976 i.S. Regotz gegen Schweizerische Bundesbahnen).

tig handelt nicht nur, wem die Einsicht in die Gefährlichkeit seines Tuns fehlt, sondern auch, wer die Willenskraft nicht besitzt, die von ihm als gefährlich erkannte Handlung zu unterlassen. [...] Bei der Beurteilung der Deliktsfolgen [...], wo sich der Umfang der Haftung unter anderem nach der Größe des Verschuldens richtet, ist auch das Maß der Urteilsfähigkeit zu berücksichtigen. Ist diese durch irgendwelche Umstände beeinträchtigt, so kann die Schadensersatzpflicht ermäßigt oder in gewissen Fällen sogar verneint werden“.

In dieser Urteilsbegründung wird die konsequentialistische Sichtweise des Bundesgerichts dadurch deutlich, daß das Gericht die Gefährlichkeit des Tuns als Bestandteil der erforderlichen Abwägung des Handelnden sieht.

Darüber hinaus beurteilt die Rechtsprechung in diesem Fall Fahrlässigkeit nicht nur nach objektiven Kriterien, sondern bezieht teilweise auch eine subjektive Komponente in Form der Urteilsfähigkeit in ihre Definition mit ein. Damit verfolgt das Gericht eine Vorgehensweise, die auch in der schweizerischen Literatur bezüglich des Begriffs der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit angenommen wird. Eine solche Begutachtung ist nicht mit einem effizienzorientierten Fahrlässigkeitsbegriff vereinbar.

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Abkehr von einer objektiven Betrachtungsweise gleichzeitig eine Hinwendung zum Utilitarismus bedeutet, da bei der Frage nach der Urteilsfähigkeit subjektive Umstände eine Rolle spielen. Der Utilitarist bewertet eine Handlung anhand des durch sie veränderten Glückszustands, wobei er, um diesen messen zu können, auf die Untersuchung persönlicher Umstände angewiesen ist. Hinweise auf utilitaristische Züge des Gerichts finden sich hingegen nicht, so daß alleine von der Berücksichtigung persönlicher Fähigkeiten nicht auf den Utilitarismus geschlossen werden kann. Für eine utilitaristische Definition des Fahrlässigkeitsbegriffs muß über die Betrachtung persönlicher Umstände hinaus deutlich werden, daß die Richter die Bewertung der in Frage stehenden Handlung auf ihre Bedeutung für das Glück der Allgemeinheit stützen. Dies wird in der hier vorliegenden Urteilsbegründung nicht offensichtlich, da die Richter lediglich ausführen, daß sie neben der objektiven auch

die subjektive Seite des Verschuldens prüfen möchten. Demnach kann dieses Urteil keiner speziellen konsequentialistischen Ethik zugewiesen werden.

hh) Falsche Preisauszeichnung¹⁷²

Der Kläger, ein Juwelier, stellte im Schaukasten seines Geschäfts einen Damenring aus, dessen Preis er auf 13.800,00 sFr festgesetzt hatte. Eine Angestellte des Klägers brachte auf dem Ring versehentlich ein Preisetikett an, auf dem ein Verkaufspreis von 1.380,00 sFr verzeichnet war. Der Beklagte kaufte den Ring bei einem anderen Angestellten des Klägers für den auf dem Etikett ausgewiesenen Preis. Der Kläger entdeckte das Versehen einen Tag später, erklärte dem Beklagten den Rücktritt vom Vertrag und verlangte von ihm den Ring gegen Rückgabe des Kaufpreises heraus. Eine Einigung kam nicht zustande. Die Klage des Klägers auf Herausgabe des Rings Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises wurde vom Bezirksgericht abgewiesen. Ebenso wies das Obergericht die darauf folgende Appellation des Klägers zurück.

Das Bundesgericht, das in diesem Fall über die Berufung des Klägers zu entscheiden hatte, hieß den Rechtsbehelf insoweit gut, als es das Urteil des Obergerichts aufhob und die Sache zur erneuten Entscheidung an dieses Gericht zurückwies. Bezüglich der Frage der Fahrlässigkeit lautet die Urteilsbegründung wie folgt: „Gerade im vorliegenden Fall wäre für den Kläger besondere Sorgfalt angezeigt gewesen, sollte doch in der Auslage ein Ring mit hohem Wert zum Verkauf angeboten werden“.

Das Bundesgericht bezieht hier in seine Erwägungen ein, daß aufgrund des hohen Wertes des Rings im Falle eines Fehlers ein schwerer Schaden erwartet werden mußte. Die Betrachtung der Schadenshöhe bedeutet eine Analyse der Handlungsfolgen, so daß auch in dem hier vorliegenden Urteil konsequentialistisch argumentiert wird.

Zudem koppelt das Gericht das Maß der erforderlichen Sorgfalt an die Höhe des drohenden Schadens: Je schwerer der drohende Schaden ist, desto größer ist das Maß der erforderlichen Sorgfalt. Auf diese Weise trifft das Gericht eine Abwägung von Kosten

¹⁷² BGE 105 II 23 (4. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 1979 i.S. Nussberger gegen K.).

und Nutzen der erforderlichen Sorgfaltsvorkehrung, so daß das Learned-Hand-Kriterium sichtbar wird.

ii) Konkurs¹⁷³

Herr M. S. und Rechtsanwalt Dr. F. hatten bei der P. AG neben dem Hauptaktionär, Herrn E. S., das Amt der Verwaltungsräte inne. Dr. F. und M. S. erklärten im Jahr 1972 ihren Rücktritt aus dem Verwaltungsrat. 1975 fiel die AG in Konkurs, woraufhin der Abtretungsgläubiger M. Klage gegen die beiden ehemaligen Verwaltungsräte aus aktienrechtlicher Verantwortung erhob. Das Bezirksgericht wies die Klage, das Obergericht die Berufung ab. Das Bundesgericht hieß die Berufung des Klägers insoweit für gut, als es die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückgab.

In der Urteilsbegründung äußerten sich die Richter folgendermaßen: „Damit Fahrlässigkeit angenommen werden kann, ist erforderlich, daß das schädigende Ereignis für den Schädiger vorauszusehen war; dabei genügt es, daß sich der Schädiger nach der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete Gefahr der Schädigung.“

An dieser Stelle kann auf die Ausführungen hinsichtlich der ethischen Einordnung der Urteilsbegründung auf das Urteil „Aktienkauf“ - BGE 99 II 176 - verwiesen werden, das unter Punkt ff) analysiert wurde. Dem hier vorliegenden Urteil liegen wörtlich die gleichen gerichtlichen Ausführungen zugrunde, durch die das o.g. Urteil als konsequentialistisch eingeordnet werden konnte. Eine weitere Einordnung in ethische Kategorien kann mangels klarer Präferenzen des Gerichts für Utilitarismus oder Effizienzethik nicht erfolgen.

jj) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Bei der Untersuchung der schweizerischen Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit fällt auf, daß die überwiegende Anzahl der neun hier analysierten Urteile konsequentialistische Tendenzen aufweist. Das Bundesgericht stellt in diesen Urteils-

¹⁷³ BGE 113 II 52 (10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. April 1987 i.S. M. gegen F. und M. S.).

begründungen entweder auf die Schadenswahrscheinlichkeit oder auf die Schadenshöhe ab und schließt von diesen Elementen auf die Vorhersehbarkeit des Schadens, die den Schädiger dazu hätte veranlassen müssen, Vorsorge zu treffen.

Bezüglich einer weiteren Einordnung der Urteile scheint sich das schweizerische Bundesgericht teilweise entsprechend den Ausführungen im schweizerischen Schrifttum zu verhalten: Nach diesem bezieht die Rechtsprechung teilweise die Urteils- oder Zurechnungsfähigkeit als subjektives Element bei der Bewertung von fahrlässigem Verhalten ein und hält so einen tadelnden Charakter des Verschuldens aufrecht¹⁷⁴. Diese Vorgehensweise läßt sich, wie bereits dargelegt, trotz der Berücksichtigung subjektiver Umstände des Einzelnen, nicht dem Utilitarismus zuordnen. Dafür fehlt es an Hinweisen darauf, daß das Gericht das größte Glück oder den größten Nutzen der Allgemeinheit als oberstes Handlungsziel ansieht.

Neben diesen subjektiven Elementen in der schweizerischen Rechtsprechung finden sich in den Urteilen nur vage Ausführungen zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit. Insbesondere konnten die aus der Geschichte von ZGB und OR stammenden Eigenheiten, die in der Literatur angeführt werden, bestätigt werden: Da das schweizerische Recht volkstümlich ausgestattet ist und der rechtssuchende Bürger nicht erwartet, „daß der Richter seinen Spruch in einer rational nachvollziehbaren Weise aus einem Obersatz ableite und begründe“¹⁷⁵, kann auch im Bereich des Verschuldens keine Subsumtion unter die Definition des Begriffs der Fahrlässigkeit gefunden werden. Vielmehr begründen die Richter das Vorliegen von Fahrlässigkeit in der schweizerischen Rechtsprechung mit wortreichen Ausführungen darüber, was der Handelnde betreffend des drohenden Schadens hätte erkennen müssen.

Effizienzorientierte Argumentationen sind in zweien der Urteile des Bundesgerichts - aa) und hh) - zu finden. In diesen beiden Entscheidungen macht das Gericht jeweils das Maß der Sorgfalt von Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit abhängig und verwendet so implizit das Learned-Hand-Kriterium.

¹⁷⁴ Beispielsweise in dem hier untersuchten Urteil BGE 102 II 363.

¹⁷⁵ *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*, S. 173.

In zwei Entscheidungen – aa) und ee) - wird der Schädiger einem bestimmten Verkehrskreis zugeordnet; sein Verhalten wird im Hinblick auf die Erkennbarkeit der Gefahr anhand der Fertigkeiten von Personen aus diesem Verkehrskreis nach objektiven Gesichtspunkten bewertet. Alleine eine Einordnung nach Verkehrskreisen rechtfertigt noch nicht, eine generelle Tendenz zum *Wealth Maximization Principle* anzunehmen. Diese Vorgehensweise impliziert nämlich nicht, daß die Richter auf die Minimierung von Kosten bedacht sind. Da es in diesen Urteilsbegründungen, in denen eine Einteilung nach Verkehrskreisen erfolgt, keine weiteren Anhaltspunkte für eine effizienzorientierte Sichtweise des Gerichts gibt und auch keine utilitaristischen Tendenzen sichtbar werden, kann eine weitergehende ethische Zuordnung in diesen Fällen nicht erfolgen.

Es bleibt damit festzuhalten, daß die schweizerischen Urteile überwiegend konsequentialistische Argumentationen aufweisen. Zwei der Urteile zeigten effizienzorientierte, keine der Entscheidungen utilitaristische Tendenzen. Die Rechtsprechung sieht den Begriff des Verschuldens, und damit auch den Begriff der Fahrlässigkeit, sowohl unter objektiven, als auch unter subjektiven Gesichtspunkten. Wird eine subjektive Komponente zur Definition von Fahrlässigkeit herangezogen, erscheint sie in Form der Urteils- oder Zurechnungsfähigkeit¹⁷⁶. Das vorhandene Material reicht in diesen Fällen jedoch nicht aus, um zu einem Urteil darüber zu gelangen, welchem Gerechtigkeitsideal – Utilitarismus oder Effizienz – die Rechtsprechung der Schweiz folgt.

III. Anglo-amerikanischer Rechtskreis

Der anglo-amerikanische Rechtskreis wird auch als „*Common Law*-Rechtskreis“ bezeichnet¹⁷⁷. Zu ihm zählen diejenigen Rechtsordnungen, die sich aus dem altenglischen *Common Law* entwickelt haben, wie das Rechtssystem von England, Wales, Nordirland, der Republik Irland, der USA, von Kanada, Australien und Neuseeland. Charakteristisch für das *Common Law* ist die herausragende Bedeutung des Richtersrechts, so daß die historische Entwicklung des Rechts eine wichtige Rolle spielt. Das

¹⁷⁶ So in dem unter Punkt gg) untersuchten Urteil „Zugunfall“.

römische Recht und die Rechtsentwicklung auf dem Kontinent ließen die Entwicklung in England so gut wie unberührt. Folglich entstand ein Rechtssystem, das sich grundlegend von unserem, von Kodifikationen geprägten Recht, unterscheidet. Durch das Fehlen einer systematischen Kodifikation – es gibt lediglich einzelne Gesetze, sogenannte *statutes* – ist der Richter im *Common Law* zur freien Rechtsschöpfung im Rahmen der Präjudizien berechtigt. Auf diese Weise ist es im *Common Law* vor allem der Richter, und nicht der Gesetzgeber, der das Recht zeitgemäß hält und die Rechtsentwicklung steuert.

Das *Common Law* stützt sich auf drei Rechtsquellen: Zum einen entwickelten sich in Großbritannien die sogenannten *writs*¹⁷⁸. Dabei handelt es sich um niedergeschriebene Klagegegenstände, die in halbamtlichen Verzeichnissen, den *registers of writs*, zusammengefaßt sind. Eine weitere Rechtsquelle stellt die *Equity* dar, bei der es sich um einen Komplex von Maximen handelt, der den Entscheidungen der Krone entnommen wurde. Schließlich kommt dem *Statute Law*, bei dem es sich um vom Parlament verabschiedetes Gesetzesrecht handelt, die Aufgabe zu, den Normenkomplex des *Case Law* zu ergänzen.

In den USA hat sich das Rechtssystem etwas anders entwickelt als in England. Als wesentliche Unterschiede der beiden Rechtssysteme ist zunächst die US-amerikanische Unterteilung von Bundes- und Staatenrecht zu nennen. Zudem stellen sich die US-amerikanischen Gerichte als weniger prinzipientreu und konservativ dar, als die englischen und sind eher zur schöpferischen Weiterbildung des Rechts bereit¹⁷⁹. Schließlich hat die Wissenschaft durch die *Law Reviews* der *Law Schools* einen größeren Einfluß auf die Rechtsprechung als es in England der Fall ist. Auffällig an englischen Urteilen ist, daß die Richter, zumindest an den oberen Gerichten, ausführlich die Gründe darlegen, welche die Entscheidung tragen; dies geschieht vornehmlich, um künftige *barristers*, also den juristischen Nachwuchs, zu unterrichten¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Posch, Grundzüge, S. 115.

¹⁷⁸ Obsolete Partizip-Perfekt-Passiv-Form von *to write*.

¹⁷⁹ Posch, Grundzüge, S. 163.

¹⁸⁰ David/Grasman, Rechtssysteme, S. 491.

1. *Das Fahrlässigkeitsrecht in den USA*

a) *Literaturbetrachtung*

aa) Fahrlässigkeit

Dem *law of torts* kommt in den USA eine weitaus größere Bedeutung zu, als dem Deliktsrecht in Europa¹⁸¹. Es besteht aus einer Vielzahl einzelner Deliktstypen, wobei das *Common Law* ursprünglich keine scharfe Trennung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Schadenszufügung vorsah¹⁸². Überwiegend ergibt sich das *law of torts* aus dem *Case Law*, ist jedoch zunehmend auch im *Statute Law*, dem niedergeschriebenen Recht, zu finden. *Negligence*, also Fahrlässigkeit, stellt dabei den wichtigsten Bereich des *tort law* dar, da in den USA die verschuldensunabhängige Haftung eine größere Rolle spielt als in Europa¹⁸³. Dabei setzt eine Haftung wegen Fahrlässigkeit vier Elemente voraus: Eine Sorgfaltspflicht des Beklagten, die Verletzung dieser Pflicht, einen Schaden und schließlich eine Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden¹⁸⁴. Die Entscheidung darüber, ob der Beklagte fahrlässig gehandelt hat, obliegt im amerikanischen Rechtssystem letztendlich der Jury¹⁸⁵.

Zur Bestimmung fahrlässigen Verhaltens wird in der amerikanischen Rechtsprechung grundsätzlich der Vergleichsmaßstab des *reasonable man* herangezogen¹⁸⁶. Bei dieser fiktiven Person handelt es sich um eine mit durchschnittlichen Fähigkeiten ausgestattete, umsichtig handelnde Person in der konkreten Situation des jeweiligen Schadensereignisses. Obwohl dieser Maßstab grundsätzlich objektiv ist¹⁸⁷, berücksichtigt die amerikanische Rechtsprechung individuelle Kenntnisse oder Fähigkeiten bzw. Schwächen des Handelnden¹⁸⁸. Solche Ausnahmen gelten etwa bei Behinderungen und fahrlässigem Handeln von Kindern. Behinderte Beklagte müssen allerdings dafür gesorgt

¹⁸¹ Reimann, Einführung, S. 73.

¹⁸² Zweigert/Kötz, Einführung, S. 608.

¹⁸³ Reimann, Einführung, S. 82.

¹⁸⁴ Byrd, Vertrags- und Deliktsrecht, S. 148.

¹⁸⁵ Reimann, Einführung, S. 85.

¹⁸⁶ Zweigert/Kötz, Einführung, S. 627.

¹⁸⁷ Brüggemeier, AcP 1982, S. 442.

¹⁸⁸ Restatement (Second) of Torts, § 289 (a) und (b).

haben, ihre Behinderung auszugleichen. Bei der Haftung von Kindern werden diese an dem Maßstab eines Kindes im gleichen Alter und mit der gleichen Reifestufe gemessen, wenn sie nicht in einem Erwachsenenbereich, wie etwa dem Autofahren, handeln¹⁸⁹. Um jedoch eine Präzisierung der Bestimmung von *negligence* zu erreichen, wurden, so eine weitverbreitete Ansicht in der Literatur¹⁹⁰, in den USA in den letzten Jahren verstärkt Kosten-Nutzen-Analysen herangezogen. Inwieweit sich eine solche Vorgehensweise tatsächlich in der Rechtsprechung durchgesetzt hat, muß in der folgenden Urteilsanalyse untersucht werden.

Neben dem *reasonable man standard* und der ökonomischen Analyse des Rechts wird vielfach auch *usage* und *custom*, also Gewohnheitsrecht, zur Bestimmung der Außerachtlassung der vernünftigen Sorgfalt herangezogen¹⁹¹. Ähnlich wie bei den Verkehrssicherungspflichten im deutschen Recht binden die aus dem Gewohnheitsrecht abgeleiteten Maßstäbe ein Gericht jedoch nicht.

Schließlich wird in den meisten der US-amerikanischen Bundesstaaten die Verletzung einer gesetzlichen Norm bereits als Fahrlässigkeit angesehen¹⁹². In einem solchen Fall obliegt es im Gegensatz zu den anderen Ansätzen nicht der Jury über die wertende Frage, ob eine gebotene Sorgfaltspflicht verletzt wurde, zu entscheiden.

Design defects, die dem deutschen Produkthaftungsrecht entsprechen und bei denen das Gericht ebenso wie bei der Frage von Fahrlässigkeit wertend feststellen muß, ob der Beklagte die erforderliche Sorgfalt beachtet hat, werden in den USA nach Maßgabe von *consumer expectations* oder eines *risk-benefit test* bzw. einer Kombination beider Kriterien beurteilt¹⁹³. Wie bei dem *reasonable person standard*, den die Gerichte bei Fragen der Fahrlässigkeit beachten, enthält auch der *consumer expectations test* eine Plattform für objektive Überlegungen. Beim *risk benefit test* werden die mit dem Produkt verbundenen Gefahren gegen die Vorteile für die Gesellschaft abgewogen,

¹⁸⁹ Clark/Ansay, Introduction, S. 184.

¹⁹⁰ Vgl. Reimann, Einführung, S. 83 f.

¹⁹¹ Reimann, Einführung, S. 84 f.

¹⁹² Reimann, Einführung, S. 85.

¹⁹³ Hay, U.S.-amerikanisches Recht, Rn. 351; Gilles, Invisible, III. B.

wobei Faktoren wie der Nutzen, die Wahrscheinlichkeit bzw. Höhe des möglichen Schadens oder die Existenz einer vergleichbaren aber weniger gefährlichen Vorgehensweise in die Beurteilung einfließen¹⁹⁴. Obwohl das Produkthaftungsrecht nicht primär auf die Bestimmung von fahrlässigem Verhalten abzielt, deutet die Betrachtung von Urteilen aus diesem Rechtsgebiet auf eine generelle Entwicklung der gerichtlichen Entscheidungen, zunehmend Kosten-Nutzen-Rechnungen anzustellen, hin.

bb) Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit

Überwiegend wird im US-amerikanischen Schrifttum die Meinung vertreten, daß die amerikanischen Gerichte bei der Rechtsprechung ökonomische Argumentationsweisen trafen¹⁹⁵. Dies sei darauf zurückzuführen, daß das amerikanische Rechtssystem überwiegend von Richterrecht geprägt sei, und der „Rechtsrealismus“ die rechtswissenschaftliche Diskussion zu Beginn des 20. Jahrhunderts beherrscht habe¹⁹⁶. Insbesondere in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hätten amerikanische Richter Effizienzüberlegungen zu ihrem ersten Anliegen gemacht¹⁹⁷. Darüber hinaus sei die Präventionswirkung des Haftungsrechts in den USA von herausragender Bedeutung, so daß die ökonomische Analyse des Rechts als Instrumentarium zur Beeinflussung zukünftigen Verhaltens in der US-amerikanischen Rechtsprechung verbreitet sei¹⁹⁸.

Im US-amerikanischen Schrifttum finden sich vielfältige Studien, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob Effizienzkriterien in der Rechtsprechung Verwendung finden. So untersuchte etwa *Posner* 1.528 US-amerikanische Urteile der Rechtsmittelinstanzen aus den Jahren 1875 bis 1905, die sich mit der Bestimmung von Fahrlässigkeit befassen¹⁹⁹. In dieser Studie kommt er zu dem Ergebnis, daß die Ur-

¹⁹⁴ So zum Beispiel in *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d 757 oder *Moran v. Faberge, Inc.*, 332 A.2d 11, 15 (Md. 1975).

¹⁹⁵ *Eidenmüller*, Effizienz, S. 19; *Gilles*, Determining Negligence, I; *Grady*, Positive Economic Theory, I. A. ff.; *Keating*, Reasonableness, III. C.; *Nelson*, Fairness, Introduction; *Reimann*, Einführung, S. 84; *Schwartz*, Mixed Theories; in jüngerer Zeit auch *Simons*, Hand Formula, Introduction; *Taupitz*, AcP 1996, S. 128; *White*, Risk-Utility Analysis, I.

¹⁹⁶ *Eidenmüller*, Effizienz, S. 19, 486.

¹⁹⁷ *Nelson*, Fairness, Introduction.

¹⁹⁸ *Taupitz*, AcP 1996, S. 144 f.

¹⁹⁹ *Posner*, Negligence, S. 29 ff.

teilssprechung der Gerichte bei der Haftung für fahrlässiges Verhalten darauf ausgerichtet sei, ein effizientes Verhältnis von Unfällen und Sicherheit zu schaffen²⁰⁰.

In dieser These zeigt sich *Posners* Überzeugung, daß das amerikanische Rechtssystem im Hinblick auf die zivilrechtliche Fahrlässigkeit von Effizienzorientiertheit geprägt ist.

Diese Behauptung wird von *Calabresi* unterstützt, der während der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts mehrere Forschungsberichte über die essentielle Bedeutung von ökonomischen Prinzipien in der Entwicklung von Regeln im Unfallrecht veröffentlichte²⁰¹.

Grady, der grundsätzlich ebenfalls von einer effizienzorientierten amerikanischen Rechtsprechung ausgeht, modifiziert den Ansatz *Posners* dahingehend, daß zu beachten sei, daß US-amerikanische Gerichte nicht die optimale Sorgfalt festlegten, wenn sie über Fahrlässigkeit zu entscheiden haben²⁰². Vielmehr obläge es dem Kläger darzulegen, welche denkbare Sorgfaltsmaßnahme den eingetretenen Schaden hätte verhindern können. Dabei müsse es sich bei dieser Maßnahme nicht zwingend um die optimale Sorgfalt handeln. Bereits die Darlegung einer Möglichkeit der Schadensvermeidung genüge, um fahrlässiges Verhalten nachzuweisen.

Im US-amerikanischen Schrifttum finden sich aber auch Stimmen, die der Verwendung von Kosten-Nutzen-Abwägungen in der Rechtsprechung eine Absage erteilen und eine deontologische Richtung für die Bestimmung von Fahrlässigkeit als geeigneter ansehen²⁰³. *Fletcher* und *Epstein* sehen etwa die primäre Aufgabe des Deliktsrechts darin, *corrective justice*, also ein nachträgliches Durchsetzen von Gerechtigkeit, her-

²⁰⁰ *Posner*, Negligence, S. 34.

²⁰¹ *Calabresi*, Risk Distribution; *Calabresi*, Transaction.

²⁰² *Grady*, Positive Economic Theory, III. Dieser Ansatz wird in Europa auch von *Schäfer/Ott* vertreten (*Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 171 f.): Die gängige Gerichtspraxis in Deutschland sei von Einstufigkeit bei der Entscheidung geprägt, da das Gericht in einem einzigen Entscheidungsgang feststelle, daß die aufgewendete Sorgfalt nicht ausreichend gewesen sei.

²⁰³ *Coleman*, Book Review, IV.; *ders.*, Legal Theory, VIII.; *Epstein*, Theory; *Fletcher*, Fairness; *Gilles*, Invisible, IV.; *Hetcher*, Non-Utilitarian Negligence Norms, II. A.; *Weinrib*, Toward; *Simons*, Symposium, I. B.

beizuführen²⁰⁴. Dieser Ansatz geht bei der Frage, wem Gerechtigkeit zukommen muß, von Maximen aus. Ein Verstoß gegen diese Maximen erfordert einen finanziellen Ausgleich, um vergangene Ungerechtigkeiten zu korrigieren²⁰⁵. Nach dieser Meinung dient das Deliktsrecht nicht der Abschreckung. Vielmehr soll es den Schädiger dazu verpflichten, den Zustand wiederherzustellen, der vor der Verletzungshandlung bestand²⁰⁶. Da diese Theorie die Konsequenzen des jeweiligen Verhaltens außer acht läßt, handelt es sich um einen deontologischen Ansatz. Seit dem Beginn der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts schlossen sich auch *Coleman*²⁰⁷ und *Weinrib*²⁰⁸ dieser Richtung an.

b) *Urteilsanalyse*

Bei der Betrachtung US-amerikanischer Urteile im Deliktsrecht ist zu beachten, daß hier die Jury eine wichtige Rolle übernimmt. Wie bereits dargelegt, sind es die Jury-Mitglieder, die darüber entscheiden, ob dem Beklagten ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann. Einige amerikanische Staaten haben dafür sogenannte *jury instructions* kodifiziert. Dabei handelt es sich um Hinweise an die Jury-Mitglieder, auf welche Weise sie zu einer Entscheidung kommen sollen. Teilweise werden die Jurys auch von dem jeweiligen Gericht vor ihrer Entscheidungsfindung instruiert. In beiden Fällen werden die Jury-Mitglieder überwiegend dazu angehalten, Fahrlässigkeit anhand des *reasonable person standard* zu bewerten. Eine Erklärung der Learned-Hand-Formel oder das Aufzeigen der Möglichkeit, eine Kosten-Nutzen-Betrachtung hinsichtlich der aufgewendeten Sorgfalt und des Schadens anzustellen, erfolgt grundsätzlich nicht²⁰⁹. Einzig bei Fällen, in denen es um *design defects*, also um Produkthaftungsrecht geht, geben die Gerichte den Jurys oftmals Instruktionen, auf welche Weise die Learned-Hand-Formel einzusetzen ist²¹⁰.

²⁰⁴ *Schwartz*, Mixed Theories, I.

²⁰⁵ *Deweese/Duff/Trebilcock*, Exploring, S. 8.

²⁰⁶ *Deweese/Duff/Trebilcock*, Exploring, S. 8.

²⁰⁷ *Coleman*, Book Review, IV.; *ders.*, Legal Theory, VIII.

²⁰⁸ *Weinrib*, Toward.

²⁰⁹ *Cooter/Ulen*, Law and Economics, S. 369; *Gilles*, Invisible, Introduction und Fn. 6; *Hetcher*, Non-Utilitarian Negligence Norms, II. A.; *Keating*, Reasonableness, III.C.

²¹⁰ *Gilles*, Invisible, III. B.

Dadurch, daß im US-amerikanischen Recht nicht ausgebildete Richter, sondern die Mitglieder einer Jury, also juristische Laien, über das Vorliegen von Fahrlässigkeit entscheiden, besteht die Möglichkeit, daß auch subjektive Kriterien einbezogen werden. Schließlich ist es „menschlich“, die persönliche Situation einer Person bei der Beurteilung ihrer Handlung zu berücksichtigen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll im Rahmen der Analyse der Urteile untersucht werden.

Im folgenden werden einige Urteile, die der Supreme Court der USA in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts fällte, aufgeführt, in denen offensichtlich wird, wie das Gericht zu seiner Entscheidung bezüglich des Vorliegens/Nichtvorliegens von Fahrlässigkeit gelangt ist.

aa) United States v. Carroll Towing Co.²¹¹

In diesem Fall löste die Besatzung eines Schleppers, der eines der im Hafen von New York befestigten Boote aus dem Hafen ziehen sollte, das Tau, an dem alle Schiffe dieses Piers befestigt waren, um das fragliche Schiff zu befreien. Das Seil wurde nicht wieder richtig befestigt, der Kahn des Klägers löste sich und kollidierte mit einem weiteren Schiff. Schließlich sank dieses andere Schiff mitsamt seiner Ladung. Auf die Klage des Eigentümers des Kahns erwiderte der beklagte Inhaber des Schleppers, daß der Kläger selbst fahrlässig gehandelt habe, da sein Angestellter, der Kahnführer, sich nicht an Bord aufhielt, als die Besatzung des Schleppers das Tau löste.

Bei dieser Entscheidung handelt es sich um den berühmt gewordenen Fall, in dem der Richter *Learned Hand*, wie bereits im Rahmen der Darstellung der Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts beschrieben, in der Urteilsbegründung eine Formel zur Bestimmung von Fahrlässigkeit aufstellte. Nach dieser Formel ist Fahrlässigkeit dann gegeben, wenn die Kosten der unterbliebenen Schadensvorsorge geringer sind, als Schadenshöhe multipliziert mit Schadenswahrscheinlichkeit. Auf diese Weise hat *Hand* eine Definition von Fahrlässigkeit entwickelt, die Effizienz in den Vordergrund der Betrachtung stellt.

²¹¹ 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

Es stellt sich die Frage, ob in dieser Entscheidung lediglich die persönliche Auffassung des Richters *Hand* ihren Ausdruck gefunden hat, welche später von der Wissenschaft²¹² entdeckt und verwertet wurde, oder ob dieses Urteil bereits unmittelbar nach seinem Erlaß nachhaltig auf die US-amerikanische Rechtsprechung wirkte. Die weitere Untersuchung der US-amerikanischen Rechtsprechung soll unter anderem dazu dienen, diese Frage zu beantworten.

bb) *Rosenquist v. Isthmian S.S. Co.*²¹³

Der Beklagte, als Steuermann auf einem Frachtschiff tätig, wies den Kläger, der als Seemann auf diesem Schiff arbeitete, und einen seiner Kollegen namens *Violente* an, eine 100 kg schwere Plane, die zu einem Bündel zusammengelegt und nicht verzurrt war, auf das Deck zu schaffen. Dies erforderte das Heben des Bündels über eine Brüstung. Bei dem Ausführen dieser Handlung glitt einem der Arbeiter die Plane aus den Händen, so daß das gesamte Gewicht auf dem Kläger lastete, der sich dadurch einen Leistenbruch zuzog. In seiner Klage gegen den Schiffseigner verlangte der Kläger Schadensersatz. Es war zu prüfen, ob der den Befehl gebende Steuermann fahrlässig handelte als er nur zwei Männer für die Arbeit anwies, und ob dem zweiten Seemann Fahrlässigkeit vorgeworfen werden konnte, da er das Ende der Plane losließ. In seinem Urteil führte das Gericht unter anderem an: “On the one hand, we cannot think that the mere fact that *Violente* let slip his end of the tarpaulin bundle was evidence of negligence by him. To let his end drop to the floor, a distance of not more than three feet, was more unlikely to cause any injury to the plaintiff at the other end of the bundle. Negligence may be measured as a product of the gravity of the injury, if it occurs, multiplied by the factor of its probability. The chance that any serious danger would happen from dropping *Violente*’s end of the tarpaulin was substantially zero”.

Das Gericht geht in dem vorliegenden Fall nicht auf Schadensvorsorgemaßnahmen ein, sieht aber Fahrlässigkeit als den Faktor von Schadenshöhe multipliziert mit Schadenswahrscheinlichkeit an.

²¹² *Posner* griff den Ansatz von *Hand* erstmals in seiner im Jahre 1972 veröffentlichten Schrift „A Theory of Negligence“ auf.

Dadurch, daß das Gericht hier Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit berücksichtigt, setzt es sich mit möglichen Folgen der Handlung auseinander und offenbart mithin eine konsequentialistische Sichtweise.

Der Entscheidung könnte darüber hinaus ein effizienter Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde liegen. Da das Urteil *United States v. Carroll Towing Co.* zum Zeitpunkt der Anhängigkeit des hier vorliegenden Rechtsstreits bereits seit einigen Jahren verkündet war, könnte argumentiert werden, daß in Anlehnung an die *Learned-Hand-Formel* gearbeitet wurde und die Formel hier lediglich aus Nachlässigkeit unvollständig, also ohne Erwähnung der Schadensvorsorgekosten, dargestellt wurde. Diese Interpretation dürfte auch zutreffend sein, da die Richter ausdrücklich die eine Seite der Formel des Richters *Learned Hand* formulieren, wenn sie annehmen, daß sich Fahrlässigkeit als Produkt von Schwere des Schadens multipliziert mit dessen Wahrscheinlichkeit darstellt. Dieses ausdrückliche Aufgreifen der Worte *Hands* legt nahe, daß dem Gericht die Formel bekannt war und alleine Gründe der Nachlässigkeit zu dem Nichterwähnen der anderen Seite der Formel – der Vorsorgekosten – führten. Folglich kann diese Entscheidung der Effizienzethik zugeordnet werden.

cc) *Johnson v. A/S Ivarans Rederi*²¹⁴

Ein Hafenarbeiter stürzte bei seiner Arbeit auf einem Frachtschiff in eine offene Ladefläche und verletzte sich dabei schwer. Er verklagte den Schiffseigner auf Schadensersatz. Das Gericht stellte bezüglich der Frage nach Fahrlässigkeit auf Seiten der Beklagten unter anderem folgende Erwägung an: „The standard of reasonable care under the circumstances permits a finding of negligence upon a showing: (1) that the vessel knew of or by the exercise of reasonable care could have discovered the condition on board ship that led to the injury; (2) that the vessel knew or should have known that the condition would pose an unreasonable risk of harm to longshoremen working on board ship; and (3) that the vessel failed to exercise reasonable care to protect the longshoremen against that danger.“

²¹³ 205 F.2d 486, 1953.

²¹⁴ 613 F.2d 334, 1980.

Under this standard the principal inquiry will be whether the vessel permitted the existence of a condition that posed an unreasonable risk of harm to the longshoreman. Whether the risk of harm was in fact unreasonable may be determined by balancing the usefulness to the ship of the dangerous condition and the burdens involved in curing it against the probability and severity of the harm it poses“.

Bei seiner Urteilsfindung nimmt das Gericht eine Abwägung von dem Nutzen, den die gefährliche Situation erbringt, und dem Aufwand, Vorsorgemaßnahmen gegen die Wahrscheinlichkeit und Schwere eines Schadens zu treffen, vor. Dadurch wird eine konsequentialistische, und insbesondere eine ökonomische Betrachtungsweise bei Bestimmung der Fahrlässigkeit deutlich. Die Learned-Hand-Formel findet sich exakt in der gerichtlichen Ausführung: “[...] the burden involved in curing [the ship] against the probability and severity of the harm it poses“.

dd) *United States Fidelity Guaranty Company v. Jadranska Slobodna Plovidba*²¹⁵

Ein Hafearbeiter fiel während seiner Arbeit auf einem Schiff in eine unbeleuchtete Ladeluke und wurde dabei tödlich verletzt. Die Klage der Versicherung des Verstorbenen gegen den Schiffseigner wurde von einem District Court der USA abgewiesen. Die Jury dieses Gerichts erachtete die Hafearbeiter-Firma für 25 % und den verstorbenen Arbeiter für 75 % für den Unfall verantwortlich. Das Urteil wurde vom Supreme Court bestätigt. Das Gericht äußert sich folgendermaßen: „In the terms of the Hand formula the probability of an accident, given that the stevedore rather than the shipowner is actually conducting the stevedoring operations, is too slight to warrant making the shipowner take his own backup precautions to prevent the accident. [...]. The plaintiff also contends that even if the instructions were satisfactory, the undisputed facts showed negligence by the shipowner as a matter of law. We again use the Hand formula to frame this issue. L, the loss of the accident occurred, was large.

²¹⁵ 683 F.2d 1022, 1026, 1982.

There was a 25 foot drop from the upper ‘tween deck of hold number 1 to the bottom of the hold, and a fall from that height was very likely to cause serious injury or, as in this case, death. As to B, the burden of precautions, there were various ways the shipowner could have prevented the accident. He could have lit the hold, locked the hatchway leading to it from the weather deck of hold number 2, roped off the open hatch, or placed a sign at the hatchway (though the effectiveness of the last precaution may be doubted). Probably the cheapest way of avoiding the accident, however, would have been for the ship’s crew not to open the hatches until all the longshoremen had left the ship. [...]. We doubt that either alternative would be very costly so we judge B in this case to have been, at most, moderate, and possibly small. If P, the probability of an accident if the precautions that would avert it were not taken, was high, then it would appear, in light of our discussion of L and B, that the shipowner was negligent in failing to take one of the precautions that we have mentioned. But probably P was low. [...]. Hence the shipowner persists in a dangerous practice – if the whole trade persists in the practice – that is some evidence, though not conclusive, that the practice is cost-justified, and not negligent”.

Bei diesem Urteil tritt die Tendenz zur effizienzethischen Richtung offen zutage, da hier explizit die Learned-Hand-Formel erwähnt und zur Fahrlässigkeitsdefinition eingesetzt wird. Das Gericht geht dabei nicht auf konkretes Zahlenmaterial ein. Dies ändert jedoch nichts an dem ökonomischen Vorgehen desselben. Die hier vorliegende Kosten-Nutzen-Rechnung, bei der die Kosten einer Schadensvorsorge zu Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe in ein Verhältnis gesetzt werden, macht die Effizienzorientiertheit des Gerichts deutlich. Auf konkrete Zahlen kann es nicht ankommen. Alleine durch den expliziten Gebrauch der Learned-Hand-Formel und die ausdrückliche Auseinandersetzung mit dieser Methode wird deutlich, daß der Supreme Court das Handeln des Beklagten unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Wohlfahrtsverlusts betrachtet hat. Eine ausdrücklichere Hinwendung zu *Posners Wealth Maximization Principle* läßt sich kaum denken.

ee) *Brown v. Link Belt Division of FMC Corp.*²¹⁶

Brown war bei der Firma Shell als Arbeiter auf Ölplattformen angestellt. Er sollte von einer Plattform auf die andere gebracht werden, wobei dies geschieht, indem der Arbeiter mit einem Kran, der sich auf der Plattform befindet, in einem Korb zu dem Deck des Transferschiffes heruntergelassen wird. Aufgrund schlechter Wetterbedingungen riet der Kapitän des Schiffs der Firma Shell von diesem Transfer ab. Dennoch ordnete ein Mitarbeiter von Shell, der auf einer nahegelegenen Plattform arbeitete und die Wetterverhältnisse kannte, den Transfer an. Dabei wurde Brown verletzt. In seinem Urteil weist das Gericht auf eine Entscheidung in einer Produkthaftungsklage vor dem Louisiana Supreme Court hin, in der das Gericht die Aussage traf, daß die Wahrscheinlichkeit und die Höhe des Schadens den Nutzen des Produktes überwiegen muß, um das Produkt als „unzumutbar gefährlich“ bezeichnen zu können. Diese Formel wendete der Supreme Court auf den vorliegenden Fall an: „In *Hunt v. City Stores, Inc.*, 387 So. 2d 585 (La. 1980), the Louisiana Supreme Court outlined the proof required in a product liability suit. The plaintiff must prove that the product was defective, i.e. unreasonably dangerous in normal use; that the product was in normal use at the time the injury occurred; that the product’s defect caused the injury; and that the injury might have been anticipated by the manufacturer. In defining unreasonably dangerous, a balancing test is mandated: if the likelihood and gravity of harm outweigh the benefits and utility of the product, the product is unreasonably dangerous. Likelihood of harm here is tied to the factor of the crane’s use in severe weather. Implicit in the district court’s ruling is that the likelihood and frequency of such use, and therefore resultant harm, was slight when compared to the unquestioned utility of the crane. We agree that unreasonable minds could not differ that this was so, and that the crane was not unreasonably dangerous to normal use”.

Dabei trifft das Gericht die Aussage, daß hier die Schadenswahrscheinlichkeit an die Benutzung des Krans bei schwierigen Wetterverhältnissen geknüpft sei. Gegenüber dem Nutzen des Einsatzes eines solchen Krans sei die Wahrscheinlichkeit und Häufig-

²¹⁶ 666 F.2d 110, 1982.

keit durch diesen resultierender Schäden gering, so daß die Benutzung des Krans nicht als unzumutbar gefährlich bezeichnet werden könne.

Aufgrund der Betrachtung des Risikos, das durch die Benutzung des Krans entsteht, betrachtet der Supreme Court auch hier die Folgen der Handlung und argumentiert dementsprechend konsequentialistisch.

Der Supreme Court trifft zudem ausdrücklich eine Kosten-Nutzen-Abwägung bezüglich der Verwendung des Transportkrans und kommt zu dem Schluß, daß der allgemeine Nutzen überwiegt und die Schäden dementsprechend hinzunehmen seien. Dabei steht die Effizienz des Krans ganz eindeutig im Vordergrund: Schäden werden hingenommen, um den Kran aktiv zu halten, da er als wichtiges Arbeitsmittel unverzichtbar ist und auf diese Weise die Produktivität nicht unterbrochen wird. Dies bedeutet, daß hier alleine Geldwerte Berücksichtigung finden. Der Supreme Court läßt sich in diesem Fall mithin ausschließlich von Effizienzgedanken leiten, was für eine Anwendung des *Wealth Maximization Principle* spricht.

ff) *Duckworth v. Franzen*²¹⁷

Bei einem Busunglück erlitten die Insassen, 35 Gefangene, die mit Handschellen untereinander und in dem Bus befestigt waren, Gesundheitsschäden in Form von Rauchvergiftungen. Die Handschellen machten das Verlassen des Busses unmöglich und es dauerte einige Zeit, bis die Insassen von mit Gasmasken ausgerüsteten Wachmännern befreit wurden. 21 Geschädigte reichten daraufhin eine Klage gegen drei der Wachen und drei Verwaltungsangestellte des Gefängnisses unter anderem wegen Fahrlässigkeit ein. In seinem Urteil zieht der Supreme Court die *Learned-Hand-Formel* heran, um den Begriff „recklessness“ zu definieren: „If negligence under Judge *Learned Hand's* formula [...] means that the cost of averting an accident is less, even if just a hair's breadth less, than the expected cost of the accident that would be averted, recklessness in the sense of gross negligence means that the disparity between the cost of prevention and the expected accident cost is great“.

²¹⁷ 780 F.2d 645, 1985.

Auf diese Weise wird erneut deutlich, daß US-amerikanische Gerichte die Learned-Hand-Formel anwenden, um zu einer Urteilsfindung zu gelangen. Dieses Urteil ist demnach der Effizienzethik zuzuordnen.

gg) *McCarthy v. Pheasant Run, Inc.*²¹⁸

Die 58 jährige Frau McCarthy hielt sich als Gast in dem Hotel der Beklagten auf. In dem Hotelzimmer, das Frau McCarthy bewohnte, befand sich eine Glastür, die mit einem Schloß und einer Sicherheitskette verschließbar war und zu einer Treppe, die in einen Innenhof führte, geöffnet werden konnte. An einem Abend wurde Frau McCarthy in ihrem Zimmer von einem Mann angegriffen, der sie schlug und androhte, sie zu vergewaltigen. Frau McCarthy gelang es schließlich, den Angreifer in die Flucht zu schlagen. Zwar war die Glastür, nicht aber das Türschloß verschlossen. Der Täter hatte die Sicherheitskette geknackt und ist so in das Zimmer eingedrungen. Frau McCarthy verklagte den Hotelbetreiber wegen Fahrlässigkeit in Bezug auf die Sicherung der Glastür, da sie aufgrund des Vorfalls seelische Probleme erlitten habe, die sie unter anderem zu einer frühzeitigen Pensionierung gezwungen hätten. Der Supreme Court stellte in seinem Urteil fest: „There are various ways in which courts formulate the negligence standard. The analytically (not necessarily the operationally) most precise is that it involves determining whether the burden of precaution is less than the magnitude of the accident, if it occurs, multiplied by the probability of occurrence. If the burden is less, the precaution should be taken. This is the famous “Hand Formula” announced in *United States v. Carroll Towing Co.* [...], an admiralty case, and since applied in a variety of cases not limited to admiralty”.

In dieser Aussage des Gerichts wird einmal mehr die Learned-Hand-Formel als präzise Möglichkeit dargestellt, das Vorliegen von Fahrlässigkeit zu ermitteln. Darüber hinaus gibt das Gericht an, daß diese Formel in einer Vielfalt von Fällen angewendet worden sei. Damit kann auch dieses Urteil uneingeschränkt als Beweis für das Vorhandensein effizienzorientierter Vorgehensweisen bei der Definition von fahrlässigem Verhalten dienen.

hh) Weitere Urteile des Supreme Court bezüglich Fahrlässigkeit im Bereich des Zivilrechts

aaa) Reasonable Man

Eine problemlose Einordnung in eine ethische Richtung ist – wie auch in der deutschen Rechtsprechung – nicht immer möglich. Oftmals wird in US-amerikanischen Urteilsbegründungen nicht ausgeführt, wie Fahrlässigkeit bestimmt wird. Vielmehr berufen sich die Gerichte auf den *reasonable man standard*, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Ohne darüber hinausgehende Ausführungen des Gerichts ist in solchen Fällen eine Zuordnung in eine ethische Richtung nicht möglich. Es ist vielmehr eine Frage der Auslegung, wie sich ein *reasonable man* verhält. So kann zum einen angenommen werden, daß eine solche Person auf die dem Sachverhalt entsprechende Weise nicht gehandelt hätte, da ein „ordentlicher“ Zugehöriger der jeweiligen Bevölkerungsgruppe so nicht handelt. In diesem Fall läge eine an *Kant* angelehnte Sichtweise fahrlässigen Verhaltens vor, da Konsequenzen unberücksichtigt blieben und lediglich analysiert würde, ob eine bestimmte Verhaltensmaxime eingehalten wurde. Zum anderen erlaubt die Verwendung des Standards eine konsequentialistische Auslegung, sofern von den Handlungsfolgen Rückschlüsse auf die Qualität der Handlung getroffen werden sollen. Mithin läßt die Verwendung des *reasonable man standards* ohne nähere Erläuterung keinen Schluß auf die rechtsphilosophische Tendenz des Gerichts zu.

bbb) Rechtsprechung in anderen Bereichen des Zivilrechts

Effizienzkriterien und insbesondere die Learned-Hand-Formel finden nicht nur bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht Anwendung. An dieser Stelle ist insbesondere das Produkthaftungsrecht zu nennen²¹⁹. In der Urteilsbegründung eines Falls aus dem Bereich der *design defects*²²⁰ führt das Gericht zum Beispiel aus: „There is a „two-pronged“ definition of design defect, embodying the „consumer expectation“

²¹⁸ 826 F.2d 1554, 1557, 1987.

²¹⁹ Vgl. dazu die Ausführungen bei der Darstellung der US-amerikanischen Literatur zum Fahrlässigkeitsbegriff.

²²⁰ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d 757.

standard and „risk-benefit“ test [...] The relevant factors that a jury may consider in applying the “risk-benefit” standard include the gravity of the danger posed by the challenged design, the likelihood that such danger would occur, the mechanical feasibility of a safer alternative design, the financial cost of an improved design, and the adverse consequences to the product and to the consumer that would result from an alternative design”. Damit legt das Gericht seiner Kosten-Nutzen-Abwägung alle Variablen zugrunde, die in der Learned-Hand-Formel berücksichtigt werden: die Schadenshöhe, die Schadenswahrscheinlichkeit und die demgegenüber stehenden Kosten einer Schadensvorsorge.

Auch die Frage, ob ein Gericht eine einstweilige Verfügung - *preliminary injunction* - erlassen sollte, wird teilweise mittels Kalkulationen, ähnlich der Learned-Hand-Formel, gelöst²²¹: „Considered in mathematical terms, preliminary injunction should be granted if, but only if, harm to the plaintiff if injunction is denied, multiplied by the probability that the denial would be error, i.e., that plaintiff will win a trial, exceeds harm to defendant if the injunction is granted, multiplied by the probability that granting injunction would be an error, that probability being simply one minus probability that plaintiff will win a trial. [...]. This formula, a procedural counterpart to Judge *Learned Hand's* famous negligence formula [...] is actually just a distillation of the familiar four (sometimes five) factor test that courts use in deciding whether to grant a preliminary injunction”.

Schließlich analysieren die US-amerikanischen Gerichte zum Teil auch die Problematik, ob die Polizei ohne Ermächtigung ein Haus betreten durfte, mittels Kosten-Nutzen-Rechnungen ähnlich der Learned-Hand-Formel²²². So wird hier beispielsweise folgendermaßen argumentiert: „The analogy to determining reasonableness in a negligence case by comparing the danger of an accident to the burden of avoiding it [an dieser Stelle erfolgt ein Hinweis auf das Urteil *United States v. Carroll Towing*, in dem der Richter *Learned Hand* erstmals die Formel für Fahrlässigkeit aufstellte] suggests

²²¹ So u.a. *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd.*, 780 F.2d 589, 593, 1986.

²²² So zum Beispiel in *Llaguno v. Mingey*, 763 F.2d 1560, 1985.

that in determining whether police are reasonable in entering a house without a warrant the trier of fact ought to consider not only how great the risk of delay was [...] but also how great the harm would have been had the risk materialized. The greater that harm would be, the less need be the probability that it would actually have occurred to justify the police in invading the interest in the privacy of the home". Das Gericht wägt hier zwischen den Variablen der Learned-Hand-Formel ab und stellt fest, daß ein Betreten der Wohnung ohne Ermächtigung bei größerer drohender Schadenshöhe auch dann vertretbar sei, wenn nur eine geringe Schadenswahrscheinlichkeit bestünde. Diese Abwägung zeigt erneut, daß die Learned-Hand-Formel in der US-amerikanischen Rechtsprechung allgegenwärtig ist. Auch außerhalb des Bereichs der Verschuldenshaftung, in dem *Learned Hand* sie einführte, findet sie - zumindest implizit - Anwendung.

ii) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Die sieben untersuchten Urteile, in denen das Gericht näher ausführt, wann Fahrlässigkeit vorliegt, weisen alle effizienzorientierte Tendenzen auf. In sechs der Entscheidungen wird explizit auf die Learned-Hand-Formel zurückgegriffen, bzw. der Richter *Learned Hand* stellt seine Formel in dem Urteil *United States v. Carroll Towing Co.* erstmals auf. Eines der Urteile²²³ enthält ausdrücklich einen Teil der Learned-Hand-Formel. Diese Entscheidung kann dahingehend interpretiert werden, daß die an dem Urteil beteiligten Richter alleine aus Nachlässigkeit nicht auf die Schadensvorsorgekosten eingingen.

Auch die Anwendung der Learned-Hand-Formel in anderen Bereichen der Zivilrechtsprechung spricht insgesamt für eine ökonomische Orientierung der US-amerikanischen Gerichte.

Schließlich wird das Ergebnis, daß die US-amerikanische Rechtsprechung auffällige Tendenzen zu ökonomischen Kosten-Nutzen-Rechnungen aufweist, dadurch gestärkt, daß das Restatement (Second) of Torts²²⁴ und das Restatement (Third) of Torts²²⁵ ex-

²²³ *Rosenquist v. Isthmian S.S. Co.*

²²⁴ § 291 (Discussion Draft 1965).

²²⁵ *General Principles* § 4 (Discussion Draft 1999).

plizit Kosten-Nutzen-Abwägungen für die Bestimmung von Fahrlässigkeit vorsehen. So lautet § 291 des Restatement (Second) of Torts: „Where an act is one which a reasonable man would recognize as involving a risk of harm to another, the risk is unreasonable and the act is negligent if the risk is of such magnitude as to outweigh what the law regards as utility of the act or of the particular manner in which it is done.“ Der Wortlaut des § 4 des Restatement (Third) of Torts enthält sogar explizit eine Version der Learned-Hand-Formel: “An actor is negligent in engaging in conduct if the actor does not exercise reasonable care under all the circumstances. Primary factors to consider in ascertaining whether conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that it will result in harm, the foreseeable severity of the harm that may ensue, and the burdens that would be borne by the actor and others if the actor takes precautions that eliminate or reduce the possibility of harm.”

Die Tatsache, daß bereits der Diskussionsentwurf des § 291 des Restatement (Second) of Torts aus dem Jahr 1965 zur Definition von fahrlässigem Verhalten eine explizite Kosten-Nutzen-Abwägung im Sinne der Learned-Hand-Formel enthielt, spricht dafür, daß die Formel bereits zur Standarddefinition von Fahrlässigkeit wurde, bevor *Posner* diesen Ansatz *Hands* aufgriff und im Bereich von „*Law and Economics*“ populär machte. Diese These wird ebenfalls durch das unter bb) analysierten Urteil *Rosenquist v. Isthmian S.S. Co.* bekräftigt, in dem – ebenfalls zeitlich nach Verkündung des Urteils *United States v. Carroll Towing Co.* und vor der Veröffentlichung von *Posners* Artikel – mit der Learned-Hand-Formel gearbeitet wurde.

Die Vermutung, daß juristische Laien - und damit die US-amerikanischen Jurys - vermehrt subjektive Kriterien berücksichtigen, konnte nicht bestätigt werden. Der *reasonable man standard* im US-amerikanischen Recht folgt tatsächlich rein objektiven Kriterien, bzw. er wird ohne nähere Angaben, wie sich ein *reasonable man* in der jeweiligen Situation verhalten hätte, verwendet.

Deontologische Tendenzen konnten in keinem der analysierten Urteile gefunden werden. Auch eine explizit nach deontologischen Urteilsbegründungen ausgerichtete Suche in den einschlägigen Datenbanken ergab einen negativen Befund.

2. *Das Fahrlässigkeitsrecht in Großbritannien*

a) *Literaturbetrachtung*

aa) Fahrlässigkeit

Der englische Deliktstatbestand des *tort of negligence* hat sich spät entwickelt und ist erst seit Ende des 19. Jahrhunderts eine eigenständige Art der unerlaubten Handlung²²⁶. Lange Zeit ging die britische Rechtsprechung davon aus, daß eine Sorgfaltspflicht nur gegenüber unmittelbaren Vertragspartnern bestehe. Dies änderte sich erst durch den Fall *Donoghue v. Stevenson*²²⁷, der dazu führte, daß das Fahrlässigkeitsrecht in England neu überdacht wurde²²⁸. Im englischen Recht wird jedoch unter *negligence* etwas anderes verstanden als im deutschen Recht unter dem Begriff der Fahrlässigkeit: Der Begriff *negligence* umfaßt alle denkbaren Sorgfaltspflichtverletzungen, wobei die Fahrlässigkeit einen von mehreren Bereichen möglicher Pflichtverletzungen darstellt²²⁹. Eine Haftung wegen *negligence* erfordert, daß dem Beklagten eine Sorgfaltspflicht auferlegt war, die er verletzt und dadurch einen Schaden verursacht haben muß²³⁰: Die Sorgfaltspflichtverletzung muß dabei zumindest in Ansätzen erkennbar und vermeidbar gewesen sein, und der Schädiger muß die Gelegenheit gehabt haben, einen Schadenseintritt grundsätzlich zu vermeiden.

Auch im britischen Recht wird *negligence* anhand der fiktiven Figur des *reasonable man* bestimmt, wobei hier ebenfalls ein rein objektiver Standard angelegt wird²³¹. Es wird gefragt, wie ein *reasonable man* sich in der bestimmten Situation verhalten haben würde. Damit ist die britische Definition von Fahrlässigkeit derjenigen in Österreich, in der Schweiz und in einigen Ländern des romanischen Rechtskreises verwandt²³².

²²⁶ *Bernstorff*, Einführung, S. 101.

²²⁷ [1932] A.C. 562.

²²⁸ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, S. 66.

²²⁹ *Bernstorff*, Einführung, S. 101.

²³⁰ *Bernstorff*, Einführung, S. 101-104.

²³¹ *Buckley*, Negligence, S. 30; *Dugdale/Stanton*, Professional Negligence, S. 191; *Markesinis/Deakin*, Tort Law, S. 144, 147.

²³² *Koziol/Steininger*, European Tort Law, S. 4, Rn. 7.

Im Gegensatz zu der US-amerikanischen Rechtsprechung wird in Großbritannien bei Fahrlässigkeitsprozessen keine Jury mehr eingesetzt, so daß Fragen der Sorgfaltpflicht von dem bzw. den hauptamtlichen Richtern entschieden werden²³³.

bb) Ethische Tendenzen im Bereich der Fahrlässigkeit

In der Literatur zur britischen Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, daß sowohl englische als auch schottische Gerichte das Ausmaß der Gefahr, also die Wahrscheinlichkeit eines Schadens und die mögliche Schadenshöhe, bei der Bestimmung von Fahrlässigkeit einbeziehen. Inwiefern auch Schadensvorsorgekosten berücksichtigt werden, sei – so die Meinung im Schrifttum - unterschiedlich: Während etwa in dem Fall *Bolton v. Stone*²³⁴ eine Vernachlässigung dieser Kosten sichtbar sei²³⁵, würden die Vorsorgekosten in anderen Urteilen hingegen explizit einbezogen, wie zum Beispiel bei *Latimer v. AEC Ltd.*²³⁶. Insgesamt könne jedoch angenommen werden, daß auch britische Gerichte die Learned-Hand-Formel benutzen²³⁷.

In der englischen Literatur wird oftmals die These vertreten, daß britische Gerichte bei Fahrlässigkeitssachverhalten überwiegend ökonomische Kriterien verwerteten²³⁸. *Gilles* etwa ist der Ansicht, daß die Kosten-Nutzen-Abwägung in den 30er und 40er Jahren des 20. Jahrhunderts im englischen Recht aufkam und sich anhand der einschlägigen Fälle erkennen lasse, daß die englische Rechtsprechung von den späten 30er bis zu den späten 60er Jahren zunehmend davon Gebrauch machte²³⁹. Dabei würden die Richter allerdings keine offenen Kosten-Nutzen-Rechnungen anstellen, sondern vielmehr intuitiv implizit vorgehen²⁴⁰. *Gilles* verdeutlicht diese These anhand des Verweises auf drei verschiedene Methoden, nach denen die britischen Gerichte Verhalten auf Fahrlässigkeit überprüften²⁴¹: den *reasonably-foreseeable risk approach*,

²³³ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, S. 74, 146.

²³⁴ [1951] A.C. 850.

²³⁵ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, S. 145 f.

²³⁶ [1953] A.C. 643.

²³⁷ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, S. 145 f.; *Gilles*, Emergence.

²³⁸ *Gilles*, Emergence; *Keating*, Reasonableness.

²³⁹ *Gilles*, Emergence, Introduction und II.

²⁴⁰ *Gilles*, Emergence, Introduction.

²⁴¹ *Gilles*, Emergence, Introduction.

den *cost-benefit balancing approach* und den *disproportionate-cost approach*. Nach dem *reasonably-foreseeable risk approach* müsse der Beklagte haften, wenn eine *reasonable person* das Risiko vorhergesehen hätte. Dabei sei die Höhe der Schadensvorsorge unerheblich. Der *cost-benefit balancing approach*, der der Learned-Hand-Formel entspricht, hält eine Haftung nur dann für angemessen, wenn die Vorsorgekosten kleiner sind als das zu erwartende Risiko. Nach dem *disproportionate-cost approach* schließlich soll eine Haftung nur dann nicht in Betracht kommen, wenn die Vorsorgekosten das Risiko deutlich überwiegen, also die Vorsorgekosten gegenüber dem Ausmaß der Gefahr überproportional groß seien. Fahrlässigkeit liegt in diesem Fall also dann vor, wenn $B \gg PL$ (im Gegensatz zu dem Ansatz von *Learned Hand*, nach dem Fahrlässigkeit dann gegeben ist, wenn $B > PL$). *Gilles* kommt insgesamt zu dem Ergebnis, daß die britischen Gerichte überwiegend Kosten-Nutzen-Abwägungen verwendeten. Die Vorrangigkeit des *disproportionate-cost approach* und damit die größere Gewichtung des Risikos stelle keine Abkehr von ökonomischen Prinzipien dar²⁴². Für den Ökonomen stelle Geld die relevante Rechnungseinheit dar. Unabhängig davon, welcher Wert Leben und Gesundheit zugebilligt würde, könnten diese Geldwerte einfach miteinander verglichen werden.²⁴³

Gilles These ist jedoch nicht unumstritten. Vielmehr wird in der Literatur teilweise auch die Brauchbarkeit ökonomischer Prinzipien zur Bestimmung von Fahrlässigkeit verneint. Die Gerichte würden anstelle von Kalkulationen vielmehr diskutieren wann ein Verhalten „fair“ und „vernünftig“ sei²⁴⁴. Sowohl amerikanische als auch englische Gerichte wendeten Kosten-Nutzen-Rechnungen in Form der Learned-Hand-Formel kaum an²⁴⁵; sie gebrauchten vielmehr verschiedene Methoden, die jeweils auf die einzelnen Sachverhalte angepaßt wären²⁴⁶.

²⁴² *Keating*, Reasonableness, III. B.

²⁴³ *Keating*, Reasonableness, III. B.

²⁴⁴ *Hendy*, Industrial Accident Claims.

²⁴⁵ *Kerkmeester/Visser*, German Working Papers, S. 4.

²⁴⁶ *Wright*, Negligence, II.

Im folgenden soll nun anhand einiger Fälle aus dem britischen Fahrlässigkeitsrecht überprüft werden, auf welche Weise die englischen Richter Fahrlässigkeit bestimmen. Diese Fälle wurden per Zufallsprinzip aus einer Sammlung von Fahrlässigkeitsfällen aus juristischen Online-Datenbanken und der englischsprachigen Rechtsliteratur ausgewählt.

b) *Urteilsanalyse*

aa) *Coltness Iron Co. v. Sharp*²⁴⁷

Ein Arbeiter in einer Kohlemine erlitt schwere Verletzungen an seiner rechten Hand durch eine Maschine, die zeitweilig nicht mit einem Schutz versehen war, da dieser zum Test der Maschine – nach der Durchführung einer Reparatur – entfernt wurde. Er verklagte seine Arbeitgeberin, die nach einem Obsiegen des Klägers in die Berufung ging. In dem Urteil des House of Lords führt *Lord Atkin* folgendes aus: „In the facts of this case, where the dangerous machinery was exposed for only a few minutes, as the only means of effecting necessary repairs in a part of the mine where it was unlikely that any workman, other than the engineer engaged in the work of repair, would be exposed to risk of contact with the machine, I am unable to take the view that it was reasonably practicable by any means to avoid or prevent the breach of s 55²⁴⁸. The time of non-protection is so short, and the time, trouble and expense of any other form of protection is so disproportionate, that I think the defence is proved”.

Mit seiner Ausführung zeigt *Lord Atkin*, daß er solche Vorsorgemaßnahmen nicht für praktikabel hält, die im Vergleich zu dem Risiko, das sie beseitigen könnten, unverhältnismäßig aufwendig sind. Um herauszufinden, ob eine solche Konstellation vorliegt, muß eine Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt werden, bei der alle Umstände des Risikos gegen mögliche Schadensvorsorgemaßnahmen abgewogen werden. Dabei ist es nicht nötig, jedem vorhersehbaren Risiko zu begegnen, vielmehr ist ein ausge-

²⁴⁷ [1938] A.C. 90 (1937).

²⁴⁸ Bei der Abkürzung s 55 handelt es sich um eine Vorschrift des Coal Mines Act von 1911, die besagt, daß der Betrieb dafür Sorge zu tragen habe, daß alle gefährlichen Teile, der im Bergbau verwendeten Maschinen, durch Schutzvorrichtungen abgeschirmt würden.

wogenes Verhältnis von möglichem Schaden und Vorsorgemaßnahmen anzustreben. Die Urteilsbegründung läßt sich zumindest als konsequentialistisch einordnen, da *Lord Atkin* hier unter anderem die Wahrscheinlichkeit eines Schadens berücksichtigt und mithin die Handlungsfolgen in seine Betrachtung einbezieht. Die weitere Argumentationslinie weist auf eine effizienzorientierte Vorgehensweise hin, wenn ausgeführt wird, daß „*time, trouble and expense*“ unverhältnismäßig hoch - gegenüber der nur kurzen Zeit, in der die Maschine ohne Schutzvorrichtung war - gewesen wären. Zeit – *time*- ist ein Faktor, der monetaristisch bewertbar ist. Hätte der Arbeiter mehr Zeit aufgewendet, um Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wäre das zu Lasten seiner Arbeitszeit gegangen und hätte mithin für den Arbeitgeber eine finanzielle Aufwendung dargestellt. Ausgaben –*expense*- bestehen in dem Aufwenden von Geldwerten. Lediglich bei dem Terminus *trouble*, der mit „Last, Mühe, Unannehmlichkeit“ übersetzt werden kann, ist nicht ersichtlich, ob der entscheidende Richter auf die höchstpersönlichen Lastempfindungen des Arbeiters Bezug nimmt. Dazu fehlt es an einer Betrachtung der Person des Handelnden und seiner persönlichen Umstände. Vielmehr kann vermutet werden, daß *Lord Atkin* sich mit dem Begriff *trouble* auf erhöhte Anstrengungen im Sinne von jeden treffende Aufwendungen bezieht, die letztlich zur Folge haben, daß der jeweilige Arbeiter durch die erhöhten Anstrengungen mehr Zeit aufwenden muß, um einen Schutz zu errichten. Folglich ist auch *trouble* ein monetär bewertbarer Faktor, so daß deutlich wird, daß *Lord Atkin* alternative Schadensvorsorgemaßnahmen auf einen möglichen Reichtumsverlust hin untersucht. Eine utilitaristische Denkweise hätte eine genauere Analyse der Person des Arbeiters und der Beeinträchtigung seines Wohls erfordert. Auf diese Weise ist *Lord Atkin* nicht vorgegangen. Vielmehr verfolgt er eine effizienzorientierte Argumentationsweise, die darauf gerichtet ist, Vorsorgemaßnahmen in einem bestimmten finanziellen Rahmen zu halten, damit sie im Hinblick auf das Risiko gerechtfertigt sind.

Die anderen Lords kamen in dem Urteil zu dem gleichen Ergebnis, allerdings wählten sie eine andere Begründung. Sie hielten einen provisorischen Schutz, wie er von dem Berufungsbeklagten vorgeschlagen worden war, zwar für geeignet, den Unfall zu verhindern. Dennoch sei er ungeeignet, der Vorschrift des s 55 zu entsprechen, da diese eine feste Umzäunung der gefährlichen Maschinensegmente verlange. Die Richter

setzten sich in ihren Urteilsbegründungen folglich nicht damit auseinander, ob die Berufungsklägerin, bzw. einer ihrer Angestellten, fahrlässig handelte, als der Schutz an der Maschine für eine gewisse Zeit abmontiert blieb.

bb) *Edwards v. National Coal Board*²⁴⁹

Ein Arbeiter wurde auf dem Weg zu seiner Arbeitsstätte in einem Kohlenminengang von Material erschlagen, das an der Seite des Ganges gelagert war und durch einen latenten Defekt der Seitenwand ins Fallen geriet. Einige schadhafte Stellen in der Mine waren teilweise durch Stützen und Verkleidungen gesichert, die fragliche Gangseite jedoch nicht.

Alle drei Lords des Court of Appeal schlossen sich den o.g. Ausführungen von *Lord Atkin* in dem Urteil *Coltress Iron Co. v. Sharp*²⁵⁰ an, und sprachen sich damit ausdrücklich für eine Kosten-Nutzen-Abwägung von Risiko und Schadensvorsorge und mithin für eine effizienzorientierte Vorgehensweise aus. Dabei fällt jedoch auf, daß *Lord Asquith* Fahrlässigkeit nur dann annimmt, wenn ein „grobes“ Mißverhältnis, *gross disproportion*, zu Lasten der Sicherheit vorliegt: „The construction placed by *Lord Atkin* on the words „reasonable practicable“ in the *Coltress* case seems to me, with respect, right. „Reasonably practicable“ is a narrower term than „physically possible“ and seems to me to imply that a computation must be made by the owner in which the quantum of risk is placed on one scale and the sacrifice involved in the measures necessary for averting the risk (whether in money, time or trouble) is placed in the other, and that, if it be shown that there is a gross disproportion between them – the risk being insignificant in relation to the sacrifice – the defendants discharge the onus on them. Moreover, this computation falls to be made by the owner at a point of time anterior to the accident.”

Lord Asquith bestätigt also, daß die Höhe des Risikos gegen diejenigen Opfer, die eine Schadensvorsorge mit sich bringt – sei es Zeit, Mühe oder Geld - abgewogen werden

²⁴⁹ [1949] 1 K.B. 704.

²⁵⁰ [1938] A.C. 90 (1937).

müsse. Auffällig ist, daß der Sicherheit hier ein besonders hoher Rang eingeräumt wird. Fahrlässigkeit liegt nach Ansicht des Richters bereits dann vor, wenn Vorsorgemaßnahmen unterblieben sind, die verhältnismäßig etwas über dem Risiko lagen. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Vorgehensweise mit ökonomischen Grundprinzipien vereinbar und der Ansatz von *Lord Asquith* als effizienzethisch einzuordnen ist. Dies könnte deshalb fraglich sein, da eine Abwägung, bei welcher einer der beiden Seiten bereits von vorne herein mehr Gewicht beigemessen wird, nicht in der Lage zu sein scheint, effiziente Ergebnisse herbeizuführen.

Der Ökonom muß allem einen Wert geben, um mit dem Wert arbeiten zu können. Wenn nun für Leben und Gesundheit ein besonders hoher Wert angenommen wird, so ist das für eine effiziente Vorgehensweise unschädlich, da der angenommene Wert beliebig hoch sein kann und es lediglich darauf ankommt, daß überhaupt ein Wert vorliegt. Dieser Wert kann dann mit anderen Werten abgewogen werden. Die von *Lord Asquith* durchgeführte Abwägung stellt mithin kein ineffizientes Vorgehen dar. Der Richter betont in seinen Ausführungen lediglich, daß Sicherheit, also Leben und Gesundheit, einen hohen Stellenwert haben, was in die Bewertung des Faktors „Schadenshöhe“ einfließen solle. Seine Urteilsbegründung folgt demnach ökonomischen Grundsätzen, so daß schließlich alle Richter, die an diesem Urteil beteiligt waren, Kosten-Nutzen-Analysen als Mittel zur Bestimmung von Fahrlässigkeit favorisieren und mithin effizienzorientiert argumentieren.

cc) Paris v. Stepney Borough Council²⁵¹

Ein einäugiger Mechaniker, der in der Garage der Stadtverwaltung arbeitete, erlitt eine Verletzung an seinem gesunden Auge, die zu einer vollständigen Erblindung führte. Zu dem Unfall kam es, als er versuchte, mit einem Hammer einen Bolzen aus einem Fahrzeug zu entfernen und ein Metallsplinter des Bolzens in sein Auge flog. Die beklagte Stadtverwaltung hatte dem Kläger keine Schutzbrille zur Verfügung gestellt. Dies entsprach der damaligen allgemeinen Gepflogenheit an Arbeitsplätzen von Au-

²⁵¹ [1951] A.C. 367; [1949] 2 All E.R. 843.

tomechanikern. Zunächst gab das erstinstanzliche Gericht der Klage statt. Als Begründung führte das Gericht an, daß ein Arbeitgeber zwar nicht verpflichtet sei, an alle Mechaniker Schutzbrillen auszugeben, daß aber dadurch, daß sich ein möglicher Schaden an dem gesunden Auge für den Kläger als besonders schwerwiegend darstellen würde, ihm gegenüber eine Pflicht zur Ausstattung mit einer Schutzbrille bestanden habe.

Demgegenüber stellten sich die Richter des Court of Appeal auf den Standpunkt, daß den Arbeitgeber im Bezug auf den Kläger keine größere Pflicht treffe, als ihm hinsichtlich der übrigen Angestellten auferlegt sei.

Dazu führt *Lord Asquith* folgendes aus: „A greater risk of injury is not the same thing as a risk of greater injury; the first alone is relevant to liability“. Damit sagt *Asquith*, daß es nur auf die Schadenswahrscheinlichkeit ankomme und die potentielle Schadenshöhe bei der Bestimmung, ob Fahrlässigkeit vorliegt, außer acht bleiben müsse.

Im House of Lords stimmten drei der Lords gegen das Urteil des Court of Appeal und zwei dafür. Es bestand jedoch bei allen fünf Lords Einigkeit darüber, daß auch die Schadenshöhe in die Abwägung einbezogen werden müsse. So trifft *Lord Normand* die Aussage: „There are two factors in determining the magnitude of a risk – the seriousness of the injury risked, and the likelihood of the injury being in fact caused“. *Lord Oaksey* führt zu diesem Thema folgendes aus: „[...], but it is for the judge at the trial to weigh up the risk of injury and the extent of the damage and to decide whether, in all the circumstances including the fact that the workman was known to be one-eyed and might become a blind man if his eye was struck, an ordinarily prudent employer would supply such a workman with goggles. It is a simple and inexpensive precaution to take to supply goggles [...]“. Schließlich äußert sich auch *Lord MacDermott* ähnlich wie seine Kollegen: “[...], but I think it is enough to say that the employer’s duty to take reasonable care for the safety of his workmen is directed [...] to their welfare, and for that reason, if for no other, must be related to both the risk and the degree of the injury“.

Dadurch, daß die Richter des House of Lords der Frage nach den notwendigen Vorsorgemaßnahmen sowohl die Schadenswahrscheinlichkeit, als auch die Folgen der Tat, also die potentielle Schadenshöhe, gegenüberstellen, wägen sie genau die gleichen drei Faktoren miteinander ab, die *Learned Hand* in seiner Formel verwendete. Folglich kann dieses Urteil eindeutig dem ökonomischen Ansatz des Konsequentialismus, der Effizienzethik, zugeordnet werden.

dd) Bolton and others v. Stone²⁵²

Während eines Cricket-Spiels wurde der Ball von einem der Spieler über das Spielfeld hinaus auf eine öffentliche Straße geschlagen, wo er Frau Stone traf und verletzte. Das Spielfeld wurde seit etwa 90 Jahren für Cricket-Spiele genutzt. Nur in seltenen Fällen war es zuvor dazu gekommen, daß ein Ball über den Spielfeldrand auf die daneben verlaufende Straße geschlagen wurde, ein Unfall hatte sich dabei nie ereignet. Frau Stone verklagte das Komitee und die Mitglieder des Cricket-Clubs auf Schadensersatz. In ihren Augen handelte der Club fahrlässig, weil er keine Maßnahmen einleitete, um die Gefahr von aus dem Spielfeld geschlagenen Bällen zu beseitigen.

Lord Reid begründet seine Entscheidung, daß dem Cricket-Club keine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne, wie folgt: „In the crowded conditions of modern life even the most careful person cannot avoid creating some risks and accepting others. What a man must not do, and what I think a careful man tries not to do, is to create a risk which is substantial. [...] In my judgment, the test to be applied here is whether the risk of damage to a person on the road was so small that a reasonable man in the position of the appellants, considering the matter from the point of view of safety, would have thought it right to refrain from taking steps to prevent the danger. In considering that matter I think that it would be right to take into account not only how remote is the chance that a person might be struck but also how serious the consequences are likely to be if a person is struck; but I do not think that it would be right to take into account the difficulty of remedial measures. If cricket cannot be played on a ground without

²⁵² [1951] A.C. 850.

creating a substantial risk, then it should not be played there at all". *Lord Reid* trifft in seiner Ausführung eine zentrale Aussage, nämlich die, daß der Handelnde in dem Fall, daß ein erhebliches Risiko – *substantial risk* – droht, jede Maßnahme treffen muß, um einen Schaden abzuwenden; zur Not muß er die Aktivität komplett unterlassen. Dabei sind für *Reid* die Kosten der Schadensvorsorge unerheblich. In der ersten Argumentationskette finden ökonomische Kriterien Anwendung. Davon wendet sich *Reid* aber ab, wenn ein umfangreiches Risiko vorliegt. In diesem Fall seien alle möglichen Schadensvorsorgemaßnahmen zu treffen, so daß er sich, da er bei einem hohen Risiko nur der einen Seite der Learned-Hand-Formel Beachtung schenkt, von einer ökonomischen Kosten-Nutzen-Rechnung distanziert. Diese Betrachtung des Ausmaßes der Gefahr offenbart jedoch zumindest eine konsequentialistische Sichtweise, da die Einbeziehung eines möglichen Schadens das Augenmerk primär auf die Folgen der Handlung richtet.

Lord Radcliffe führt aus: „It seems to me that a reasonable man, taking account of the chances against an accident happening, would not felt himself called on either to abandon the use of the ground for cricket or to increase the height of his surrounding fences. He would have done what the appellants did. In other words, he would have done nothing“. Zwar könnte aus dieser Bewertung ein Ansatz zu einer Kosten-Nutzen-Abwägung herausgelesen werden: Eine Schadensvorsorge ist entbehrlich, da sie im Hinblick auf die geringe Schadenswahrscheinlichkeit zu aufwendig gewesen wäre. Die Ausführungen *Radcliffes* sind jedoch nicht eindeutig genug. Warum ein *reasonable man* keine Vorsorgemaßnahme getroffen hätte, wird nicht begründet. Wie er zu diesem Schluß gelangt, wird hier nicht explizit dargelegt. Aus diesem Grund dürfte es auch zu weit gehen, in die Worte *Lord Radcliffes* eine Kosten-Nutzen-Rechnung hineinzuinterpretieren. Daher ist die hier vorliegende Aussage zu der Frage fahrlässigen Verhaltens ähnlich wenig aussagekräftig, wie dies bei vielen der US-amerikanischen Urteile der Fall war, in denen das Gericht ebenfalls lediglich feststellte, daß ein *reasonable man* sich so oder anders verhalten hätte. Der *reasonable man standard* ist der Interpretation jeder ethischen Richtung zugänglich, so daß auch hier – wie schon bei

den US-amerikanischen Entscheidungen dieser Kategorie - nicht eindeutig bestimmt werden kann, welcher ethischen Richtung *Lord Radcliffe* folgt.

Die übrigen Richter, *Lord Porter*, *Lord Normand* und *Lord Oaksey*, führen, ähnlich wie *Lord Radcliffe*, lediglich aus, daß ein *reasonable man* keine Vorsorgemaßnahmen getroffen hätte, da das Risiko nicht vorhersehbar gewesen sei. Der Argumentation von *Reid* folgen sie also nicht. Dies ließe sich damit begründen, daß die Richter der Ansicht sind, daß diese Auslegung von Fahrlässigkeit den Kläger zu sehr begünstigen würde. In der Regel muß der Kläger für eine substantiierte Klage ausführen, welche Vorsorgemaßnahmen der Beklagte hätte treffen können, um die Handlung risikoreduziert durchzuführen. Nach dem Ansatz von *Reid* wäre das überflüssig: Der Kläger müßte lediglich vortragen, daß der Beklagte ganz auf die Handlung hätte verzichten können. Das würde zu einer erheblichen Einschränkung von Aktivitäten führen, die in unserem Alltag gar nicht denkbar ist. Autofahren könnte beispielsweise nicht länger toleriert werden, da jede Fahrt theoretisch zu extrem hohen Schäden führen kann, mithin ein erhebliches Risiko darstellt.

ee) *McCarthy v. Coldair Ltd.*²⁵³

Der Kläger war als angestellter Elektriker auf einem Grundstück der Beklagten tätig. Als er eine sechs Fuß hohe Leiter erklomm, um die elektrischen Kabel, an denen er arbeiten sollte, zu erreichen, rutschte die Leiter ab, der Kläger stürzte und verletzte sich dabei am Handgelenk. Daraufhin verklagte der Geschädigte seinen Arbeitgeber auf Schadensersatz. Die erste Instanz verurteilte die Beklagte zur Zahlung. Bei der hier vorliegenden Entscheidung handelt es sich um ein Berufungsurteil, das aufgrund der Berufung der Beklagten gefällt wurde. *Lord Denning* äußert sich in der Urteilsbegründung bezüglich der in Frage stehenden Fahrlässigkeit der Beklagten folgendermaßen: „If occupiers were required to put a man at the foot of every ladder, however short, it would put an added burden on industry disproportionate to the risk involved. This method of approach is similar to the approach sanctioned by the House of Lords

²⁵³ 50 L.G.R. 85, [1951] WN 590.

in the cricket ball case, *Bolton v. Stone* (1951) in cases of negligence. It was quite foreseeable that a ball might be hit out of the cricket ground there; nevertheless, the risk was so slight that a reasonable man would not have felt himself called upon either to abandon the use of the ground for cricket or to increase the height of his surrounding fences. In that case the risk was weighed against the measures necessary to eliminate it". *Lord Denning* lehnt sich hier eindeutig an die Worte *Lord Radcliffes* in der Urteilsbegründung zu *Bolton v. Stone* an, legt diese jedoch als Abwägung von Risiko auf der einen und Schadensvorsorgekosten auf der anderen Seite aus. Dadurch, daß *Lord Denning* die Ausführungen *Radcliffes* auf eine ökonomische Weise auslegt, ihnen zustimmt und diesen Ansatz auf den hier vorliegenden Fall anwendet, kann die Urteilsbegründung *Dennings* als effizienzorientiert gewertet werden.

Die beiden anderen Lords treffen keine klaren Aussagen zu ihrer Definition von Fahrlässigkeit, so daß sich aus ihren Ausführungen keine ethische Richtung ableiten läßt.

ff) *Christmas v. General Cleaning Contractors Ld. and Caledonian Club Trust Ld.*²⁵⁴

In diesem Fall verklagte ein Fensterputzer seinen Arbeitgeber und den Eigentümer des Gebäudes, an dem er arbeitete. Grund für diese Klage war ein Unfall bei der Vornahme einer Fensterreinigung. Der Kläger hatte sich nicht mit einem Gurt abgesichert, da an dem Gebäude keine Haken zur Befestigung eines solchen Gurts vorhanden waren. Ohne den Rahmen berührt zu haben, fiel das Fenster auf die Hand des auf dem äußeren Fensterbrett stehenden Klägers, so daß er sein Gleichgewicht verlor, stürzte und sich dabei verletzte. Das erstinstanzliche Gericht befand beide Beklagten zu gleichen Teilen für schadensersatzpflichtig. Beide Beklagte legten Berufung gegen dieses Urteil beim Court of Appeal ein.

Lord Denning hält das Verhalten des Gebäudeeigentümers für nicht fahrlässig und macht folgende Ausführungen zu dem Vorgehen des Arbeitgebers des Fensterputzers: „The employers should have taken proper steps to protect him from the dangers. They

²⁵⁴ [1952] 1 K.B. 141.

should have laid out the work more carefully. One way would have been to do the cleaning from a ladder instead of from a sill. Another way would have been to ask the householder to allow the firm to insert hooks into the brickwork so as to attach a safety belt. It is said by the employers that these suggestions are not practicable; and that it is the usual thing for the men to clean windows by standing on the sill. That answer does not satisfy me. If employers employ men on this dangerous work for their own profit, they must take proper steps to protect them, even if they are expensive. If they cannot afford to provide adequate safeguards, then they should not ask them to do it at all. It is not worth the risk". Bei diesen Worten des Richters stellt sich die Frage, ob darin eine Abwägung von Risiko und Vorsorgekosten und mithin ein ökonomischer Ansatz, oder vielmehr eine Anlehnung an den Ansatz, den *Lord Reid* in *Bolton v. Stone* vertritt und der einer Kosten-Nutzen-Abwägung eine Absage erteilt, zu sehen ist. Zum einen könnten die Ausführungen von *Denning* so ausgelegt werden, daß er wegen des sehr hohen Risikos auch hohe Vorsorgekosten verlangt. Zum anderen könnte er der Ansicht sein, daß bei einem hohen Risiko alles zur Vorsorge getan werden muß, unabhängig davon, wie hoch die Kosten dafür sind, so daß die Vorsorgekosten keine Rolle für die Bestimmung von fahrlässigem Verhalten spielen und eine Kosten-Nutzen-Abwägung nicht stattfindet. Die Tatsache, daß *Lord Denning* „*proper*“, also angemessene, sachgerechte Vorsorgemaßnahmen verlangt, die dem Risiko gegenüber angemessen sein sollten, spricht eher für eine effizienzorientierte Auslegung seiner Ausführungen.

Die beiden anderen Lords, *Lord Hodson* und *Lord Lloyd-Jacob*, stellen lediglich fest, daß der Arbeitgeber des Fensterputzers wegen der drohenden Gefahr Maßnahmen zur Sicherung des Arbeiters hätte treffen müssen. Sie erkennen also das Risiko und sehen sich mögliche Verhaltenskonsequenzen an, so daß es sich hier nicht um eine deontologische Argumentation handeln kann. Ebenso wenig kommt ein utilitaristischer Ansatz in Betracht, da die Richter die persönlichen Umstände der Beklagten völlig außer acht lassen. Für eine ökonomische Vorgehensweise fehlt es schließlich an einer Kosten-Nutzen-Abwägung, die das Ausmaß der Gefahr den Kosten einer Schadensvorsorge gegenüberstellt. Aus den grundsätzlich konsequentialistischen Ansätzen dieser Richter läßt sich demnach keine genauere ethische Tendenz herleiten.

gg) *Latimer v. A.E.C., Ltd.*²⁵⁵

Eine Fabrik wurde bei schweren Regenfällen überflutet. Das eintretende Wasser vermischte sich mit einer öligen Flüssigkeit, so daß ein rutschiger Film auf dem Boden zurückblieb, als das Wasser zurückgewichen war. Um die Halle zu trocknen wurde der Boden mit Sägemehl ausgestreut, welches jedoch nicht für die gesamte Halle ausreichte. Der Kläger, der in der Fabrik arbeitete, rutschte auf dem öligen Grund in einem unbestreuten Teil der Halle aus, fiel und verletzte sich. Das erstinstanzliche Gericht wies die Schadensersatzklage zurück, da es das Verhalten der Beklagten nicht als fahrlässig ansah. Das Court of Appeal schloß sich dieser Entscheidung an. *Lord Denning*, dessen Ausführungen *Lord Hodson* zustimmt, begründet seine Entscheidung so: „It is always necessary to consider what measures the defendant ought to have taken, and to say whether they could reasonably be expected of him. [...] So here the employers knew that the floor was slippery and that there was some risk in letting the men work on it; but, still, they could not reasonably be expected to shut down the whole works and send all the men home. In every case of foreseeable risk, it is a matter of balancing the risk against the measures necessary to eliminate it“. *Denning* wendet sich hier ausdrücklich einer Abwägung von Risiko und Vorsorgekosten zu. Mögliche Vorsorgekosten sieht er darin, daß der Betrieb für eine gewisse Zeit schließen müßte und es auf diese Weise zu einem Produktionsstop und so zu Umsatzeinbußen kommen würde.

Lord Singleton führt in seiner Begründung aus, daß der Arbeitgeber verpflichtet gewesen sei, die Fabrik zu schließen, wenn die Unfallgefahren groß genug gewesen wären. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Damit führt auch dieser Richter eine Abwägung zwischen erforderlicher Schadensvorsorge und Gefahr durch, so daß seine Begründung ebenfalls als effizienzorientiert eingeordnet werden kann.

Auch *Lord Porter* erklärt die Beklagte einer fahrlässigen Handlung für nicht schuldig. Er führt dazu aus: „The seriousness of shutting down the works and sending the night shift home and the importance of carrying on the work on which the factory was engaged are all additional elements for consideration, and without adequate information

²⁵⁵ [1953] A.C. 643.

on these matters it is impossible to express any final opinion“. *Lord Porter* hält es also für notwendig, Kosten und Nutzen von Vorsorgemaßnahmen gegeneinander abzuwägen, wenn es um die Frage geht, wie der Handelnde dem Risiko seiner Tat hätte begegnen müssen. Auch er sieht die Probleme in Form hoher finanzieller Verluste, die der Beklagten beim Schließen der Fabrik gedroht hätten. Zwar kann eine Kosten-Nutzen-Abwägung sowohl auf eine utilitaristische als auch auf eine effizienzorientierte Sichtweise hindeuten, jedoch bezieht *Porter* sich bei seinen Überlegungen bezüglich der Handlungsalternativen auf deren finanzielle Auswirkungen und nimmt so ökonomische Aspekte in seine Beurteilung auf.

Lord Asquith of Bishopstone vertritt die Auffassung: „It was nowhere specifically pleaded in the statement of claim that the works should have been closed down; [...] no evidence was directed to the question, which on this issue was fundamental, what degree of dislocation or complication a complete stoppage would have entailed; [...]“. Der Richter rügt hier, daß der Kläger nicht vorgetragen habe, warum die Fabrik hätte geschlossen werden müssen oder welche Nachteile eine komplette Schließung mit sich gebracht hätten. Dies zeigt, daß auch er eine Kosten-Nutzen-Rechnung unter Einbeziehung der Schadensvorsorgekosten für sachgerecht erachtet.

Neben diesen drei offenen Bekenntnissen zum ökonomischen Abwägen, ist die Urteilsbegründung der anderen drei Richter, *Lord Tucker*, *Lord Reid* und *Lord Oaksey*, nicht eindeutig. *Lord Tuckers* Würdigung des Falls lautet wie folgt: „I do not question that such a drastic step may be required on the part of a reasonably prudent employer if the peril to his employees is sufficiently grave, and to this extent it must always be a question of degree, but, in my view, there was no evidence in the present case which could justify a finding of negligence for failure on the part of the respondents to take this step. [...] The only question was: Has it been proved that the floor was so slippery that, remedial steps not being possible, a reasonably prudent employer would have closed down the factory rather than allow his employees to run the risks involved in continuing work“? Damit nimmt *Lord Tucker* an, daß die schwerwiegende Maßnahme des Schließens der Fabrik nur dann nötig sei, wenn die drohende Gefahr hoch genug ist. Hinter den Worten des Richters verbirgt sich also eine Abwägung von Risiko und

Vorsorge. Daß *Tucker* mit seiner Ausführung nicht den Ansatz von *Lord Reid* in *Bolton v. Stone* aufgreift und damit bei einem erheblichen Risiko jegliche Möglichkeit einer Schadensvorsorge - unerheblich wie kostenintensiv diese ist - verlangt, ergibt sich daraus, daß er sich ausdrücklich den effizienzorientierten Ausführungen eines der Richter des Court of Appeal, *Lord Singleton*, anschließt: „With regard to the alleged breach by the respondents of their common law duty to take reasonable care for the safety of their servants, I am in complete agreement with what was said by *Singleton*, L. J., in the Court of Appeal in his application of the standard required to the facts as found by the trial judge“. Dadurch, daß sich *Lord Tucker* den Worten *Singletons* bedingungslos anschließt, befürwortet er eindeutig eine ökonomische Abwägung von dem bestehenden Risiko und den Kosten der Schadensvorsorge.

Den Ausführungen *Lord Tuckers* zu diesem Thema schließt sich wiederum *Lord Reid* an und stimmt damit auch einer ökonomischen Kosten-Nutzen-Abwägung für die Bestimmung von fahrlässigem Verhalten zu.

Lediglich *Lord Oaksey* verweigert sich einer solchen Abwägung. Er hält das Verhalten der Beklagten nicht für fahrlässig und begründet seine Ansicht damit, daß die Handlungsweise der Beklagten sich allenfalls als Beurteilungsfehler in einer schwierigen Situation – „error of judgment in circumstances of difficulty“ – darstelle und daß ein solcher Fehler keine Fahrlässigkeit begründe. Damit läßt seine Ausführung keine Rückschlüsse auf eine bestimmte Definition von Fahrlässigkeit zu. Weder trifft *Lord Oaksey* eine Kosten-Nutzen-Abwägung, noch geht er auf die persönlichen Umstände der Beklagten ein. Auch eine Maxime, wie ein ordentlicher Betrieb seine Arbeitsstätte instand zu halten habe, stellt er nicht auf, so daß auch nicht auf eine deontologische Sichtweise geschlossen werden kann.

Insgesamt überwiegt in dem hier vorliegenden Urteil eine Tendenz zum Abwägen von Risiko und Kosten einer Schadensvorsorge im Sinne der Learned-Hand-Formel. Bemerkenswert ist die intensive Auseinandersetzung mit Schadensvorsorgemaßnahmen, die in den bisher behandelten Urteilen nicht vorhanden war. Die Entscheidung weist eindeutige Tendenzen zur Effizienzethik auf.

hh) *Marshall v. Gotham Co., Ltd.*²⁵⁶

Ein Arbeiter wurde in einer Gipsmine von einem geologischen Vorkommnis namens „Einbruchglättung“²⁵⁷ überrascht und von dem Dach des Minengangs erschlagen. Bei Einbruchglättung handelt es sich um ein seltenes geologisches Vorkommnis, das vor dem Unfall seit mehr als 20 Jahren in der Mine nicht aufgetreten war. Dieser Fehler war nicht durch Abklopfen oder sonstige bekannte Methoden zu erkennen. Die Minendecke war ungesichert, was bei Gipsminen allerdings auch üblich ist. Die Witwe des Verstorbenen verklagte schließlich die Minengesellschaft.

In der Urteilsbegründung des Court of Appeal ziehen zwei der drei Richter eine Kosten-Nutzen-Abwägung heran. Richter *Jenkins* zitiert die Ausführungen von *Lord Asquith*, die dieser in dem Urteil *Edwards v. National Coal Board*²⁵⁸ machte, und schließt sich diesen an. *Lord Asquith* hatte sich in dem genannten Urteil für eine Abwägung von dem Ausmaß des Risikos auf der einen und den notwendigen Vorsorgemaßnahmen auf der anderen Seite ausgesprochen, wobei er fahrlässiges Verhalten bei einem groben Mißverhältnis zwischen den beiden Faktoren annahm. Richter *Somervell* führt in dem Urteil des Court of Appeal aus: „It is not reasonably practicable to have elaborate precautions taken day after day against a risk which is believed to be non-existent“. Auch hierin wird die Verwendung ökonomischer Kriterien deutlich. Aufwendige Vorsorgemaßnahmen sind in den Augen *Somervells* nicht effizient, wenn sie ein Risiko abdecken sollen, das als nichtexistent angesehen werden kann. In diesem Fall überwiegen die Kosten den Nutzen.

In der darauf folgenden Entscheidung des House of Lords unterstützen die Richter - *Lord Keith of Avonholm* ausgenommen - eine Vorgehensweise anhand einer Kosten-Nutzen-Rechnung und wägen in ihren Begründungen das Für und Wider von verschiedenen Vorsorgemaßnahmen ab. *Lord Oaksey* schließt sich der Urteilsbegründung von *Lord Atkin* in dem Urteil *Coltress Iron Co., Ltd. v. Sharp*²⁵⁹ an, in der *Lord Atkin*

²⁵⁶ [1954] A.C. 360.

²⁵⁷ engl.: *slickenside*.

²⁵⁸ Unter Punkt C. III. 2. b) behandelt.

²⁵⁹ Siehe Punkt C. III. 2. a).

eine Kosten-Nutzen-Analyse befürwortet. *Lord Reid* bestätigt die von *Asquith* in *Edwards v. National Coal Board*²⁶⁰ angewendete unproportionale Kosten-Nutzen-Abwägung. Zudem führt er aus: „The danger was a very rare one. The trouble and expense involved in the use of the precautions, while not prohibitive, would have been considerable. The precautions would not have afforded anything like complete protection against the danger, and their adoption would have had the disadvantage of giving a false sense of security“. *Reid* ist mithin der Ansicht, daß sich hohe Vorsorgekosten bei einer geringen Gefahr nicht lohnten. Damit, und mit der Zustimmung zu *Asquiths* Anwendung einer Kosten-Nutzen-Rechnung, stellt auch diese Urteilsbegründung ein weiteres Beispiel für eine effizienzorientierte Rechtsprechung zur Fahrlässigkeit im Zivilrecht dar.

Auch *Lord Tucker* favorisiert eine Abwägung von Vorsorgekosten und Risiko. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die möglichen Vorsorgemaßnahmen im Verhältnis zu dem sehr geringen Risiko von Einbruchglättung zu aufwendig seien und die Minenfirma deshalb nicht fahrlässig gehandelt habe: „But in weighing the suggested precautionary measures against the risk it is, I think, very material to consider the degree of security which those measures can be expected to afford, and when one finds that the risk of slickenside is very remote and that the suggested measures are of an elaborate nature and would only result in a „possibility“ that the accident would have been prevented or its consequences mitigated, I do not consider that a finding against the respondents is justified.“

Diesen Ausführungen schließt sich *Lord Cohen* an.

Alleine *Lord Keith* lehnt eine solche ökonomische Vorgehensweise ab: „I would only add that, in my opinion, the question whether a mineowner has discharged a statutory obligation laid on him must depend on the particular circumstances of each case. There is, in my opinion, no general rule or test that can safely be relied on for measuring the discharge of such a duty. In particular, I could not, as at present advised, accept it that

²⁶⁰ Siehe Punkt C. III. 2. b).

the measure of an employer's liability can satisfactorily be determined by having regard solely to the proportion which the risk to be apprehended bears to the sacrifice in money, time or trouble involved in meeting the risk." Ihm erscheint eine Kosten-Nutzen-Abwägung im Hinblick auf Schadensvorsorge und Ausmaß der Gefahr als nicht ausreichend, um Fahrlässigkeit zu bestimmen. *Lord Keith* macht aber darüber hinaus keine Angaben, wie seiner Ansicht nach Fahrlässigkeit bestimmt werden könne. Vielmehr regt er lediglich an, die Umstände jedes Einzelfalls gesondert zu untersuchen. Dieser Ausführung kann auch keine utilitaristische Sichtweise entnommen werden; für eine solche müßte deutlich werden, daß der Richter durch diese Einzelfallbetrachtung Aufschlüsse über das Wohl des Einzelnen bekommen möchte, um insgesamt eine Maximierung des Gesamtnutzens zu erreichen. Solche Hinweise sind nicht erkennbar. Folglich kann den Ausführungen von *Lord Keith* keine rechtsethische Sichtweise entnommen werden.

Abgesehen von den Ausführungen *Keiths* ist das hier vorliegende Urteil nach effizienzorientierten Gesichtspunkten entschieden worden.

ii) *Morris v. West Hartlepool Steam Navigation Co. Ltd.*²⁶¹

Der Seemann *Morris* fiel in die Ladeluke des Zwischendecks eines Schiffs, die nicht abgesichert war, als er von seinem Vorgesetzten für Arbeiten in das Zwischendeck geschickt wurde. *Morris* verletzte sich und verklagte daraufhin seinen Arbeitgeber.

Bei den verschiedenen Urteilsbegründungen der Lords fallen insbesondere die Ausführungen von *Lord Reid* auf: „Apart from cases where he may be able to rely on an existing practice, it is the duty of an employer, in considering whether some precaution should be taken against a foreseeable risk, to weigh, on the one hand, the magnitude of the risk, the likelihood of an accident happening and the possible seriousness of the consequences if an accident does happen, and, on the other hand, the difficulty and expense and any other disadvantage of taking the precaution“. Damit wägt *Reid* die Faktoren Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit gegen die Kosten einer

²⁶¹ [1956] A.C. 552.

Schadensvorsorge ab. Hier besteht sowohl die Möglichkeit, daß *Reid* das Wort *seriousness* auf einen Geldbetrag als auch auf einen allgemeinen Nutzenverlust im utilitaristischen Sinn bezieht. Da der Richter sich mit seiner Argumentation grundsätzlich an die Learned-Hand-Formel anlehnt, ist zu vermuten, daß er auch mit dem Komplex *seriousness of the consequences* im Rahmen der Formel bleibt und eine monetär bewertbare Größe meint.

Die Begründungen der übrigen Richter lassen sich nicht in eine der vorgestellten rechtsethischen Richtungen einordnen.

jj) Carmarthenshire County Council v. Lewis²⁶²

Ein vier Jahre alter Junge wurde von seiner Kindergärtnerin für etwa zehn Minuten unbeaufsichtigt in einem Raum zurückgelassen, da sich die Kindergärtnerin in einem anderen Raum um ein verletztes anderes Kind kümmern mußte. Der Vierjährige verließ den Raum und betrat eine öffentliche Straße. Ein Lkw-Fahrer wich dem Jungen aus, fuhr dadurch an einen Telegraphenmast und erlag den Verletzungen aus diesem Unfall. Der Junge blieb unverletzt.

In der Entscheidung des House of Lords sind insbesondere die Ausführungen von *Lord Reid* und *Lord Goddard* für die hier durchgeführte Untersuchung interessant. *Lord Reid* wägt nach ökonomischen Kriterien das Ausmaß der Gefahr gegen die Kosten einer Schadensvorsorge ab: „The actions of a child of this age are unpredictable, and I think that it ought to have been anticipated by the appellants or their responsible officers that in such a case a child might well try to get out onto the street and that if it did a traffic accident was far from improbable. And it would have been very easy to prevent this, and either to lock the gates or, if that was thought undesirable, to make them sufficiently difficult to open to ensure that they could not be opened by a child so young that it could not be trusted alone on the street. The classroom door was not an obstacle, and no doubt it was convenient that the children should be able to open this

²⁶² [1955] A.C. 549.

door themselves, but that meant that the way to the street was open unless the outer gate was so fastened or constructed as to be an obstacle to them.”

Lord Goddard hingegen ignoriert die Konsequenzen des Handelns der Kindergärtnerin indem er ausführt: „Her duty was that of a careful parent. [...] it seems to me that she acted just as one would expect her to do, that is to attend to the injured child first, never thinking that the one waiting for her would go off on his own.“ Der Richter vergleicht das Verhalten der Kindergärtnerin hier vielmehr mit einer *Maxime*, wie eine ordentliche Aufsichtsperson sich in dieser Situation zu verhalten habe. Demnach weist seine Urteilsbegründung starke deontologische Züge auf.

kk) *Haley v. London Electricity Board*²⁶³

Ein blinder Mann verpaßte mit seinem Blindenstock eine schrägverlaufende Absper- rung auf einem Bürgersteig, die wegen Kabelverlegungsarbeiten unterhalb des Bür- gersteigs von Angestellten der Beklagten angebracht worden war. Der Mann fiel und verletzte sich so sehr, daß er sein Gehör fast vollständig verlor. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage des Gestürzten gegen die Baufirma ab, der Court of Appeal bestätigte diese Entscheidung.

In der Begründung des Urteils des House of Lords ergeben sich lediglich aus den Aus- führungen von *Lord Reid* und *Lord Hodson* Erkenntnisse über eine rechtsethische Sichtweise bezüglich Fahrlässigkeit. *Lord Reid* führt folgendes aus: „But a moment’s reflection shows that a low obstacle in an unusual place is a grave danger: on the other hand, it is clear from the evidence in this case and also, I think, from common knowl- edge that quite a light fence some two feet high is an adequate warning. There would have been no difficulty in providing such a fence here. The evidence is that the Post Office always provides one, and that the respondents have similar fences which are often used“. *Lord Reid* wägt hier also die – seiner Ansicht nach - große Gefahr einer solchen Baustelle für Blinde gegen den vergleichsweise geringen Aufwand einer Schadensvorsorge in Form eines zwei Fuß hohen Zauns ab. Obwohl *Reid* an dieser

²⁶³ [1965] A.C. 778.

Stelle die Schadenswahrscheinlichkeit, d.h. die Wahrscheinlichkeit, daß ein Blinder die Baustelle nicht erkennt und einen Unfall erleidet, nicht einbezieht, lassen seine Worte dennoch erkennen, daß er ökonomische Prinzipien beachtet und monetarisierte Größen einander gegenüberstellt. Außerdem sagt er an einer anderen Stelle seiner Urteilsbegründung: „I could understand the respondents’ contention if it was based on an argument that it was not reasonably foreseeable that a blind person might pass along that pavement on that day; or that, although foreseeable, the chances of a blind man coming there was so small and the difficulty of affording protection to him so great that it would have been in the circumstances unreasonable to afford that protection”. Hier wird deutlich, daß auch die Schadenswahrscheinlichkeit berücksichtigt werden soll.

Lord Hodson führt aus: „In view of the large number of blind persons who fall into the category of abnormal and are users of the road it cannot be said that the risk of causing them injury is so small as to be minimal and therefore to be excluded from the realm of foreseeability. Neither can it fairly be said that such extravagant precautions would be required in order to be useful for their purpose that they cannot be reasonably practicable. Bearing in mind that blind persons to be contemplated are those who behave reasonably and proceed on their way mindful of their own infirmity, and using such means as are available to them to avoid running into obstacles it is unnecessary to provide special protection for them in the case of all obstacles which stand in their way”. *Hodson* wägt hier die Schadenswahrscheinlichkeit gegen die Kosten einer Schadensvorsorge ab und stellt sich damit ebenfalls auf die Seite derer, die Fahrlässigkeit unter Effizienzgesichtspunkten analysieren.

11) Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. The Miller Steamship Co. Pty.²⁶⁴

Zwei Schiffe der Miller Steamship Company lagen in dem Hafen von Sydney in einer Werft, um dort repariert zu werden. Die Eigentümer der Werft führten im Rahmen dieser Reparaturen Schweiß- und Schneidearbeiten an den Schiffen durch, wobei heiße

Metallteile in das Hafenwasser fielen. Die Rechtsmittelführerin, die Overseas Tankship Limited, hatte ein Schiff, die Wagon Mound, gechartert, die zu dieser Zeit in einer anderen Werft Öl bunkerte. Durch eine Nachlässigkeit der tätigen Arbeiter lief ein großer Teil des Öls aus dem Schiff auf die Wasseroberfläche und verteilte sich um die zwei Schiffe, die sich in der anderen Werft zur Reparatur befanden. Durch die herabfallenden heißen Metallstücke wurde schließlich das Öl auf der Wasseroberfläche entzündet. Der Brand verursachte einen schweren Schaden für die Werft und die zwei Schiffe der Steamship Company. Diese verklagte daraufhin die Rechtsmittelführerin auf Schadensersatz.

In der Urteilsbegründung von *Lord Reid* fällt die explizite Abwägung zwischen Risiko und Kosten der Schadensvorsorge auf: „But it does not follow that, no matter what the circumstances may be, it is justifiable to neglect a risk of such a small magnitude. A reasonable man would only neglect such a risk of such a small magnitude. A reasonable man would only neglect such a risk if he had some valid reason for doing so, e.g. that it would involve considerable expense to eliminate the risk. He would weigh the risk against the difficulty of eliminating it.” Bezüglich der Ansichten der anderen Richter zu diesem Thema führt *Lord Reid* außerdem an: „Their Lordships do not dissent from the view of the trial judge that the possibilities of damage must be significant enough in a practical sense to require a reasonable man to guard against them [...]”.

Demnach spricht sich in der hier vorliegenden Urteilsbegründung das gesamte Gericht für eine ökonomische Betrachtung der Fahrlässigkeit aus, indem sich die Richter der Abwägung von Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensvorsorgekosten, die der erstinstanzliche Richter durchführte, anschließen.

²⁶⁴ [1967] A.C. 617, “Wagon Mound (No. 2)”.

mm) *Reynolds v. North Tyneside Health Authority*²⁶⁵

Eine junge, an Kinderlähmung erkrankte Frau verklagte die Gesundheitsbehörde auf Schadensersatz. Die Kinderlähmung war Folge eines Sauerstoffmangels, der bei der Geburt auftrat, weil die Lage der Nabelschnur die Atmung verhinderte. Da das Krankenhaus zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr existierte, übernahm die beklagte Gesundheitsbehörde aufgrund gesetzlicher Vorschriften, die hier nicht näher ausgeführt werden müssen, die Rechte und Pflichten des Krankenhauses.

Richter *Gross* trifft folgende Aussage bezüglich der Frage der Fahrlässigkeit der früheren Angestellten des Krankenhauses: „Generally, in considering whether some precaution should be taken against a foreseeable risk, it is necessary to weigh: the magnitude of the risk; the gravity of the consequences should the risk materialise; the difficulty and cost of taking the precaution in question; any other disadvantages (including downside risks) of taking the precaution [...] In some situations, ordinary life would be impossible if precautions had to be taken against every foreseeable risk, no matter how remote (see, for example, *Bolton v. Stone* [1951] A.C. 850). By contrast, in other situations, a reasonable man would not ignore a small risk if action to eliminate it presented no difficulty, involved no disadvantage and required no expense – in short, unless there was a valid reason for neglecting it (see, for example, *The Wagon Mound (No. 2)* [1967] 1 A.C. 617)”. *Gross* stellt eine Kosten-Nutzen-Abwägung von Schadensvorsorgekosten auf der einen und Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe auf der anderen Seite an, die er im Sinne der Learned-Hand-Formel durchführt.

nn) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Ebenso wie bei den amerikanischen und deutschen Urteilen lassen sich auch die meisten britischen Urteile in keine rechtsethische Richtung einordnen, da die Richter oftmals nur angeben, daß der Beklagte (nicht) fahrlässig gehandelt habe, ohne nähere Ausführungen dazu zu machen, wie sie Fahrlässigkeit bestimmen. Die Urteilsbegrün-

²⁶⁵ Urteil vom 30.05.2002, das noch kein zitierfähiges Aktenzeichen hat.

dungen der Fahrlässigkeitsurteile enthalten oftmals den Rückgriff auf den *reasonable man standard*. Bei dieser Vorgehensweise erschließt sich keine rechtsethische Sichtweise, da offen ist, ob ein *reasonable man* effizienzorientiert, utilitaristisch oder von deontologischen Prinzipien geleitet handelt.

Aus den dreizehn untersuchten Urteilen läßt sich teils durch Auslegung der Ausführungen der Richter, teils aus dem Urteilstext folgendes entnehmen: In einem der dreizehn Urteile finden sich deontologische Tendenzen, wenn *Lord Goddard* Überlegungen zu den Verhaltenspflichten von Kindergärtnern anstellt. Die übrigen Urteile lassen sich dem Konsequentialismus zuordnen. Bei der Untersuchung der Urteile wird deutlich, daß das englische Recht besonders auf die Vorhersehbarkeit des Schadens abstellt, um die Sorgfaltspflicht zu ermitteln²⁶⁶. Die konsequentialistischen Entscheidungen weisen nach der wahrscheinlichsten Interpretation allesamt keine utilitaristischen Tendenzen auf, sondern beurteilen – bis auf das unter Punkt dd) aufgeführte Urteil - die Handlung des Beklagten bzw. denkbare Alternativhandlungen und Schadensvorsorgemaßnahmen streng anhand einer Abwägung monetarisierter Größen. In diesen Fällen wird eine implizite und intuitive Anwendung der Learned-Hand-Formel deutlich, die oft in Form des von *Gilles* so bezeichneten *disproportionate-cost approach* angewendet wird²⁶⁷. Dieser Ansatz erlaubt – nach Ansicht von *Keating* - daß Sicherheit, also Leben und Gesundheit, höher bewertet werden als Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit²⁶⁸. Für eine ökonomische Kosten-Nutzen-Rechnung kommt es lediglich darauf an, daß Geldwerte gegeneinander abgewogen werden. Wenn nun ein Richter den Rechtsgütern Leben und Gesundheit einen besonders hohen Rang einräumt und Fahrlässigkeit bereits dann annimmt, wenn sich die Kosten einer Schadensvorsorge als genauso hoch darstellen, wie das Ausmaß der Gefahr, dann bedeutet das schlicht, daß der Schadenshöhe ein besonders großer Wert zugemessen wird. Die Grundstruktur der Abwägung bleibt davon unberührt. Folglich steht der

²⁶⁶ Präzedenzfall für ein solches Vorgehen ist die Entscheidung *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd.*, [1961] A.C. 388, häufig zitiert als “Wagon Mound”.

²⁶⁷ *Gilles*, *Emergence*, I.

²⁶⁸ *Keating*, *Reasonableness*, III. B.

disproportionate-cost approach nicht im Widerspruch zu einer effizienzorientierten Sichtweise. Dadurch, daß die britischen Richter diese Abwägungen eher intuitiv und nicht explizit durchführen, tritt der Unterschied zur „normalen“ Kosten-Nutzen-Abwägung, bei der keine Überproportionalität verlangt wird, ohnehin kaum offenkundig zu Tage.

3. Das Fahrlässigkeitsrecht in der Republik Irland

a) Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit

Das Recht der Republik Irland stimmt im Hinblick auf die Definition des Begriffs der Fahrlässigkeit mit der englischen Systematik überein. Sie wurde aus dem englischen Urteil *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* 11 Exch. 781, at 784, 156 E.R. 1047, at 1049 (per Alderson, B., 1856) übernommen: „The omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do or doing something which a prudent and reasonable man would not do“. Fahrlässigkeit wird hier durch die Betrachtung objektiver Umstände definiert, so daß die Jury-Mitglieder nicht entscheiden müssen, wie sie gehandelt hätten, sondern wie eine vernünftige Person gehandelt haben sollte²⁶⁹. Neben dem Grundsatz des *reasonable man* kämen, so die einhellige Meinung in der irischen Literatur, noch vier weitere Faktoren in der Rechtsprechung zu dem Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht vor: a) die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls; b) die Schwere der drohenden Verletzung; c) der soziale Nutzen der Handlung des Beklagten; und d) die Kosten zur Vermeidung des Risikos²⁷⁰. Nach Ansicht der irischen Literatur werden in der irischen Rechtsprechung folglich Elemente der Learned-Hand-Formel zur Bestimmung der Fahrlässigkeit herangezogen und zusätzlich – in Anlehnung an die utilitaristische Ethik – Aspekte des sozialen Nutzens der Handlung berücksichtigt. Eine These, die in der folgenden Analyse zu untersuchen bleibt.

²⁶⁹ *McMahon/Binchy*, Casebook, S. 153.

²⁷⁰ *McMahon/Binchy*, Irish Law, S. 110 ff.; *McMahon/Binchy*, Casebook, S. 153.

b) *Urteilsanalyse*

aa) O’Gorman v. Ritz (Clonmel) Ltd.²⁷¹

Die Klägerin verletzte sich an einem Kinossessel, als sie die Beine unter den Sitz des Vordermannes streckte. Als dieser von seinem Sessel aufstand, wurde die Klägerin - durch das Hochklappen der Sitzfläche - verletzt. Diese Verletzungen entzündeten sich und führten zu einer zweimonatigen medizinischen Behandlung. Die Klägerin verlangte klageweise Zahlung von Schadensersatz von der Beklagten. Richter *Geoghegan* schloß eine Haftung der Beklagten aus und äußerte sich in der Urteilsbegründung zu der Frage, ob das Kino dazu verpflichtet werden solle, die Sitzreihen weiter auseinander anzuordnen, wie folgt: „I am satisfied on the particular facts, that to guard against a remote contingency such as that which led to the injuries here would need precautions of a well-nigh fantastic nature, which could not reasonably be expected in the construction or management of a theatre. The defendants could not foresee that Mrs. O’Gorman would get her feet into the position that led to the injuries from which she suffered”.

Hier wird deutlich, daß der Richter sowohl die Vorhersehbarkeit des Schadens, als auch die Kosten einer Schadensvorsorge berücksichtigt, wenn er die erforderliche Sorgfalt festlegt. Damit werden in diesem Urteil zwei der vier in der Literatur aufgeführten Faktoren zur Bestimmung fahrlässigen Verhaltens gebraucht.

Das Aufgreifen der Vorhersehbarkeit offenbart konsequentialistische Tendenzen, da es impliziert, daß die Folgen der Handlung in die Betrachtung einfließen. Alleine die Erwähnung der Schadenswahrscheinlichkeit in Form der Vorhersehbarkeit des Unfalls und der Kosten einer Vorsorgemaßnahme reichen jedoch nicht aus, um das Urteil der Effizienzethik zuzuordnen. Dazu müßte das Gericht ebenfalls Aussagen zu der Schadenshöhe treffen und zumindest implizit eine Abwägung zwischen dem Ausmaß der Gefahr auf der einen und den Kosten der Schadensvorsorge auf der anderen Seite erkennen lassen.

²⁷¹ [1947] Ir. Jur. Rep. 35 (High Court).

Die hier vorliegende Entscheidung ist demnach als konsequentialistisch zu qualifizieren, ohne daß sie der Effizienzethik oder dem Utilitarismus zugeordnet werden kann.

bb) *Bradley v. C.I.E.*²⁷²

Der Kläger verletzte sich bei seiner Arbeit an einer Bahnstation. Seine Aufgabe bestand unter anderem darin, die Glühbirnen an bestimmten Signalpfosten zu wechseln. Bei einer solchen Aktion rutschte der Kläger auf der Leiter aus, stürzte und verletzte sich. Er verklagte seinen Arbeitgeber auf Schadensersatz. Der Supreme Court der Republik Irland erkannte keine Fahrlässigkeit auf Seiten der Beklagten, wobei Richter *Henchy* folgende Aussagen trifft: „The law does not require an employer to ensure in all circumstances the safety of his workmen. He will have discharged his duty of care if he does what a reasonable and prudent employer would have done in the circumstances. Thus, even where a certain precaution is obviously wanted in the interests of the safety of the workman, there may be countervailing factors which would justify the employer in not taking that precaution. As *Lord Reid* said in *Morris v. West Hartlepool Steam Navigation Co. Ltd.* ([1956] AC 552, 574): „... It is the duty of an employer, in considering whether some precaution should be taken against a foreseeable risk, to weigh, on the one hand, the magnitude of the risk, the likelihood of an accident happening and the possible seriousness of the consequences if an accident does happen, and, on the other hand, the difficulty and expense and any other disadvantage of taking the precaution.”

The defendants were entitled to measure against the desirability of installing a safety cage on this ladder the fact that they would also have to install a safety cage on each of the thousand or more similar ladders scattered throughout their railroad system, thus incurring heavy installation and maintenance expenses, [...]”.

Zunächst führt *Henchy* aus, daß der Arbeitgeber unter Umständen auch dann, wenn bestimmte Vorsorgemaßnahmen im Hinblick auf die Sicherheit der Arbeitnehmer wünschenswert wären, von seiner Sorgfaltspflicht befreit sein könnte. Dabei bezieht er

²⁷² [1976] IR 217.

sich auf eine Urteilsbegründung von *Lord Reid*, in der dieser die Learned-Hand-Formel beschreibt und anwendet²⁷³. Schließlich trifft er darauf aufbauend die Aussage, daß Vorsorgemaßnahmen aufgrund der hohen Kosten nicht wünschenswert seien.

Das irische Supreme Court trifft hier mithin eine Abwägung zwischen Schadensvorsorgekosten und dem Ausmaß der Gefahr, um zu berücksichtigen, daß Schadensvorsorge in einem angemessenen Verhältnis zu dem drohenden Schaden stehen muß. Es kommt Richter *Henchy* darauf an, daß die enormen Kosten einer Schadensvorsorge deshalb nicht zu treffen sind, da sich die Schadenswahrscheinlichkeit und die Höhe eines möglichen Schadens als viel zu gering darstellen. Auf diese Weise stellt er Effizienzgedanken in den Vordergrund seiner Entscheidung, so daß die hier vorliegende Urteilsbegründung dem *Wealth Maximization Principle* zugeordnet werden kann.

cc) *Walsh v. Irish Family Planning Services*²⁷⁴

Der Kläger ließ im Jahre 1984 bei der Beklagten zu 1), den Irish Family Planning Services, eine Vasektomie durchführen. Die Operation wurde von der Beklagten zu 2), der Ärztin Eithne Deborah Orr, und dem Beklagten zu 3), dem Arzt Thomas Phelim Kelly, vorgenommen.

Nach der Operation verspürte der Kläger durchgehend Schmerzen an dem linken Hoden und in der Leistengegend. Als er ein Jahr nach der Vasektomie wegen der Schmerzen untersucht wurde, konnte eine Schrumpfung des linken Hoden festgestellt werden. Dieser Hoden wurde schließlich entfernt. Die Schmerzen dauerten dennoch an und hatten schließlich zur Folge, daß der Kläger nicht mehr zum Geschlechtsverkehr in der Lage war. Er verlangte klageweise die Zahlung von Schadensersatz. Den Beklagten wurde unter anderem zum Vorwurf gemacht, daß sie sich dadurch fahrlässig verhalten hätten, daß die Ärzte den Kläger vor der Operation nicht ausreichend über mögliche Risiken aufklärten. Die Richter des Supreme Court sahen in dem Verhalten der Ärzte keine Fahrlässigkeit. Richter *Finlay C. J.* begründet dies folgendermaßen: „I

²⁷³ Diese Entscheidung – *Morris v. West Hartlepool* - wurde bereits unter Punkt ii) im Rahmen der Rechtsprechung Großbritanniens untersucht.

²⁷⁴ [1992] IR 496, [1992] IESC 3.

am satisfied that there is, of course, where it is possible to do so, a clear obligation on a medical practitioner carrying out or arranging for the carrying out of an operation, to inform the patient of any possible harmful consequence arising from the operation, [...]”. An anderer Stelle führt er aus: „[...], the warning accepted by the learned trial judge to have been given by Dr. Sheehy-Skeffington, on this occasion, was sufficient, on the facts, to discharge her responsibility to exercise reasonable care”.

Finlay drückt damit aus, daß den Arzt gegenüber seinen Patienten die Pflicht trifft, diese über jede mit dem medizinischen Eingriff verbundene Gefahr zu informieren, sofern dies möglich ist. Kommt der Arzt dieser Verpflichtung nicht nach, handelt er fahrlässig und kann für die Folgen der Behandlung zur Verantwortung gezogen werden. Für den Richter spielt es demnach keine Rolle, wie wahrscheinlich eine Komplikation ist oder wie hoch der möglicherweise entstehende Schaden sein kann; alleine die Frage der Verletzung der dem Arzt obliegenden Informationspflicht ist für ihn von Bedeutung. Da *Finlay* das Verhalten der Beklagten ausschließlich anhand der sie treffenden Verhaltenspflicht eines ordentlichen Arztes bewertet, ohne dabei die Folgen der Handlung zu betrachten, weist seine Argumentation deontologische Züge auf.

dd) *O’Shea v. Tilman Anhold and Horse Holiday Farm Ltd.*²⁷⁵

Der Kläger kollidierte mit seinem Pkw mit einem Pferd, das die Umzäunung der Beklagten übersprungen hatte. Bei dem Unfall wurde der Kläger schwer verletzt und verklagte die Beklagten auf Schadensersatz. Das erstinstanzliche Gericht entsprach dem klägerischen Begehren und gab der Klage wegen fahrlässigen Verhaltens der Beklagtenseite statt. Die Berufung der Beklagten wurde durch den High Court im vorliegenden Fall zugelassen. Zu der Frage der Fahrlässigkeit äußerte sich Richter *Keane* so: „If it were the case that the Defendants had taken all the precautions which a reasonable person in their position ought to have taken to prevent the horse escaping, then the fact that the horse succeeded in getting on the road was not the result of any negligence on their part. As to whether the Defendants had taken all the steps which a reasonable

²⁷⁵ Supreme Court, 200/94 (Transcript), 23.10.1996.

person in their position would have taken, the evidence before the trial judge was all to the same effect. Two experts, whose qualifications were not challenged, gave evidence that the fencing was adequate for its purpose and that they would be surprised if any of the horses in the field either attempted to jump over it or succeeded in jumping over it on the road”.

Der Richter stellt hier in den Vordergrund, daß es –laut Expertenmeinung- sehr unwahrscheinlich gewesen sei, daß ein Pferd versuchen bzw. es sogar schaffen würde, über den Zaun zu springen und die Straße zu erreichen. In seinen Augen stellen sich die von den Beklagten getroffenen Vorsorgemaßnahmen im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit eines solchen Ereignisses als ausreichend dar. Aufgrund dieser Vorgehensweise, bei der die Schadenswahrscheinlichkeit der möglicherweise den Beklagten vorzuwerfenden Unterlassungshandlung untersucht wird, betrachtet der Richter die Folgen der Handlung, so daß die Entscheidung sich als konsequentialistisch darstellt.

Da die Urteilsbegründung *Keanes* jedoch weder eine Kosten-Nutzen-Abwägung im Hinblick auf die finanziellen Aufwendungen der Umzäunung erkennen läßt, noch Erwägungen im Sinne der utilitaristischen Ethik angestellt werden, läßt sich nicht spezifizieren, wie die konsequentialistische Argumentation weiter einzuordnen ist.

ee) *Superquinn v. Bray U.D.C.*²⁷⁶

Der High Court hatte in diesem Fall darüber zu befinden, ob die Beklagten sich fahrlässig verhalten und so die Überflutung eines Flusses begünstigt haben. Während eines Sturms trat der Fluß Dargle über seine Ufer und überschwemmte große Teile der Stadt Bray, wobei auch der Supermarkt des Klägers unter Wasser gesetzt wurde und ein nicht unerheblicher Sachschaden entstand. Vor dem Sturm ließ die beklagte Gemeinde, Bray Urban District Council, durch die ebenfalls beklagte Firma, Uniform Construction Limited, Arbeiten am Entwässerungssystem der Gemeinde durchführen. Dabei wurde den Parteien von der Klägerin vorgeworfen, daß im Rahmen der Arbeiten Dämme am Fluß eingerissen worden waren und die Strömung des Dargle behinderte,

²⁷⁶ [1998] 3 IR 542.

was die Überflutung begünstigte. Die dritte beklagte Partei, die Firma Coillte Teoranta, Rechtsnachfolgerin des Ministeriums für Energieangelegenheiten, war Eigentümerin eines künstlich angelegten Sees, dem Paddock Pond, der stromaufwärts den Dargle staute. In der Sturmnacht brach der Damm dieses Teiches, so daß sich die Wassermenge des Dargle kurzzeitig erhöhte, was nach Angaben des Klägers ebenfalls die Überflutung begünstigt habe. Der High Court lehnte den Vorwurf der Fahrlässigkeit aller drei Beklagter ab. Diese Ansicht teilt der Supreme Court, der über die Berufung des Klägers zu entscheiden hatte. Die Möglichkeit fahrlässigen Verhaltens beurteilt das Gericht mit folgender Ausführung: „The criterion [for negligence] is whether the type of damage done, rather than its extent, is foreseeable, [...]“. „On the evidence I am satisfied that the river wall had to be taken down to facilitate the taking of the pipeline to the northern bank of the river and that, as the works on the northern bank in this area were still in progress in late August 1986, it was reasonable not to have reinstated the river wall. Moreover, I am satisfied that the construction of the earthen embankment was an adequate measure to protect the breach in the river wall in the circumstances which prevailed. On the evidence, I am satisfied that sand-bagging would not have provided any greater measure of protection and probably would not have been as effective“.

Das Gericht stellt zunächst fest, daß die Frage, ob fahrlässiges Verhalten vorliegt, von der Vorhersehbarkeit des Schadens abhängig sei. Mithin betrachtet es die Folgen der Tat und argumentiert hier konsequentialistisch.

Zudem wägen die Richter ab, ob anstelle der tatsächlich getroffenen Schadensvorsorgemaßnahme in Form des Baus eines Erddeichs andere Maßnahmen, wie das Anhäufen von Sandsäcken, hätten getroffen werden müssen. Dabei kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß Sandsäcke wohl keinen größeren Schutz geboten hätten und wahrscheinlich nicht so effektiv gewesen wären, wie der Deich. In dieser Abwägung verschiedener Schadensvorsorgemaßnahmen zeigt sich, daß das Gericht in keiner Weise prüft, welche Maßnahmen den Beklagten persönlich zumutbar waren; vielmehr stellt der Supreme Court der tatsächlich vorgenommenen Handlung eine denkbare Handlungsalternative gegenüber und wägt ab, ob die nicht vorgenommene Handlung effek-

tiver gewesen wäre. Eine Tendenz zum Utilitarismus läßt sich daher nicht erkennen. Da das Gericht allerdings auch weder auf die für die jeweilige Schadensvorsorge zu tätige finanzielle Aufwendung, noch auf die drohende Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit eingeht, ist auch eine Argumentation in Richtung Effizienzethik nicht ersichtlich.

cc) *Doran v. Delaney*²⁷⁷

Die Kläger kauften im Jahre 1990 ein Grundstück von den Zweit- und Drittbeklagten, auf dem sie planten, ein Haus zu bauen. Zur Abwicklung des Kaufs bedienten Sie sich eines Rechtsanwalts, des Erstbeklagten. Die Verkäufer des Grundstücks wurden ebenfalls anwaltlich, von den Viert- und Fünftbeklagten, vertreten. Nach dem Abschluß des Kaufs sollte mit dem Bauvorhaben begonnen werden. Dabei stellte sich heraus, daß die Grenze zum Nachbargrundstück auf der Karte, mit der die Kläger die Baugenehmigung beantragt hatten, anders verlief, als diejenige, die auf der Karte des Grundbuchamts verzeichnet war. Der geplante Bau befand sich nach der Karte des Grundbuchamts bereits auf dem Nachbargrundstück. Da die Nachbarn nicht bereit waren, das fragliche Stück Land an die Kläger zu verkaufen und letztere deswegen den geplanten Bungalow nicht errichten konnten, verkauften die Kläger das Grundstück. Bevor der Verkauf getätigt wurde, hatte der Erstbeklagte, der Anwalt der Kläger, eine Anfrage an die verkaufende Partei gestellt, in der unter anderem gefragt wurde, ob ein Rechtsstreit bezüglich des in Frage stehenden Grundstücks anhängig sei, bzw. ob jemals Ansprüche von Dritten auf das Grundstück oder Teile davon erhoben worden seien. Die Anwälte der Verkäufer antworteten mit: „Vendor says none“. Dabei hatten sie zuvor die Verkäufer des Grundstücks in einer Streitigkeit gegen die Eigentümer des Nachbargrundstücks vertreten, da bereits zu dieser Zeit Uneinigkeit über den Verlauf der Grenze zwischen den beiden Grundstücken herrschte. Das erstinstanzliche Gericht verurteilte den Anwalt der Kläger und die Verkäufer des Grundstücks zur Zahlung von Schadensersatz; die Klage gegen die Anwälte der Grundstücksverkäufer wurde zurückgewiesen. In ihrer Berufung begehrten die Kläger eine Schadensersatzzahlung von

²⁷⁷ [1998] IESC 66.

den Anwälten der Verkäufer. Der Supreme Court, der über diese Berufung zu entscheiden hatte, hielt das Verhalten der Berufungsbeklagten für fahrlässig und gab der Berufung statt. Richter *Keane* äußerte sich zu der Frage der Fahrlässigkeit wie folgt: „I conclude, accordingly, that the vendors’ solicitors owed a duty of care to the plaintiffs when they replied to requisition 13.8. [...]. In failing to ascertain the terms on which the dispute had been settled and conveying that information to the plaintiffs, they were in breach of their duty of care to them”.

Richter *Barron* stimmt der Argumentation *Keanes* zu und begründet die Fahrlässigkeit der Berufungsbeklagten so: „In the present case the solicitors ought to have known that the answer in the form in which it was given was not necessarily either the truth or the whole truth. They were under a duty to inquire further. Not having done so and the answer proving to be misleading, they cannot avoid liability to the plaintiffs”.

Beide Richter gehen davon aus, daß den Anwälten der Verkäufer gegenüber den Klägern eine Pflicht zur Informationswiedergabe und zu weiteren Nachforschungen oblag, bevor sie die Anfrage der Kläger beantworteten. Diese Pflicht haben die Berufungsbeklagten aus der Sicht der Richter verletzt, als sie, ohne nähere Erkundigungen einzuziehen und den vorausgegangen Rechtsstreit zwischen den Beklagten zu 1 und 2 mit den Nachbarn des Grundstücks zu erwähnen, die Anfrage der Kläger bezüglich Streitigkeiten über das fragliche Grundstück beantworteten. Aus diesem Umstand der Pflichtverletzung folgern die Richter ein fahrlässiges Verhalten der Berufungsbeklagten. Beide Richter berücksichtigen dabei nicht die Konsequenzen der Handlung der Berufungsbeklagten; ihnen reicht alleine die Tatsache, daß die Anwälte eine ihnen den Klägern gegenüber obliegende Pflicht verletzten, aus, um fahrlässiges Verhalten zu begründen. Mangels Betrachtung der Handlungskonsequenzen und wegen der direkten Verknüpfung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit, ist die hier vorliegende Argumentation des Gerichts als deontologisch einzuordnen.

gg) Peter Geoghegan v. David Harris²⁷⁸

Der Kläger ließ bei dem Beklagten, einem Zahnarzt, eine Zahnimplantation durchführen. Im Anschluß an die Operation klagte der Kläger über starke Schmerzen. Diese wurden dadurch verursacht, daß bei der Operation der Hauptnerv an der Vorderpartie des Kinns verletzt worden war. Der Kläger verklagte den Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz; als Begründung führte er an, daß der Beklagte die Operation fehlerhaft ausgeführt und den Kläger vor der Operation nicht ausreichend über die Risiken einer solchen Nervenverletzung aufgeklärt habe.

Nach der Ansicht des Richters *Kearns* des High Court sind folgende Fragen für den Fall von Bedeutung: „The question this Court has to address therefore in the instant case are as follows: (1) Is chronic neuropathic pain a known or foreseeable consequence when placing an implant in the lower premolar area or when taking a bone graft from a patient’s chin? (2) If so, is there a requirement to warn, regardless of the remoteness of the risk and the views of the medical experts in the case that a warning is not required? [...]”. Weiter unten führt er aus: „The application of the reasonable patient test seems more logical in respect of disclosure. This would establish the proposition that, as a general principle, the patient has the right to know and the practitioner a duty to advise of all material risks associated with a proposed form of treatment. The Court must ultimately decide what is material. “Materiality” includes consideration of both (a) the severity of the consequences and (b) statistical frequency of the risk. That both are critical is obvious because a risk may have serious consequences and yet historically or predictably be so rare as not to be regarded as significant by many people”.

Wie in dem Urteil des irischen Supreme Court *Walsh v. Irish Family Planning Services*, aufgeführt unter Punkt cc), ist das Gericht auch hier der Ansicht, daß ein Arzt dazu verpflichtet ist, über die Risiken der jeweiligen Behandlung aufzuklären. In dem hier vorliegenden Urteil geht der Richter jedoch genauer auf die Risiken ein. Richter

²⁷⁸ [2000] 3 IR 536.

Finlay ist in dem Urteil *Walsh v. Irish Family Planning Services* von einer umfassenden Aufklärungspflicht über alle denkbaren Risiken ausgegangen. In dem Fall, daß keine Aufklärung stattfand und es durch die Behandlung zu einem Schaden kam, nahm *Finlay* Fahrlässigkeit an. Richter *Kearns* spezifiziert in der hier vorliegenden Entscheidung diejenigen Risiken, die eine Aufklärungspflicht des Arztes auslösen: Es muß sich um „wesentliche“ („*material*“) Risiken handeln. Um zu bestimmen, ob ein wesentliches Risiko, das eine Aufklärungspflicht auslöst, vorliegt, müßten die Schwere der drohenden Konsequenzen und die Schadenswahrscheinlichkeit betrachtet werden. *Kearns* distanziert sich von der deontologischen Vorgehensweise *Finlays* und hält die Handlungskonsequenzen für unabdingbar, um über die Frage der Aufklärungspflicht und damit über das Vorliegen von Fahrlässigkeit entscheiden zu können und argumentiert damit konsequentialistisch. Eine weitere Einordnung ist nicht möglich, da weder Anhaltspunkte für ein utilitaristisches noch für ein effizienzorientiertes Vorgehen vorliegen.

hh) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Es wurden insgesamt sieben irische höchstrichterliche Urteile bezüglich zivilrechtlicher Fahrlässigkeit untersucht.

Zwei dieser Urteile lassen sich der deontologischen Richtung zuordnen: In dem Urteil *Walsh v. Irish Family Planning Services*, aufgeführt unter Punkt cc), geht das Gericht von einer Pflicht für Ärzte, ihre Patienten über alle Risiken der Behandlung aufzuklären, aus. Alleine diese Pflicht und ihre Nichtbefolgung stehen für die Richter im Vordergrund ihrer Betrachtung; die Konsequenzen einer nichterfolgten Aufklärung wurden nicht berücksichtigt. In dem zweiten deontologisch orientierten Urteil *Doran v. Delaney*, unter Punkt ff) analysiert, befassen sich die Richter mit der Pflicht zu Aufklärung und Information, die Anwälten in Bezug auf die gegnerische Partei obliegt. Auch hier spielen die Handlungsfolgen keine Rolle bei der Frage der Fahrlässigkeit; lediglich die Pflicht und ihre Einhaltung werden betrachtet.

Fünf der Urteile können dem Konsequentialismus zugeordnet werden, von denen lediglich eines einer effizienzorientierten Argumentationsweise folgt, während die übr-

gen keine weitere Kategorisierung zulassen. Für eine genauere Einordnung dieser Urteilsbegründungen fehlt es an präziseren Ausführungen des Gerichts hinsichtlich der erforderlichen Schadensvorsorge und Hinweisen auf eine Präferenz für eine Reichtumsmaximierung bzw. Nutzenerhöhung bei der Allgemeinheit.

Insgesamt läßt sich also eine konsequentialistische Hauptströmung erkennen, die jedoch in den meisten Fällen keine weitere Zuordnung zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik zuläßt.

IV. Romanischer Rechtskreis

Zu dem romanischen Rechtskreis zählen insbesondere diejenigen europäischen Rechtsordnungen, deren Zivilrechtskodifikationen an dem französischen Code civil orientiert sind. So hat das französische Gesetzbuch außer in Frankreich selbst heute noch –mit unterschiedlichen Novellierungen – Geltung in Belgien und Luxemburg. In den Niederlanden, sowie in Genf und im linksrheinischen Deutschland trat der Code civil darüber hinaus zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Kraft und erhielt bis zum Inkrafttreten der nationalen Kodifikationen seine Geltung. Stark vom französischen Gesetzbuch geprägt sind auch die Rechtsordnungen Italiens, Spaniens und Portugals. Schließlich hat der französische Code civil auch außerhalb Europas auf verschiedene zivilrechtliche Kodifikationen eingewirkt, wie in Lateinamerika und in Afrika.

1. Das Zivilrecht in Frankreich

Der französische Code civil ist in seiner vollständigen Version am 21.03.1804 in Kraft getreten. Dabei ist das Schadensrecht in lediglich fünf Artikeln des Code civil geregelt, so daß die Richter gehalten sind, das Recht durch ergänzende Interpretationen weiterzubilden.

a) *Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit*

Das moderne französische Deliktsrecht ist hauptsächlich Richterrecht, dessen Regeln sich nur grob am Wortlaut des Code civil orientieren²⁷⁹. Dies ist darauf zurückzuführen, daß das französische Deliktsrecht lediglich auf den Generalklauseln in Art. 1382, 1383 Code civil basiert, die dem Deliktsanspruch Form und Abgrenzung geben. Die Konkretisierung hingegen ist in vollem Umfang der Rechtsprechung überlassen. In den zwei Artikeln unterscheidet der Code civil zwischen *délits* (Art. 1382), also vorsätzliche Handlungen, und *quasi délits* (Art. 1383), den fahrlässig schädigenden Handlungen. In Art. 1383 heißt es: „Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence“. Danach ist also jeder für den Schaden verantwortlich, den er anrichtet, auch wenn er ihn nicht vorsätzlich, sondern durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat. Im französischen Code civil werden demnach drei Verschuldensformen aufgeführt: „intention“, „négligence“ und „imprudence“.

Für das Vorliegen eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung sind im französischen Deliktsrecht in erster Linie drei Voraussetzungen zu erfüllen²⁸⁰: Der Kläger muß einen Schaden, *dommage*, erlitten haben, der auf ein fehlerhaftes Verhalten des Beklagten, auf eine *faute*, zurückzuführen sein muß. Schließlich muß zwischen dem Schaden und dem fehlerhaften Verhalten eine kausale Verknüpfung bestehen, die *lien de causalité*. Eine klare Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden wird nicht getroffen, beides fließt in dem Begriff der *faute* zusammen, der – so die allgemeine Ansicht in der juristischen französischen Literatur - sowohl den objektiven Pflichtverstoß, die *culpabilité*, als auch das subjektive Verschulden in Form der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat, die *imputabilité*, umfasse²⁸¹. Bei der *culpabilité* werde der Handelnde anhand der Figur des *bon père de famille* gemessen, der anzulegende Vergleichsmaßstab sei dabei abstrakt-objektiv²⁸². Inwiefern *imputabilité* und damit sub-

²⁷⁹ Kötz, Deliktsrecht, S. 10.

²⁸⁰ Schwartz, Internationales Privatrecht, S. 70.

²⁸¹ Biesalski, Deliktshaftung, S. 45 f.; Schwartz, Internationales Privatrecht, S. 70.

²⁸² Biesalski, Deliktshaftung, S. 51, 69.

jektive Umstände des Schädigers im Rahmen der *faute* in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden, wird bei der Analyse der französischen Rechtsprechung zu untersuchen sein²⁸³.

b) *Urteilsanalyse*

Die im folgenden untersuchten Urteile des Cour de Cassation lagen in englischer Sprache, übersetzt von *Tony Weir* unter der Leitung von *B. Markesinis* und *M. le Conseiller Dominique Hascher*, vor²⁸⁴.

aa) Fußballspiel I²⁸⁵

In diesem Fall hatte das französische Cour de Cassation darüber zu entscheiden, ob der Vater eines neunjährigen Jungen dafür haften muß, daß sein Sohn einen anderen Jungen am Auge verletzte. Der Unfall ereignete sich als die beiden Jungen auf einem unbefestigten Platz Fußball spielten und der Sohn des Beklagten statt den Ball zu treffen, einen Erdklumpen aufstieß, der den anderen Jungen traf und am Auge verletzte. Der Vater des Verletzten verklagte daraufhin den Vater des Schädigers auf Schadensersatz. Das Cour de Cassation geht in seiner knapp einseitigen Entscheidungsbegründung nicht darauf ein, wie es selbst das Verhalten des Jungen beurteilt; statt dessen gibt es die Ausführungen der ersten Rechtsmittelinstanz wieder: „But given that the judgment below, having held that young Baier, nine years old, was entirely unsupervised while playing football on waste ground with a small ball, concluded that the father of the child had been found guilty of negligence in not supervising his son, and that the accident was foreseeable, and that the judges on appeal were entitled, without incurring the appellant’s criticism, to conclude that the father had failed to establish that he could not have prevented the act which gave rise to liability”.

²⁸³ So vertritt beispielsweise *Biesalski* die Ansicht, daß der *imputabilité* in der heutigen Rechtsprechung lediglich in Bereichen wie der Frage nach der Deliktsfähigkeit von Geistesgestörten und Kleinkindern eine Bedeutung zukomme – *Biesalski*, Deliktshaftung, S. 76 f.

²⁸⁴ Institute of Global Law, Faculty of Laws, University College London, Bentham House, Endsleigh Gardens, London WC1H 0EG. Fundstelle der übersetzten Urteile: Webseite www.ucl.ac.uk/laws/global_law/french-cases/index.shtml?contents#cassation, Zugriff am 03.11.2003.

²⁸⁵ JCP 1966. 2. 14567.

Das Gericht stellt hier unter anderem darauf ab, daß der Unfall vorhersehbar war. Dies macht deutlich, daß die Richter ihr Augenmerk auch auf die Konsequenzen der Handlung richten und nicht bloß anhand der Befolgung oder Nichtbefolgung einer Verhaltensregel über die Qualität der Handlung urteilen. Folglich ist die hier zutage tretende Vorgehensweise der konsequentialistischen Ethik zuzuordnen.

Das Gericht trifft keine Ausführungen darüber, welches Maß an Sorgfalt es von dem Vater erwartet hätte und es findet keine Abwägung von Kosten und Nutzen einer Schadensvorsorge statt. Ebenso wenig setzen sich die Richter mit den persönlichen Möglichkeiten zur Schadensvermeidung seitens des Vaters auseinander. Damit kann der Begründung keine weitere ethische Richtung entnommen werden.

bb) Fußballspiel II²⁸⁶

Zwei minderjährige Jungen, Christian Durand and Alsin Rochman, stießen bei einem Fußballspiel zusammen, so daß sich einer der beiden am Bein verletzte. Der Vater des verletzten Jungen verklagte den Vater des Schädigers, den Schiedsrichter des Spiels, den Sport Club, in dem der Verletzte Mitglied war, sowie die Versicherung des Sport Clubs auf Schadensersatz. Der Court de Cassation wies den Antrag auf Revision ab. Das Gericht äußerte sich zu der Frage einer Sorgfaltspflichtverletzung folgendermaßen: „But given [...] that the judgment, based on proper reasons and an analysis of the police enquiry, held that Rochman, on the right wing, was in possession of the ball on the opposing team’s territory when Durand, the defending goalkeeper, ran in front of him and fell on the ball with a view to saving it, a perfectly normal action consistent with the rules of the game, and stated that it was not established that Durand was guilty of excessive zeal or even that his conduct was abnormal or in breach of the rules of the game”.

In diesem Teil der Entscheidungsbegründung verdient insbesondere derjenige Halbsatz Aufmerksamkeit, in dem das Gericht ausführt, daß es sich bei der Handlung des Torwarts um eine Reaktion handelt, die völlig im Einklang mit den Regeln des Fußball-

²⁸⁶ D. 1972, 606, Rochman v. Durand.

spiels steht. Daraus folgert das Gericht unter anderem, daß der Torwart nicht fahrlässig handelte. Die Richter betrachten in der gesamten Begründung zu keiner Zeit, ob der Torwart die negativen Folgen seiner Handlung hätte vorhersehen können, so daß die Folgen der Handlung aus der ex ante-Sicht des Handelnden für die Entscheidung des Gerichts keine Rolle gespielt haben und eine konsequentialistische Sichtweise der Richter nicht zu erkennen ist. Das Gericht stellt vielmehr darauf ab, daß der Sohn des Klägers die Regeln des Fußballspiels eingehalten und daher nicht fahrlässig gehandelt hat. Die Richter schließen also von der Tatsache, daß eine bestimmte Verhaltensregel befolgt wurde, auf die Qualität der Handlung, so daß das Urteil als deontologisch eingeordnet werden kann.

cc) Mandeloperation²⁸⁷

Alain F. wurde nach einer Mandelentfernung in seinem Krankenhauszimmer von der Krankenschwester, die ihn überwachen sollte, alleine gelassen und erlitt in dem Zeitraum ihrer Abwesenheit einen Atemstillstand und einen Herzinfarkt, dem er einige Wochen später erlag. Die Operation wurde von dem Chirurgen Dr. L. durchgeführt, als Anästhesist war Dr. C. an der Operation beteiligt. Zu der Frage, ob sich der Chirurg Dr. L. einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, ist in der hier vorliegenden 19zeiligen Entscheidungsbegründung des Cour de Cassation folgendes zu finden: „But given that if the anaesthetist is responsible for postoperative supervision within the scope of his specialism, the surgeon nevertheless remains under a general obligation of prudence and diligence, and that in failing to inquire whether, in view of the situation in the clinic when he left it, the surgeon should not have assured himself that the patient remained under the surveillance of a qualified person, the court of appeal gave no legal basis for its decision“.

Die Richter des Cour de Cassation sind der Ansicht, den die Operation durchführenden Chirurgen treffe eine allgemeine Sorgfaltspflicht für seinen Patienten. Folglich sei es für eine Entscheidung über fahrlässiges Verhalten des die Operation durchführenden

²⁸⁷ D. 1987, 109, Case Mme F. v. L.

Arztes von Interesse, ob Dr. L. sich vor Verlassen des Krankenhauses erkundigt habe, ob sein Patient unter fachkundiger Aufsicht stehe. Auf die Wahrscheinlichkeit eines Herzinfarktes oder Atemstillstandes und damit auf die Vorhersehbarkeit eines solchen Vorfalls gehen die Richter in ihrer Begründung nicht ein. Da das Gericht alleine die Pflicht und ihre Einhaltung als Basis für eine mögliche Fahrlässigkeit seitens Dr. L. angibt, läßt sich diese Entscheidung der deontologischen Ethik zuordnen.

dd) Boxkampf²⁸⁸

Bei einem Boxkampf wurde einer der Beteiligten verletzt, der daraufhin seinen Gegner auf Schadensersatz verklagte. Das höchste französische Gericht, das Cour de Cassation, entschied folgendes bezüglich der Haftungsfrage: „A Court of Appeal which, so as to order the party causing injury to pay compensation to the victim, finds that French boxing is a combat sport entailing risks and that the victim injured himself by falling onto the ground, without finding any deliberate fault contrary to the rules of sport, fails to legally justify its judgement as regards article 1382 of the Code civil“.

Das Cour de Cassation mußte hier erneut – wie bereits in der oben untersuchten Entscheidung D. 1972, 606, Rochman v. Durand – über eine Haftung für Verletzungen entscheiden, die während des Ausübens einer sportlichen Betätigung erfolgten. Das Gericht sieht es als entscheidend an, daß die Regeln der Sportart eingehalten wurden. Diese Tatsache reicht den Richtern aus, um fahrlässiges Verhalten auszuschließen; ob die zum Schaden führende Handlung ein besonders hohes Risiko mit sich brachte oder ob der Beklagte den Unfall hätte vorhersehen können, war für die Beurteilung des Verhaltens in dem vorliegenden Fall nicht von Bedeutung, so daß die Vorgehensweise des Gerichts keine konsequentialistische, sondern eine deontologische ist.

ee) Zahnspange²⁸⁹

Der Kiefernorthopäde M. Bernard behandelte den achtjährigen Sohn der Kläger wegen nach vorne stehender Schneidezähne. Um die Zahnstellung zu korrigieren, verschrieb

²⁸⁸ Civ.2, 5 December 1990, Bull no. 258.

²⁸⁹ Bull. Civ. 1994 I no. 340 p. 245 (92-16423), Case Mounier v. Bernard.

er dem Jungen eine Zahnsperre, die aus zwei gebogenen Metallstreifen bestand, die mit einem Gummiband an einem Kopfriemen befestigt waren. Der Junge entfernte den Kopfriemen, ohne zuvor das Gummiband zu lösen. Daraufhin schossen die scharfkantigen Enden der Metallschienen aus dem Mund des Jungen und verletzten ihn am rechten Auge, das aufgrund der Verletzung später erblindete. Die Eltern des Kindes verklagten sowohl den behandelnden Arzt, M. Bernard, als auch seine Versicherung auf Schadensersatz.

Das höchste französische Gericht hatte über den Antrag auf Revision zu entscheiden, den es zurückwies und äußerte sich folgendermaßen zu der möglichen Fahrlässigkeit M. Bernards: „But given [...] that it could therefore properly infer that the dentist failed in his obligation to give the parents information about the intrinsic danger of the device, which could have led them to refuse the treatment“.

Erneut geht das Gericht in seiner Entscheidungsbegründung nicht auf die Vorhersehbarkeit oder die Höhe des Schadens ein. Ohne zu betrachten, ob der Arzt die Gefahren einer solchen Zahnsperre hätte erkennen können, und ohne zu bemerken, wie wahrscheinlich und wie groß eine Verletzung mit einer solchen mechanischen Zahnkorrektur sein kann, stellt das Cour de Cassation hier alleine auf eine Pflicht des Handelnden ab. Die Richter sehen darin, daß M. Bernard die Eltern nicht über die Gefahr einer solchen Zahnsperre aufklärte, eine fahrlässigkeitsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung. Die Entscheidung ist somit der deontologischen Ethik zuzuordnen.

ff) Plastikreifen²⁹⁰

Ein vierjähriges Mädchen wurde am rechten Auge verletzt, als es auf dem Schulhof einer privaten Schule mit einem Plastikreifen spielte. Die Schule hatte diesen Reifen von der Firma Lafoly et de Lamarzelle gekauft, die ihn von der Firma Armand Colin et Bourrelrier bezogen hatte. Die Reifen wurden ursprünglich von der Firma Omniplast und später von deren Aufkäufer Planet Wattohm hergestellt. Das erstinstanzliche Gericht, das Tribunal de Grande, sprach sich für eine gesamtschuldnerische Haftung von

²⁹⁰ D. 1995, 350, Case SA Planet Wattohm v. CPAM de Morbihan.

Armand Colin et Bourrelier und der Schule aus; die Klage gegen die Firma Planet Wattohm wurde zurückgewiesen. Die nächsthöhere Instanz bestätigte das erstinstanzliche Urteil bezüglich der Haftung von Armand et Bourrelier, wies jedoch die Klage gegen die Schule und deren Versicherung zurück und verurteilte Planet Wattohm zu einer Schadensersatzzahlung an Armand et Bourrelier.

Der Court de Cassation hob das Urteil des Vorgerichts insoweit auf, als es die Schule nicht haftbar machte. In seiner Entscheidungsbegründung äußert sich das höchste Gericht selbst nicht zu der Frage, worin die Fahrlässigkeit der Schule bestanden haben könnte; vielmehr beschränken sich die Richter darauf, die diesbezüglichen Ausführungen des vorinstanzlichen Gerichts zu wiederholen und zu bemerken, daß die Vorgehensweise dieses Gerichts falsch sei. Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben Aufschluß über die richterliche Sichtweise zu dem Begriff der Fahrlässigkeit, so daß hier die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts wiedergegeben werden: „Given that the judgment below exonerated the school on the ground that it was not shown that the accident was due to any fault on the part of the school in the performance of its contractual obligations“.

Abermals stellt ein französisches Gericht die Frage der Verletzung einer Pflicht in den Vordergrund, ohne zu betrachten, ob der Schaden erkennbar war, ob er wahrscheinlich war und ob ein Schaden großen Ausmaßes befürchtet werden konnte. Mithin offenbart sich eine deontologische Sichtweise der Richter.

gg) Ohrenoperation²⁹¹

Der Chirurg M. Attali wurde von seinem Patienten M. Lagofun auf Schadensersatz verklagt, da er bei einer Ohrenoperation den Gesichtsnerv des Klägers beschädigte, was eine Gesichtslähmung zur Folge hatte. Der Kläger ist vor der Operation von dem Beklagten lediglich über die Gefahr, daß sich nach der Operation sein Hörvermögen verschlechtern oder Schwindel auftreten könnte, informiert worden; über die Möglich-

²⁹¹ Case Attali v. Lagofun, 10.07.1995 (bisher unveröffentlichtes Urteil).

keit einer Beschädigung des Gesichtsnervs und ihrer Folgen erfolgte keine Aufklärung seitens des Beklagten.

Das Cour de Cassation merkt folgendes zu dem vorinstanzlichen Urteil an: „[...] ; furthermore that in holding the surgeon responsible for the harmful accidental consequences by reason of his failure to inform M. Lagofun of the risk of damage to the facial nerve, the court violated article 1382 Code civil in that it failed to identify any causal connection between the alleged fault and the damage, the court itself having found that the facial paralysis was due solely to an unforeseeable and undiscoverable spasm of the facial nerve”.

In der hier vorliegenden Entscheidungsbegründung geht das französische Gericht, im Gegensatz zu den bisher untersuchten Entscheidungen, auf die Folgen der Handlung ein. Indem die Vorhersehbarkeit der Schädigung des Nervs zum Thema bei der Entscheidung über die Frage, ob der Beklagte fahrlässig handelte, gemacht wird, sind die Handlungsfolgen für die Beurteilung der Handlung entscheidend, so daß auf eine konsequentialistische Sichtweise der Richter geschlossen werden kann. Das Cour de Cassation kritisiert hier die Entscheidung des Berufungsgerichts, da dieses die eingetretene Schädigung als nicht vorhersehbar einstufte und den Beklagten dennoch für fahrlässig hielt.

Über eine Einordnung zum Konsequentialismus hinaus ist eine Zuordnung zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik nicht möglich.

hh) Geburtskomplikationen I²⁹²

Die Gynäkologin Mme. Y., die in der Saint-Michel-Klinik arbeitete, war für die Geburt des siebten Kindes der Mme. X. eingeteilt. Der Ärztin war bekannt, daß das Baby sehr groß ist. Sie verschrieb der Patientin ein Medikament, das die Kontraktionen normalisieren sollte, ließ die werdende Mutter in der Obhut einer Hebamme und fuhr in ihre zwei Kilometer entfernte Praxis, um zu arbeiten. Knapp zwei Stunden später

²⁹² Bull. Civ. 1997 I no. 276 p. 187, 95-21.390, Case Oubarahon v. CPAM des Pyrénées Orientales.

wurde sie von der Hebamme zurückgerufen, traf aber erst weitere 15 Minuten später bei Mme. X. ein. In der Zwischenzeit sah sich die Hebamme, der eine Krankenschwester helfend zur Seite stand, einer schwierigen Geburt gegenüber, die eine Lähmung des rechten Arms bei dem Baby zur Folge hatte. Der Vater des Kindes verklagte die Klinik und die Ärztin auf Schadensersatz.

Das Berufungsgericht hatte unter anderem folgendes ausgeführt: „[...] even if Mme. Y. could foresee the birth of a large child she could not foresee the birth of a child so very large as to require supervision until the very moment of birth“. Das Cour de Cassation bestätigt die Ansicht des Berufungsgericht, indem es argumentiert: „But given that the court below, basing itself on the experts’ report, held that even if the gynaecologist could foresee that the baby was going to be large there were no pathological indications that she should remain by the side of the parturient or any history suggesting that the confinement would be problematic, and that it could infer that Mme. Y. was not at fault in leaving the patient under the control of the midwife, seeing that she herself, working close to the clinic, answered the midwife’s summons with delay“.

Nach der Einschätzung des Gerichts konnte vor der Geburt nicht erkannt werden, daß derartige Komplikationen durch die Größe des Kindes auftreten würden. Damit stehen die Folgen der Handlung im Mittelpunkt der richterlichen Erwägungen. Da von ihnen Rückschlüsse auf die Qualität der Handlung bzw. des Unterlassens der Ärztin geschlossen werden, kann diese Entscheidung mithin dem Konsequentialismus zugeordnet werden.

Auch hier ist eine weitere Zuordnung zum Utilitarismus oder zum *Wealth Maximization Principle* nicht durchführbar.

ii) Schönheitsoperation²⁹³

Mme. X. unterzog sich einer Schönheitsoperation durch Dr. Y., bei der Fettzellen im Bereich des Unterleibs abgesaugt wurden. Die dafür getätigten Einschnitte entzündete-

²⁹³ Bull. Civ. 1998 I no. 67 p. 45, 95-21.715, Case Verite v. Blanquart.

ten sich nach der Operation und heilten nur langsam. Mme. X. verklagte den Arzt daraufhin auf Schadensersatz mit der Begründung, Dr. Y. habe sie nicht vor derartigen Komplikationen gewarnt und auf diese Weise die ihm seinen Patienten gegenüber obliegende Informationspflicht vernachlässigt. In seiner Entscheidungsbegründung führt das Cour de Cassation folgendes aus: „Given that a doctor is under a special duty to keep his patient informed [...]. Given furthermore, that since the information to be given in respect of cosmetic surgery and treatment must cover not only any serious risks involved but also all possible resultant difficulties, the court below was entitled to hold, without imposing on the doctor an *obligation de résultat*, that he should have told Mme. X. that he might need to make two incisions and not just one”.

Das höchste französische Gericht stellt in dieser Entscheidung auf die Informationspflicht ab, die einen Arzt trifft. Eine solche Vorgehensweise, bei der die Befolgung einer Verhaltenspflicht als Grundlage für die Beurteilung der Handlung betrachtet und die Konsequenzen der Handlung außer acht gelassen werden, offenbart eine deontologische Sichtweise der Richter.

jj) Geburtskomplikationen II²⁹⁴

Die 44jährige Frau Liliane X., die bereits vier Kinder zur Welt gebracht, zwei Fehlgeburten erlitten und Probleme mit den Eierstöcken hatte, suchte den Gynäkologen T. auf, um mit dessen Hilfe ein fünftes Kind zu bekommen. Dieser führte die Befruchtung durch und gab später zusätzlich dem Wunsch der Patientin nach, das Kind an ihrem Hochzeitstag mittels einer künstlichen Geburtseinleitung zu gebären, obwohl dieser 10 Tage vor dem eigentlichen Geburtstermin lag. Bei der Geburt riß die Gebärmutter. Die resultierenden starken Blutungen konnten auch durch eine Entfernung des Uterus nicht gestoppt werden. Dr. T. entschied sich schließlich zu einer Operation. Während dieser Operation erlitt Liliane X. zwei Herzstillstände, die dazu führten, daß sie nach eintägigem Koma verstarb. Der Ehemann der Geschädigten erhob Klage gegen den Gynäkologen T. und drei Anästhesisten, die an der Operation teilnahmen. Das

²⁹⁴ D. 1998.J.530, 27.05.1998.

Berufungsgericht wies die Klage gegen alle drei Anästhesisten zurück und gab ihr bezüglich der Ansprüche gegen Herrn T. statt.

Das Cour de Cassation wies den Antrag auf Revision, den Herr T. und seine Versicherung gestellt hatten, ab und führte bezüglich des Verhaltens des Gynäkologen folgendes aus: „Given, furthermore, that the court below did not misconstrue the findings of the experts but gave proper reasons for holding that M. T., whose duty under article 18 of the Code of Medical Ethics, pursuant to decree no. 79-506 of 28 June 1979, was to avoid exposing his patient to any unjustifiable risk and to refuse to agree to requests which would expose her to danger for no therapeutic reason, was in breach of his duty in agreeing not only to help fertilise a woman 44 years old who already had four children and had two miscarriages but also to expose her, without any therapeutic reason, to the risk involved in artificial inducement of the birth which was obstetrically risky in view not only of the patient's history but also for her present condition, the child presenting in a raised position in an uterus lacking tonic and with a short closed birth canal”.

In dieser Entscheidungsbegründung orientiert sich das Gericht an einer niedergeschriebenen Regelung, die das Verhalten von Ärzten im Hinblick auf risikobehaftete Behandlungen betrifft. Artikel 18 des Code of Medical Ethics schreibt vor, daß unnötige Risiken vermieden werden müssen und eine Behandlung, die den Patienten einer Gefahr aussetzt und die nicht unter therapeutischen Gesichtspunkten notwendig ist, nicht durchgeführt werden darf. Daraufhin stellen die Richter fest, daß die Befruchtung der 44jährigen Frau und die künstliche Einleitung der Geburt, die keinem medizinischen Zweck folgte, diesen - durch den Code of Medical Ethics verbotenen - Handlungen entspricht und daher nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Der Court de Cassation analysiert hier weder, ob der Gynäkologe die Folgen seines Verhaltens hätte vorhersehen können, noch ob die eingetretenen Schäden wahrscheinlich waren. Indem die Folgen der Handlung aus der ex ante-Sicht des Arztes in der Argumentation des Gerichts keine Rolle spielen, sondern sich lediglich die Verhaltenspflicht eines Arztes gegenüber seinen Patienten und ihre Befolgung im Fokus der Richter befinden, ist eine konsequentialistische Sichtweise hier ausgeschlossen. Das erforderliche Arzt-

verhalten stellt eine Maxime dar, die das Gericht eingehalten sehen möchte. Zwar bemerken die Richter, daß die Behandlung insbesondere im Hinblick auf die Krankengeschichte und auf den Zustand der Patientin sehr riskant gewesen sei, was darauf hindeuten könnte, daß das Gericht es für geboten hält, daß der Arzt die möglichen Folgen seiner Handlung hätte einschätzen können müssen. Jedoch ist die Frage des Risikos der Behandlung in dem hier vorliegenden Kontext nicht auf die Vorhersehbarkeit von Schäden bezogen, sondern als Tatbestandsvoraussetzung des Artikel 18 des Code of Medical Ethics in die Überlegung der Richter eingeflossen. Ihnen ging es nicht darum, eine Sorgfaltspflichtverletzung an die Handlungskonsequenzen zu knüpfen; vielmehr sehen sie die Fahrlässigkeit in der Verletzung der dem Gynäkologen obliegenden Pflicht aus dem Code of Medical Ethics.

Diese Argumentation, die alleine die Frage, ob eine bestimmte Handlungspflicht befolgt wurde, betrachtet, ist mithin der ethischen Richtung der Deontologie zuzuordnen.

kk) Schädigendes Medikament²⁹⁵

Das Cour de Cassation gab in dieser Entscheidung dem Antrag auf Revision statt und verwies die Sache zur Entscheidung an das Rechtsmittelgericht in Limoges. Ein Arzt hatte einem Patienten ein Medikament verabreicht, das schweren Schaden an dessen Ohr verursachte. Der Patient verklagte den Arzt auf Schadensersatz und begründete seine Klage damit, daß der Mediziner ihn über dieses Risiko hätte aufklären müssen. Das Cour de Cassation äußert sich dazu wie folgt: „Given that the decision below must be quashed for holding that though there was a risk that the drugs might cause serious damage to the patient’s ear the defendant surgeon was not at fault in failing to inform him, given that the risk was slight and the surgeon wanted to avoid worrying the patient“.

In den Augen der Richter handelte der Arzt also unter anderem wegen des geringen Risikos nicht fahrlässig. Das Gericht stellt hier nicht nur auf die ärztliche Informationspflicht ab; vielmehr wird in diese Entscheidungsbegründung die Schadenswahr-

²⁹⁵ Bull. Civ. 1999 I no. 250 p. 202, Case Laurent v. CPAM de la Haute-Vienne.

scheinlichkeit aufgenommen, die Resultat einer Betrachtung der möglichen Handlungsfolgen ist. Demnach geht das Gericht hier nicht deontologisch, sondern konsequentialistisch vor. Darüber hinaus treffen die Richter jedoch keine Aussagen, die erkennen lassen, ob sie den Begriff der Fahrlässigkeit eher effizienzorientiert oder utilitaristisch sehen.

11) Fußballspiel III²⁹⁶

Bei einem Fußballspiel verletzte ein Spieler einen anderen durch den Schlag des Ellbogens in das Gesicht. Der Geschädigte verklagte den Schädiger daraufhin auf Schadensersatz. Das Cour de Cassation äußert sich zu der Frage der Haftung des Spielers wie folgt: „Having found that [...] no breach of rules or of observance of the customs of the game had been committed, the Court of Appeal has correctly deduced that the latter should be discharged of all liability“.

Wie bereits in den Entscheidungen D. 1972, 606, Rochman v. Durand und Civ.2, 5 December 1990, Bull no. 258 beurteilt das Cour de Cassation Fahrlässigkeit auch hier ausschließlich auf Basis der Spielregeln. Da in diesem Fall kein Regelverstoß erfolgte, wird der Beklagte von jeglicher Haftung freigestellt, unabhängig von dem Risiko der Handlung oder einer Vorhersehbarkeit der Schädigung. Mithin sind die Folgen der Handlung für die Richter in dem hier vorliegenden Fall einer Verletzung bei einer Sportveranstaltung unwichtig, so daß der Entscheidung rein deontologische Grundsätze zugrunde gelegt wurden.

mm) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Charakteristisch für die 12 untersuchten Entscheidungen des französischen Cour de Cassation ist, daß sie alle sehr kurze rechtliche Begründungen enthalten. Dabei führen die Gerichte lediglich die Hauptargumente für ihre Entscheidungen auf; eine Erläuterung, wie sie zu diesen Schlußfolgerungen gekommen sind, unterbleibt.

²⁹⁶ Civ.2, 16 November 2000, Bull no. 151.

Acht der Urteile können der deontologischen, vier der konsequentialistischen Sichtweise zugerechnet werden, wobei innerhalb der konsequentialistischen Richtung eine weitere Einordnung in Effizienzethik oder Utilitarismus nicht möglich ist.

Aufgrund der knappen Urteilbegründungen ist nicht auszuschließen, daß die tatsächliche ethische Sichtweise der Richter in den der Deontologie zugerechneten Urteilen dieser Einordnung gar nicht entspricht. Durch die Kürze der Ausführungen könnte der Eindruck entstehen, das Gericht gründe seine Argumentation ausschließlich auf eine Pflichtbefolgung, wenn es ausführt, der Handelnde hätte es versäumt, eine ihm obliegende Pflicht zu erfüllen. Dabei besteht jedoch die Möglichkeit, daß das Gericht, hätte es begründet, warum es in der Handlung eine Pflichtverletzung sieht, angeführt hätte, daß es falsch war, trotz der Vorhersehbarkeit des Schadens derartig zu handeln. In dem Fall würde mit wenigen zusätzlichen Worten aus einem deontologisch erscheinenden ein konsequentialistisch orientiertes Urteil.

Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß die *faute* subjektive Elemente beinhalte, so daß französische Gerichte auch im Zivilrecht auf die besonderen Fähigkeiten des Einzelnen abstellten, wenn sie über fahrlässiges Verhalten zu entscheiden hätten, konnte in dieser Untersuchung nicht bestätigt werden. Im Gegenteil war es auffällig, daß das Cour de Cassation in seinen Entscheidungen den Handelnden überwiegend einem Verkehrskreis zuordnete, um so festzustellen, welche allgemeinen Handlungspflichten ihn treffen. So ist in den Begründungen des Gerichts beispielsweise oftmals die Rede von Pflichten, die Ärzte treffen. Subjektive Eigenschaften und Fähigkeiten wurden in keinem der analysierten Entscheidungen in die Erwägungen der Richter aufgenommen.

2. *Das Zivilrecht in Italien*

In weiten Teilen Italiens traten in den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts zivilrechtliche Kodifikationen nach dem Vorbild des französischen Code civil in Kraft. In der Lombardei und in Venetien hatte seit 1816 das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Geltung. Am 01.01.1866 konnte der erste gesamtitalienische Codice civile in Kraft treten, der nach dem Vorbild des französischen Code civil ausgestaltet war. Im

Laufe der Zeit vermehrten sich die Stimmen, die eine Reformbedürftigkeit des Codice civile befürworteten, so daß nach dem Ersten Weltkrieg Entwürfe für eine erneuerte Kodifikation vorgelegt wurden. Am 21.04.1942 trat schließlich der neue Codice civile in Kraft, der heute in Italien das geltende Zivilrecht verkörpert.

a) Fahrlässigkeit im Gesetz

Der italienische Codice civile enthält in Art. 1176 eine Legaldefinition des Begriffs der Fahrlässigkeit²⁹⁷. In dieser Norm heißt es, daß bei einer Pflichterfüllung die Sorgfalt eines „guten Familienvaters“ anzuwenden sei. Das Bild des „guten Familienvaters“, das auch in anderen zivilrechtlichen Kodifikationen, wie im französischen Code civil (Art. 1137 I, 1374 I) oder im spanischen Código civil (Art. 1104 II), zu finden ist, macht deutlich, daß das Verhalten des Handelnden an einem objektivierten Standard gemessen werden soll.

b) Urteilsanalyse

*aa) Scheckfälschung I*²⁹⁸

Der Eigentümer eines Juweliergeschäfts verklagte eine Bank auf Zahlung von 30.000.000,00 Lire. Diese Summe entsprach dem Betrag von drei Schecks, mit denen ein Kunde seine Rechnung beglichen hatte und die auf die Beklagte gezogen waren. Die beklagte Bank verweigerte die Einlösung der Schecks mit der Begründung, daß es sich bei dem Schmuckkäufer um einen Nichtberechtigten gehandelt habe. Die Schecks seien auf dem Postweg verloren gegangen. Das erstinstanzliche Gericht gab der Klage statt. Das Berufungsgericht wies die Klage zurück.

Das höchste italienische Gericht schloß sich der Meinung der ersten Instanz an und gab dem Begehren des Klägers statt. In seiner Urteilsbegründung, in der es unter anderem das Verhalten der Bank auf mögliche Fahrlässigkeit hin untersuchen mußte, führt es aus: „Die Verpflichtung, ein bestimmtes Ereignis zu verhindern, kann [...] in einer

²⁹⁷ Art. 1176 Codice civile: „Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (Cod. civ. 703, 1001, 1228, 1587, 1710-2, 1768, 2148, 2167)“.

²⁹⁸ Cassazione Civile, Sezione III, 14 ottobre 1992, n. 11207.

Situation entstehen, in der eine Person verpflichtet ist, auf eine bestimmte Weise zu handeln, um absolute Rechte eines anderen zu schützen: solche Verpflichtungen können entstehen, wenn die verpflichtete Partei nicht eingreift, um eine Realisierung der Gefahr in einen Schaden zu verhindern, obwohl sie sich der Gefahr eines Verbrechens durch Dritte bewußt ist, welcher das absolute Recht ausgesetzt ist²⁹⁹.

Die Richter verpflichten damit den Handelnden zur Berücksichtigung der Konsequenzen seiner Tätigkeit, welche Maßnahmen zur Verhinderung eines Schadens erforderlich machen könnten. Somit geht das Gericht konsequentialistisch vor, führt aber keine Kosten-Nutzen-Abwägung von Schadensvorsorge und dem Ausmaß der Gefahr durch; konkrete Möglichkeiten, Vorsorgemaßnahmen zu treffen, bleiben unberücksichtigt. Da die Ausführungen auch ansonsten weder effizienzorientierte Merkmale aufweisen, noch den Willen der Richter zu einer utilitaristischen Entscheidung offenbaren, läßt sich das Urteil keiner weiteren ethischen Richtung zuordnen.

bb) Scheckfälschung II³⁰⁰

Ein Herr löste einen nicht übertragbaren Bankscheck über 257.004.000,00 Lire bei der Zweitbeklagten, der Agricultural Commercial Bank, ein. Bei der Unterschrift auf dem Scheck, der auf die Firma Rai Alumina gezogen war, handelte es sich um eine gefälschte. Der Einlösende war nicht der auf dem Scheck ausgewiesene Empfänger. Dennoch zahlte die Zweitbeklagte den Betrag aus und nahm die Erstbeklagte, die Banco di Napoli, auf Zahlung in Anspruch. Letztere belastete den fraglichen Betrag dem Konto der Klägerin. Die Firma Rai Alumina verklagte daraufhin die Erstbeklagte auf Zahlung von Schadensersatz. Die Erstbeklagte verkündete der Zweitbeklagten den Streit und bezog diese so in das Verfahren ein. Das Corte di Cassazione sah die Klage

²⁹⁹ “L'obbligo giuridico di impedire un evento, puo' nascere, infatti, oltre che da una norma di legge o da una clausola contrattuale, anche da una specifica situazione in forza della quale un soggetto sia tenuto a compiere una determinata attivita' a tutela di un diritto assoluto altrui, il che si verifica allorchando il soggetto obbligato, pur consapevole del pericolo cui e' esposto tale diritto in conseguenza di un fatto illecito posto in essere da terzi, ma inseritosi in una serie causale che ha avuto origine da una sua attivita' lecita, si astenga dall'intervenire per impedire che la situazione di pericolo si traduca in una concreta lesione”.

³⁰⁰ Cassazione Civile, Sezione I, 2 febbraio 1998, n. 1023.

als begründet an. Die Erstbeklagte sei ihrem Kunden gegenüber haftbar, da sie es unterlassen habe, die Unterschrift auf dem Scheck zu prüfen, bevor sie die Zahlung an die Zweitbeklagte veranlaßte. Die Zweitbeklagte sei wiederum gegenüber der Erstbeklagten haftbar, weil sie die „Pflicht zur professionellen Sorgfalt“, *dovere di diligenza professionale*, verletzt habe, die das Gesetz ihr auferlege. Danach sei sie verpflichtet, die Legitimation des Scheckvorlegers genau zu überprüfen³⁰¹.

Der Begriff der Fahrlässigkeit wird auf die Verletzung einer Sorgfaltspflicht gestützt, welche beiden Beklagten in ihrer Funktion als Kreditinstitut oblag und die nicht eingehalten wurde. Die Erstbeklagte verletzte die „professionelle Sorgfaltspflicht“, da sie die Unterschrift auf dem Scheck nicht prüfte. Die Zweitbeklagte unterließ eine Legitimationsprüfung des Scheckeinreichers und ließ sich auf diese Weise ebenfalls eine Pflichtverletzung zu Schulden kommen. Da die Richter an keiner Stelle die Handlungskonsequenzen zur Bewertung des Verhaltens heranziehen, sondern sich auf die Verletzung von Verhaltenspflichten beschränken, um ein Fehlverhalten zu begründen, ist dieses Urteil als deontologisch zu qualifizieren.

cc) Gebäudeschäden³⁰²

Ein Ehepaar, das Eigentümer eines Grundstücks mit Gebäude war, klagte gegen einen Nachbarn, der auf seinem Grundstück ein sechsstöckiges Wohngebäude errichtete, auf Schadensersatz. Durch den Bau des Hauses und die damit verbundenen Bewegungen des Erdreichs wurde die Statik des Gebäudes der Kläger beeinträchtigt, so daß es zu Schäden an ihrem Eigentum kam. Nachdem die ersten zwei Gerichtsinstanzen der Klage stattgaben, hatte das Corte di Cassazione über die Revision des Beklagten zu

³⁰¹ “Va premesso che la Corte d'appello ha esattamente distinto i due diversi profili di responsabilita' della banca trattaria e della banca negoziatrice: contrattuale per la prima, basata sulla convenzione d'assegno stipulata con il proprio cliente, extracontrattuale per la seconda, basata sul dovere ad essa incombente per legge ai sensi dell'art. 43 1.a. Piu' specificamente, mentre la banca trattaria e' responsabile verso il proprio correntista per aver omesso, in stanza di compensazione, il doveroso controllo circa la regolarita' dell'assegno, la banca negoziatrice e', a sua volta, responsabile verso la banca trattaria, per aver violato il dovere di diligenza professionale ad essa incombente "ex legge" nell'accertamento della legittimazione del presentatore dell'assegno”.

³⁰² Cassazione Civile, Sezione III, 11 novembre 1987, n. 8304.

entscheiden. Das Gericht bestätigte die in dieser Sache bereits getroffenen Entscheidungen. Zu dem Verhalten des Beklagten äußerte sich das höchste Gericht folgendermaßen: „Bezüglich der Haftung für gefährliche Aktivitäten, [...], müssen solche Aktivitäten als gefährlich angesehen werden, die [...] als relevant für die Übernahme von Vorsorgemaßnahmen und die Verteidigung der öffentlichen Sicherheit angesehen werden und all die anderen Aktivitäten, denen, obwohl sie nicht explizit geregelt sind, trotzdem eine spezifische Gefahr innewohnt. Zu solchen Aktivitäten gehören auch Bautätigkeiten, [...], so daß demjenigen, der sie durchführt, [...], eine Pflicht zur Einhaltung der größtmöglichen Sorgfalt zur Vermeidung von Gefahren für Personen und Eigentum obliegt“³⁰³.

Zunächst führt das Gericht aus, daß unter anderem Aktivitäten, von denen eine spezifische Gefahr ausgehe, Vorsorgemaßnahmen erforderlich machten. Folglich erwarten die Richter von dem Handelnden, daß er die Folgen seines Tuns im Vorfeld abschätzt, um in dem Fall drohender Gefahren, Vorsorge zur Verhinderung eines Schadens treffen zu können. Damit bezieht das Gericht Handlungsfolgen in die Bewertung des Vorgehens des Beklagten ein und argumentiert mithin konsequentialistisch.

Das Gericht fordert im Falle solcher gefährlicher Aktivitäten eine „*maggiore prudenza*“, also größtmögliche Sorgfalt, zur Vermeidung eines Schadens. Dadurch lassen die Richter zu, daß die Kosten für die Vorsorgemaßnahmen eventuell um ein vielfaches höher sind als diejenigen finanziellen Aufwendungen, die schließlich durch den Schaden entstehen würden. Diese Argumentation macht deutlich, daß das Gericht nicht um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vorsorge und Risiko, wie es die Learned-

³⁰³ “Come già' affermato da questa S.C. (v. sent. 3415 del 1971 - 3227 del 1969) ai fini della responsabilità sancita dall'art. 2050 c.c. devono ritenersi pericolose, oltre alle attività' previste dall'art. 46 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, e le attività' prese in considerazione per la prevenzione degli infortuni o la tutela della pubblica incolumità', anche tutte quelle altre che, pur non essendo specificate o disciplinate, presentino tuttavia per le modalità' con cui vengono svolte o per i mezzi impiegati, un'intrinseca pericolosità'. Tra tali attività' deve includersi anche quella edilizia, che presuppone l'impiego di impalcature, ponteggi e simili, nonché' l'uso di macchine, quali escavatrici, betoniere, ruspe ecc., e quindi, sia per le modalità' di esercizio, che per i mezzi di lavoro impone a chi l'esercita un obbligo di maggiore prudenza onde evitare danni a persone o cose”.

Hand-Formel vorsieht, bemüht ist. Ganz im Gegenteil wendet es sich gegen eine effizienzorientierte Sichtweise des Fahrlässigkeitsbegriffs.

Das Urteil bietet andererseits keine Anhaltspunkte dafür, daß die Richter den größten Nutzen für die Allgemeinheit anstreben. Vielmehr steht in dem hier vorliegenden Urteil alleine der Nutzen des Geschädigten im Vordergrund, der – so die Ansicht der Richter – einen Schaden „um jeden Preis“ abzuwenden hat. Utilitaristische Tendenzen sind der Entscheidung folglich ebenfalls nicht zu entnehmen.

dd) Schaukel³⁰⁴

Ein Junge verletzte sich beim Balancieren auf einer Schaukel in einem öffentlichen Park, indem er das Gleichgewicht verlor und stürzte. Zu der Verletzung kam es dadurch, daß der Junge, bei dem Versuch, einen Sturz zu verhindern, mit der Hand in das Gelenk des Schaukelsitzes geriet, welches besonders kantig war. Sowohl das erstinstanzliche, als auch das nächsthöhere Gericht wiesen die Klage zurück. Das höchste italienische Gericht schloß sich dieser Entscheidung an und führte aus, daß es für eine Haftung aufgrund eines fehlerhaften Produkts erforderlich sei, daß das Produkt auf eine Weise benutzt würde, die der Hersteller vorhersehen könne. Eine Haftung sei hingegen ausgeschlossen, wenn der Produktverwender erkennen müßte, daß die von ihm vorgenommene Art der Benutzung wegen der darin innewohnenden Gefahren vermieden werden sollte³⁰⁵. Da der Kläger sich derartig ungewöhnlich verhalten habe, daß der Hersteller diese Art von Gebrauch der Schaukel nicht habe vorhersehen können, scheidet eine Haftung der Beklagten aus.

Das Corte di Cassazione stützt die Frage der Haftung auf die Vorhersehbarkeit des Verhaltens des Produktbenutzers und auf die Vorhersehbarkeit der Gefahr durch den

³⁰⁴ Cassazione Civile, Sezione III, 29 settembre 1995, n. 10274.

³⁰⁵ “Si può dunque affermare che il giudizio da compiere e' nel caso un giudizio complesso e che il danno deve essere considerato come prodotto da un difetto della cosa, se questa e' stata usata secondo la destinazione che il produttore (o il custode) poteva ragionevolmente prevedere ed il comportamento tenuto dall'utente rientrava nella classe dei ragionevolmente prevedibili, a meno che l'utente non fosse stato posto in grado di rappresentarsi che taluni di quei modi di uso andavano in concreto evitati perché si sarebbe potuta determinare una situazione foriera di danno”.

Handelnden. Um eine Gefahr erkennen zu können, müssen die mit der Handlung verbundenen Folgen analysiert werden, so daß eine konsequentialistische Sichtweise des Gerichts deutlich wird.

Darüber hinaus bietet die Entscheidung keine Formulierungen, von denen auf eine utilitaristische oder effizienzorientierte Sichtweise geschlossen werden kann.

ee) Beifahrer³⁰⁶

Der Beifahrer eines Pkw verklagte nach einem Unfall den Fahrer und den Eigentümer des Wagens, sowie die Kfz-Versicherung auf Schadensersatz für die ihm durch den Unfall entstandenen Schäden. Fraglich war dabei insbesondere, ob der Fahrzeugeigentümer neben dem Fahrer haften müsse. In diesem Rahmen führen die Richter aus, daß die Haftung des Eigentümers die Funktion einer Garantie gegenüber dem Geschädigten übernehme. Dies sei nur dann nicht der Fall, wenn der Eigentümer beweisen könne, daß das Fahrzeug gegen seinen Willen benutzt worden sei, oder daß der Fahrer alle möglichen Vorsorgemaßnahmen getroffen habe, um den Unfall zu vermeiden³⁰⁷.

Wie in dem unter Punkt cc) untersuchten italienischen Urteil des Corte Cassazione vom 11.11.1987 – „Gebäudeschäden“ - fordert das Gericht für den Ausschluß einer Haftung des Eigentümers von dem Handelnden auch hier „*tutto il possibile*“, also die größtmögliche Sorgfalt, um den Unfall zu verhindern. Die Richter wenden sich damit gegen eine effizienzorientierte Sichtweise. Bezüglich der Begründung für diese Aussage kann auf die Ausführungen zu der oben genannten Entscheidung verwiesen werden.

³⁰⁶ Cassazione Civile, Sezione III, 21 gennaio 2000, n. 681.

³⁰⁷ “Ne' rileva, per il riconoscimento della responsabilità solidale del proprietario, che quella del conducente sia riconosciuta mediante il concreto accertamento della colpa, ai sensi dell'art. 2043 c.c., anziché in via presuntiva, ai sensi dei primi due commi dell'art. 2054 c.c., in quanto la responsabilità del proprietario, se non dimostra che la circolazione del veicolo e' avvenuta contro la sua volontà, ovvero che il conducente ha fatto tutto il possibile per evitare il danno, e' volta a garantire il danneggiato”.

Da auch hier keine Anhaltspunkte für eine utilitaristische Sichtweise der Richter gefunden werden können, ist das Urteil nicht weiter klassifizierbar.

ff) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Die Urteilsbegründungen des italienischen Corte di Cassazione sind, wie es für die Entscheidungen der Rechtsprechung des romanischen Rechtskreises typisch ist, knapp gehalten. Dies erschwert die Kategorisierung der Ausführungen der italienischen Richter in die verschiedenen ethischen Definitionen des Fahrlässigkeitsbegriffs.

Die Untersuchung der italienischen Urteile ergibt, daß eines der fünf Urteile deontologische Züge aufweist. Indem das Gericht die Handlungsfolgen in seiner Urteilsbegründung unberücksichtigt läßt und das fragliche Verhalten von zwei beklagten Banken wegen der Verletzung „professioneller Sorgfaltspflichten“ als fahrlässig ansieht. Die übrigen vier Entscheidungen lassen sich lediglich als konsequentialistisch einordnen, da die Gerichte anhand der Folgen des jeweiligen Verhaltens entscheiden, ob Fahrlässigkeit vorliegt. In diesen Fällen betrachten die Richter die Vorhersehbarkeit bzw. die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und ziehen von dem Ergebnis dieser Betrachtung Schlüsse auf die Erforderlichkeit von Vorsorgemaßnahmen. Keines dieser vier konsequentialistischen Urteile enthält Hinweise auf eine Kosten-Nutzen-Abwägung von Vorsorge und Risiko. Ebenso kann nicht erkannt werden, ob die beteiligten Richter es als oberstes Ziel ansehen, den Nutzen der Allgemeinheit oder den Reichtum aller zu maximieren. Mithin können diese Entscheidungen weder dem Utilitarismus, noch der Effizienzethik zugeordnet werden.

3. *Das Zivilrecht in Spanien*

Eine einheitliche zivilrechtliche Kodifikation für ganz Spanien existiert bis heute nicht. Der Código civil von 1888/89 gilt gemäß seines Art. 13 I, II nicht in ganz Spanien; lediglich die erbrechtlichen Vorschriften werden in allen spanischen Provinzen angewendet. In den Provinzen Katalonien, Galizien, Alava, Vizcaya, Navarra, auf den Balearen und im Baskenland gelten hingegen die sogenannten *fueros*, bei denen es sich um lokales Foralrecht handelt, das erst im 20. Jahrhundert in Schriftform erfaßt wurde.

Der Código civil ist zum einen stark vom französischen Code civil, zum anderen von dem in Andalusien und Kastilien bis zum Inkrafttreten des Código civil geltenden *Ley de las Siete Partidas* von 1265 geprägt, welches in seinem zivilrechtlichen Teil überwiegend eine bloße Übersetzung des Justinianischen *Corpus Iuris Civilis* darstellt.

Der Aufbau des Código civil entspricht weitgehend dem des Code civil. Das deliktische Schadensersatzrecht ist in den Art. 1902-1910 des Código civil geregelt.

a) *Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit*

Das Haftungsrecht ist im spanischen Código civil nicht so präzise erfaßt, wie es zum Beispiel in § 823 I und II BGB der Fall ist; vielmehr ist es eher generalklauselartig geregelt³⁰⁸. So sind insbesondere zwei Artikel in der spanischen zivilrechtlichen Kodifikation von entscheidender Bedeutung für die deliktsrechtliche Haftung und damit für die Fahrlässigkeit: Zum einen findet sich in Artikel 1089 Código civil die Erklärung, daß Verpflichtungen aus dem Gesetz, aus Verträgen oder Quasiverträgen und aus verbotenen Handlungen oder Unterlassungen oder solchen, die aus grober oder leichter Fahrlässigkeit getätigt werden, entstünden³⁰⁹. Darüber hinaus trifft Artikel 1902 Código civil die Aussage, daß derjenige, der durch sein Handeln oder Unterlassen einem anderen Schaden zufügt – sei es durch Verschulden oder Nachlässigkeit -, verpflichtet sei, den verursachten Schaden auszugleichen³¹⁰. Die aufzubringende Sorgfaltspflicht, die von einer Haftung befreit, bestimmt sich im spanischen Zivilrecht nach dem Verhalten eines „guten Familienvaters“³¹¹.

³⁰⁸ Adomeit, Einführung, S. 75.

³⁰⁹ Artikel 1089 Código civil: „Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y quasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia“.

³¹⁰ Artikel 1902 Código civil: „El que por acción u omisión caus daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado“.

³¹¹ Adomeit, Einführung, S. 63.

b) *Urteilsanalyse*

aa) Suizid I³¹²

Nach einem gescheiterten Selbsttötungsversuch wurde ein Mann in ein Krankenhaus eingeliefert, wo er sich durch einen Sprung aus dem Fenster das Leben nahm. Das höchste spanische Gericht hielt das Verhalten der in dem Krankenhaus verantwortlichen Personen für fahrlässig, da diese hätten erkennen müssen, daß die Möglichkeit eines neuerlichen Selbsttötungsversuchs durch einen Sprung aus dem Fenster bestand³¹³.

Die Richter knüpfen die Frage des fahrlässigen Verhaltens demnach an die Vorhersehbarkeit des Schadens. Eine solche Vorgehensweise, bei der die Folgen der Handlung im Vordergrund stehen und von ihnen auf die Güte der Handlung geschlossen wird, ist als konsequentialistisch einzuordnen. Die weiteren Ausführungen des Gerichts lassen jedoch keine Schlußfolgerungen hinsichtlich Utilitarismus oder *Wealth Maximization Principle* zu.

bb) Minenunfall I³¹⁴

Der Fahrer eines Minengefährts übersah eine sich auf die Schienen des Fahrzeugs zubewegende Person und verletzte diese tödlich. Die Witwe des Verstorbenen verklagte den Fahrer des Minenfahrzeugs und den Eigentümer der Mine auf Schadensersatz. Das höchste spanische Gericht sprach beide Beklagte von dem Vorwurf des fahrlässigen Verhaltens frei. Dies begründeten die Richter folgendermaßen: „Der Mineneigentümer mußte sich bewußt gewesen sein, daß die Arbeit in einer Mine mit Risiken verbunden ist, die insbesondere von den Fahrzeugen, welche die Mine befahren, hervorgerufen werden; der Grundsatz, daß ein erhöhtes Risiko eine erhöhte Verantwortung zur Folge

³¹² STS 09.03.1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

³¹³ In der spanischen Urteilsbegründung lautet diese Stelle: „[...] lo cierto es que faltaron los demás mecanismos de vigilancia y custodia a tener en cuenta, pues para ello hubiera sido preciso que la habitación asignada al enfermo careciera de la posibilidad de acceder al tejado desde el que se precipitó a la calle y, en cualquier caso, que la vigilancia no hubiera cesado al tiempo de retirarse aquél a la habitación para descansar, medidas las indicadas que, indudablemente, no se adoptaron”.

³¹⁴ STS 08.10.1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

habe, ist jedoch dann nicht anzuwenden, wenn das Risiko ein „normales“ oder „angemessen vorhersehbares“ ist³¹⁵.

Das Tribunal Supremo begründet seine Entscheidung damit, daß die Schaffung eines Risikos in dem Fall, daß es nicht erhöht oder vorhersehbar ist, nicht automatisch zu einer Haftung des Handelnden führt. Das Gericht prüft demnach nicht, ob eine bestimmte Handlungspflicht eingehalten wurde und schließt davon auf die Qualität der Handlung; vielmehr betrachten die Richter die Folgen der Handlung in Form des Risikos, also der Schadenswahrscheinlichkeit, und messen daran, wie in diesem Fall das erforderliche Verhalten auszusehen hat. Diese Urteilsbegründung enthält demnach konsequentialistische Tendenzen.

Da das Gericht darüber hinaus keine Aussagen zu dem Ausmaß der Gefahr, möglichen Schadensvorsorgemaßnahmen, deren Kosten oder einer persönlichen Zumutbarkeit trifft, kann auch hier keine Einordnung in die utilitaristische oder effizienzethische Richtung erfolgen.

cc) Brand³¹⁶

Ein Brand zerstörte große Teile eines Gebäudes, unter anderem auch die Schreinerwerkstatt des Klägers. Der Schreiner verklagte daraufhin den Eigentümer des Gebäudes auf Schadensersatz mit der Begründung, das Gebäude sei wegen seines schlechten Zustands besonders feuerempfindlich gewesen. Mit einer Gegenklage verklagte der Gebäudeeigentümer den Schreiner auf Zahlung von Schadensersatz, da dieser das Feuer verursacht habe. Das Tribunal Supremo gab der Klage des Eigentümers des Hauses statt und führte in Bezug auf den Grund für eine Haftung des Schreiners aus, daß im Bereich industrieller Aktivitäten diejenigen Sorgfaltsmaßnahmen durchzuführen seien, die als „normal“ und „durchschnittlich“ angesehen werden könnten. Da-

³¹⁵ „Ciertamente la explotación de una cantera crea riesgo, sobre todo con el tránsito en ella de los vehículos de transporte, pero la responsabilidad por riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento de daños cuando se trata de riesgos „normales“ o „razonablemente previsibles, [...]“.

³¹⁶ STS 18.11.1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

durch, daß es sich im vorliegenden Fall um leicht entflammbare Materialien handele, sei die erforderliche Sorgfalt eine größere³¹⁷.

Das Gericht berücksichtigt hier das Risiko, das von den leicht entflammbaren Materialien ausgeht. Damit werden implizit mögliche Folgen in Form eines Brandes betrachtet, so daß die Urteilsbegründung als konsequentialistische eingeordnet werden kann. Zudem wendet sich das höchste spanische Gericht gegen den Gedanken, daß sämtliche mögliche Schäden durch Vorsorgemaßnahmen verhindert werden müssen; das Tribunal Supremo hält vielmehr normale und durchschnittliche Maßnahmen gemessen an dem jeweiligen Betätigungsfeld für ausreichend. Damit wird deutlich, daß die Richter eine Pflicht zur Schadensvorsorge nur dann ableiten, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden steht. Da das Gericht dabei allerdings an keiner Stelle auf die Kosten einer Schadensvorsorge eingeht, kann das Urteil nicht als effizienzorientiert eingeordnet werden. Eine utilitaristische Sichtweise läßt sich nicht erkennen.

dd) Minenunfall II³¹⁸

Ein Minenarbeiter verunglückte mit einem Minenfahrzeug, das weder Bremsen noch eine funktionstüchtige Kupplung besaß. Als Folge der Verletzung mußte dem Arbeiter ein Bein amputiert werden. Obwohl dem Eigentümer der Mine diese Umstände bekannt waren, ließ er das Fahrzeug nicht reparieren.

Der Arbeiter klagte gegen den Eigentümer der Mine auf Zahlung von Schadensersatz. Das Gericht gab der Klage statt und führte unter anderem aus, daß aufgrund des hohen Risikos besonders strenge Voraussetzungen an die erforderliche Sorgfalt zu stellen

³¹⁷ „Esta Sala ha declarado que si bien no se puede exigir las denominadas prestaciones exorbitantes para prevenir los daños, no sucede así con las que se presentan normales y medias en el desenvolvimiento de actividades industriales, como aquí sucede y vienen impuestas por las especiales circunstancias de las cosas; como era el desenvolvimiento de una carpintería que precisaba el empleo de material inflamable - pinturas y colas -, que la sentencia combatida decreta se hallaban depositadas en el lugar del incendio y aunque se trata de un depósito normal y necesario para el desenvolvimiento del negocio, no por ello deja de representar un peligro que impone la máxima diligencia en su almacenaje y manejo para evitar quema, lo que se presentaba fácilmente previsible y que incrementaba la propia estructura del inmueble, al tratarse de edificio antiguo con materiales de madera, fácilmente combustibles“.

³¹⁸ STS 17.04.1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

seien. Es müßten alle möglichen Sorgfaltsmaßnahmen getroffen werden, die das Risiko für die Beeinträchtigung der Gesundheit von Menschen beseitigen könnten³¹⁹.

Im Gegensatz zu dem unter Punkt cc) behandelten Urteil verlangt das Gericht hier „alle möglichen“ Sorgfaltsmaßnahmen und nicht nur „normale oder durchschnittliche“. Allerdings schränken die Richter dies ein und halten derartige Maßnahmen nur dann für nötig, wenn es um drohende Personenschäden geht. Damit betrachtet das Tribunal Supremo auch in diesem Fall die Folgen der Handlung in Form des Risikos und der möglichen Schäden, so daß auch hier eine konsequentialistische Haltung der Richter erkennbar ist.

Die Aussage, daß sämtliche Maßnahmen zur Verhinderung von Personenschäden getroffen werden müßten, spricht gegen eine effizienzorientierte Sichtweise der Richter, da es in diesem Fall vorkommen kann, daß die Schadensvorsorgekosten den erwartenden Schaden übersteigen. In diesem Fall entsteht der Allgemeinheit ein Vermögensverlust, der aus ökonomischer Sicht nicht vertretbar ist.

Auf der anderen Seite geht das Gericht jedoch nicht auf die persönlichen Möglichkeiten des Mineneigentümers ein, funktionstüchtige Fahrzeuge bereit zu stellen oder andere Maßnahmen zur Vermeidung von Unfällen zu treffen, so daß eine utilitaristische Sichtweise nicht erkennbar wird.

ee) Swimming Pool³²⁰

Die dreijährige Tochter der Mieter eines Grundstücks mit Gebäude ertrank in einem Swimming Pool, der sich auf einem umzäunten Gelände des Grundstücks befand. Das Kind konnte durch die geöffnete Gartenpforte auf das Poolgelände gelangen. Der Vater des Mädchens verklagte den Eigentümer des Hauses und begründete seine Klage damit, daß ein Vorhängeschloß keine ausreichende Sicherung für das Tor zu einem

³¹⁹ „Tampoco hay que dejar de lado que los trabajos en las explotaciones mineras, por su notoria peligrosidad, constituyen actividades laborales de alto riesgo, y en estos casos resulta más exigente la adopción de las medidas posibles de seguridad, incluso hasta llegar a agotarlas, para prevenir riesgos que afecten a la salud de las personas“.

³²⁰ STS 18.05.1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Poolgelände darstelle. Das Tribunal Supremo wies das Rechtsmittel des Klägers zurück und begründete dies damit, daß der Schaden nicht vorhersehbar gewesen sei, obwohl das für die Annahme von Fahrlässigkeit vorausgesetzt werden müsse³²¹.

Durch die Berücksichtigung der Handlungsfolgen kommt eine konsequentialistische Wertung des Gerichts zum Vorschein.

Darüber hinaus wird der Vater durch das Gericht einer unterlassenen Aufsichtspflicht für schuldig erklärt - *culpa in vigilando* -. Zwar hatte er dem Kind verboten, das Poolgelände zu betreten. Ein solches Verbot reiche aber, so das Gericht, alleine nicht aus. Vielmehr hätte er zusätzlich das Einhalten dieses Verbots überwachen müssen. Zwar geht das Gericht hier von dem Vorliegen einer Sorgfaltspflicht des Beklagten aus. Da es aber nicht herleitet, wie es zu der Annahme dieser Pflicht gekommen ist, kann das vorliegende Urteil weder der Effizienzethik, noch dem Utilitarismus zugeordnet werden.

ff) HIV-verseuchte Blutkonserve³²²

Nach einem Autounfall wurde einem durch den Unfall verletzten Mann in einem Krankenhaus eine HIV-verseuchte Blutkonserven verabreicht. Der Mann infizierte sich und verklagte das Krankenhaus auf Schadensersatz. Das höchste spanische Gericht hielt das Verhalten des Krankenhauspersonals für fahrlässig. Begründet wurde das Urteil mit einer zu der Unfallzeit geltenden Ministerialverordnung, die eine Analy

³²¹ „[...] se desestima al no existir la omisión denunciada por la recurrente, pues la apreciación de la culpa o negligencia requiere la presencia de la nota de previsibilidad, y aquellas figuras no se producen si la consecuencia fue imprevisible, atendidos los parámetros correspondientes y socialmente aceptados, como ha sucedido en el caso del deute, toda vez que es ilógico pensar que, al estar la piscina dentro de un recinto vallado en que está prohibido su acceso, así como protegido con cerramientos adecuados, una niña de tres años –decada, con el resto de la prole menor de edad del demandante, al cuidado de la hermana mayor de trece años de edad- pueda entrar en el mismo a escondidas y caer en la piscina, de manera que corresponde sentar que, al haber tomado don Fernando M. R. las precauciones referidas, el hecho de que se haya producido un sinistro en la piscina se presenta como imprevisible“.

³²² STS 10.11.1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

se aller Blutkonserven vor jeder Blutgabe vorsah³²³.

Alleine die Nichtbefolgung der in der Verordnung vorgesehenen Pflicht zur Untersuchung der Blutkonserven reicht den Richtern zur Begründung fahrlässigen Verhaltens aus, ohne daß sie auf das Risiko einer solchen Vorgehensweise oder die denkbare Schadenshöhe bei Materialisierung des Risikos eingehen. Demnach wendet sich das Gericht hier gegen einen konsequentialistischen Ansatz und geht nach deontologischen Grundsätzen vor.

gg) Stromschlag³²⁴

Ein Baustellenarbeiter erlitt einen tödlichen Stromschlag, als er mit einer Metalleiter mit einem unisolierten Elektrokabel in Berührung kam. Seine Witwe klagte daraufhin gegen den Arbeitgeber ihres verstorbenen Mannes. Das höchste spanische Gericht nahm Fahrlässigkeit durch den Arbeitgeber an. In seiner Urteilsbegründung stellt das Gericht dar, daß die erforderliche Sorgfalt von dem jeweiligen Einzelfall abhängt und nicht von dem bloßen Nichtbefolgen einer Regel; nicht das Verhalten eines „guten Familienvaters“ – *buen padre de familia* - sei bei der Betrachtung heranzuziehen, sondern die Umstände des konkreten Falls, der Personen, der Zeit und des Ortes³²⁵.

Damit wenden sich die Richter zunächst ausdrücklich gegen eine deontologische Sichtweise, wenn sie ausführen, daß das bloße Nichtbefolgen einer Regel nicht automatisch eine Haftung zur Folge habe. Daraufhin hebt das Gericht die Notwendigkeit der Betrachtung der Umstände des Einzelfalls hervor. Diese Betrachtung persönlicher Umstände erinnert an den interpersonellen Nutzenvergleich der Utilitaristen. Der Umstand aber, daß das Gericht persönliche Umstände des Einzelnen berücksichtigt, ge-

³²³ „Pero es que en el presente caso hay que proclamar que cuando acaecieron los hechos determinados estaba vigente la Orden Ministerial de 1985 (RCL 1985/2959; RCL 1986/207 y ApNDL 7051), que exigía reglamentariamente que a todo donante de sangre se le hiciera un reconocimiento externo y se le practicasen las pruebas analíticas“.

³²⁴ STS 31.05.2000, Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

³²⁵ „[...] la culpa consiste en un actuar no ajustado a la diligencia según las circunstancias del caso y que no consiste en el mero incumplimiento de las disposiciones reglamentarias, puede estarse de acuerdo con tal alegato, pero no en que se sitúe la diligencia exigible en la correspondiente a un buen padre de familia, sino, como ha señalado la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995“.

nügt nicht, um automatisch auf eine utilitaristische Sichtweise schließen zu können. Es müßte darüber hinaus deutlich werden, daß die Richter die Mehrung des Glücks bzw. des Nutzens der Allgemeinheit als oberstes Handlungsziel ansehen. Dies ist jedoch nicht möglich, da die gerichtlichen Ausführungen zu knapp gehalten sind.

Das hier vorliegende Urteil kann also weder der Effizienzethik noch dem Utilitarismus zugeordnet werden.

hh) Herabfallende Glasscheibe³²⁶

Ein Mann, der zu Fuß einen Hafen durchquerte, wurde von einer Glasscheibe getroffen, die von einem Hafengebäude auf ihn herabfiel. Der Mann erlitt Verletzungen und verklagte die kommunale Hafenverwaltung und das Ministerium für Bauarbeiten und Stadtplanung auf Zahlung von Schadensersatz. Das Tribunal Supremo gab der Klage statt und führte in seiner Urteilsbegründung aus, daß hier zwar nur leichte Fahrlässigkeit vorliege. Diese jedoch genüge, um die Verantwortlichkeit zu fordern, die bei jeder Art von Fehlverhalten oder Fahrlässigkeit entstehe. Im vorliegenden Fall sei der Zustand und die Sicherheit des Gebäudes nicht beachtet und das Herunterfallen von Glas und anderem Material nicht verhindert worden³²⁷. Zudem macht das Gericht deutlich, daß die erforderliche Sorgfalt alle „vernünftigen“ Maßnahmen umfasse, die ein schädigendes Ereignis vermeiden könnten. Um bestimmen zu können, ob der Handelnde mit derjenigen Vorsicht, Aufmerksamkeit, Vorsorge und dem notwendigen Nachdenken zur Vermeidung des Schadens handelte, werde nicht nur auf die persönlichen Umstände, die Zeit und den Ort der Handlung, sondern zusätzlich auf die äußere sowie

³²⁶ STS 20.06.2000, Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

³²⁷ „[...] hay que señalar una conducta negligente en la recurrente que puede ser levisima, pero suficiente para desencadenar la responsabilidad debido a "cualquier género de culpa o negligencia" y que encuentra su demostración y acreditamiento en no cuidar la estructura y seguridad del edificio para evitar caídas de cristales y material sobre los viandantes“.

soziale Umgebung und den Bereich, in dem sich die Handlung abspielte, abgestellt³²⁸.

Der spanische Gerichtshof hält es nach den hier vorliegenden Aussagen für erforderlich, daß der Handelnde Maßnahmen ergreift, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Dies setzt voraus, daß er die Folgen seiner Handlung überblickt und sich des Risikos seiner Tat bewußt ist. Mithin werden konsequentialistische Sichtweisen des Gerichts deutlich.

Zudem nennt das Gericht Umstände, die zu der Bestimmung, ob der Handelnde die erforderliche Sorgfalt beachtet hat, herangezogen werden; dabei führt es neben einigen anderen Faktoren auch die persönlichen Umstände - *circunstancias personales* – auf, so daß eine Analyse subjektiver Kriterien zu erfolgen hat. Eine solche Vorgehensweise deutet darauf hin, daß die Richter den Nutzen, den eine Handlung oder Vorsorgemaßnahme hat, unabhängig von den Kosten des Schadens oder der Vorsorge, die in dieser Urteilsbegründung an keiner Stelle erwähnt werden, berücksichtigen möchten. Diese Ausführungen genügen jedoch nicht, um das Urteil als utilitaristisch einordnen zu können.

ii) Suizid II³²⁹

Ein Häftling nahm sich in einer Gefängniszelle das Leben, indem er sich an einem Senkel, der seine Hose gehalten hatte, erhängte. Die Witwe des Häftlings verklagte die Verwaltung. Die erste Instanz hielt das Verhalten des Gefängnispersonals für fahrlässig, da es nicht alle möglichen Maßnahmen zur Vermeidung eines Suizids getroffen hätte³³⁰. Das Tribunal Supremo stellte sich ebenfalls auf den Standpunkt, daß das Ge-

³²⁸ „[...] la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia impugna para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culpable en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio [...]“.

³²⁹ STS 18.05.2002, Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.

³³⁰ „[...] no apuraran al máximo la vigilancia y cuidado del detenido [...]“.

fängnispersonal fahrlässig gehandelt habe. Zusätzlich nahm das Gericht jedoch ein Mitverschulden des Häftlings an, da er sich freiwillig erhängt habe. Fahrlässigkeit liege unter anderem darin, daß der Häftling nicht unter Beobachtung stand, obwohl sein Verhalten den Verdacht zu einem Suizid nahegelegt habe³³¹.

Das Verschulden des Personals, das hier in einem Unterlassen zu sehen ist, wird also von den Richtern des Tribunal Supremo auf die Vorhersehbarkeit der Folgen und damit auf konsequentialistische Erwägungen gestützt. Auch hier scheitert eine weitere Einordnung der Entscheidung in eine ethische Richtung an fehlenden gerichtlichen Ausführungen zu dem Begriff der Fahrlässigkeit.

jj) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Auffallend an den höchstrichterlichen spanischen Urteilen sind die kurzen Urteilsbegründungen. Zudem weisen die Entscheidungen in Bezug auf den Begriff der Fahrlässigkeit keine einheitliche Linie auf, die zum Teil in den Urteilen anderer Länder durch den Gebrauch einer Begriffsdefinition aus der Rechtsliteratur gewährleistet wird³³². Im Gegensatz dazu favorisieren die Richter des Tribunal Supremo die „Betrachtung des Einzelfalls“ und entscheiden von Fall zu Fall anhand der jeweiligen Umstände, ob Fahrlässigkeit vorliegt.

In acht der neun untersuchten Urteilsbegründungen des Tribunal Supremo wurde entweder die Vorhersehbarkeit des Schadens oder das Risiko diskutiert, so daß in diesen Urteilen konsequentialistische Erwägungen deutlich werden.

In zwei dieser acht Urteile – gg) und hh) – wurde auf die Berücksichtigung persönlicher Umstände der Beteiligten verwiesen, um die erforderlichen Sorgfaltspflichten abzuleiten. Dies macht deutlich, daß die Richter eine aufwendige Untersuchung der subjektiven Umstände des Einzelnen einer objektiven Sichtweise, die zum Beispiel

³³¹ „[...] la falta de vigilancia adecuada al detenido por parte del servicio policial, teniendo en cuenta el comportamiento mostrado por éste en el interior de la celda del calabozo, que pudo revelar y hacer sospechar el fatal desenlace [...]“.

³³² So zum Beispiel in Österreich; in den Urteilen des OGH wird überwiegend eine Fahrlässigkeitsdefinition von *Koziol* zitiert.

durch die Einordnung der Personen in Verkehrskreise erfolgen könnte, vorziehen. Dennoch können diese beiden Urteile nicht als utilitaristisch bezeichnet werden, da alleine die Betrachtung subjektiver Umstände der Beteiligten nicht automatisch auf eine utilitaristische Sichtweise schließen läßt. Ob die Richter das Glück der Allgemeinheit im Sinne der utilitaristischen Ethik als Grundlage ihrer Bewertung der in Frage stehenden Handlung annehmen, geht aus den Urteilsbegründungen nicht hervor.

In keinem der Urteile gingen die Richter auf die Kosten des Schadens oder die Kosten einer Schadensvorsorge ein; ebenso wenig erfolgte eine Abwägung von Vorsorgemaßnahmen gegen das Ausmaß der drohenden Gefahr. Da auch ansonsten keinerlei Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts aufgefunden werden konnten, ist als Ergebnis festzuhalten, daß die Effizienzethik in die hier untersuchten höchstrichterlichen spanischen Urteile keinen Eingang gefunden hat. Aufgrund der relativ geringen Anzahl untersuchter Urteile läßt sich jedoch keine allgemeingültige Aussage treffen.

Ein einziges der neun Urteile – die unter Punkt ff) dargestellte Entscheidung - weist deontologische Züge auf. In diesem Fall geht es darum, daß in einem Krankenhaus eine Verordnung nicht beachtet worden war, die vorsah, daß jede Blutkonserve vor ihrer Verabreichung an den Patienten auf Unreinheiten und Viren überprüft werden müßte. Da dies nicht geschehen war, hielten die Richter des Tribunal Supremo das Verhalten des Personals für fahrlässig. In diesem Urteil ging das Gericht an keiner Stelle auf die Folgen der Unterlassung durch das Krankenhauspersonal ein. Das Gericht berücksichtigte vielmehr eine in einer gesetzlichen Verordnung enthaltene Verhaltenspflicht, deren Nichteinhaltung aus Sicht des Gerichts Fahrlässigkeit begründete.

4. *Der Begriff der Fahrlässigkeit in den Niederlanden*

Im niederländischen Schrifttum vertreten vor allem *Kerkmeester* und *Visscher* die Meinung, daß die niederländische Rechtsprechung bei der Definition von Fahrlässigkeit effizienzorientiert vorgehe und die Learned-Hand-Formel implizit in vielen höchstgerichtlichen Urteilen Berücksichtigung finde³³³.

³³³ *Kerkmeester/Visscher*, German Working Papers 2003, S. 10 f.

Den Beginn der effizienzorientierten Rechtsprechung stelle ein Urteil des Hoge Raad vom 05.11.1965 dar. In diesem hatte das höchste Gericht in den Niederlanden über einen Fall entschieden, in dem ein Café-Besucher in Amsterdam auf dem Weg zu der Toilette des Cafés in eine Kellerluke fiel³³⁴. Ein Mitarbeiter der Coca Cola Company hatte die Luke offen gelassen, während er neue Vorräte in den Keller schaffte. Der gestürzte Café-Besucher wurde in ein Krankenhaus gebracht und mußte nach seiner Entlassung noch einen Monat lang Zuhause genesen. Er verklagte die Firma Coca Cola auf Schadensersatz. In seiner Urteilsbegründung betrachtet das Gericht folgende Faktoren, um zu beurteilen, ob der Mitarbeiter der Coca Cola Company genügend Sorgfalt aufwendete: a) die Wahrscheinlichkeit, daß das potentielle Opfer selbst unachtsam war und die notwendige Sorgfalt walten ließ, b) die Wahrscheinlichkeit, daß seine Unachtsamkeit zu einem Unfall führen würde, c) die Schwere der Folgen dieser Unfälle und d) die Kosten der Vorsorgemaßnahmen. Diese Faktoren entsprechen denen der Learned-Hand-Formel, in welcher den Kosten der Schadensvorsorgemaßnahmen die Schadenshöhe und die Schadenswahrscheinlichkeit gegenübergestellt werden. Die Richter kommen zu dem Schluß, daß die Kosten einer Schadensvorsorge sich als eher gering darstellten, da es bereits ausgereicht hätte, die Luke zu schließen oder ein Warnschild aufzustellen.

³³⁴ Hoge Raad 5 november 1965, NJ 1966, 136.

Auf der anderen Seite seien die Wahrscheinlichkeit eines Schadens und die Höhe des potentiellen Schadens als groß zu bemessen³³⁵.

Zwar arbeitet das Gericht an keiner Stelle mit Zahlenmaterial, und es gibt auch keine Auskunft darüber, in welchem Verhältnis die von ihm zur Fahrlässigkeitsbestimmung herangezogenen Faktoren zueinander stehen. Dennoch ist hier eine eindeutige Tendenz zur Effizienzethik ersichtlich, die, wie bereits an verschiedenen Stellen ausgeführt, auch ohne Zahlen und eine explizite Abwägung von Schadensvorsorgekosten gegen Schadenshöhe und -wahrscheinlichkeit auskommt. Bereits die implizit durchgeführte Analyse anhand des Learned-Hand-Kriteriums weist auf den Willen der Richter hin, die Gesamtkosten zu minimieren und in diesem Sinn eine effiziente Entscheidung herbeizuführen.

Damit beweist der Kelderluik-Fall des Hoge Raad, daß die Rechtsprechung in den Niederlanden bereits Mitte der 60er Jahre den Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts bestimmte.

V. Nordischer Rechtskreis

Dem nordischen Rechtskreis können die Rechtsordnungen der Länder Norwegen, Schweden, Finnland, Dänemark und Island zugeordnet werden³³⁶. Die gemeinsame Grundlage der Rechtssysteme bildet das altgermanische Recht. Aufgrund ihrer engen

³³⁵ „Allein in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen treft. Daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. In het onderhavige geval heeft S. (een employe van Coca-Cola Corp.) door in de doorgang naar het toilet van een cafe een kelderluik te openen voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar geschapen, hetwelk hij met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen. Door aan S. te verwijten dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid geen rekening heeft gehouden en heeft nagelaten m.h.o. daarop zekere maatregelen te treffen heeft het Hof de maatstaven die voor de beoordeling van de schuld van S. aan het aan verweerder overkomen ongeval moeten worden aangelegd, niet miskend“.

³³⁶ *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*, S. 271.

politischen und kulturellen Beziehungen bildeten sich in den Ländern des nordischen Rechtskreises eng verwandte Kodifikationen heraus, zudem wurden teilweise auch einheitliche Gesetze in einigen dieser Staaten erlassen³³⁷. Interessanterweise wurde in den Ländern, die zu dem nordischen Rechtskreis zählen, keine Kodifikation vom Typ des Code civil oder des Bürgerlichen Gesetzbuchs entwickelt; den neuesten Versuch, das gesamte Zivilrecht in einer einzigen Kodifikation zusammenzufassen, hat der dänische Rechtsgelehrte *Vinding Kruse* im Jahr 1948 durch den Entwurf eines nordischen Zivilgesetzbuchs unternommen, der jedoch inzwischen in Wissenschaft und Praxis nicht mehr diskutiert wird³³⁸.

1. *Das Fahrlässigkeitsrecht in Schweden*

a) *Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit*

In der schwedischen Literatur zu dem Begriff der Fahrlässigkeit ist insbesondere die Ansicht *Dahlmanns* erwähnenswert³³⁹, welcher der Meinung ist, daß Fahrlässigkeit in der schwedischen Rechtsprechung in Form von drei verschiedenen Definitionen vorkomme: Fahrlässigkeit könne zum einen mit Begriffen des Normalzustands – *terms of normality* –, des weiteren mit Begriffen der Effizienz – *terms of efficiency* – oder auch mit Begriffen der Sicherheit – *terms of safety* – definiert werden, wobei es auf den jeweiligen Lebenssachverhalt ankomme, anhand welcher Begriffe die Definition erfolge. So würden die Gerichte bei Unfällen, die sich im privaten Bereich abspielen, nur dann eine Haftung annehmen, wenn der Beklagte nach den Begriffen des Normalzustands fahrlässig gehandelt habe. Bei dieser Definition komme es darauf an, ob der Handelnde nicht im Einklang mit den üblichen Handlungsweisen oder im Rahmen derjenigen Sorgfalt handelte, die ein durchschnittlich sorgfältiger Mensch beachtet. Diese Art von Definition entspricht der Kant'schen Ethik, da die Konsequenzen der Handlung außer acht gelassen werden und alleine die Beachtung einer Handlungspflicht betrachtet wird.

³³⁷ *Matteucci*, Scandinavian Legislative Cooperation, 136 ff.

³³⁸ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 279.

³³⁹ *Dahlmann*, Konkurrerende culpakriterier.

Fahrlässigkeit würde anhand der Kriterien des Normalzustands oder der Effektivität gemessen, wenn es sich bei der Beklagten um eine Firma oder eine öffentlich-rechtliche Institution handele. Dabei entspricht die Definitionsweise mit Begriffen der Effizienz dem *Wealth Maximization Principle*, da sie auf dem Standpunkt beruht, daß der Zweck des Deliktsrechts darin zu sehen sei, Reichtum zu fördern.

Wenn jedoch eine Firma oder öffentliche Institution die Person des Klägers verletzt habe, so müsse sie auch dann haften, wenn sie fahrlässig im Sinne des Sicherheitskriteriums handelte. Fahrlässigkeit würde dann vorliegen, wenn der Beklagte den Kläger einem unakzeptablen Risiko ausgesetzt habe. Damit wird bei dieser Definitionsweise das Ziel des Deliktsrechts in der Umverteilung von Reichtum zum Zweck der Sicherung des Gemeinwohls gesehen.

Nach *Dahlmann* werden alle diese drei Kriterien in der schwedischen Rechtsprechung benutzt, um Fahrlässigkeit zu definieren. Diese These ist in der folgenden Analyse der schwedischen Urteile zu überprüfen.

b) *Urteilsanalyse*

aa) Schwimmbadbesucher³⁴⁰

In diesem Urteil des *Högsta domstolen*, dem höchsten Gericht in Schweden, hatten die Richter darüber zu entscheiden, ob eine Kommune dem Besucher eines Freiluftbades gegenüber schadensersatzpflichtig sei: Ein Schwimmbadbesucher sprang von der Mitte einer Brücke, von der das Springen – durch ein Schild gekennzeichnet – auf der einen Seite erlaubt, auf der anderen Seite aufgrund einer Untiefe aber verboten war. Bei dem Sprung schlug der Kläger mit dem Kopf auf einem Stein auf und zog sich so Verletzungen zu. Er verklagte die das Schwimmbad betreibende Kommune auf Zahlung von Schadensersatz.

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage mit dem Argument zurück, daß jeder selbst dafür die Sorge trage, zu überprüfen, ob das Wasser tief genug zum Springen ist.

³⁴⁰ NJA 1965 s. 80.

Dies gelte insbesondere dann, wenn das Wasser trüb sei. Die Kommune habe keine Sorgfaltspflicht verletzt, da das Gelände sich als viel zu groß darstelle, um den Grund auf herausstehende Steine abzusuchen. Die zweite Instanz hielt die Stadtverwaltung für schadensersatzpflichtig. Dies begründete sie damit, daß der Betrachter der Erlaubnisschilder damit habe rechnen können, daß die Schilder sich auf die gesamte Brücke bezogen und somit Springen von allen Seiten der Brücke erlaubt und ungefährlich sei. Das höchste Gericht bestätigte das Urteil der ersten Instanz und wies die Klage zurück; jedoch führte es dabei neue Argumente an, indem es die Aussage traf, der Kläger habe deswegen, da er sich auf der Mitte der Brücke und damit nahe dem Land befand, wo das Wasser naturgemäß eher flach sei, erkennen müssen, daß das Wasser nicht tief und ein Sprung riskant sein würde³⁴¹.

Das höchste schwedische Gericht stellt bei der Betrachtung des Verhaltens des Klägers darauf ab, daß das Verletzungsrisiko bei einem Sprung von der Brücke hoch war und eine Verletzungsgefahr hätte vorhergesehen werden können. Diese Argumentation weist auf eine konsequentialistische Sichtweise hin.

Die Richter äußern sich jedoch weder zu möglichen Vorsorgemaßnahmen und deren Kosten, noch zu subjektiven Elementen, so daß weder effizienzorientierte Argumente noch solche des Utilitarismus erkennbar sind.

bb) Hockeyspiel³⁴²

Bei einem Hockeyspiel von mehreren sieben bis dreizehn jährigen Kindern wurde ein Junge durch einen anderen unbeabsichtigt am Auge verletzt und erblindete daraufhin.

Das erstinstanzliche Gericht sah das Verhalten des schädigenden Jungen als nicht fahrlässig an. Das Gericht zweiter Instanz nahm hingegen Fahrlässigkeit an, die es damit begründete, daß der Schädiger hätte erkennen müssen, daß – aufgrund der Verwen-

³⁴¹ „Norr om badet ligger en tämligen stor, mot stranden sakta sluttande grässlant och i väster begränsas badet av en utskjutande landtunga, som höjer sig endast obetydligt över vattnet. Nu anmärkta omständigheter tyda på att vattendjupet nära stranden är ringa och endast sakta ökar utåt från land. Att detta är fallet och att det därför inom badets närmare stränderna belägna delar är omöjligt eller riskfyllt att dyka på huvudet måste utan vidare stå klart för var och en som besöker badet“.

³⁴² NJA 1974 s. 585.

derung von Stöcken - ein großes Risiko zur Schädigung seines Gegners bestand³⁴³. In der höchstrichterlichen Entscheidung wurde dem schädigenden Jungen kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht. Die Richter führten aus: „Ein Stockhieb, der während eines solchen Spiels erfolgt, ist nicht von der Natur, Schadenskompensation nach sich zu ziehen, selbst wenn der Hieb so ausgeführt wird, daß ihm ein Schadensrisiko innewohnt“³⁴⁴.

Die Gerichte beziehen sich demnach auf das Risiko einer Schädigung und damit auf die Folgen des Handelns. Durch diese Betrachtung der Schadenswahrscheinlichkeit zeigt sich eine konsequentialistische Vorgehensweise.

Die gerichtlichen Ausführungen geben keine Anhaltspunkte dafür, das Urteil in die utilitaristische oder effizienzorientierte Ethik einordnen zu können, da weder Kosten-Nutzen-Abwägungen, noch weitere Aspekte in die Beurteilung einfließen, die Hinweise auf eine bestimmte ethische Sichtweise der Richter geben könnten.

cc) Fahrradunfall³⁴⁵

In dem hier vorliegenden Fall befuhr ein Radfahrer bei Dunkelheit einen an einer Mauer entlangführenden, unbefestigten und mit Büschen zugewachsenen Weg in der mittelalterlichen Stadt Visby. In der Mauer befand sich ein Durchgang, den der Radfahrer benutzte, wobei er jedoch übersah, daß der Durchgang einige Stufen enthielt, die zu einem tiefergelegenen Terrain führten. Der Radfahrer stürzte auf den Stufen, kam zu Fall und verletzte sich am Rücken. Daraufhin verklagte er die Stadt Visby auf Schadensersatz.

Die erste gerichtliche Instanz wies die Klage zurück und begründete dies mit drei Hauptargumenten, denen sich sowohl die zweite, als auch die dritte Instanz anschloß.

³⁴³ „Även om, såsom Curt gjort gällande, slaget tillkommit i ett skede av spelet då tempot varit högt uppdrivet och tid för närmare eftertanke ej givits honom, har Curt ändock bort inse, att det vid ett slag som det förevarande förelåg avsevärd risk för att intillstående spelare skulle komma till skada“.

³⁴⁴ „Med hänsyn till det sagda får anses, att klubbslag, som någon utdelat under spelets gång och varigenom annan deltagare i spelet blivit skadad, ej utan vidare är av beskaffenhet att föranleda skadeståndsskyldighet, även om slaget visar sig ha utdelats på sådant sätt eller under sådana förhållanden att det inneburit beaktansvärd risk för skada“.

³⁴⁵ NJA 1984 s. 323.

Zunächst führte das Gericht aus: „Es ist unmöglich, an jeder gefährlichen Stelle der Stadt Vorsorge durch Warnhinweise zu treffen. Jeder der die Stadt Visby besucht, sollte das erkennen“³⁴⁶. Das zweite Argument lautet: „Jemand, der einen solchen Weg mit dem Fahrrad benutzt, muß mit Hindernissen rechnen und diese berücksichtigen“³⁴⁷. Zudem führt das Gericht aus: „Zur Nachtzeit hatte die Stadtverwaltung keinen Grund, damit zu rechnen, daß ein Radfahrer diesen Weg benutzen würde. Deshalb hat die Stadtverwaltung dadurch, daß sie keine Warnschilder aufstellte, die erforderliche Sorgfalt nicht verletzt“³⁴⁸.

In dem hier vorliegenden Fall fällt auf, daß die Gerichte neben der Vorhersehbarkeit des Schadens die Frage der Vorsorgemaßnahmen in Form von Warnschildern für wichtig erachten. Erneut zeigt sich also aufgrund der Betrachtung der Vorhersehbarkeit eines Schadens eine konsequentialistische Tendenz der schwedischen Rechtsprechung.

Aus der Gerichtsentscheidung läßt sich eine Abwägung zwischen der Schadenswahrscheinlichkeit und der Notwendigkeit von Schadensvorsorgemaßnahmen erkennen, wobei das Gericht bei geringer Schadenswahrscheinlichkeit keine hohen Anforderungen an die Vorsorge stellt. Dies läßt erkennen, daß nach Ansicht der Richter Vorsorgemaßnahmen ihre Grenzen haben und nicht jede mögliche Gefahr abdecken müssen, was eine effizienzorientierte Denkweise offenbart. Dennoch erscheint die Argumentation zu unpräzise, um sie dem *Wealth Maximization Principle* zuordnen zu können. Nicht nur, daß die Richter keinerlei Zahlenmaterial verwenden, was sowieso nur selten der Fall ist und für eine Einordnung in die Effizienzethik - wie zuvor bereits an mehreren Stellen gezeigt – abdingbar ist. Vielmehr läßt die Pauschalität, mit der die Richter ein Aufstellen von Schildern generell wegen Unvorhersehbarkeit eines solchen Schadens für nicht nötig erachten, eine solche Einordnung nicht zu.

³⁴⁶ „Det är helt omöjligt att vidtaga varningsåtgärder vid varje trafikfarlig punkt. Detta torde envar, som besöker Visby, inse”.

³⁴⁷ „Vid färd med cykel på en stig har man anledning förvänta vissa hinder, som man måste vara uppmärksam på“.

³⁴⁸ „Under kvällstid har kommunen däremot inte haft anledning att räkna med att en cyklist skulle bege sig från den belysta Södra Slottsgränd genom muren ut i den mörka terrängen. Kommunen har därför inte brustit i normal aktsamhet genom sin underlåtenhet att varna cyklister eller hindra cykeltrafik“.

Folglich kann diese Urteilsbegründung nur der konsequentialistischen Ethik zugewiesen werden.

dd) Augenverletzung³⁴⁹

Bei dem Spiel zweier Kinder in dem „Bauraum“ einer städtischen Kindertagesstätte wurde eines der Kinder am Auge verletzt, als das andere Kind einen Schraubenzieher durch ein in der Tür vorhandenes Loch stieß. Da das Kind hinter der Tür gerade zu diesem Zeitpunkt durch das Loch blickte, traf das Kind mit dem Schraubenzieher das Auge des anderen Kindes, welches in Folge dieses Unfalls erblindete. Das geschädigte Kind verklagte, vertreten durch seine Eltern, die Stadtverwaltung auf Schadensersatz.

Alle drei Instanzen gaben der Klage aufgrund fahrlässigen Verhaltens des Personals der Kindertagesstätte statt. Dies wurde folgendermaßen begründet: „Kinder mit leicht erreichbarem Werkzeug ohne Aufsicht zu lassen, und es so zu ermöglichen, daß sie das Werkzeug aus dem Raum entfernen, so daß das Risiko einer Verletzung erhöht wird, muß als Fahrlässigkeit angesehen werden. Durch dieses fahrlässige Verhalten konnte es zu dem Schaden kommen“³⁵⁰.

Das schwedische Gericht stellt offensichtlich die Vorhersehbarkeit eines Schadens in Form des Risikos einer Verletzung in den Vordergrund seiner Argumentation, die somit als konsequentialistisch einzuordnen ist. Die Pflichten des Aufsichtspersonals bleiben unberücksichtigt.

Erneut lassen sich von den Ausführungen der Richter keine Schlüsse auf utilitaristische oder effizienzorientierte Tendenzen ziehen.

³⁴⁹ NJA 1984 s. 764.

³⁵⁰ „De angivna förhållandena innebär, i enlighet med vad som har sagts i det föregående, att genom försummelse på kommunens sida risk har framkallats för skada genom barnens användning av de verktyg som förvarades i snickarummet. Att förloppet av den skada som inträffade i detta fall har varit något säreget kan inte frita kommunen från ansvar“.

ee) Baustelle³⁵¹

Eine Frau überquerte eine kleine Brücke an einer Baustelle. Auf der Brücke stolperte sie über Unebenheiten in der Brückenoberfläche, stürzte und verletzte sich am Arm. Sie verklagte die Baufirma auf Schadensersatz.

Die ersten beiden Instanzen sahen das Verhalten der Baufirma nicht als fahrlässig an. Dies begründeten sie damit, daß diese Baustellenbrücken immer derartig beschaffen seien und mithin keine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten vorliege. Das höchste schwedische Gericht hingegen gab der Klage statt, da es Fahrlässigkeit als gegeben ansah. In seiner Begründung legt das Gericht dar, daß die beklagte Baufirma verpflichtet gewesen sei, auf mögliche Gefahren hinzuweisen. Es wäre naheliegend und einfach gewesen, eine Kennzeichnung, etwa durch das Auftragen von schwarz-gelber Farbe oder das Anbringen eines Warnschildes, vorzunehmen³⁵².

Auch in diesem Fall betrachten die Richter in der Urteilsbegründung die möglichen Folgen der Handlung, indem sie das Gefahrenpotential berücksichtigen und wenden sich damit dem Konsequentialismus zu.

Hinweise auf eine effizienzorientierte Argumentation zeigen sich in der Berücksichtigung von kostenarmen Maßnahmen, die einen Schaden hätten abwenden können. Eine explizite Abwägung der Kosten der Vorsorgemaßnahme gegen die mögliche Schadenshöhe und die Schadenswahrscheinlichkeit unterbleibt jedoch, so daß das Urteil nicht dem *Wealth Maximization Principle* zugeordnet werden kann. Dies wäre dann möglich gewesen, wenn das Gericht ausgeführt hätte, daß den geringen Kosten der Schadensvorsorge (durch Anstreichen oder Anbringen eines Schildes) ein hohes Ausmaß an Gefahr gegenüber gestanden habe, was die Beklagte zum Treffen der Vorsorgemaßnahme hätte veranlassen müssen.

³⁵¹ NJA 1985 s. 456.

³⁵² „Bolaget kunde genom lämpliga åtgärder ha varnat för denna risk. En åtgärd som får anses ha legat nära till hands hade varit att bolaget på ett iögonfallande sätt utmärkt tvärsåarna, exempelvis genom att måla dem med svart-gul varningsfärg som Karin A föreslagit eller genom att anbringa lodräta färgmarkeringar på sidorna om tvärsåarna“.

ff) Skipiste³⁵³

Ein geübter Skiläufer stürzte auf der Skipiste des Beklagten, als er über die Kante der präparierten Piste auf den unpräparierten Teil fuhr. Bei dem Sturz fiel er mit dem Kopf auf einen Stein, verletzte sich und erblindete schließlich aufgrund dieser Verletzung. Daraufhin verklagte er den Eigentümer der Skipiste auf Schadensersatz.

Die erste Instanz lehnte ein Verschulden des Beklagten ab. Es sei nicht fahrlässig, daß der Beklagte nicht in Erwägung gezogen habe, daß Skifahrer die kleine Kante zum unpräparierten Pistenteil überfahren würden. Fahrlässigkeit sei weder durch die Erlaubnis des Skifahrens innerhalb des unpräparierten Gebiets, noch durch das Nichtaufstellen von Warnschildern gegeben. Die zweite Instanz bejahte Fahrlässigkeit: Der Beklagte hätte Warnschilder aufstellen und das Risiko erkennen müssen, daß Skifahrer die Kante an der Grenze zum unpräparierten Pistenteil übersehen könnten³⁵⁴.

Die dritte Instanz schloß sich der Meinung der zweiten Instanz an und hielt das Verhalten des Beklagten für fahrlässig. In seiner Urteilsbegründung führen die Richter des höchsten schwedischen Gerichts aus, daß der Beklagte hätte wissen müssen, daß ein Skifahrer die Kante zum unpräparierten Gebiet überfahren könne, und daß eine klare Markierung auf die unpräparierte Piste hinweisen müsse. Darüber hinaus sei es für den Beklagten einfach gewesen, das gefährliche Gebiet zu markieren und Warnstäbe aufzustellen³⁵⁵.

Auch in dieser Urteilsbegründung steht die Erkennbarkeit des Risikos und mithin eine konsequentialistische Sichtweise im Vordergrund der richterlichen Argumentation.

³⁵³ NJA 1987 s. 222.

³⁵⁴ „Genom det anförda finner HovR:n att det barmarksområde där Lars A fallit legat i en sådan del av backen och varit av så förrädisk beskaffenhet att Ulf B bort förutse risken att åkare kunnat åka in i detta och komma till skada och att därför avspärning av eller i vart fall varning genom lämplig markering för området bort ske. Det har ålegat makarna B att utföra dessa åtgärder. Eftersom de försummat detta kan de inte undgå ansvar för den skada som drabbat Lars A“.

³⁵⁵ „Mot bakgrund av att detta område såg vitt och farbart ut för en åkare som befann sig högre upp i backen hade Ulf B likväl inte bort lämna ur räkningen att en åkare kunde komma till allvarlig skada genom att ta den väg som Lars A tog och därvid inte i tid upptäcka att snötillgången bortom snöKanten var otillräcklig. De skadeförebyggande åtgärder som Ulf B vidtog kan därför inte anses ha varit tillräckliga, utan det måste anses ha ålegat honom att, innan lift nr 8 öppnades, tydligt markera den fara som olycksområdet utgjorde. Sådan markering kunde lätt ha gjorts tex genom att Ulf B satt ut några varningskäppar“.

Zudem stellen das zweit- und das drittinstanzliche Gericht auf mögliche Vorsorge-
maßnahmen ab, die durch Markierung oder Warnschild hätten erfolgen können. Das
höchste schwedische Gericht hebt dabei die einfache Umsetzung solcher Maßnahmen
hervor. Wie bei dem unter ee) behandelten Urteil „Baustelle“ klingt auch hier auf-
grund der Überlegung, daß es sich um ein gefährliches Gebiet und mithin um eine ver-
größerte Schadenswahrscheinlichkeit handele und eine Schadensvorsorgemaßnahme
„einfach“ durchzuführen gewesen sei, ein effizienzorientiertes Denken an. Eine expli-
zite Abwägung der Kosten der Vorsorge und der erwarteten Schäden unterbleibt je-
doch. Alleine der Hinweis auf einfach durchzuführende Vorsorgemaßnahmen kann
nicht ausreichen, um die Aussage des Gerichts als effizienzorientiert zu bezeichnen.

Utilitaristische Argumentationen werden an keiner Stelle deutlich, so daß die Ent-
scheidung nur dem Konsequentialismus zugeordnet werden kann.

gg) Salmonellen³⁵⁶

In einer städtischen Schulkantine wurde eine Sauce hergestellt, die mit Salmonellen
verseucht war. Das Kantinenpersonal hatte zwar keine verdorbenen Eier verwendet,
jedoch nach dem Öffnen solcher Eier – ohne die Hände zu reinigen – weitere Eier auf-
geschlagen und die „guten“ für die Zubereitung der Sauce benutzt. Insgesamt erkrank-
ten ca. 30 % der Personen, die von der Sauce gegessen hatten, so daß eine Anzahl von
etwa 3.000 Erkrankungen gezählt wurde. Unter den erkrankten Personen befand sich
eine Lehrerin, die infolge des Saucenverzehr chronisch von der Bechterews-
Krankheit, einer Art Rheuma-Erkrankung, betroffen wurde. Diese Erkrankung hatte
neben Schmerzen ein steifes Rückgrat und steife Gelenke zur Folge. Die Lehrerin ver-
klagte die Stadtverwaltung auf Zahlung von Schadensersatz.

Das Gericht der ersten Instanz befand das Verhalten des Kantinenpersonals für fahr-
lässig. Durch die von dem Personal durchgeführte Arbeitsweise würden die hohen An-
forderungen verletzt, die an das Verhalten von Personal in der Gastronomie gestellt
werden müßten. Da die Stadtverwaltung die Verantwortung für das Kantinenpersonal

³⁵⁶ NJA 1989 s. 389.

trage, wenn es mit Lebensmitteln umgehe, müsse sie die Dame, die an Salmonellen erkrankt ist, entschädigen³⁵⁷. Die zweite gerichtliche Instanz verneinte im Ergebnis fahrlässiges Verhalten, schloß sich aber dem erstinstanzlichen Gericht insoweit an, als es ausführte, daß besondere Vorsicht und strikte Kontrolle geboten sei, wenn mit Lebensmitteln oder gekochtem Essen umgegangen würde³⁵⁸.

Die höchste schwedische Gericht wiederholt in seiner Entscheidung die Ausführungen der ersten beiden Instanzen und kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß Fahrlässigkeit vorliege und Entschädigung zu zahlen sei.

In der hier vorliegenden Urteilsbegründung stellen die schwedischen Gerichte, im Gegensatz zu den zuvor behandelten Urteilen, nicht auf die Vorhersehbarkeit des Schadens oder die Höhe des Risikos ab. Vielmehr gehen sie von einer bestimmten Pflicht bei dem Umgang mit Lebensmitteln aus. Auf die Folgen der Handlung wird demnach seitens aller drei Instanzen nicht eingegangen. Demzufolge kann diese Urteilsbegründung nicht dem Konsequentialismus zugeordnet werden. Durch das Aufstellen einer Handlungspflicht, die für eine bestimmte Gruppe von Personen gilt, und durch den Vergleich der tatsächlich durchgeführten Handlungen mit den Anforderungen, die sich aus dieser Handlungspflicht ergeben, offenbart die Rechtsprechung hier deontologische Tendenzen.

hh) Straßenarbeiten³⁵⁹

Bei Bauarbeiten wurden große Steine aus einer öffentlichen Straße entfernt. Vor dem Teeren der Straße wurden die durch das Ausheben der Steine entstandenen Löcher mit Schotter gefüllt, um die Straße vorübergehend befahrbar zu machen. Die Straße sollte montags geteert werden; an dem vorangegangenen Freitag fand die letzte Kontrolle

³⁵⁷ „Genom att under de angivna omständigheterna inte kassera alla äggen utan använda större delen av dem till såserna har personalen brutit mot de höga krav på aktsamhet som, enligt vad förut sagts, måste ställas på dem som lagar mat till skolbarn. Staden som svarar för kökspersonalens oakt-samhet vid mathanteringarna är följaktligen på grund av vållande skyldig att ersätta Marianne F för den skada som hon lidit till följd av att hon åt av såserna och blev smittad med salmonella“.

³⁵⁸ „Vid tillverkningen av livsmedel, såväl varor som tillagad mat, kan vidare särskild aktsamhet iakt-tas och sträng kontroll genomföras; [...]“.

³⁵⁹ NJA 1990 s. 569.

statt. In der Nacht von Freitag auf Samstag kam es zu heftigen Regenfällen, die den Schotter aufweichten und die Fahrbahn instabil machten. An dem Samstag morgen nach den Regenfällen befuhren zwei Wagen diese Straße. Dabei stieß der vordere Wagen in ein mit Schotter gefülltes Loch, so daß der Schotter herausspritzte; der folgende Wagen fiel daraufhin in dieses Loch und stieß durch den Ruck an das vordere Auto. Beide Wagen wurden beschädigt. Die Versicherung des zweiten Fahrers zahlte den Schaden an dem vorderen Pkw. Der zweite Fahrer verklagte die zuständige Straßenbaubehörde auf Zahlung von Schadensersatz bezüglich der Schäden beider Autos.

Keine Fahrlässigkeit sah das erstinstanzliche schwedische Gericht in der Vorgehensweise der für den Straßenbau Verantwortlichen: Für eine erneute Kontrolle sei der zeitliche Abstand zwischen der Freitagsinspektion und dem Unfall am Samstag morgen zu knapp gewesen. Das Aufstellen von Warnschildern sei nicht erforderlich gewesen, da die Straße am Freitag befahrbar gewesen sei. Anhaltspunkte für Probleme hätten nicht bestanden. Das Gericht zweiter Instanz nahm Fahrlässigkeit der Beklagten an, da eine Beobachtungspflicht der Verwaltung bestanden habe. Regen und dichter Verkehr könne den Schotter aus den Löchern heraustragen. Hinzu komme die Tatsache, daß der für die fragliche Straßenstrecke Zuständige am frühen Samstag morgen bemerkt habe, daß eine Kontrolle notwendig sei, er jedoch nichts unternahm, bevor der Unfall sich ereignete. Ein Mitverschulden des Fahrers des hinteren Fahrzeugs wurde ausgeschlossen, da er das Schlagloch nicht habe vorhersehen können. Das höchstrichterliche Urteil bestätigt die Ansicht des Gerichts zweiter Instanz und bejaht ein fahrlässiges Verhalten der Beklagten. Der starke Regen und Verkehr auf der bearbeiteten Straßenstrecke sei Grund genug gewesen, zu handeln. Dadurch, daß keine Warnschilder aufgestellt worden seien, habe die Verwaltung fahrlässig gehandelt³⁶⁰.

Die schwedischen Richter werfen der Beklagtenseite in der hier vorliegenden Urteilsbegründung vor, trotz vorhersehbarer Gefahren nicht gehandelt zu haben. Starker Re

³⁶⁰ „Genom att underlåta att med varningsskyltar eller på annat lämpligt sätt uppmana förare av passerande fordon att iakttaga särskild försiktighet på detta vägavsnitt får vägverket anses ha förfarit oaktsamt och härigenom ha vållat de skador som uppkommit på Björn A:s bil“.

gen und dichtes Verkehrsaufkommen ließen nach Ansicht der Richter erahnen, daß die Straße Gefahren bergen würde; dennoch sei seitens der Beklagten keine Vorsorge getroffen worden. Den Hintergrund des Vorwurfs bildet demnach die Tatsache, daß die Verwaltung die Gefahr hätte erkennen können und dennoch nicht handelte. Dies setzt eine Analyse der Folgen des Unterlassens voraus und offenbart so eine konsequentialistische Sichtweise.

Darüber hinaus erwähnt das höchste Gericht die mögliche Schadensvorsorge in Form des Aufstellens von Warnschildern. Diese wäre nach Ansicht der Richter in dem vorliegenden Fall erforderlich gewesen. Die Richter machen sich jedoch keine Gedanken darüber, ob der Beklagten diese Maßnahme bezüglich ihrer Kosten zumutbar war, oder ob eventuell subjektive Gesichtspunkte bei dem zuständigen Streckenkontrolleur das Unterlassen dieser Maßnahme rechtfertigen könnte. Folglich liegen hier weder Anhaltspunkte für eine utilitaristische Ethik, noch für das Vorliegen effizienzorientierter Tendenzen vor.

ii) Golf³⁶¹

Auf einem privaten Golfplatz beschädigte ein Golfspieler beim Abschlag ein Auto, das auf dem Parkplatz des Golfplatzes abgestellt war. An der Einfahrt zu dem Parkplatz befand sich ein Schild, auf dem es hieß: „Warnung Golfplatz, betreten auf eigene Gefahr“. Der Eigentümer des Pkw verklagte den Golfspieler auf Zahlung von Schadensersatz.

Das erstinstanzliche Gericht erklärte das Verhalten des Beklagten für fahrlässig, da er als erfahrener Golfspieler hätte erkennen müssen, daß die Art, wie er den Golfball schlug, zu einem Schaden führen könnte³⁶². Dieser Meinung und Argumentation schloß sich die zweite gerichtliche Instanz an. Auch die dritte Instanz ist der Ansicht, daß der Golfspieler sich fahrlässig verhielt. Das Gericht führt diesbezüglich aus: „Der

³⁶¹ NJA 1993 s. 149.

³⁶² „Även om det således inte kan läggas Ulf L till last som oaktsamhet att han fått snedträff på bollen, måste Ulf L med hänsyn till att parkeringsplatsen låg inom riskområdet för en snedträff ha insett att det av honom valda spelsättet skulle innebära uppenbar risk för skada på annan eller annans egendom“.

Golfspieler hätte mit dem Risiko, daß ein geparktes Auto beschädigt werden konnte, rechnen sollen.

Er hätte den Schaden verhindern können, indem er eine andere Richtung zum Spielen des Golfballs gewählt hätte, was im Hinblick auf das Design des Golfplatzes sinnvoller gewesen wäre, auch wenn es bedeutet hätte, daß diese Vorgehensweise den Spieler einen zusätzlichen Schlag gekostet hätte³⁶³.

Auch hier spielt die Vorhersehbarkeit des Schadens und damit eine konsequentialistische Argumentation die zentrale Rolle in der Begründung des Gerichts.

Als Schadensvorsorge wäre nach Ansicht des höchsten Gerichts in Frage gekommen, den Ball in eine andere Richtung zu schlagen, auch wenn dies einen Nachteil in Form eines zusätzlichen Schlags gekostet hätte. In dieser Formulierung des Gerichts kann eine implizite Kosten-Nutzen-Abwägung in der Weise gesehen werden, daß es dem Beklagten aufgrund der Höhe des eingetretenen Schadens zumutbar gewesen wäre, einen zusätzlichen Schlag in Kauf zu nehmen. Ob die Richter bei dieser Abwägung auf die Kosten eines zusätzlichen Schlags im Sinne ökonomischer Abwägung abstellen oder allgemeine Nutzenveränderungen betrachten, wird nicht ersichtlich, so daß es nicht möglich ist, die Urteilsbegründung als utilitaristisch oder effizienzorientiert einzuordnen.

jj) Fernseekabel³⁶⁴

Ein Ehepaar, Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebs, bat einen Nachbarn darum, mit einem Bagger das Erdreich auf einem bestimmten Teil des Grundstücks aufzulockern. Als der Nachbar die gewünschte Tätigkeit ausführte, zerstörte er ein Fernseekabel der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt, das in einer Tiefe von ca. 45 cm unter der Erdoberfläche verlegt war. Der Nachbar hatte schon mehrfach mit dem

³⁶³ „Ulf L borde därför ha räknat med riskerna att personbilen som stod på parkeringsplatsen kunde komma att skadas. Han hade kunnat undvika skadan genom att välja en annan spelriktning, i närmare överensstämmelse med banans riktlinje från utslagsplatsen, även om det kunde ha kostat honom ett slag“.

³⁶⁴ NJA 1998 s. 617.

Bagger in der Umgebung gegraben und vorher jeweils Pläne von der Fernsehgesellschaft angefordert, auf denen zu sehen war, wo die Fernsehkabel verlegt waren.

Dieses Mal hatte er es unterlassen, einen solchen Plan anzufordern, da er dachte, er würde bei der Auflockerung der Erde nicht die Tiefe erreichen, in der er auf ein Kabel treffen könnte. Die öffentlich-rechtliche Fernsehanstalt verklagte den tätigen Nachbarn, sowie das Ehepaar, dem das fragliche Grundstück gehörte, auf Zahlung von Schadensersatz.

Das Gericht erster Instanz gab der Klage statt. Zu dem Verhalten des Grundstückseigentümers führten die Richter aus, daß der Nachbar die Pläne der Kabelverlegung von der Fernsehgesellschaft hätte anfordern müssen. Diese Pläne würden kostenlos bereitgestellt und dem Nachbarn sei bekannt gewesen, daß das Anfordern der Pläne zu der üblichen Vorgehensweise gehöre, bevor Erdreich bearbeitet würde. Der Eigentümer des Grundstücks hätte ebenfalls wissen sollen, daß zunächst Pläne über die Verkabelung angefordert werden müssen, da ihm das Verlegungsrecht der Fernsehgesellschaft auf seinem Grundstück bekannt gewesen sei³⁶⁵. Diesen Ausführungen schloß sich das zweitinstanzliche Gericht an und führte dazu noch an, daß der Eigentümer des Grundstücks die Kabelpläne auch aus dem Grund hätte anfordern müssen, da er es war, der die Auflockerung der Erde in Auftrag gab. Das höchste schwedische Gericht gab der Klage ebenfalls statt. Es ergänzt die Ausführungen der vorgeschalteten Instanzen in der Weise, daß es sich bei der Auflockerung des Bodens nicht um „normales“ landwirtschaftliches Graben gehandelt habe. Vielmehr habe ein hohes Risiko für die Beschädigung eines Kabels bestanden, da die Auflockerung in tieferen Erdschichten durchgeführt worden sei³⁶⁶.

Die gerichtlichen Ausführungen gehen auch in dieser Urteilsbegründung auf das Risiko eines Schadens ein, das von dem Handelnden hätte erkannt werden müssen. Auf

³⁶⁵ „Han borde vidare ha känt till den skyldighet som ledningsrättsbeslutet ålägger honom att begära kabelanvisning innan något arbete som kann skada optokabeln påbörjas“.

³⁶⁶ „Ett grävningsarbete av förevarande slag innebär typiskt sett en beaktansvärd risk för att en i marken liggande kabel kan skadas“.

diese Weise beziehen sie die Folgen der Handlung in Form der Vorhersehbarkeit des Schadens in ihre Betrachtung ein und gehen konsequentialistisch vor.

Das Gericht erster Instanz erwähnt, daß eine erforderliche Schadensvorsorge denkbar sei, die darüber hinaus naheliegend und kostenlos gewesen wäre. Die Pläne der Verkabelung des Grundstücks hätten angefordert werden müssen. Nach Ansicht des Gerichts spricht die Tatsache, daß die Pläne kostenlos angefordert werden können, zusätzlich dafür, daß der beklagte Nachbar diese Maßnahme hätte treffen müssen. Das Gericht wägt dabei nicht die (geringen) Schadensvorsorgekosten gegen die Schadenskosten und die Wahrscheinlichkeit eines Schadens ab. Vielmehr stellt die Kostengünstigkeit der Vorsorge alleine für sich genommen, ohne sie dem Ausmaß der Gefahr gegenüber zu stellen, für die Richter ein Argument für die Zumutbarkeit der Maßnahme dar. Eine Kosten-Nutzen-Rechnung wird bei dieser Vorgehensweise nicht klar erkennbar. Dies wäre jedoch nötig, um das Urteil der Effizienzethik zuordnen zu können.

Folglich kann auch diese Entscheidung lediglich als konsequentialistisch eingeordnet werden.

kk) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Die zehn hier analysierten schwedischen Urteile sind überwiegend der konsequentialistischen Ethik zuzuordnen. Alleine das „Salmonellen-Urteil“³⁶⁷ zeigt deontologische Tendenzen, indem es die Pflicht derjenigen Menschen, die mit Lebensmitteln umgehen, zur Grundlage der Fahrlässigkeitsdiskussion macht. Bei den übrigen neun konsequentialistischen Urteilen wird die Vorhersehbarkeit des Schadens oder das Schadensrisiko zur Bestimmung von Fahrlässigkeit herangezogen. Die Formulierungen der Gerichte lassen jedoch offen, ob Kostengesichtspunkte im Sinne des Ansatzes der ökonomischen Analyse des Rechts oder persönliche Fähigkeiten und Umstände der Beteiligten eine Rolle für die Entscheidung spielten. Auf diese Weise kann keines der konsequentialistischen Urteile dem *Wealth Maximization Principle* oder dem Utilitarismus zugeordnet werden.

³⁶⁷ Dieses Urteil ist innerhalb der schwedischen Rechtsprechung unter Punkt gg) aufgeführt.

Um eine Urteilsbegründung der Effizienzethik zuordnen zu können, muß deutlich werden, daß die Richter die Kosten einer Schadensvorsorge denen des Schadens gegenüberstellen und kostspielige Vorsorgemaßnahmen nur dann verlangen, wenn ein hoher Schaden zu erwarten ist. In den analysierten Fällen deuten die Gerichte nur an, daß eine bestimmte Schadensvorsorgemaßnahme nicht um jeden Preis, sondern in einem angemessenen Verhältnis zum möglichen Schaden erfolgen soll. Diese Betrachtung, die wegen der Einschränkung der Anforderungen an die Schadensvorsorge effizienzorientierte Ansätze zeigt, wird jedoch in allen Fällen nicht ausdrücklich ange stellt, sondern läßt sich lediglich vage aus den Äußerungen der Richter vermuten. Folglich kann mangels eindeutiger Ausführungen über die Kosten von Schadensvorsorge und Schaden eine ökonomisch geprägte Rechtsprechung nicht abgeleitet werden.

Die Ansicht *Dahlmanns*, daß Fahrlässigkeit in der schwedischen Rechtsprechung in Form von drei verschiedenen Definitionen vorkomme, konnte durch die hier vorgenommene Untersuchung nicht bestätigt werden. Insbesondere stellt sich die Argumentation in den hier analysierten und per Zufallsprinzip ausgewählten Urteilen bezüglich der Begründung des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens von Fahrlässigkeit als so allgemein dar, daß, wie bereits in dem vorangegangenen Absatz dargelegt, das Effizienzkriterium *Dahlmanns* nicht aufgefunden werden kann.

2. *Das Fahrlässigkeitsrecht in Norwegen*

a) Literaturbetrachtung zum Begriff der Fahrlässigkeit

Das norwegische Deliktsrecht basiert, ebenso wie beispielsweise auch das dänische, auf bestimmten, allgemeingehaltenen grundlegenden Prinzipien, den sogenannten „Culpa-Prinzipien“³⁶⁸. Es ist im folgenden zu prüfen, ob diese Prinzipien rechtsethische Tendenzen in der Rechtsprechung erkennen lassen.

³⁶⁸ Danish Committee on Comparative Law, Danish and Norwegian Law, S. 91.

b) *Urteilsanalyse*

aa) Zollkontrolle³⁶⁹

Ein Spediteur war dafür zuständig, die Zoll- und Abgabenerklärungen, welche die Importeure für die von ihnen transportierten Waren erstellen, zu überprüfen und abzuzeichnen. Der Bogen eines Importeurs enthielt mehrere Fehler, da die Berechnungen der Mengenangaben der eingeführten Alkoholika falsch waren. Der zuständige kontrollierende Spediteur unterzeichnete ungeprüft die Papiere. Durch diesen Fehler entstand der Speditionsfirma ein hoher Sachschaden. Der Arbeitgeber verklagte den Kontrolleur der fraglichen Einfuhrpapiere wegen fahrlässigen Handelns. Das Gericht führt in seiner Urteilsbegründung aus: „Fehler können wohl passieren, aber sie sollten entdeckt werden, wenn sie so offenbar sind wie in diesem Fall“³⁷⁰. Weiter unten in der Urteilsbegründung argumentiert das Gericht weiter: „Wäre er aufmerksam gewesen, hätte er ohne weiteres gesehen, daß erhebliche Fehlberechnungen vorliegen“³⁷¹.

Diese zwei Passagen des norwegischen Urteils zeigen, daß das Gericht davon ausgeht, daß die Fehler in den Zollpapieren so offensichtlich waren, daß sie hätten erkannt werden können und müssen. Dies bedeutet, daß ein daraus resultierender Schaden vorhersehbar war, als der Beklagte die Papiere unterzeichnete, ohne sie näher zu betrachten. Folglich bezieht das Gericht bei der Frage, ob sich der Angestellte der Speditionsfirma fahrlässigen Verhaltens schuldig machte, die Folgen seiner Handlung in Form der Erkennbarkeit der Fehler und damit des möglichen Schadens in die Bestimmung der Fahrlässigkeit ein. Das Gericht geht hier nicht in der Weise vor, daß es eine allgemeine Handlungspflicht für Zollerklärungen überprüfende Spediteure voranstellt und die Fahrlässigkeit alleine an die Nichtbefolgung dieser Pflicht knüpft, was auf eine deontologische Vorgehensweise hindeuten würde. Durch die Betrachtung der Handlungsfolgen offenbart das Gericht vielmehr eine konsequentialistische Sichtweise.

Darüber hinaus ist keine weitere Einordnung möglich.

³⁶⁹ RG 1993-1204 (209-93), Drammen byrett.

³⁷⁰ „Feil kann nok skje, men de bør oppdages når de er så åpenbare som her“.

³⁷¹ „Hadde han fulgt med, ville ha nuten videre ha sett at det var betydelige feilberegninger“.

bb) Mißlungene Abtreibung³⁷²

Eine 16jährige Frau ließ eine Abtreibung durchführen. Laut Anordnung der die Operation durchführenden Ärztin sollte die Patientin ihren Hausarzt zu einer Nachuntersuchung aufsuchen. Dies hat die junge Frau jedoch unterlassen. Die Abtreibung schlug fehl, was die Frau aufgrund der unterlassenen Nachuntersuchung nicht bemerkte, so daß die fortgesetzte Schwangerschaft zu spät bemerkt wurde und die Frau das Kind schließlich zur Welt brachte. Daraufhin verklagte die Frau das Krankenhaus und die Ärztin, welche die Abtreibung durchgeführt hatte, auf Zahlung von Schadensersatz. Das Amtsgericht Sarpsborg wies die Klage mit der Begründung zurück, daß ein Kind nicht als wirtschaftlicher Schaden angesehen werden könne; die ideellen Vorteile würden die wirtschaftliche Belastung ausgleichen. Die Richter befaßten sich in dem hier zugrunde liegenden Urteil unter anderem mit der Frage, ob Ärzte, die eine Abtreibung durchführen, über die Möglichkeit des Mißlingens der Operation aufklären müssen. Dazu führt das Gericht aus, daß die Informationspflicht der Ärztin hier in dem Licht gesehen werden müsse, daß der Hausarzt noch eine Nachkontrolle durchführen sollte³⁷³. An einer anderen Stelle der Urteilsbegründung argumentiert das Gericht in der Weise, daß die Gynäkologin nicht unverantwortlich gehandelt hatte, indem sie nicht über die Möglichkeit des Mißlingens der Abtreibung informierte, da kein Grund bestand, daran zu zweifeln, daß die Operation geglückt war³⁷⁴.

Die Richter begründen das Nichtvorliegen von Fahrlässigkeit, d.h. die Annahme, daß die Ärztin ihre Informationspflicht nicht verletzt habe, damit, daß zum einen habe erwartet werden können, daß die Patientin ihren Hausarzt zu einer Nachkontrolle aufsuchen werde. In diesem Fall wäre das Mißlingen der Abtreibung entdeckt worden. Zudem habe die Operation den Anschein erweckt, daß die Abtreibung erfolgreich war, so daß eine Aufklärung überflüssig erschien. Dem Gericht geht es also primär um die

³⁷² RG 1993-595 (114-93), Sarpsborg byrett.

³⁷³ „Sykehusets informasjonsplikt må ses i forhold til at kontroll hos primærlege er pålagt. Det aksepteres at sykehusets informasjon ideelt sett kunne vært bedre. Det understrekes imidlertid at det ikke er noe pålegg om at det skal gis skriftlig informasjon. F.ks. ved Akershus sentralsykehus som er en av de store sykehus på området, gis det ikke skriftlig informasjon“.

³⁷⁴ „Disse konkluderte med at det ikke var holdepunkter for å anta at operatøren hadde opptrådt uforsvalig, og at det dermed ikke kunne sies at det var utvist uaktksomhet fra sykehusets side ved inngrepet“.

Einhaltung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Ausführungen über das Risiko des Fehlschlagens einer Abtreibung und dessen Vorhersehbarkeit werden nicht getroffen. Ein konsequentialistisch ausgerichtetes Gericht hätte gefragt, wie wahrscheinlich es war, daß die Patientin dadurch, daß sie von einer geglückten Abtreibung ausging, keine Nachuntersuchung durchführen lassen würde und ob die Gynäkologin hätte vorhersehen können, daß so etwas mit der Folge einer fortgesetzten Schwangerschaft geschehen könnte. Eine solche Argumentationskette liegt jedoch nicht vor. Vielmehr steht im Mittelpunkt des Interesses der Richter die Frage, ob eine Informationspflicht bestand oder nicht, so daß sich das Urteil als deontologisch einordnen läßt.

cc) Empfangskontrolle³⁷⁵

Das Amtsgericht Oslo mußte darüber entscheiden, ob ein Angestellter im öffentlichen Dienst fahrlässig handelte, als er fünf Rechnungen unterschrieb, ohne zu kontrollieren, ob die darin aufgelistete Ware tatsächlich in Empfang genommen worden war. Es stellte sich später heraus, daß die Rechnungen gefälscht und die Ware tatsächlich nie geliefert worden war. Die Kommune verklagte ihren Angestellten auf Zahlung von Schadensersatz. Das Gericht sieht den Angestellten als ersatzpflichtig an und begründete dies damit, daß der Angestellte sich bewußt gewesen sein müsse, daß er ein Risiko für die Kommune einging, als er die Quittungen ungeprüft unterschrieb. Er habe zugegeben, daß er nicht wußte, ob die Waren tatsächlich in Empfang genommen worden waren und daß er auch nichts getan habe, um dies zu kontrollieren³⁷⁶. An anderer Stelle führt das Gericht weiter aus, daß bei einer Abzeichnung unkontrollierter Angaben in hohem Grad damit zu rechnen sei, daß ein Schaden für die Kommune entstehen könne³⁷⁷.

³⁷⁵ RG 1997-890 (156-97), Oslo byrett.

³⁷⁶ „A må ha vært seg bevisst at han tok en sjanse på kommunens vegne da han kvitterte for „varen/tjenesten mottatt“ Han har erkjent at han ikke kjente den aktuelle byggeplass og heller ikke visste om „varen/tjenesten“ rent faktisk var mottatt. Han har videre erkjent at han ikke gjorde noe for å kontrollere om varen/tjenesten var mottatt“.

³⁷⁷ „Dersom det ble kvittert for noe som ikke var levert eller for mere enn det som var levert, var det i høy grad påregnelig at tap ville oppstå for kommunen“.

In dem hier vorliegenden Urteil konzentriert sich die Argumentation der Richter auf die Vorhersehbarkeit des Schadens. Da dem Angestellten die möglichen Konsequenzen seines Handelns hätten bewußt sein müssen und eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit bestanden habe, sei sein Verhalten als fahrlässig zu qualifizieren. Die Richter schließen also von der Handlungsfolge auf die Qualität der Handlung und gehen damit konsequentialistisch vor.

Die Form der tatsächlich gebotenen Sorgfalt, also diejenigen Maßnahmen, die der Angestellte hätte ergreifen müssen, um sich nicht des Vorwurfs der Fahrlässigkeit aussetzen, wird von dem Gericht nicht diskutiert. Ebenso wenig enthält das Urteil sonstige Merkmale, die eine weitere ethische Einteilung ermöglichen könnten.

dd) Schwimmbadunfall³⁷⁸

In diesem Fall hatte das Bezirksgericht Salten über die Haftung einer Kommune zu entscheiden. Die beklagte Kommune unterhielt ein öffentliches Schwimmbad, in dem der Bereich zwischen den Duschen und Umkleidekabinen mit Vinyl ausgelegt war. Auf dem Vinylboden lagen zwei Matten, die allerdings nicht die gesamte freie Fläche abdecken konnten. Als die Klägerin ihre kleine Tochter einholen wollte, die aus dem Duschaum gelaufen war, rutschte die Mutter aus und verletzte sich. Die Frau verklagte die Kommune auf Zahlung von Schadensersatz und begründete dies damit, daß die Kommune die Schwimmhalle nicht ausreichend gegen Stürze abgesichert habe. Das Bezirksgericht gab der Klage statt und führt unter anderem folgendes zur Begründung der Entscheidung an: „Es ist offensichtlich, daß ein Personenschaden von bedeutender und ernsthafter Art durch Rutschen und Fallen auf dem Boden im Barfußgang entstehen kann. [...] Das Risiko im Barfußgang zu fallen und einen Schaden zu erleiden, übersteigt hier durchaus das Risiko des täglichen Lebens“³⁷⁹.

³⁷⁸ RG 1997-16 (3-97), Salten herredsrett.

³⁷⁹ „Det synes åpenbart at personskade av betydelig og alvorlig art kann oppstå ved gliing og fall på gulvet i barfotgangen. [...] Risiko for falluhell og skade på person i barfotgangen finnes å overstige dagliglivets alminnelige risiko for skade“.

In dieser Entscheidung betrachtet das Gericht die Folgen des Unterlassens einer Rutschsicherung durch die Kommune und kommt zu dem Ergebnis, daß ein Schaden hier sowohl wahrscheinlich als auch offensichtlich und mithin vorhersehbar war. Damit offenbaren die Richter eine konsequentialistische Sichtweise.

Im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung führt das Gericht aus, daß die Kommune mehrere Möglichkeiten hatte, um einen solchen Unfall zu verhindern³⁸⁰. Unter anderem werden verschiedene Bodenbeläge diskutiert.

Dies macht deutlich, daß die Richter hier eine Abwägung der verschiedenen Schadensvorsorgemaßnahmen treffen und dabei Kosten und Nutzen der einzelnen Alternativen miteinander vergleichen.

In einem weiteren Teil der Urteilsbegründung legt das Gericht dar, daß die Kommune, obwohl sie aufgrund eines vorangegangenen Unfalls von dem Risiko gewußt habe, keine Maßnahmen ergriff, um das Schadensrisiko zu senken.

Am sinnvollsten wäre es nach der Ansicht des Gerichts gewesen, die Bodenbeläge auszutauschen und durch rutschsichere Fliesen zu ersetzen. Diese Maßnahme erschien dem Gericht insbesondere aufgrund der geringen Kosten (etwa 600,- bis 1.000,- norwegische Kronen pro Quadratmeter) als gerechtfertigt. Das Gericht nimmt an, daß der Schaden auch dadurch hätte verhindert werden können, daß eine ausreichende Anzahl von Matten in diesem Bereich des Schwimmbades ausgelegt worden wäre. Bei dem tatsächlichen Zustand des Schwimmbades habe ein stetiges, naheliegendes Risiko aus

³⁸⁰ „Kommunen hadde flere handlingsalternativer for å hindre risiko for at besøkende skulle gli, falle og skade seg på gulvet i barfotgangen i kvinneavdelingen“.

zurutschen, zu fallen und sich dabei zu verletzen vorgelegen³⁸¹.

Zwar rechnen die Richter hier nicht explizit die Kosten der Vorsorge gegen die Schadenshöhe und –wahrscheinlichkeit auf. Dennoch machen ihre Ausführungen deutlich, daß sie darum bemüht sind, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vorsorge und Schaden zu schaffen. Die Richter kritisieren, daß trotz der großen Schadenswahrscheinlichkeit und der Tatsache, daß eine Schadensvorsorge vergleichsweise günstig zu erreichen gewesen wäre, keine Initiative der Kommune erfolgte. Eine solche Kosten-Nutzen-Abwägung, die ein angemessenes Verhältnis von Vorsorge und Schaden anstrebt und damit Effizienzgesichtspunkte berücksichtigt, kann dem *Wealth Maximization Principle* zugeordnet werden.

ee) Zeitungsannonce³⁸²

Bei der Annoncenredaktion einer Zeitung wurde telefonisch eine Anzeige aufgegeben, in der es hieß, daß ein Motorrad „wegen Scheidung“ zu verkaufen sei. Der Anrufer gab jedoch nicht seine eigene, sondern die Telefonnummer eines Ehepaares an, dem dann auch die Rechnung für die Annonce zugesendet wurde. Mehrere Bekannte des Ehepaares riefen an, um sich zu erkundigen, ob das Paar sich tatsächlich scheiden lassen wolle.

³⁸¹ „Kommunen hadde tid og anledning til å vurdere og å iverksette tilstrekkelige forebyggende tiltak for å hindre risiko for fall på gulvet i barfotgangen og for å avverge risiko for skade ved fall. Kommunen var i lang tid klar over at gulvets belegg hadde glatt overflate, at det ble ekstra glatt når det ble vått, og at det var risiko for at besøkende kunne gli på gulvet og skade seg ved fall. Kommunen hadde særlig oppfordring til å vurdere og å iverksette tilstrekkelige tiltak etter falluhellet 28. oktober 1993, da en kvinne gled og falt på gulvet slik som ovenfor beskrevet. Det er åpenbart at kommunen fra det tidspunkt var vel vitende om at det forelå nærliggende risiko for skade på person. Beste ordning ville ha vært å fjerne gulvbelegget og å legge på et annet belegg eller underlag som var mindre glatt. Det kunne ha vært lagt gulvbelegg med glihindrende innretning på overflaten, i form av vaflet eller knottet mønster. Det kunne også ha vært lagt annet underlag, eksempelvis fliser. Omkostninger ved dette ville uansett ikke ha blitt betydelige. Sakkyndige vitner har anslått omkostninger for slike løsninger til anslagsvis kr 600-1000 kr. kvadratmeter. Retten antar at risikoen for gliing på gulvet i barfotgangen og at risikoen for skade ved fall der, kan forebygges og avverges på forsvarlig måte ved at gulvbelegget tildekkes med matte eller matter, som er av slik beskaffenhet som formålet tilsier. Dersom slik ordning skal være forsvarlig, må belegget dekkes tilstrekkelig, slik at risiko for gliing, fall og skade virkelig forebygges og avverges.“

³⁸² RG 1998-705 (116-98), Haugesund byrett.

Das Ehepaar begehrte mit seiner Klage, die sich gegen die Zeitung richtete, Schadensersatz. Das Amtsgericht wies die Klage ab. Es führt zu der Frage der Fahrlässigkeit des Zeitungsangestellten, der die Anzeige entgegennahm, aus, daß eine Scheidung keinen Umstand darstelle, der den Anzeigenmitarbeiter dazu hätte zwingen müssen, Aktivitäten zur Überprüfung der Richtigkeit dieser Angabe anzustellen³⁸³. Desweiteren führt das Gericht an, daß es bei dem Anruf keine Anhaltspunkte dafür gab, die einen Verdacht hervorrufen mußten³⁸⁴.

In diesen zwei Abschnitten der Urteilsbegründung stellt das Gericht jeweils auf die Vorhersehbarkeit des Schadens ab und schließt von der Nichtvorhersehbarkeit darauf, daß kein Anlaß zur Überprüfung der Angaben des Anrufers bestanden habe. Die Richter sind mithin der Ansicht, daß der zuständige Anzeigenmitarbeiter hier nicht fahrlässig handelte, da nicht vorhergesehen werden konnte, daß die Angaben des Anrufers falsch waren. Dabei ist eine utilitaristische Tendenz nicht sichtbar. Allerdings können von den Ausführungen des Gerichts auch keine Schlußfolgerungen auf eine effizienzorientierte Vorgehensweise gezogen werden; dafür fehlt es an näheren Ausführungen zu denkbaren Vorsorgemaßnahmen und ihrer Kosten.

Damit steht in dem hier vorliegenden Fall lediglich fest, daß das Gericht in Richtung Konsequentialismus tendiert; eine weitere Einteilung der Urteilsbegründung läßt sich nicht vornehmen.

ff) Zusammenfassung und Einordnung der Rechtsprechung

Vier der fünf hier untersuchten Urteile norwegischer Gerichte sind konsequentialistisch; eines der Urteile läßt sich der Deontologie zuordnen. Bei den vier konsequentialistischen Urteilsbegründungen ist es nur in einem Fall möglich, eine spezielle Form dieser ethischen Richtung zu erkennen: In der Begründung zu dem „Schwimmbadun-

³⁸³ „Retten er av den oppfatning at en profilering med personlige opplysninger, f. eks. utenlandsreise, dødsfall eller som i dette tilfellet, skilsmisse, ikke er et forhold som burde få vedkommende annonsemedarbeider til å reagere i den forstand at hun utviste noen særskilt aktivitet med å sjekke riktigheten“.

³⁸⁴ „I det foreliggende tilfellet var det ikke noe ved innringeren som påkalte mistenksomhet“.

fall-Urteil³⁸⁵ trifft das Bezirksgericht eindeutig eine effizienzorientierte Abwägung zwischen den Kosten einer Schadensvorsorge und der Höhe und Wahrscheinlichkeit des Schadens.

Die übrigen vier konsequentialistischen Urteile lassen sich weder dem Utilitarismus noch der Effizienzethik zuordnen, da es an Anhaltspunkten fehlt, die in eine der beiden Richtungen deuten könnten. Utilitaristische Argumente sind in keinem der Urteile ersichtlich. Neben der bereits erwähnten Entscheidung zu der unzureichenden Rutschsicherung in dem öffentlichen Schwimmbad, wurden in keinem der Urteile Kosten verschiedener Schadensvorsorgemaßnahmen auf effizienzorientierte Weise zu dem Risiko in ein Verhältnis gesetzt, so daß das *Wealth Maximization Principle* ebenfalls nicht erkennbar war.

VI. Sonstige Rechtskreise/Israelischer Supreme Court

1. Das Israelische Rechtssystem

Aufgrund seiner Geschichte ist das Recht des Staates Israel von verschiedensten Einflüssen geprägt³⁸⁶: So gelten in Israel je nach Religionszugehörigkeit Gesetze aus dem jüdischen und islamischen Recht und die der verschiedenen christlichen Konfessionen; daneben bestehen zum Teil noch Gesetze kontinentaleuropäischen Stils fort, wie beispielsweise vom deutschen und französischen Recht beeinflusste Normen. Insbesondere wirkt sich jedoch das von der Mandatsmacht eingeführte *Common Law* in der Rechtsprechung Israels aus, so daß es auch nicht verwundert, daß das höchste Gericht Israels in Einzelfällen die aus Amerika stammende ökonomische Analyse des Rechts aufgriff und beispielsweise folgendes Urteil erließ.

³⁸⁵ RG 1997-16 (3-97), Salten herredsrett (innerhalb der Untersuchung schwedischer Urteile unter Punkt dd) aufgeführt).

³⁸⁶ *David/Grasmann*, Rechtssysteme, S. 64.

2. *Rechtsprechung*

Der israelische Supreme Court hatte in einem Urteil im Jahre 1990³⁸⁷ darüber zu entscheiden, ob fahrlässiges Verhalten vorgelegen hat, als sich ein Unfall in der Wasserrutsche eines öffentlichen Schwimmbades, das der Stadtverwaltung gehörte, ereignete. Eine private Firma betrieb das Schwimmbad und stellte auf Geheiß der Verwaltung unter anderem zwei Personen ein, die an der Rutsche auf Sicherheit achten sollten. Eine dieser Personen wurde oben an dem Einstieg der Wasserrutsche postiert, die andere überwachte das Becken, in welches die Rutsche führte. Im Jahre 1988 kam es in der Rutsche zu einem Unfall, bei dem eine Person auf einen sich davor befindlichen Badegast rutschte. Der Vordermann wurde dabei verletzt und verklagte die Stadtverwaltung, die private Betreiberin und die Person, die auf ihn gerutscht war, auf Schadensersatz. Das zuständige Gericht wies die Klage gegen alle drei Beklagten zurück. Daraufhin wendete sich der Kläger an den israelischen Supreme Court. Die Richter führten zunächst aus³⁸⁸, daß es zwei verschiedene Sorten von Risiken gäbe. Zum einen das normale Risiko, bei dem der Verletzte selbst für eine Vorsorge gegen Schäden zu sorgen habe und zum anderen das außerordentliche Risiko. Alleine bei letzterem seien besondere Vorsorgemaßnahmen des Schädigers erforderlich. Welche Art von Risiko in der jeweiligen Situation vorliege, bestimme sich nach der Wahrscheinlichkeit eines Schadens, der Schadenshöhe, der Kosten der Vorsorge und dem Interesse der Allgemeinheit an der jeweiligen Aktivität. Dabei wird in der Entscheidung explizit auf den amerikanischen Bundesrichter *Learned Hand* und seine Formel zum Errechnen von Fahrlässigkeit hingewiesen. Das Gericht ist dabei jedoch der Ansicht, daß alleine ökonomischen Aspekte nicht ausreichen würden, um Fahrlässigkeit zu bestimmen. Eine moralische Komponente in Form des Interesses der Allgemeinheit müsse darüber hinaus ebenfalls berücksichtigt werden. In dem hier vorliegenden Fall stelle sich die Schadenswahrscheinlichkeit und ebenso die Schadenshöhe als hoch dar; die Schadensvorsorgekosten seien als niedrig zu beurteilen und das Interesse der Allgemeinheit

³⁸⁷ 3124/90, 24.03.1990.

an der Handlung sei als gering einzustufen. Daraus folge, daß hier Fahrlässigkeit der Aufsichtsperson, die den Einstieg der Rutsche zu überwachen hatte, vorliege. Dementsprechend sprach das Gericht eine Haftung des privaten Schwimmbadbetreibers, bei dem die Aufsichtsperson angestellt war, und eine Haftung der Verwaltung als Eigentümerin des Bades aus.

Das israelische Gericht hat folglich effizienzorientiert argumentiert, als es dieses Urteil fällte. Daß es zusätzlich zu den drei Faktoren der Learned-Hand-Formel noch eine vierte Voraussetzung, das Interesse der Allgemeinheit an der Handlung, hinzufügte, ändert daran nichts. Im Gegenteil stellt der Nutzen der Handlung für die Allgemeinheit ein Grundprinzip des *Wealth Maximization Principle* dar, so daß das Urteil trotz der Modifizierung der Learned-Hand-Formel eine deutliche Tendenz zur ökonomischen Effizienzethik aufweist.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Es wurden insgesamt 103 Urteile aus 13 westlichen Staaten untersucht. 17 dieser Urteile wiesen deontologische, eines utilitaristische und 34 effizienzorientierte Tendenzen auf; außerdem konnten 51 der 103 Entscheidungen eindeutig dem Konsequentialismus, darüber hinaus jedoch keiner spezielleren ethischen Richtung zugeordnet werden.

³⁸⁸ Da der Urteilstext nur in hebräischer Schrift und Sprache erhältlich ist, wird hier lediglich der Inhalt der Urteilsbegründung wiedergegeben und auf einen Abdruck des genauen Wortlauts in hebräischer Sprache verzichtet.

In der folgenden Tabelle ist dargestellt, wie sich die einzelnen Urteile der jeweiligen Staaten auf die drei verschiedenen ethischen Richtungen verteilen:

Urteile	Deontologie	Konsequentialismus		
		Utilitarismus	Effizienzethik	Weitere Zuordnung nicht möglich
Deutschland				
BGH, 28.04.1952, III ZR 118/51	X			
BGH, 10.01.1955, III ZR 153/53				X
BGH, 11.01.1972, VI ZR 187/70	X			
BGH, 21.02.1972, III ZR 134/68			X	
BGH, 17.03.1981, VI ZR 191/79			X	
BGH, 29.11.1983, VI ZR 137/82			X	
BGH, 20.10.1987, VI ZR 280/86				X
BGH, 13.07.1989, III ZR 122/88			X	
BGH, 05.07.1990, III ZR 217/89		X		
BGH, 09.04.1992, IX ZR 145/91	X			
BGH, 31.05.1994, VI ZR 233/93				X
BGH, 10.10.1995, VI ZR 219/94			X	
BGH, 29.04.1997, VI ZR 110/96				X
Österreich				
OGH, 10b44/75				X
OGH, 10b730/82				X
OGH, 10b571/87				X
OGH, 14ObA64/87				X
OGH, 20b627/87				X
OGH, 9ObA93/87				X
OGH, 7Ob8/90				X
OGH, 5Ob540/94			X	
OGH, 10b633/95			X	
OGH, 20b2289/96y			X	
OGH, 7Ob167/98d			X	
Schweiz				
BGE 82 II 25			X	
BGE 85 II 32				X
BGE 89 I 414				X
BGE 91 II 291				X
BGE 92 II 234				X

Urteile	Deontologie	Konsequentialismus		
		Utilitarismus	Effizienzethik	Weitere Zuordnung nicht möglich
BGE 99 II 176				X
BGE 102 II 363				X
BGE 105 II 23			X	
BGE 113 II 52				X
USA				
United States v. Carroll Towing Co.			X	
Rosenquist v. Isthmian			X	
Johnson v. Ivarans Rederi			X	
US Fidelity v. Jadranska			X	
Brown v. Link Belt			X	
Duckworth v. Franzen			X	
McCarthy v. Pheasant Run			X	
GB				
Coltness Iron v. Sharp			X	
Edwards v. National Coal Board			X	
Paris v. Stepney Borough Council			X	
Bolton v. Stone				X
McCarthy v. Coldair			X	
Christmas v. General Cleaning Contractors			X	
Latimer v. A.E.C.			X	
Marshall v. Gotham			X	
Morris v. West Hartlepool			X	
Carmarthenshire County Council v. Lewis	X		X	
Haley v. London Electricity Board			X	
Overseas Tankship v. Miller Steamship			X	
Reynolds v. N.T. Health Authority			X	
Republik Irland				
O'Gorman v. Ritz				X
Bradley v. C.I.E.			X	
Walsh v. Irish Family Planning Services	X			
O'Shea v. Tilman				X
Superquinn v. Bray				X
Doran v. Delaney	X			
Geoghegan v. Harris				X

Urteile	Deontologie	Konsequentialismus		
		Utilitarismus	Effizienzethik	Weitere Zuordnung nicht möglich
Frankreich				
JCP 1966. 2. 14567				X
D. 1972, 606	X			
D. 1987, 109	X			
Civ.2, 5 December 1990, Bull. No. 258	X			
Bull. Civ. 1994 I no. 340 p. 245	X			
D. 1995, 350	X			
Case Attali v. Lagofun, 10.07.1995				X
Bull. Civ. 1997 I no. 276 p. 187, 95-21.390				X
Bull. Civ. 1998 I no. 67 p. 45, 95-21.715	X			
D. 1998, J. 530, 27.05.1998	X			
Bull Civ. 1999 I no. 250 p. 202				X
Civ.2, 16 November 2000, Bull. No. 151	X			
Italien				
Cass. Civ., Sez. III, 14.10.1992, n. 11207				X
Cass. Civ., Sez. I, 02.02.1998, n. 1023	X			
Cass. Civ., Sez. III, 11.11.1987, n. 8304				X
Cass. Civ., Sez. III, 29.09.1995, n. 10274				X
Cass. Civ., Sez. III, 21.01.2000, n. 681				X
Spanien				
STS 09.03.1998				X
STS 08.10.1998				X
STS 18.11.1998				X
STS 17.04.1999				X
STS 18.05.1999				X
STS 10.11.1999	X			
STS 31.05.2000				X
STS 20.06.2000				X
STS 18.05.2002				X
Niederlande				
Hoge Raad 5 nov. 1965, NJ 1966, 136			X	
Schweden				
NJA 1965 s. 80				X
NJA 1974 s. 585				X

Urteile	Deontologie	Konsequentialismus		
		Utilitarismus	Effizienzethik	Weitere Zuordnung nicht möglich
NJA 1984 s. 323				X
NJA 1984 s. 764				X
NJA 1985 s. 456				X
NJA 1987 s. 222				X
NJA 1989 s. 389	X			
NJA 1990 s. 569				X
NJA 1993 s. 149				X
NJA 1998 s. 617				X
Norwegen				
RG 1993-1204 (209-93)				X
RG 1993-595 (114-93)				X
RG 1997-890 (156-97)				X
RG 1997-16 (3-97)			X	
RG 1998-705 (116-98)				X
Israel				
S.C.-Urteil vom 24.03.1990, 3124/90			X	

D. Wertung der Analyse der Rechtsprechung

I. Ergebnisse

Die Erkenntnisse, die im Rahmen dieser Arbeit durchgeführten Untersuchung zivilrechtlicher Urteile verschiedener Staaten, sind nun im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Schlußfolgerungen zu betrachten:

Die eingangs aufgestellte These, daß die Gerichte westlicher Staaten bei der Beurteilung von Fahrlässigkeit im Zivilrecht überwiegend die relevanten ökonomischen Prinzipien beachten und die Effizienzethik der ökonomischen Analyse des Rechts der höchstrichterlichen Interpretation zumindest implizit zugrunde liegt, scheint sich auf den ersten Blick bestätigt zu haben. Von den 103 untersuchten Urteilen konnten 17 der deontologischen, eins der utilitaristischen und 34 der effizienzorientierten Richtung zugeordnet werden. Damit weisen doppelt so viele Urteilsbegründungen das Learned-Hand-Kriterium auf, wie es Entscheidungen mit deontologischen Tendenzen gibt. Die Anzahl derjenigen Entscheidungen, die eine utilitaristische Fahrlässigkeitsdefinition offenbaren, stellt sich als vernachlässigbar gering dar.

Eine weitere interessante Erkenntnis der Untersuchung war, daß die Learned-Hand-Formel offensichtlich bereits zur Standarddefinition von Fahrlässigkeit wurde, bevor *Posner* diesen Ansatz *Hands* aufgriff und im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts populär machte. Diese Schlußfolgerung ergab sich daraus, daß bereits der Diskussionsentwurf des § 291 des Restatement (Second) of Torts aus dem Jahr 1965 zur Definition von fahrlässigem Verhalten eine explizite Kosten-Nutzen-Abwägung im Sinne der Learned-Hand-Formel enthielt und aus der Urteilsbegründung des im Rahmen der Untersuchung analysierten Urteils *Rosenquist v. Isthmian S.S. Co.* In dieser Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, die ebenfalls zeitlich nach Verkündung des Urteils *United States v. Carroll Towing Co.* und vor der Veröffentlichung

von *Posners* Schriften³⁸⁹ erging, wurde bereits mit der Learned-Hand-Formel gearbeitet.

II. Einschränkung der Untersuchungsergebnisse

Bei den in dieser Arbeit gefundenen Ergebnissen, die auf einer Einordnung der Urteile nach dem Prinzip der größten Wahrscheinlichkeit beruhen, muß berücksichtigt werden, daß die hier vorgestellten Ergebnisse der Untersuchung der Urteile keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben. Die der Analyse zugrunde liegenden 103 Urteile reichen bei weitem nicht aus, um zuverlässige Aussagen über die ethischen Richtungen in der Rechtsprechung treffen zu können. Zweck der Untersuchung war es, lediglich Trendaussagen über die Verwendung ethischer Grundsätze in den verschiedenen westlichen Staaten machen zu können.

Zudem gibt es eine große Anzahl von Urteilen, die zwar Elemente des Konsequentialismus aufweisen, die jedoch mangels weiterer Erkennungsmerkmale weder der Effizienzethik, noch dem Utilitarismus eindeutig zugeordnet werden können. Aufgrund der knappen gerichtlichen Ausführungen in diesen Fällen läßt sich nicht ausschließen, daß diese Urteile auch dem Utilitarismus oder der Effizienzethik zurechenbar sind. Diese Urteile stellen mehr als die Hälfte aller untersuchten Entscheidungen dar.

Schließlich ist die Verteilung der effizienzorientierten Urteile von Staat zu Staat sehr unterschiedlich, so daß eine pauschale Aussage für alle westlichen Staaten zusammen nicht getroffen werden kann. Die Länder, in denen die Gerichte überwiegend auf das Learned-Hand-Kriterium zurückgreifen, um den Begriff der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit zu definieren, sind hauptsächlich die USA, Großbritannien und Deutschland. Außerdem weist insbesondere die jüngere österreichische Rechtsprechung, d.h. die vier aktuellsten der elf hier untersuchten Entscheidungen, eine Tendenz zum *Wealth Maximization Principle* auf. An dieser Stelle ist fraglich, ob dieses Ergebnis auf einem Zufall bei der Auswahl der Urteile beruht, oder ob sich die Rechtsprechung in Öster-

³⁸⁹ *Posner* griff den Ansatz von *Hand* erstmals in seiner im Jahre 1972 veröffentlichten Schrift „A Theory of Negligence“ auf.

reich tatsächlich zunehmend des Learned-Hand-Kriteriums bedient. Eine Klärung dieser Frage bedarf einer intensiveren Beschäftigung mit der österreichischen Rechtsprechung, die im Rahmen dieser Untersuchung nicht durchgeführt werden konnte.

III. Auswertung der Ergebnisse

In der Rechtsprechung der Schweiz, der Republik Irland, Frankreichs, Italiens, Spaniens, Schwedens und Norwegens finden sich eher selten Abwägungen von Schadensvorsorge- und Schadenskosten, sowie Schadenswahrscheinlichkeit; in der Rechtsprechung dieser Länder konnte nur in wenigen Ausnahmefällen eine Tendenz zu effizienzorientiertem Denken der Richter festgestellt werden. In den Urteilen dieser Staaten waren zum Teil konsequentialistische Elemente auffindbar, die jedoch - mangels weiterer Merkmale - keine Zuordnung zum Utilitarismus oder zur Effizienzethik ermöglichten. Dies trifft hauptsächlich auf die Rechtsprechung der Schweiz, Italiens, Spaniens, Schwedens und Norwegens zu.

Teilweise waren die Entscheidungen auch von deontologischen Überlegungen geprägt. Besonders auffällig war diesbezüglich die französische Rechtsprechung, bei der acht der elf untersuchten Urteile deontologische Tendenzen aufwiesen.

In den höchstrichterlichen Entscheidungen der US-amerikanischen, der britischen und der deutschen Gerichte befinden sich jeweils mehr effizienzorientierte, als utilitaristische oder deontologische Argumentationen. Die Learned-Hand-Formel wird in diesen Urteilsbegründungen meistens implizit, in einigen Fällen aber auch explizit gebraucht und verdeutlicht die effizienzorientierte Sichtweise der an den Urteilen beteiligten Richter.

Im Hinblick auf die fehlende Allgemeingültigkeit der Ergebnisse läßt sich die Frage, ob sich die anfangs aufgestellte These bestätigt hat, unter Vorbehalt – aufgrund der oben dargelegten Unsicherheiten - einschränkend beantworten: Bezüglich der Rechtsprechung der Länder Deutschland, USA und Großbritannien scheint sie sich bestätigt zu haben, in der Rechtsprechung aller übrigen untersuchten Länder hingegen muß sie zurückgewiesen werden.

1. Fragestellungen

Dieses Ergebnis wirft einige Fragestellungen auf, die im folgenden formuliert und zu denen anschließend Erklärungsansätze vorgestellt werden. So ist zu prüfen,

1. ob sich aus der Untersuchung der Urteile erkennen läßt, wovon es generell abhängt, welche ethische Definition jeweils verwendet wird;
2. aus welchem Grund in der angelsächsischen Rechtsprechung ausschließlich konsequentialistische Tendenzen gefunden werden konnten, wohingegen auf dem Kontinent – insbesondere in Frankreich – durchaus deontologisch argumentiert wird;
3. worauf die geringe Anzahl utilitaristischer Urteile zurückzuführen ist;
4. warum mehr als die Hälfte aller in die Untersuchung einbezogenen Urteile zwar als konsequentialistisch zu qualifizieren sind, dann jedoch nicht weiter zugeordnet werden können;
5. wie es zu der national ungleichen Verteilung effizienzorientierter Urteile kommt;
 - a) warum insbesondere in der deutschen, der US-amerikanischen und der britischen Rechtsprechung besonders oft Effizienzkriterien zur Bestimmung von Fahrlässigkeit herangezogen werden;
 - b) und falls tatsächlich Tendenzen in der österreichischen Rechtsprechung zu steigender Effizienzorientiertheit der Urteilsbegründungen bezüglich des zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs bestehen, was die Gründe für diese Hinwendung zur Effizienz sein könnten;
6. ob das hier gefundene Untersuchungsergebnis mit den herrschenden Meinungen in der Literatur übereinstimmt;
7. was das Ergebnis schließlich im Hinblick auf eine europäische Vereinheitlichung des Zivilrechts bedeutet.

2. *Erklärungsansätze*

a) *Kategorisierung der Urteile*

Im Rahmen der ersten Fragestellung soll geklärt werden, welche Punkte für die im Einzelfall angewendete ethische Definition des Fahrlässigkeitsbegriffs relevant sind. Dafür muß klargestellt werden, daß in vielen Fällen eine effizienzorientierte Vorgehensweise weder möglich noch sinnvoll ist. Dies ist etwa der Fall, wenn Handlungen oder Unterlassungen behandelt werden, die nur schwer in Kosten ausgedrückt werden können, wie zum Beispiel der unterlassene Schulterblick eines Autofahrers beim Fahrspurwechsel. Die Schadensvorsorge besteht dann darin, daß der Fahrer einen Schulterblick durchführt. Dabei handelt es sich um eine Größe, die keinen Geldwert besitzt und auch schwer in Zahlen ausgedrückt werden kann. Da die Schadensvorsorgekosten oftmals nicht monetär bewertbar sind, verwundert es nicht, daß die Faktoren der Learned-Hand-Formel nur selten explizit angeführt und für die Beurteilung von Fahrlässigkeit herangezogen werden. Es entspricht zwar der ökonomischen Sichtweise, auch Handlungen, die auf den ersten Blick nicht in Zahlen ausgedrückt werden können, als „Kosten“ zu bezeichnen und als Faktor „Zahlungsbereitschaft“ (*willingness to pay*) in eine Kosten-Nutzen-Abwägung einzubeziehen. Dies kann jedoch nicht von Richtern, die keinerlei ökonomische Vorbildung haben, erwartet werden. Diese sehen in einem unterlassenen Schulterblick keine Kosten und ziehen somit in einem solchen Fall auch nicht die Learned-Hand-Formel heran, um Fahrlässigkeit zu bestimmen.

Die Verwendung der verschiedenen ethischen Richtungen hängt dementsprechend zum Teil von dem jeweiligen Sachverhalt ab, welcher der Entscheidung zugrunde liegt. So zeigen sich beispielsweise dort deontologische Tendenzen, wo es um Handlungspflichten geht, die bestimmten Personengruppen auferlegt sind, etwa bestimmte Verhaltensregeln bei sportlichen Tätigkeiten. In diesen Fällen wird oftmals darauf verzichtet, die Konsequenzen der Handlung zu betrachten. Alleine die Nichtbeachtung einer bestimmten Verhaltenspflicht, die der Personengruppe, welcher der Beklagte angehört, auferlegt ist, reicht hier aus, um fahrlässiges Verhalten zu begründen.

Die Learned-Hand-Formel findet hingegen in den Fällen Anwendung, in denen der Beklagte den Schaden durch finanzielle (Mehr-)Aufwendungen hätte verhindern können. In solchen Urteilen fragt das Gericht, ob die Aufwendungen im Hinblick auf den drohenden Schaden und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines solchen hätten getätigt werden müssen.

Da nur ein einziges der analysierten Urteile klar dem Utilitarismus, genauer dem Regelutilitarismus, zugeordnet werden konnte, läßt sich hier bezüglich des Zusammenhangs zwischen dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und der angewendeten ethischen Richtung keine allgemeingültige Aussage treffen. Dieser einzige utilitaristische Fall wurde vom deutschen BGH entschieden³⁹⁰. Ihm lag der Sachverhalt zugrunde, daß ein Pkw-Fahrer einen Unfall aufgrund eisglatter Fahrbahn verursachte und die betreffende Gemeinde wegen nicht ausreichender Eisbeseitigung verklagte. Der BGH entschied zugunsten der Gemeinde und begründete dies unter anderem damit, daß es bei der Frage der erforderlichen Maßnahmen auch auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen ankomme. Im Gegensatz dazu läßt der BGH die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen bei natürlichen Personen oder privatrechtlichen Institutionen durchgängig unbeachtet und prüft bei der Frage und Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes alleine objektive Kriterien. Damit zeigt der BGH, daß er bei den Pflichten der öffentlichen Hand bezüglich des Ausmaßes der erforderlichen Vorsorgemaßnahmen im Gegensatz zu seiner sonstigen Praxis eine Ausnahme macht, um die Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden und damit die Belastungen für die Steuerzahler so gering wie möglich zu halten. Dies erweckt den Anschein, daß der Staat, welcher durch seine Omnipräsenz vielfältige Gefahrenquellen in jedem Lebensbereich eröffnet, vor hohen Schadensersatzansprüchen und Forderungen geschädigter Bürger geschützt werden soll. Wie oben bereits dargelegt, reicht ein einziges Urteil in diesem Bereich jedoch nicht aus, um daraus Schlüsse auf eine generelle Gerichtspraxis hinsichtlich utilitaristischer Argumentationen, in deren Abwägung Nutzenvergleiche und nicht Vermögensvergleiche durchgeführt werden, ziehen zu können.

³⁹⁰ BGH-Urteil vom 05.07.1990, III ZR 217/89.

Der Lebenssachverhalt des jeweiligen Urteils ist jedoch alleine nicht ausschlaggebend für die Verwendung einer bestimmten ethischen Definition von Fahrlässigkeit. Eine Affinität der Rechtsprechung der verschiedenen Staaten zu bestimmten ethischen Richtungen ist ebenso entscheidend. So fällt in dem Untersuchungsergebnis auf, daß die Gerichte der einzelnen Länder nur in seltenen Fällen zwischen den verschiedenen ethischen Richtungen wechseln. In fast allen Staaten zeigt sich eine einheitliche Vorgehensweise, die in dem von Urteil zu Urteil durchgängigen Gebrauch immer ähnlicher Definitionsweisen von Fahrlässigkeit ihren Niederschlag findet. So weisen beispielsweise fast sämtliche französische Urteile deontologische Tendenzen und die überwiegende Anzahl der britischen Entscheidungen effizienzorientierte Argumentationsketten auf.

Dementsprechend dürfte ein Zusammenspiel aus dem jeweiligen Sachverhalt und der grundsätzlichen ethischen Ausrichtung der Rechtsprechung des einzelnen Landes für die Verwendung der jeweiligen ethischen Richtung verantwortlich sein.

b) Verteilung von Konsequentialismus und Deontologie

Bei der Betrachtung der Untersuchungsergebnisse fällt auf, daß die hier untersuchten Urteile der angelsächsischen Rechtsprechung keine Merkmale einer deontologischen Ethik aufweisen. Vielmehr legt die hier zugrunde liegende Analyse nahe, daß in der Rechtsprechung dieser Staaten der Konsequentialismus vorherrscht. Im Gegensatz dazu sind in den Entscheidungen der Gerichte auf dem Kontinent durchaus deontologische Argumentationen vorhanden, wobei insbesondere die französische Rechtsprechung von dieser ethischen Sichtweise dominiert zu werden scheint, da acht der elf untersuchten Urteile deontologische Tendenzen zeigten.

Ein Erklärungsansatz für diese ungleiche Verteilung von Deontologie und Konsequentialismus könnte sein, daß folgenorientiertes Denken eine lange Tradition im angelsächsischen Bereich hat, dieser Ansatz sich jedoch auf dem Kontinent nie richtig durchsetzen konnte, so daß hier Pflichten im Vordergrund der Handlungsmotivation stehen. Dies mag unter anderem an dem Einfluß *Kants* liegen, welcher der teleologi-

schen Richtung entgegengesetzte Ansichten vertrat und eine Betrachtung der Handlungsfolgen bei der moralischen Bewertung von menschlichem Verhalten ablehnte³⁹¹.

c) *Geringe Anzahl utilitaristischer Urteile*

Die Antwort auf die dritte Fragestellung bezieht sich auf die Erkenntnis, daß in der Untersuchung kaum eindeutige utilitaristische Urteilsbegründungen auffindbar sind.

Auch hier sind wegen der geringen Anzahl an untersuchten Urteilen lediglich Vermutungen möglich: Grundsätzlich weist der klassische Utilitarismus einige Nachteile auf, die besonders in der Praxis Probleme aufwerfen. So ist der Handlungsutilitarist bei der Beurteilung einer Handlung darauf angewiesen, einen interpersonellen Nutzenvergleich anzustellen, um herauszufinden, ob eine bestimmte Handlung den größten Nutzen für die größte Anzahl von Personen hat. Der Regelutilitarist ist ebenso auf einen solchen Nutzenvergleich angewiesen, um bestimmen zu können, ob eine Regel das größte allgemeine Wohl zur Folge hat. Ein solcher Nutzenvergleich kann jedoch nur durch die Betrachtung subjektiver Umstände der Beteiligten durchgeführt werden, da erst auf diese Weise Rückschlüsse auf das Wohl des Einzelnen und damit auf das Gesamtwohl möglich sind. Eine derartige Vorgehensweise dürfte jedoch in der Praxis nur schwer durchführbar sein. Zum einen existiert keine Methode, um zuverlässig kardinale Nutzenmessungen durchzuführen. Zum anderen beinhaltet die Betrachtung des größten Wohls der Allgemeinheit, daß unter Umständen eine unüberschaubar große Gruppe von Betroffenen auf den Zuwachs Ihres Wohls hin untersucht werden müßte.

Aufgrund dieser Nachteile des Utilitarismus, die bei der Darstellung dieser ethischen Richtung im ersten Teil der Arbeit ausführlicher diskutiert wurden, sollte es nicht verwundern, wenn in der Rechtsprechung die Verwendung des Learned-Hand-Kriteriums dem Gebrauch eines utilitaristischen Fahrlässigkeitsstandards vorgezogen würde.

³⁹¹ Kant, Grundlegung, S. 401.

d) Konsequentialistische Urteile

Die vierte aufgeworfene Frage bezieht sich auf das Problem der großen Anzahl konsequentialistischer Urteile, die keiner weiteren ethischen Richtung zugeordnet werden können. Diese Zuordnungsschwierigkeiten lassen sich damit begründen, daß in vielen Ländern die meisten Urteilsbegründungen nur sehr knappe Ausführungen zu dem Begriff der Fahrlässigkeit enthalten. Die Gerichte beschränken sich in diesen Fällen darauf, auf die Vorhersehbarkeit oder Wahrscheinlichkeit des Schadens hinzuweisen, so daß zwar deutlich wird, daß sie die Folgen der Handlung in ihre Betrachtung einbeziehen, d.h. auf konsequentialistische Weise vorgehen. Die Frage der Vorhersehbarkeit eines möglichen Schadens ist alleine jedoch nicht aussagekräftig genug, um erkennen zu können, ob sich hinter dieser Argumentation eine effizienzorientierte oder utilitaristische Sichtweise der Richter verbirgt. Dazu müßten weitere Ausführungen zu den Kosten von Vorsorgemaßnahme oder Schaden bzw. zu persönlichen Umständen der Beteiligten gefunden werden.

Ein solcher ausschließlicher Hinweis auf die Schadenswahrscheinlichkeit oder Schadensvorhersehbarkeit ist vermehrt in der Rechtsprechung der Schweiz, Italiens, Spaniens, Schwedens, Norwegens und in den älteren österreichischen Urteilen, das sind in der Untersuchung diejenigen OGH-Urteile bis 1990, anzutreffen.

e) Verteilung der effizienzorientierten Urteile

Die Beantwortung des fünften Fragenkomplexes, der sich darauf bezieht, warum gerade die Rechtsprechung bestimmter Länder das Learned-Hand-Kriterium deutlich häufiger benutzt, als diejenige anderer, läßt ebenfalls nur eine Hypothese zu. Eine auffallend hohe Zahl an konsequentialistischen und insbesondere effizienzorientierten Urteilen ließ sich in der US-amerikanischen, der britischen, der deutschen und der jüngeren österreichischen Rechtsprechung, also bei den hier untersuchten OGH-Urteilen ab 1994, finden.

Was die Rechtsprechung in den USA und in Großbritannien betrifft, so läßt sich die auffällige Tendenz zum konsequentialistischen Denken in diesen Staaten damit be-

gründen, daß im angelsächsischen Bereich folgenorientiertes Denken seit Jahrhunderten vorherrschend ist.

Ein Grund für die Häufigkeit an effizienzorientierten Entscheidungen in der höchst-richterlichen Rechtsprechung dieser Staaten, sowie in derjenigen Deutschlands könnte damit begründet werden, daß ihre zivilrechtlichen Urteile zu den ausführlichsten Entscheidungen in der Rechtsprechung der hier untersuchten Staaten gehören. Bezüglich ihres großen Umfangs fallen insbesondere die Urteilsbegründungen des britischen House of Lords auf. Der detaillierte Stil wird unter anderem damit begründet, daß durch die umfassenden Urteilsbegründungen der juristische Nachwuchs geschult werden soll³⁹². Die knappen Ausführungen, die hingegen in anderen Ländern typisch sind, schließen nicht aus, daß diese Urteile auf einer effizienzorientierten Sichtweise der Richter beruhen. Vielmehr können ökonomische Erwägungen als Grundlage für manche Entscheidungen gedient haben, ohne daß das Gericht sie erkennbar in die Urteilsbegründung aufnahm. Eine ethische Orientierung in Richtung *Wealth Maximization Principle* läßt sich aus diesen Entscheidungen eventuell nur wegen der Kürze ihrer Urteilsbegründungen nicht herauslesen.

Die steigende Anzahl der Effizienzkriterien in der österreichischen Rechtsprechung könnte schließlich darauf zurückzuführen sein, daß diese sich stark an der Rechtsprechung des deutschen BGH orientiert. Aufgrund dieser Tatsache wäre es nicht verwunderlich, wenn die Effizienzgedanken, welche in der deutschen Rechtsprechung seit den 70er Jahren zu finden sind, in Österreich aufgegriffen und so zeitversetzt Eingang in die Urteilsbegründungen des OGH gefunden hätten.

f) *Übereinstimmung mit Ansichten in der Literatur*

Schließlich ist es interessant, im Sinne der sechsten Fragestellung zu überprüfen, in welchem Umfang die hier gefundenen Ergebnisse sich mit den herrschenden Ansichten im Schrifttum decken. Dabei ist jedoch auch wieder zu berücksichtigen, daß aus dem Ergebnis einer Analyse von 103 Urteilen keine allgemeingültigen Aussagen ge-

³⁹² David/Grasmann, Rechtssysteme, S. 491.

troffen werden können, so daß die Auseinandersetzung mit den Meinungen im Schrifttum mit Vorsicht durchzuführen ist.

Den Meinungen derjenigen, die für die US-amerikanische, die britische und die deutsche Rechtsprechung annehmen, daß die Learned-Hand-Formel keine Rolle spiele³⁹³, ist im Hinblick auf die hier gefundenen Ergebnisse zu widersprechen. Auch wenn die Learned-Hand-Formel in den seltensten Fällen explizit verwendet wird, weist eine Abwägung von Schadensvermeidungskosten und dem Ausmaß der drohenden Gefahr, auch wenn sie mit auf richterlicher Intuition und gesundem Menschenverstand beruhenden Schätzungen operieren muß, auf eine ökonomische Vorgehensweise hin. Bereits dann, wenn in einem Urteil deutlich wird, daß das Gericht fahrlässiges Verhalten folgendermaßen und unter Berücksichtigung ökonomischer Grundprinzipien, wie beispielsweise dem Learned-Hand-Kriterium, analysiert hat, kann diese Rechtsprechung als effizienzorientiert eingeordnet werden. Eine genaue Kategorisierung in ein ethisches Muster ist ohnehin kaum zu treffen, so daß sich auf Annäherungen an ethische Konzepte gestützt werden muß. Diese Approximationen können dann, wenn das Gericht Kosten-Nutzen-Rechnungen aufstellt, erkennbar werden. Ebenso kann der Rückgriff auf die ökonomische Analyse des Rechts durch subjektive Elemente, also dem Willen der Richter, durch ihre Entscheidung mit dem Zweck der Generalprävention die finanziellen Aufwendungen für die Allgemeinheit so gering wie möglich zu halten, sichtbar werden. Da von deutschen Richtern aufgrund ihrer meist rein juristischen Ausbildung Kenntnisse der einschlägigen ökonomischen Konzepte nicht erwartet werden können, müssen – entgegen der Ansicht *Eidenmüllers* – bereits implizit ökonomische Denkansätze ausreichen, um eine Argumentation als effizienzorientiert einordnen zu können. Sobald entweder objektive oder subjektive Übereinstimmungen erkennbar werden, ist ein Urteil folglich als effizienzorientiert zu bezeichnen. Eine solche Vor-

³⁹³ Für die US-amerikanische Rechtsprechung: *Coleman, Book Review, IV.*; *ders.*, Legal Theory, VIII.; *Gilles, Invisible, IV.*; *Hetcher, Non-Utilitarian Negligence Norms, II. A.*; *Simons, Symposium, I. B.*; *Weinrib, Toward*. Für die britische Rechtsprechung: *Hendy, Industrial Accident Claims*. Für die deutsche Rechtsprechung: *Behrens, Legalism, S. 141 ff.*; *Eidenmüller, Effizienz, S. 425, 454 ff.*; *Fezer, JZ 1986, 1988*; *Kirchner, Difficult Reception, S: 277 ff.*; *Taupitz, AcP 1996, S. 117 ff.*

gehensweise liegt zahlreichen hier untersuchten amerikanischen, britischen und deutschen Urteilen zugrunde.

Die Meinung *Dahlmanns*, daß in der schwedischen Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Fahrlässigkeit drei verschiedene Definitionen Verwendung fänden und je nach Sachverhalt entweder mit „*terms of normality*“, „*terms of efficiency*“ oder „*terms of safety*“ gearbeitet würde³⁹⁴, konnte in der hier durchgeführten Untersuchung nicht bestätigt werden. Die zehn analysierten Urteile des höchsten schwedischen Gerichts waren in ihren Formulierungen bezüglich des Begriffs der Fahrlässigkeit so allgemein gehalten, daß zwar überwiegend konsequentialistische Tendenzen sichtbar wurden, darüber hinausgehende Merkmale, die in eine utilitaristische oder effizienzorientierte Richtung gedeutet hätten, jedoch nicht erkennbar waren.

Die herrschende Meinung in der österreichischen Literatur ist der Ansicht, daß bei der Betrachtung von Fahrlässigkeit ein subjektiver Maßstab angelegt werden müsse³⁹⁵. Dies konnte bei der hier durchgeführten Untersuchung nicht bestätigt werden. Vier der elf analysierten österreichischen Entscheidungen weisen effizienzorientierte, sieben einfach nur konsequentialistische Tendenzen auf. Eine Betrachtung subjektiver Umstände der Beteiligten ist in keiner der österreichischen Entscheidungen erkennbar.

Auch die Meinung, daß die französische *faute* neben dem objektiven Pflichtverstoß auch das subjektive Verschulden in Form der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat beinhalte³⁹⁶, fand in der hier durchgeführten Untersuchung keine Bestätigung. Ebenso wie bei der österreichischen Rechtsprechung findet sich in den französischen Entscheidungen kein Urteil mit Bezug zu subjektiven Elementen.

Die höchstrichterliche französische Rechtsprechung offenbart vielmehr deontologische Tendenzen und konsequentialistische, keiner spezielleren ethischen Richtung zuzuordnende Argumentationen.

³⁹⁴ *Dahlmann*, Konkurrerande culpakriterier.

³⁹⁵ *Rummel – Reischauer*, ABGB, § 1297 Rn. 2, 16; *Bydlinski*, Schadensverursachung, S. 42; *Harrer*, Schadensersatzrecht, S. 27; *Koziol*, Haftpflichtrecht, S.99.

³⁹⁶ *Schwartz*, Internationales Privatrecht, S. 70.

Es ist unklar, ob die genannten Widersprüche zu den herrschenden Meinungen im Schrifttum auf einem Zufall bei der Auswahl der Urteile beruhen, oder ob sich die Rechtsprechung in Wirklichkeit anders darstellt, als in der Literatur angenommen wird. Daß die deutsche, die US-amerikanische und die britische Rechtsprechung vermehrt im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts interpretiert werden können, dürfte wohl, auch bei vorsichtiger Auslegung der Untersuchungsergebnisse, anzunehmen sein. Die Rechtsprechung dieser Staaten weist eine besonders hohe Quote effizienzorientierter Urteile auf. Die Aussagen über die schwedische, die österreichische und die französische Rechtsprechung sind mit Vorsicht zu behandeln. Bei der Untersuchung dieser Entscheidungen muß mit den genannten Fehlerquellen gerechnet werden, da die Ergebnisse hier nicht eindeutig sind.

g) Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts

Seit einigen Jahren wird sowohl in der Rechtstheorie als auch in der Rechtspraxis die Frage der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU diskutiert³⁹⁷. In diesem Zusammenhang ist es interessant, ob das hier gefundene Ergebnis mit seinen Trendaussagen Argumente für eine europäische Zivilrechtsvereinheitlichung liefern kann. Diese Frage läßt sich jedoch nicht pauschal beantworten. Die Untersuchung hat ergeben, daß die Rechtsprechung einiger Länder häufig, die Rechtsprechung anderer Länder hingegen gar nicht effizienzorientiert vorgeht, wenn es um die Definition von Fahrlässigkeit im Zivilrecht geht. Es kann mithin bei der Learned-Hand-Formel nicht von einem alle westlichen Länder übergreifenden Rechtsprinzip gesprochen werden, das lediglich einer Kodifizierung auf europäischer Ebene bedarf und ohne große Schwierigkeiten von den beteiligten Ländern aufgenommen und angewendet werden kann. Vielmehr macht die Untersuchung deutlich, daß den Gerichten einiger Staaten das Effizienzprinzip im Deliktsrecht fremd ist, so daß eine europäische Kodifizierung, die auf dieser Grundlage das Fahrlässigkeitsrecht regelt, in diesen Ländern zu Verständnis- und An

³⁹⁷ Vgl. beispielsweise *Berger*, JZ 1999, 369 ff.; ders. *ZeUP* 2001, 4 ff; *Bandel/Bode/Knapp*, MittBay-Not 2000, 24 ff.; *Engel*, ZfRV 1999, 121 ff.; *Kronke*, JZ 2001, 1149 ff.; *Schmid*, JZ 2001, 675 ff.; *Schwintowski*, JZ 2002, 205 ff.; *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 ff.; *Tonner*, JZ 1996, 533 ff.; *Ulmer*, JZ 1992, 1 ff.

wendungsschwierigkeiten führen könnte.

Da die Learned-Hand-Formel effizientes Verhalten fördert, indem Schadensvorsorgemaßnahmen nur dann ergriffen werden sollen, wenn deren Kosten den potentiellen Schaden nicht übersteigen, kann sie dennoch prinzipiell als Grundlage für einen gemeineuropäischen Fahrlässigkeitsstandard dienen. Dies betrifft zumindest die Fälle, in denen wenigstens eine grobe Schätzung der Kosten von Vorsorgemaßnahmen und denkbarem Schaden möglich bzw. naheliegend ist. Im Gegensatz zu dem utilitaristischen Ansatz hat das *Wealth Maximization Principle* den Vorteil, daß es ohne umständliche interpersonelle Nutzenvergleiche auskommt, indem es Verteilungsgerechtigkeit unberücksichtigt läßt und rein monetarisierte Größen gegeneinander abwägt. Die Deontologie weist gegenüber einer konsequentialistischen Sichtweise in den Fällen Schwächen auf, in denen eine Pflichtenauffassung vorherrscht, die eine Handlung - trotz ihrer positiven Auswirkungen für das Wohl der größten Anzahl an Menschen - als schlecht ansieht.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß es zielführend sein kann, in einem gemeineuropäischen Recht Fahrlässigkeit grundsätzlich konsequentialistisch unter Berücksichtigung der Gefahr, der Wahrscheinlichkeit und der Kosten zu interpretieren. Eine solche Vorgehensweise würde in der überwiegenden Anzahl der Entscheidungen auf die Maximierung von Reichtum im Sinne der Effizienzethik hinauslaufen. In den Fällen, in denen selbst eine vage Kosten-Nutzen-Schätzung nicht zu Ergebnissen führt, sich jedoch in den betreffenden Verkehrskreisen eine Pflichtenauffassung durchgesetzt hat, wäre es nachvollziehbar, wenn die Gerichte hier an deontologische Aspekte anknüpfen würden.