

# Wolfgang Voegeli

## Funktionswandel des Delikts- und Schadensrechts

### 1. Delikts- und Schadensrecht im Modell des bürgerlichen Formalrechts einer konkurrenzkapitalistischen Gesellschaft

Zum Verständnis eines Wandels ist es notwendig, den Ausgangszustand zu kennen. Dieser läßt sich für das hier angesprochene Rechtsgebiet erschließen einerseits aus einer gesellschaftstheoretischen Analyse des Systems des bürgerlichen Rechts, die hier nur skizzenhaft angedeutet werden kann, andererseits aus einer Beschreibung der vom historischen Gesetzgeber des BGB geschaffenen Regeln und der dahinter stehenden Intentionen. Letztere erscheint ausführlich im zweiten Abschnitt.

Systematisch<sup>1</sup> betrachtet ist bürgerliches Recht als Verkehrsrecht einer Marktgesellschaft Formalrecht. Die gesellschaftliche Bedürfnisbefriedigung ist in der kapitalistischen Gesellschaft vermittelt über Warenauschbeziehungen. Die zentrale Verkehrsform dieser Gesellschaft ist daher der Vertrag. Bezugspunkt dieser Verkehrsform ist das autonome, freie und gleiche Subjekt als »Ensemble von anerkannten privaten Handlungsmöglichkeiten.«<sup>2</sup> Unter diesen Voraussetzungen soll, vermittelt durch die Konkurrenz, Gemeinwohl sich herstellen. Bürgerliches Recht hat dann lediglich die Aufgabe, die Verkehrsformen zur Verfügung zu stellen und abzusichern, in denen die Warenzirkulation abläuft. Inhalte hingegen sind Produkte des Marktgeschehens. Notwendige Elemente des Bürgerlichen Rechts sind daher lediglich die allgemeine, d. h. allen Menschen gleichermaßen zukommende *Rechtssubjektivität*, die Arten *subjektiver Rechte* oder allgemeiner: die Bestimmung der individuellen Herrschaftskreise, innerhalb deren sich die Individuen frei und ungestört bewegen können, und die Formen, in denen sie miteinander verkehren. *Rechtssubjekt*, *subjektives Recht* und *Vertrag* sind die zentralen Rechtsfiguren eines Marktverkehrsrechts, flankiert von der allgemeinen Gewerbefreiheit, der Testierfreiheit und abgesichert durch strafrechtliche und schadensersatzrechtliche Sanktionen.<sup>4</sup>

Letztere sollen einerseits jeden auf die allgemeine Verkehrsform des Vertrages verweisen, andererseits die Gleichheit der Konkurrenzbedingungen durch Sicherung der Integrität des Rechtskreises der Individuen und der Individuen selbst gewährleisten. Jede Form sozialen Kontakts außerhalb von Verträgen, die Auswir-

<sup>1</sup> Vgl. dazu D. Hart, Vom bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung, KJ 1974, 274 ff.

<sup>2</sup> Historisch ist dieses Modell eines formalen Privatrechts als reines nicht nachweisbar: Die Ablösung polizeistaatlicher Beschränkungen des absolutistischen Staates verschränkt sich mit dem Entstehen des organisierten Kapitalismus in Deutschland. – Vgl. G. Brüggemeier, Die Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Frankfurt a. M. 1977.

<sup>3</sup> U. K. Preuß, Bildung und Herrschaft, Frankfurt a. M. 1973, 65.

<sup>4</sup> Zur theoretischen Begründung dieser Grundelemente des bürgerlichen Rechts vgl. K. Marx, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie, Berlin 1974, 133 ff.; R. Knieper, Eigentum und Vertrag, KJ 1977, 147 ff.; C. B. Macpherson, Die politische Theorie des Besitzindividualismus, Frankfurt a. M. 1973.

kungen auf den Bestand des *individuellen Rechtskreises* hat, wird als *rechtswidriger Eingriff*<sup>5</sup> sanktioniert und so die Willensherrschaft des Individuums über sein Rechtsimperium gegen Eingriffe gesichert.

Die Kategorie des autonomen bürgerlichen Subjekts verweist auf Willensbeziehungen auch im Haftungsrecht: Haftungen sind nur dann legitimierbar, wenn sie Folgen eines Mißbrauchs der Willensfreiheit sind.<sup>6</sup> Mißbrauch der Willensfreiheit bedeutet nicht nur vorsätzliche Schädigung, sondern auch fahrlässige Nichtbeachtung genereller Verhaltenspflichten, allerdings nur soweit das Individuum sie hätte beachten *können*. Es gibt in diesem Zurechnungskonzept daher nur zwei Möglichkeiten für die Entstehung von Schäden:<sup>7</sup> *Unglück*, das entweder auf nicht beherrschbare Ursachen oder auf eigene Unvorsichtigkeit zurückzuführen ist, oder *fremdverschuldetes Unrecht*. In der Kategorie des autonomen bürgerlichen Subjekts ist aber auch ausgeblendet, daß Schäden gesellschaftliche Ursachen haben in der spezifischen Organisation von Produktion und Verkehr. Deren Auswirkungen erscheinen entweder als Produkt individueller Handlungen (schuldhaft Fremdeinwirkung oder mangelhafte Sorgfalt des Geschädigten) oder als Folgen höherer Gewalt. Doch nur in einer Gesellschaft mit Produktionsprozessen und Verkehrsverhältnissen von geringer Komplexität sind deren Risiken als je individuell zu verantwortende, nicht gesellschaftlich bestimmte denkbar. *Verschuldenshaftung* und *Schutz des individuellen Rechtskreises* sind so die zentralen Kategorien zur *Begründung* deliktischer Haftung im bürgerlichen Recht.<sup>8</sup>

Auch der *Umfang* des Schadensersatzes ergibt sich aus der Eigenschaft des bürgerlichen Rechts als eines Verkehrsrechts einer Marktgesellschaft. Die Gleichheit der Konkurrenzbedingungen erfordert die Kalkulierbarkeit<sup>9</sup> der Verkehrsbedingungen, d. h. die Einhaltung genereller Verhaltenserwartungen. Werden diese verletzt, entstehen Kosten, die die Handlungschancen des Betroffenen am Markt gegenüber den anderen am Markt Beteiligten verschlechtern. Schadensersatz bedeutet daher Kompensation von Wettbewerbsverzerrungen und Belastung des Verantwortlichen mit deren Kosten, d. h. aber auch *sämtlichen* Kosten. Das soll jeden dazu anhalten, sich gemäß den generellen Verhaltenserwartungen zu verhalten.

Der Sanktionscharakter der Schadensersatznormen bezieht sich daher ausschließlich auf die Belastung mit gegenüber dem ungestörten Verlauf der Dinge zusätzlichen Kosten, die dem Verletzten durch die Pflichtverletzung des Schädigers entstanden sind. Da es um den Ausgleich von Kosten geht, versteht es sich fast von selbst, daß Nichtvermögensschäden nicht mit Vermögenswerten ausgeglichen werden dürfen. *Ersatz des Vermögensschadens* und *Totalreparation* sind die zentralen Kategorien zur Begründung des Haftungsumfangs.

5 Mit der Ausnahme einzelner, besonders normierter Rechtfertigungstatbestände.

6 Vgl. Macpherson (FN 4), 295 f.; J. Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1969, 51.

7 Vgl. dazu Esser, (FN 5), insbes. 50 ff.

8 Vgl. G. Brüggeleier, Stichwort »Delikt« in: A. Görlich (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, Reinbeck 1974; Hart, (FN 1), 274 f.

9 Vgl. M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1972, 198.

Dieses Modell eines individualistischen Delikts- und Schadensrechts wird im BGB fast rein verwirklicht.

### 2.1. Der individuelle Rechtskreis in den Haftungstatbeständen des BGB

Zunächst wurde vom Gesetzgeber versucht, den Rechtskreis der Individuen möglichst präzise zu beschreiben, einerseits mit der Rechtsfigur des absoluten Rechts (§ 823 I)<sup>10</sup>, andererseits über die Verbots- bzw. Schutzgesetze i. S. v. § 823 II. Dabei herrschte ein Verständnis der Schutzgesetze vor, das diese weniger unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Handlungen betrachtete, sondern vielmehr unter dem der Beschreibung eines Raumes, in dem als seinem Herrschaftsbereich sich jedes Individuum frei bewegen können sollte<sup>11</sup>.

Selbst in der Diskussion um die vorsätzlich sittenwidrige Schädigung des § 826 wurde bis zur 3. Lesung des BGB daran festgehalten, daß zu Schadensersatz nicht verpflichtet sei, wer vorsätzlich sittenwidrig jemanden schädige, sofern er dies in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts tue (vgl. §§ 705 1. E., 749 2. E., 810 Reichstagsvorlage), denn »wer ein besonderes Recht ausübt, muß . . . immer haftfrei sein, auch wenn er aus Schikane handelt.«<sup>12</sup> Erst die Reichstagskommission war der Ansicht, »daß es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechtes, einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt.«<sup>13</sup>

Ganz entsprechend dem System des Schutzes absoluter Rechte und der Voraussetzungen zur Teilnahme am Markt wurde auch ein allgemeines Persönlichkeitsrecht abgelehnt. Die Teilnahme am gesellschaftlichen Verkehr in einer Marktgesellschaft wird eben über den Schutz subjektiver Rechte, der allgemeinen Handlungsfreiheit und über den Schutz besonderer Persönlichkeitsgüter gewährleistet, die die Integrität des konkreten Menschen als Voraussetzung für die Wahrnehmung der allgemeinen Handlungsfreiheit sichern wollen: Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, körperlicher Bewegungsfreiheit. Persönlichkeit wurde so auf die Rechtsfähigkeit reduziert<sup>14</sup>. Ein weitergehender Persönlichkeitsschutz wurde nur da institutionali-

<sup>10</sup> Wobei ganz im Lockeschen Sinn Leben, Gesundheit und Freiheit dazu gezählt werden.

<sup>11</sup> *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, Berlin 1899, Bd. 2, 1267: »Die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen bezwecken, den Rechtskreis des einzelnen gegen widerrechtliche Eingriffe anderer zu sichern. Der Rechtskreis des einzelnen wird aber bestimmt teils durch die in seiner Person begründeten Rechte, teils durch allgemeine, vorwiegend dem Gebiete des Strafrechts angehörende Vorschriften, welche zum Schutze des einen eine Handlung des anderen verbieten oder gebieten.«

<sup>12</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, Berlin 1888, 727; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, Berlin 1898, 577: »Prinzipiell müsse man fordern, daß das Gesetz, wenn es die Entstehung von Rechten ermögliche, auch deren Ausübung gestatte. In den subjektiven Rechten sei dem einzelnen ein freier Spielraum gegeben, innerhalb dessen er sich ungehindert müsse bewegen können.« Wer »sein Recht ausübe, könne . . . kein Unrecht tun. Das Gesetz dürfe nicht die Gebote der Moral zu Rechensätzen erheben. Eine solche Verwischung der Grenzen zwischen Recht und Moral führe zu der größten Unsicherheit.«

<sup>13</sup> *Mugdan* (FN 11), 1298 – Die entscheidenden Punkte der Entwicklung des bürgerlichen Schadensersatzrechts sind dokumentiert in *G. Brüggemeier*, Die Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1977.

<sup>14</sup> *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, G. A., Frankfurt a. M. 1906; vgl. auch *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36: »Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen«, d. h. als Inhaber von Rechten, als Eigentümer (§ 71).

siert, wo Teile der Persönlichkeit bereits ansatzweise zur Ware geworden waren, wie z. B. beim Warenzeichenrecht, Urheberrecht, Recht am Bild etc.

Der Ehrschutz, d. h. der Schutz der sozialen Geltung, wird dagegen noch zurückgenommen. Die Ehre wird aus dem Katalog der absolut geschützten Rechtsgüter, in dem sie der erste Entwurf des BGB noch aufführte, herausgenommen. Ausdrücklich wird die Ausweitung des Ehrschutzes über den Schutz vor vorsätzlicher Verletzung – § 823 II i. V. m. §§ 185 StGB – hinaus abgelehnt. Eine derartige Ausweitung des Ehrschutzes könne zu einer erheblichen Gefährdung des Verkehrslebens führen<sup>15</sup>. Fahrlässige Ehrverletzung führt nur bei falschen Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit Kreditgefährdung zum Schadensersatz (§ 824). Begreifen wir »Gefährdung des Verkehrslebens« als Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Kapitals, das damals die Wirtschaft zwar bereits völlig bestimmte, die Maßstäbe für Ehrbegriffe aber noch nicht, so zeigt sich darin die Abwehr unkalkulierbarer Risiken in der Form überkommener Ehrbegriffe, die nicht an der Gleichheit der warentauschenden Subjekte orientiert sind.

## 2.2. Das Verschuldensprinzip im BGB

Auch die Verschuldenshaftung wurde im BGB fast rein durchgesetzt, insbesondere im ersten Entwurf, denn ein Abgehen vom Verschuldensprinzip behindere die Bewegungsfreiheit des Menschen ungebührlich<sup>16</sup>. Bei der Frage der Geschäftsherrhaftung wurde das Einstehen des Geschäftsherrn für seine *Erfüllungsgehilfen* ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen der Gehilfe zu der Bewirkung einer bestimmten Leistung hinzugezogen wurde<sup>17</sup>. An eine vertragliche Haftung für das Verschulden von Gehilfen im Rahmen von Verkehrssicherungspflichten wurde nicht gedacht<sup>18</sup>. Bei der Regelung der Haftung für den *Verrichtungsgehilfen* wurden alle Versuche abgewehrt, eine strikte Haftung wenigstens des Unternehmers für seine Arbeitnehmer vorzusehen, denn »manche der Schonung bedürftigen industriellen Zweige, sowie die kleine Landwirtschaft«<sup>19</sup> könnten sie nicht ertragen. Derartige Haftungen könnten allenfalls im Zusammenhang mit einem umfassenden Versicherungssystem in *Spezialgesetzen* eingeführt werden. Im ersten Entwurf wurde noch nicht einmal die später in § 831 aufgenommene widerlegbare Vermutung für das Verschulden des Geschäftsherrn gebilligt<sup>20</sup>. Dasselbe gilt für die Beweislast bei der Gebäudehaftung (vgl. §§ 735 1. Entwurf, 836 I S. 2 BGB). Sogar die damals von vielen Rechtsordnungen statuierte Gefährdungshaftung des Tierhalters wurde im 1. Entwurf noch explizit abgelehnt<sup>21</sup>, im BGB zwar voll verwirklicht, später aber durch Gesetz vom 30. 5. 1908 auf Luxustiere beschränkt. Der andere ursprünglich im BGB enthaltene Gefährdungshaftungstatbestand, die Haftung für Wildschäden, verschwand 1953 aus § 835 in die Spezialnorm des § 29 BJagdG. Die Gefährdungshaftung für Eisenbahnen, die immerhin schon im PrEisenbG von 1838 und dem RHauptpflG von 1871 allgemein für Deutschland durchgesetzt worden war, wurde nicht aufgegriffen. Sie erschien in der einschlägigen Literatur des 19. Jh. allenfalls als Quasidelikt oder wurde gleichsam entschuldigend am Rande erwähnt<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> *Mugdan*, (FN 11), 1077 f.

<sup>16</sup> *Ebenda*, 569, 585.

<sup>17</sup> *Ebenda*, 16, 523.

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Esser*, (FN 6), 30 f.

<sup>19</sup> *Mugdan*, (FN 11), 1094.

<sup>20</sup> *Motive* (FN 12), 737.

<sup>21</sup> *Ebenda*, 811.

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Esser*, (FN 6), 49.

Bis heute ist die Gefährdungshaftung nicht zu einem allgemeinen Prinzip des Zivilrechts geworden, sondern fristet ihr Dasein weiterhin in Spezialgesetzen<sup>23</sup>.

Im BGB läßt sich jedoch schon ein bedeutsamer Ablösungsprozeß vom Willensdogma erkennen. Der Widerspruch zwischen objektiven gesellschaftlichen Bedingungen, denen das Individuum unterworfen ist, einerseits und der Ideologie des freien Individuums, das als Subjekt seiner Handlungen erscheint, und dem dazu korrespondierenden Willensdogma im Vertrags- und Deliktsrecht andererseits, stellt die Väter des BGB vor nicht lösbare Probleme. Denn wenn die Gleichheit in der Konkurrenz die Kalkulierbarkeit der Verkehrsverhältnisse notwendig macht, wird die Abhängigkeit allgemeiner Verhaltenserwartungen von einem subjektiven Tatbestand, dem Willen oder individuellen Fähigkeiten, dysfunktional. Das Problem wurde »gelöst«, indem der Wille formalisiert, zu einer Funktion allgemeiner Verhaltenserwartungen, der Kalkulierbarkeit der Verkehrsverhältnisse, gemacht wurde. Das läßt sich zeigen am Übergang von der Willens- zur Erklärungstheorie<sup>24</sup> beim Irrtum, an der Ablösung des Begriffs der Person vom mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabten Menschen im Begriff der juristischen Person<sup>25</sup> und vor allem auch an der objektiven Definition der Fahrlässigkeit in § 276 I S. 2 als Verstoß gegen die *verkehrs erforderliche* – nicht die jeweils individuell mögliche – Sorgfalt. In den objektiven Sorgfaltsanforderungen macht sich die Gesellschaftlichkeit jedes individuellen Verhaltens geltend. »Und so ist eben derselbe Liberalismus, der im Augenblick noch jede Zufallshaftung vom Unternehmer abzuwälzen bemüht war, zu dem widerspruchsvollen Eingeständnis gezwungen, daß gerade im Interesse der uneingeschränkten Aktivität die anderen doch eines über die Schuldhaftung hinausgehenden Vertrauensschutzes bedürften.«<sup>26</sup>

Die Rationalität des Kapitalverwertungsprozesses drückt sich aus in gleichen Konkurrenzbedingungen aber nicht auf der Ebene individueller Willenskräfte, sondern allgemeiner Organisationsbedingungen der gesellschaftlichen Produktion und Zirkulation. Für deren Funktionsfähigkeit ist es ganz gleichgültig, ob hier ein Individuum gefehlt hat, wesentlich nur, ob die allgemein erwartbaren Verhaltensstandards, auf die hin der Verwertungsprozeß kalkuliert wird, tatsächlich eingehalten werden. Ausnahmen werden nur zugelassen für Minderjährige und Geistesschwache. Bei ersteren war das Risiko weitgehend erkennbar, wo nicht, wurden wieder Ausnahmen von der Ausnahme zugelassen<sup>27</sup>. Bei letzteren war es praktisch unbedeutend.

### 2.3. Vermögensschaden und Totalreparation als Prinzipien des BGB

Auch das Prinzip der Totalreparation<sup>28</sup> und der Beschränkung der Geldentschädigung auf den Vermögensschaden<sup>29</sup> wurde im BGB (§§ 249 ff.) durchgesetzt. Hier spielt die vollzogene Trennung von Strafrecht (Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung) und Schadensersatz (Kompensation beeinträchtigter Handlungs- und Erwerbchancen, Wiederherstellung gleicher Konkurrenzbedingungen) eine Rolle,

<sup>23</sup> Vgl. dazu H. Kötz, Haftung für besondere Gefahr, in: AcP 170 (1970), 1 ff.

<sup>24</sup> Vgl. F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M. 1974, 24.

<sup>25</sup> Nicht umsonst wurde sie im 19. Jh. lange Zeit als systemwidrig abgelehnt und dann z. T. als »fingierte Person«, als »persönlich gedachte Nicht-Person« (Windscheid-Kipp, (FN 14), 224, FN 6; 225; 255 f.) bezeichnet.

<sup>26</sup> Esser, (FN 6), 56 FN 7.

<sup>27</sup> Z. B. §§ 110, 112 I., BGB.

<sup>28</sup> Vgl. Motive (FN 12), 17.

<sup>29</sup> Ebenda, 21.

die es nicht mehr zuließ, das Maß der Kompensation im Grad des Verschuldens zu sehen<sup>30</sup>.

Daß der Tauschwert der zerstörten Objekte und der entgangene Gewinn die entscheidenden Kriterien des bürgerlichen Schadensrechts sind, wird von der Zivilrechtsliteratur oft in Abrede gestellt. Als vorherrschendes Prinzip wird vielmehr die Naturalrestitution betont. Der Gesetzessystematik nach scheint es auch so zu sein: § 249 gibt zunächst einen Anspruch auf gegenständliche Wiederherstellung; erst wenn diese nicht möglich oder nicht ausreichend ist, gewährt § 251 Wertersatz. Gegenständliche Wiederherstellung bedeutet auch Wiederherstellung von Nichtvermögensschäden. Doch der Wert als beherrschendes Prinzip macht sich in § 251 II geltend: Naturalrestitution gibt es nur solange, wie die Kosten nicht außer Verhältnis zum Wert des Gegenstandes stehen. Ausdrücklich sollte damit das Affektionsinteresse, der »Wert« der besonderen Vorliebe, vom Ersatz ausgeschlossen werden.<sup>31</sup> Das Dilemma, daß unter Wertgesichtspunkten jeder Nichtvermögensschaden reines Affektionsinteresse ist, ist im BGB-Schadensrecht nicht lösbar. Es wird pragmatisch überdeckt, indem dem Affektionsinteresse ein kleiner Spielraum gewährt wird.

Die Beschränkung des Schadensersatzes auf den Wertausgleich ergibt sich weiterhin aus dem Ausschluß der Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden in § 253. Selbst da, wo ausnahmsweise Nichtvermögensschäden kompensiert werden (§ 188 StGB a. F. – Geldbuße bei Beleidigungen, die an den Beleidigten zu zahlen war, § 847) wird der Ersatz auf einen – pauschalieren – Vermögensschaden beschränkt. Denn die Begründung für den Schmerzensgeldanspruch in § 847 war, »daß, wenn eine Körperverletzung eine Verunstaltung (Verstümmelung, Entstellung) zur Folge hat, welche geeignet ist, dem Verletzten die Aussicht auf ein besseres Fortkommen oder auf eine Versorgung – bei Frauenspersonen namentlich auf eine Heirat –<sup>32</sup> zu entziehen oder zu schmälern, der Täter auch hierfür dem Verletzten eine angemessene Entschädigung zu leisten verpflichtet ist.«<sup>33</sup> Weil es hier oft unmöglich sei, den Vermögensschaden genau zu bemessen und nachzuweisen, wird Ersatz des Nichtvermögensschadens zugelassen. Heute würden wir dies als abstrakten pauschalieren Ersatz eines Vermögensschadens bezeichnen.

#### 2.4. Freistellung von Haftung als wesentliche Funktion des Schadensersatzrechts des BGB

Dieses Schadensersatzrechtssystem, das eher einer Gesellschaft einfacher Warenproduktion entsprach, wurde kodifiziert zu einem Zeitpunkt, als in Deutschland längst der organisierte Kapitalismus sich durchgesetzt hatte<sup>34</sup>. Es zeigt sich gerade auch im Deliktsrecht, daß das BGB »das spätgeborene Kind«<sup>35</sup> des Liberalismus ist. »Im Abendglanz des Hochkapitalismus«<sup>36</sup> verkündet, ist es die ideologische Frucht frühbürgerlicher Gesellschaftstheorien<sup>37</sup>, die die gesellschaftlichen Verhältnisse des organisierten Kapitalismus nicht reflektieren. Dies widerspricht sich jedoch nur

<sup>30</sup> Ebenda, 17.

<sup>31</sup> Ebenda, 21.

<sup>32</sup> Zum Verhältnis Vermögensschaden/Nichtvermögensschaden bei § 251 II vgl. BGHZ 63, 295 ff.

<sup>33</sup> In diesem Zusammenhang ist die Einbeziehung der Verletzung der weiblichen Geschlechtslehre in § 847 zu sehen.

<sup>34</sup> Mugdan, (FN 11), 446 f.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Brüggemeier, (FN 2).

<sup>36</sup>, <sup>37</sup> Wicacker, (FN 24), 15.

<sup>38</sup> Vgl. dazu ebenda, 10 ff., insbes. 12.

scheinbar. Denn einerseits besteht die Ebene der Zirkulation, auf die sich bürgerliches Recht bezieht, auch im organisierten Kapitalismus fort, andererseits begünstigte das Ausblenden der Produktionssphäre und der realen ökonomischen Machtverteilung den Produktionsmitteleigentümer, wie es den Nicht-Produktionsmitteleigentümer belastete. Dieses Schadensersatzrechtssystem war also durch eine daraus sich ergebende weitgehende Haftungsfreistellung für das aufstrebende Kapital durchaus funktional.

Die Ablehnung sowohl der strikten Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen als auch einer Gefährdungshaftung allgemein bedeutete, daß die gesteigerten Risiken komplexer Produktions- und Verkehrsbedingungen als individuelle Risiken und nicht als gesellschaftliche angesehen wurden. Die Verteilung dieser individuellen Risiken nach dem Kriterium individuellen Verschuldens mußte notwendig zu einer fast völligen Entlastung des Unternehmers führen, den in der Regel kein individuelles Verschulden bei Auswahl und Überwachung der Gehilfen (noch weniger nach der späteren Rechtsfigur des dezentralisierten Entlastungsbeweises) und bei Schädigung anderer durch fehlerhafte Produkte und gefährliche Produktionsverfahren traf. Ein Teil der Kosten einer bestimmten Form gesellschaftlicher Produktion wurde so zu privatem Unglück einerseits, zu individuellen Schadensersatzansprüchen gegen mittellose Arbeiter andererseits<sup>39</sup>. Wer z. B. gefährliche Produkte nutzte, war auf sein eigenes Gebrauchsrisiko verwiesen. Konnte er dennoch ein schuldhaftes Versagen eines Individuums nachweisen, so hatte er in diesem Individuum im Zweifel den mittellosen Arbeiter vor sich. Und in den seltenen Fällen, wo sich ein Unternehmer einmal nicht entlasten konnte, haftete im Innenverhältnis der Arbeiter voll (vgl. § 840 II). Diese Enthaltung des Kapitals gilt aber im wesentlichen nur gegenüber dem Verbraucher bzw. Arbeitnehmer. Im Verkehr untereinander waren wesentliche Haftungsinteressen (z. B. für Mangelfolgeschäden, Produktionsausfälle etc.) vertraglich regelbar.

Die in der Diskussion um die Entwürfe viel beschworene Bewegungs- und Handlungsfreiheit des Individuums war so im wesentlichen eine Haftungsfreiheit des sich entfaltenden Kapitals. Was als individueller Ausgleich der Kosten individuellen Fehlverhaltens zur Wahrung der Gleichheit der Konkurrenzbedingungen dem Modell nach konzipiert war, entpuppt sich als ein System, die Risiken von Produktion und Verkehr auf die Masse der Betroffenen abzuwälzen, unabhängig von ihren Möglichkeiten, diese Risiken zu kontrollieren.

### 3. Einige Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung

Im folgenden soll nun aufgezeigt werden, wie im Laufe der Zeit die Enthaltung des Kapitals und die Belastung der Geschädigten mit den Schadensrisiken sich verändert haben. Ich will dies im wesentlichen anhand der Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung zu zwei Komplexen tun:

- der Entwicklung von objektiven Einstandsbereichen und Versicherungssystemen statt klassischer Verschuldenshaftung,
- der Entwicklung funktional bestimmter Grenzen für Handlungen statt der klassischen Kategorie des absoluten Rechts.

<sup>39</sup> Das dürfte mit ein Faktor dafür sein, daß um die Jahrhundertwende geschätzt wurde, daß ca. 80% aller Schadensersatzforderungen mangels Masse wertlos seien; vgl. Kohl, Haftungsgarantieversicherung, ZVersWiss, Bd. 6, 619, zit. n. H. L. Weyers, Unfallschäden, Frankfurt a. M. 1971, 117

Die Entwicklung, die im bürgerlichen Schadensersatzrecht mit der Verobjektivierung der Willenskategorie im zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff begann, hat heute ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht zum einen in der Statuierung von »objektiven Einstandsbereichen« (Esser) im Mantel der Verschuldenshaftung durch die Rechtsprechung, zum zweiten in der Vermehrung von besonderen Gefährdungshaftungstatbeständen<sup>40</sup> und zum dritten in der Ersetzung und Überlagerung des Schadensersatzrechtssystems in wesentlichen Schadensbereichen durch Versicherungssysteme.

Der systematisch korrekte Ort für die Entwicklung objektiver Einstandsbereiche wäre im bürgerlichen Recht die Gefährdungshaftung. Als allgemeines Prinzip ist sie jedoch nicht entwickelt, lediglich der h. M. zufolge als eine Reihe nicht verallgemeinerungsfähiger Ausnahmenvorschriften<sup>41</sup>. Die Intention hinter derartigen Spezialnormen war es, die Entwicklung eines allgemeinen Rechtsprinzips der Gefährdungshaftung zu verhindern, um damit das individualistische Verschuldensprinzip als das für die bürgerliche Privatrechtsordnung maßgebende zu erhalten. Die damit verbundenen Enthaltungsinteressen werden jedoch in der Realität zunehmend enttäuscht durch die Entwicklung objektiver Einstandsbereiche im Rahmen der Verschuldenshaftung<sup>42</sup>. Verschuldenshaftung als zentrales Haftungsprinzip des bürgerlichen Schadensersatzrechts ist daher zunehmend nur noch Ideologie: Die Betonung individueller Verantwortung für individuelle Fehlleistung verschleiern, daß es sich bei den im klassischen Sinne des Verschuldensprinzips nicht individuell verantworteten Schäden nicht um Unglück, Schicksal handelt, sondern um gesellschaftlich produzierte Schäden.

Objektive Einstandsbereiche wurden über mehrere Stränge der Entwicklung des Haftungsrechts durch die Rechtsprechung gebildet:

- Die Entwicklung von Verkehrssicherungspflichten bis hin zur Organisationshaftung und Berufshaftung und die Steigerung der dadurch begründeten Sorgfaltspflichten ins Unerfüllbare; die Zurückdrängung der Entlastungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn nach § 83 I;
- die Verlagerung wesentlicher Teile deliktischer Haftung ins Vertragsrecht durch die Rechtsinstitute der culpa in contrahendo und positiven Forderungsverletzung, um zu der verschuldensunabhängigen vertraglichen Geschäftsherrnhaftung zu kommen;
- die Erweiterung des Beweises des ersten Anscheins und die Entwicklung der Beweislastumkehr vor allem in der Produzentenhaftung;
- die teilweise Zurückdrängung der Arbeitnehmerhaftung durch die Rechtsprechung des BAG zur gefahrgeneigten Arbeit.

Diese Entwicklungen in ihren Details zu beschreiben, kann ich mir in diesem Zusammenhang sparen, da dies bereits in aller wünschenswerten Klarheit geschehen ist<sup>43</sup>. Die nachfolgenden Überlegungen bauen auf diesen Darstellungen auf.

Es zeichnet sich in der angesprochenen Entwicklung des Haftungsrechts einerseits eine Haftungsverlagerung vom betroffenen Individuum auf den Beherrscher einer

<sup>40</sup> Zuletzt § 84 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrechts v. 24. 8. 1976, BGBl. I, 2445.

<sup>41</sup> Die Diskussion ist gut bei Kötz, (FN 23), dargestellt.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Esser, (FN 6), §§ 2, 3; Weyers, (FN 39), 80 ff., 386 ff.

<sup>43</sup> Vgl. die in FN 42 Genannten und E. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des dt. Juristentages, Bd. 2, Karlsruhe 1960, 49 ff.; F. Hauff, ZVersWiss 1967, 151 ff.; zuletzt H. J. Mertens, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, in: AcP 178 (1978) 227 ff.

Gefahr ab, andererseits die direkte Verlagerung der Risiken auf Kollektive. Letzteres ist eine Erscheinung, die nicht nur für Fremdschädigungen gilt, sondern auch für das eigene Lebensrisiko (Krankheit, Invalidität, Tod nicht infolge von Fremdeinwirkungen). Die Haftungsverlagerung auf den Gefahrenbeherrscher stellt sich jedoch im wesentlichen ebenso als eine Verlagerung des Risikos nicht auf ein anderes Individuum<sup>44</sup> sondern über Versicherungsprämien direkt (z. B. bei Kraftfahrzeugen) oder indirekt über Preise (z. B. Produzentenhaftung) auf das Kollektiv der Versichertengemeinschaft bzw. der Verbraucher dar. Haftungsverlagerung ist daher nicht mehr als interne Veränderung des bürgerlichen Deliktsrechts zu begreifen, sondern nur noch als Teil der Entwicklung eines gesellschaftlichen Schadensverteilungssystems. Entsprechend ist die Entwicklung von objektiven Einstandsbereichen an die Pflicht zur Versicherung entweder direkt gekoppelt oder sie läuft parallel mit zunehmender Versicherbarkeit dieser Risiken<sup>45</sup>.

Ginge es jedoch lediglich noch um einen möglichst weitgehenden Ausgleich eingetretener Schäden und eine möglichst weitgehende Schadensverteilung, so wäre das System der sozialen Vorsorge das effizienteste<sup>46</sup>. Es geht jedoch um mehr als nur effiziente Verteilung und effizienten Ausgleich, nämlich um das klassische Ziel des Haftungsrechts: Prävention, die allerdings durch das Verschuldensprinzip bisher weitgehend unerreicht blieb. Das Kalkül der Befürworter strenger Haftung z. B. von Warenherstellern läuft folgendermaßen: Eine strenge Haftung führt zu Internalisierung sozialer Kosten<sup>47</sup> (= Schäden), die durch gefährliche Produkte entstehen. Der mit den Unfallkosten belastete Hersteller hätte dadurch einen Anreiz, seine Produkte sicherer zu machen, soweit die damit verbundenen Verteuerungen geringer blieben als die Einsparungen an Unfallkosten. Der Marktmechanismus würde dann über die Konkurrenz dafür sorgen, daß die Käufer das sichere Produkt kaufen, weil es billiger angeboten wird. Staatliche Entscheidungen über Haftungszurechnungen könnten dazu führen, daß die Entscheidung für oder gegen Unfälle über den Markt optimiert würde. Haftungsregelungen hätten dann eine generalpräventive Wirkung<sup>48</sup>. Es fände eine Allokation von Ressourcen statt, die gesamtwirtschaftlich die geringsten Schäden produzierte. Es gäbe so viel Sicherheit, wie Sicherheitseinrichtungen billiger als Unfälle wären<sup>49</sup>. Das braucht allerdings nicht viel Prävention zu bedeuten. Denn gefährliche Tätigkeiten sind zumeist kapitalintensiv, so daß die Haftungskosten neben den sonstigen Produktionskosten relativ gering sein können<sup>50</sup>.

44 Hier ist die Bezeichnung Individuum ein Euphemismus, weil die Rechtsperson gemeint ist, die in den hier interessierenden Fällen der Haftungsverlagerung auf den Beherrscher von Gefahren zumeist eine jur. Person, d. h. eine Kapitalmasse sein wird, hinter der ein Kollektiv von Kapitalisten steht.

45 Die Verbindung von Haftungsverschärfung und Versicherbarkeit der Risiken wurde bereits von den Vätern des BGB gezogen – vgl. *Mugdan*, (FN 11), 1094; zur heutigen Diskussion darüber vgl. S. *Stimitis*, 47. DJT, München 1968, Teil C, 76 ff.; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 96 ff.; *Hart*, (FN 1), 278; s. auch das Produkthaftpflichtmodell des BDI, Deutschen Versicherungsschutzverbandes, HUK-Verbandes in: *Versicherungswirtschaft* Nr. 72/1973 (Sonderdruck).

46 Vgl. dazu G. *Calabresi*, Die Entscheidung für oder gegen Unfälle: Ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten, in: *Assmann u. a.*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg 1978, 259 ff. 261; – Es kommt mir hier nicht auf einen Vergleich der präventiven Wirkungen von Haftung und Sozialversicherung an, sondern darauf, herauszustellen, daß auch das Haftungsrecht heute als wesentliche Funktion die Schadensverteilung hat, der gegenüber Prävention sekundär wird.

47 Zum Begriff sozialer Kosten vgl. R. H. *Coase*, Das Problem der sozialen Kosten, in: *Assmann u. a.*, (FN 46), 146 ff.

48 Vgl. *Calabresi*, (FN 46).

49 Den Problemen, a) zu bestimmen, welches die anzusetzenden Kosten eines Unfalls sind und welcher Handlung welche Kosten zugerechnet werden, b) wie das Rechtssystem eine effektive Zurechnung von Kosten durchsetzen soll, will ich in diesem Zusammenhang nicht nachgehen; vgl. dazu *Calabresi*, (FN 46); *Weyers*, (FN 39), 459 ff.

50 Vgl. dazu *Weyers*, (FN 39), 459 ff., 360 ff.

Voraussetzung für die genannte Optimierungsleistung ist einerseits ein funktionierendes Marktsystem, das sowohl die vollständige Information von Verbrauchern über Preise, Qualität und Sicherheit der angebotenen Waren als auch ein nutzenmaximierendes Verbraucherverhalten voraussetzt, andererseits ein Justizsystem, das für die reibungslose und vollständige Überwälzung der Schäden auf die Produzenten sorgt. Beides ist heute nur eingeschränkt gegeben.

Käufer sind in der Regel über komplexe Produkte nicht so informiert, daß ihre Nachfrage ohne weiteres nach dem sicheren und billigeren Produkt sich richtet. Hier spielen Produktdifferenzierungen und Marketingstrategien eine Rolle, mit denen psychische Kaufanreize produziert werden. Preiswettbewerb tritt hinter den Wettbewerb über Werbung und Ausstattung zurück<sup>51</sup>. Dagegen bedeutet die Tatsache, daß unter oligopolistischen Marktverhältnissen Preiswettbewerb eingeschränkt ist, nicht, daß diese Unternehmen nicht gewinnmaximierend, d. h. kostenminimierend produzieren<sup>52</sup>. Wird bei Internalisierung von Schäden durch Haftung ein bestimmtes Produkt zu teuer, so wird es durch eines ersetzt, das weniger Haftungen nach sich zieht, wenn dessen zusätzliche Produktionskosten geringer sind als die Einsparung an Haftungskosten.

Auch die zweite Voraussetzung ist nicht gegeben. Denn auch die strikteste Gefährdungshaftung muß in unserem heutigen Rechtssystem über einen individualistisch konzipierten Zivilprozeß durchgesetzt werden, dessen Entscheidungen nur inter partes gelten und der soziale und ökonomische Zugangsbarrieren aufweist. Verbandsklagen und class actions mögen hier Verbesserungen bringen, lösen das Problem aber nicht<sup>53</sup>. Strikte Haftungen führen daher allenfalls zu einer teilweisen Internalisierung von Schäden.

Bisher wurde unterstellt, die Unfallkosten gingen bei einem effektiven System von Gefährdungshaftung direkt in die Kosten der sie verursachenden Produkte ein. Die Kostenbelastung wird jedoch in Wahrheit über Versicherungen verteilt. Deren Möglichkeiten der Prämiendifferenzierung nach gefährlichen und weniger gefährlichen Produkten sind beschränkt. Jede Differenzierung bedeutet zusätzliche Verwaltungskosten, die sich für die Versicherungen wiederum rentieren müssen. Im übrigen betrifft die in einer Prämiendifferenzierung steckende Individualisierungstendenz nur die Risiken, d. h. Wahrscheinlichkeiten von Schäden, nicht die Verteilung schon eingetretener Schäden. Es ergibt sich daher automatisch ein Schadensverteilungseffekt. Das Kalkül: Kosten von Versicherungsprämien vs. Kosten sicherer Produkte wird weniger zugunsten der Sicherheit ausfallen, da die Kosten nun breiter gestreut sind und die Hersteller sicherer Produkte ein Teil der Unfallkosten unsicherer Produkte als Stückkosten ihrer Produkte aufgezwungen erhalten<sup>54</sup>. Es bleibt lediglich die Möglichkeit der Einwirkung auf den Hersteller seitens der Versicherungen, um die Sicherheit des Produktionsprozesses zu erhöhen (zu den-

<sup>51</sup> Vgl. dazu E. K. Hunt, H. J. Sherman, *Ökonomie aus traditioneller und radikaler Sicht*, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1974, 92 ff. – Man mag hier einwenden, daß Werbung mit persönlicher Sicherheit dann auch möglich sei. Hier wäre dann eine Diskussion der Theorien zur Warenästhetik einer spätkapitalistischen Konsumgesellschaft notwendig (vgl. dazu W. F. Haug, *Kritik der Warenästhetik*, Frankfurt a. M. 1971; O. Negt, A. Kluge, *Öffentlichkeit und Erfahrung*, Frankfurt a. M. 1973, 286 ff.), die Aufschluß geben könnte, ob die Inhalte von Werbung tatsächlich gleichgültig sind.

<sup>52</sup> G. Müller u. a., *Ökonomische Krisentendenzen im gegenwärtigen Kapitalismus*, Frankfurt a. M. 1978, 54 f.

<sup>53</sup> Vgl. dazu U. Reifner, *Erfolgs- und Zugangsbarrieren in der Justiz*, Diskussionspapier Berlin 1978; H. Koch, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß*, Frankfurt a. M. 1976; K. Simiùs, *Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?*, Baden-Baden 1976, 241 ff. – Durch class actions können in den USA kollektive Schäden durch einzelne Geschädigte eingeklagt werden.

<sup>54</sup> Zur Schadensverteilungsfunktion von Haftpflichtversicherungen vgl. Weyers, (FN 39), 360 ff.

ken wäre an Risikoausschlüsse oder Vereinbarungen über bestimmte Sicherheitsstandards und an deren Verletzung gekoppelte Regreßmöglichkeiten etc.). Prävention ist dann aber nur noch zum einen Teil ein Ergebnis des Haftungsrechtes, zum anderen ein Ergebnis des Einflusses von Versicherern. Der Unterschied zwischen Haftungsrecht verbunden mit Haftpflichtversicherungen einerseits und einem bereichsspezifisch organisierten Sozialversicherungssystem (wie z.B. den Berufsgenossenschaften im Arbeitsunfallrecht) verringert sich daher.

Diese Überlegungen zeigen, daß ein striktes Haftungsrecht nur beschränkt präventiv wirkt. Nur im Bereich ökonomisch-zweckrational kalkulierender Systeme auf Produzenten- und Konsumentenseite ist eine stärkere Wirkung vorstellbar. Ein höherer Sicherheitsstandard schließlich als der, der sich aus dem Kalkül: »Kosten von Haftpflichtversicherung vs. Kosten von mehr Sicherheit« ergibt, ist ohnehin nur durch staatliche Normsetzung möglich.

Eine eindeutig präventive Wirkung wird nur in bezug auf die *Höhe* der Unfallkosten anzunehmen sein, da die Hersteller im Zweifel die bessere Risikoübersicht und die günstigeren Versicherungsmöglichkeiten haben<sup>55</sup>. Es entstehen so keine unnötigen Kosten der Versicherung falsch kalkulierter Risiken zu ungünstigeren Bedingungen.

Ob soziale Kosten nun über Systeme sozialer Vorsorge direkt aufgefangen werden oder über Internalisierung in die Warenpreise indirekt verteilt werden, ist daher nicht gleichgültig. Neben den beschriebenen beschränkten präventiven Effekten des Haftungsrechtes, was Ausmaß sowohl der Unfälle als auch der Kosten betrifft, spricht aber auch noch die Überlegung für einen Ausbau des Haftungsrechtes, daß es derzeit einfacher scheint, Stück für Stück Haftungen zu verschärfen als generell die vom Sozialversicherungssystem gedeckten Risiken zu erweitern. Nicht alle Personen sind sozialversichert, nicht alle Folgen von Unfällen werden von der Sozialversicherung gedeckt, und die Höhe der Ersatzleistung insbesondere von Renten kann sich erheblich von dem nach § 252 BGB zu ersetzenden Einnahmeausfall unterscheiden. Dazu kommt noch eine weitere Überlegung. Die Zumessung von Haftungen entscheidet darüber, ob bestimmte soziale Kosten als Kosten bestimmter Produkte oder Verkehrssysteme erscheinen oder als allgemeine Belastung durch das System sozialer Sicherung. Funktion des Haftungsrechtes ist es dann, mit der Internalisierung sozialer Kosten diese auf bestimmte Ursachen zurückführbar zu machen und so ansatzweise »einen überschaubaren Datenkranz für konfliktbewußte politische Entscheidung zu schaffen«<sup>56</sup>. Dies liegt zwar noch im Bereich utopischer Vorstellungen, denn das würde einen zunehmenden Zugriff auf die gesellschaftliche Organisation des Produktionsprozesses und des Verkehrs bedeuten. Doch ist damit wenigstens eine Grundlage für politische Auseinandersetzungen über die spezifische Organisation von Produktion und Verkehr gegeben. Ich denke dabei an ähnliche Diskussionsprozesse, wie sie derzeit über den Ausbau von Atomanlagen und die von diesen ausgehende existentielle Gefährdung in Gang sind.

Aber es bleibt festzuhalten, daß auch eine Ausdehnung strikter Haftung zunächst für eine bessere Schadensverteilung sorgt und erst in zweiter Linie für mehr Prävention. Auf beiden Ebenen wird das ursprüngliche Konzept individueller Haftung gesprengt. Schadensverteilung bedeutet nicht mehr die Belastung eines Individuums, sondern das kollektive Auffangen von Schäden. Prävention bedeutet nicht die Vermeidung individueller sondern vielmehr sozialer Schäden. Der bei einem Individuum verbleibende Schaden ist heute nur noch ein geringer Teil des

<sup>55</sup> Vgl. Calabresi, (FN 46), 272 ff.

<sup>56</sup> Weyers, (FN 39), 514.

Gesamtschadens. Den weitaus größten Teil der Schäden tragen primär Systeme sozialer Vorsorge (Krankenkasse, Unfallversicherung, etc.)<sup>57</sup>. Diese werden durch Prävention daher auch primär entlastet. Das bedeutet weiterhin, daß, soweit das Haftungsrecht keine präventive Wirkung entfaltet, also Schäden ausgeglichen werden müssen, es nicht mehr nur um einen individuellen Schadensausgleich geht, sondern vor allem auch um einen sozialen.

### 3.2. Funktional bestimmte Handlungsgrenzen vs. individuelle Rechtskreise als zentraler Anknüpfungspunkt für Haftungen

Zivilrechtliche Dogmatik geht davon aus, daß durch die in § 823 I bezeichneten absolut geschützten Rechte und Rechtsgüter quasi ein räumlich-gegenständlicher Herrschaftsbereich definiert ist als Gegenstand deliktischen Schutzes mit der Folge, daß Eingriffe in diesen Bereich rechtswidrig sind – es sei denn, es liegen besondere Rechtfertigungsgründe vor – und damit abgewehrt werden können<sup>58</sup>.

Wie oben gezeigt, wurde auch die Funktion der Schutzgesetze i. S. v. § 823 II in der Beschreibung eines solchen räumlich-gegenständlichen Bereichs gesehen. Damit war jedoch ein für den Schutz des Kapitals vor Eingriffen außerhalb der Konkurrenz völlig unzureichendes Instrumentarium geschaffen. Kapital vergegenständlicht sich nicht nur in Eigentum und sonstigen absolut geschützten Rechten, sondern in einem ganzen Geflecht von Beziehungen. Das unmittelbare Eigentum an den Produktionsmitteln ist dabei nur ein Moment unter anderen; es ist sogar für den Kapitalisten verzichtbar. Herrschaftsbefugnisse verleihen auch Leasing-Verträge, Miet- und Pachtverträge etc. Um die Einzelkapitale gegeneinander in ihre Grenzen zu verweisen, bedurfte es also mehr als des Schutzes absoluter subjektiver Rechte. Das UWG von 1909 bezweckte einen derartigen Schutz. Seine Interpretation unter rein privatrechtlichen Gesichtspunkten führte jedoch dazu, daß bis in die jüngste Zeit das durch es geschützte Rechtsgut als Persönlichkeitsrecht<sup>59</sup> bezeichnet wurde. Dies erinnert daran, daß das UWG zunächst so angesehen wurde, als ob es hier um den Schutz subjektiver Rechte der Mitbewerber ging. Schon früh allerdings wurde es von der Rechtsprechung auf Wettbewerb und zum Teil auf bestimmte öffentliche Interessen hin funktionalisiert. Die Rechtsprechung zum UWG verfolgt also public policies und bezieht von diesen den Maßstab für die Abgrenzung von zulässigem und unzulässigem Handeln<sup>60</sup>.

Daneben entwickelten sich weitere neue Rechtsfiguren, wie das Recht am Gewerbebetrieb<sup>61</sup> und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>62</sup>. Ersteres, ursprünglich als Teil des Wettbewerbsrechts konzipiert, wurde mit dem Ausbau des speziellen Wettbe-

<sup>57</sup> Dabei kann von einem ständigen Zunchmen versicherungsmäßig organisierten Ausgleichs von Unfallschäden ohne die Dazwischenschaltung des Haftpflichtrechts ausgegangen werden, Haftpflichtrecht wird insoweit zum »Recht der Regreßvoraussetzungen« – Weyers (FN 39), 401. Entsprechend wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion auch schon die These aufgestellt, »daß die praktische Bedeutung, die das Haftpflichtrecht heute für die Opfer von Unfällen als Quelle von Schadensersatzansprüchen besitzt, zugunsten anderer Sicherungssysteme ständig zusammenschrumpft und auch in Zukunft noch weiter abnehmen wird.« – H. Kötz, Sozialer Wandel im Unfallrecht, Karlsruhe 1976, 7 f.

<sup>58</sup> Schadensersatz wird allerdings erst gewährt, wenn den Eingreifer auch ein Verschulden trifft.

<sup>59</sup> So Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, 215.

<sup>60</sup> Vgl. dazu C. Joerges, Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Rabatz 36/1978), 43 ff., s. auch B. Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978, 144 ff.

<sup>61</sup> R. Wierhöfner, Zur Politischen Funktion des Rechts am Gewerbebetrieb, KJ 1970, 121 ff.

<sup>62</sup> N. Brehmer/W. Voegeli, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, JA 1978, 374 ff., 492 ff., vgl. auch Knieper, Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG, ZRP 74, 37.

werksrechts vor allem zum Mittel, Angriffe auf das Unternehmen durch Streik, Presse, Demonstrationen etc. abzuwehren. Letzteres ermöglichte es einerseits, den Schutz des ökonomischen Eigentums des Individuums auf die Persönlichkeit auszuweiten, soweit sie zur Ware geworden war, andererseits den Bereich geschützter Rechtsgüter als Voraussetzung für die Teilnahme am Markt über »Leben, (körperliche Bewegungs-)Freiheit, Körper, Gesundheit« (§ 823 I) hinaus auf die soziale Geltung auszudehnen<sup>63</sup>.

Diese beiden Rechtsfiguren machen jedoch deutlich, daß eine räumlich-gegenständliche Betrachtungsweise unpraktikabel ist, da der Gewerbebetrieb nicht nur in seiner »Substanz«, sondern auch in seinen »Ausstrahlungen«<sup>64</sup> geschützt werden muß, um überhaupt einen effektiven Schutz zu genießen. Damit wurde aber der »Eigentums«-Schutz auf die Funktionen ausgedehnt. Ein absoluter Schutz war damit nicht mehr möglich, sollte nicht jegliches Handeln gegen ökonomische Interessen jedes Einzelkapitals in der Öffentlichkeit schon im Keime erstickt werden. Die Folge ist, daß hier die Rechtsprechung nicht mehr den Erfolg als die Rechtswidrigkeit indizierend ansieht, sondern über eine Interessenabwägung diese erst positiv begründet. Dadurch werden Handlungsgrenzen bestimmt, die sich nicht am räumlich-gegenständlichen Herrschaftsbereich eines subjektiven Rechts orientieren, sondern funktional an bestimmten Zwecken ausgerichtet sind<sup>65</sup>. Im Arbeitskampfrecht werden z. B. die Grenzen des Rechts am Gewerbebetrieb am von der Rechtsprechung autoritativ verordneten »Zweck« des Streiks ausgerichtet. Formen von Streik, die nicht auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind, werden weitgehend unterdrückt. Im Gegensatz dazu wurde z. B. im Presserecht das Recht am Gewerbebetrieb zurückgedrängt, und auch im Recht öffentlicher Kritik (Warentest) gibt es eine Tendenz dazu. Dabei wird zum einen auf die Funktion der Presse für eine demokratische Öffentlichkeit verwiesen, zum anderen auf die Funktion von Information über Machart, Qualität und Preis von Waren, die im »wohlverstandenen eigenen Interesse« der Hersteller liegt.

Der durch diese »Rahmenrechte« (Fikentscher) ausgeweitete Herrschaftsbereich mußte also wieder eingengt werden, eine Operation, die nach dem ursprünglichen System des BGB völlig überflüssig gewesen wäre, da nach ihm in diesen Fällen keine Haftungen gegeben wären. Die Zweckvorstellung der hier eingeführten Haftungsbegrenzung ist ja nichts anderes als eine liberal-rechtsstaatliche Vorstellung von der Funktion von Öffentlichkeit einerseits und eine liberal-marktwirtschaftliche Vorstellung von der Funktion von Information andererseits.

Parallel dazu vollzog sich eine ähnliche Entwicklung in bezug auf die in § 823 I normierten Rechte und Rechtsgüter. Eigentum wird heute nicht mehr nur in seiner Substanz geschützt, sondern in seiner Funktion. Diese Funktion wird allerdings nicht aus dem Verwertungsprozeß gewonnen, sondern aus der Zirkulationssphäre: Das Fungieren von Maschinen im Produktionsprozeß unterfällt nicht dem Eigentumsschutz, sondern dem Recht am Gewerbebetrieb und auch das nur, soweit ein unmittelbarer Angriff auf den Betrieb erfolgt. Die körperliche Verfügungsmöglichkeit über das Objekt jedoch wird geschützt<sup>66</sup>.

63 Inwieweit das APR in der Lage ist, seine dritte ihm zugeordnete Aufgabe, einen inneren Bereich von Privatheit vor weitergehenden Instrumentalisierungen zu schützen, zu erfüllen, ist sehr zweifelhaft - vgl. dazu Brehmer/Vogeli (FN 62).

64 Leitentscheidungen des BGH dazu: NJW 1952, 660 - Constanze I; NJW 1966, 1617 - Höllenfeuer.

65 Vgl. dazu die unterschiedliche Ausgestaltung des Rechts am Gewerbebetrieb im Demonstrationsrecht, Arbeitskampfrecht, Recht öffentlicher Kritik (Warentest), die sehr gut in dem Aufsatz von *Wielhöter* (FN 6) diskutiert wird. In dem Aufsatz konnte jedoch die neueste Tendenz im Recht öffentlicher Kritik nicht berücksichtigt werden: BGH NJW 1976, 620.

66 Vgl. dazu zuletzt BGH NJW 1977, 2264 ff.

Dasselbe gilt auch für die Körperverletzung. Sobald »evidente« Kriterien physischer Verletzung nicht mehr vorhanden sind, wird nicht einer medizinischen Definition von Körperverletzung gefolgt, sondern die allgemeine Verkehrsanschauung über den Krankheitsbegriff bemüht. Schockschäden sind danach nur dann Körperverletzungen, wenn sie nach der Verkehrsanschauung als Verletzung gelten. Die Intention ist, ein Ausufern von Schadensersatzleistungen zu verhindern<sup>67</sup>. Eine Leerformel wie Verkehrsanschauung ist jedoch offen für beliebige Zwecksetzungen. Sie werden im Bereich der Schockschädenrechtsprechung bislang nur noch nicht explizit gemacht.

Genug der Beispiele. Auf der Ebene der Rechtsdogmatik erscheint diese Entwicklung als Lehre vom Normzweck, die ursprünglich lediglich zur Eingrenzung des Schutzbereiches der Schutzgesetze i. S. v. 823 II entwickelt wurde, heute aber generell zur Bestimmung des Tatbestandes des deliktischen Handelns verwendet wird. Normzwecküberlegungen werden angestellt, um den geschützten Personenkreis, die Reichweite des geschützten Rechtsgutes und die deliktsrechtlich relevanten Begehungsweisen festzulegen<sup>68</sup>.

Die beschriebene zunehmende Verflechtung von subjektiven Rechten und geschützten Rechtsgütern in gesellschaftliche Prozesse hat außerdem zur Folge, daß das zentrale Dogma zerbröckelt, daß jeder für den Bestand seines eigenen Rechtskreises primär selbst verantwortlich ist, daß sich daher jedermann Schäden selbst zuzurechnen hat, die aus dem eigenen Gebrauch seiner Sachen sich ergeben. Ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis war insoweit früher nicht denkbar. Entsprechend war auch der Handlungsbegriff beschränkt. Heute ist es für die Rechtsprechung und die Rechtslehre kein Problem mehr, einen Eingriff des Produzenten fehlerhafter Waren in das Eigentum und die körperliche Integrität des Verbrauchers zu konstruieren. Die Handlung findet nicht mehr ihre Grenze an dem willentlichen Akt eines anderen, sondern ist reduziert auf ein Setzen irgendeiner Bedingung. Das Inverkehrbringen von Waren, die z. B. für Verletzungen ursächlich sind, ist heute allgemein anerkannt als tatbestandsmäßige deliktische Handlung. Ebenso wird z. B. dem verfolgten Schwarzfahrer bzw. Straftäter der von ihm nicht aktiv herbeigeführte Sturz eines ihn verfolgenden Kontrolleurs bzw. Polizisten als tatbestandsmäßige deliktische Handlung zugerechnet<sup>69</sup>. Eingegrenzt werden derartig schrankenlos ausgeweitete Haftungstatbestände dann über Normzwecküberlegungen (Interessenabwägung) und – von einem Teil der Lehre gefordert, von der Rechtsprechung zum Teil praktiziert – über die Ersetzung der Indikationswirkung der Tatbestandsmerkmale für die Rechtswidrigkeit durch ihre positive Begründung. Rechtswidrigkeitsmaßstab ist dabei der allgemeine Sorgfaltsmaßstab (Lehre vom Handlungsunrecht)<sup>70</sup>.

Über Normzweckerwägungen und Statuierung objektiver Sorgfaltspflichten als Maßstäbe für die Grenzen rechtmäßigen Handelns findet also eine an Zwecken ausgerichtete Abgrenzung von Risikosphären statt. Funktional zu bestimmten Zwecken gefaßte Schutzbereiche sind jedoch nicht mehr in Kategorien absolut geschützter Rechte und Rechtsgüter abbildbar. Das führt zu einer Erosion der

67 Vgl. BGHZ 56, 163 ff.

68 Zur Normzweckdiskussion vgl. *Esser-Schmidt*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilb. 1, Karlsruhe 1976, 184 ff.; *E. Schmidt*, Normzweck und Zweckprogramm, in: *R. Dubischar u. a.*, Dogmatik und Methode, Kronberg 1975, 139 ff.

69 Vgl. BGH NJW 1971, 1980, 1982.

70 Zur Diskussion von Erfolgs- und Handlungsunrechtskonzepten vgl. *E. Schmidt*, Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts, in: *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, München 1974, 469 ff., 492 ff.; *Esser-Schmidt* (FN 68), 12 f.

Kategorie des absolut geschützten Rechts und des damit verbundenen Rechtskreisdenkens. Über dieses so geschaffene Instrumentarium ist eine flexible Ausweitung/Eingrenzung von Haftung möglich, ohne daß die Rechtsprechung gezwungen wäre, noch an präzise rechtsstaatliche Grenzen sich zu halten. Über dieses Instrumentarium lassen sich die unterschiedlichsten Inhalte und Zwecke durchsetzen. Bedürfnisse des Kapitals zum einen nach neuen, seiner zunehmenden Vielgestaltigkeit entsprechenden Rechtsformen, zum zweiten Interessen an der Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Systems, zum dritten Verbraucherschutzinteressen und zum vierten Repression von Klassenauseinandersetzungen oder sozialem Verhalten, das die Verkehrsform Vertrag unterläuft oder sonst den politisch-sozialen status quo empfindlich stört.

#### 4. Gängige Erklärungsmuster und ihre Kritik

Es gibt zwei Gruppen gängiger Erklärungsmuster für die im vorstehenden referierten Entwicklungen:

*Einerseits* Veränderungen in der Einstellung der Betroffenen zu den eintretenden Schäden:

- es greife eine Versorgungsmanie um sich, der Mensch nehme Schicksalsschläge nicht mehr in Demut hin<sup>71</sup>;
- der Gedanke des sozialen Rechtsstaats habe sich durch erfolgreiche Kämpfe der Arbeiterbewegung durchgesetzt<sup>72</sup>;

*andererseits* sozialer und technischer Wandel:

- Erhöhung von Unfallrisiken durch technische Entwicklungen, sowohl was die Entstehung als auch was die Höhe der Schäden betrifft;
- Ausfall der Großfamilie als Instrument sozialer Sicherung;
- Herausbildung und Verfeinerung des Versicherungswesens als Voraussetzung für die Erweiterung von Ersatzpflichten (Auffangen ruinöser Ersatzforderungen);
- Herausbildung des Sozialversicherungssystems<sup>73</sup>;
- Erweiterung des Konsumtionsfonds der Arbeiterklasse<sup>74</sup>; wo nichts ist, gibt es auch keine Vermögensschäden;
- Steigen der Löhne über das physische Existenzminimum: bei am physischen Existenzminimum orientierten Löhnen war die Armenpflege fast ebenso effektiv, so daß kein Grund zur Schadensersatzklage bestand<sup>75</sup>.

Alle diese Gründe erfassen jedoch nur Teilaspekte und verallgemeinern sie in unzulässiger Weise. Als einzelne Faktoren sind sie immer angreifbar:

- Die soziale Lage der Arbeiterklasse war schon vor Erlass des BGB ein politisches Problem, das immerhin dazu führte, daß der Grundstein zu einem umfassenden Sozialversicherungssystem damals schon gelegt wurde. Es ist also nicht so, daß zur damaligen Zeit keine Ansprüche auf Absicherung vor Unfällen, Krankheit, Besitzverlust gestellt worden wären. Das Rechtssystem hat sie nur nicht aufgenommen.
- Die technische Entwicklung war zur Zeit des Erlasses des BGB schon so weit, daß Schädigungen auf Grund von technisierten Produktionsprozessen und Verkehrs-

<sup>71</sup> F. *Hauß*, Entwicklungslinien des deutschen Schadensersatzrechts, *ZVersWiss* 56 (1967), 151 ff., 153; F. *Werner*, Das Problem des Richterstaates, 1960, 22 ff.

<sup>72</sup> So H. *Kötz*, (FN 57).

<sup>73</sup> Ebenda, 5 f.

<sup>74</sup> D. *Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, Berlin 1972, 117 ff.

<sup>75</sup> Ebenda, 120 ff.

- systemen ein Ausmaß annahmen, das bei dem jeweiligen Opfer oft den Verlust der Existenzgrundlage, im wesentlichen der Arbeitskraft, zur Folge hatte.
- In der Arbeiterklasse war die Familie gar nicht in der Lage, Existenzrisiken ihrer Mitglieder abzusichern, schon gar nicht diejenigen der Mitglieder der »Großfamilie«<sup>76</sup>.
  - Die Herausbildung des Versicherungswesens und der Sozialversicherung kann nicht zur Erklärung der hier aufgezeigten Entwicklung herangezogen werden, sondern ist deren Teil und damit selbst erklärungsbedürftig.
  - Die Veränderung von Einstellungen schließlich ist nur als abgeleitetes Phänomen begreifbar. Ideologien verändern sich mit den sozialen Lebensverhältnissen und wirken an deren weiterer Veränderung mit. Aber sie treiben diese Veränderungen nicht selbst allein hervor.

In alle diese Erklärungen gehen gleichwohl mehr oder weniger zutreffende Beobachtungen ein, die ihren Erklärungswert aber erst in einem theoretischen Zusammenhang erhalten, der es gestattet, Funktion und Grenzen der aufgeführten einzelnen Faktoren zu bestimmen. Um darüber hinaus die Ursachen der einzelnen Rechtsentwicklungen zu erforschen, bedarf es noch intensiver rechts- und sozialhistorischer Forschung. Ich möchte mich hier auf die knappe Darstellung eines theoretischen Ansatzes beschränken, der für die weitere Arbeit an diesem Gegenstand nutzbar gemacht werden kann.

Ansatzpunkt ist dabei ein Moment, das den oben beschriebenen Entwicklungen gemeinsam ist, das aber in den gerade angeführten Erklärungsversuchen ausgeblendet wird: Sie sind Produkte staatlichen Handelns, das nicht *unmittelbar* bestimmt ist durch gesellschaftliche Veränderungen.

Die Vernachlässigung des staatlichen Handelns ist auch bei einigen marxistischen Ansätzen zu beobachten, die entweder die Erfordernisse des kapitalistischen Verwertungsprozesses oder das Kräfteverhältnis der Klassen (Stichwort: von der Arbeiterklasse durchgesetzte Forderungen) als Erklärung heranziehen<sup>77</sup>. Es ist zwar richtig, davon auszugehen, daß es eine funktionale Beziehung des Staates zur ökonomischen Struktur der Gesellschaft gibt. Diese ist jedoch weder eine direkt kausale noch gar eine instrumentelle. Weder setzen sich Erfordernisse des Verwertungsprozesses unmittelbar und zielgerichtet in zweckmäßiges staatliches Handeln durch, noch ist der Staat ein beliebig einsetzbarer Apparat im Dienste organisierter Interessen oder der herrschenden Klasse. In ihm läßt sich jedoch die Struktur kapitalistischer Produktionsverhältnisse und Klassenbeziehungen wiedererkennen.

Systematisch betrachtet ist staatliche Intervention in den privaten Allokationsprozeß unnötig, solange und soweit sich das gesellschaftliche Leben über die Verkehrsform des Vertrages, d. h. über Tauschbeziehungen abspielt<sup>78</sup>. Denn wenn jeder

<sup>76</sup> Die Großfamilie war zudem nie die dominante Form im Westeuropa des bürgerlichen Zeitalters. Vgl. M. Mitterauer, Der Mythos von der vorindustriellen Großfamilie, in: *Mitterauer/Sieder, Vom Patriarchat zur Partnerschaft*, München 1977, 38 ff.

<sup>77</sup> Zu diesem Komplex vgl. U. K. Preuß, *Bildung und Herrschaft*, Frankfurt a. M. 1975; ders., Zum Strukturwandel politischer Herrschaft im bürgerlichen Verfassungsstaat; C. Offe, V. Ronge, Thesen zur Begründung des Konzepts des »kapitalistischen Staates« und zur materialistischen Politikforschung, beide in: C. Pozzoli (Hrsg.), *Rahmenbedingungen und Schranken staatlichen Handelns*, Frankfurt a. M. 1976, 71 ff., 54 ff.; W. D. Narr, C. Offe, Einleitung zu dies. (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, Köln 1975, 9 ff.; G. Lenhardt, C. Offe, *Staatstheorie und Sozialpolitik*, in: Chr. v. Ferber, F.-X. Kaufmann (Hrsg.), *Soziologie und Sozialpolitik*, Opladen 1977, 98 ff.; U. Billebeck, *Politische Autonomie und Sozialpolitik im Kapitalismus*, in: A. Murawieck (Hrsg.), *Staatliche Politik im Sozialsektor*, München 1976, 166 ff., 167 f.; W. Voegeli, *Einphasige Juristenausbildung. Zur Pathologie der Reform*, Frankfurt a. M. 1979, 41 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Offe/Ronge (FN 77), 57.

Eigentümer von Kapital oder Arbeitskraft seine Waren am Markt tauscht, ist einerseits offensichtlich die Bereitschaft gegeben, sich über Austauschprozesse zu vergesellschaften, andererseits die Akkumulation des Kapitals gesichert und damit auch das Einkommen des Staates über Steuern. Wenn allerdings Teile des Kapitals oder der Arbeitskraft sich nicht mehr austauschen, so haben wir es mit krisenhaften Erscheinungen zu tun. Aber auch diese regulieren sich diesem Modell zufolge über den Preismechanismus selbst. Funktion des Staates ist daher im wesentlichen die formale Garantie universalistischer Verkehrsformen<sup>79</sup> (dazu Abschnitt 1) und ihrer Voraussetzungen. Die Ausrichtung staatlichen Handelns am Akkumulationsprozeß ist damit immer schon gegeben. Die Tatsache, daß ökonomische Krisen sich nicht notwendigerweise selbst regulieren, daß mit der kapitalistischen Produktionsweise, insbesondere in Krisen, soziale Notlagen produziert werden, in denen deutlich wird, daß die Verkehrsform Vertrag keinen Gebrauchswert mehr hat, so daß politische Konflikte entstehen (können), machte es seit Beginn der Industrialisierung in zunehmendem Maße notwendig, den Akkumulationsprozeß nun in seinen einzelnen Elementen inhaltlich zu garantieren<sup>80</sup>. Da dieser unter Bedingungen privater Produktion selbst nicht staatlich organisierbar ist, müssen die einzelnen Bedingungen garantiert werden, »unter denen jeder Bürger in Tauschbeziehungen einbezogen ist«<sup>81</sup>. »Die Herstellung und Universalisierung der Warenform ist der allgemeinste Bezugspunkt, im Hinblick auf den sowohl die einzelnen Strategien staatlicher Politik als auch die Widersprüche analysiert werden können, die sich aus Struktur und Funktion des kapitalistischen Staates ergeben«<sup>82</sup>.

Die funktionale Zuordnung staatlichen Handelns zu der Universalisierung der Warenform besagt nun weder, daß es intentional auf diesen Bezugspunkt gerichtet noch daß es prinzipiell in der Lage ist, die sich aus dieser funktionellen Beziehung ergebenden Notwendigkeiten im Einzelfall zu konkretisieren und die geeigneten Maßnahmen zu treffen. Es ist vielmehr zunächst an der Erhaltung der eigenen Ressourcen: finanzielle Mittel und Massenloyalität orientiert<sup>83</sup>. Es ist darüber hinaus über eine Vielzahl von Instanzen zersplittert, die je unterschiedlichen Einflüssen unterliegen und in denen je unterschiedliche Wahrnehmungs- und Handlungsmöglichkeiten existieren. Staatliches Handeln kann dann eher beschrieben werden als Versuch, angenommene Erfordernisse der Sicherung des wirtschaftlichen Wachstums und des kapitalistischen Wirtschaftsprozesses mit entgegenstehenden zugelassenen politisch-sozialen Forderungen (Gerechtigkeit, soziale Sicherheit, Recht auf Arbeit etc.) in Einklang zu bringen<sup>84</sup>. Sowohl bei der Politikformulierung als auch ihrer Implementation wirken je nach staatlicher Instanz die unterschiedlichsten politischen Kräfte ein. Von daher ist staatliches Handeln prinzipiell ambivalent. Denn es ist kein Mechanismus ersichtlich, der die Funktionalität irgendwelcher Maßnahmen von vornherein garantieren könnte.

Es ist daher nicht verwunderlich, daß Politiken, deren objektive Funktion die Universalisierung der Warenform ist, Folgen haben, die zu dieser Funktion in Widerspruch geraten können:

- Auf einer ökonomischen Ebene stellen sie einerseits einen Abzug vom gesamtge-

<sup>79</sup> Dazu Preuß (FN 77), 35, 54 ff.; zur Bedeutung der Verkehrsform vgl. auch H. Reichelt, Zur logischen Struktur des Kapitalbegriffs bei Karl Marx, 1. A., Frankfurt a. M. 1971, 59 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Preuß (FN 77), 68.

<sup>81</sup> Offe/Ronge (FN 77), 57.

<sup>82</sup> Ebenda, 58.

<sup>83</sup> Vgl. dazu Narr/Offe (FN 77), insbes. S. 26; J. O'Connor, Die Finanzkrise des Staates, Frankfurt a. M. 1974.

<sup>84</sup> Vgl. Lenhardt/Offe (FN 77).

sellschaftlich zu verteilenden Mehrwert dar, andererseits beschneiden sie die Möglichkeiten, daß Einzelkapital und individuelle Arbeitskraft sich am profitabelsten verwerten.

- Auf einer organisatorischen Ebene entstehen Formen staatlicher oder halbstaatlicher Verwaltung, über die zunehmende Teile der Gesellschaft ihren gesellschaftlichen Zusammenhang erhalten. Für sie verliert die Verkehrsform des Vertrages teilweise ihre Bedeutung, und an ihre Stelle tritt die Teilhabe an staatlichen Sozialleistungen.
- Auf einer ideologischen Ebene schließlich wird »das normative Syndrom des ›possessiven Individualismus«<sup>85</sup> angegriffen, das die Voraussetzung für die Bereitschaft ist, sich über Tauschbeziehungen zu vergesellschaften und deren Ergebnisse als selbst zurechenbare oder schicksalhafte hinzunehmen. Denn nun sind Ergebnisse von Austauschverhältnissen nicht mehr lediglich das Ergebnis nicht beeinflussbarer Marktprozesse, sondern auch politischer Prozesse.

Auf allen drei Ebenen können aus diesen Widersprüchen Konflikte entstehen, die wiederum staatliche Intervention herausfordern, sei es regulierender, sei es repressiver Art.

##### 5. Ambivalenzen in der Entwicklung des Haftungsrechts

Das individualistisch konzipierte Delikts- und Schadensrecht, das individuellen Schadensausgleich auf Grund individueller Verantwortung normierte, aber die Funktion hatte, das aufstrebende Kapital von Haftungen zu entlasten und die sozialen Kosten der kapitalistisch organisierten Produktion den betroffenen Individuen als Unglück aufzubürden, wird mehr und mehr zu einem kollektiven Schadensverteilungssystem. Schäden werden zunehmend nicht als individuell zu tragendes Unglück, nicht als Aktualisierung eines eigenen, sondern eines fremden Risikos angesehen. Es findet jedoch keine individuelle Kostentragung, sondern eine kollektive statt. Haftungsausweitungen sind dann, wenn wir von den verbleibenden präventiven Wirkungen absehen, Veränderungen des Systems sozialer Sicherungen, der individuellen Teilhabe an staatlich verwalteten Sozialleistungen unabhängig davon, ob die Schadensverteilung über staatliche Institutionen oder über Privathaftpflichtversicherungen und Preise organisiert wird.

Gleichzeitig verliert die klassische Kategorie des absolut geschützten subjektiven Rechts zunehmend an Bestimmtheit und wird durch Normzweckbestimmungen und Handlungsunrechtskonzepte überlagert. Nicht mehr das Verbot des Eingriffs in räumlich-gefaßte Herrschaftssphären ist das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung von erlaubtem und unerlaubtem Handeln, sondern das zweckhaft bestimmte Handlungsgebot<sup>86</sup> (z. B. Verkehrssicherungspflichten als Erfolgsabwendungspflichten). Nicht normierte Zwecksetzungen werden so zur entscheidenden Schaltstelle für die Frage Haftung/Nichthaftung, d. h. einerseits Ausweitung/Nichtausweitung des Bereichs kollektiv zu verteilenden Schadens, andererseits Repression/Nichtrepression als unerwünscht definierter Handlungsweisen.

Die im dritten Abschnitt beschriebenen Entwicklungen bedeuten also zweierlei: Erstens ist die Schadensverteilung anstelle des individuellen Schadensausgleichs zu der zentralen Funktion des Haftungsrechts geworden. Breite Streuung von Schadensrisiken ist der Sache nach ein Einkommenstransfer, wie ihn Sozialleistungen

<sup>85</sup> Offe/Ronge (FN 77), 69.

<sup>86</sup> Vgl. dazu R. Wietölter, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe 1960.

bewirken. Zweitens handelt es sich um eine Funktionalisierung sämtlicher Elemente des Haftungstatbestandes für politische Zwecke (in unserem Zusammenhang: sozialpolitische und/oder repressive). Neu ist das gegenüber den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers insofern, als dieser das System des formalen bürgerlichen Haftungsrechts für die Zwecke der Enthftung des Kapitals (s. 2. Abschnitt) verwendet hat. Jetzt werden die einzelnen Elemente jedoch zweckhaft aufgeladen.

Was die Schadensverteilung angeht, so hat sie, wie die meisten Sozialleistungen, die Funktion, das ökonomische Überleben der Geschädigten zu sichern. Maßstab ist dabei das historisch jeweils erreichte Niveau der Reproduktion. Zum Problem wird das ökonomische Überleben der Geschädigten in der Regel nicht dadurch, daß durch Arbeitsausfall der Kapitalverwertungsprozeß gestört würde, denn es gab bis auf kurze Perioden immer einen relativen Überfluß an Arbeitskraft. Das Problem ist die Verhinderung alternativer Vergesellschaftungsformen einerseits, die Sicherung von Massenloyalität andererseits<sup>87</sup>. Dabei geht es nicht nur um aktuelle, sondern auch um antezipierte Problemlagen. Die Erhaltung der Tauschfähigkeit der Arbeitskraft bzw., wo das nicht möglich, die Aussicht auf eine Rente, soll die Bereitschaft erhalten, daß alle Lohnabhängigen ihre Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt anbieten. Sie sollen nicht auf andere Formen der Vergesellschaftung (Raub, Betteln, Armenhilfe etc.) verfallen oder gar die gesellschaftliche Produktion direkt ergreifen wollen, weil der Austausch der Arbeitskraft keinen Gebrauchswert mehr hat.<sup>88</sup> Dieselbe Funktion haben die präventiven Wirkungen verschärfter Haftungen (soweit vorhanden) und der Versicherungssysteme, nur daß hier bereits im Vorfeld angesetzt wird, nicht wieder rückgängig zu machende Schädigungen zu unterbinden.

Mit der Entwicklung derartiger Entschädigungspolitiken von Gesetzgeber und Rechtsprechung entsteht dann allerdings ein erhöhtes Anspruchsniveau, was die zu ersetzenden Schäden angeht. Denn zentraler Bezugspunkt von Entschädigungssystemen ist nicht mehr die eigene Verantwortung für die Integrität des eigenen Rechtskreises, sondern die ökonomische Überlebensfähigkeit auf dem jeweiligen historischen Niveau, unabhängig davon, wer »verantwortlich« ist. Es entsteht damit eine Inflation von Ansprüchen, die sowohl die direkten staatlichen Sozialleistungen als auch die indirekten (über Haftungen) betreffen. Andererseits entwickelt sich mit zunehmenden Haftungen ein Markt für Versicherungen und damit die Möglichkeit, immer mehr Ansprüche durch Umverteilen zu erfüllen. Der jeweilige Stand der Entwicklung des Schadensausgleichssystems reflektiert daher die Vereinbarkeit von Ersatzansprüchen mit Erfordernissen der Kapitalverwertung und mit eigenen Interessen staatlicher oder halbstaatlicher Träger von Sozialleistungen<sup>89</sup>.

87 Vgl. dazu *Lenhardt/Offe* (FN 77), 109; schon Bismarcks Sozialgesetzgebung hatte diese Funktion (vgl. *Bismarck*, Begründung zur Vorlage des Gesetzesentwurfs zur Krankenversicherung, Verhandl. des dt. Reichstags, 5. Legisl.-Per., 2. Sess., 5. Bd. 140: »Bei vielen Arbeitern ist . . . eine ernste Krankheit die Quelle einer Minderung der Erwerbsfähigkeit, wenn nicht völliger Erwerbsunfähigkeit für die ganze Lebenszeit.«) Die Tatsache, daß die damals geschaffene materielle soziale Sicherung nicht sehr weit ging, zeigt, daß es mehr auf das Erzeugen einer Illusion ankam, die Orientierungen schafft. Illusionen halten jedoch nicht lange. Sie bringen vielmehr Ansprüche hervor, an denen irgendwann auch die Realität gemessen wird.

88 Dazu *Lenhardt/Offe* (FN 77), 102; diese integrative Funktion von Sozialpolitik war ihren Exponenten auch bewußt, vgl. *Bismarck* in der Reichstagsitzung vom 26. 11. 1884: »Wenn es keine Sozialdemokratie gäbe und wenn nicht eine Menge Leute sich vor ihr fürchteten, würden die mäßigen Fortschritte, die wir überhaupt mit der Sozialreform gemacht haben, auch noch nicht existieren.« Die Verbindung von Sozialpolitik und politischer Repression über die kapitalistische Gesellschaftsformation hinausweisender Aktivitäten wird gerade an der engen Verknüpfung von Bismarck'scher Sozialgesetzgebung und Sozialistengesetzen deutlich. Vgl. dazu *G. Brüggemeier* (FN 2), 68 ff.; *J. Kuczynski*, Die Geschichte der Lage der Arbeiter unter dem Kapitalismus, Bd. 3, Berlin 1962, 79 ff.

89 Vgl. *Lenhardt/Offe* (FN 77), 116.

Die Funktionalisierung der Kategorie des absoluten Rechts durch Normzwecküberlegungen und objektive Sorgfaltspflichten als Rechtswidrigkeitsmaßstab schließlich läßt sich ebenfalls in diesem Rahmen erklären. Nicht nur, daß das Kapital durch die Sanktion räumlich-gegenständlicher Herrschaftsbereiche mit zunehmender Wandelbarkeit seiner Formen nicht mehr ausreichend geschützt war, vor allem aber die Tatsache, daß Schadensersatzrecht zum Vehikel von Sozial- und Wirtschaftspolitik wurde, ließ eine gestiegene Flexibilität der Abgrenzung von Haftung/Nicht-Haftung notwendig werden. An Zwecken orientierte Politiken sind in Kategorien absolut geschützter Rechte und Rechtsgüter nicht mehr zureichend abbildbar. Sie benötigen vielmehr ein Instrumentarium, das flexible Anpassung an die sich verändernde gesellschaftliche Umwelt zuläßt, sowohl was die Gewährung von Ausgleich als auch was die Repression über den Status quo hinausweisender Aktivitäten angeht. Nicht nur die Kategorie des absoluten Rechts wird damit funktionalisiert sondern tendentiell alle Normelemente des Haftungstatbestandes. Was Eigentum, was eine Körperverletzung etc. ist, kann so abhängig von Zweckerwägungen bestimmt werden, einerlei ob es sich um Verbraucherschutz<sup>90</sup>, Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Prozesses<sup>91</sup> etc. oder Kanalisierung von Klassenauseinandersetzungen<sup>92</sup> oder Repression von Verhalten handelt, das die Verkehrsform Vertrag unterläuft<sup>93</sup> oder sonst auf direkte politische Gestaltung aus ist<sup>94</sup>.

Allerdings birgt diese politische Instrumentalisierung des Deliktsrechts Risiken: *Erstens* ist der zentrale Bezugspunkt des Deliktsrechts nicht mehr die Gleichheit der warentauschenden Subjekte am Markt, nicht mehr der individuelle Ausgleich, sondern die politisch vermittelte soziale Sicherung vor bestimmten Lebensrisiken, die Schadensverteilung. »Unglück« wird so nicht mehr so sehr als selbst zurechenbares, selbst zu tragendes erfahren, sondern als sozial ausgleichendes. Davon kann die Ideologie des possessiven Individualismus nicht unberührt bleiben.

*Zweitens* ist Deliktsrecht nicht mehr zentral auf die Verkehrsform des Vertrages bezogen, sondern vermittelt nun selbst die Teilhabe an einem System sozialer Sicherungen, erhält eigene sozialpolitische Funktionen. In Teilbereichen wird es sogar völlig durch den direkten Ausgleich über Sozialversicherungssysteme ersetzt. Es entsteht dadurch ein Bereich, in dem Vergesellschaftung nicht mehr über Tauschbeziehungen organisiert ist. Das gilt auch für die Schadensverteilung über Haftungen. Entsprechend lassen sich im Deliktsrecht Ansätze für Formen finden, über die »bargaining«-Prozesse über Teilhabe an staatlich organisierten Ausgleichsleistungen möglich werden. Hier gibt es eine Reihe von Entwicklungen, deren Effekt in diesem Rahmen weiter zu diskutieren wären: Verlagerung der Interessenauseinandersetzung auf die Regreßebene (Haftpflchtigversicherung – Sozialversicherung), Schadensteilungsabkommen, Musterprozesse, organisierter Rechtsschutz, Verbandsklagen und weitergehend in den USA: die Schadensersatzklage für das Kollektiv aller Geschädigten, die »class action«.

Diese Risiken dürfen aber nicht überbewertet werden. Bargaining um Teilhabe an Ausgleichsleistungen schließt den direkten Zugriff auf die Bestimmung der Risiken aus, die gesellschaftlich tragbar sind, weil hier nicht Ursachen beseitigt, sondern

90 Vgl. hierzu die Entwicklung z. B. der Rechtsprechung zur Produzentenhaftung, dargestellt bei S. Simitis (FN 45).

91 Vgl. hierzu die umfangreiche Rechtsprechung z. B. zum gewerblichen Rechtsschutz.

92 Beispielhaft hierfür ist die Sanktionierung des politischen und des wilden Streiks durch Schadensersatzforderungen. Vgl. dazu X. Rajewsky, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1968.

93 Vgl. dazu BGH NJW 1971, 1980 ff. – Schwarzfahrer; BGHZ 17, 376 ff., 383; 59, 286 ff. – Gema; OLG Hamburg NJW 1977, 1347 – Ladendiebstahl.

94 BGH NJW 1972, 1366; 1571; 1975, 49 – Demonstration und Hausbesetzung.

Folgen gelindert werden. Damit wird sozialer Ausgleich geschaffen, ohne daß sich an den Ursachen für die Probleme etwas ändern muß. Es handelt sich ja lediglich um die Verteilung der Lasten, der negativen externen Effekte auf die Allgemeinheit<sup>95</sup>. Es ist auch kein Zufall, daß die beschriebenen Wandlungen des Deliktsrechts sich im Gewande des individualistischen formalen Privatrechts vollzogen haben. Individuelle Verantwortlichkeit für das eigene Schicksal, soweit nicht fremde individuelle Verantwortlichkeit über Verschulden konstruierbar, als einer der weiterhin Geltung beanspruchenden Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts soll auch in Zukunft die politische Dimension von Deliktsrecht tendenziell verschleiern. Die Aktualisierung von Risiken wird auch weiterhin noch als individuell (selbst- oder fremd)verschuldet oder als Macht des Schicksals erfahren, wovor man sich nur durch individuelle Sorgfalt und individuelle Schadensvorsorge schützen könne. Allerdings gewinnen Vorstellungen kollektiver Vorsorge und kollektiven Ausgleichs an Boden. Weitergehende Perspektiven auf eine kollektive Gestaltung der gesellschaftlichen Umwelt und ihrer Risiken könnten sich dann eröffnen, wenn der Gebrauchswert der Teilhabe an sozialen Ausgleichsleistungen zweifelhaft wird, wie das Beispiel der Auseinandersetzung über die Nutzung von Atomkraft zeigt.

95 Vgl. Narr/Olff (FN 77), 23 ff.; Lenhard/Olff (FN 77); Preuß (FN 77), 70.

Michael Wolf Thomas (Hg.)

# Ein anderer Rundfunk- eine andere Republik oder die Enteignung des Bürgers

J. H. W. Dietz Nachf.

VERLAG J.H.W. DIETZ NACHF. AKTUELL

Das vorliegende Buch begnügt sich nicht mit einem Appell an den „mündigen“ Bürger, seine Rechte zu wahren gegenüber den Systemverändern der Machtpolitik und des Kommerz. Es ist eine Analyse der rivalisierenden Kräfte und ein Ausblick auf einen möglichen Alptraum ebenso wie eine Anleitung zum Argumentieren und Handeln.

Mit Beiträgen von Jörg Becker, Axel Eggebrecht, Walter Fabian, Heinz Hostnig, Friedrich W. Hymmen, Marie L. Kiefer, Hans J. Kleinstüber, Volker Meudt, Harry Pross, Fritz Sängler, Wieland Schulz-Keil, Michael W. Thomas und Jan Thorn-Prikker.

180 Seiten. 9,80 DM  
Verlag  
J. H. W. Dietz Nachf.

In Ihrer  
Buchhandlung

AKTUELL-VERLAG J.H.W. DIETZ NACHF.

AG J.H.W. DIETZ NACHF. AKTUELL-VERLAG