

Verkehrsanschauung und Sozialadäquanz im Haftungsrecht

Grundlegendes zur Bestimmung der gebotenen Sorgfalt in Deutschland, Österreich und der Schweiz

Stefan Jahn

A. Problemaufriss

Das schweizerische Bundesgericht erhebt den „durchschnittlich sorgfältigen Menschen“ zur Maßfigur im Haftungsrecht,¹ der Oberste Gerichtshof in Österreich verlangt die „nach der Verkehrsauffassung erforderlichen und zumutbaren Schutzmaßnahmen“² und der deutsche Bundesgerichtshof verneint eine Obliegenheit zum Tragen von Fahrradhelmen, weil ein entsprechendes „allgemeines Verkehrsbewusstsein“ fehle.³ Es scheint, als hätte der Durchschnittsmensch das Ruder übernommen, als wäre die Trennung von Sein und Sollen aufgehoben, die Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots der Sittengemeinschaft übertragen worden. Selbstverständlich steht es dem Bürgerlichen Recht nicht an, vom hohen Ross herab Unmögliches zu fordern, sondern braucht es den Blick ins Leben, die gesellschaftliche Wirklichkeit. Man wird daher vorhandenen Sicherheitserwartungen und Überzeugungen wohl nicht jede Bedeutung absprechen können. Gerade in Zeiten, da uns Grundrechte nicht nur Schutz vor dem Staat versprechen, sondern diesen auch zu unserem Schutz vor Dritten verpflichten, erschiene es jedoch seltsam, die nötige Abwägung nicht besonnen nach den Wertungen des Gesetzes vorzunehmen, sondern dem Gutdünken des Durchschnittsmenschen zu überlassen, der sich im Ernstfall doch meist selbst am nächsten ist und auch viel anderes als Recht in seine Entscheidungen einfließen lässt. Einem Gesetzgeber, der den Grundsätzen demokratischer Entscheidungsfindung und dem Schutz von Rechtsgütern verbunden ist, könnte eine solche Delegation nur schwer zugesonnen werden.

1 Etwa BGer 4A 179/2021.

2 Vgl. RIS-Justiz RS0023326; ähnl. BGH NJW 2023, 2037.

3 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 13 ff.; ähnl. RIS-Justiz RS0026828.

Wie sich zeigen wird, folgen Rechtsprechung und Lehre letztlich ohnehin einem normativen Sorgfaltskonzept. Dass dieses durch Formulierungen wie die eingangs zitierten teils verschleiert, teils durchbrochen wird, bezeugt die Unsicherheit, die weiterhin darüber besteht, welche Bedeutung dem Verhalten des realen Durchschnittsmenschen – und damit einer altbekannten Rechtstatsache – bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten und -obliegenheiten zukommt. Der vorliegende Beitrag versucht, Abhilfe zu schaffen.⁴

B. Begriffliches

I. Verkehrsanschauung

Neben der Verkehrsauffassung und dem Verkehrsbewusstsein werden im gegebenen Zusammenhang häufig die Verkehrssitte, die Verkehrsübung und vor allem die Verkehrsanschauung angerufen, wobei die Begriffe uneinheitlich und vielfach austauschbar verwendet werden. Verkehrsübung und Verkehrssitte stellen freilich stärker auf das tatsächliche Verhalten des Durchschnittsmenschen ab, während die übrigen Begriffe eher dessen innere Einstellung und Überzeugung beschreiben.⁵ Allesamt werden sie nicht immer rein tatsachenbezogen gebraucht, sondern mitunter normativ aufgeladen, sodass teilweise unklar ist, inwieweit die jeweilige Maßfigur überhaupt in der Wirklichkeit verwurzelt oder in Wahrheit schon die personifizierte Rechtsordnung gemeint ist.⁶

Wenn die genannten Begriffe im Folgenden Verwendung finden, soll damit auf tatsächlich geübtes Verhalten oder tatsächlich im Verkehr bestehende Ansichten Bezug genommen werden. Mit einem „normativen Sorgfaltsmaßstab“ ist hingegen ein von solchen Tatsachen unabhängiger Maßstab gemeint.

4 Das Delikt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB, § 1295 Abs. 2 ABGB, Art. 41 Abs. 2 OR) soll dabei aufgrund des von der allgemeinen Verschuldenshaftung abweichenden Beurteilungsmaßstabs außer Betracht bleiben.

5 Vgl. P. Rummel, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972, 91.

6 Vgl. etwa M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Wien 1974, S. 50 f., der bei der Bestimmung der Verkehrssitte nur das Verhalten gewissenhafter und verständiger Verkehrsteilnehmer berücksichtigen will.

II. Sozialadäquanz

Ähnlich schillernd ist der Begriff der Sozialadäquanz:⁷ Zwar bezieht er sich stets auf Beeinträchtigungen, die allgemein hinzunehmen sind; unklar ist aber, worauf sich diese Duldungspflicht stützt. Beruft man sich bloß auf rechtliche Wertungen, erscheint der Begriff irreführend und entbehrlich. Begründet man sie hingegen mit der „geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens“,⁸ wird auch hier auf Verhalten und Anschauung des Verkehrs Bezug genommen.⁹ Zeigt sich, dass der geltende Sorgfaltsmaßstab von Verkehrssitten unabhängig ist, sollte daher auch der Begriff der Sozialadäquanz vermieden werden.

C. Dogmatische Verortung

Jede Verschuldenshaftung gründet sich in einem Verhaltensvorwurf. Ihre Prüfung setzt daher immer die Bestimmung von Sorgfaltspflichten voraus, verlangt also auch eine Entscheidung für oder gegen die Berücksichtigung der Übung und Anschauung des Verkehrs. Trotz der zahlreichen Gemeinsamkeiten der haftungsrechtlichen Regelungen und Lehren in Deutschland, Österreich und der Schweiz ist die gegenständliche Problematik doch jeweils in andere Deliktsstrukturen eingebettet. Diese gilt es im Folgenden kurz darzustellen (siehe auch die Tabelle auf Seite 268¹⁰).

7 Vgl. H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., Wien 2020, Rn. C/1/50; F. Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Berlin 2020, S. 23; E. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 243 ff.

8 So H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) 491 (516 f.), der den Begriff prägte. Vgl. A. Eser, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, FS Roxin, Berlin/New York 2001, S. 199 (203) sowie insb. auch H. C. Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777, aber offenbar mit Einschränkungen: „falls die Regeln vernünftig und zur Vermeidung von Verletzungen geeignet waren“ (1778).

9 Vgl. Ruppert, Sozialadäquanz (Fn. 7), S. 152 f., 220 ff.

10 Die Tabelle beruht auf der in diesem Kapitel zitierten Literatur. Vgl. insb. D. Looschelders, Schuldrecht BT, 18. Aufl., München 2023, S. 543; J. Hager in: Staudinger, BGB, Berlin 2017, § 823 Rn. A 1 ff.; E. Karner in: P. Bydlinski/S. Perner/M. Spitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 7. Aufl., Wien 2023, §§ 1294 f.; I. Schwenzler/Ch. Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 8. Aufl., Bern 2020, §§ 19 f., 22, 50.

Deutschland	Schweiz	Österreich
ersatzfähiger Schaden, Kausalität¹ (inkl. Adäquanz ²)		
Tatbestandsmäßigkeit		Rechtswidrigkeit
bei unmittelbarer V(erletzung): RechtsgutsV (Erfolgsunrecht ³)		objektive Sorgfaltswidrigkeit: nach der gesamten Rechtsordnung gebotene Sorgfalt insb. mit Blick auf absolut geschützte Rechtsgüter, Schutzgesetze, Verbot vorsätzl. sittenwidr. Schädigung (Verhaltensunrecht ⁷) maßgerechter Durchschnittsmensch bzw. ⁸ durchschnittl. Fachmann in der konkreten Lage
bei mittelbarer V/Unterlassung: ⁴ VerkehrspflichtV		
oder: SchutznormV/vorsätzl. sittenwidr. Schädigung		
haftungsbegründende Kausalität⁵ (inkl. Adäquanz ⁶)		
bei Rahmenrechten: Interessenabwägung		
Rechtfertigungsgründe⁹		
Rechtswidrigkeitszusammenhang , rechtmäßiges Alternativverhalten		
Verschulden		
objektive Sorgfaltswidrigkeit:¹⁰		subjektive Sorgfaltswidrigkeit:
Vorsatz/Fahrlässigkeit		
im Verkehr erforderliche Sorgfalt bezüglich haftungsbegründendem Tatbestand	im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung einer Schädigung Dritter	Einhaltung der objektiven Sorgfalt (siehe RW)
sorgfältiger durchschnittl. Angehöriger des Verkehrskreises in der konkreten Lage; ¹¹ gewisse Subjektivierung durch Bildung auch etwa das Alter berücksichtigender Verkehrskreise		Fähigkeiten und Kenntnisse des konkreten Schädigers ¹² bzw. ⁸ eines durchschnittl. Fachmanns
Deliktsfähigkeit, Entschuldigungsgründe¹³		
insb.: Mitverschulden, Haftungsausschluss, Verjährung		
Anm: (1) D, tw. CH: <i>haftungsausfüllende Kausalität</i> (2) D: str.; insb. CH: inkl. <i>Unterbrechung des Kausalzusammenhangs</i> , str. (3) D, CH: gewichtige Mindermeinung für Verhaltensunrecht (4) CH: verbreitete Ansicht gegen Ausnahme (5) CH: str. (6) D: bes. str. (7) Abwehrrechte jedoch schon bei Erfolgsunrecht gewährt (8) bei <i>Sachverständigen</i> , d.h. wenn Tätigkeit besondere Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt (9) CH: u.U. auch bei PersönlichkeitsrechtsV; D: <i>Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens</i> (BGHZ 24, 21) nun allg. abgelehnt (10) D, CH: Abgrenzung str., wenn TB/RW handlungsbezogen; in D dann vielfach auf Rechtswidrigkeitsebene <i>äußere</i> , auf Verschuldensebene ebenfalls obj. <i>innere Sorgfalt</i> geprüft (11) CH: tw. <i>bonus pater familias</i> (12) zur obj. Sorgfalt widerleglich vermutet (13) nur in D und tw. in Ö relevant		

Vereinfachtes Prüfschema der deliktischen Verschuldenshaftung
in Deutschland, Österreich und der Schweiz

I. Deutschland

Nach der umstrittenen, in Deutschland aber noch herrschenden Lehre vom Erfolgsunrecht führt die Verletzung eines absolut geschützten Rechts(guts) grundsätzlich zur Tatbestandsmäßigkeit und mangels Rechtfertigungsgründen zugleich zur Rechtswidrigkeit des für die Verletzung kausalen Verhaltens.¹¹ Die Frage der objektiven Sorgfaltswidrigkeit stellt sich dann erst auf Verschuldensebene. Der vom BGH¹² einst postulierte „Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens“ – eine Art Verhaltensunrecht mit Beweislastumkehr – hat sich nicht durchgesetzt.¹³

Einige Ausnahmen vom Erfolgsunrecht werden jedoch anerkannt: Bei den sog. Rahmenrechten (insb. Persönlichkeitsrecht) wird die Rechtswidrigkeit nicht durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert, sondern bedarf positiver Feststellung durch Interessenabwägung.¹⁴ Zu einer deutlichen Annäherung an die Verhaltensunrechtslehre kommt es auch, wenn absolut geschützte Güter mittelbar oder durch Unterlassen beeinträchtigt werden: Nach herrschender Meinung führt in diesen Fällen nicht bereits die Rechtsgutsverletzung zu Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, sondern bedarf es dazu der Verletzung einer Verkehrspflicht.¹⁵ Diese soll jedoch nicht mit objektiver Sorgfaltswidrigkeit, mit der Verletzung einer „Verhaltenspflicht“ gleichzusetzen sein. Die Abgrenzung zum Verschulden ist hier überaus strittig. Nach wohl herrschender Meinung beschreiben Verkehrspflichten „umfassender und schärfer als die Verhaltenspflichten“ die angemessene „äußere Sorgfalt“, also das nach der Rechtsordnung idealerweise zu setzende Verhalten. Auf Verschuldensebene verbleibt dann noch die Prüfung der „inneren Sorgfalt“, ob also eine Maßfigur der Verkehrspflicht in der konkreten Situation überhaupt gerecht werden konnte.¹⁶

11 G. Spindler in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.8.2023, § 823 Rn. 78 f.; D. Ulber in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 276 Rn. 7; S. Grundmann in: F. J. Sacker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl., München 2022, § 276 Rn. 13 ff.; J. Hager in: Staudinger, BGB, Berlin 2021, § 823 Rn. H 14 ff.; a.A. R. Wilhelmi in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 823 Rn. 7; G. Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021, Kap. 5 Rn. 14 ff.; G. Caspers in: Staudinger, BGB, Berlin 2019, § 276 Rn. 13.

12 BGHZ 24, 21.

13 Wilhelmi (Fn. 11), § 823 Rn. 8.

14 Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 61 Rn. 5.

15 Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 79.

16 Hager (Fn. 10), § 823 Rn. A 6.

II. Schweiz

Auch in der Schweiz führt eine unmittelbare Verletzung absolut geschützter Güter nach der traditionellen und vom Bundesgericht wohl immer noch befürworteten Erfolgsunrechtslehre grundsätzlich ohne Weiteres zur Widerrechtlichkeit der Handlung;¹⁷ die Verhaltensunrechtslehre gewinnt hier freilich immer mehr Anhänger.¹⁸ Wie mittelbare Verletzungen und Unterlassungen zu beurteilen sind, ist in der Schweiz besonders umstritten: Zum Teil wird – wie in Deutschland – Rechtswidrigkeit erst bei einer Verletzung des „Gefahrensatzes“, also einer Verkehrspflichtverletzung angenommen, zum Teil bleibt man offenbar auch in diesen Fällen dem Erfolgsunrecht treu und zieht den Gefahrensatz erst auf Verschuldensebene heran.¹⁹ Wird die Widerrechtlichkeit handlungsbezogen ermittelt, was bei Schutzgesetzen, nach teilweise vertretener Ansicht aber eben auch bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen oder gar generell der Fall ist, stellt sich auch hier die Frage der Abgrenzung zum Verschulden. Zum Teil wird sie ähnlich dem deutschen Konzept der inneren und äußeren Sorgfalt vorgenommen, häufiger findet aber auch auf Verschuldensebene entweder noch eine vollständige Sorgfaltsprüfung statt oder verzichtet man umgekehrt gänzlich auf diese.²⁰

Auch sonst sind nur kleinere dogmatische Unterschiede zur deutschen Rechtslage ersichtlich: Die Interessenabwägung bei Persönlichkeitsverlet-

17 R. Brehm in: Berner Kommentar OR, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 41 Rn. 35; M. A. Kessler in C. Widmer Lüchinger/D. Oser, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 41 Rn. 31 ff.; K. Otfinger/E. W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 Rn. 23.

18 Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 50.28 ff.; H. Honsell/B. Isenring/M. A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 4 Rn. 2; W. Fellmann/A. Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Bern 2012, Rn. 334 ff.; W. Portmann, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 93/1997, 273 ff. Von manchen Befürwortern der Verhaltensunrechtslehre wird diese bereits als herrschende Lehre angesehen: V. Roberto, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, Rn. 4.08 ff.; H. Rey/I. Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Rn. 796, 800, 822.

19 Zum Meinungsstand W. Fischer/A. Böhme/F. Gähwiler in: J. Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OFK OR, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 41 Rn. 89; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 45 ff. Vgl. auch Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 50.29, 50.33.

20 Vgl. Roberto, HPR (Fn. 18), Rn. 7.18; R. H. Weber/S. Emmenegger in: Berner Kommentar OR, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 Rn. 119 ff.; Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 22.18 ff.; Honsell/Isenring/Kessler, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 21 f.; Portmann, Erfolgsunrecht (Fn. 18), 278 f.

zungen wird bei den Rechtfertigungsgründen eingeordnet (Art. 28 Abs. 2 ZGB).²¹ Das Verschulden wiederum bezieht sich nicht wie in Deutschland²² auf den haftungsbegründenden Tatbestand, sondern schlicht auf eine Schädigung Dritter, kann also offenbar auch dann vorliegen, wenn die Widerrechtlichkeit verneint wird (etwa bei bloßen Vermögensschäden ohne Schutzgesetzverletzung), was dann allerdings keine Rechtsfolgen nach sich zieht.²³

III. Österreich

Anders als in Deutschland und der Schweiz wird in Österreich die Verhaltensunrechtslehre allgemein anerkannt.²⁴ Zwar werden Abwehrrechte (insb. Notwehr, Unterlassungsansprüche) auch hier grundsätzlich bereits bei Erfolgsunrecht gewährt, die zur Haftungsbegründung erforderliche Rechtswidrigkeit wird jedoch erst bei objektiver Sorgfaltswidrigkeit des schadenskausalen Verhaltens angenommen.²⁵ Ob eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter oder von Schutzgesetzen vorliegt, spielt zwar bei der Begründung der Rechtswidrigkeit eine wesentliche Rolle, ist aber keine notwendige Bedingung, sondern gemeinsam mit allen anderen rechtlichen Wertungen bei der Ermittlung der im konkreten Fall objektiv gebotenen Sorgfalt zu berücksichtigen.²⁶

Ein weiterer fundamentaler Unterschied besteht auf Verschuldensebene: Hier gilt in Österreich ein weitgehend subjektiver Maßstab. Während das Verschulden in Deutschland und der Schweiz nach herrschender Meinung durch Abweichen vom Verhalten einer Maßfigur, also durch objektive Sorgfaltswidrigkeit begründet wird, führt dies in Österreich erst zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens, wohingegen beim Verschulden grundsätzlich zu prüfen ist, ob der Schädiger zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt

21 *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 4 Rn. 29.

22 Vgl. *R. Schaub* in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.6.2023, § 276 Rn. 56.

23 Vgl. *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 52b.

24 *G. Kodek* in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-ON, Vers. 1.03, 1.1.2018, § 1294 Rn. 21 ff. Insb. *R. Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners, Berlin 1975, S. 123 ff. betont freilich, dass das Verhaltensunrecht nach der Konzeption des ABGB Teil des Verschuldens ist, während bei der Rechtswidrigkeit – entgegen der heute herrschenden Meinung – vom Erfolgsunrecht ausgegangen wurde.

25 *Karner* (Fn. 10), § 1294 Rn. 3 f.

26 *Koziol*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/25 ff.; *R. Reischauer* in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB, 3. Aufl., Wien 2007, § 1294 Rn. 16.

auch persönlich befähigt war, mithin auch subjektive Sorgfaltswidrigkeit vorliegt. Dies wird bei Deliktsfähigen freilich widerleglich vermutet (§ 1297 ABGB).²⁷ Bei Personen, die eine Tätigkeit ausüben, die besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse verlangt (Sachverständige), ist der Verschuldensmaßstab zudem insofern objektiviert, als diese jedenfalls für das grundsätzliche Vorhandensein der erforderlichen Eigenschaften einstehen müssen (§ 1299 ABGB).²⁸

IV. Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung

Dass in Österreich grundsätzlich ein subjektiver Verschuldensmaßstab gilt, ist für die vorliegende Untersuchung nicht von Belang: Die Prüfung der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit ist jener der objektiven nachgelagert und es ist evident, dass die Verkehrsanschauung – wenn überhaupt – nur auf objektiver Ebene beachtlich sein kann. Freilich führt der Verzicht auf subjektives Verschulden in Deutschland und der Schweiz zu einer stärkeren Subjektivierung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit. Insbesondere werden bei der Bildung der für den Sorgfaltsmaßstab relevanten Verkehrsgruppen – anders als in Österreich – auch Eigenschaften wie etwa das Alter oder körperliche Beeinträchtigungen berücksichtigt.²⁹ Auf die Beantwortung der Ausgangsfrage, ob innerhalb dieser Verkehrsgruppen das reale Durchschnittsverhalten maßgeblich ist, hat dies aber keinen Einfluss.

Gewichtiger erscheint zunächst der zweite große Unterschied: Während die objektive Sorgfaltswidrigkeit in Österreich gemäß der Verhaltensunrechtslehre einheitlich auf Rechtswidrigkeitsebene geprüft wird, herrscht in Deutschland und der Schweiz weiterhin die Erfolgsunrechtslehre, weshalb sich die Frage der Relevanz des faktischen Verkehrsverhaltens dort grundsätzlich erst auf Verschuldensebene stellt. Soweit Einschränkungen von der Erfolgsunrechtslehre angenommen werden, kann sie freilich auch auf anderer Ebene eine Rolle spielen: Ist etwa die Verletzung einer Streupflicht zu prüfen, würde es bereits auf Tatbestandsebene in Betracht kommen, diese mit einer einschlägigen Verkehrsanschauung zu begründen. Anders als im Grundfall unmittelbarer Rechtsgutsverletzungen verspricht die Analyse des

27 Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 12.

28 Karner (Fn. 10), § 1299 Rn. 1.

29 Vgl. Caspers (Fn. 11), § 276 Rn. 43; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172; vgl. dort auch Rn. 178a.

faktischen Verkehrs – die notwendigerweise allgemeine Aussagen trifft – dann bei der Verschuldensprüfung kaum Erleichterung: Dort ist in diesen Fällen ja nur mehr die „innere Sorgfalt“ zu prüfen, also zu hinterfragen, ob selbst eine Maßfigur in der konkreten Lage die Streupflicht nicht hätte einhalten können, weil etwa der Wecker wider Erwarten seinen Dienst versagt hat.³⁰

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass in Deutschland und der Schweiz der relevante Schauplatz in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich auf Verschuldensebene, insbesondere im Falle Deutschlands vielfach aber bereits auf Tatbestandsebene liegt, während in Österreich allein die Rechtswidrigkeit zu betrachten ist. Ansonsten ist die unterschiedliche dogmatische Einordnung und teilweise Aufspaltung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit im gegenständlichen Zusammenhang aber nicht von Bedeutung, weil es letztlich immer um die Frage geht, welches Verhalten in einer konkreten Situation nach einem objektiven Maßstab geboten ist. Die verschiedenen Abstraktionsgrade und Bezugspunkte sollten für die Ausgangsfrage, ob auf die Verkehrsanschauung recurriert werden darf, keine Rolle spielen.

D. Meinungsstand

I. Sitten und Unsitten

1. Sorgfalt gegenüber fremden Rechtsgütern

Ein rascher Blick auf Lehre und Rechtsprechung zur Bestimmung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit kann leicht den Eindruck erwecken, dass dem Verhalten des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers beachtlicher Stellenwert eingeräumt wird: Gerade in der Schweiz definiert nicht nur das Bundesgericht die Sorgfaltswidrigkeit als ein Abweichen vom „hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen“,³¹ sondern sind ähnliche Formulierungen auch in der Literatur verbreitet: Maßstab sei „das an einem bestimmten Ort oder in einer bestimmten Gegend oder in einem bestimmten Berufszweig übliche Verhalten in bestimmten

30 Vgl. *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl., München 2023, Rn. 659.

31 Etwa BGer 4A 179/2021.

Situationen“³² „die Sorgfalt des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers“³³ Jede negative Abweichung von diesem „Durchschnittsverhalten“ gelte als sorgfaltswidrig.³⁴ Auch in Deutschland finden sich ähnliche Äußerungen. Demnach komme es auf die Anforderungen an, die „nach der Verkehrsan-schauung üblicherweise“ gestellt werden dürfen.³⁵ Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei genügt, „wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält.“³⁶ Ebenso verlangt der Oberste Gerichtshof in Österreich die „Ergreifung der nach der Verkehrsauffassung erforderlichen und zumutbaren Schutzmaßnahmen.“³⁷

Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass dem Verhalten und der Anschauung des Durchschnittsmenschen weitaus weniger Bedeutung zugemessen wird, als die angeführten Äußerungen vermuten lassen:

Zunächst fällt auf, dass die darin enthaltenen Begriffe vielfach nicht im wörtlich naheliegenden Sinne gebraucht, sondern normativ aufgeladen werden. So lässt etwa der BGH seinem Verweis auf die „herrschende Verkehrsauffassung“ den Satz folgen, dass es ausreiche, „diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die den Umständen nach zuzumuten sind“.³⁸ Ähnlich spricht der OGH den Schädiger von der Verantwortung frei, wenn er „alle Vorkehrungen getroffen hat, die vernünftigerweise nach den Umständen von ihm erwartet werden können“.³⁹ Das Rechtswidrigkeitsurteil bei Verletzung fremder absolut geschützter Rechte sei „nur auf Grund umfassender Interessenabwägung zu finden.“⁴⁰ Vom tatsächlichen Verhalten des Durchschnitts ist da keine Rede.

32 Rey/Wildhaber, HPR (Fn. 18), Rn. 1002; vgl. auch Fellmann/Kottmann, HPR I (Fn. 18), Rn. 568.

33 Honsell/Isenring/Kessler, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 18.

34 Rey/Wildhaber, HPR (Fn. 18), Rn. 1003.

35 Caspers (Fn. 11), § 276 Rn. 3, ähnlich 32.

36 Etwa BGH NJW 2023, 2037 m.w.N.

37 Vgl. RIS-Justiz RS0023326; ähnlich RS0023950. Vgl. auch H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2018, Rn. B/1/32; Reischauer (Fn. 26), § 1294 Rn. 70, 78.

38 BGH NJW 2023, 2037 m.w.N.

39 Vgl. RIS-Justiz RS0030035; z.T. aber doch „vernünftigerweise nach der Auffassung des Verkehrs“, vgl. insb T9; ähnlich RS0030472.

40 Vgl. RIS-Justiz RS0022917.

Außerdem sind in allen drei Rechtsordnungen auch Sorgfaltsdefinitionen weit verbreitet, die vergleichsweise eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der angelegte Maßstab ein normativer ist: So wird in der Schweiz zum Teil auf das Verhalten eines „bonus paterfamilias“ abgestellt,⁴¹ in Deutschland wird geprüft, „wie sich ein ordentlicher und gewissenhafter Verkehrsteilnehmer in der konkreten Situation verhalten hätte“,⁴² und in Österreich ist der „maßgerechte Durchschnittsmensch“ als Maßfigur allgemein anerkannt.⁴³ In allen drei Fällen ist klar, dass es nicht darauf ankommt, was der tatsächlich durchschnittliche Mensch tun oder für vernünftig erachten würde, sondern die Maßfigur besonderen Anforderungen genügen muss.

Keinen Zweifel lassen schließlich jene Stellungnahmen, die den Ernstfall der gegenständlichen Problematik im Auge haben, wo es also um die Bedeutung von Verkehrssitten geht, die unter dem Gesichtspunkt eines ausgewogenen Rechtsgüterschutzes keinesfalls mehr als sorgfältig erachtet werden können. Hier finden Rechtsprechung und Literatur in allen drei Ländern klare Worte: Eine in bestimmten Verkehrskreisen „übliche Nachlässigkeit“ und „Unsitten“ können den Sorgfaltsmaßstab nicht herabsetzen.⁴⁴ „Der Grad der anzuwendenden Sorgfalt ist nämlich nur nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen, und zwar nach demjenigen, was der normale und gesunde Verkehr erfordert“.⁴⁵ „Der wertverbundene, nicht

41 Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172 ff.; Honsell/Isenring/Kessler, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 17.

42 Ulber (Fn. 11), § 276 Rn. 15; ähnlich A. Stadler in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 276 Rn. 29; Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 409; G. Wagner, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 80.

43 Karner (Fn. 10), § 1297 Rn. 1; Kodek (Fn. 24), § 1297 Rn. 2; E. Wagner in: M. Schwimann/G. Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, 4. Aufl., Wien 2016, § 1297 Rn. 4; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 2.

44 Vgl. Stadler (Fn. 42), § 276 Rn. 29; S. Lorenz in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 67. Aufl., München 1.8.2023, § 276 Rn. 21; Ulber (Fn. 11), § 276 Rn. 18; Grundmann (Fn. 11), § 276 Rn. 60; Hager (Fn. 11), § 823 Rn. E 27; G. Wagner in: F. J. Säcker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 8. Aufl., München 2020, § 823 Rn. 38, 482; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, S. 282 f.; Karner (Fn. 10), § 1297 Rn. 1; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 2; Kodek (Fn. 24), § 1297 Rn. 2; E. Wagner (Fn. 43), § 1297 Rn. 5; F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 198; R. Welser, Haftungsprobleme der Wintersportausübung, in: R. Sprung/B. König (Hrsg.), Das österreichische Schirecht, Innsbruck 1977, S. 444, 465; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 177; Fischer/Böhme/Gähwiler (Fn. 19), Art. 41 Rn. 82; Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 22.15; Oftinger/Stark, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 83; BGH NJW 1953, 257; OGH 3 Ob 594/83; BGE 85 II 243.

45 BGH NJW 1953, 257.

der schlampige Durchschnittsmensch ist Ansatzpunkt für das Maß.⁴⁶ Ein „Brauch kann auch Missbrauch sein oder im Laufe der Zeit dazu werden“.⁴⁷

Insgesamt zeigt sich somit recht klar, dass in den untersuchten Rechtsordnungen von einem normativen Sorgfaltsmaßstab ausgegangen, also nicht auf das Verhalten oder die Anschauung des tatsächlichen Durchschnittsmenschen abgestellt wird.⁴⁸ Formulierungen, die anderes suggerieren, dürften ganz überwiegend „eher einen fassaden- und floskelhaften Charakter aufweisen“.⁴⁹

2. Sorgfalt gegenüber eigenen Rechtsgütern

Etwas anders mutet die Lage beim Mitverschulden an: Obwohl in allen drei Rechtsordnungen anerkannt ist, dass dieses grundsätzlich gleich zu bestimmen ist wie das Verschulden (Gleichbehandlungsthese),⁵⁰ scheint hier der Verkehrsanschauung größeres Gewicht eingeräumt zu werden. Der BGH verlangt etwa für die Obliegenheit, beim Radfahren einen Helm zu tragen, dass dies zur Unfallzeit „nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich war.“⁵¹ Ganz ähnlich fordert der OGH, dass sich bereits ein „allgemeines Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin

46 Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 2.

47 Rey/Wildhaber, HPR (Fn. 18), Rn. 1008; vgl. BGE 85 II 243.

48 Vgl. Schaub (Fn. 22), § 276 Rn. 84; Stadler (Fn. 42), § 276 Rn. 29; Grundmann (Fn. 11), § 276 Rn. 60; G. Wagner, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 80 f.; Hager (Fn. 11), § 823 Rn. E 27; E. Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002) 889 (899 f.); E. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996, Rn. 403 f.; E. A. Kramer, Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, AcP 171 (1971) 422 (430 Fn. 41); A. Geroldinger, Der mutwillige Rechtsstreit, Wien 2017, S. 764; M. Gschöpf, Haftung bei Verstoß gegen Sportregeln, Wien 2000, S. 18 f.; K. Schmoller, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren, JBl 1990, 631 (638, 642); Roberto, HPR (Fn. 18), Rn. 4.60; Rey/Wildhaber, HPR (Fn. 18), Rn. 1008; Oftinger/Stark, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 83; M. Jaun, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern 2007, S. 199, 428; D. Thaler, Haftung zwischen Wettkampfsportlern, Zürich 2002, S. 159 f. Vgl. auch etwa Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 55 f. sowie ausführl. D. Lorenz, Der Maßstab des einsichtigen Menschen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1967, S. 85 ff. m.w.N.

49 Vgl. S. Schmid, Der maßgerechte Mensch, ZöR 74 (2019) 427 (441). Zur damit verbundenen Irreführungsgefahr bereits Schmoller, Maßstabfiguren (Fn. 48), 638.

50 H. Oetker in: F. J. Säcker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl., München 2022, § 254 Rn. 35; Reischauer (Fn. 26), § 1304 Rn. 1; Brehm (Fn. 17), Art. 44 Rn. 18. Zur Kontroverse, inwieweit beim Mitverschulden bereits geringere Zurechnungsgründe ausreichen, vgl. Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/9/4 ff.

51 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9.

gebildet hat, dass jeder Einsichtige und Vernünftige solche Schutzmaßnahmen anzuwenden pflegt⁵². Angesichts der Rechtsprechung zur Sorgfalt gegenüber fremden Gütern könnte man auch hier annehmen, dass die genannten Formulierungen nicht von einem normativen Sorgfaltsmaßstab abweichen wollen: Was „zum eigenen Schutz erforderlich“ ist und „jeder Einsichtige und Vernünftige [...] anzuwenden pflegt“, könnte nach einem sittenunabhängigen Maßstab zu beurteilen sein, während das Erfordernis des allgemeinen Verkehrsbewusstseins lediglich sicherstellen soll, dass die Obliegenheit auch einem Durchschnittsmenschen erkennbar ist, also mit dessen Fähigkeiten überhaupt eingehalten werden kann. Dass die Gerichte Statistiken über die tatsächliche Anwendung der Schutzmaßnahme als starkes Indiz für oder gegen das Bestehen eines allgemeinen Verkehrsbewusstseins erachten,⁵³ lässt freilich an einer solchen Deutung der Judikatur zweifeln. Im Ergebnis scheint eine Obliegenheit zum Teil auch dann verneint zu werden, wenn eine Maßnahme zwar nach dem gegenüber fremden Gütern geltenden Maßstab geboten wäre, aber unüblich ist. Während beim Verschulden noch einhellig betont wird, dass „übliche Nachlässigkeit“ und „Unsitten“ den Sorgfaltsmaßstab nicht herabsetzen können, soll das beim Mitverschulden offenbar möglich sein.

In der Literatur wird die Berufung auf das allgemeine Verkehrsbewusstsein teils kritisiert,⁵⁴ oft aber gebilligt.⁵⁵ Trotz aller Beteuerung, dass derselbe Sorgfaltsmaßstab wie beim Verschulden gelte, finden sich gerade in Deutschland vielfach Ausführungen, die beim Mitverschulden besonders deutlich auf die Verkehrsübung zu verweisen scheinen: Entscheidend sei,

52 Vgl. RIS-Justiz RS0026828; zum Fahrradhelm zuletzt OGH 2 Ob 8/20w.

53 Vgl. etwa BGH NJW 2014, 2493, Rn. 13 ff.; OGH 2 Ob 8/20w; BGer 4A_206/2014 (4.1, Vorinstanz); dazu *M. Borle*, Nichttragen des Fahrradhelms – haftpflichtrechtliche Reduktion infolge Selbstverschuldens?, in: R. Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2015, Bern 2015, S. 19 (34).

54 Vgl. etwa *P. Meier/F. Jocham*, Mitverschulden des Fahrradfahrers ohne Helm?, *VersR* 2014, 1167 (1169); *A. Morell*, *JZ* 2014, 1166 (1170); *Ch. Huber*, Die Radfahrerhelm-Entscheidung des BGH – was ist geklärt, was noch offen?, *NZV* 2014, 489 (490, 492); *S. Jahn*, *ZVR* 2022, 310 (313 ff.); *B. A. Koch*, Mitverantwortung durch unterlassenen Selbstschutz am Beispiel von Schutzkleidung, *ZVR* 2019, 475 (481); *E. Karner*, *ZVR* 2014, 391 (396).

55 Vgl. etwa *T. Offenloch*, Der Fahrradhelm beim Bundesgerichtshof, in: *Ch. Huber/M. Neumayr/W. Reisinger* (Hrsg.), *FS Danzl*, Wien 2017, S. 165 (173 f.); *D. Looschelders*, *LMK* 2014, 362735; *D. Kettler*, *NJW* 2014, 2493 (2495 f.); *M. Ganner*, Obliegenheit des Helmtragens bei sportlicher Betätigung, *SpuRt* 1/2015, 19 f.; *T. Schoditsch/P. Griehser*, *ZVR* 2006, 159 (160); *Borle*, *Fahrradhelm* (Fn. 53), S. 19 (33 ff.); vgl. auch *A. Schwaighofer*, *Schutzbekleidung und Mitverschulden im Sport*, Wien 2019, S. 86.

„welche Maßnahmen ein durchschnittlicher Angehöriger des betreffenden Verkehrskreises getroffen hätte, um seine eigenen Rechtsgüter und Interessen zu schützen.“⁵⁶ Mitverschulden liege „immer dann vor, wenn ein den durchschnittlichen Anforderungen entsprechender Angehöriger des betroffenen Verkehrskreises die unterlassene Sorgfaltsmaßnahme getroffen hätte.“⁵⁷ Auch hier finden sich jedoch normative Einschränkungen, wenn etwa auf die „nach einer vernünftigen Verkehrsanschauung auch in eigenen Angelegenheiten zu beachtende erforderliche Sorgfalt ‚für sich und das Seinige‘, also die Verletzung des zumutbaren Maßes an Aufmerksamkeit und Rücksichtnahme auf die eigenen Interessen“⁵⁸ abgestellt wird. Deutlich für einen sittenunabhängigen Sorgfaltsmaßstab spricht schließlich der in der Literatur mitunter anzutreffende und der ständigen Rechtsprechung des BGH entstammende Satz, wonach ein Mitverschulden des Verletzten dann anzunehmen sei, „wenn dieser diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“.⁵⁹

Bedenkt man, dass die zuletzt genannte Definition auch in der erwähnten Fahrradhelm-Entscheidung des BGH, ja sogar im selben Absatz wie das allgemeine Verkehrsbewusstsein genannt wird, und dort weiters zu lesen ist, dass sich das verkehrsrichtige Verhalten „durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr“ bestimmt, „sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um diese Gefahr möglichst gering zu halten“,⁶⁰ dann wird klar, dass die Gerichte und auch die Lehre im Kern keineswegs vom normativen Sorgfaltsmaßstab abgehen wollen.⁶¹ Dies gilt auch für den OGH, der beim Mitverschulden regelmäßig danach fragt, wie sich ein „ordentlicher und verständiger Mensch (der maßstabgerechte Durchschnittsmensch)“ verhalten hätte.⁶²

56 *D. Looschelders* in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.6.2023, § 254 Rn. 98.

57 *Oetker* (Fn. 50), § 254 Rn. 35.

58 *I. Ebert* in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 254 Rn. 24.

59 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9; *Lorenz* (Fn. 44), § 254 Rn. 9; *Ch. Kern* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 254 Rn. 5; vgl. auch *R. Schulze* in: R. Schulze et al. (Hrsg.), BGB, 11. Aufl., Baden-Baden 2022, § 254 Rn. 8.

60 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9.

61 Besonders deutlich für einen normativen Maßstab *D. Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999, S. 345 ff. Vgl. auch die *Nw.* in Fn. 54.

62 RIS-Justiz RS0026343 (T1); ähnlich RS0023573 u.v.a.

Wird beim Mitverschulden auf das allgemeine Verkehrsbewusstsein abgestellt, dann also wohl nur aufgrund der Annahme, es könne für die Frage, ob die Schutzmaßnahme „ein geeignetes und angemessenes (zumutbares) Mittel“ zur Vermeidung von Gefahren ist, „wichtige Anhaltspunkte liefern, weil es die Sorgfaltserwartungen der Verkehrsteilnehmer prägt.“⁶³ Ob die Indizwirkung der Verkehrsanschauung tatsächlich so stark ist, wird noch zu prüfen sein (unten G.).

II. Konkretisierung der gebotenen Sorgfalt

Ist die Anschauung und Übung des Verkehrs nach der herrschenden Meinung also höchstens Indiz für die nach einem normativen Maßstab zu bestimmende gebotene Sorgfalt, stellt sich die Frage, wie dieser Maßstab stattdessen konkretisiert werden soll. Dazu haben sich in den untersuchten Rechtsordnungen weitgehend übereinstimmende Grundsätze etabliert: Die äußere Grenze bilden zunächst die Fähigkeiten des durchschnittlichen Angehörigen des einschlägigen Verkehrskreises – er muss die Gefährdung erkennen und vermeiden können.⁶⁴ Ob die Gefahr abgewendet werden muss, hängt von einer Abwägung der rechtlich geschützten Interessen von Schädiger und Geschädigtem ab.⁶⁵ Dabei sind alle in der Rechtsordnung enthaltenen Wertungen zu berücksichtigen.⁶⁶ Entscheidend ist vor allem die Gefährlichkeit des Verhaltens, der Rang der bedrohten Rechtsgüter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens.⁶⁷ Von größter

63 D. Looschelders, LMK 2014, 362735.

64 Vgl. D. Looschelders, Schuldrecht AT, 20. Aufl., München 2022, § 23 Rn. 7, 9; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 12 und § 1299 Rn. 2; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172.

65 Vgl. Schaub (Fn. 22), § 276 Rn. 83; Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 59 Rn. 10; Grundmann (Fn. 11), § 276 Rn. 61; Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/36 ff.; Welser, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 440; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 170. Für das Mitverschulden Looschelders, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 346.

66 Karner (Fn. 10), § 1294 Rn. 4. Vgl. auch Wilhelmi (Fn. 11), § 823 Rn. 10; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 173.

67 Vgl. Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 59 Rn. 10; Hager (Fn. 11), § 823 Rn. E 27, 31; Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 400, 409, 415; G. Wagner, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 81; K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., München 1994, S. 413 f.; Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/36 ff.; F. Bydlinski, Verkehrssicherungspflichten des Wegehalters im Bergland, ZVR 1998, 326 (329); Reischauer (Fn. 26), § 1294 Rn. 70, 78; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 58; Roberto, HPR (Fn. 18), Rn. 4.65; vgl. auch Kessler (Fn. 17), Art. 41 Rn. 48a; Oftringer/Stark, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 87.

Bedeutung ist diese Abwägung bei der Begründung von Verkehrspflichten, wo also eine aktive Schadensabwehr gefordert wird. Hier kommt es insbesondere auch darauf an, dass der Schädiger eine Gefahrenquelle geschaffen oder in seinem Bereich bestehen lassen hat.⁶⁸ Empfehlungen sachverständiger Verbände (z.B. die FIS-Schiregeln) können einen Hinweis auf die für Angehörige des relevanten Verkehrskreises erkennbar gebotene Sorgfalt geben.⁶⁹

III. Sozialadäquanz

Eine Haftungsbefreiung bei sozialadäquatem Verhalten spielt im heutigen Haftungsrecht kaum eine Rolle. Zum Teil wird ihr schlicht eine eigenständige Bedeutung abgesprochen,⁷⁰ zum Teil wird auch darauf hingewiesen, dass mit der Üblichkeit eines Verhaltens nicht zwingend die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt einhergehe.⁷¹ Dies unterstreicht den obigen Befund, dass heute grundsätzlich von einem normativen Sorgfaltsmaßstab ausgegangen wird.

Am häufigsten wird noch im Zusammenhang mit Sportverletzungen mit der Sozialadäquanz des schädigenden Verhaltens argumentiert.⁷² Auch hier wird die Erlaubnis zur Risikoerhöhung heute aber vielfach auf eine Abwägung der rechtlich geschützten Interessen gestützt:⁷³ Personen, welche sich freiwillig auf eine Tätigkeit einlassen, die damit notwendigerweise verbundenen wechselseitigen Gefährdungen zu untersagen, kann ihre Handlungsfreiheit übermäßig beschränken, was wiederum insbesondere von der Größe des Risikos, der Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens,

68 Vgl. *Hager* (Fn. 11), § 823 Rn. E 13; *Karner* (Fn. 10), § 1294 Rn. 6; *Fischer/Böhme/Gähwiler* (Fn. 19), Art. 41 Rn. 88.

69 Vgl. *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 82; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 38; *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 174 f.

70 *Kozioł*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/50; *Kodek* (Fn. 24), § 1294 Rn. 28; ähnlich *Jaun*, Haftung (Fn. 48), S. 417.

71 *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 69; ähnlich *K. Schmidt* in: *K. Haag* (Hrsg.), *Geigel – Der Haftpflichtprozess*, 28. Auflage, München 2020, Kap. 1 Rn. 56; *Thaler*, Haftung (Fn. 48), S. 159 f.

72 Vgl. etwa RIS-Justiz RS0023039.

73 *Kozioł*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/53; *Kodek* (Fn. 24), § 1294 Rn. 29; *Thaler*, Haftung (Fn. 48), S. 181 f.; vgl. auch *Hager* (Fn. 10), Vor §§ 823 ff. Rn. 50 ff.; *R. Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 8 sowie OGH 8 Ob 51/20p. Auch mit Gewohnheitsrecht wird zum Teil argumentiert: *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 8; *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 220.

aber wohl auch vom Grad der Entscheidungsfähigkeit des Geschädigten abhängt.

E. Historische und systematische Überlegungen

I. Ausgangspunkt

Zur Untersuchung des Stellenwerts von Verkehrsanschauung und -übung ist zunächst nach Normen Ausschau zu halten, die unmittelbar zur Beantwortung dieser Frage berufen sind:

In Deutschland ist das die Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 Abs. 2 BGB, die auch bei der Haftung nach § 823 BGB maßgeblich ist. Demnach handelt fahrlässig, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“ Dass die „erforderliche“ Sorgfalt geboten ist, deutet zwar auf einen normativen Maßstab hin, der Bezug zum „Verkehr“ relativiert dieses Indiz allerdings.

In den Zivilrechtskodifikationen in Österreich und der Schweiz wird die Fahrlässigkeit nicht definiert. Die Strafgesetzbücher dieser beiden Länder enthalten zwar eine solche Definition (§ 6 öStGB, Art. 12 Abs. 3 schwStGB), die darin jeweils enthaltene Anordnung der „nach den Umständen“ gebotenen Sorgfalt lässt die gegenständliche Frage aber unbeantwortet.⁷⁴ Im ABGB könnte immerhin § 1297 einen Anhaltspunkt bieten: Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass objektive Sorgfaltswidrigkeit dann vorliegt, wenn jener „Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit“ unterlassen wird, der „bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann.“ Für Sachverständige verlangt § 1299 ABGB mehr als die bloß allgemein gewöhnlichen Fähigkeiten, nämlich „den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse“. Aus alledem folgt freilich kaum mehr, als dass die Fähigkeiten der Maßfigur vom Verkehrskreis abhängen und innerhalb des Verkehrskreises durchschnittliche Fähigkeiten gefordert werden. Das ist auch in Deutschland und der Schweiz unbestritten, wobei hier – anders als wohl in Österreich⁷⁵ – nicht nur höhere Kenntnisse des konkreten Schädigers, sondern auch höhere Fähigkeiten berücksichtigt werden.⁷⁶

74 Vgl. aber die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum öStGB (30 BlgNR 13. GP 68): „besonnener und einsichtiger Mensch“.

75 Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/2/43; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 3; vgl. auch Koziol, HPR II (Fn. 37), Rn. A/6/1.

76 Vgl. Caspers (Fn. 11), § 276 Rn. 30; Jaun, Haftung (Fn. 48), S. 200.

II. Historische Rechtslage und Gesetzesgenese

1. Römisch-gemeinrechtliche Tradition

Alle drei untersuchten Zivilrechtsordnungen stehen in weiten Teilen in der Tradition des römischen und gemeinen Rechts. Dort wurde zur Bestimmung der gebotenen Sorgfalt die Maßfigur des *bonus pater familias* (auch *diligens pater familias* und später *ordentlicher Mensch/Mann/Hausvater*) herangezogen.⁷⁷ Wie bereits die Begriffe nahelegen, dürfte es sich dabei zu jeder Zeit um ein normatives Leitbild, um einen „differenzierten Idealtypus“⁷⁸ gehandelt haben.⁷⁹ Dementsprechend wird Verschulden angenommen, „wenn Vorkehrungen nicht getroffen wurden, obwohl sie von einem umsichtigen Menschen getroffen werden konnten“,⁸⁰ wenn unterlassen wird, „was vorsichtige und fleißige Menschen gewöhnlich tun“,⁸¹ oder wenn jemand „die Attention unterläßt, welche ordentliche Menschen gewöhnlich anwenden.“⁸² Umgekehrt sei sorgfältig, wer „das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, indem er fleißig ist, gethan hätte.“⁸³ Die Einschränkung,

77 Deutsch, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 10 ff.; H.-J. Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968, S. 9, 77, 117, 160, 181; H. Dernburg/P. Sokolowski, System des Römischen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1911, S. 149; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., Frankfurt a. Main 1887, S. 324. Zum Sorgfaltsmaßstab siehe auch B. Winiger in: U. Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 2023, § 92 Rn. 55; M. J. Schermaier in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2007, §§ 276–278 insb. Rn. 62; H. Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 5. Aufl., Wien 1996, S. 27 f.; R. Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, insb. S. 1008 f. sowie besonders ausführlich B. Winiger, La responsabilité aquilienne romaine: Damnum Iniuria Datum, Basel/Frankfurt a. Main 1997, S. 116 ff.

78 Hoffmann, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 9.

79 Vgl. N. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 259 sowie insb. Hoffmann, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 9, 77, 117, 160, 181; vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 10 ff.; unklar K. Stypulkowski, Der bonus pater familias im klassischen Römischen Recht, Hamburg 2017, insb. S. 108, 117, 192, 200 f., 208.

80 D 9.2.31 Paulus libro decimo ad Sabinum: „culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum“; siehe P. Apathy in O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung, Bd. II, Heidelberg 1995, S. 756.

81 A. Alciatus, Cons. 5, 133 n. 6: „quod prudentes et diligentes homines communiter facerent“, zitiert nach Hoffmann, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 78 Fn. 502.

82 L. J. F. Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 6. Aufl., Frankfurt a. Main 1798, S. 778.

83 J. C. Hasse, Die Culpa des Römischen Rechts, 2. Aufl., Bonn 1838, S. 70.

dass es um das Verhalten umsichtiger, vorsichtiger, ordentlicher und fleißiger Menschen geht, deutet klar auf einen normativen Maßstab hin.⁸⁴

Zugleich wird aber mitunter angemerkt, dass bei der Bestimmung des hypothetischen Verhaltens dieser Maßfigur Sitten durchaus zu berücksichtigen sind:⁸⁵ Man müsse sich „in die gegenwärtigen Sitten, in die Anschauungen, wie sie gegenwärtig im Verkehr herrschen, hineinversetzen, und davon ausgehend mit Beziehung auf den concreten Fall untersuchen, welche Vorsichtsmaßregeln, Vorkehrungen u. s. w. in einem solchen Fall von Männern angewendet zu werden pflegen, die man als sorgsame, fleißige, tüchtige Männer betrachtet“.⁸⁶

Bedenkt man, dass „sorgsame, fleißige, tüchtige Männer“ eben gerade nicht bloß durchschnittlich sind, dürfte aber wohl unzweifelhaft gewesen sein, dass die Maßfigur Verkehrssitten nicht blind folgt, sondern sie nur bei der Bestimmung des gebotenen Verhaltens nach dem ihr inhärenten Sorgfaltsideal mitbedenkt: „Die Berücksichtigung des Ortsgebrauchs darf [...] nicht so weit gehn, daß eine, sei es auch in weiten Kreisen eingerissene entschiedene Nachlässigkeit vom Richter als *diligentia* aufgefaßt wird.“⁸⁷

2. Genese der Fahrlässigkeitsdefinition im BGB

Dieses Verständnis wurde offenbar auch § 276 Abs. 2 BGB zugrunde gelegt: Nachdem man dort zunächst noch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hatte vorschreiben wollen, war man im Sinne einer moderneren und allgemeineren Formulierung zwischenzeitig auf die „im Verkehr übliche Sorgfalt“ umgeschwenkt.⁸⁸ Dagegen bestanden in der Kommission jedoch mehrheitlich Bedenken, da „der Irrthum nahe liege, als ob unter

84 Vgl. auch *F. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht III – Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1855, S. 364: „Ein diligens paterfamilias wird [...] je nachdem die Gefahr, [...] daß ein Schaden entstehe, größer oder geringer ist, größere oder geringere Vorsichtsmaßregeln anwenden“.

85 *Hasse*, Culpa (Fn. 83), S. 104; *J. Baron*, Die Haftung bis zur höheren Gewalt, AcP 78 (1892) 203 (231). *Stypulkowski*, bonus paterfamilias (Fn. 79), S. 191, 200 f.

86 *Mommsen*, Culpa (Fn. 84), S. 363.

87 *Mommsen*, Culpa (Fn. 84), S. 363 Fn. 5; dazu auch *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 181; ähnlich *E. Brodmann*, Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers, AcP 99 (1906) 327 (348 f.); allenfalls a.A. *Baron*, Haftung (Fn. 85), 231: „prüft nicht das, was ihm von Sitte und Gewohnheit auferlegt ist, nach seinem inneren Gehalt“; *Stypulkowski*, bonus paterfamilias (Fn. 79), S. 200 f.

88 *Deutsch*, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 16; *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 183. Vgl. auch *E. Barnert*, Der eingebildete Dritte, Tübingen 2008, S. 121 ff., 127 f.

Umständen auch ein im Verkehr eingerissener Schlendrian beachtet werden dürfe. [...] Vielmehr komme es darauf an, welches Maß von Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im Allgemeinen für erforderlich halte.“⁸⁹ Die Gesetz gewordene Formulierung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ bringt denn auch einerseits zum Ausdruck, dass grundsätzlich ein normativer Maßstab anzulegen ist, mithin ein „eingerissener Schlendrian“ nicht befreiend wirkt, andererseits bleibt eine – in ihrer Reichweite freilich unbestimmte – Bezugnahme auf den Verkehr erhalten.⁹⁰ Wenn heute in den drei untersuchten Rechtsordnungen Verkehrssitten zwar vielfach ins Spiel gebracht werden, durch die einheitliche Ablehnung der Berücksichtigung von Unsitten letztlich aber doch ein normativer Maßstab ausgedrückt wird, manifestiert sich darin somit eine Spannung, die bereits im gemeinen Recht bestand und im BGB geradezu festgeschrieben wurde.

3. Historische Anhaltspunkte zu OR und ABGB

Die geschilderte gemeinrechtliche Tradition ist auch im schweizerischen Recht relevant, soweit man den – gesetzlich nicht definierten – Fahrlässigkeitsbegriff in der Nachfolge des *bonus pater familias* verortet.⁹¹

Zum österreichischen Recht sind dafür kaum Hinweise ersichtlich. Zeiller, Hauptredaktor des ABGB, bemerkt freilich, dass „der schuldige Fleiß [...] nach den gewöhnlichen Fähigkeiten der Einwohner überhaupt zu beurtheilen sey; wobey der Richter theils auf sein eigenes inneres Bewußtseyn, theils auf die, durch den Gemeinsinn und das allgemeine Betragen der Mitbürger gegebene, äußere Erfahrung Rücksicht nehmen wird. [...] Unsere Gesetzgebung [...] beurtheilet die Einwohner nicht nach einem hohen, abstracten Ideale, sondern nach dem, wie sie im Allgemeinen beschaffen sind; und nimmt eben aus der allgemeinen Sinnes- und Handlungsart billiger Weise an, daß sie im Durchschnitte unter den gegebenen Umständen und Bildungsanstalten [...] nicht wohl anders beschaffen seyn können.“⁹² Damit soll aber wohl nur verdeutlicht werden, was § 1297 ABGB ohnehin recht klar anordnet und was von Zeiller auch in den Protokollen

89 A. Achilles/A. Gebhard/P. Spahn (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1898, S. 604.

90 Vgl. Brodmann, Fahrlässigkeit (Fn. 87), 348 f.

91 Vgl. die Nw. in Fn. 41.

92 F. v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III/2, Wien/Triest 1813, S. 711 f.

der Hofkommission festgehalten ist, nämlich „daß man von den Menschen nicht unter allen Umständen, wo die Rechte anderer Gefahr laufen, den höchsten Grad von Erfahrungheit und Aufmerksamkeit fordern könne, [...] den Begriff von Versehen nicht zu hoch angebe, sondern ihn den gewöhnlichen, und billig vorauszusetzenden Fähigkeiten [...] anzupassen suche.“⁹³ Dass es auf die Fähigkeiten und Kenntnisse des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers ankommt, ist heute freilich ohnehin unbestritten. Ob das „allgemeine Betragen“ nicht nur diese Fähigkeiten und Kenntnisse indizieren kann, sondern darüber hinaus das Verhalten der Maßfigur bestimmt, geht aus den zitierten Passagen wohl nicht hervor.

III. Systematische Erwägungen

1. Grundrechtsschutz

In allen drei untersuchten Rechtsordnungen spricht ein systematisches Argument für einen zumindest im Groben normativen, sittenunabhängigen Sorgfaltsmaßstab: die weitgehende grundrechtliche Absicherung der haftungsrechtlich geschützten Rechtsgüter. Dass Eingriffe in Grundrechte unabhängig von den Voraussetzungen des jeweiligen Eingriffsvorbehalts und der damit verbundenen Verhältnismäßigkeitsprüfung immer schon dann erlaubt sein sollen, wenn das Verhalten im Einklang mit der Verkehrs-sitte steht, würde dem Zweck der Grundrechte diametral entgegenstehen, Eingriffe in die höchsten Güter an enge Voraussetzungen zu binden und damit auch Schutz vor einem gegenläufigen Mehrheitswillen zu garantieren. Bedenkt man, dass der Staat die Grundrechte auch vor Eingriffen Dritter zu schützen hat,⁹⁴ spricht dies zumindest in Fällen besonders eingriffsintensiver „Unsitten“ klar gegen ein Abstellen auf das Verkehrsverhalten, würde dies doch dem verfassungsrechtlichen Auftrag widersprechen, den Rechtsgüterschutz – und damit den Grundrechtsschutz – auch dort sicherzustellen, wo eine Gefährdung gemessen am Individualinteresse des

93 J. Ofner (Hrsg.), *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. II, Wien 1889, S. 183; vgl. dort auch S. 187.

94 Vgl. *Ch. Calliess* in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, Heidelberg 2006, § 44 Rn. 4; *W. Berka/Ch. Binder/B. Kneihls*, *Die Grundrechte*, 2. Aufl., Wien 2019, S. 37; *R. Kiener/W. Kälin/J. Wytenbach*, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, S. 35 ff.

Durchschnittsmenschen opportun, bei objektiv-abwägender Betrachtung aber unverhältnismäßig ist. Dass eine solche Verletzung von Schutzpflichten dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, ist auch insoweit zu berücksichtigen, als die zivilrechtlichen Sorgfaltsgebote zeitlich vor dem jeweiligen Grundrecht erlassen wurden: Dies zum einen, weil mangels näherer zivilrechtlicher Regelung der gebotenen Sorgfalt ohnehin von einem dynamischen Verweis auf die übrige Rechtsordnung auszugehen ist, zum anderen, weil angesichts dieser Offenheit und der Deutlichkeit des drohenden Normenkonflikts alternativ ohne Weiteres ein mit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte begründbarer Funktionswandel angenommen werden könnte.⁹⁵

Im grundrechtlichen Zusammenhang ist auch auf die höhere Willküranfälligkeit hinzuweisen, die mit einem Anknüpfen an die Verkehrssitte einhergeht, zumal Sitten in Entscheidungen nur äußerst selten statistisch belegt, sondern meist bloß behauptet werden. Unter diesem Deckmantel etwa einem angeblichen „gesunden Volksempfinden“⁹⁶ Bedeutung zu verschaffen, erscheint leichter, als dies dann der Fall ist, wenn mit konkreten Anhaltspunkten in der Rechtsordnung und mit rational zumindest vergleichsweise gut nachvollziehbaren Kriterien wie der Gefährlichkeit des Verhaltens argumentiert werden muss.⁹⁷ Gänzlich ausschließen kann man die Gefahr von Willkür und Rechtsbeugung freilich nie, Transparenz in der Entscheidungsfindung erscheint aber tauglich, die Bedrohung immerhin zu verringern.

2. Ausdrückliche Beschränkung der Rolle von Verkehrssitten im ABGB

In Österreich fällt mit § 10 ABGB ein weiteres systematisches Indiz ins Auge:⁹⁸ „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Ursprünglich sollte damit zur Rechtsvereinheitlichung in der überaus heterogenen Donaumonarchie vor allem das Gewohnheitsrecht abgeschafft werden.⁹⁹ Der Begriff der

95 Zum Funktionswandel ausführlich: *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 73), insb. S. 579 ff.

96 Dazu *B. Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968, S. 218.

97 Zur Willkürgefahr bei Maßfiguren vgl. auch *Schmid*, Der maßgerechte Mensch (Fn. 49), 440.

98 In dieselbe Richtung deuten freilich Art. 18 Abs. 1 B-VG sowie Art. 20 Abs. 2 GG; vgl. *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 82.

99 Vgl. *G. Kodek* in: *P. Rummel/M. Lukas* (Hrsg.), ABGB, 4. Aufl., Wien 2015, § 10 Rn. 7.

„Gewohnheiten“ umfasste aber schon ursprünglich auch Verkehrssitten¹⁰⁰ – auf diese wird die Bestimmung auch heute noch angewendet.¹⁰¹ Nun könnte man freilich behaupten, dass das haftungsrechtliche Sorgfaltsgebot implizit auf die Verkehrssitte verweise. Dies würde aber nicht nur dem offensichtlichen Zweck des § 10 ABGB widersprechen, die Berufung auf Verkehrssitten nur bei einer klaren gesetzgeberischen Entscheidung dafür zuzulassen, sondern ist auch mit Blick auf die Redaktionsgeschichte abzulehnen: Während Gewohnheiten nach dem Urentwurf nämlich immerhin noch bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen waren,¹⁰² wurde davon in weiterer Folge bewusst abgegangen.¹⁰³ Dass konkrete Hinweise auf eine Beachtlichkeit der Verkehrssitte bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs im ABGB fehlen, spricht demnach klar für eine normative Beurteilung.¹⁰⁴

3. Gewohnheitsrechtliche Sorgfaltskonkretisierung

Nimmt man an, dass grundsätzlich auch eine Konkretisierung von Sorgfaltspflichten durch Gewohnheitsrecht in Betracht kommt, könnten Verkehrssitten auf diesem Wege Geltung erlangen, sofern eine entsprechende Rechtsüberzeugung vorliegt. An dieser wird es jedoch allermeist fehlen: Einerseits wird der Verkehr immerhin bei Obliegenheiten nur selten eine Vorstellung von den damit verbundenen Rechtsfolgen haben. Die Anschau-

100 Vgl. J. Ofner (Hrsg.), *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I, Wien 1889, S. 27.

101 *Kodek* (Fn. 99), § 10 Rn. 4.

102 Urentwurf I § 22, siehe Ofner, *Protokolle I* (Fn. 100), S. IV.

103 Ofner, *Protokolle I* (Fn. 100), S. 25 ff. Bei der Annahme, dass ein Begriff „nach einer Auslegung unter Berücksichtigung des gemeinhin Üblichen verlangt“ (*J. Kehrler* in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), *ABGB* (Klang), 3. Aufl., Wien 2014, § 10 Rn. 6) ist daher besondere Zurückhaltung geboten. Für eine stärkere Berücksichtigung von „sozialethischen Regeln“ bei der Auslegung von Generalklauseln dagegen *Bydlinski*, *Methodenlehre* (Fn. 73), S. 583, der bei der Sorgfaltsprüfung freilich eine „normative Korrektur“ der Verkehrssitte verlangt: *Bydlinski*, *System* (Fn. 44), S. 198.

104 Auch § 1320 Abs. 2 ABGB führt zu keiner Aufwertung von Verkehrsnormen und -sitten: Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (623 BlgNR 26. GP) haben die im Gesetz erwähnten Standards bloß den FIS-Regeln vergleichbare Bedeutung. Ebenso unproblematisch ist der explizite Verweis auf die Verkehrsübung in Abs. 2 S. 3, soll damit nach den Erläuterungen doch lediglich ausgedrückt werden, dass bei der Bestimmung der Sorglosigkeit zu berücksichtigen ist, „was in Alm- und Weidegebieten verkehrsmäßig ist, womit also vernünftiger Weise gerechnet werden kann.“ Eine solche – aufgrund der bloßen Tatbestandswirkung nicht im herkömmlichen Sinn normative – Kraft kommt dem Faktischen freilich immer zu; vgl. unten G.I.3.

ung, dass ein bestimmtes sorgloses Verhalten vertretbar sei, wird sohin kaum je mit einer Rechtsüberzeugung hinsichtlich einer Haftungsminde- rung wegen Mitverschuldens einhergehen. Andererseits wird hier, aber auch bei der Sorgfalt gegenüber fremden Rechtsgütern nur selten eine *allgemeine* Rechtsüberzeugung bestehen, sondern diese meist lediglich die Verpflichteten erfassen: Welcher Patient hat schon konkrete Vorstellungen über die vom Arzt zu prästierende Sorgfalt? Damit entfällt nicht nur eine Voraussetzung zur Entstehung von Gewohnheitsrecht, sondern wird auch offensichtlich, dass ein Abstellen auf Anschauung und Übung des Verkehrs vielfach die Gemeinschaft potenzieller Schädiger zum Richter über den Schutz der Gefährdeten machen würde.

*F. Schlussfolgerungen*¹⁰⁵

Die vorstehende Untersuchung hat keine historischen oder systematischen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots pauschal auf die Verkehrsauffassung verweisen würde. Im Gegenteil: Es entspricht der gemeinrechtlichen Tradition, dass grundsätzlich ein normativer Maßstab anzulegen ist und „Unsitten“ unbeachtlich sind. Für das BGB wird dies im Wortlaut des § 276 Abs. 2 angedeutet und unmissverständlich in den Protokollen zum Ausdruck gebracht. Ein klares systematisches Indiz gegen einen sittenbezogenen Sorgfaltsmaßstab findet sich in Österreich in § 10 ABGB sowie in allen drei Rechtsordnungen in den grundrechtlichen Schutzpflichten.

Auch objektiv-teleologisch ist es dem Gesetzgeber kaum zusinnbar, zwar zunächst den Schutz bestimmter Rechtspositionen anzuordnen, es dann jedoch der Willkür der Mehrheit anheimzustellen, inwieweit sich dieser Schutz entfalten kann. Die Entscheidungen des realen Durchschnittsmen- schen, ein bestimmtes Verhalten für vernünftig zu erachten oder selbst zu befolgen, zielen ja nicht auf einen ausgewogenen Rechtsgüterschutz ab, sondern berücksichtigen neben rechtlichen auch außerrechtliche Normen, deren Sanktionen sowie sonstige persönliche Nützlichkeitsabwägungen und gewichten diese nach Belieben. Dem Durchschnittsmenschen mag daher auch eklatant rechtswidriges, aber etwa wenig sanktioniertes Verhalten im Einzelfall vernünftig anmuten. Überschreitet die Verkehrsanschauung

105 Vgl. z.T. bereits meine Anm. zu OGH 2 Ob 52/21t und 2 Ob 98/21g: S. Jahn, ZVR 2022, 310 (313 ff.).

mitunter aber sogar die offensichtlichen Schranken des Gesetzes, erscheint sie kaum tauglich, die dazwischenliegenden Auslegungsspielräume stets im Einklang mit den rechtlichen Wertungen auszufüllen.

Ebenso klar ist aber, dass nicht die äußerst mögliche Sorgfalt geboten ist, würde dies doch die zum Genuss eigener Rechtsgüter notwendigen, ganz und gar alltäglichen Gefährdungen fremder Rechtsgüter auch bei Verhältnismäßigkeit des eingegangenen Risikos verbieten, damit wechselseitig zu völliger Unfreiheit führen und den angestrebten Rechtsgüterschutz gerade nicht erreichen. Ebendies soll vermieden werden, indem darauf abgestellt wird, wie sich ein „ordentlicher und gewissenhafter Verkehrsteilnehmer“, ein „maßgerechter Durchschnittsmensch“ oder ein „bonus paterfamilias“ in der konkreten Lage verhalten hätte. Eine solche Maßfigur wird bei Fehlen konkreter rechtlicher Vorgaben die allgemeine Bewegungsfreiheit mit kollidierenden Rechtsgütern abwägen und dabei insbesondere die Gefährlichkeit des fraglichen Verhaltens, den Rang der betroffenen Güter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens berücksichtigen.¹⁰⁶ Nur wenn die Verkehrsanschauung das Ergebnis dieser Abwägung widerspiegelt, deckt sie sich mit der entsprechenden Rechtsnorm. Ist sie hingegen nicht in diesem Sinne „sachrichtig“, so ist die Rechtsnorm zwar ineffektiv, aber dennoch gültig, und daher die Verkehrssitte „als nicht billigenswert abzulehnen“.¹⁰⁷

Als Konstrukt zur Abgrenzung rechtlicher Schutzbereiche entspricht die Maßfigur damit zwar in ihren Fähigkeiten und Kenntnissen dem durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer, nicht jedoch in ihrer normativen Determinierung, die allein rechtlicher Art ist. Es ist also hinreichend, dass ein realer Durchschnittsmensch die im Rahmen der Abwägung relevanten Tatsachen sowie die einschlägigen rechtlichen Wertungen erkennen und daraus ableiten kann, welches Verhalten rechtlich geboten ist. Das ist auch dann möglich, wenn eine gegenläufige Verkehrsanschauung besteht, diese aber entweder auf einer bewussten Abweichung vom allgemeinen Sorgfaltsmaßstab beruht, oder die Verkehrsanschauung in vorwerfbarer Weise nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem rechtlichen Sorgfaltsgebot überprüft wird. Gerade soweit die Sorgfalt gegenüber absolut geschützten

106 Vgl. die Nw. in Fn. 65-67.

107 Welser, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 444, 465.

Rechtsgütern betroffen ist,¹⁰⁸ bleibt hier wenig Raum für die Annahme eines haftungsbefreienden Rechtsirrtums.¹⁰⁹

Auch dass der Richter Kind seiner Zeit ist und bei Abwägungsentscheidungen *volens volens* herrschende Sorgfaltsvorstellungen berücksichtigt, spricht nicht für einen sittenbezogenen Sorgfaltsmaßstab jenseits des Unvermeidlichen, sondern ist ohnehin dadurch gedeckt, dass ja auch die Maßfigur bloß mit durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ausgestattet und entsprechend beeinflusst ist.

Selbst bei eingriffsintensiven Bräuchen führt der Verzicht auf den Import außerrechtlicher Wertungen nicht zu problematischen Ergebnissen. So kann etwa beim Maibaumstehlen, wo auf die Sozialadäquanz des Verhaltens verwiesen wurde,¹¹⁰ wie bei Sportverletzungen (oben D.III.) mit der freiwilligen Einlassung auf ein Spiel argumentiert werden: Zur allgemeinen Handlungsfreiheit gehört es eben auch, sich auf Tätigkeiten einzulassen, die Eingriffe durch andere mit sich bringen. Wer die Hand zum Gruß ausstreckt, muss das folgende Schütteln derselben hinnehmen. Eine Haftung bei verhältnismäßigen mit einem Spiel verbundenen Eingriffen anzunehmen, würde die Handlungsfreiheit beider Parteien untergraben. Soweit der Anschein auf Einlassung in eine mit Eingriffen verbundene Tätigkeit besteht, kann abhängig von der Eingriffsintensität und wohl auch vom Grad der Entscheidungsfähigkeit des Geschädigten trotz Anwendung eines rein normativen Maßstabs eine Haftung ausscheiden, ohne dass erst ein konkludenter Haftungsverzicht zu prüfen wäre.

Wie gezeigt, folgt auch die herrschende Meinung letztlich dem dargelegten normativen Sorgfaltsmaßstab. Dass Sitten und Anschauungen dennoch immer eine gewisse, nicht klar umrissene Bedeutung zuerkannt wurde, soll im Folgenden mit ihrer Indizwirkung erklärt werden.

108 Vgl. *H. Koziol*, *Rechtsunkenntnis und Schadenszurechnung*, Wien 2022, insb. Rn. 367.

109 Zum verbreiteten strengen Maßstab vgl. *G. Wagner* (Fn. 44), § 823 Rn. 59; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 13. Vgl. auch *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 37, wonach ein Rechtsirrtum offenbar überhaupt nicht schuldbefreiend sein kann.

110 *Deutsch*, *Haftungsrecht* (Fn. 48), Rn. 293. Nicht gemeint ist der angebliche Brauch des Stehlens eines Stammes zur Errichtung des Maibaums; vgl. dazu *H. Gebauer*, *Strafrechtliches um den Maibaum*, ÖJZ 1951, 189.

G. Indizwirkung der Verkehrsanschauung

I. Gründe

1. Effektivität des rechtlichen Sorgfaltsgebots

Für eine Indizwirkung der Verkehrsanschauung spricht zunächst die typische Rechtstreue ihrer Träger und damit die Effektivität der Sorgfaltspflichten. Ein ähnlich ausgestaltetes Sorgfaltsgebot ist ja auch den meisten außerrechtlichen Normensystemen immanent, weshalb neben rechtlichen Sanktionen oft auch gesellschaftliche Konsequenzen drohen und dem Durchschnittsmenschen sorgfältiges Verhalten meist somit auch dann vernünftig erscheint, wenn er mit den rechtlich geschützten Werten nicht ebenso verbunden ist wie die Maßfigur. Fehlt die beschriebene Normenkongruenz und sind auch kaum rechtliche Sanktionen zu befürchten, schwindet freilich die Effektivität der Sorgfaltspflicht und damit auch die Indizkraft der Verkehrsanschauung.

2. Zugrundelegung durchschnittlicher Kenntnisse und Fähigkeiten

Weiters beruht die Indizkraft der Verkehrsanschauung darauf, dass sie vom Erkenntnishorizont des Durchschnittsmenschen ausgeht, der ja auch nach dem beschriebenen normativen Maßstab (oben D.II.) relevant ist. Niemand weiß besser, was mit den in einem bestimmten Verkehrskreis durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten an Sorgfalt angewandt werden kann, als der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer selbst. Soweit ihm im Einzelfall ein hinreichender Wille zur Einhaltung des rechtlichen Sorgfaltsgebots unterstellt werden kann, gibt die Verkehrsanschauung daher einen besonders starken Anhaltspunkt für die zu prästierende Sorgfalt. Wo ein solcher Wille zweifelhaft ist, kann immerhin die Verkehrsanschauung hinsichtlich einzelner maßgeblicher Umstände vom Richter als Hinweis auf den Erkenntnishorizont der Maßfigur berücksichtigt werden. Dies betrifft etwa Anschauungen über die Größe von Gefahren oder über die Wirksamkeit bestimmter Schutzmaßnahmen. Auch hier ist aber zu beachten, dass in gefährlichen Situationen eine Pflicht zur Erweiterung des Erkenntnishorizonts bestehen kann.¹¹¹ Es kommt dann nicht darauf an, ob dem Durchschnittsmenschen etwa die Wirksamkeit einer Maßnahme

111 Vgl. Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 414.

bekannt war, sondern ob ihm erkennbar war, dass er sich darüber informieren hätte müssen.

3. Sitten als gefahrenerhöhendes Sachverhaltselement

Die wichtigste Rolle, die Verkehrssitten bei der Bestimmung der gebotenen Sorgfalt zukommt, liegt freilich auf Sachverhaltsebene: Sitten gehen mit der Erwartung einher, dass sie eingehalten werden. Der Verkehr stellt sein Verhalten im Vertrauen darauf ein. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, kann das eine Gefährdung absolut geschützter Güter zur Folge haben. Mit Blick darauf kann eine Missachtung der Verkehrssitte auch unter Zugrundelegung eines rein normativen Maßstabs sorgfaltswidrig sein: Die Sitte verändert hier lediglich die Gefahrenlage und damit den Sachverhalt. Ein Rechtsfahrgebot oder Anforderungen an die Stabilität von Geländern können sich auf diese Weise nicht nur aus Schutzgesetzen ergeben, sondern auch aus dem faktischen Zusammenhang zwischen einer Verkehrserwartung und Gefahren für absolut geschützte Rechtsgüter.¹¹²

Dies setzt zunächst voraus, dass der Maßfigur der beschriebene Zusammenhang erkennbar ist, was fast immer der Fall sein wird: Nachdem die Verkehrssitte auf den Durchschnittsmenschen abstellt, liegt sie innerhalb des Erkenntnishorizonts der Maßfigur. In den meisten Fällen wird die Maßfigur sodann auch die mit einem abweichenden Verhalten einhergehenden Gefahren problemlos erkennen können.

Das allein führt freilich noch nicht zur Pflicht, der Verkehrssitte zu entsprechen. Der gebotene Umgang mit den Gefahren, die bei abweichendem Verhalten drohen, ist erst nach einem normativen Maßstab zu bestimmen. Bei aufwandsneutralen Sitten wie jener des Rechts- oder Linksverkehrs ist das unproblematisch; soweit Sicherheitserwartungen aber bei abwägender Betrachtung anhand der rechtlichen Wertungen überzogen erscheinen, ist ihnen nicht ohne Weiteres nachzukommen, sondern sind sie nur im Rahmen des Zumutbaren zu berücksichtigen.¹¹³ Anstatt der Sitte zu entsprechen, kann es dann etwa ausreichen, die Gefahr durch ein Warnschild zu reduzieren, bis sich die Sicherheitserwartung an das angemessene Maß angepasst hat und somit die sittenbedingte Gefahrenerhöhung als Sachverhaltselement entfallen ist. Die Sitte entfaltet somit auch hier bloß Indizwirkung und beeinflusst nicht direkt den Sorgfaltsmaßstab. Wenn die

112 Vgl. *Welser*, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 445 f.

113 Vgl. auch *G. Wagner* (Fn. 44), § 823 Rn. 482 f.

herrschende Meinung zwar letztlich einem normativen Sorgfaltskonzept folgt, zugleich aber häufig auf die Verkehrssitte verweist, dürfte damit in Wahrheit die hier geschilderte Reflexwirkung der Verkehrssitte als Teil des Sachverhalts angesprochen sein.

Die einhellige Ablehnung von „Unsitten“ (oben D.I.1.) macht umgekehrt klar, dass unangemessen niedrige Sicherheitserwartungen nicht zu laxeren Sorgfaltspflichten führen. Spiegelbildlich zu den genannten Gründen liegt das daran, dass solche Sitten die Gefahr nicht hinreichend reduzieren oder rechtlich garantierte Freiheitsräume übermäßig verengen. Sofern etwa Schlüssel in Autowerkstätten üblicherweise unsicher verwahrt werden,¹¹⁴ führt dies selbstverständlich auch dann zu keiner geringeren Diebstahlsgefahr, wenn der Durchschnittskunde mit dieser Unsitte vertraut ist und daher eine niedrige Sicherheitserwartung hat.

II. Indizwirkung beim Mitverschulden¹¹⁵

Bedenkt man die genannten Gründe (G.I.), wird klar, warum der Verkehrssitte ausgerechnet beim Mitverschulden keine besonders starke Indizwirkung zukommt, obwohl ihr die Rechtsprechung hier vergleichsweise großes Gewicht einzuräumen scheint (oben D.I.2.): Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ist nicht nur rechtlich erlaubt, sondern häufig auch kaum mit einem sozialen Unwerturteil verbunden. Lediglich bei besonders gefahrträchtigem Verhalten wird die Indizwirkung der Verkehrsanschauung ähnlich stark wie beim Verschulden sein, weil der real drohende Schaden und die mit ihm verbundenen rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der Obliegenheitsverletzung dann Sanktion genug sind, um eine vergleichbar hohe Effektivität des Sorgfaltsgebots zu erreichen. Ist das Risiko hingegen überschaubar, wird der Verkehr hier oft freiheitsbetont eine größere Bandbreite an Verhaltensweisen noch als vernünftig erachten, zumal sorgloses Verhalten allenfalls sogar sozial attraktiv oder zumindest bequemer ist.¹¹⁶ Dem Durchschnittsmenschen mag in solchen Fällen eine stärkere Gewichtung der Bewegungsfreiheit etwa gegenüber der eigenen körperlichen Un-

114 OGH 3 Ob 594/83.

115 Siehe bereits S. Jahn, ZVR 2022, 310 (313 ff.).

116 Treffend betont Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 55, dass „das Verhalten des großen Durchschnittes erfahrungsgemäß zur Laxheit tendiert und in bestimmten Fällen sogar ausgesprochen bedenklich sein kann.“

versehrtheit vertretbar erscheinen, obwohl eine bloß rechtlichen Wertungen verbundene Abwägung zu einem anderen Ergebnis kommt. Soll das Mitverschulden zu einer gleichmäßigen Berücksichtigung der Sorgfalt des Geschädigten mit jener des Schädigers führen, ist es entsprechend der herrschenden Gleichbehandlungsthese (oben D.I.2.) aber nach denselben Grundsätzen zu bestimmen wie das Verschulden, weil nur so eine gänzliche Abwälzung des in Kauf genommenen erhöhten Risikos auf den Schädiger verhindert werden kann. Auch und gerade hier ist somit nicht die Verkehrersschauung entscheidend, sondern ein normativer Sorgfaltsmaßstab.¹¹⁷

Ein allgemeines Bewusstsein kann die Zurechnung daher nur insoweit begrenzen, als es den Erkenntnishorizont der Maßfigur – etwa hinsichtlich der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen – bestimmt,¹¹⁸ nicht jedoch, insofern es auf der Inkaufnahme stärkerer Selbstgefährdung beruht und daher dem Durchschnittsmenschen trotzdem erkennbar ist, dass die Schutzmaßnahme aufgrund einer Abwägung anhand des auch gegenüber fremden Gütern geltenden rechtlichen Maßstabs geboten ist, es also „zwar eigentlich vernünftig“ wäre, höhere Sorgfalt einzuhalten, er zugunsten größerer Bewegungsfreiheit aber eine von einer solchen Abwägung abweichende Entscheidung in der Annahme trifft, dass ein sorgloseres Verhalten ja keinem anderen schade und jeder selber wissen müsse, wie lieb ihm jene Güter sind, mit denen er nach Willkür schalten darf. Wer sich für sorgloseres Verhalten entscheidet und damit ein höheres Risiko in Kauf nimmt, muss dieses auch selbst tragen und sich ein entsprechendes Mitverschulden zurechnen lassen.

117 Ausdrücklich für einen normativen Maßstab beim Mitverschulden auch *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 345 ff. Auf diesem Boden erscheint es nicht überzeugend, auf explizite Anordnungen des Gesetzgebers zu warten, solange die „allgemeine Verkehrsauffassung nicht eindeutig“ ist, weil dann „(noch) keine berechtigten Erwartungen“ bestünden. So aber *D. Looschelders*, LMK 2014, 362735. Dies würde zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung mit der Verschuldensprüfung führen, wo übliche Nachlässigkeit zu Recht allgemein unbeachtet bleibt (oben D.I.1.), und würde die Rolle der Verkehrserwartung (oben G.I.3.) überbewerten.

118 Berücksichtigt man bei der Prüfung der gegenüber fremden Gütern gebotenen Sorgfalt überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Schädigers (vgl. oben E.I.), muss dies freilich auch beim Mitverschulden gelten: *Oetker* (Fn. 50), § 254 Rn. 35; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 344 f.; bzgl. höherer Kenntnisse *Reischauer* (Fn. 26), § 1304 Rn. 1a.

H. Ergebnisse

Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots nicht an die Sittengemeinschaft delegiert. Es kommt also nicht auf das Verhalten eines *realen* Durchschnittsmenschen an. Ein Verweis auf Verkehrsanschauung oder Sozialadäquanz ist daher irreführend (F.).

Vielmehr ist mit der in Deutschland, Österreich und der Schweiz im Ergebnis herrschenden Meinung danach zu fragen, wie sich ein *maßgerechter* Durchschnittsmensch in der konkreten Lage verhalten hätte (D.). Dieser entspricht zwar in seinen Fähigkeiten dem realen Durchschnitt der relevanten Vergleichsgruppe, nicht jedoch in seiner normativen Determinierung, die allein rechtlicher Art ist (F.). Eine solche Maßfigur wird bei Fehlen konkreter rechtlicher Vorgaben die Bewegungsfreiheit mit den sonstigen Rechtsgütern abwägen und dabei insbesondere die Gefährlichkeit des fraglichen Verhaltens, den Rang der betroffenen Güter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens berücksichtigen (D.II.).

Der Verkehrsanschauung kann jedoch immerhin Indizwirkung zukommen. Stark ist diese häufig bei der Bestimmung des Erkenntnishorizonts der Maßfigur. Dies gilt insbesondere bei Gefahren, die aus der Nichterfüllung verbreiteter Sicherheitserwartungen resultieren. Besonders schwach ist die Indizwirkung hingegen meist dort, wo eine bloße Obliegenheitsverletzung in Frage steht (G.).