

BÉNÉDICT WINIGER

Verantwortung,
Reversibilität und
Verschulden

Mohr Siebeck

Bénédict Winiger
Verantwortung, Reversibilität und Verschulden



Bénédict Winiger

Verantwortung, Reversibilität und Verschulden

Mohr Siebeck

Bénédict Winiger, geboren 1955 in Zürich, hat nach dem Studium der Rechte (Lausanne 1978) und der Philosophie (Genf 1985, Frankfurt 1986) in Genf über Christian Wolffs Naturrecht promoviert (1991). Nach der Erwerbung des Anwaltspatents und Studien zum römischen Recht in Genf und Rom wurde er 1998 zum Ordinarius an der Universität Genf berufen und unterrichtet seither römisches Recht, europäisches Zivilrecht und Rechtsphilosophie. Sein Forschungsschwerpunkt ist das Haftungsrecht in Europa.

ISBN 978-3-16-152583-4 / eISBN 978-3-16-162976-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2013. www.mohrsiebeck.com

© Bénédict Winiger.

Dieses Werk ist seit 08/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garmond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Un homme haut placé
Faisant le Bien
Agira comme l'eau

L'eau sert les Dix mille êtres
Sans rien disputer
Faisant ce que personne n'aime faire

Les plus proches de la Voie
Préfèrent s'établir à même le sol
Et placer leur cœur dans l'abîme
Donner simplement par humanité
Cultiver la sincérité des propos
Gouverner en respectant la nature
Confier les charges aux gens capables
N'agir qu'au moment favorable

C'est en ne disputant rien à personne
Qu'ils sont alors irréprochables

Lao Tseu, Tao Te King 8,
Traduction Claude Larre,
Paris (Desclée de Bouver) 1994

Vorwort

Der vorliegende Text ist weitgehend während eines Forschungsaufenthaltes in Warschau entstanden. Ihm gingen verschiedene Vorträge und Aufsätze voraus, in denen einzelne Teile der hier behandelten Fragen entwickelt wurden. Das Problem der ethischen oder moralischen Verantwortung ist gleichzeitig eine Erweiterung meiner bisherigen Forschungen zur juristischen Haftung.

Ich bedanke mich herzlich bei meinen Freunden und Kollegen Prof. Helmut Koziol, Wien, Prof. Pierre Widmer, Lausanne und Bern, sowie Prof. Robert Roth, Genf und Den Haag, für die sorgfältige Überprüfung meines Manuskriptes und die wertvollen Ratschläge, die den Text entscheidend geprägt haben. Dank schulde ich auch meinen Kollegen der Altertumswissenschaften, Prof. Antoine Cavigneaux, Genf, Prof. André-Louis Rey, Genf und Magister Hanna Gołąb, Warschau und Princeton, für ihre Hinweise zu den mesopotamischen, kleinasiatischen und griechischen Texten, die ich leider nicht im Original lese. Prof. Jakub Urbanik sei gedankt für seinen herzlichen Empfang an der Universität Warschau, sowie Frau Dr. Brigitte Schöning für die Durchsicht des Manuskripts. Je tiens également à remercier nos amis Danka et François Mentha qui nous ont généreusement aidés à passer un séjour prolongé dans la capitale polonaise.

Warschau/Genf, Januar 2013

Bénédict Winiger

Inhalt

Vorwort	VII
Abkürzungen	XV
Einleitung	1

Erster Teil Historische Analysen

Kapitel I: Mesopotamische und kleinasiatische Gesetze	9
A. Konsequenzen schädigender Handlungen	10
1. Talion	10
a. Babylonische Gesetze	10
b. Assyrische Gesetze (ca. 1076 a.C.)	12
c. Hethitische Gesetze (1650–1500 a.C.)	14
2. Wiedergutmachung durch Ersatz	14
a. Hammurapi	14
b. Hethitische Gesetze	16
3. Mischformen zwischen Talion und Ersatz	18
4. Todesstrafe und Verstümmelung	19
B. Fahrlässigkeit als juristisches Konzept?	21
1. Codex Eschnunna	21
2. Codex Hammurapi	23
a. Fahrlässigkeit	23
b. Grade der Fahrlässigkeit und <i>dolus</i> ?	25
C. Ergebnisse zu den mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetzen	27

Kapitel II: Griechische Ansätze	30
A. Antiphons zweite Tetralogie	30
1. Tatbestand und Argumentation: unabsichtliches Handeln ...	30
2. Kausalität	31
3. Fehler und Widerrechtlichkeit	32
4. Verschulden und Fahrlässigkeit	33
5. Zufall?	35
6. Zusammenfassung	36
B. Platon: IX. Buch der Gesetze	37
1. Gerechte und ungerechte Handlungen	38
2. Gutmachung des Schadens	39
3. Intentionalität und Grade der Verfehlung (<i>culpa?</i>)	40
4. Schadensformen und Kriterien für das Strafmaß	41
5. Widerrechtlichkeit?	44
6. Strafformen: Todesstrafe, Talion und Auslieferung (<i>noxia</i>) ...	45
a. Todesstrafe und Talion	45
b. <i>noxia</i>	46
7. Zusammenfassung	46
C. Aristoteles nikomachische Ethik (Buch V)	47
1. Ein Haftungsmodell	48
2. Widerrechtlichkeit, Schaden, Kausalität und Schadensberechnung	49
3. <i>Casus, error, affectus</i> und <i>dolus</i>	50
4. Verschulden	51
5. Talion	52
6. Zusammenfassung	52
D. Ergebnisse	53
 Kapitel III: Römische Ansätze	 56
A. Das XII-Tafelgesetz	56
B. Die <i>lex Aquilia</i>	57
1. Das Gesetz	57
2. Schadensbegriff und schädigende Handlung	59
3. Kausalität	61

4. Widerrechtlichkeit und Verschulden	62
a. Widerrechtlichkeit	62
b. Verschulden	63
5. Schadensberechnung	64
C. Strafrechtliche Normen und die Noxalklage	66
1. Strafrechtliche Normen	66
2. Die Noxalklagen	67
D. Allgemeine römische Grundsätze	69
1. <i>Neminem laedere</i> und <i>sum cuique tribuere</i>	69
2. <i>Restitutio in integrum</i>	70
E. Ergebnisse	71

Zweiter Teil

Eine zeitgenössische Theorie der Verantwortung

Kapitel IV: Die Strukturen der Verantwortung	77
A. Handlung und Schaden	77
B. Abgrenzung zwischen Verantwortung und Haftung	78
C. Der zeitliche Horizont der Verantwortung	81
D. Die Grundkategorien der Verantwortung	83
1. Schadensbegriff und schädigende Handlung	84
2. Kausalität	85
3. Verstoß gegen eine Norm	87
4. Verschulden	87
Kapitel V: Kriterien der Verantwortung: zwei Thesen	89
A. Beurteilung der Wiedergutmachung: Das Kriterium der Reversibilität	90
1. These I	90
2. Definition der Reversibilität	90
3. Bestimmung der Wiedergutmachung (These I [ii])	92
2. Fallgruppe: Körperliche und Gesundheitsschäden	93
3. Fallgruppe: Ökologische Schäden	94

4. Reversibilität und der Faktor Zeit: Die Dauer des Schadens . . .	95
5. Schäden mit psychischen Auswirkungen auf das Opfer	96
6. Reversibilität und Geld: Das Prinzip des Naturalersatzes . . .	96
7. Verantwortung für zukünftige Schäden (These I [i])	98
8. Verantwortung für kommende Generationen (These I [i]) . . .	99
9. Rechtfertigungsgründe des Schädigers (These I [iii])	100
B. Beurteilung der Handlung: Das Kriterium des Verschuldens . . .	102
1. These II	102
2. Verhältnis zwischen These I und II	105
3. Grade der Verantwortung	106
 Kapitel VI: Anwendung der zwei Thesen	 108
A. These I	108
1. Vergangene und zukünftige Handlungen	108
2. Verantwortung und Voraussage zukünftiger Schäden	109
3. Verantwortung und Wahrscheinlichkeit eines Schadens	110
4. Verantwortung und Risiko	111
a. Die Häufigkeit der Schäden	112
b. Die Schwere des Schadens	113
c. Risiko und Wert des betroffenen Gutes	113
d. Geographische Ausdehnung des Schadens	114
e. Ist Risiko ein Schaden an sich?	114
f. Risikohaftung und Verantwortung des Gesetzgebers	115
5. Verantwortung und Wissen	117
6. Die Zahl der Opfer und betroffenen Güter	118
7. Soziale Auswirkungen des Schadens	119
a. Unausweichliche Schäden: Soziale Wünschbarkeit des verfolgten Ziels	119
b. Verantwortung und Schadensbeschränkung	121
c. Praktische Konsequenzen: Abbruch schädigender Tätigkeiten . . .	122
8. Ein Einwand: Der mittellose Schädiger	122
B. These II	124
1. Im Allgemeinen	124
2. Verhältnis zwischen Verschulden und Widerrechtlichkeit im Haftungsrecht	125
a. Verschulden	125
b. Widerrechtlichkeit	127

3. Normverletzung und Verschulden im Zusammenhang mit der Verantwortung	128
a. Normverletzung	128
b. Verschulden	130
C. Zusammenhang zwischen Verantwortung und Haftung	134
D. Beispiele	135
Kapitel VII: Allgemeine Würdigung	140
A. Antike Verantwortungs- und Haftungsgedanken	140
B. Elemente einer Verantwortungstheorie	144
1. Die Strukturen der Verantwortung	144
2. Zwei Kriterien zur Beurteilung der Verantwortung	146
a. Das Kriterium der Reversibilität (These I)	146
b. Das Kriterium des Verschuldens (These II)	148
c. Verhältnis zwischen These I und II	149
Bibliographie der benutzten Werke	151
Personen- und Sachregister	155

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 1812 (Österreich)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, 1900 (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz)
CCF	Code Civil Français, 1804
CCI	Codice Civile Italiano, 1942
OR	Obligationenrecht, 1912 (Schweiz)
StrGB	Strafgesetzbuch, 1937 (Schweiz)

Einleitung

Die Verantwortung gehört zu den ältesten Problemen, die die Menschheit beschäftigen. Wir verfügen über zahlreiche alte Quellen, die davon zeugen, wie die verschiedensten Kulturen und Gesellschaften diesen weiten Fragenkreis behandelt haben, angefangen bei den viertausend Jahre alten mesopotamischen Gesetzbüchern, den assyrischen Gesetzen und den griechischen Philosophen bis hin zum römischen Recht. Obschon die Antworten außerordentlich vielfältig sind, lassen sich bereits früh Spuren für Konzepte finden, die noch heute unsere Auffassung von Verantwortung prägen.

Es wird *im ersten Teil des vorliegenden Textes* darum gehen, diese Spuren aufzuzeigen und daraus Lehren zu ziehen für unsere eigene Auffassung von Verantwortung. Dabei ist spätestens ab den griechischen Philosophen des Altertums zu unterscheiden zwischen der Verantwortung, die vorwiegend der Ethik angehört, und der Haftung, die ein juristischer Begriff ist.

Die Frage der Verantwortung stellt sich heute mit besonderer Eindringlichkeit. Wir leben in einer Kultur, in der große und kleine Schäden an der Tagesordnung sind. Daran haben wir uns derart gewöhnt, dass die nicht direkt Betroffenen sich ohne weiteres über die zum Teil schwersten Folgen schädigender Ereignisse hinwegsetzen. Zwar versuchen wir den Schäden mit rechtlichen Mitteln entgegenzutreten, leider aber mit geringem Erfolg. Heere von Juristen feilen an den Menschenrechten und türmen Versprechen an die ganze Menschheit auf, von denen wir genau wissen, dass wir sie einzulösen nie im Stande sein werden. Legionen von Haftungsrechtlern entwerfen ausgeklügelte Schadenersatzsysteme, die die Opfer oft schutzlos sich selbst überlassen und auch künftige Katastrophen nicht abwenden. Alle juristischen Anstrengungen hindern uns nicht daran, den Planeten zu plündern und dabei große Teile der Weltbevölkerung zu gefährden. Wir bemerken nicht einmal mehr unsere Schizophrenie, große Werte zu verkünden, ohne auch nur einen Augenblick an ihre Einhaltung zu denken.

Dennoch müssen wir weiterhin über mögliche Lösungen der Verantwortungsfragen nachdenken, denn wir dürfen keinesfalls ›die Arme

fallen lassen, wie es im *Codex Hammurapi* bildhaft heißt. Dabei haben wir mit mehreren Problemen zu kämpfen, von denen ich einige hier kurz skizzieren möchte. Die moderne Technik hat nicht nur die Risiken und den Grad der Schäden vervielfacht. Sie schafft auch namentlich lange Kausalketten, die es für den Einzelnen oft schwierig machen, einen Zusammenhang zwischen seiner Handlung und einem Schaden herzustellen. Eine Handlung, die ich hier und jetzt begehe, kann irgendwo auf der Welt oder erst in Jahrzehnten oder Jahrhunderten eine Wirkung entfalten. Dafür gibt es zahlreiche Beispiele. Wenn ich Treibhausgase freisetze, können die Effekte an einem ganz anderen, oft unerwarteten Ort auftreten; wenn ich gefährliche Stoffe verarbeite, etwa Asbest, treten die Wirkungen auf die menschliche Gesundheit erst Jahrzehnte später auf; wenn ich radioaktives Material herstelle, kann dieses Jahrhunderte lang gefährlich strahlen. Ein anderes Problem betrifft die minimalen Schäden. Wer kleine Mengen von Schadstoff ausstößt, kann den dadurch entstehenden Schaden oft gar nicht messen; hingegen richtet die Summe aller kleinen Mengen, die von einer großen Anzahl von Individuen stammen, erheblichen Schaden an. Das CO₂ ist dafür ein gutes Beispiel. Diese langen Kausalketten führen zu einem einfachen psychologischen Problem. Wie kann der Einzelne oder der Gesetzgeber überzeugt werden, Handlungen zu unterlassen oder zu untersagen, die solche geographisch oder zeitlich weit entfernten oder minimalen Wirkungen haben können?

Dazu kommen Verständnisprobleme. Selbst bestens ausgewiesene Wissenschaftler haben oft Schwierigkeiten, die Kausalzusammenhänge zu erfassen oder nachzuweisen. Die Klimadebatte, die seit Jahren andauert und noch lange nicht ausgestanden ist, hat sich zu einer Art Schlacht der Klimamodelle entwickelt, in der sich offenbar niemand richtig zurechtfindet. Selbstverständlich sind nicht nur die Experten überfordert, sondern auch die Anderen, die sich je nach den Umständen dieser oder jener Meinung anschließen.

Schließlich sind mit der modernen Welt auch neue gesellschaftliche Dimensionen entstanden. Die bestehenden Verantwortungsmodelle wurden vor allem für den Schutz einzelner Personen und mehr oder weniger überschaubarer Gesellschaften gedacht. Natürlich sollen diese auch weiterhin geschützt werden. Aber daneben stellen wir uns eine Art Weltgesellschaft vor und damit neue Herausforderungen auf allen Gebieten. Für die Verantwortung bedeutet dies zum Beispiel, dass mein Nächster, dem gegenüber ich Verantwortung trage, auch auf der anderen Seite der Welt leben kann oder erst in ein paar Generationen geboren wird. Die vorliegende Untersuchung wird selbstverständlich diese Fragen nicht lösen.

Im zweiten Teil wird es vor allem darum gehen, neue, unseren Bedürfnissen angepasste Kriterien verantwortlichen Handelns zu entwickeln. Und zwar stehen zwei Probleme im Vordergrund, das eine aus einer *ex ante*- und das andere aus einer *ex post*-Perspektive: Welche Handlungen darf ich in Zukunft begehen? und Wie soll ich mich nach bereits entstandenen Schaden meinem Opfer gegenüber verhalten? Damit sind wir – allerdings in verkürzter, auf zukünftigen und bereits entstandenen Schaden beschränkter Perspektive – bei den alten Fragestellungen: Was darf ich tun? und Was soll ich tun? Beide stellen sich uns in jeder Lebenslage.

Die *ex ante*-Perspektive ist dabei besonders aktuell. Das hat damit zu tun, dass es immer schwieriger wird, bereits angerichtete Schäden gutzumachen. Oft sind diese nämlich so groß oder so komplex, dass es kaum möglich ist, den Schaden überhaupt zu erfassen. Das stimmt vor allem bei Umweltschäden, deren Ausmaße – wenn überhaupt – erst viel später erkannt werden oder bei genetischen Schäden, die ihre Wirkungen vielleicht Generationen später entfalten können. Die *ex ante*-Perspektive stellt dementsprechend besondere Anforderungen an die Voraussage künftiger möglicher Schäden. Damit wiederum entsteht das Problem, dass solche Voraussagen meist mit Ungewissheiten und spekulativen Annahmen belastet sind. Dies macht natürlich die Definition von Verantwortungskriterien besonders schwierig, weil dieser Unabsehbarkeit Rechnung zu tragen ist.

Die *ex post*-Perspektive war lange von großer Bedeutung. Sie herrschte seit den ältesten mesopotamischen Texten (ca. 2000 a.C.) vor und besteht darin, den bereits entstandenen Schaden zu schätzen und gutzumachen. Bereits im 3. Jahrhundert a.C. hatte jedoch der römische Juriskonsult Mucius diese in eine *ex post-ex ante*-Perspektive umgewandelt. Fortan sollte sich der Richter bei der Beurteilung *ex post* in den Zeitpunkt der schädigenden Handlung versetzen und fragen, was denn der Schädiger damals *ex ante* als Handlungsfolge hatte absehen können. Dieses Vorgehen wurde bis heute beibehalten, um zu bestimmen, inwiefern der Schädiger den angerichteten Schaden gutmachen muss. Im Zusammenhang mit der Verantwortung ist die Frage, welches Verhalten der Schädiger vor – und im Schadensfall nach – der Handlung einnehmen soll, um verantwortungsvoll zu handeln.

Das hier vorgeschlagene Modell enthält zwei voneinander unabhängige Kriterien der Verantwortung. Das erste Kriterium ist die Reversibilität des Schadens. Mit Reversibilität ist gemeint, dass der Geschädigte in jenen Zustand versetzt wird, in dem er sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde. Es geht also nicht darum, das Opfer in den Zustand

vor dem schädigenden Ereignis zurückzusetzen, sondern in den hypothetischen Zustand, der im Moment der Entschädigung ohne den Schaden herrschen würde. Es handelt sich hier weitgehend um ein objektives Kriterium, bei dem der Grad der Verantwortung am Grad der Reversibilität gemessen wird. Reversibilität rechtfertigt sich deshalb als Kriterium, weil für das Opfer die Gutmachung im Vordergrund steht. Wer von uns wünschte sich nach erlittenem Schaden nicht jenen Zustand zu erreichen, in dem er sich ohne den Schaden befinden würde?

Das zweite Kriterium betrifft das Verschulden. Es geht dabei darum, das Verhalten des Handelnden zu beurteilen. Um verantwortlich zu handeln, muss dieser gewisse, allgemein anerkannte Verhaltensregeln befolgen. Tut er dies nicht, handelt er unverantwortlich, und zwar unabhängig davon, ob er einen Schaden angerichtet hat. Dieses Kriterium ist insofern subjektiv, als es auf das handelnde Subjekt und nicht auf den Schaden gerichtet ist. Es rechtfertigt sich deshalb, weil die Gesellschaft ein vitales Interesse daran hat, dass für ihr Weiterbestehen wesentliche Verhaltensformen beachtet werden.

Um Missverständnissen vorzubeugen, möchte ich hier kurz das Verhältnis zwischen Verantwortung und Haftung umreißen.¹ Bildlich gesprochen können Verantwortung und Haftung mit dem sichtbaren und dem unsichtbaren Teil eines Eisberges verglichen werden. Die Haftung ist dabei der sichtbare Teil. Sie ist auf eine Rechtsordnung gestützt, deren Gesetze (in der Regel) jedem zugänglich sind. Zudem entscheidet der Richter als (offizielles staatliches) Organ, wer Haftung trägt und welchen Schadenersatz er seinem Opfer schuldet. Die Verantwortung hingegen ist der unsichtbare Teil des Eisberges. Es gibt keine offiziellen Regeln der Verantwortung und auch kein Organ, das darüber richtet, ob ein Verhalten verantwortungsvoll sei. Jeder Einzelne kann entscheiden, ob er dies oder das für verantwortlich halte.

Genau hier setzt diese Untersuchung an. *Sie geht der Frage nach, welche Kriterien jedem einzelnen Mitglied der Gesellschaft erlauben zu sagen, ob es ein Verhalten für verantwortlich halte.*

Der Gesichtspunkt, aus dem die vorliegende Untersuchung erfolgt, kann mit einer konkreten Lebenssituation beschrieben werden. Nehmen wir an, dass wir auf einer Terrasse Kaffee trinken und das Geschehen um uns beobachten, die Vorbeigehenden, Verkehrsteilnehmer, Eltern, die ihre Kinder beaufsichtigen, Geschäftsleute usw. Wann kann ich sagen, jemand habe verantwortlich oder unverantwortlich gehandelt? Wel-

¹ Näher dazu *infra* VI.C, 134 f.

chen Maßstab soll ich für mein Urteil anlegen? Dabei ist es wie erwähnt natürlich klar, dass es sich jeweils um ein rein privates Urteil handelt, das jedes einzelne Mitglied der Gesellschaft für sich fällen kann, das aber keinen allgemeinen normativen Anspruch entfaltet, im Gegensatz etwa zum richterlichen Entscheid, der die Streitparteien bindet. Dieses Urteil führt deshalb auch nicht zu rechtlichen Schadenersatzansprüchen, sondern könnte höchstens eine Aufforderung an den Schädiger sein, den angerichteten Schaden gutzumachen.

Wie beim Eisberg ist auch hier die Masse des unsichtbaren Teils viel größer als die Spitze: Die Urteile zur Verantwortung sind viel zahlreicher als die richterlichen Entscheidungen zur Haftung, weil bei jedem Beschluss, etwas zu tun oder zu lassen, mindestens implizit die Frage auftritt, ob das Beschlossene auch zu verantworten sei.

Chronologisch sind ursprünglich sicher zuerst die Kriterien der Verantwortung entstanden. Aus diesen haben sich im Laufe der Zeit in den Rechtsordnungen Haftungskriterien herausgebildet. Mittlerweile besteht eine Art dialektischer Zusammenhang zwischen den beiden. Die Gesamtheit der individuellen Auffassungen über Verantwortung fließt als Haftungskriterien in die Rechtsordnung ein, die ihrerseits die Auffassung von Verantwortung mitprägt.

Fragen der Verantwortung wird seit einiger Zeit wieder vermehrt Aufmerksamkeit geschenkt. Es ist sogar ein regelrechter Publikationsschwall entstanden, den zu übersehen es mittlerweile beinahe unmöglich geworden ist. Es ist mir nicht gelungen, diese Literatur auch nur annähernd zu meistern. Dementsprechend werden hier nur jene Texte erwähnt, die ich tatsächlich verwendet habe oder auf die ich mehr oder wenig direkt anspiele. Autoren, die sich vielleicht übergangen fühlen, mögen dafür Verständnis aufbringen.

Erster Teil

Historische Analysen

Kapitel I

Mesopotamische und kleinasiatische Gesetze

Haftungsrechtliche Fragen sind uns seit dem Ende des 3. Jahrtausends überliefert. Zum Beispiel die Gesetze Ur-Nammas (ca. 2100 a.C.)² enthalten Normen zu Mord und gewissen anderen widerrechtlichen Handlungen.³ Sie regeln auch Rechtsstreite um den Verlust eines Fußes oder der Nase, sowie zum Beispiel um Knochen- und Zahnbrüche.⁴ Im 18. Jahrhundert a.C. findet sich auf einer sumerischen Schultafel sogar eine Falllösung, deren zweiter Teil sich zu einem Rechtspruchwort verfestigen wird, das noch heute als *casum sentit dominus* im Haftungsrecht allgemeine Geltung hat.⁵ Spätere Gesetze übernehmen, ergänzen, verfeinern oder entwickeln diese Traditionen, die in vielen Punkten bereits das griechische und vor allem das römische Schrifttum vorwegnehmen.

Im folgenden Kapitel geht es vor allem darum, aus den mesopotamischen und kleinasiatischen Texten einzelne juristische Kategorien herauszuarbeiten. Wie sich zeigen wird, werden wir dabei keine scharf umrissenen juristischen Konzepte vorfinden, ebensowenig wie ausgefeilte dogmatische Überlegungen. Das mag damit zusammenhängen, dass diese Gesetze zur Gruppe der sogenannten Fall-Regelrechte gehören, wo meist konkrete Normen spezifische Fälle behandeln und nur gelegentlich abstrakte Regeln oder Normen und nur ganz selten und höchstens in Ansätzen theoretische Betrachtungen auftauchen. Wir werden vielmehr archetypische Antworten auf schädigende Handlungen antreffen, die in Regelform gegossen wurden, um die Schadensregelung in rechtliche Bahnen zu leiten und eigenmächtigen oder übermäßigen Reaktionen der Geschädigten vorzubeugen.

² Roth, Mesopotamia.

³ Ur-Namma (C iii 52–54), (Übers. n° 1), und (C iii 55–56), (Übers. n° 2), Roth, Mesopotamia, 17; für eine neuere deutsche Übersetzung siehe auch Wilcke, Kodex Urnamma.

⁴ Ur-Namma (A vii 324 ff), (Übers. n° 18 f), Roth, Mesopotamia, 19.

⁵ »If a lion devours a wandering ox, the misfortune falls to its owner«, Sumerian Law Exercise Tablet (v 26–31), (Übers. n° 9), Roth, Mesopotamia, 44.

A. Konsequenzen schädigender Handlungen

Die im Folgenden behandelten mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetze sehen Kategorien von Sanktionen und Konsequenzen für schädigende Handlungen vor, die von der Todesstrafe und Verstümmelung über die Talion zu verschiedenen Formen von materiellem Schadenersatz reichen.⁶ Wir werden das Augenmerk vor allem auf Talion und materiellen Schadenersatz richten, während die anderen Formen nur mit einem kurzen Blick gestreift werden.

1. Talion

a. Babylonische Gesetze

Die wohl markanteste, in unserem Zusammenhang relevante Regel dieser Gesetze ist die *Talion*, die als Vergeltungsgrundsatz vier Jahrtausende überleben wird. Der Ausdruck ›Talion‹ kommt vom lateinischen *talis* und bedeutet ›so wie‹.⁷ Der Grundgedanke ist, dem Anderen dasselbe anzutun, das man von ihm erlitten hat. Im Deutschen könnte man die Bedeutung mit dem Grundsatz beschreiben ›Wie du mir, so ich dir‹. Es wurde diskutiert, wie weit die Talion zu fassen sei, ob sie alle schädigenden Handlungen, oder nur gewisse davon erfasse, zum Beispiel nur körperliche Schäden.⁸ Dieser Frage brauchen wir hier nicht weiter nachzugehen. Für unsere Untersuchung genügt die allgemeine Grundidee der Vergeltung von Gleichem mit Gleichem.

Die Gesetze Ur-Nammās heben an mit der Regel, Mord sei mit dem Tode zu vergelten; und zwar soll der Mörder getötet werden.⁹ Die inhaltlich klassischen Talionen weisen auch die Gesetze von Eshnunna auf (ca. 1770 a.C.). Wer die Frau oder das Kind eines Anderen als Pfand nimmt, obschon er gegen diesen keine Forderung hat, und den Tod der Frau oder des Kindes verursacht, soll getötet werden.¹⁰ Der Talion-Gedanke ist hier

⁶ Siehe dazu namentlich *Neumann*, Göttliche Gerechtigkeit, 46.

⁷ Siehe namentlich *Cardascia*, Talion, 183 ss.

⁸ So *Cardascia*, Talion, 183 ss, für den der Talion nur dazu dient, Aggressionen gegen den Körper zu ahnden ›punir des agressions physiques‹, nicht aber Beschädigungen von Sachen (186). Weiter fasst *Rothkamm*, Talio esto, XVII f, den Talion, und zwar namentlich als *quid pro quo*, 83.

⁹ ›If a man commits a homicide (sag gish ra, BW), they shall kill (gaz, BW) that man‹ (Übersetzung *Wilcke*, Kodex Urnamma: ›wird dieser Mensch getötet werden‹), Ur-Namma (C iii 52–54), (Übers. n° 1), *Roth*, Mesopotamia, 17.

¹⁰ ›If he has no claim against him but he nonetheless takes the wife of a commoner or the child of a commoner as a distress, detains the distress in his house, and causes

insofern verwirklicht, als Tod mit Tod vergolten wird. Die Formulierung als Ganzes bleibt hingegen eher umständlich und kasuistisch. Das lässt sich sicher mit der gleich voranstehenden Norm erklären, wo derselbe Sachverhalt geregelt ist, aber an Stelle der Frau oder des Kindes eine Sklavin in Pfand genommen wird. In diesem Falle droht dem Pfänder nicht der Tod, sondern er soll lediglich dem Geschädigten zwei Sklavinnen als Ersatz liefern.¹¹ Die Begründung für die Todesstrafe am Ende des Fragments, nämlich es handle sich um ein Kapitalverbrechen, zeigt im Übrigen den deutlich strafrechtlichen Zug, der der Sanktion hier beigelegt wird. Es geht in erster Linie um eine Strafe, und erst in zweiter Linie – wenn überhaupt – um einen Ausgleich des Schadens.

Der Codex Hammurapi (ca. 1750 a.C.), die wohl bedeutendste und auch berühmteste mesopotamische Quelle, enthält die Talion ebenfalls, entwickelt sie aber zu einem komplexeren Gebilde. In ihrer Grundform ordnet sie die Vergeltung von Gleichem mit Gleichem an. Hat ein *awilum*, das heißt ein freier Mann, das Auge eines andern *awilum* geblendet oder ihm einen Knochen gebrochen, soll er im Gegenzug ein Auge verlieren oder ihm soll derselbe Knochen gebrochen werden.¹² Dasselbe gilt für einen herausgeschlagenen Zahn.¹³ Eine veränderte Form wird im Zusammenhang mit gleichzeitigem Körper- und Sachschaden erwähnt. Führt ein Maurer, der einem Anderen ein Haus errichtet, seine Arbeit schlecht aus und kommt deshalb beim Einsturz des Gebäudes der Eigentümer (*bēl bītim*, Hausherr) zu Tode, so soll der Maurer getötet werden.¹⁴ In diesem Fall können mehrere Schäden entstehen, die sukzessive in verschiedenen Normen geregelt sind. Der Tod des Eigentümers erheischt wie gesagt den Tod des Erbauers. Für andere Schäden kommt aber auch Schadenersatz im Sinne von materieller Kompensation in Frage: Stirbt ein Sklave, schuldet der Schädiger einen Sklaven gleichen Wertes.¹⁵ Sonstiges Eigentum wie etwa Hausrat ist ebenfalls zu ersetzen. Was das Haus selber betrifft,

her or his death, it is a capital offense – the distainer who distained shall die.«, Eshnunna (A ii 23–25), (Übers. n° 24), *Roth*, Mesopotamia, 62.

¹¹ Eshnunna (A ii 19–21), (Übers. n° 23), *Roth*, Mesopotamia, 62.

¹² »If an awilu should blind the eye of another awilu, they shall blind his eye.«, »If he should break the bone of another awilu, they shall break his bone«, Hammurabi (xl 45–49 und xl 50–53), (Übers. n° 196 und 197), *Roth*, Mesopotamia, 121.

¹³ Hammurabi (xl 66–70), (Übers. n° 200), *Roth*, Mesopotamia, 121.

¹⁴ »If a builder constructs a house for a man but does not make his work sound, and the house that he constructs collapses and causes the death of the householder, that builder shall be killed.«, Hammurabi (xlii 64–72), (Übers. n° 229), *Roth*, Mesopotamia, 125.

¹⁵ Hammurabi (xlii 77–81), (Übers. n° 231), *Roth*, Mesopotamia, 125.

entsteht eine Schadenersatzpflicht in Naturalform: Der Schädiger muss auf eigene Rechnung das Haus neu errichten.¹⁶ Die interessanteste und der Talion getreueste Lösung betrifft aber den Haussohn. Wenn er beim Einsturz umkam, soll ein Sohn des Schädigers getötet werden.¹⁷ Das erstaunt auf den ersten Blick, lässt sich aber vielleicht durch den Grundgedanken der Talion erklären, wo es vor allem darum geht, auf einen Schaden eine Antwort folgen zu lassen, die dem angerichteten Schaden so nahe kommt wie möglich. Aus dieser Sicht ist es verständlich, dass dem Tod des Sohnes jener eines Sohnes folgt. Ferner erlaubt diese Norm eine zweifache Sanktion, wenn der Hausherr und sein Sohn umkommen und der Schädiger einen Sohn hat. Dann wird die Rache sowohl am Schädiger als auch an seinem Nachkommen vollstreckt. Vielleicht wollte man auch vermeiden, dass ein Toter ungesühnt blieb und sah daher vor, auf den Sohn des Schädigers zurückgreifen zu können. Die Norm hat jedoch offensichtlich eine entscheidende Schwäche: Sie setzt nämlich gleiche Familienverhältnisse bei Täter und Opfer voraus. Was geschah wohl, wenn der Täter keinen Sohn hatte?

Neben diesen Stärken und Schwächen der angebotenen Lösungen ist grundsätzlich festzuhalten, dass diese Norm bereits eine beachtliche Komplexität aufweist, indem zwei Tatbestände und Rechtsfolgen verknüpft werden. Auf einen Todesfall, der mit Sachschaden verbunden ist, wird einerseits mit der Talion und andererseits mit materieller Gutmachung geantwortet. Die Körperverletzung wird zwar isoliert geahndet, aber doch immerhin in einem Zug mit dem Sachschaden geregelt.

b. Assyrische Gesetze (ca. 1076 a.C.)

In den assyrischen Gesetzen ist eine bedeutende Entwicklung zu verzeichnen, ja sogar eine Art juristischer Quantensprung. In der Quelle A der Gesetze geht es um den Fall, wo ein Mann oder eine Frau in ein fremdes Haus eindringt und jemandem das Leben nimmt. Das Familienoberhaupt kann nun entweder den ihm ausgehändigten Täter töten oder ihm sein Eigentum nehmen; ist nichts Wertvolles vorhanden, hat er Anrecht auf einen Sohn oder eine Tochter des Täters.¹⁸ Es handelt sich hier

¹⁶ Hammurabi (xlīi 82–92), (Übers. n° 232), *Roth*, Mesopotamia, 125.

¹⁷ „If it should cause the death of a son of the householder, they shall kill a son of the builder“, Hammurabi (xlīi 73–76), (Übers. n° 230), *Roth*, Mesopotamia, 125. Dazu auch *Cardascia*, Talion, 187, der hier von ›talion par personne interposée‹ spricht.

¹⁸ »[If either] a man or a woman enters [another man's] house and kills [either a man] or a woman, [they shall hand over] the manslayers [to the head of the household]; if he so chooses, he shall kill them, or if he chooses to come to an accommodation, he

um einen riesigen juristischen Schritt, weil diese Norm von der starren Regel abrückt, die Gleiches Gleichem folgen lässt. Zwar wird dem Geschädigten weiter die Möglichkeit offengehalten, den Tod des Täters zu fordern, hinzu kommt aber eine wesentlich geschmeidigere Rechtsfolge. Anstelle der Verdoppelung des Schadens, indem der Täter getötet wird, kann der Geschädigte den Schaden auf den Täter abwälzen, wenn er sich dessen Vermögen aneignet. Natürlich ist die zweite Möglichkeit verlockend, weil sie für den Geschädigten materiell vorteilhaft ist. Es wird aber noch ein weiterer entscheidender Schritt vollzogen. Der Talion, die einen klar strafrechtlichen Zug trägt, wird eine rein zivilrechtliche Alternative gegenübergestellt. Das heißt, eine Handlung, die in den Bereich des Strafrechts fällt, kann hier mit einem rein zivilrechtlichen Mittel abgegolten werden. Diese Lösung trägt bereits ungewöhnlich moderne Züge und deutet auf eine Flexibilisierung der Rechtsauffassung hin.

Diese normative Flexibilität wird in der Quelle B der mittelassyrischen Gesetze bestätigt. Es gilt den Fall zu regeln, wo ein Mann, der sein Erbe noch nicht bezogen hat, jemanden tötet. Der Nächstverwandte des Opfers kann entweder den Täter töten oder seinen Erbanteil beanspruchen.¹⁹ Auch hier hat der Geschädigte die Wahl zwischen Talion und materieller Abgeltung.

Die Öffnung hin zu einem offeneren System bedeutet allerdings nicht, dass alle Formen der Talion eine Milderung erfahren haben. So enthält die Quelle A auch unerbittliche Normen, wie etwa jene, laut der ein Mann, der einen Kameraden sodomisiert, der Talion unterworfen und zudem zum Eunuchen gemacht wird.²⁰ Die Kastration kann allerdings insofern als eine Öffnung des Systems interpretiert werden, als sie natürlich präventive Wirkung entfaltet.

shall take [their property]; and if there is [nothing of value to give from the house] of the manslayers, either a son [or a daughter ...], Middle Assyrian Laws A, (i 97–ii 6), (Übers. n° A 10), *Roth*, Mesopotamia, 157.

¹⁹ »If a man, who has not yet received his inheritance share, takes a life, they shall hand him over to the next-of-kin. Should the next-of-kin so choose, he shall kill him, or, if he chooses to come to an accommodation, then he shall take his inheritance share.«, Middle Assyrian Laws B, (ii 15–21), (Übers. n° B 2), *Roth*, Mesopotamia, 176.

²⁰ »If a man sodomizes his comrade and they prove the charges against him and find him guilty, they shall sodomize him and they shall turn him into a eunuch.«, Middle Assyrian Laws A, (ii 93–97), (Übers. n° A 20), *Roth*, Mesopotamia, 161. Wohl noch kompromissloser, obschon eine gewisse Wahl angeboten wird: Middle Assyrian Laws A, (viii 6–41), (Übers. n° A 55), *Roth*, Mesopotamia, 174.

c. Hethitische Gesetze (1650–1500 a.C.)

Die Möglichkeit zu wählen bieten auch die Gesetze der in Anatolien ansässigen Hethiter. Und zwar bestimmt im Fall von Mord der Erbe des Opfers das Los des Täters, wobei ihm die Todesstrafe und die Kompensation des Schadens zur Wahl stehen.²¹ Nicht nur der Inhalt, sondern auch die Formulierung ist hier bemerkenswert. Ungewöhnlicherweise hebt die Norm mit einer allgemeinen Regel für Mordfälle an. Erst an zweiter Stelle steht eine konkrete Formulierung. Allgemeine Regeln sind im archaischen Recht eher selten, vor allem im sogenannten Fallrecht, wo die Normen meist auf konkrete Lösungen für Einzelfälle zugeschnitten sind. Es bahnt sich aber bereits im zweiten Jahrtausend a.C. ein Übergang zum sogenannten Fall – Regelrecht an, wo die konkreten Lösungen durchmischt werden mit allgemeinen Regeln, die auf ganze Fallgruppen Anwendung finden.

2. Wiedergutmachung durch Ersatz

Im Vordergrund steht hier die Wiedergutmachung, die in den untersuchten Texten im Wesentlichen zwei Formen annimmt: Gutmachung durch Realersatz des zerstörten Gutes oder durch Schadenersatz nach festen Tarifen.

a. Hammurapi

Der Codex Hammurapi regelt den Fall eines Mannes, der einen an sein Land angrenzenden Wasserdamm vernachlässigt. Wenn dieser deshalb bricht und Nachbarfelder überschwemmt werden, muss der Mann das verlorene Getreide ersetzen.²² Kann er dies nicht, werden er und sein Gut verkauft und der Erlös unter den Geschädigten aufgeteilt.²³ Beide Fallstellungen streben Schadenersatz an. Die erste soll genau das ersetzen,

²¹ »And a case of murder is as follows. Whoever commits murder, whatever the heir himself of the murdered man says (will be done). If he says: »Let him die,« he shall die; but if he says: »Let him make compensation,« he shall make compensation. The king shall have no role in the decision.«, Telipinu Edikt 49, Hittite Laws, *Roth*, Mesopotamia, 237.

²² »If a man neglects (BW: ... > »wenn er nachlässig war, »wenn er die Arme hat fallen lassen, [ahšu iddi]) to reinforce the embankment of (the irrigation canal of) his fields and does not reinforce its embankment, and then a breach opens in its embankment and allows the water to carry away the common irrigated area, the man in whose embankment the breach opened shall replace the grain whose loss he caused«, Hammurabi (xv 7–20), (Übers. n° 53), *Roth*, Mesopotamia, 91; siehe auch *infra* Fn. 75.

²³ Hammurabi (xv 21–30), (Übers. n° 54), *Roth*, Mesopotamia, 91 f.

was durch die Überschwemmung verloren gegangen ist. Die zweite hingegen bietet Hilfe an, wenn der Schädiger nicht über die notwendigen Mittel verfügt. Sie passt sich dem Schaden weniger genau an, weil der Erlös des Verkaufs möglicherweise unter oder über dem entstandenen Schaden liegt. Der Schadenersatz fällt mit anderen Worten niedriger oder aber höher aus als der entstandene Schaden. Zu bemerken ist auch, dass hier keine Strafe verhängt, sondern nur Schadenersatz angeboten wird.

Hat der Mann den Kanal auf seinem Lande zur Bewässerung geöffnet und dabei nachlässigerweise das Feld der Nachbarn überspült (wörtlich: »seinen Arm fallen gelassen hat«), greifen ebenfalls zwei Normen. Er muss erstens die verlorene Saat oder Ernte ersetzen²⁴ und zweitens dem Geschädigten für die auf dem Feld geleistete Arbeit eine festgesetzte Menge Getreide pro zerstörte Landeinheit liefern.²⁵ Auch hier zielen die beiden Normen auf Schadenersatz. Wiederum erlaubt die erste, genau den entstandenen Schaden gutzumachen, während die zweite, etwas ungenauere, eine Berechnungsformel einsetzt.

Derselbe Gedanke kommt bei gewissen medizinischen Eingriffen ins Spiel. Stirbt der Sklave eines *muskenum*²⁶ nach einer großen Operation, schuldet der Arzt dem *muskenum* einen Sklaven vergleichbaren Wertes.²⁷ Die ausdrückliche Forderung bezüglich des Wertes des Sklaven zeigt, dass auch hier eine größtmögliche Gleichwertigkeit zwischen Schaden und Ersatz angestrebt wird. Allerdings ist dies keineswegs immer der Fall. Dem Arzt droht bei demselben Sachverhalt das Abhacken einer Hand, wenn sein Patient nicht der Sklave eines *muskenum* war, sondern ein *awilum*, das heißt ein Mitglied einer höheren Klasse.²⁸

Auch auf gewisse Vertragsverhältnisse findet dieser Ansatz Anwendung. Wer aus Nachlässigkeit ein gemietetes Boot versenkt oder sonstwie

²⁴ »If a man opens his branch of the canal (BW: atappu) for irrigation and negligently (BW: ..., »wenn er nachlässig war«, »wenn er die Arme hat fallen lassen«, [ahšū iddi]) allows the water to carry away his neighbour's field, he shall measure and deliver grain in accordance with his neighbour's yield.«, Hammurabi (xv 31–38), (Übers. n° 55), *Roth*, Mesopotamia, 92.

²⁵ »If a man opens (an irrigation gate and releases) waters and thereby he allows the water to carry away whatever work has been done in his neighbour's field, he shall measure and deliver 3,000 silas of grain per 18 ikus (of field)«, Hammurabi (xv 39–45), (Übers. n° 56), *Roth*, Mesopotamia, 92.

²⁶ Ein Angestellter des Palastes, der Sklaven halten kann.

²⁷ »If a physician performs major surgery with a bronze lancet upon a slave of a commoner and thus causes the slave's death, he shall replace the slave with a slave of comparable value«, Hammurabi (xli 84–88), (Übers. n° 219), *Roth*, Mesopotamia, 123.

²⁸ Hammurabi (xli 74–83), (Übers. n° 218), *Roth*, Mesopotamia, 123.

abhanden kommen lässt, muss dieses dem Vermieter ersetzen.²⁹ Wer ein Boot und einen Schiffer mietet, der das Boot samt Ladung fahrlässig versinken lässt, kann vom Schiffer Ersatz des Bootes und der verlorenen Ladung fordern.³⁰ Ebenso ergeht es dem Mieter eines Ochsen, den er fahrlässig (*mēgûtum* ›unbekümmert sein‹, Unbekümmertheit) oder durch Überbeanspruchung (*maḥāšum* ›Schlag‹, brutale Behandlung) tötet; er schuldet dem Vermieter einen Ochsen vergleichbaren Wertes.³¹ Auch der Hirt muss dem Eigentümer verlorene Ochsen oder Schafe ersetzen; und dies *nota bene* selbst dann, wenn er sich keine Fahrlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen.³²

Der Codex Hammurapi enthält ferner zahlreiche Tarifregelungen, die übrigens nicht nur im Zusammenhang mit außervertraglicher oder vertraglicher Haftung zur Anwendung kommen, sondern auch für allerlei Vertragsleistungen.³³ Die Beispiele für Schadenersatz nach Tarif sind zahlreich, etwa wenn ein *awilum* einem *muskenum* einen Zahn ausschlägt und dafür 20 Silberscheckel bezahlen muss,³⁴ wenn er einem gleichgestellten *awilum* für einen Backenstreich 60 Silberscheckel schuldet oder 5 Silberscheckel entrichten muss, weil eine schwangere, sozial tiefer stehende *muskenum*-Frau durch seine Schläge das erwartete Kind verliert.³⁵ Diese Tarife geben gleichzeitig Einblick in die Klassenunterschiede, die geherrscht haben.

b. Hethitische Gesetze

Ähnliche Lösungsansätze wie bei Hammurapi finden sich auch in den hethitischen Gesetzen. Brennt ein Freier eines Anderen Haus nieder, muss er es wieder aufbauen; für verbranntes Gut ist Schadenersatz zu leisten.³⁶ Wenn jemand Asche auf sein Feld streut und dabei das Nachbar-

²⁹ Hammurabi (xlīii 27-37), (Übers. n° 236), *Roth*, Mesopotamia, 126.

³⁰ Hammurabi (xlīii 38-55), (Übers. n° 237), *Roth*, Mesopotamia, 126.

³¹ »If a man rents an ox and causes its death either by negligence or by physical abuse, he shall replace the ox with an ox of comparable value for the owner of the ox«, Hammurabi (xliv 6-13), (Übers. n° 245), *Roth*, Mesopotamia, 127.

³² Hammurabi (xlv 37-43), (Übers. n° 263), *Roth*, Mesopotamia, 129.

³³ Siehe unter vielen anderen Tarife im Bereich des Mietrechts (Hammurabi (xxvii 24-30), (Übers. n° 121), *Roth*, Mesopotamia, 104; (xlv 90-92), (Übers. n° 268) oder des Arbeitsvertrags (xlvi 8-19), (Übers. n° 273).

³⁴ Hammurabi (xl 71-74), (Übers. n° 201), *Roth*, Mesopotamia, 121.

³⁵ Hammurabi (xl 82.87), (Übers. n° 203), *Roth*, Mesopotamia, 121.

³⁶ »If a free man sets fire to a house, he shall rebuild [the house]. And whatever perished in the house – whether it is persons, [cattle, or sheep], it is damage (?). He shall make compensation for it.«, Hittite Laws 98, *Roth*, Mesopotamia, 229. Die

feld, das bereits Früchte trägt, in Brand steckt, muss er das abgebrannte Feld übernehmen, dem Geschädigten eines seiner eigenen Felder überlassen und es zudem abernten.³⁷ Nach einem ähnlichen Schema hat derjenige, der eines Fremden Rebstock abschneidet, dem Geschädigten einen eigenen Rebstock solange für die Ernte zur Verfügung zu stellen, bis die beschädigte Pflanze sich erholt hat.³⁸

Nicht ganz eindeutig einzuordnen ist das Fragment 44a, wonach jener, der bewirkt, dass ein Mann ins Feuer fällt und stirbt, als Entgelt einen Sohn schuldet.³⁹ Wenn der Sohn bereits ein Mann war, kann die Entschädigung dem entstandenen Schaden nahe kommen, und zwar als Ersatz eines Mannes durch einen andern. Ist der Sohn jedoch noch ein Kind, würde ein erheblicher Unterschied entstehen. Das könnte dahin interpretiert werden, dass hier nicht der Schadenersatz im Mittelpunkt steht, sondern eher der Präventionsgedanke, und zwar davon ausgehend, dass ein Vater seinen Sohn in der Regel nur widerwillig hergibt und also sehr sorgfältig auf die Verhütung derartiger Schäden achten wird.

Auch in den hethitischen Gesetzen kommen Tarife für Schadenersatz vor. Wer im Laufe einer Rauferei einen Mann oder eine Frau tötet, hat für das Begräbnis zu sorgen und vier Männer oder Frauen als Schadenersatz zu liefern.⁴⁰ War das Opfer ein Sklave oder eine Sklavin, gilt zwar dieselbe Regel, jedoch sind nur zwei Sklaven als Ersatz geschuldet.⁴¹ Ähnlich werden Fälle gelöst, wo Freie oder Sklaven bei einem Unfall umkommen.⁴² Schlagen sich Männer gegenseitig, und stirbt darob einer von ihnen, kostet das den anderen einen Sklaven.⁴³ Nebenbei sei bemerkt, dass Tarife wie bei Hammurapi nicht nur auf Schadenersatzfälle, sondern ganz allgemein auch auf verschiedene Vertragsverhältnisse Anwendung fanden, so etwa für die Preise bei Kaufverträgen.⁴⁴

Die angeführten Fragmente zeigen, dass vor allem in Fällen von Realersatz der Gesetzgeber offensichtlich bemüht war, den Geschädigten in genau jene Verhältnisse zurückzusetzen, in denen dieser sich vor dem

Übersetzung spricht hier von ›compensation‹; nach moderner juristischer Auffassung würde es sich es wohl eher um Schadenersatz handeln.

³⁷ Hittite Laws 106, *Roth*, Mesopotamia, 230.

³⁸ Hittite Laws 113, *Roth*, Mesopotamia, 230.

³⁹ »If anyone makes a man fall into a fire, so that he dies, he shall give a son in return.«, Hittite Laws 44a, *Roth*, Mesopotamia, 223.

⁴⁰ Hittite Laws 1, *Roth*, Mesopotamia, 217.

⁴¹ Hittite Laws 2, *Roth*, Mesopotamia, 217.

⁴² Hittite Laws 3 und 4, *Roth*, Mesopotamia, 217.

⁴³ Hittite Laws 174, *Roth*, Mesopotamia, 234.

⁴⁴ Hittite Laws 177 ff, *Roth*, Mesopotamia, 234 f.

Schaden befunden hatte. Etwas ungenauer fällt der Schadenersatz nach Tarifen aus, da alle Fälle über einen Leisten geschlagen werden. Immerhin hat sich aber bei diesen beiden Lösungen der Gedanke durchgesetzt Ersatz zu leisten und damit den Schaden ins Vermögen des Schädigers zu verschieben, anstatt ihn wie bei der Talion zu verdoppeln.

3. Mischformen zwischen Talion und Ersatz

Eine Überschneidung von Talion und Ersatz findet sich bereits sehr früh in den Quellen. In den Gesetzen Lipit-Estar (ca. 1930 a.C.) schuldet derjenige, der einen geflohenen Sklaven einen Monat lang beherbergt, dem Eigentümer einen Sklaven.⁴⁵ In gewissem Sinne liegt hier sicher eine Anlehnung an die Talion vor, wo Gleiches Gleichem gegenüber gestellt wird, sozusagen ›Sklave für Sklave‹. Es scheint aber inhaltlich auch ein anderer Gedanke auf, der der Talion geradezu widerspricht. Anstatt zu vergelten, wird hier abgegolten; der Schaden wird in den Bereich des Schädigers verlagert. Dass hier nicht die Rache, sondern der Gutmachungsgedanke vorherrscht, zeigt übrigens auch die nächstfolgende Regel: Hat der Beherberger keinen Sklaven, soll er dem Eigentümer 15 Silberscheckel geben.⁴⁶

Nicht von einer Überschneidung, sondern sogar von einer Alternative zwischen Talion und Ersatz ist, wie wir gesehen haben,⁴⁷ in den hethitischen Gesetzen die Rede, die in bestimmten Fällen die Wahl zwischen Vergeltung und materieller Abgeltung aus dem Vermögen des Täters anbieten. Es handelt sich dabei offensichtlich um eine Erweiterung der Urform der Talion. Zwar bleibt die Körperstrafe möglich, materieller Schadenersatz kann aber an seine Stelle treten. Diese Wahl erlaubt in mehrfacher Hinsicht tiefe Veränderungen. Aus ökonomischer Sicht bietet die Talion eine irrationale Lösung an, weil sie zur Verdoppelung des Schadens führt. Die angebotene Alternative öffnet nun dem Geschädigten einen materiell vernünftigeren Ausweg; anstatt den Schaden zu verdoppeln, kann er ihn auf das Vermögen des Täters abschieben. Aus psychologischer Sicht richtet sich die Genugtuung nicht mehr darauf, dass dem Schädiger so geschehe wie mir, sondern darauf, dass nicht ich den Schaden trage, sondern der Andere. Der juristische Ansatz wird geradezu

⁴⁵ »If a man's female slave or male slave flees within the city, and it is confirmed that the slave dwelt in a man's house for one month, he (the one who harbored the fugitive slave) shall give slave for slave.«, Lipit Istar (D ii 14–22, E ii 16–18), (Übers. n° 12), *Roth*, Mesopotamia, 28; für den einfachen Talion, siehe auch *id.* (P rev. iii' 7–8'), (Übers. n° e), 27.

⁴⁶ Lipit Istar (D ii 23–iii, E iii 4–7), (Übers. n° 13), *Roth*, Mesopotamia, 28.

⁴⁷ Telipinu Edikt 49, Hittite Laws, *Roth*, Mesopotamia, 237; siehe *supra* Fn. 21.

umgekrempelt. Der Grundgedanke Gleiches Gleichem folgen zu lassen wird ersetzt durch den Gedanken, etwas mit etwas Anderem (allerdings Gleichwertigen) abzugelten. Damit fällt – sofern das Opfer nicht die Talion, sondern den Ersatz wählt – der starre Gerechtigkeitsgedanke, laut dem der Schadenersatz mit dem Schaden identisch sein sollte. An seine Stelle tritt die Idee, den Schaden zwar mit etwas Anderem, aber doch Gleichwertigem aufzuwiegen.

4. Todesstrafe und Verstümmelung

In einigen der hier behandelten Gesetze sind Todesstrafe und Verstümmelung vorzufinden. Diese rein strafrechtlichen Mittel sind eigentlich nicht Gegenstand der vorliegenden Studie und sollen daher nur beiläufig erwähnt werden.

Die Todesstrafe, die wohl schwerste Sanktion, wird ausgesprochen, wenn es darum geht, für die Gesellschaft besonders bedeutende Werte oder Güter zu schützen. Sie steht im Codex Hammurabi zum Beispiel für schwerwiegende falsche Anschuldigungen insbesondere wegen Mordes,⁴⁸ Hexerei,⁴⁹ falscher Zeugenaussage,⁵⁰ aber auch bei gewissen unrechtmäßig abgewickelten Kaufgeschäften,⁵¹ Menschenraub,⁵² Verstecken flüchtiger Sklaven,⁵³ Einbruch und Diebstahl.⁵⁴ Gelegentlich wird auch das todbringende Mittel erwähnt, wie Feuer⁵⁵ oder Wasser.⁵⁶

Hier fällt vor allem eine Norm auf, die bei Diebstahl wichtiger Güter wie Ochse, Schaf, Esel, Schwein oder einem Boot im Prinzip dem Dieb Schadenersatz auferlegt (dreißigfach für die Sache von Göttern oder des Staates, zehnfach für jene eines gemeinen Mannes); ist der Täter jedoch mittellos, bezahlt er mit dem Leben.⁵⁷ Diese Lösung ist natürlich besonders harsch, weil sie arm und reich ungleich behandelt. Sie lässt zwei Funktionen der Todesstrafe vermuten. Einerseits sollen so schwere Vergehen keinesfalls ungestraft bleiben und die Sanktion soll unverhältnis-

⁴⁸ Hammurabi (v 26–32), (Übers. n° 1), *Roth*, Mesopotamia, 81.

⁴⁹ Hammurabi (v 33–56), (Übers. n° 2), *Roth*, Mesopotamia, 81.

⁵⁰ Hammurabi (v 57–67), (Übers. n° 3), *Roth*, Mesopotamia, 81.

⁵¹ Hammurabi (vi 70–vii 47 f), (Übers. n° 9 f), *Roth*, Mesopotamia, 82.

⁵² Hammurabi (viii 25–29), (Übers. n° 14), *Roth*, Mesopotamia, 84.

⁵³ Hammurabi (viii 37–48 f), (Übers. n° 16 f), *Roth*, Mesopotamia, 84 f.

⁵⁴ Hammurabi (ix 14–21 f), (Übers. n° 21 f), *Roth*, Mesopotamia, 85.

⁵⁵ Zum Beispiel Hammurabi (ix 51–65), (Übers. n° 25), *Roth*, Mesopotamia, 85 und (xxv 36–44) (Übers. n° 110), 101.

⁵⁶ Zum Beispiel Hammurabi (xxv 15–25 51–65), (Übers. n° 108), *Roth*, Mesopotamia, 101 und (xxviii 42–53), (Übers. n° 129).

⁵⁷ Hammurabi (vi 57–69), (Übers. n° 8), *Roth*, Mesopotamia, 82.

mäßig hoch ausfallen. Für den Geschädigten kann es auch bedeuten, dass er in jedem Fall Anspruch auf Ausgleich hat – sei es materiell in Form von Geld oder psychologisch durch Blut. Andererseits ist eine präventive Funktion nicht auszuschließen. Wer Schaden anrichtet, muss viel mehr als seinen Gewinn zurückgeben. Dem Armen wird dabei das Letzte genommen, was ihm bleibt.

Vor allem der Codex Hammurapis, aber auch die mittlassyrischen Gesetze erwähnen ferner die Verstümmelung. Behauptet zum Beispiel ein Kind, seine Zieheltern seien nicht seine Eltern, soll ihm laut Hammurapi die Zunge abgeschnitten,⁵⁸ verleugnet es seine Zieheltern und kehrt zu den leiblichen Eltern zurück, ein Auge ausgerissen werden.⁵⁹ Einem Kind, das seinen Vater schlägt, wird die Hand abgehackt;⁶⁰ ebenso geschieht dem Arzt, dem ein großer Eingriff bei einem Sklave misslingt,⁶¹ einem Barbier, der ohne das Einverständnis des Eigentümers einem Sklaven den für seinen Stand kennzeichnenden Haarschnitt nimmt⁶² oder einem Vertragspartner, der, nachdem ihm der Eigentümer seine Äcker, sein Korn und seine Tiere anvertraut hat, diesem Saatgut oder Futter entwendet.⁶³ Laut den mittlassyrischen Gesetzen A wird einem Mann, der Hand an eine Frau legt und sich wie ein Stier auf sie wirft, ein Finger, und wenn er sie küsst, die untere Lippe abgeschnitten.⁶⁴ Ertappt ein Ehemann seine Frau und ihren Liebhaber *in flagranti*, darf er beide töten; schneidet er seiner Frau die Nase ab, soll er den Liebhaber zum Eunuchen machen und sein Gesicht zerfleischen.⁶⁵ Zeigt er aber seiner Frau gegenüber Großmut, bleibt auch der Liebhaber ungestraft.

Die Körperstrafen für die erwähnten Vergehen sind weder mit der Todesstrafe noch mit der Talion vergleichbar. Die Verstümmelungen sind natürlich milder als die Todesstrafe – vorausgesetzt, dass sie nicht indirekt zum Tode führen, aber sicher härter als die Talion, da das Strafmaß über der Schwere des Vergehens liegt. Dies trifft namentlich zu auf den Arzt und den Barbier, aber auch auf das ertappte Liebespaar. Wiederum ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Gesetzgeber den Sanktionen bewusst eine präventive Funktion beigelegt hat; mit Sicherheit können

⁵⁸ Hammurabi (xxxix 96–xl 9), (Übers. n° 192), *Roth*, Mesopotamia, 120.

⁵⁹ Hammurabi (xl 10–22), (Übers. n° 193), *Roth*, Mesopotamia, 120.

⁶⁰ Hammurabi (xl 41–44), (Übers. n° 195), *Roth*, Mesopotamia, 120.

⁶¹ Hammurabi (xli 74–83), (Übers. n° 218), *Roth*, Mesopotamia, 123; siehe auch *supra* Fn. 28.

⁶² Hammurabi (xlii 36–42), (Übers. n° 226), *Roth*, Mesopotamia, 124.

⁶³ Hammurabi (xliv 69–82), (Übers. n° 253), *Roth*, Mesopotamia, 128.

⁶⁴ Middle Assyrian Laws A, (i 88–96), (Übers. n° A 9), *Roth*, Mesopotamia, 157.

⁶⁵ Middle Assyrian Laws A, (ii 41–57), (Übers. n° A 15), *Roth*, Mesopotamia, 158.

wir hingegen davon ausgehen, dass ihre Grausamkeit von den Rechtssubjekten klar als Warnung verstanden wurde.

B. Fahrlässigkeit als juristisches Konzept?

Die Fahrlässigkeit ist im modernen Schadenersatzrecht ein zentrales Konzept. Sie erweckt daher beinahe zwangsläufig Neugierde, wo immer sie in einem normativen Text auftaucht. Erstaunlicherweise wird sie bereits in gewissen mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetzen aufgeführt. In der Folge sollen einige dieser Okkurrenzen angesprochen und kurz beschrieben werden.

1. *Codex Eschnunna*

Im Codex Eschnunna (ca. 1770 a.C.) wird die Fahrlässigkeit so weit ersichtlich nur dreimal erwähnt. Im ersten Fragment soll ein Berufsschiffer, der fahrlässig das Sinken eines Bootes verursacht hat, so viel wiedergutmachen, wie er als Schaden angerichtet hat.⁶⁶ Diese Norm mutet gleichzeitig archaisch, aber auch modern an: archaisch, weil sie sehr eng auf einen ganz bestimmten Sachverhalt zugeschnitten ist, und modern, weil sie *in nuce* das Wiedergutmachungsprinzip anspricht.

Auf Grund dieser Norm allein ist es beinahe unmöglich, den Begriff der Fahrlässigkeit zu bestimmen. Klar ist, dass der Schiffer einen Schaden zugefügt hat, den er nicht hätte zufügen sollen. Wer den Begriff der Fahrlässigkeit verwendet, setzt *ipso facto* voraus, dass es ein anderes Verhalten gäbe, das nicht fahrlässig wäre. Es geht also um den Vergleich zwischen mehreren Verhaltensarten, deren eine im Vergleich zu anderen den Erwartungen nicht entspricht. Der Schiffer hat die Anforderung an ein richtiges Benehmen nicht erfüllt.

Dahinter verbirgt sich möglicherweise gleichzeitig die unausgesprochene Vorstellung eines Verstoßes gegen eine Norm, sei es, dass das Verhalten des Schiffers nicht richtig war, sei es, dass er keinen Schaden hätte zufügen dürfen, oder sei es sogar beides zusammen. Das heißt, dass die Zufügung eines Schadens unter diesen Umständen nicht toleriert werden konnte. Sollte eine solche Vorstellung mindestens implizit vorhanden ge-

⁶⁶ »If the boatsman is negligent (BW: egû, »fahrlässig sein«) and causes the boat to sink, he shall restore as much as he had caused to sink«, Laws of Eshnunna (A i 25–26) (Übers. n° 5), *Roth*, Mesopotamia, 60.

wesen sein, würde sich bereits zu dieser frühen Zeit eine mindestens lose Verbindung zwischen Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit abzeichnen.

Der genaue Zusammenhang zwischen der wahrscheinlich implizit vorhandenen Widerrechtlichkeit und der explizit erwähnten Fahrlässigkeit lässt sich nicht mit Sicherheit bestimmen. Es könnte sein, dass beide im Begriff der Fahrlässigkeit enthalten sind. Das wäre nicht erstaunlich; das französische Recht zum Beispiel hielt es lange so.

Am Rande sei bemerkt, dass bekanntlich immer, wenn von einer Norm die Rede ist, auch die Vorstellung der Normübertretung, das heißt, der Widerrechtlichkeit mitschwingt. Im Codex Hammurapi, der nur etwa 20 Jahre jünger ist als der Codex Eschnunna, wird die Widerrechtlichkeit im Sinne einer Rechtsverletzung nicht nur vorausgesetzt, sondern zum Beispiel im Epilog auch thematisiert, wenn der König seine Nachfolger ermahnt, die in seine Stele gemeißelten Regeln in alle Ewigkeit zu beachten.⁶⁷

Das zweite Fragment behandelt einen Fall mit strafrechtlichen Folgen. Ein Wächter bewacht ein Haus fahrlässig, sodass es einem Einbrecher gelingt, ins Haus einzudringen. Der Wächter soll getötet und an der Stelle des Einbruchs ohne Grab verscharrt werden.⁶⁸ Zuerst sei festgehalten, dass die Todesstrafe offenbar unabhängig davon verhängt wird, ob etwas entwendet wurde; jedenfalls macht das Fragment einen Verlust nicht ausdrücklich zur Bedingung. Der Begriff der Fahrlässigkeit hat hier dieselbe Bedeutung wie beim ersten Fragment: Dem Wächter wird vorgeworfen, nicht den Erwartungen gemäß gehandelt zu haben. Auch der Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit lässt sich nach dem oben entworfenen Schema lesen. Wahrscheinlich handelt es sich hier um eine allgemeine strafrechtliche Norm, die über fahrlässiges Bewachen (sowohl für öffentliche als auch private Wächter) die Todesstrafe verhängte. Dies würde darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber auf die Sicherheit ganz besonderen Wert legte.

Ein dritter, etwas versteckter Fall von Fahrlässigkeit findet sich in einem Fragment, das den Fall eines ›stoßenden‹ Ochsen behandelt. Nachdem im vorangehenden Fragment der Sachverhalt eines Ochsen geregelt wurde, der zum ersten Mal Verletzungen zugefügt hatte, geht es hier um

⁶⁷ Hammurabi Epilogue (xlvi 59–94), *Roth*, Mesopotamia, 135.

⁶⁸ »[If] a guard is negligent (BW: egû ‚fahrlässig sein‘, wie beim Schifferfragment Laws of Eshnunna [A i 25–26] [siehe Übers. n° 5, *Roth*, Mesopotamia, 60] in guarding [a house], and a burglar [breaks into the house], they shall kill the guard of the house that was broken into [...], and he shall be buried [at] the breach without a grave«, Laws of Eshnunna (A iv 33–37) (Übers. n° 60), *Roth*, Mesopotamia, 68.

ein bekanntermaßen gefährliches Tier, das sich der Kontrolle des Eigentümers entzieht und einen Menschen tötet. Der Eigentümer schuldet dafür den Hinterbliebenen 40 Silberscheckel.⁶⁹ Dieser Fall von Fahrlässigkeit wirft heikle Probleme auf, da nicht bekannt ist, welche Art von Benehmen dem Eigentümer des Tiers vorgeworfen wird. Hat er den Ochsen frei herumlaufen lassen? Hat er ihn zwar geführt, war aber nachlässig dabei? Oder hat er wohl alle Vorkehrungen getroffen, ihn aber dennoch nicht unter Kontrolle halten können? Jahrhunderte später wird in einem ähnlich gelagerten römischen Fragment, wo der Eigentümer gefährlicher Sklaven trotz aller Sicherheitsmaßnahmen einen Schaden nicht verhindern kann, angefügt, er hafte, weil er solch gefährliche Sklaven halte.⁷⁰ Der moderne Betrachter wird hier natürlich frühe Ansätze der Gefährdungshaftung sehen.

2. Codex Hammurapi

Im Codex Hammurapi findet die Fahrlässigkeit sowohl bei vertraglichen als auch außervertraglichen Schäden Anwendung. Der Fall des stoßenden Ochsen wird da in auffallend ähnlicher Weise geregelt, wobei hinzugefügt wird, dass seine Hörner nicht entschärft worden seien.⁷¹ Die Probleme bezüglich der Fahrlässigkeit bleiben im Kern dieselben wie im entsprechenden Fragment des Codex Eshnunna.

a. Fahrlässigkeit

Ein Mann, der ein wildes Feld für die Dauer von drei Jahren mit der Absicht pachtet, es zu bestellen, es aber fahrlässigerweise nicht urbar macht (wörtlich: »den Arm fallen lässt«⁷²), muss es im vierten Jahre pflügen,

⁶⁹ »If an ox is a gorer and the ward authorities so notify its owner, but he fails to keep his ox in check and it gores a man and thus causes his death, the owner of the ox shall weigh and deliver 40 shekels of silver (die Übersetzung Finkelstein fügt in Klammern an: »to the survivors of the victim«, in *Finkelstein*, *The ox that gored*, 20; siehe in demselben Text auch eine Interpretation des Ochsen-Fragments und namentlich des Begriffs der Fahrlässigkeit, 20 ff); *Laws of Eshnunna* (A iv 15–18, B iv 20) (Übers. n° 54), *Roth*, *Mesopotamia*, 67.

⁷⁰ *Digesta* 9.2.27.11.

⁷¹ »If a man's ox is a known gorer, and the authorities of his city quarter notify him that it is a known gorer, but he does not blunt (?) its horns or control his ox, and that ox gores to death a member of the *awilu*-class, he (the owner) shall give 30 shekels of silver.«, *Hammurabi* (xliv 52–65), (Übers. n° 251), *Roth*, *Mesopotamia*, 128. Siehe ebenfalls *Finkelstein*, *The ox that gored*, 20 ff.

⁷² Das heißt »untätig bleibt, nichts tut«, im Gegensatz wohl zu »den Arm bewegt«, »arbeitet«.

hacken und eggen und dem Eigentümer zurückgeben; zudem schuldet er diesem eine gewisse Menge Korn pro Flächeneinheit.⁷³ Hier kommt die Fahrlässigkeit in einem Vertragsverhältnis zur Anwendung. Der Pächter hat sich zur Urbarmachung verpflichtet. Seine Handlung wird demzufolge an der Abmachung gemessen. Da er die berechtigten Erwartungen des Verpächters bis zum Vertragsende enttäuscht, wird er im folgenden Jahr dennoch zur nachträglichen Vertragserfüllung gezwungen und muss zudem einen Kornanteil abliefern. Die Fahrlässigkeit bezeichnet hier einerseits den Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem tatsächlichen Verhalten des Pächters. Andererseits erlaubt sie, Hindernissen Rechnung zu tragen, die der Vertragserfüllung hätten im Wege stehen können, wie zum Beispiel höhere Gewalt. Hätten nämlich etwa ein Erdbeben oder Überschwemmungen die Urbarmachung verunmöglicht, hätte das Verhalten des Pächters wohl nicht als fahrlässig gegolten. Das Nichtbestellen des Feldes alleine löst die beschriebenen Folgen nicht aus; zudem muss es möglich gewesen sein, den Vertrag einzuhalten. Das stellt natürlich die schwierige, im modernen Recht ausschweifend diskutierte Frage, welches denn die Kriterien seien, an denen die Möglichkeit der Vertragserfüllung zu messen sei. Für eine Lösung dieses Problems, das vor Gericht sicher auch diskutiert wurde, gibt das Fragment allerdings keine Anhaltspunkte. Damit bleibt aber der genauere Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs noch immer verschleiert. Ähnliche Überlegungen treffen wohl auch auf die oben kurz angesprochenen Gesetze 236 und 237⁷⁴ zu.

Ein anderes Fragment beschreibt den Fall, wo jemand den Damm eines Bewässerungskanals auf seinem Feld fahrlässig nicht befestigt hat. Wenn deshalb der Damm bricht und gemeinsam bewässertes Land weggeschwemmt wird, soll der Mann das Korn ersetzen, dessen Verlust er verursacht hat.⁷⁵ Im Gesetz 55 des Codex Hammurapi, das wir bereits

⁷³ »If a man rents a previously uncultivated field for a three-year term with the intention of opening it for cultivation but he is negligent and does not open the field, in the fourth year he shall plow, hoe, and harrow the field and return it to the owner of the field; and in addition he shall measure and deliver 3,000 silas of grain per ikus (of field)«, Hammurabi (xiii 17–34), (Übers. n° 44), *Roth*, Mesopotamiam, 89.

⁷⁴ Hammurabi (xlili 27–37 und 38–55), (Übers. n° 236 und 237), *Roth*, Mesopotamiam, 126, siehe *supra* Fn. 29 und 30.

⁷⁵ »If a man neglects to reinforce the embankment of (the irrigation canal of) his field and does not reenforce its embankment, and the a breach opens in its embankment, and allows the water to carry away the common irrigated area, the man in whose embankment the breach opened shall replace the grain whose loss he caused«, Hammurabi (xv 7–20), (Übers. n° 53), *Roth*, Mesopotamiam, 91; siehe auch *supra* Fn. 22.

kurz erwähnt haben,⁷⁶ ist ebenfalls von Fahrlässigkeit die Rede, und zwar bezüglich eines Mannes, der den Kanal auf seinem Lande zur Bewässerung geöffnet und dabei fahrlässig das Nachbarland überflutet hat. In beiden Fällen besteht die Fahrlässigkeit darin, dass der Schädiger den Damm nicht unterhalten, beziehungsweise das Feld unfachgemäss bewässert hat, obschon er in beiden Fällen hätte anders handeln sollen und können. Offenbar ist der Schädiger einfach untätig geblieben.

Das oben erwähnte Schiffer-Fragment⁷⁷ macht zwar keine genauen Angaben zu den Umständen. Es ist aber dennoch zu vermuten, dass der Schiffer mindestens etwas unternommen, während der Bewässerer offenbar gar nichts gemacht hat. Wenn diese Vermutung richtig ist, könnte Fahrlässigkeit vorliegen, sowohl wenn der Schädiger, der etwas hätte tun sollen, völlig passiv bleibt, als auch wenn er mindestens ansatzweise tätig geworden ist. Hier besteht möglicherweise ein Unterschied zum Wächter-Fragment.⁷⁸ Dieses macht keinerlei Angaben zu den Umständen und legt nahe, dass der Wächter, der nicht erfolgreich Schutz bietet, mit dem Leben bezahlt, was auch immer geschehe. Hier zählt allein der Erfolg.

b. Grade der Fahrlässigkeit und *dolus*?

Aber nicht nur die Fahrlässigkeit, sondern auch ihre nächsthöhere Stufe, die Absicht, scheinen im Codex Hammurapi Erwähnung zu finden. Hat ein *awilum* einen anderen *awilum*, zum Beispiel bei einer Prügelei oder auch bei der Arbeit, ungewollt geschlagen (ina risbatim,⁷⁹ »irrtümlicherweise«) und dabei verwundet, soll er schwören, dass er nicht absichtlich gehandelt hat. In diesem Fall muss er nur für die Arztkosten aufkommen.⁸⁰ Wenn das Opfer stirbt und der Täter den Schwur leistet, hat er 30 Silberscheckel auszurichten.⁸¹ Dem Täter steht damit in beiden Fragmenten ein Ausweg offen, um einer schwereren Strafe zu entgehen, die wohl dann ausstehen würde, wenn er absichtlich gehandelt hätte. Das bedeutet aber nicht, dass seine Handlung einwandfrei war, da er ja die medizini-

⁷⁶ Hammurabi (xv 31–38), (Übers. n° 55), *Roth*, Mesopotamia, 92; siehe *supra* Fn. 20.

⁷⁷ *Supra* Fn. 66.

⁷⁸ *Supra* Fn. 68.

⁷⁹ »rasābum«, »schlagen«, aber auch »sich irren«, »einen Irrtum begehen«. Siehe dazu *Charpin*, »Lies natürlich ...«, 47f, 50, der aufzeigt, dass der Schlag nicht unbedingt im Laufe einer Schlägerei versetzt wurde, sondern auch völlig zufällig hat erfolgen können; auch schon *Kraus*, Briefe S. 175 Anm. g ad no 192.

⁸⁰ Hammurabi (xli 4–13), (Übers. n° 206), *Roth*, Mesopotamia, 122.

⁸¹ Hammurabi (xli 14–19), (Übers. n° 207), *Roth*, Mesopotamia, 122.

schen Kosten decken, beziehungsweise einen gewissen Betrag bezahlen muss. Wie ist diese Leistung juristisch zu begründen? Es ist nicht auszuschließen, dass dem Schädiger implizit eine gewisse Fahrlässigkeit vorgeworfen wird, zum Beispiel, weil er sich überhaupt in eine Schlägerei verwickelte, seine Tätigkeit nicht einwandfrei ausübte oder sich irreführen ließ.

Nicht unähnliche Verhältnisse könnte das Gesetz 245 des Codex Hammurapi zum Gegenstand haben. Wie wir bereits gesehen haben,⁸² geht es um die Miete eines Ochsens, der fahrlässig oder durch körperlichen Missbrauch umkommt. Der Mieter muss dann den Ochsens durch ein Tier vergleichbaren Wertes ersetzen. Die im Fragment erwähnte Gegenüberstellung von Fahrlässigkeit und Missbrauch lässt vermuten, dass mit Letzterem eine schwerere Form falschen Handelns gemeint ist, vielleicht nicht gerade Vorsatz, aber doch so etwas wie grobe Fahrlässigkeit. Es ist also nicht auszuschließen, dass die Fahrlässigkeit kein monolithischer, sondern ein bereits teilweise ausdifferenzierter Begriff war.⁸³

Schließlich behandelt ein Fragment den Fall, wo sich wegen der Fahrlässigkeit eines Hirten in der Herde eine Krankheit ausbreitet. Der Hirt muss dann dem Eigentümer die befallenen Tiere – Rind, Schaf oder Ziege – ersetzen.⁸⁴ Das Fragment bezeichnet näher, was in diesem Fall konkret mit Fahrlässigkeit gemeint wird, nämlich die notwendigen Maßnahmen gegen eine Seuche nicht getroffen zu haben. Die Ausbreitung der Krankheit allein würde für eine Ersatzforderung nicht genügen. Zudem muss es möglich gewesen sein, die Epidemie zu verhindern. Wie bei den obigen Fragmenten wird die Fahrlässigkeit anhand des Modells eines gewissenhaften Hirten ermittelt. Wurden die an diesen gestellten Anforderungen nicht erfüllt, haftet der Schädiger für den angerichteten Schaden. Auch hier kann die Widerrechtlichkeit nur vermutet werden.

Schließlich sei hier noch angefügt, dass die Fahrlässigkeit nicht nur im Zusammenhang mit Akten, sondern auch mit Unterlassungen Erwähnung findet. So wird, wie wir gesehen haben, zum Beispiel dem Pächters

⁸² Hammurabi (xliv 6–13), (Übers. n° 245), *Roth*, Mesopotamia, 127; siehe *supra* Fn. 31.

⁸³ Vgl. den Aufsatz von *Charpin* ›Lies natürlich‹ oder schon *Kraus*, Briefe 10, S. 175 Anm. g ad no 192.

⁸⁴ ›If the shepherd is negligent (BW: egû) and allows mange (?) to spread in the enclosure, the Shepherd shall make restitution – in cattle or in sheep and goats – for the damage caused by the mange (?) which he allowed to spread in the enclosure, and give it to their owner‹, Hammurabi (xlv 82–89), (Übers. n° 267), *Roth*, Mesopotamia, 130. Im Fragment steht das Wort ›egû‹, wie beim Schiffer und beim Wächter, die als Berufsleute wissen sollten, was sie zu tun haben.

eines Feldes, das er hätte roden sollen, vorgeworfen, nichts unternommen zu haben. Der dafür mehrmals verwandte Ausdruck ist ›die Arme fallen lassen‹, das heißt, da untätig bleiben, wo etwas hätte unternommen werden sollen.

C. Ergebnisse zu den mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetzen

Die Untersuchung zeigt, dass in den Texten, die sich im Wesentlichen über das zweite Jahrtausend a.C. verteilen, weitgefächerte rechtliche Reaktionen auf schädigende Ereignisse vorgesehen sind, von Todesstrafe und Verstümmelung über die Talion zu Realersatz und Schadenersatz nach Tarifen.

Es lässt sich eine erhebliche Vielfalt der Talion nachzeichnen. In ihrer uns wohl vertrautesten Form erlaubt diese eine einfache Vergeltung von Gleichem mit Gleichem: zum Beispiel Leben für Leben, Auge für Auge oder Knochen für Knochen.

In einer komplexeren Fassung, die im Codex Hammurapi festgeschrieben ist, wird die Talion durch eine zivilrechtliche Norm ergänzt, für den Fall, dass neben dem Körper- auch Sachschaden entstanden ist. Der Tod des Opfers wird durch jenen des Täters gesühnt und der Sachschaden aus seinem Vermögen gedeckt. Die Kombination mehrerer Normen zur Regelung von Schadenersatz mag zwar schon früher möglich gewesen sein; immerhin deutet aber die unmittelbare Abfolge mehrerer Normen zu dieser Frage darauf hin, dass im Codex Hammurapi eine umfassende Lösung des durch den Schaden entstandenen Problems angestrebt wurde.

Eine andere Variante stellt der Talion eine Alternative gegenüber. Dabei hat der Geschädigte die Wahl, entweder auf der Talion zu beharren oder sich aus dem Vermögen des Täters entschädigen zu lassen. Diese Variante ist für uns von besonderem Interesse, weil sie den Übergang von der Talion zum Real- oder Schadenersatz aufzeigt. Talion und Realersatz sind insofern verwandt, als bei beiden die Reaktion auf das schädigende Ereignis sich so weit als möglich dem Schaden annähern soll; bei der Talion ist die Rache idealerweise mit dem ursprünglichen Schaden identisch; beim Realersatz sagen die Normen ausdrücklich, dass der Wert des Ersatzes jenem des beschädigten Objekts gleich sein soll. Der Unterschied liegt also vor allem in den Mitteln einen Ausgleich zu erreichen.

Ferner haben wir die Fahrlässigkeit beleuchtet. Es hat sich gezeigt, dass es äußerst schwierig ist, ein klares Bild dieses Begriffs zu zeichnen.

Das ist einerseits darauf zurückzuführen, dass er nicht sehr oft verwendet wird. Andererseits sind die Aussagen zur Fahrlässigkeit sehr spärlich. Sie beschränken sich meist auf die Beschreibung der Rechtsfolge, falls jemand dies oder das »fahrlässig« getan habe. Das lässt vermuten, dass der Begriff in diesem Zeitabschnitt nicht klar ausgeformt war. Es ist aber davon auszugehen, dass die Fahrlässigkeit mit der Vorstellung verbunden war, der Täter hätte erstens auch anders handeln können, dass also die Möglichkeit eines Alternativverhaltens bestanden habe. Zweitens ist auch anzunehmen, dass eine Vorstellung bestand, wie eine nicht-fahrlässige Person im konkreten Falle gehandelt hätte. Drittens können offenbar auch Unterlassungen unter die Fahrlässigkeit eingeordnet werden. Sollten diese Punkte zutreffen, würde sich der Fahrlässigkeitsbegriff dieser frühen Zeiten nicht grundsätzlich vom modernen Begriff der Fahrlässigkeit unterscheiden.

Auch hat sich erwiesen, dass die innere Haltung des Täters nicht unbeachtet blieb. Der Entlastungsschwur, der dem Täter in gewissen Fällen offenstand und bei dem er schwor, er habe den Schaden »nicht absichtlich zugefügt«, zeigt klar auf, dass der subjektiven Haltung in den rechtlichen Überlegungen Rechnung getragen werden konnte. Es ist somit nicht auszuschließen, dass auch die Fahrlässigkeit eine innere Haltung beschreibt und zwar nicht eine Absicht, sondern eher eine ungenügende Vorsicht oder eine Unbesorgtheit. Jedenfalls können wir davon ausgehen, dass in diesem Zusammenhang nicht nur der äußere Sachverhalt, also reine Kausalität, sondern auch psychologische Elemente einbezogen wurden.

Weiter stellte sich die Frage, ob in diesen Gesetzen eine Form von Widerrechtlichkeit, einem anderen zentralen Begriff des modernen Schadenersatzrechts, vorhanden sei. Ein direkter Nachweis ist wohl kaum möglich. Es ist aber dennoch anzunehmen, dass der Gedanke der Widerrechtlichkeit zwar nicht ausformuliert, aber doch notwendigerweise vorhanden war. Wer nämlich in Kategorien der Normativität denkt, kann gar nicht von der Nichtbeachtung der Normen – und damit von der Widerrechtlichkeit – abstrahieren.

Zur Beziehung zwischen Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit, ebenfalls einem mindestens seit der römischen Antike intensiv diskutierten Problem, eröffnet sich ein weites spekulatives Feld, das wir hier nicht beschreiten möchten. Es ist sehr wohl möglich, dass die Juristen von damals zwischen den beiden Begriffen einen Zusammenhang herstellten. Es kann aber auch sein, dass dies nicht der Fall war. Die überwiegend kasuistische Normenstruktur jedenfalls hätte es ohne weiteres zugelassen, sowohl den Begriff der Widerrechtlichkeit als auch sein Verhältnis zur Fahrlässigkeit

im Dunkeln zu lassen. Die Fahrlässigkeit selbst hingegen, oder doch die Beschreibung dessen, was für fahrlässig zu gelten habe, wurde sicher vor Gericht diskutiert. Wer nämlich von einem Schiffer behauptet, er habe ein Boot fahrlässig versenkt, musste dem Richter doch mindestens in groben Zügen darlegen können, was er denn für fahrlässig halte.

Kapitel II

Griechische Ansätze

Auch die griechische Tradition hat spätestens ab dem Ende des 5. Jahrhunderts a.C. bedeutende Ansätze zum Konzept der Verantwortung hervorgebracht. Es geht in den folgenden Texten jedoch nicht um Gesetze im formellen Sinne, sondern vielmehr um Überlegungen, die in einem direkten Zusammenhang mit dem Recht angestellt wurden. Die hier behandelten Texte können natürlich nicht ausgeschöpft werden. Es soll vielmehr nur darum gehen, in groben Zügen für den Begriff der Verantwortung relevante Konzepte nachzuzeichnen und Bezüge zum modernen Recht aufzuzeigen.

A. Antiphons zweite Tetralogie

Vom attischen Redner Antiphon (ca. 480–411 a.C.) sind drei offenbar zu Schulzwecken verfasste Gerichtsreden überliefert, von denen die zweite uns hier beschäftigt wird.

Es geht nicht darum, die Argumentationen im Einzelnen darzustellen. Vor allem die Problematik um den kollektiven Fluch, den ungesühntes Blut der Stadt beschern könnte, wird hier ausgeblendet. Zum Ganzen besteht zudem bereits eine vertiefte Literatur.⁸⁵ Es sollen nur die für die Verantwortung der Beteiligten angeführten Kriterien kurz herausgearbeitet werden.

1. Tatbestand und Argumentation: unabsichtliches Handeln

Antiphon behandelt einen Unfall, bei dem der Tatbestand weitgehend unbestritten ist. Beim Speerwerfen auf einem dafür eigens vorgesehenen Platz wird ein Knabe vom Speer eines Jünglings durchbohrt. Der Knabe hat anfänglich unter den Zuschauern gestanden und läuft – entweder aus eigenem Antrieb oder auf das Zeichen des Lehrers⁸⁶ – zum Sammeln der

⁸⁵ Siehe namentlich *Barta*, Rechtskategorie ›Zufall‹, mit Literatur.

⁸⁶ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 3. Zweite Rede des Anklägers, 6 [169]; 4. Zweite

Speere auf die Bahn. Er erliegt seiner Verletzung sofort. Beidseitig vertreten die Väter ihre Söhne vor Gericht.

Der Jüngling hat nicht absichtlich gehandelt und nicht auf den Knaben gezielt. Er wird daher vom Vater des Opfers nicht der vorsätzlichen, sondern unvorsätzlicher Tötung angeklagt.⁸⁷ Die Verteidigung beantragt Freispruch.

Die beiden Argumentationen unterscheiden sich grundsätzlich darin, dass die Anklage den Erfolg der Handlung zum Entscheidungskriterium machen will, während die Verteidigung die innere Haltung des Schädigers in den Vordergrund stellt. So unterstreicht der Vater des Knaben, dass es sich wohl um unvorsätzliche Tötung handle, aber dass die Konsequenz für ihn dieselbe sei wie bei absichtlicher Tötung, nämlich, dass er sein Kind verloren habe.⁸⁸ Auch erinnert er daran, dass Tötung, sei sie nun vorsätzlich oder nicht, vom Gesetz untersagt sei und zwar unabhängig von allfälligen Rechtfertigungsgründen.⁸⁹

2. Kausalität

Dem hält die Verteidigung die Frage entgegen, wer denn einen Fehler begangen habe, der Knabe oder der Jüngling. In einem ersten Schritt stützt sie ihre Argumentation auf den Kausalzusammenhang und in einem zweiten zieht sie daraus (etwas voreilig und wohl von rhetorischen Erwägungen geleitet) sofort den Schluss bezüglich der Fehlerfrage. Sie konstruiert folgenden hypothetischen Fall: Der Jüngling hat genau so gehandelt, wie er es tat, aber der Knabe ist nicht auf die Bahn gelaufen. Dann wäre der Knabe nicht getötet worden und der Jüngling würde keines Fehlers bezichtigt.⁹⁰ Wie aber könnte man erklären, fragt der Verteidiger, dass dieselbe Handlung im einen Fall fehlerhaft und im andern Fall fehlerfrei gewesen sein soll? Sie schließt daraus, dass der Fehler nicht beim Jüngling, sondern nur beim Knaben liegen kann.

Es sei hier bemerkt, dass die Verteidigung genau jene Überlegung anstellt, die noch heute bei der Klärung des natürlichen Kausalzusammenhangs zur Anwendung kommt. Im sogenannten *conditio sine qua non*-Test wird eine Handlung weggedacht und die Frage gestellt, ob der

Verteidigungsrede, 4 [175] Die Nummerierung in Klammern bezieht sich auf die Seitenzahlen der Übersetzung.

⁸⁷ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 1. Erste Anklagerede, 1 [159].

⁸⁸ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 1. Erste Anklagerede, 2 [159].

⁸⁹ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 3. Zweite Rede des Anklägers, 7 [169].

⁹⁰ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 5 [163]; zur Kausalität siehe auch 4. Zweite Verteidigungsrede, 5 [177].

Schaden auch ohne sie entstanden wäre. Ist die Antwort – wie in der vorliegenden Hypothese – negativ, besteht ein Kausalzusammenhang: Wäre der Knabe nicht auf die Bahn gelaufen, hätte ihn der Speer nicht getroffen. Allerdings wäre im modernen Recht der Kausalzusammenhang klarer von der Schuldfrage zu trennen. Die Tatsache, dass der Jüngling nicht getötet hätte, bedeutet nämlich nicht, dass er keinen Fehler begangen hat. Er hätte zum Beispiel fahrlässig den Speer werfen, dabei aber niemanden treffen können.

3. Fehler und Widerrechtlichkeit

Kommen wir nun aber zur Fehlerfrage, die uns hier besonders interessiert. Die Verteidigung nimmt sie gleich in den zwei nächsten Absätzen wieder auf. Der Vater des Jünglings hebt mit einer Definition an: »Wer nämlich etwas, was er zu tun beabsichtigt, falsch ausführt, (ἀμαρτάνωντες, Ziele verfehlen, BW) ist Urheber unabsichtlicher Handlungen, und wer etwas unabsichtlich tut oder erleidet, ist verantwortlich für das Leid.«⁹¹ Er geht in drei auf den konkreten Sachverhalt bezogenen Schritten vor und bespricht (i) die absichtliche Handlung, *in casu* den Speerwurf und das Laufen auf die Bahn; (ii) eine falsche Ausführung, *in casu* die Verletzung einer Spielregel durch eine der beiden Streitparteien und (iii) die Verantwortung für die Konsequenzen, *in casu* den Schuldspruch.

Über den ersten Punkt braucht er nur wenige Worte zu verlieren, ist doch unbestritten, dass der Jüngling den Speer absichtlich geworfen hat und der Knabe absichtlich auf die Bahn gelaufen ist.

Beim zweiten Punkt untersucht er zuerst das Verhalten des Jünglings.⁹² Dieser hatte alle Anordnungen befolgt und auch bei der Gruppe der Speerwerfer und nicht zum Beispiel bei den Turnern gestanden – das ist wohl von Bedeutung, weil von den Speerwerfern eine allgemein bekannte Gefahr ausging, auf die der Knabe hätte achten müssen. Kurz zuvor hat der Vater auch betont, dass der Jüngling den Speer nicht etwa über das Spielfeld hinaus geschleudert hatte.⁹³ Ebenso wenig hatte er auf den Knaben gezielt. Damit hatte der Jüngling alles so ausgeführt, wie es beabsichtigt war, und seine Handlung war einwandfrei. Obschon die An-

⁹¹ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 6 [163].

⁹² *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 7 [163].

⁹³ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 4 [161].

spielung auf Fehlverhalten spätestens seit dem römischen Recht eigentlich eher an den Verschuldensbegriff erinnert, meint Antiphon wohl einen Fehler in Bezug auf die geltenden Regeln, das heißt, der Jüngling hat sich an alle Spielregeln gehalten. Im modernen Recht würde dies unter den Begriff der Widerrechtlichkeit fallen, wo die Frage gestellt wird, ob der Handelnde Normen, Vorschriften oder Regeln verletzt habe.

Darauf wendet sich die Verteidigung dem Verhalten des Knaben zu, der den richtigen Augenblick verpasst habe loszurennen und deshalb Opfer des Unfalls geworden sei. Der Knabe habe damit einen Fehler begangen, der sich gegen ihn selbst gerichtet habe. Er sei also Opfer seines eigenen Fehlers geworden.⁹⁴ Auch hier ist der Fehler als ein Regelverstoß zu verstehen, nämlich, die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen missachtet zu haben. Im dritten Schritt schließlich folgert der Vater, dass sein Sohn freigesprochen werden müsse.⁹⁵

4. Verschulden und Fahrlässigkeit

In seiner Antwort auf die Verteidigung geht der Ankläger in seiner zweiten Rede ebenfalls auf die Fehlerfrage ein, verwendet den Begriff aber etwas anders als sein Gegenspieler. Er wirft dem Jüngling leichtsinniges Handeln vor: »... da geriet er durch den Leichtsinns (ἀκολασία) des Werfers vor dessen feindliches Geschoss, ohne gegen jemanden einen Fehler begangen zu haben, ...«. ⁹⁶ Er fügt sogleich eine kurze Umschreibung des Leichtsinns an, nämlich, dass der Jüngling nicht beachtete⁹⁷, dass in diesem Augenblick die Speere aufgesammelt wurden. Unter Leichtsinns versteht er hier also das unüberlegte Außerachtlassen eines wesentlichen Umstandes. Daraus lässt sich umgekehrt wohl schließen, dass mit Bedacht handelt, wer alle bedeutenden Umstände berücksichtigt. Der hier angesprochene Leichtsinns würde in der römischen wie auch der heutigen Terminologie dem Bedeutungskreis des Verschuldens und der Fahrlässigkeit zugeteilt, mit dem Handelnden namentlich eine ungenügende Umsicht vorgeworfen wird.⁹⁸

In seiner zweiten Verteidigungsrede nimmt der Vater des Jünglings das Motiv der Unachtsamkeit auf. Wenn bis jetzt der Eindruck entstand, die

⁹⁴ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 8 [163/165].

⁹⁵ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 9 [165].

⁹⁶ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 3. Zweite Rede des Anklägers, 6 [169].

⁹⁷ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 3. Zweite Rede des Anklägers, 6 [169].

⁹⁸ Dazu näher in der Analyse der römischen *culpa*, *infra* III.B.4.b, 63 ff.

Unachtsamkeit werde als Fehler ausgelegt, zeigt der Vater nun, dass die beiden Begriffe zu trennen sind: »Doch nicht nur der Fehler liegt auf seiten des Knaben, sondern auch die Unachtsamkeit. Denn wenn der eine niemanden hinüberlaufen sah, wie hätte er sich davor in Acht nehmen sollen, jemanden zu treffen?«. ⁹⁹ Zuerst sei bemerkt, dass hier der Verteidiger den Tatbestand ergänzt. Im zweiten zitierten Satz behauptet er nämlich, dass zum Zeitpunkt des Abwurfs der Knabe sich noch in der Zuschauermenge befand (»wenn er [der Jüngling, BW] niemanden hinüberlaufen sah«) und argumentiert so, dass das Kind erst losrannte, als das Geschoss bereits nicht mehr unter der Kontrolle seines Sohnes stand. Beiläufig sei angemerkt, dass diese Darstellung des Sachverhaltes wohl jener des Anklägers widerspricht, da dieser ja behauptet, der Jüngling habe nicht bedacht, dass gerade Speere aufgesammelt wurden (*supra*).

Nun zum Zusammenhang zwischen Fehler und Unachtsamkeit. Als Fehler hatte die Verteidigung bereits früher genannt, dass der Knabe auf das Feld gelaufen sei, anstatt in der Zuschauermenge zu bleiben. ¹⁰⁰ Als Unachtsamkeit bezeichnet sie hier wohl, dass der Knabe den fliegenden Speer nicht beachtet hat. Das würde bedeuten, dass seine Unachtsamkeit den Knaben zu einem Fehler verleitet hat: Er war unachtsam, indem er den geworfenen Speer nicht beachtete und beging darauf den Fehler, auf die Bahn zu rennen. Zu beachten ist auch, dass der Vater den Fehler und die Unachtsamkeit als zwei – man möchte geradezu sagen – notwendige Bedingungen behandelt (»Doch nicht nur der Fehler liegt auf seiten des Knaben, sondern auch die Unachtsamkeit«). ¹⁰¹

Vom Fehler wissen wir bereits, dass er in der modernen Terminologie in den Bereich der Widerrechtlichkeit gehören würde. Wo aber wäre heute die Unachtsamkeit anzusiedeln? Wie der Leichtsinns bezeichnet auch sie ein Verhalten, bei dem nicht alle Umstände genügend beachtet werden und gehörte damit zur Fahrlässigkeit und zum Verschulden.

Der Schuldbegriff, den wir bis jetzt nur indirekt im Zusammenhang mit des Knaben Leichtfertigkeit und Unaufmerksamkeit gesehen haben, findet noch eine weitere Verwendung: »Da also der Fehler auf seine Rechnung geht, ist das Ergebnis nicht unser Werk, sondern das Werk dessen, der den Fehler beging, und das Leiden, das auf den Täter zurückfiel, ent-

⁹⁹ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 4. Zweite Verteidigungsrede, 7 [177].

¹⁰⁰ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 5 [163]: »... (der Knabe, BW) freiwillig in die Wurfbahn des Speeres trat, (...), dass er wegen seines eigenen Fehlers zu Tode kam«;

¹⁰¹ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 4. Zweite Verteidigungsrede, 7 [177].

lastet uns von der Schuld« (αἰτία).¹⁰² Antiphon verknüpft hier vier Begriffe, und zwar Fehler, Ergebnis, Werk und Schuld. Der Zusammenhang unter ihnen lässt sich etwa so beschreiben: Wer einen Fehler macht und dadurch Leiden verursacht, trägt die Schuld für dieses Leiden. Keiner der Begriffe ist genau gefasst. Wir sind daher auf spekulative Interpretationen angewiesen. Zum Fehlerbegriff haben wir bereits gesehen, dass er sicher die Regelverletzung und damit in der modernen Terminologie die Widerrechtlichkeit birgt. Das ›Ergebnis‹ bezeichnet hier den Tod des Knaben und wohl überhaupt den Schaden im weiteren Sinn. Der Begriff ›Werk‹ bezieht sich ebenfalls auf das Handlungsergebnis, also den Schaden, spielt aber auch deutlich auf den Kausalzusammenhang an. Wie zum Beispiel in der vergleichbaren Wendung ›Das ist mein Werk‹ wird auch hier eindeutig eine Urheberbehauptung aufgestellt. Am schwierigsten ist die ›Schuld‹ zu deuten. Den Ausdruck ›von der Schuld entlasten‹ würde man eigentlich eher in einem moralischen oder religiösen Kontext erwarten, der hier sicher auch eine Rolle spielt. Was aber bedeutet er in juristischer Hinsicht? Sicher bezeichnet er denjenigen, der von der Schadenersatzpflicht befreit wird, der also dem Opfer nichts schuldet. Bezeichnet er aber auch die *culpa* im römischen Sinn? Das ist nicht zwingend der Fall, man kann es aber auch nicht ganz ausschließen. Wie wir oben gesehen haben, verwendet Antiphon immerhin auch die Begriffe der Unachtsamkeit und Leichtsinnigkeit, die wir bereits dem Verschulden zugeordnet haben. Es könnte also durchaus sein, dass der Ausdruck ›von der Schuld entlasten‹ auch den eigentlich juristischen Begriff der *culpa* einbezieht.

5. Zufall?

Ein weiterer Begriff ist der ›Zufall‹. Eine neuere Literatur,¹⁰³ die ihn definiert als das, »was nicht mehr als Verschulden/Fahrlässigkeit (im Sinne eines vorwerfbaren Verhaltens) zu werten war«,¹⁰⁴ sieht im Zufall das zentrale Argument der Verteidigung um den Fall zu lösen.¹⁰⁵ Diese Zufalls-These lässt allerdings Zweifel aufkommen. Sie wird zwar insofern bestätigt, als weder der Jüngling noch der Knabe den Schaden gewollt haben. Selbst die Verteidigung spricht ja ausdrücklich von einem ›Unfall‹

¹⁰² *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 8 [165]. Der Begriff der αἰτία lässt auch die Urheberschaft anklingen; im Französischen etwa könnte von ›hors de cause‹ die Rede sein.

¹⁰³ Laut *Barta* (Rechtskategorie ›Zufall‹, 21) thematisiert die zweite Tetralogie als einer der frühesten Texte den Zufall als juristische Kategorie.

¹⁰⁴ *Barta*, Rechtskategorie ›Zufall‹, 54.

¹⁰⁵ *Barta*, Rechtskategorie ›Zufall‹, 47 f.

(συμφοραί, Unglück), weil Unvorhergesehenes, Ungewolltes, unglückliche Umstände oder eben Zufall im Spiele war.¹⁰⁶ Allerdings ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Verteidigung, die ja an der Zufalls-These Interesse hätte, dem Knaben auch Unachtsamkeit – das heißt *culpa* und eben nicht Zufall – vorwirft, weil er den fliegenden Speer nicht beachtet habe und ihm als Fehler anlastet, im falschen Augenblick auf die Bahn gerannt zu sein. Es ist nicht genau ersichtlich, wie diese beiden Vorwürfe mit dem Zufall und dessen Definition zu vereinbaren sind. Es mag durchaus sein, dass Zufall mindestens im Hintergrund eine Rolle gespielt hat; von dessen klarer begrifflicher Fassung kann allerdings kaum die Rede sein.

6. Zusammenfassung

Es lassen sich also folgende zusammenfassenden Feststellungen machen. Antiphon unterscheidet ausdrücklich zwischen *absichtlichem* und *unabsichtlichem Handeln*; im modernen Recht würde man von *dolosiver*, beziehungsweise *nicht-dolosiver* oder *fahrlässiger* Handlung oder Unterlassung reden. Das Unterscheidungskriterium zwischen den beiden liegt in der Intention des Handelnden: Hat dieser bewusst ein schädigendes Ziel zu erreichen gesucht, handelte er *dolosiv*, sonst nicht.

Der *Fehlerbegriff* wird zweideutig verwendet. Die Verteidigung fasst ihn als die Verletzung einer Regel auf, womit in moderner Terminologie die Widerrechtlichkeit angesprochen wäre. In einer zweiten Bedeutung wird mit dem Fehler ein Verhalten bezeichnet, das zu einem Schaden führt, wobei die Intentionalität des Handelnden keine Rolle zu spielen scheint. Denn weder der Jüngling noch der Knabe hatte den Schaden beabsichtigt. Der Fehlerbegriff wird offenbar mindestens hier eng mit der Kausalität verknüpft. Versucht man aber Kausalität und Fehlerbegriff zu trennen, könnte man letzteren vielleicht umschreiben als ein unter den gegebenen Umständen unangebrachtes oder unrichtiges Verhalten.

Leichtsinn und *Unachtsamkeit* sind Unterkategorien des unabsichtlichen Handelns. Sie beschreiben die innere Haltung des Handelnden, der relevante Umstände zum Beispiel aus Unbesorgtheit oder Zerstretheit nicht berücksichtigt. Beide verleiten, wie wir es gesehen haben, zu fehlerhaften Handlungen. Im modernen Recht würden diese beiden Ausdrücke wohl unter den Begriff der Fahrlässigkeit fallen.

¹⁰⁶ *Antiphon*, Zweite Tetralogie, 2. Erstes Plädoyer des Vaters des Angeklagten, 8 [163]; siehe auch Zweite Tetralogie 3, Zweite Rede des Anklägers, 8 [171], wo der Zufall eher ausgeschlossen wird.

Der *Schuldbegriff* bleibt, wie auch der Fehlerbegriff, ziemlich unscharf. Vielleicht kommt man ihm am nächsten mit dem Gebrauch in der Alltagssprache, wo jemandem die Verantwortung zugeschoben werden kann mit dem Ausdruck: ›Du bist Schuld!‹. Gemeint ist damit ein komplexes Ganzes, in dem Kausalzusammenhänge (›Du hast es verursacht!‹), aber auch der Vorwurf unangebrachten Verhaltens (›Das hättest du nicht tun dürfen!‹) oder die Möglichkeit anders zu handeln (›Das hättest du anders machen sollen!‹) enthalten sein können. Wie offenbar bereits bei Antiphon spielt der Schuldbegriff noch heute im Haftungsrecht eine bedeutende Rolle.

Schließlich erfährt die *Kausalität* eine zwar ganz praktisch ausgerichtete, aber doch ausgefeilte Behandlung, indem Antiphon den noch heute verwendete *conditio sine qua non*-Test voll entfaltet.

Es liegt sicher auch in der Natur der Quelle – ein vor allem für rhetorische Schulungszwecke aufgebauter Gerichtsfall, dass die beiden Parteien in ihren Reden nicht so sehr darauf achteten, präzise juristische Begriffe darzulegen, sondern vielmehr die Richter mit überzeugenden Plädoyers auf ihre Seite zu ziehen. Dogmatische Unschärfen sind daher unvermeidlich. Dennoch ist bemerkenswert, dass bereits im 5. Jahrhundert a.C. Konzepte verwandt wurden – namentlich Kausalität, Schuld, Fahrlässigkeit und *dolus*, aber auch mindestens indirekt die Widerrechtlichkeit – die im modernen Haftungsrecht zum festen juristischen Begriffskatalog gehören.

B. Platon: IX. Buch der Gesetze

Auch dieser Text steht in einem schulischen Zusammenhang. Allerdings sind die Lehrabsichten nicht dieselben. Während Antiphon Redner ausbildete, denen er nebenbei auch etwas juristische Kenntnis vermittelte, stellt Platon politische, ethische, rechtstheoretische und gesetzgeberische Betrachtungen in den Vordergrund.

Er ordnet im 9. Buch der Gesetze sein Gespräch nach Arten von Straftaten. Zuerst behandelt er Tötungsdelikte¹⁰⁷ und darauf Körperverletzung,¹⁰⁸ sonstige schädigende Handlungen¹⁰⁹ und Misshandlung,¹¹⁰ im

¹⁰⁷ Platon, Gesetze IX, 865a ff, 49 ff.

¹⁰⁸ Platon, Gesetze IX, 874e ff, 60 ff.

¹⁰⁹ Platon, Gesetze IX, 875d ff, 61 ff.

¹¹⁰ Platon, Gesetze IX, 879b, 65.

11. Buch kommt sodann auch die Beleidigung zur Sprache.¹¹¹ Er untersucht nicht nur strafrechtliche Belange, sondern auch die für uns besonders wichtigen zivilrechtlichen Folgen bei Schadenszufügung. In diesem Zusammenhang geht er auf für uns einschlägige Punkte ein wie etwa Absicht, Verschulden sowie *quale* und *quantum* des Schadenersatzes.

1. Gerechte und ungerechte Handlungen

Bevor er die spezifischen Tatbestände der Tötung und Körperverletzung untersucht, erwähnt Platon einleitend die allgemeine Frage des Zusammenhangs zwischen der Absicht des Handelnden und der Ungerechtigkeit der Schädigung: »Ich jedenfalls behaupte nicht, lieber Kleinias und Megillos, wenn jemand einen andern schädigt, ohne es zu wollen, sondern unfreiwillig, dass er dann ein Unrecht begehe, allerdings unfreiwillig (...), sondern ich werde eine derartige Schädigung sogar überhaupt nicht als Ungerechtigkeit ansehen, gleichgültig ob sie jemanden schwerer oder leichter trifft«. ¹¹² Diese an sehr prominenter Stelle vorgebrachte Bemerkung weist darauf hin, dass die willentliche Handlung in Platons Überlegungen eine ganz zentrale und viel bedeutendere Rolle spielt als etwa im römischen Recht. In der Folge erklärt Platon, dass der Gesetzgeber auf zwei Dinge zu achten habe: » ... auf die Ungerechtigkeit und auf den Schaden, und den angerichteten Schaden muss er durch seine Gesetze möglichst wieder heilen, indem er das Zerstörte wiederherstellt (σώζω, retten, BW), das von jemandem Umgestürzte wieder aufrichtet und das Getötete oder verwundete wieder heil macht«. ¹¹³

Diese beiden Zitate zeigen erstens, dass die innere Haltung des Schädigers das Kriterium abgibt, um über die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer Handlung zu entscheiden. Hat jemand unfreiwillig einen Schaden angerichtet, ist seine Tat nicht ungerecht, und zwar *nota bene* unabhängig von der Schwere des Schadens. Zweitens geht aus den Zitaten hervor, dass auch Schäden, die nicht ungerecht sind, gutgemacht werden müssen. Mit anderen Worten haftet ein Schädiger nicht etwa auf Grund der Ungerechtigkeit seiner Tat. Er hat auch für die Folgen gerechter Taten einzustehen, wohl einfach *weil* er Schaden gestiftet hat.

Nebenbei sei erstens bemerkt, dass Platons Konzeption aus einer modernen Perspektive natürlich vor allem an die Unterscheidung zwischen Straf- und Zivilrecht erinnert, wo es durchaus möglich ist, dass

¹¹¹ Platon, Gesetze XI, 934e ff, 124 ff.

¹¹² Platon, Gesetze IX, 862a, 46.

¹¹³ Platon, Gesetze IX, 862b/c, 46.

der Schädiger vom Strafrichter freigesprochen, aber vom Zivilrichter zu Schadenersatz verurteilt wird. Zweitens ist es aus rein zivilrechtlicher Perspektive zwar theoretisch denkbar, dass eine Handlung als nicht widerrechtlich – dieser Begriff liegt wohl am nächsten bei der von Platon angesprochenen Ungerechtigkeit – eingestuft würde, aber dennoch Schadenersatz eingefordert werden könnte. Das wäre namentlich bei der Risikohaftung denkbar, allerdings nur sofern der Gesetzgeber die Widerrechtlichkeit nicht zu einem Haftungskriterium macht. Es sei allerdings angemerkt, dass eine solche Auffassung schwerwiegende dogmatische Probleme aufwirft. Ebenfalls problematisch erscheint, dass die Widerrechtlichkeit des Verhaltens von der Intention des Handelnden abhängt.

2. Gutmachung des Schadens

Von höchstem Interesse sind hier aber die Betrachtungen zur Gutmachung des Schadens. Als allgemeine Regel gibt Platon in der oben zitierten Stelle an, der Gesetzgeber müsse dem Schädiger soweit als möglich die Heilung des Schadens auferlegen. Hinter der Metapher der Heilung steckt der allgemeine Gedanke, dass der angerichtete Schaden völlig gutgemacht werden muss. Um der Regel mehr Substanz zu geben, fügt Platon sodann vier Fallgruppen an. (i) Das Zerstörte ist wiederherzustellen; gemeint ist hier die Wiederinstandstellung der Sache. Man kann sich natürlich fragen, ob denn eine zerstörte Sache überhaupt in Stand gestellt werden könne und ob nicht auch der gleichwertige Ersatz der Sache gemeint sei. (ii) Das Aufrichten einer gestürzten Sache könnte bezeichnen, dass das betroffene Gut an sich nicht verändert, aber aus dem Zusammenhang gerissen wurde und wieder an seine Stelle gebracht werden soll. (iii) Die dritte Fallgruppe stößt auf ähnliche Bedenken wie die erste: Wie soll das Getötete geheilt werden? Auch hier scheint es sich um den Gedanken zu drehen, dass der Geschädigte so gestellt werden soll, als ob das betroffene Gut nie getötet worden wäre. Vielleicht spielt hier Platon auf den Naturalersatz an.¹¹⁴ (iv) Die vierte Kategorie nimmt die anfänglich aufgestellte allgemeine Regel wieder auf: Das verletzte Gut soll in den ursprünglichen Zustand versetzt werden.

Unabhängig von den offensichtlichen Schwierigkeiten, die vor allem in der ersten und der dritten Beispielgruppe auftreten, lässt Platon keinen Zweifel daran – vielleicht gerade durch etwas überspitze Formulierungen, dass der Gesetzgeber auf eine völlige Wiederherstellung des ursprüngli-

¹¹⁴ Zur Naturalrestitution siehe auch *Schöpsdan*, Kommentar zu 862b6-c4, 298, mit Verweisen auf *Barta*, Rechtskategorie Zufall.

chen Zustandes dringen sollte.¹¹⁵ Die römische Antike nannte das später auch die *restitutio in integrum*,¹¹⁶ die sich begrifflich und inhaltlich bis ins moderne Recht erhalten hat.

3. Intentionalität und Grade der Verfehlung (*culpa*?)

Nach diesen spezifischen Überlegungen zum Schadenersatz nimmt Platon die Analyse der gerechten/ungerechten Handlungen wieder auf. Was nämlich, wenn die Schädigung ungerecht war? Er schlägt die Unterscheidung drei verschiedener innerer Zustände des Handelnden vor: Dieser kann nämlich aus Lust, Zorn oder Unwissenheit gehandelt haben.¹¹⁷ Die Lust¹¹⁸ und etwas später im Text der Vorbedacht¹¹⁹ sind vorsätzliche Handlungen, auf die die strengsten Strafen stehen. Diese beiden Kategorien dürften nahe beim römischen *dolus*, das heißt der Absicht liegen. Handlungen, die im Zorn begangen werden, seien sie nun unüberlegte Affekthandlungen oder ein überlegtes Stillen von Rachegelesten, sind ein ›Mittelding‹¹²⁰ zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Handlung.

Für uns wiederum von besonderer Bedeutung ist die dritte Kategorie, die unabsichtliche Handlung aus Unwissenheit.¹²¹ Platon rät vorerst dem Gesetzgeber, zwei Gruppen von unwissentlichen Verfehlungen zu unterscheiden,¹²² fügt dann aber im Laufe seiner Überlegungen eine dritte hinzu.¹²³ Der einfache Grad der Unwissenheit ist zwar nicht definiert, lässt sich aber durch die Beschreibung der sogenannt ›doppelten Unwissenheit‹ *a contrario* in etwa ableiten. Als doppelt Unwissender wird nämlich beschrieben, wer »sich als unbelehrbar erweist, weil er nicht nur in Unwissenheit befangen ist, sondern auch im Dünkel der Weisheit, als wüßte er genau bescheid über das, wovon er gar nichts weiß, ...«. ¹²⁴ Mit einfacher Unwissenheit könnte also gemeint sein, dass der Urheber etwas nicht wußte, aber durchaus gewillt gewesen wäre, seine Kenntnisse zu verbessern und natürlich dementsprechend zu handeln. Doppelt unwis-

¹¹⁵ So auch *Schöpsdau*, Kommentar zu 862d4-6, 300.

¹¹⁶ Siehe *infra* III.D.2, 70.

¹¹⁷ *Platon*, Gesetze IX, 863b/c, 47 f; dazu auch *Schöpsdau*, Kommentar 307 ff.

¹¹⁸ *Platon*, Gesetze IX, 863b, 47.

¹¹⁹ *Platon*, Gesetze IX, 867b, 52; dazu siehe *Schöpsdau*, Kommentar, 325 ff.

¹²⁰ *Platon*, Gesetze IX, 867a, 51.

¹²¹ *Platon*, Gesetze IX, 863c/d, 47 f.

¹²² *Platon*, Gesetze IX, 863c, 47.

¹²³ *Platon*, Gesetze IX, 864a, 48.

¹²⁴ *Platon*, Gesetze IX, 863c, 47; dazu auch der Kommentar zu 863c1-d4, in ders. *Platon*, Gesetze 302.

send hingegen ist, wer zu wissen glaubt oder vorgibt und sich dem Gedanken verschließt oder die Mühe scheut die notwendigen Kenntnisse zu erwerben. Einfache Unwissenheit wird als ›leichtes Vergehen‹ eingestuft, doppelte jedoch als ›große und unschöne Verfehlung‹.¹²⁵

Die dritte Gruppe der Unwissenheit betrifft Kinder und Greise, die aus Schwachheit nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügen. Deren Verfehlungen soll der Gesetzgeber mit größter Milde behandeln.¹²⁶ Auch der *furiosus* gehört wohl hierhin.¹²⁷

Platon unterscheidet also drei Grade der Unwissenheit und ordnet sie drei Graden der Verfehlung zu. Je größer die Fähigkeit und je kleiner die Bereitschaft, sich die notwendigen Kenntnisse anzueignen, desto schwerer wiegt die Verfehlung. Die Begriffe des Vergehens und der Verfehlung sind hier zwar nicht definiert. Gemeint ist aber ein Verstoß gegen das, was eigentlich vom Handelnden an Wissen erwartet werden konnte, aber auch an Vorsorge, um einen schadensfreien Handlungsablauf sicherzustellen.

Wir werden die drei Grade der Verfehlung, aber auch den Begriff der Unwissenheit in der römischen Antike in etwas anderer Form wieder antreffen. Fünf Jahrhunderte später wird Ulpian das Verschulden in die berühmte Triade der *culpa lata*, *levis* und *levissima* aufteilen.¹²⁸ Aber auch die Unwissenheit und die Unerfahrenheit werden eine Rolle spielen.¹²⁹ Dabei ist die konzeptuelle Ähnlichkeit bemerkenswert. Platon verbindet, wie wir gesehen haben, ›Vergehen‹ und ›Unwissenheit‹; nur wenig anders verfährt später die römische Jurisprudenz, wo die Unwissenheit und die Unerfahrenheit Untergruppen des Verschuldens bilden.¹³⁰

4. Schadensformen und Kriterien für das Strafmaß

Wie bereits Antiphon legt auch Platon besonderen Wert auf die Intentionalität des Handelnden. Sowohl das Tötungsdelikt als auch Körperverletzung und Verstümmelung werden nach den Kriterien abgehan-

¹²⁵ Platon, Gesetze IX, 863c, 47.

¹²⁶ Platon, Gesetze IX, 863d, 48.

¹²⁷ Platon, Gesetze IX, 864d, 49.

¹²⁸ Ulp. D. 9.2.44; zum Verschulden, siehe *infra* III.B.4.b, 63 ff.

¹²⁹ Siehe zum Beispiel Ulpianus, Digesta 9.2.52; 9.2.27.34; Gaius, Digesta 47.9.9;

¹³⁰ Allerdings merkt *Schöpsdau*, Kommentar zu 864c10-f9, 305, wohl richtig an, dass Platon eine verschuldensunabhängige Haftung vorschlägt; das war, wie wir sehen werden, ursprünglich auch im römischen Recht so (siehe namentlich Digesta 9.2.2pr und 9.2.27.5; *Winiiger*, *Damnum iniuria datum*, 23 ff, 100 ff, 116 ff.

delt, ob die Handlung ungewollt, im Zorn oder absichtlich begangen worden sei.¹³¹

Bei ungewollter Tötung, zum Beispiel beim Wettkampf, soll sich der Verursacher nach den delphischen Gesetzen reinigen.¹³² Hat jemand eigenhändig, mit einer Waffe, Feuer oder durch Würgen etc. einen Anderen getötet und ist das Opfer ein Sklave, soll der Täter sich einer Reinigung unterziehen¹³³ und den Verlust ersetzen – wahrscheinlich indem er dem Eigentümer Ersatz liefert; oder er bezahlt eine Strafe im doppelten Wert des Sklaven.¹³⁴ Ist das Opfer jedoch ein Freier, hat sich der Täter nur den vorgeschriebenen Reinigungsritualen zu unterziehen.¹³⁵ Dass nur bei der Tötung eines Sklaven Schadenersatz bezahlt wird, ist kaum erstaunlich, hat doch nur der Sklave, nicht aber der Freie einen (vom Richter festzustellenden) Marktwert. Besondere Regeln gelten für Fremde und Metöken, bei welchen die Strafe ein zeitlich begrenztes oder unbegrenztes Exil sein kann.¹³⁶

Handelt jemand im Zorn, unterscheidet Platon zwischen überlegten und spontanen Handlungen. Er fasst den Täter härter an, wenn er mit Vorbedacht gehandelt hat, zum Beispiel wenn er erst nach einer gewissen Zeit eine Kränkung rächt, als wenn er von seinen Gefühlen hingerissen sofort und unbedacht zur Tat schreitet.¹³⁷ Der erste Fall wird mit drei und der zweite mit zwei Jahren Verbannung bestraft.¹³⁸ Obschon alle Zorneshandlungen wie bereits erwähnt ein Mittelding zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Handlung sind, nähert Platon den ersten Fall dem absichtlichen und den zweiten dem unabsichtlichen Handeln an.¹³⁹

¹³¹ Platon, Gesetze IX, 865a, 49f; 866d, 51 f; 867b, 52; 874e, 60; zu den Strafmassen siehe namentlich die systematische Zusammenstellung bei Schöpsdau, Kommentar 321.

¹³² Platon, Gesetze IX, 865b, 49.

¹³³ Platon, Gesetze IX, 865d, 50.

¹³⁴ Platon, Gesetze IX, 865c, 50.

¹³⁵ Platon, Gesetze IX, 866d/e, 50.

¹³⁶ Platon, Gesetze IX, 866b/c, 51.

¹³⁷ Platon, Gesetze IX, 867b, 52.

¹³⁸ Bemerkenswert ist Platons Begründung des Exils in 867c, 52: »... , damit er seinen Zorn zu zügeln lernt«; so wird der Strafe eine – vor allem später von *Beccaria* empfohlene und von seinen geistigen Nachfolgern weiterentwickelte und verbreitete – erzieherische Funktion zugeschrieben.

¹³⁹ Platon, Gesetze IX, 867a/e, 51; dazu siehe auch Schöpsdau, Kommentar zu 866d5-869^c5, 315, der den Unterschied zwischen absichtlicher Tötung und vorbereiteter Tötung im Zorn darin sieht, dass die zweite aus einer Kränkung des Täters hervorgeht.

Bei Körperverletzung und Verstümmelung¹⁴⁰ gilt ebenfalls die Unterscheidung zwischen absichtlicher und unbeabsichtigter Handlung. Wer jemanden töten will, ihn aber nur zu verletzen vermag, soll für den Rest seines Lebens die Stadt verlassen und für anderweitigen Schaden Ersatz leisten.¹⁴¹ Fallen Kinder in Tötungsabsicht ihre Eltern, oder Sklaven ihren Herrn an, wird die Todesstrafe ausgesprochen. Dasselbe gilt unter Geschwistern. Unter Ehegatten hingegen ist die Strafe lediglich die Verbannung.¹⁴²

Bei Zorneshandlungen ist auch hier das Strafmaß tiefer angesetzt: »Wenn einer schuldig gesprochen wird, soll er erstens das Doppelte des Schadens bezahlen, falls sich die Wunde als heilbar erweist; bei unheilbaren Wunden dagegen das Vierfache; falls sie jedoch zwar heilbar ist, aber eine große und hässliche Entstellung für den Verletzten zur Folge hat, soll er das Dreifache entrichten.«¹⁴³ Zudem hat er für den Invaliden den Militärdienst zu leisten. Auch hier entwickelt Platon einen fein mit den dazugehörigen Rechtsfolgen abgestimmten Schadensbegriff: Eine heilbare Verletzung wiegt natürlich weniger schwer als eine unheilbare. Dazwischen schiebt er aber eine zusätzliche Stufe für zwar heilbare, aber besonders entstellende Verletzungen. Damit regelt er meisterhaft den heute so genannten ästhetischen Schaden, der im modernen Recht lange Zeit umstritten war und unseren Richtern noch immer zu schaffen macht. Mit dem ästhetischen Schaden öffnet Platon zudem die Tür für nicht-materielle und rein psychische Schäden, da es hier ja nicht nur um die Entstellung als solche, sondern auch um den psychischen Schmerz gehen kann, an dem der Entstellte leidet.

Das mildeste Strafmaß gilt für unabsichtliche Schädigung: »Wer ungewollt einen andern verletzt hat, der soll den Schaden bloß in einfacher Höhe ersetzen – denn dem Zufall (τύχη, Zufall, BW) mag kein Gesetzgeber zu gebieten.«¹⁴⁴ Was wir bei Antiphon im Filigran gesehen haben, wird hier nun deutlicher angesprochen. Bei ungewollter Verletzung oder Schädigung spielt manchmal auch der Zufall eine Rolle. Dabei ist es gelegentlich sehr schwierig auszumachen, was nun genau der Ursprung des Schadens war, unglücklich verkettete Umstände oder doch eher das unzulängliche Verhalten des Schädigers oder vielleicht auch beides zusam-

¹⁴⁰ Platon, Gesetze IX, 874e ff, 60 ff.

¹⁴¹ Platon, Gesetze IX, 876e ff, 62 f.

¹⁴² Platon, Gesetze IX, 877b/c ff, 63.

¹⁴³ Platon, Gesetze IX, 878b/c, 64.

¹⁴⁴ Platon, Gesetze IX, 879b, 65.

men. Obschon er zwar zu Recht auf die möglichen Schwierigkeiten hinweist zwischen Zufall und Verschulden zu unterscheiden, enthält Platon uns leider – mindestens aus moderner Perspektive – eine klarere konzeptuelle Unterscheidung dieser beiden Begriffe vor.

5. *Widerrechtlichkeit?*

Schließlich erwähnt Platon die Misshandlungen als eine Form von Gewalttätigkeiten,¹⁴⁵ womit er vor allem – uns hier weniger interessierende – Verhaltens- und Anstandsregeln gegenüber Älteren meint.¹⁴⁶ Dabei fällt seine einführende Ausdrucksweise zu dieser Kategorie auf: »Alle bisher von uns besprochenen Fälle erlittenen Unrechts bestanden in Gewalttätigkeiten«. ¹⁴⁷ Mit dem Ausdruck ›Unrecht‹ spielt Platon scheinbar auf jede Art von Nicht-Beachten einer Regel an und rückt damit vom oben beschriebenen Gebrauch ab. Er bezeichnet hier alle behandelten Kategorien von zugefügten Schäden – absichtliche, im Zorn vollzogene oder ungewollte Tötung, Körperverletzung oder sonstige Schädigung – als Unrecht. Alle diese Fälle haben gemeinsam, dass der Täter in die Rechtssphäre des Opfers eingegriffen hat. Insofern handelt es sich jeweils um eine Verletzung rechtlicher Regeln und damit nach moderner Rechtsauffassung um eine Form von Widerrechtlichkeit. Die genaue Rolle des ›Unrechts‹ als Rechtsverletzung ist jedoch schwer zu bestimmen, weil der Begriff offenbar nur beiläufig Erwähnung findet.

Nicht genau zu bestimmen ist auch das Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Unrecht. Wie wir gesehen haben, hält Platon unbeabsichtigte Schädigungen zwar nicht für ungerecht, nennt sie aber dennoch ein Unrecht. Eine Handlung könnte also Recht brechen, aber dennoch gerecht sein. Dies erinnert natürlich zum Beispiel an die Notwehr, die im Text übrigens kurz angesprochen wird,¹⁴⁸ wo der Schädiger zum eigenen Schutz in die Rechtssphäre des Geschädigten eingreift. Hier besteht aus dogmatischer Sicht grundsätzlich die Wahl, den Eingriff für rechtmäßig oder unrechtmäßig zu erklären, wobei in beiden Fällen der sich Wehrende straflos bleibt und auch keinen Schadenersatz zu leisten hat. Auch

¹⁴⁵ *Platon*, Gesetze IX, 879b ff, 65 f.

¹⁴⁶ Als allgemeine Regel schlägt er folgendes vor: »Jeder hat bei uns dem, der älter ist als er, in Tat und Wort Respekt zu erweisen«, *Platon*, Gesetze IX, 879c, 65.

¹⁴⁷ *Platon*, Gesetze IX, 879b, 65.

¹⁴⁸ Siehe namentlich *Platon*, Gesetze IX, 869d, 54; Schöpsdau, Kommentar 869c6-d7, 323, teilt die Notwehr aus systematischen Gründen den Zorneshandlungen zu, da Platon die Überlegungen zu diesen erst in 869e5 abschließt; dogmatisch ist diese Zuteilung allerdings problematisch.

wenn der Begriff ›Unrecht‹ verschwommen bleibt, lässt sich doch sagen, dass Platon klar zwischen Ungerechtigkeit und Rechtswidrigkeit unterscheidet.

6. Strafformen: Todesstrafe, Talion und Auslieferung (*noxā*)

In den mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetzen haben wir wiederholt die Todesstrafe und die Talion angetroffen.¹⁴⁹ Auch Platon geht explizit auf erstere und implizit auf letzteren ein; zudem rät er in gewissen Fällen zur Auslieferung,¹⁵⁰ die im römischen Recht als *noxā*¹⁵¹ bestand, aber auch zu Exil und Verbannung,¹⁵² Verfluchung,¹⁵³ überhöhten Bußen oder Ersatzleistungen,¹⁵⁴ Ächtung,¹⁵⁵ Schlägen¹⁵⁶ oder Auspeitschung¹⁵⁷ sowie Rügen.¹⁵⁸

a. Todesstrafe und Talion

Auch Platon hält die Todesstrafe für die schwerste Strafe. Er ist zwar der Meinung, für gewisse Delikte sei diese Sanktion nicht streng genug und der Schädiger sollte eigentlich mehrere Tode sterben, zum Beispiel bei im Zorn begangenen Vater- oder Muttermord, wenn der sterbende Elternteil dem Täter nicht vergeben habe.¹⁵⁹ Mangels schwererer Vergeltung spricht sich Platon in diesen Fällen dennoch für die Todesstrafe aus, die hier gleichzeitig in seiner Begründung die Form der Talion annimmt: »So sei denn für den, der im Zorn den Vater oder die Mutter getötet hat, als Strafe der Tod festgesetzt.«¹⁶⁰

Die Talions-Regel, die natürlich nicht beim Namen genannt wird, beschreibt Platon in Anlehnung an die Mythologie: ... dass nämlich die Vergeltung für derartige Taten im Hades stattfinde und dass sie, wenn sie

¹⁴⁹ *Supra* Kapitel I, 9 ff.

¹⁵⁰ Siehe etwa 879a, 65.

¹⁵¹ Siehe dazu das XII-Tafelgesetz VIII, 6 (*Riccobono*, 55; *Crawford*, Roman Statutes II, VIII, 2, 580).

¹⁵² Zum Beispiel *Platon*, Gesetze IX, 877a/b/c, 62 f; 877e, 63; 867c, 52.

¹⁵³ *Platon*, Gesetze IX, 881d, 68.

¹⁵⁴ Siehe etwa *Platon*, Gesetze IX, 878b/c, 64.

¹⁵⁵ Siehe auch *Platon*, Gesetze IX 880a/b, 66, wo von entehrenden Strafen, wie etwa der Bezeichnung des Täters als ›Mensch mit sklavischer Besinnung‹ oder ›Feigling‹ die Rede ist.

¹⁵⁶ Siehe etwa *Platon*, Gesetze IX, 879e, 66.

¹⁵⁷ *Platon*, Gesetze IX, 882b, 68.

¹⁵⁸ *Platon*, Gesetze IX, 881c, 68.

¹⁵⁹ *Platon*, Gesetze IX, 869a/b, 54.

¹⁶⁰ *Platon*, Gesetze IX, 869c, 54.

wieder hierher zurückkehren, zwangsläufig die naturgemässe Strafe erleiden müssen, die darin bestehe, dass einer selbst erleidet, was er getan hat, und von der Hand eines anderen durch ein ähnliches Schicksal sein neues Leben verliert«. ¹⁶¹ Beachtenswert ist nicht nur, dass die Talions-Regel hier sehr genau und in auffallend abstrakter Form wiedergegeben wird, sondern auch, dass Platon sie als ›naturgemässe Strafe‹ offenbar dem Naturrecht zuordnet. ¹⁶²

b. *noxa*

Mindestens teilweise klingt, wie erwähnt, bei Platon auch die im römischen Recht sogenannte *noxa* an. ¹⁶³ Bei den Römern geht es dabei um die Regel, dass der Eigentümer, dessen Sklave (oder Tier) einen Schaden angerichtet hat, vor eine Wahl gestellt wird: Entweder entschädigt er das Opfer oder er liefert ihm den Sklaven oder das Tier aus. Zwar lässt Platon keine Wahl zu, sondern bestimmt, dass der Sklave, der einen Freien getötet hat, dessen Familie ausgeliefert werden soll. Wiederum im Unterschied zum römischen Recht steht es bei Platon sodann der Familie nicht frei, mit dem Sklaven nach Gutdünken zu verfahren; sie muss ihn töten, kann dabei aber verfahren wie sie will. Der Kern der römischen *noxa*, nämlich den Täter an das Opfer auszuliefern, findet sich somit auch bei Platon.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend können wir also folgende Punkte festhalten. Platon rät zu einer reichen Palette von Sanktionen, die in zahlreichen Stufen von der Todesstrafe über Verbannung, Auslieferung, Ächtung und Bußen bis zur einfachen Rügen reichen. Dabei beschreibt er unter anderem unmissverständlich das Konzept der Talion, ohne aber die ursprünglich römische Terminologie zu erwähnen.

Platon unterscheidet ferner fein nuancierte Formen der Intentionalität, die von absichtlichen und kühl ausgeführten Schadenszufügungen über vorbereitete und unvorbereitete Zorneshandlungen bis zu arglosen und unbeabsichtigten Schadenshandlungen reichen. Jeder dieser Formen entspricht ein höherer oder tieferer Grad der Verfehlung. Diese Graduierung

¹⁶¹ Platon, Gesetze IX, 870d/e, 56.

¹⁶² Zum Talion siehe auch die bereits zitierte Stelle Platon, Gesetze IX, 869c, 54 (Fn. 148).

¹⁶³ Siehe dazu *infra* III.C.2, 67 ff.

erinnert aus moderner – aber bereits auch aus römischer – Perspektive an den *dolus* und die verschiedenen Verschuldensgrade.

Mindestens implizit setzt Platon sicher den Widerrechtlichkeitsbegriff voraus, den er stellenweise – zum Beispiel bei der Unterscheidung zwischen Unrecht und Ungerechtigkeit – sogar mehr oder weniger klar anzusprechen scheint.

Auch den Schadensbegriff gliedert Platon in mehrere Kategorien. Eine Verletzung kann heilbar oder unheilbar sein. Zudem kann sie das Opfer in verschiedenen Graden entstellen und bedeutet damit einen mehr oder weniger schweren Eingriff in seine Sphäre. Damit erweitert Platon die Haftung um das weite und noch heute nur schlecht bestellte Feld der psychischen Schäden. Alle diese Unterscheidungen können als Kriterien für die Ersatzleistungen benutzt werden.

Für die Ersatzleistungen steht an oberster Stelle das Prinzip der völligen Wiedergutmachung. Überspitzt formuliert, um ihm Nachdruck zu verleihen, verlangt dieser Grundsatz bei Tötung gar die Wiederbelebung des betroffenen Gutes. Der Grundgedanke, den Platon im Einzelnen ausführt, zielt auf die Wiederherstellung des Zustandes ab, in dem sich das Opfer ohne den Schaden befunden hätte.

C. Aristoteles nikomachische Ethik (Buch V.)

Auch Aristoteles' Überlegungen zur Verantwortung werden hier nur skizzenhaft nachgezeichnet. Vor allem die komplexe Frage des Gerechtigkeitsbegriffs ist weitgehend ausgeblendet, obschon gerade die Gerechtigkeit den Ausgangspunkt für die Wiedergutmachung und die Berechnung des Schadenersatzes bildet. Es geht hier wiederum vielmehr nur darum, einige grundlegende Kategorien zu umreißen.

Eingangs sei erwähnt, dass Aristoteles' Schadenszufügungen wie etwa die strafrechtlichen Tatbestände von Diebstahl, Mord oder Misshandlung in die Kategorie unfreiwilliger Vertragsbeziehungen einordnet.¹⁶⁴ Wir brauchen hier nicht näher auf das griechische Recht einzugehen. Es genügt festzustellen, dass im modernen Recht hier meistens keine vertragliche Beziehung zu Stande käme. Vor allem die zivilrechtlichen Folgen solcher Handlungen würden als *obligatio ex delicto* oder *quasi ex delicto* behandelt. Wie bei Aristoteles fallen solche Beziehungen zwar noch heute in den Bereich des Obligationenrechtes, allerdings

¹⁶⁴ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1131a, 197.

nicht über den Umweg von Verträgen, sondern direkt als außervertragliche Schuldverhältnisse.

1. Ein Haftungsmodell

Aristoteles entwirft gleichsam in einem Satz ein rechtliches Haftungsmodell. Nach ihrer längeren Darstellung fasst er seine berühmte ausgleichende oder arithmetische Gerechtigkeitstheorie zusammen als diejenige, wo das Gesetz nur »den Unterschied des angerichteten Schadens«¹⁶⁵ betrachtet, »... ob der eine Unrecht tat (tut, BW), der andere Unrecht litt (leidet, BW), der eine schädigte, der andere geschädigt wurde«.¹⁶⁶ Im Unterschied zur proportionalen Gerechtigkeit, wo bei der Verteilung der öffentlichen Anerkennung die Bürger ihren Verdiensten entsprechend – und damit ungleich – belohnt werden, steht hier die Gleichheit im Vordergrund. Jeder soll zurückbekommen, was er durch die schädigende Handlung verloren hat: »Der Richter versucht durch die Strafe auszugleichen, indem er den Gewinn wegnimmt.«¹⁶⁷ Etwas später hält er auch die Schadensberechnung in knapper Form fest. Zuerst erinnert er an die Definition des Gerechten als »die Mitte zwischen dem Zuviel und dem Zuwenig« und fügt hinzu: »... so, dass man das Gleiche nachher hat, wie man es zuvor hatte«.¹⁶⁸ Dieser Zusatz ist von größter Bedeutung. Er besagt nämlich, dass der Geschädigte nach der Wiedergutmachung ebensoviel haben soll wie vor dem Schadenseintritt. Wie Platon befürwortet also auch Aristoteles die im römischen Recht sogenannte *restitutio in integrum*, eine völlige Wiedergutmachung des Schadens.

Nebenbei sei noch auf eine andere Erklärung hingewiesen: »Denn mehr zu haben, als einem zukommt, heißt Gewinn machen, und weniger zu haben, als man am Anfang besaß, heißt Schaden erleiden«.¹⁶⁹ Dieser Gedanke liegt bemerkenswert nahe bei der seit dem 19. Jahrhundert sich ausbreitenden Differenztheorie, wo die Schadensberechnung vom Vermögensunterschied ausgeht, den der Schaden beim Opfer hinterlassen hat.

¹⁶⁵ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132a, 201.

¹⁶⁶ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132a, 201.

¹⁶⁷ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132a, 201. Aristoteles weist hier darauf hin, dass es sich bei Verletzungen nicht eigentlich um einen Gewinn des Täters handelt.

¹⁶⁸ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132b, 205.

¹⁶⁹ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132b, 205.

2. Widerrechtlichkeit, Schaden, Kausalität und Schadensberechnung

Aus haftungsrechtlicher Perspektive zählt Aristoteles im oben zitierten Modell¹⁷⁰ kurz und ohne vertiefte Analyse vier Konzepte auf: (i) die Rechtsverletzung – hier in Form von ›Unrecht tun‹¹⁷¹ –, (ii) den Schaden oder die Verletzung (Schaden), (iii) die Kausalität (›schädigte/geschädigt wurde‹) und (iv) die Art der Schadensberechnung als ›ausgleichen‹.

Kurz zu den einzelnen Punkten:

(i) Der Begriff des Unrechts und sein Zusammenhang mit der Gerechtigkeit kommen hier etwas später noch einmal zur Sprache. Aristoteles stellt fest, dass eine Tat zwar vom normativen Standpunkt aus ein Unrecht sein könne, aber dennoch nicht als ungerecht zu bezeichnen sei, sofern der Täter unfreiwillig gehandelt habe. Wie Platon trennt also Aristoteles begrifflich Widerrechtlichkeit und Ungerechtigkeit. Die Widerrechtlichkeit bedeutet offensichtlich, dass die Rechtsordnung verletzt wurde.

(ii) Die Begriffe des Schadens und der Verletzung sind in diesem Zusammenhang nicht weiter ausgeführt; wahrscheinlich bezeichnen sie einen sehr weit gespannten Fächer von materiellen und physischen Schädigungen. Klare Anhaltspunkte, dass wie bei Platon auch psychische Schäden einbezogen würden, sind allerdings kaum vorhanden.

(iii) Die Kausalität wird unter Vorbehalt der *error*-Lehre, auf die sogleich einzugehen ist,¹⁷² nicht weiter analysiert. Dafür aber wird sie mit einem später im römischen Recht viel diskutierten Beispiel veranschaulicht, wo A den B stößt und dieser dem C einen Schaden zufügt.¹⁷³ Da B die Handlung nicht zugerechnet werden kann, entgeht er wohl einer Schadenersatzpflicht. Diese Veranschaulichung zeigt mindestens, dass Aristoteles offenbar die Länge der Kausalkette als eines der zentralen Probleme erkennt. Die Länge der Kausalkette erinnert den modernen Juristen natürlich an die Problematik der adäquaten Kausalität.

(iv) Die Frage der Schadensberechnung hingegen verfolgt Aristoteles weiter und entscheidet sich, wie wir oben gesehen haben, für das Modell der *restitutio in integrum*.

¹⁷⁰ Siehe *supra* 1132a, 201, Fn. 165, 166.

¹⁷¹ *Olof Gigon* (1132a, 201, 7) spricht von ›Unrecht‹; dazu siehe auch Aristoteles, Nikomachische Ethik, Übersetzung Dirlmeier, 1132a, 129: »...: das Gesetz schaut nur auf den Unterschied zwischen Höhe (des Unrechts und) des Schadens, ...«.

¹⁷² Siehe *infra* II.C. 3.

¹⁷³ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135a, 219; siehe auch Ulpianus, *Digesta* 9.2.7.3.

Nebenbei sei noch Folgendes hinzugefügt. Im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Unterschied zwischen Unrecht und Ungerechtigkeit widmet Aristoteles der Freiwilligkeit eine lange Analyse.¹⁷⁴ Als freiwillig bezeichnet er ein Handeln »das man in seiner Macht hat, das man mit Wissen verrichtet, ohne über die Person, der es gilt, das Werkzeug und das Motiv, also etwa wen man schlägt, womit und wozu, im Irrtum zu sein. Auch darf man dies alles nicht bloß zufällig wissen und muß ohne Zwang handeln«. ¹⁷⁵ Unfreiwillig dagegen sind Taten, die zwar wissentlich oder unwissentlich begangen werden, aber unter Zwang oder über den Handelnden hinweg.¹⁷⁶ Damit macht Aristoteles Beherrschbarkeit, Kenntnis und Freiheit zu wesentlichen Kriterien in der Beurteilung einer Handlung. Diese drei Begriffe spielen noch heute eine Rolle. Beherrschbarkeit und Kenntnis stehen zum Beispiel im Zentrum der sogenannten Gefährdungshaftung. Unter diese fallen Tätigkeiten, die selbst der am besten ausgewiesene Fachmann nicht immer unter Kontrolle zu halten vermag.

3. *Casus, error, affectus und dolus*

Diese Überlegungen führen zu vier Kategorien des Handelns: (1) *Casus*: ein Schaden kann durch Zufall und entgegen allen Erwartungen entstehen.¹⁷⁷ (2) *Error*: Bei irrtümlichem Handeln ist ein Schaden zwar nicht völlig unvorhersehbar, aber die Tat wurde doch mindestens ohne Böswilligkeit begangen.¹⁷⁸ Der moderne Haftungsrechtler würde hier kaum an Irrtum denken; diesen verbindet er vielmehr mit den allgemeinen Bedingungen des Schuldrechts. Einen Anknüpfungspunkt würde hingegen die *neglegentia* bieten, wo dem Täter durchaus vorgeworfen werden kann, er habe das Vorhersehbare nachlässigerweise nicht vorhergesehen. (3) *Affectus*: Wurde eine Handlung in vollem Wissen, aber unüberlegt ausgeführt, zum Beispiel im Zorn, ist sie laut Aristoteles zwar ein Unrecht, ohne dass aber dem Handelnden selber ein ungerechter oder schlechter Charakter vorgeworfen würde. Der Zorn wird als eine zwar nicht wünschenswerte, aber den Umständen entsprechend mehr oder weniger entschuldbare Gemütsstimmung behandelt. (4) *Dolus*: Fügt jemand hingegen absichtlich und auf Grund einer Entscheidung Schaden zu, bezeichnet ihn Aristo-

¹⁷⁴ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1132b, 205.

¹⁷⁵ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135a, 219.

¹⁷⁶ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135a, 219.

¹⁷⁷ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135b, 219 f.

¹⁷⁸ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135b, 219.

teles als einen ungerechten und schlechten Charakter. Die erste, zweite und vierte Kategorie, *casus*, *error* und *dolus*, gehören noch heute zum festen juristischen Instrumentarium. Die Kategorie drei, *affectus*, spielt gelegentlich auch heute eine Rolle, da der Richter sie in seinen Abwägungen als mildernden Umstand berücksichtigen kann.

Bei der Behandlung der Rechtsfolgen, die mit diesen vier Kategorien verknüpft werden, untersucht Aristoteles vor allem, ob die Handlung gerecht oder ungerecht war. Die zivilrechtlichen Konsequenzen stehen dabei etwas im Hintergrund. Immerhin sagt er aber, dass absichtliche Schadenszufügung natürlich ein Unrecht darstelle¹⁷⁹ und ebenso unfreiwillige Handlungen, die wissentlich im Zorn begangen wurden.¹⁸⁰ Unfreiwillige Handlungen hingegen, die auf Unwissenheit beruhten, verdienten Nachsicht.

4. Verschulden

In diesem Zusammenhang spielt Aristoteles auch auf die Begriffe des Fehlers und der Schuld an: »Was man nämlich nicht nur in Unwissenheit, sondern auch aus Unwissenheit tut, ist entschuldbar; unentschuldbar sind dagegen jene Handlungen, die nicht aus Unwissenheit geschehen, aber in einer durch eine weder natürliche noch menschliche Leidenschaft begründeten Unwissenheit«. ¹⁸¹ Aristoteles arbeitet leider den Begriff der Unwissenheit hier nicht scharf heraus. Die Unterscheidung zwischen Handlungen *in* oder *auf Grund* von Unwissenheit lässt sicher viele Interpretationen zu und erinnert möglicherweise an den Unterschied zwischen Unwissenheit und Unbewusstheit. Sie hat vielleicht auch mit der psychologischen und pädagogischen Frage zu tun, inwiefern vom Einzelnen erwartet werden kann, seine Leidenschaft zu beherrschen. Im Zusammenhang mit dem Haftungsrecht erinnert sie an die Möglichkeit, zu einem Wissen Zugang zu haben oder nicht oder, mit andern Worten, an die Frage, ob dem Handelnden zugemutet werden konnte, sich gewisse Kenntnisse anzueignen. Diese Frage wird heute im Rahmen des Schuld-begriffs gestellt.

¹⁷⁹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135b, 221.

¹⁸⁰ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1135b, 221.

¹⁸¹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, 1136a, 221 f. *Dirlmeier* benutzt hier den Begriff des Fehlers direkt: »Fehler, die nicht nur *in* Unwissenheit, sondern auch *auf Grund* von Unwissenheit gemacht werden, können Nachsicht finden« (ὅσα μὲν γὰρ μὴ μόνον ἀγνοοῦντες ἀλλὰ καὶ δι' ἀγνοίαν ἀμαρτάνουσιν, συγγνωμονικά), *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Übersetzung Dirlmeier, Buch V, S. 143.

5. *Talion*

Aristoteles erwähnt auch das Prinzip der Talion, das er beschreibt als »Wenn er erleidet, was er getan hat, so ist gerades Recht geschehen«. ¹⁸² Im Gegensatz zu den Pythagoräern, die darin, so meint er, das Gerechte schlechthin erblickten, verwirft Aristoteles diesen Ansatz, weil er unvereinbar sei mit der verteilenden und der regelnden Gerechtigkeit. In diesem Punkt unterscheidet er sich klar von Platon, von dem wir gesehen haben, dass er die Talion nicht zurückweist, sondern offenbar sogar dem Naturrecht zuordnet. Wie ist Aristoteles' ablehnende Haltung zu erklären? Seine Gerechtigkeitstheorie baut weitgehend auf dem Gedanken der Neuverteilung auf, die zum Ziel hat, demjenigen zu helfen, der weniger hat, als ihm eigentlich zustehen würde. Da aber der Talion dem Geschädigten nichts weiter bringt als die Genugtuung, dass der Schädiger nun ebenfalls zu Schaden gekommen ist, stellt er für Aristoteles ein unzweckmäßiges Mittel dar.

6. *Zusammenfassung*

Zusammenfassend können wir also festhalten, dass Aristoteles ein eigentliches Haftungsmodell vorlegt, in dem die noch heute geltenden Kategorien des Schadens, der schädigenden Handlung, der Kausalität, der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens und der Schadensberechnung kurz angesprochen werden.

Der Schadensbegriff scheint vorwiegend materielle Schäden zu umfassen. Die schädigende Handlung wird vorausgesetzt oder in Beispielen dargestellt, ohne dass sie aber Gegenstand einer näheren Analyse wäre. Auch die Kausalität wird nicht im Einzelnen behandelt. Es kommt aber anhand eines Beispiels klar zum Vorschein, dass Aristoteles sich der Problematik indirekter Kausalität bewusst war und derjenige, der unfreiwillig gleichsam als Instrument eines Anderen Schaden anrichtete, nicht zu Schadenersatz verpflichtet wurde. Bemerkenswert ist, dass Aristoteles Gedanken zur Absehbarkeit eines Schadens entwickelt, die dem heutigen Begriff der adäquaten Kausalität weitgehend entsprechen. Die Widerrechtlichkeit fasst Aristoteles als eine Verletzung der Rechtsordnung. Der Verschuldensbegriff wird ebenfalls mehr angetönt als abgehandelt. Es ist nicht auszuschließen, dass es als Fehler gilt, wenn der Täter sich nicht jene Kenntnisse angeeignet hat, über die er hätte verfügen können und müssen. Zwischen den Zeilen lassen sich vielleicht auch Ansätze für

¹⁸² *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Buch V, 1132b, 205, 8.

die spätere römische *neglegentia* herauslesen. Am eingehendsten befasst sich Aristoteles mit der Schadensberechnung. Er setzt klar als Ziel, dass der Geschädigte mindestens materiell nach der Wiedergutmachung wieder soviel haben sollte wie vor dem Schadensereignis. Schließlich lehnt er die Talion ab, weil sie mit seiner Gerechtigkeitstheorie unvereinbar sei.

D. Ergebnisse

Die drei hier analysierten Autoren entwickeln vielfältige und zum Teil ausgefeilte Gedanken zur Verantwortung und zur Haftung. Da aber keiner von ihnen diese Fragen zum zentralen Gegenstand seiner Überlegungen macht, bleibt vieles im Dunkeln. Zwar sind die wichtigsten Begriffe, die im heutigen Haftungsrechts verwendet werden, direkt oder indirekt angesprochen. Zu ihrer systematischen Untersuchung kommt es aber oft nicht oder nur ansatzweise. Dennoch lässt die gedankliche Verwandtschaft keinen Zweifel daran, dass die über Jahrhunderte von diesen Texten ausgehenden Impulse in unserer Auffassung der Verantwortung und der Haftung tiefe Spuren hinterlassen haben.

Von besonderer Bedeutung sind die griechischen Texte aber vor allem, weil sie die bis anhin weitgehend rechtlich-praktischen Betrachtungen in einen viel weiteren philosophischen, ethischen und, besonders bei Antiphon und Platon, religiösen Zusammenhang stellen. Damit wird die juristische Frage der Haftung auf die mindestens teilweise moralische Frage der Verantwortung ausgeweitet. Beide Denkansätze werden bis heute weiterentwickelt, allerdings meist getrennt. Das liegt vielleicht daran, dass Haftungsfragen oft etwas technisch sind und damit Nicht-Juristen abschrecken, aber auch, dass die Juristen sich nur selten aus ihrem angestammten Arbeitsfeld hinauswagen.

Schadensbegriff. Vor allem Platon entwickelt den Schadensbegriff sehr weit. Er bespricht nicht nur zahlreiche konkrete Beispiele, sondern erarbeitet auch einige abstrakte Kategorien. Dabei fällt vor allem die Unterscheidung zwischen heilbaren, unheilbaren und entstellenden Schäden auf. Mit der Entstellung als unabhängigem Tatbestand erweitert er den Schadensbegriff entscheidend von rein körperlich-materiellen auf immaterielle, gegebenenfalls sogar psychologische Schädigungen und ist damit wohl nicht nur seiner eigenen Zeit weit voraus. Der fein abgestufte Schadensbegriff beeinflusst direkt die Schadensberechnung, wo das Ausmaß des Schadens als Kriterium für das *quantum* der Wiedergutmachung verwendet wird.

Handlungsbegriff. Antiphon, aber auch Platon unterscheidet zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Handlung. Die Intentionalität des Handelnden, die sie damit hervorheben, ist auch heute noch ein wesentliches Kriterium des Haftungsrechts und drückt sich namentlich im Begriff des *dolus*, aber auch in den verschiedenen Graden des Verschuldens aus. Vor allem Platon beschreibt eine feine Abstufung von Intentionalitätsgraden, die von kühl vorbereiteten über vom Zorn beeinflusste zu ungewollten und beinahe zufälligen Schadenshandlungen absteigen. Auch bei Aristoteles spielt die Intentionalität eine Rolle. Seine Unterscheidung der vier Kategorien *casus*, *error*, *affectus* und *dolus* deckt weitgehend die Intentionalitätsstufen ab, die auch heute noch relevant sind.

Verschulden. Der Verschuldensbegriff wird ebenfalls mindestens antönt. Bei Antiphon nimmt er die Form des leichtsinnigen und auf der nächst tieferen Intentionalitätsstufe jene des unachtsamen Handelns an. Der Schädiger hat zwar bewusst gehandelt, aber den Schaden nicht beabsichtigt. Platon erörtert auf einer noch niedrigeren Stufe verschiedene Arten der Unwissenheit, hinter denen aus einer modernen Rechtsauffassung Formen des Verschuldens vermutet werden können. Ähnliches sagt Aristoteles – zwar im Zusammenhang mit der Kausalität – bei der Frage, was denn der Schädiger zum Handlungszeitpunkt habe als Folge erwarten müssen. Auch hier klingt der römische Verschuldensbegriff an.

Widerrechtlichkeit. Die Widerrechtlichkeit wird von keinem der drei Autoren vertieft behandelt. Antiphon erwähnt vor allem den Begriff des ›Fehlers‹. Obwohl sein Gebrauch nicht ganz konsistent ist, lässt sich immerhin in einer der Verwendungen die Regelwidrigkeit des Handelns erkennen. Der Fehlerbegriff bleibt aber bei Antiphon unscharf. Die Widerrechtlichkeit kann bei Platon vermutet und bei Aristoteles als allgemein gehaltenes Konzept aufgezeigt werden. Bei Platon scheint sie vielleicht im Begriff der Ungerechtigkeit auf, bei Aristoteles ist direkt von ›Unrecht‹ die Rede, wobei offensichtlich eine Rechtsverletzung gemeint ist.

Kausalität. Die Kausalität hat beinahe zwangsläufig bei allen drei Autoren ihren Platz. Antiphon stellt darüber zwar keine theoretischen Betrachtungen an, verwendet aber im Laufe seiner rhetorischen Überzeugungsübung eine Argumentation, die genau mit dem im modernen Recht sogenannten *conditio sine qua non*-Test übereinstimmt, wo der Richter eine Handlung wegdenkt, um zu überprüfen, ob sie in einem kausalen Zusammenhang mit dem Schaden stehe. In der modernen Terminologie würde man vom natürlichen Kausalzusammenhang sprechen. Aristoteles seinerseits stellt Überlegungen an, die dem heutigen Begriff der adäquaten Kausalität weitgehend entsprechen.

Sanktionen und Gutmachung. Die Sanktionen schädigender Handlungen behandelt vor allem Platon. Er schlägt vielfältige Strafen vor, von der Todesstrafe und der Talion bis zur einfachen Ächtung. Die Strafen können von zivilrechtlichen Maßnahmen begleitet werden. Platon unterstreicht mit Nachdruck, der Täter solle den Schaden so gutmachen, dass das Opfer das Verlorene wieder bekommt. Dabei geht er so weit, gar die Wiedererweckung des Getöteten zu fordern und meint mit dieser unmöglichen Forderung wohl vor allem die Naturalrestitution, wo getötete Sklaven oder Tiere durch gleichwertige zu ersetzen sind. Aristoteles legt wie Platon besonderen Wert auf die Schadensberechnung und rät ebenfalls zur *restitutio in integrum*. Im Unterschied zu Platon nimmt er aber von der Talion, die nicht mit seiner Gerechtigkeitstheorie vereinbar wäre, Abstand.

Aristoteles' Haftungsmodell. Aus Aristoteles' Text lässt sich ohne Mühe ein eigentliches Haftungsmodell herauslesen. Zwar wird dieses nicht als solches vorgestellt, weil die Haftung ja eigentlich nicht Gegenstand seiner Untersuchung ist. Es entsteht vielmehr gleichsam beiläufig im Rahmen der Überlegungen zur Gerechtigkeit. Das Modell enthält alle noch heute geltenden Begriffe des Haftungsrechts, nämlich schädigende Handlung, Kausalität, Widerrechtlichkeit, Verschulden und Schadensberechnung. Allerdings erfahren diese Begriffe keine genaue juristische Analyse und bleiben deshalb aus rechtlicher Sicht unscharf.

Kapitel III

Römische Ansätze

Das römische Recht hat unsere moderne Auffassung des Haftungsrechts nicht nur beeinflusst, sondern entscheidend geprägt. Die begrifflichen Kategorien, die sich vor allem im Laufe des klassischen römischen Rechts herausgebildet hatten, wurden durch die sogenannte Vollrezeption des römischen Rechts seit dem 16. Jahrhundert weitgehend unverändert ins *ius commune* übernommen. Dieses hat seinerseits zusammen mit dem römischen Recht den Geist der Juristen bis zum Ende des 19. Jahrhunderts beherrscht. Die römischen Haftungskategorien wurden so von den Gesetzgebern als Matrize vor allem in die großen Zivilgesetzbücher Frankreichs (1804), Österreichs (1811), der Schweiz (Obligationenrecht 1883/1912), Deutschlands (1900) und Italiens (1942) hineingetragen. Man kann ohne Übertreibung sagen, dass unser Haftungsrecht im Grunde römisches Recht ist und dass wir, wenn wir über Haftung nachdenken, das in römischen Begriffen tun. Daran ändert auch nichts, dass das Haftungsrecht immer wieder den modernen Anforderungen angepasst wird. Die grundlegende römische Syntax wird dabei kaum angetastet.

A. Das XII-Tafelgesetz

Die nach heutigem Wissen älteste bedeutende Quelle römischen Rechts, die haftungsrechtliche Fragen regelt, ist das XII-Tafelgesetz (ca. 451 a.C.). Neben infamierenden Gesängen,¹⁸³ Knochenbrüchen¹⁸⁴ und Verletzungen¹⁸⁵ wird auch sonstiges Zufügen von Unrecht geregelt.¹⁸⁶ Dabei sind meist entweder feste Bußen an das Opfer auszurichten oder aber Geldbeträge in Höhe des entstandenen Schadens.

¹⁸³ XII-Tafelgesetz VIII, 1 (*Riccobono*, 52; *Crawford*, Roman Statutes II, 580).

¹⁸⁴ XII-Tafelgesetz VIII, 3 (*Riccobono*, 53; *Crawford*, Roman Statutes II, I,14, 578).

¹⁸⁵ XII-Tafelgesetz VIII, 5 (*Riccobono*, 54).

¹⁸⁶ Namentlich die allgemein formulierte Norm XII-Tafelgesetz VIII, 4: »Si iniuriam (alteri) faxsit, viginti quinque poena sunt«; siehe auch 6, 7 etc (*Riccobono*, 54; *Crawford*, Roman Statutes II, I,15, 578).

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Talion, die eine ungewöhnliche Form aufweist: »*Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*«. ¹⁸⁷ Wer ein Glied verstümmelt und mit seinem Opfer keinen Frieden geschlossen hat, soll dasselbe erfahren. Diese Regel auferlegt den Parteien eine Alternative. Sie sollen nämlich zuerst versuchen, ein friedstiftendes Abkommen auszuhandeln. Nur wenn dies nicht gelingt, soll dem Schädiger Gleiches geschehen. Man kann sich fragen, wie es zu einer Norm gekommen ist, die die Parteien auf private Verhandlungen verweist, bevor sie den Richter anrufen. Das hat vielleicht damit zu tun, dass die Justiz im 5. Jahrhundert a.C. noch keine so dominante Rolle gespielt hat, wie es später der Fall sein konnte und dass Konflikte in erster Linie als eine Angelegenheit der Streitparteien betrachtet wurden. Sicherlich steckt dahinter aber auch eine wirtschaftliche Überlegung. Wie wir bereits im Zusammenhang mit dem mesopotamischen Recht gesehen haben, ist die Talion aus ökonomischer Sicht irrational, weil ja der entstandene Schaden verdoppelt wird, abgesehen davon, dass der erste Geschädigte mindestens auf Grund dieser Norm gar keine Entschädigung bekommt. Die römische Talion auferlegt also den Parteien eine Wahl zwischen Schadenersatz, das heißt, materieller Gutmachung, oder der Talion, die im Grunde nur psychologische Genugtuung verschafft. Ganz neu ist die Alternative zwischen Talion und Schadenersatz allerdings nicht. Wir haben bereits in den assyrischen und hethitischen Gesetzen eine ähnliche Norm angetroffen, wo der Geschädigte die Talion fordern oder das Eigentum des Schädigers einziehen kann. ¹⁸⁸ Neu ist allerdings, dass nicht der Geschädigte einseitig die Wahl treffen kann, sondern die beiden Parteien sich einigen sollen.

B. Die *lex Aquilia*

1. Das Gesetz

Den wohl bedeutendsten Schritt überhaupt in der Entwicklung des Haftungsrechtes machten die Römer im 3. Jahrhundert a.C. Die Volksversammlung stimmte vermutlich 286 a.C. einer vom Volkstribun *Aquilius* vorgeschlagenen *lex rogata* zu, der sogenannten *lex Aquilia*. Von den ursprünglich drei Kapiteln des Gesetzes sind nur das erste und das dritte

¹⁸⁷ XII-Tafelgesetz VIII, 2 (*Riccobono*, 53; *Crawford*, Roman Statutes II, I,3, 578).

¹⁸⁸ Siehe *supra* I.A.1.a–c, 10 ff.

überliefert; das zweite ist spätestens im klassischen Recht außer Übung geraten.

Das erste Kapitel regelt die Tötung von Sklaven und vierfüßigen Herdentieren:

Gaius D. 9.2.2pr »Das erste Kapitel der *lex Aquilia* besagt: Wer einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges Herdentier widerrechtlich getötet hat, soll verurteilt werden dem Eigentümer soviel Bronze zu geben, wie diese Sache in jenem Jahr höchstens wert war.«¹⁸⁹

Das dritte Kapitel ist der Schadensstiftung durch Brennen, Verletzen und Brechen gewidmet:

Ulpianus D.9.2.27.5 »Das dritte Kapitel der *lex Aquilia* sagte: Hat jemand, abgesehen von einem von ihm getöteten Sklaven oder Herdentier, durch Brennen, Verletzen, Brechen, widerrechtlich einem Anderen Schaden zugefügt, soll er verurteilt werden, dem Eigentümer soviel Bronze zu geben, wie jene Sache in den nächstliegenden dreißig Tagen wert sein wird.«¹⁹⁰

Die *lex Aquilia* ist aus mehreren Gründen von besonderer Bedeutung. Erstens vereinigt sie in einem kurzen, auf die alltägliche Rechtsanwendung zugeschnittenen Text alle zivilrechtlichen Haftungsbedingungen: Schaden, schädigende Handlung, Kausalität, Widerrechtlichkeit und Schadensberechnung. Es fehlt nur das Verschulden, das erst am Ende desselben Jahrhunderts hinzukommt.

Zweitens ist das Gesetz zwar noch nicht von der Kasuistik befreit, die dem antiken Recht meist anhaftet. So zählen beide Kapitel die betroffenen Gegenstände (Sklave und Herdentier) oder Handlungen (töten, brennen, verletzen, brechen) auf. Der Übergang zum abstrakten Regelrecht ist aber im Gesetz bereits angelegt. Im dritten Kapitel findet sich nämlich im Hintergrund eine zur Aufzählung von brennen, verletzen, brechen parallele Formulierung: »widerrechtlich Schaden ... zugefügt« (*»damnum faxit ... iniuria«*). Diese werden die Juristen schon bald benutzen, um die drei einschränkenden Verben zu umgehen. Das *damnum*

¹⁸⁹ Gaius, Digesta 9.2.2pr »*Lege Aquilia capite primo cavetur: »ut qui servum servamve alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.«*

¹⁹⁰ Ulpianus, Digesta 9.2.27.5 »*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: »Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.«*

faxit iniuria wird in leicht veränderter, griffiger Form als *damnum iniuria datum* Jahrhunderte überdauern und ist noch heute das Markenzeichen unseres Haftungsrechts.

Drittens diktiert die *lex Aquilia* dem Juristen eine genaue Arbeitsmethode. Sie zwingt ihn zu einem systematischen Vorgehen, bei dem er zuerst den relevanten Tatbestand festlegen muss (töten, brennen, verletzen, brechen). Erst dann kann er zur juristischen Bewertung schreiten, wo er vor allem die Widerrechtlichkeit und ab Ende des 3. Jahrhunderts auch das Verschulden prüft. Diese Methode fällt heute beim Lesen der *lex Aquilia* kaum mehr richtig auf. Das ist wohl deshalb so, weil wir uns derart an diese Arbeitsweise gewöhnt haben, dass sie uns beinahe zur zweiten Natur geworden ist. Diese Methode hat sich zum Beispiel in unserer Gerichtspraxis festgesetzt, die noch heute jeden Gerichtsentcheid nach dem Muster von Sachverhalt und Erwägung aufbaut. Der Richter hält immer zuerst die Tatsachen fest, die er sodann rechtlich bewertet.

Viertens ersetzt die *lex Aquilia* die aus ökonomischer Sicht irrationale Talion durch Schadenersatz. Die Parteien können also fortan nicht mehr wählen zwischen friedlicher Einigung und Rache. Als einzige – sehr unwahrscheinliche – Wahl bleibt dem Geschädigten höchstens, auf Schadenersatz ganz oder teilweise zu verzichten.

Im Folgenden möchte ich die wichtigsten römischrechtlichen Kategorien des Haftungsrechts kurz skizzieren.

2. Schadensbegriff und schädigende Handlung

Wie bereits erwähnt ist der Schadensbegriff in der *lex Aquilia* stark eingeschränkt. Das erste Kapitel regelt nur die Tötung von Sklaven und vierfüßigen Herdentieren, während das dritte lediglich Schadenszufügung durch Brennen, Verletzen und Brechen erfasst. Ergänzend sei hier angefügt, dass das dritte Kapitel gleichsam als *norma generalis* konzipiert ist. Der Text sagt ja ausdrücklich »*ceterarum rerum*«, das heißt, dass es auf alle Fälle Anwendung findet, die nicht vom ersten Kapitel erfasst werden. Dazu gehört übrigens auch die Tötung von anderen Gütern als Sklaven und vierfüßigen Herdentieren.

Die Rechtsprechung, die sich um die *lex Aquilia* gebildet hat, zeigt, dass die Einschränkungen vor allem des dritten Kapitels zu eng wurden. Wie konnte man zum Beispiel rechtfertigen, dass das Verbrennen, Verletzen und Brechen einer Sache zu Schadenersatz berechtigte, nicht aber das Zerstören auf andere Weise? Die *jurisconsultes* haben dieses Problem mit

verschiedenen, meist sehr einfachen Mitteln meisterhaft gelöst. So haben sie das Verb *rumpere* kurzerhand als *corrumpere*¹⁹¹ oder *quasi rumpere*¹⁹² ausgelegt; zur Erweiterung des ersten Kapitels führten sie übrigens nach demselben Muster namentlich das *quasi occidere*¹⁹³ und *quasi causam mortis praeberere*¹⁹⁴ ein. Nun konnte zum Beispiel auch derjenige Schadenersatz fordern, dessen Kleidungsstück befleckt¹⁹⁵ oder dessen Wein ausgeschüttet worden war.¹⁹⁶

Bei diesem Erweiterungsvorgang griffen die Juristen auch auf die parallele Formulierung des *damnum iniuria faxit* – oder das leicht veränderte, gleichbedeutende *damnum iniuria datum* – zurück. Diese Formulierung, die zum *terminus technicus* für die Zivilhaftung wurde, stand nämlich ebenso wie die drei aufgezählten Verben brennen, verletzen, brechen direkt im Gesetz und bot natürlich ein im Prinzip unbeschränktes Anwendungsfeld.¹⁹⁷ Damit entstand ein Übergang vom Konkreten zum Abstrakten, der sich zum Beispiel am Tavernen-Fragment von Alfenus zeigen lässt.¹⁹⁸ Ein Schankwirt hatte auf einem Felsen vor seiner Taverne eine Lampe aufgestellt. Als ein Vorübergehender sie mitnahm, stellte der Wirt ihn zur Rede. Es kam zu einer Schlägerei, im Laufe derer der Vorübergehende, der einen spitzen Stock bei sich trug, ein Auge verlor. Alfenus benutzte zur Beschreibung des Sachverhaltes drei verschiedene Ausdrücke: zuerst ›ein Auge ausschlagen‹ (*oculum effoderat*), dann ›einen Schaden geben‹ (*damnum iniuria non videtur dedisse*) und schließlich ›einen Schaden machen‹ (*non videri damnum iniuria fecisse*). Die erste Formulierung ist viel genauer als das im Gesetz vorgesehene ›verletzen‹, fällt aber klar unter diesen Begriff. Die zweite, das ›*damnum iniuria datum*‹, ist eine einfache Abwandlung des gesetzlichen Wortlau-

¹⁹¹ Siehe namentlich Ulpianus Digesta 9.2.2.13 und *Iustinianus*, Institutiones 4.3.13.

¹⁹² Ulpianus, Digesta 9.2.27.18 *Si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur*. (Wenn jemand Kleidungsstücke zerrissen oder befleckt hat, hat er sie gleichsam zerbrochen und haftet aus der *lex Aquilia*).

¹⁹³ Ulpianus, Digesta 9.2.11.2.

¹⁹⁴ Ulpianus, Digesta 9.2.11.1 *Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur*. (Wenn einer hielt und der andere tötete, hat derjenige, der gehalten hat quasi getötet und haftet aus einer auf dieser [spezifischen, BW] Tatsache beruhenden Klage).

¹⁹⁵ Ulpianus, Digesta 9.2.27.18.

¹⁹⁶ Ulpianus, Digesta 9.2.27.15.

¹⁹⁷ Zum Übergang von der konkreten Beschreibung des Tatbestandes zum *damnum iniuria factum* und *damnum iniuria datum* siehe namentlich den berühmten Tavernenfall Alfenus, Digesta 9.2.52.1.

¹⁹⁸ Alfenus, Digesta 9.2.52.1.

tes des dritten Kapitels, in der das ›*factum*‹ durch ›*datum*‹ ersetzt wurde; die dritte schließlich, das *damnum iniuria facere*, ist wörtlich aus dem dritten Kapitel der *lex Aquilia* abgeschrieben. Die Juristen begannen mit anderen Worten schon früh, mit verschiedenen, mehr oder weniger genau auf den Sachverhalt zugeschnittenen Ausdrucksformen zu spielen. Sie erreichten damit, dass sie je nach Bedarf zwischen konkreter und abstrakter Sprache wählen konnten. Letztere hat sich selbstverständlich auf die Dauer durchgesetzt, weil sie der Notwendigkeit entsprach, das Gesetz zu öffnen.

3. Kausalität

Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden ist zwar in der *lex Aquilia* nicht wörtlich erwähnt, geht aber selbstverständlich aus den Formulierungen *iniuria occiderit* und *damnum faxit, quod usserit* etc hervor. Die Rechtsprechung wurde auch hier mit zum Teil heiklen Fragen befasst, die vor allem die direkte und indirekte Kausalität betrafen. Es war klar, dass derjenige, der eigenhändig einen Sklaven erschlug, laut *lex Aquilia* Schadenersatz zu zahlen hatte. Was aber geschah mit seinem Gehilfen, der dabei den Sklaven festhielt? Nur das Festhalten alleine hatte ja nicht zum Tode geführt. Andererseits wäre ohne Gehilfenschaft der Todschatz vielleicht gar nicht möglich gewesen. Ulpian hielt dazu fest, dass der Helfer nur *quasi* getötet habe. Er meinte, dass die *lex Aquilia* nicht direkt zur Anwendung komme, dass aber der Gehilfe aus einer sogenannten *actio in factum*, einer auf den konkreten Sachverhalt zugeschnittenen Klage, hafte.¹⁹⁹ Damit gelang es, den Kausalitätsbegriff in der *lex Aquilia* selbst nicht auszudehnen, aber den Sachverhalt dennoch mit prozessualen, an das aquilische Gesetz gleichsam anlehrenden Mitteln zu erfassen.

Viele andere Fragmente zeigen, wie sich die Rechtsprechung im Laufe der Zeit von der restriktiven Auffassung des Kausalzusammenhangs löste. Die direkte, gelegentlich auch *corpore corpori datum* genannte Verursachung wurde ergänzt um das *non corpore corpori*, wo wohl ein körperlicher Schaden entstand, aber ohne dass es zwischen dem Schädiger und der Sache zu einer Berührung gekommen wäre.²⁰⁰ Es wurde sogar in Erwägung gezogen, ob nicht auch die Kausalitätsform *non corpore non*

¹⁹⁹ Siehe auch Ulpianus, Digesta 9.2.11.1 (*supra* Fn. 194).

²⁰⁰ Siehe zum Beispiel Gaius, Institutes 3.219, wo der Schädiger durch wildes Gestikulieren eine trüchtige Stute wegscheuchte. Das erschrockene Tier stürzte offenbar bei seiner Flucht und verlor das Fohlen.

corpori zu berücksichtigen wäre, etwa bei reiner Furchteinflößung ohne materiellen Schaden.²⁰¹

Bis heute ist die Kausalität eines der wichtigsten Mittel, um die Ausdehnung der Zivilhaftung zu regeln und Ausuferung, aber auch stoßende Rigidität zu vermeiden. Vor allem der adäquate Kausalzusammenhang, den wir ansatzweise bereits bei Aristoteles²⁰² angetroffen haben, der aber erst im 19. Jahrhundert theoretisch geschliffen wurde, bietet sich dabei dem Richter als ideales Instrument an. Er erlaubt ihm nämlich, mehr oder weniger frei zu entscheiden, ob ein bestimmtes Handlungsergebnis nach dem sogenannten ›normalen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung‹²⁰³ vorauszusehen war.

4. Widerrechtlichkeit und Verschulden

a. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit wird in beiden Kapiteln mit dem Begriff *iniuria* ausdrücklich erwähnt, jedoch ohne dass ihr Inhalt auch nur umrissen worden wäre. Diese Wortkargheit steht im Gegensatz zur Sorgfalt, mit der der Gesetzgeber durch Aufzählung (Sklave, Herdentier, töten, brennen etc.) den Schadensbegriff beschrieben hatte. Eine Definition der *iniuria* ist erst aus viel späterer Zeit überliefert. Ulpian beschrieb sie – gleich zweimal hinter einander und im selben Fragment – als *quod non iure factum est, hoc est contra ius*.²⁰⁴ Er bezeichnete damit ziemlich genau das, was auch das Wort ›Widerrechtlichkeit‹ bedeutet, nämlich einen Sachverhalt, der eine Norm verletzt und sich auch nicht durch ein subjektives Recht legitimieren lässt.

Die Tatsache, dass im Gesetz nur die *iniuria*, nicht aber das Verschulden erwähnt wird, zeigt, dass die Zivilhaftung im römischen Recht ursprünglich eine sogenannte objektive, das heißt verschuldensunabhängige Haftung war. Gemeint ist damit, dass nicht das Verhalten des Täters im Mittelpunkt stand, sondern die Missachtung der Rechtsordnung, bei der jemand zu Schaden gekommen war.

²⁰¹ Zum Beispiel Ulpianus, Digesta 9.2.27.10, wo ein Kamin die unmittelbare Nachbarschaft beunruhigte.

²⁰² Siehe *supra* II.C.2, 49 ff.

²⁰³ Siehe zum Beispiel das Urteil des schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 V 177, 181, Erw. 3.2.

²⁰⁴ Ulpianus Digesta 9.2.5.1.

b. Verschulden

Der haftungsrechtliche Verschuldensbegriff wird in den Quellen erst gegen das Ende des dritten Jahrhunderts a.C. erwähnt. In einem berühmten Fall hatte jemand Äste geschnitten und von einem Baum zu Boden geworfen. Dabei verletzte er einen Vorbeigehenden. Die Frage war nun, ob das Opfer auf Schadenersatz Anspruch hatte. Nach längerer Diskussion schlägt der *jurisconsultus* Mucius vor, den Fall nach dem Verschulden des Baumschneiders zu beurteilen und definiert dieses dabei so: »Schuld ist das, was nicht vorhergesehen wurde, aber von einem Sorgfältigen (*diligens*) hätte vorhergesehen werden können, oder erst dann angekündigt wurde, als der Gefahr nicht mehr auszuweichen war.«²⁰⁵ Das Kriterium des Verschuldens wurde von da an fester Bestandteil des Haftungsrechts und stieg zeitweise sogar zu dessen zentralem Begriff auf.

Mucius Beitrag zum Haftungsrecht ist kaum zu überschätzen, denn seine Definition hat noch heute in Rechtsprechung und Lehre praktisch unverändert Geltung. Wenn der Richter das objektive Verschulden beurteilt, misst er noch heute das Verhalten des Schädigers am Sorgfaltsmaßstab des *diligens bonus vir*.

Zudem gab Mucius der Haftung mit seiner Definition einen neuen zeitlichen Horizont. Wenn vorher das Schadensereignis nur rückblickend erfasst wurde, versetzt sich der Jurist fortan in die Lage des Schädigers zum Zeitpunkt des Handelns und stellt die in die vergangene Zukunft gerichtete Frage, was dieser denn damals hätte voraussehen müssen. Mit anderen Worten ersetzt der Verschuldensbegriff die retrospektive durch eine retrospektiv-prospektive Betrachtung. Die Rechtsprechung wird den Verschuldensbegriff im Laufe der Zeit zudem verfeinern. Ulpian war im 3. Jahrhundert p.C. der Meinung, es sei zwischen den Verschuldensgraden *culpa lata*, *levis* und *levissima* zu unterscheiden.²⁰⁶

Diesem neuen Zeithorizont kommt vor allem ab dem 20. Jahrhundert entscheidende Bedeutung zu. Die sogenannte Gefahrenhaftung, die die Haftung für außerordentlich gefährliche Tätigkeiten regelt, ist ohne diese doppelte, retrospektiv-prospektive Sichtweise gar nicht denkbar, ganz zu schweigen vom Vorsorgeprinzip, das eine sorgfältige Abklärung der

²⁰⁵ Paulus, Digesta 9.2.31 »*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.*« Der Text meint implizit natürlich auch, dass der Handelnde, der einen möglichen Schaden vorherieht, entweder nicht handelt, oder die notwendigen Vorkehrungen nicht trifft um einen Schaden zu verhindern.

²⁰⁶ Ulpianus, Digesta 9.2.44.

künftigen Handlungsfolgen verlangt und den Schädiger für ungenügende Voraussicht haften lässt.

Die Verknüpfung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden konnte bereits im klassischen römischen Recht eng sein. Gaius beschreibt, dass die *lex Aquilia* nicht nur die Widerrechtlichkeit, sondern auch das Verschulden voraussetze.²⁰⁷

Ulpian äußert sich in ähnlichem Sinne, wenn er sagt, es sei widerrechtlich, jemanden schuldhaft zu töten.²⁰⁸ Für den zeitgenössischen Juristen mag dies auf den ersten Blick gerade umgekehrt erscheinen. Gemeint ist aber, dass der Kläger das Verschulden des Beklagten nachzuweisen hat, wenn er den Richter von der Widerrechtlichkeit überzeugen will.

Später lässt sich mindestens teilweise eine Vermengung von *iniuria* und *culpa* beobachten. So wird im *ius commune* gelegentlich die Widerrechtlichkeit dem Verschulden untergeordnet. Immerhin erwähnen namentlich Cujas und Doneau, die zwei großen Vertreter der Ecole de Bourges, die beiden Begriffe am Ende des 16. Jahrhunderts noch, während Domat hundert Jahre später nur noch vom Verschulden spricht. Das hinterlässt vor allem Anfang des 19. Jahrhunderts im *Code civil français* Spuren. Die Widerrechtlichkeit verschwindet aus dem Wortlaut des Artikels 1382 und führt seither unter dem Mantel des Verschuldens ein verdecktes Dasein. In den vier anderen großen Kodifikationen hingegen hat sie einen festen Platz.²⁰⁹

5. Schadensberechnung

In beiden Kapiteln der *lex Aquilia* ist die Schadensberechnung auf Schadenersatz angelegt. Die Formel *quanti id ... fuit*, soviel es wert war, zeigt deutlich, dass es im Grunde darum ging, dem Geschädigten den verlorenen Wert zu ersetzen. Der Eigentümer hatte also Anspruch auf Ausgleichung des Wertverlusts, den die Sache erlitten hatte.

Dabei ging es nicht um Naturalrestitution. Diese war zwar nicht ausgeschlossen, aber mindestens im Gesetz nicht vorgesehen. Vielleicht rührt das daher, dass im römischen Prozess der Kläger im Prinzip den Beklagten nicht zur Herausgabe von Gegenständen, sondern lediglich zur Bezahlung einer Geldsumme zwingen konnte.

²⁰⁷ Gaius, Institutiones 3.211.

²⁰⁸ Ulpianus, Digesta 9.2.5.1.

²⁰⁹ Siehe ABGB § 1295, BGB § 823, CO Art. 41 und CCI Art. 2043; im CCI ist von *danno ingiusto* die Rede.

Der Wert der beschädigten Sache wurde anhand des höchsten, während einer bestimmten Zeitdauer gültigen Marktwertes bestimmt. Bei Tötung war die Dauer ein Jahr vor dem schädigenden Ereignis, sonst ein Monat. Dabei war der objektive Markt- und nicht der subjektive Lieblingwert entscheidend. Dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber vor allem wirtschaftlichen Schaden ausgleichen wollte.

Diese Schadensberechnung zeigt einerseits, wie weit sich das römische Haftungsrecht mit der *lex Aquilia* von der Talion des XII-Tafelgesetzes entfernte. Es ging nun nicht mehr darum Rache zu üben und damit psychische Bedürfnisse des Klägers zu stillen. Vielmehr sollte der Geschädigte seine vorherige wirtschaftliche Lage wiedererlangen. Damit wurde eigentlich im Haftungsrecht eine Wandlung zum *homo oeconomicus* vollzogen.

Andererseits wies bereits die Talion ein Element auf, das diese Neustrukturierung erleichtern sollte. Wie wir gesehen haben, veranlasste das *ni cum eo pacit, talio esto*²¹⁰ die Parteien, die Angelegenheit gütlich zu regeln. Eine Einigung mündete wohl meist in Naturalrestitution oder Bezahlung einer gewissen Geldsumme. Gedankliche Ansätze für die Revolution, die die *lex Aquilia* im 3. Jahrhundert a.C. hervorrief, waren damit bereits seit Langem in der Gesetzgebung enthalten.

Im Laufe der Zeit hat auch die Schadensberechnung eine Ausdehnung erfahren. Ulpian stellte ausdrücklich die Frage, was denn genau mit dem Wert der Sache gemeint sei, der Wert des direkt betroffenen Gutes oder das Interesse des Eigentümers, dass die Sache nicht beschädigt oder zerstört werde. Er meinte, das Erhaltungsinteresse des Eigentümers sei entscheidend.²¹¹ Wenn also ein Pferd aus einer *quadriga* getötet wurde, hatte der Eigentümer Anspruch nicht auf den Wert des Pferdes als solches, sondern auf seinen höheren Wert als Glied der Viererformation.²¹²

Das Kriterium des Interesses, das Ulpian erwähnte, eröffnete neue Perspektiven der Schadensberechnung, weil fortan nicht mehr nur der Wert der einzelnen Sache betrachtet wurde, sondern ihre wirtschaftliche Bedeutung für den Eigentümer. Zum Beispiel das *damnum emergens* und das *lucrum cessans*, die heute aus der Schadensberechnung nicht mehr

²¹⁰ Siehe *supra* Fn. 187.

²¹¹ Ulpianus, Digesta 9.2.21.2 *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.* (Aber schätzen wir nur den Wert des Körpers, als er getötet wurde, oder vielmehr was unser Interesse daran war, dass er nicht getötet werde? Nach diesem Gesetz ist es üblich, das Interesse zu schätzen).

²¹² Paulus, Digesta 9.2.22.1.

wegzudenken sind, stellen Ausformungen des römischen, von Ulpian hier angesprochenen *interesse* dar.

Im Folgenden werden kurz einige rechtliche Konzepte beschrieben, die zwar nicht zur *lex Aquila* gehören, aber doch im Zusammenhang mit dem Schadenersatzrecht eine Rolle spielen.

C. Strafrechtliche Normen und die Noxalklage

1. Strafrechtliche Normen

Für unsere Untersuchung von untergeordneter Bedeutung sind die strafrechtlichen Sanktionen. Bevor er sie im Einzelnen behandelt, fasst Ulpian die möglichen Strafen stark gerahmt zusammen als jene, die ›das Leben nehmen oder versklaven, das Bürgerrecht entziehen, verbannen oder körperlich strafen‹.²¹³ Hinzuzufügen sind infamierende Bußen, der Verlust der Würde und Handlungsverbote,²¹⁴ sowie aus heutiger Sicht etwas ungewöhnlicher die Verurteilung zu Jagdspielen.²¹⁵ Sowohl die Todesstrafe,²¹⁶ als auch die Verurteilung zu Zwangsarbeit in Bergwerken oder Salinen²¹⁷ werden sodann in zahlreichen Formen dekliniert.

Bemerkenswert sind die verschiedenen Berufs- oder sonstigen Handlungsverbote, zum Beispiel das allgemeine Berufsverbot für Anwälte, das zu unterscheiden ist vom Verbot, vor Gericht aufzutreten.²¹⁸ Andere betreffen das Benutzen der öffentlichen Bücher (*instrumenta*) und Archive oder das Verfassen, Schreiben oder Unterschreiben von Testamenten.²¹⁹ Es werden noch weitere Einschränkungen erwähnt, zum Beispiel ein Verbot zu verhandeln oder bestimmte Dinge zu mieten, wie namentlich einen öffentlichen Acker (*ager vectigalis*).²²⁰

Im Zusammenhang mit den Verhandlungsverboten stellte Ulpian eine sehr interessante Frage: Da man jemandem ein Verhandlungsverbot auferlegen kann, könnte man ihn umgekehrt auch zu Verhandlungen zwin-

²¹³ Ulpianus, Digesta 48.19.6.2.

²¹⁴ Ulpianus, Digesta 48.19.8pr.

²¹⁵ Ulpianus, Digesta 48.19.8.11.

²¹⁶ Ulpianus, Digesta 48.19.8pr ff; zur Verurteilung *ad bestias* 48.19.28.15.

²¹⁷ Ulpianus, Digesta 48.19.8.4 ff.

²¹⁸ Ulpianus, Digesta 48.19.9pr und 4.

²¹⁹ Ulpianus, Digesta 48.19.9.5 ff.

²²⁰ Ulpianus, Digesta 48.19.9.9.

gen? Er lehnte diese Art von Strafen im Prinzip als ›*inciviles*‹ ab, außer es liege eine ›*iusta causa*‹ für einen Verhandlungszwang vor.²²¹

Zum Freiheitsentzug meinte Ulpian, er komme als Strafe nicht in Frage, sondern dürfe nur dazu dienen, jemanden zurückzuhalten (*continendos homines*). Gemeint ist hier wohl, dass zum Beispiel bei einem laufenden Prozess der Flucht vorgebeugt werden solle.²²² Schließlich sei ein berührendes Fragment erwähnt, wo Ulpian versichert: *cogitationes poenam nemo patitur*,²²³ wegen seiner Gedanken werde niemand bestraft.

2. Die Noxalklagen

Ursprünglich war die *nox*, wie wir gesehen haben, bereits im XII-Tafelgesetz verankert.²²⁴ Später wurde sie unter Justinian in zwei Titeln dargestellt, und zwar getrennt bezüglich Sklaven²²⁵ und Tieren.²²⁶ Im ausführlicheren der beiden Titel wird sie von Gaius als jene Klage beschrieben, bei der es der unterliegenden Partei frei stehe, durch die Auslieferung des Sklaven, der den Schaden angerichtet habe, der Verurteilung zur Bezahlung des Streitwertes zu entgehen.²²⁷ Die *nox* ließ dem Beklagten die Wahl, entweder den Sklaven dem Geschädigten auszuhändigen oder Schadenersatz zu zahlen und erlaubte ihm damit eine wirtschaftliche Abwägung. War der Schaden kleiner als der Wert des Sklaven, lag es nahe Schadenersatz zu bezahlen. Im umgekehrten Fall war es wirtschaftlich vorteilhaft, den Sklaven auszuliefern. Ulpian hatte offenbar in der Noxalklage eine Schutzfunktion des Beklagten erblickt, wenn er erklärte, den Eigentümer dürfe das Delikt seines Sklaven nicht mehr kosten, als wenn er diesen ausliefere.²²⁸ Er interpretierte somit die Auslieferung als eine Bezahlungsform, bei der gleichzeitig der Wert des Sklaven den Höchstwert des Schadenersatzes darstellte. Zahlreiche Einschränkungen gingen allerdings dahin, dass dem Beklagten diese Wahl verwehrt war, wenn er die schädigende Handlung geduldet hatte.²²⁹ Dann haftete er selbst aus der *lex Aquilia*.

²²¹ Ulpianus, Digesta 48.19.9.10.

²²² Ulpianus, Digesta 48.19.8.9.

²²³ Ulpianus, Digesta 48.19.18.

²²⁴ XII-Tafelgesetz VIII, 6 (*Riccobono*, 55; *Crawford*, Roman Statutes II, VIII,2, 580); siehe *supra* II.B.6.b, 45 f, eine Form von *nox*a bei Platon.

²²⁵ Digesta 9.4.

²²⁶ Digesta 9.1.

²²⁷ Gaius, Digesta 9.4.1.

²²⁸ Ulpianus, Digesta 9.4.2.

²²⁹ Ulpianus, Digesta 9.4.2 ff.

Die *noxā* fand auch bei Schäden Anwendung, die von vierfüßigen Tieren verursacht wurden. Ulpian fasste sie zusammen als die Klage, bei der entweder das schädigende Tier auszuliefern oder der Schätzwert des angerichteten Schadens zu bezahlen war.²³⁰ Er unterstrich, dass es sich im Unterschied zur *lex Aquilia* um einen Schaden handle, der ohne Widerrechtlichkeit zugefügt wurde, weil ein Tier keinen Verstand habe und damit kein Unrecht tun könne.²³¹ Daher kam die Noxalklage nicht zur Anwendung, wenn der Schaden auf den Fehler eines Menschen zurückzuführen war. Dann konnte dieser nämlich mit einer aquilischen Klage belangt werden.²³²

Die *noxā*, auf die wir ansatzweise bereits bei Platon gestoßen sind,²³³ ist deshalb für uns von Interesse, weil sie dem Beklagten die Wahl anbot, wie er den Schaden gutmachen wollte. Das ist eine außerordentlich flexible und eher ungewöhnliche Lösung. Insofern ist sie mit der römischen Talion vergleichbar, wo die Parteien ebenfalls vor eine Wahl gestellt waren, nämlich sich gütlich zu einigen oder die Talion zu vollstrecken. Allerdings gab es auch einen entscheidenden Unterschied zwischen den beiden. Bei der *noxā* konnte der Beklagte seine Wahl frei treffen und brauchte sich nicht, wie bei der gütlichen Einigung des Talionssatzes, mit der Gegenpartei zu verständigen.

Im heutigen Recht ist die *noxā* kaum mehr vorzufinden. Es gab auch gute Gründe, davon abzukommen. Vor allem die Abschaffung der Sklaverei machte den wichtigsten Teil der *noxā*-Regeln überflüssig. Zudem verschaffte die *noxā* aus heutiger Sicht schwer verständliche Privilegien. Die dem Eigentümer des schädigenden Tieres angebotene Wahl ermöglichte es, den Schadenersatz auf den Marktwert des Tieres zu beschränken. Damit wurde vor allem bei wenig kostbaren Tieren das Prinzip der Wiedergutmachung völlig ausgehöhlt.

²³⁰ Ulpianus, Digesta 9.1.1.

²³¹ Ulpianus, Digesta 9.1.3.

²³² Ulpianus, Digesta 9.1.4.

²³³ Siehe *supra* II.B.6, 45 f.

D. Allgemeine römische Grundsätze

Justinian erwähnte am Anfang seiner *Institutiones* drei allgemeine Grundsätze, auf denen das Recht ruhe: Ehrlich leben, niemanden verletzen und jedem das Seine gewähren.²³⁴ Er sagte ausdrücklich *iuris praecepta* und meinte damit, dies seien die Gebote nicht nur des römischen, sondern des Rechts überhaupt. In unserem Zusammenhang interessieren vor allem die beiden letzten Grundsätze.

1. *Neminem laedere und suum cuique tribuere*

Das zweite dieser Gebote, das *neminem laedere*, gebietet Anderen keinen körperlichen, und im weiteren Sinn auch, keinen rechtlichen Schaden zuzufügen. Gemeint ist dabei jede Form von Nachteil im privaten oder öffentlichen Bereich. Das *neminem laedere* bildete die Grundlage des Haftungsrechts, das ja ein Verbot Schaden zuzufügen voraussetzt.

Das dritte Gebot, das *suum cuique tribuere*, verlangt ganz allgemein die Rechte Anderer und namentlich ihr Eigentum zu achten. Zusammen mit dem *neminem laedere* schreibt es vor, angerichteten Schaden gutzumachen: Durch die schädigende Handlung wurde das Gebot des *neminem laedere* missachtet, woraus ein Rechtsanspruch auf Gutmachung entsteht, der seinerseits durch das *suum cuique* geschützt ist.

Die Grundsätze des *neminem laedere* und *suum cuique tribuere* sind im Laufe der Zeit keineswegs verloren gegangen. Sie bestimmen bis heute unsere Tradition und bilden nach wie vor das Fundament unserer Rechtsordnungen. Im modernen Haftungsrecht lässt sich dies besonders gut an den Generalklauseln ablesen, gemäß derer im Prinzip zum Ersatz verpflichtet ist, wer widerrechtlich und schuldhaft einen Schaden zufügt hat.²³⁵ Wie im römischen Recht untersagt auch hier das *neminem laedere* ganz allgemein das Zufügen von Schaden und das *suum cuique* schützt den daraus entstehenden Anspruch auf Wiedergutmachung.

²³⁴ Justinianus, *Institutiones*, 1.1.3 »*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*«.

²³⁵ Zum Beispiel OR Art. 41; CCF Art. 1382.

2. *Restitutio in integrum*

Auch der allgemeine Grundsatz der *restitutio in integrum*,²³⁶ dessen Gedanken wir bereits bei Platon angetroffen haben, spielte im römischen Recht eine zentrale Rolle. Der Prätor, der erste Magistrat, gewährte in krassen Fällen Hilfe, wenn Menschen unter Gewaltanwendung oder Bedrohung Zugeständnisse gemacht hatten,²³⁷ wenn ihnen Fehler unterlaufen oder sie übers Ohr gehauen worden waren.²³⁸ Auch konnte er den Betroffenen in ein Recht wiedereinsetzen, das ihm aus unglücklichen Umständen abhanden gekommen war, zum Beispiel, wenn jemand wegen Abwesenheit vor dem Richter den Prozess verlor, nur weil er den Aufruf des Gerichtsdieners nicht gehört hatte.²³⁹

Restitutio in integrum bedeutet im Prinzip, wie der Ausdruck es auch besagt, dass der Geschädigte gänzlich in den ursprünglichen Zustand zurückversetzt werden soll. Was genau damit gemeint war, zeigten die *jurisconsultes* in zahlreichen Fragmenten am Einzelfall oder beschrieben es gelegentlich auch in allgemeinerer Form. Ulpian sagte zum Beispiel, eine Obligation sei *restituenda in pristinum statum*,²⁴⁰ sie sei im vorherigen Zustand zurückzugeben oder wieder zu errichten, wie sie vorher bestanden hatte. Ein anderes Mal meinte er, es gehe bei unter 25-Jährigen nicht nur darum, dass ihr Gut nicht gemindert werde, sondern auch um ihr Interesse daran, im Zusammenhang mit Prozessen und anfallenden Ausgaben (*litibus et sumptibus*) keinen Nachteil zu erleiden.²⁴¹ Paulus drückte sich ähnlich aus, wenn er eine aus rechtlichen Gründen unmöglich gewordene materielle *restitutio* durch eine *quanti sua interest actionem* ersetze.²⁴² In beiden Fällen bezogen sich die Juristen auf das, was für den Geschädigten auf dem Spiele stand. Sie verwendeten damit dasselbe Kriterium, das wir bereits in der *lex Aquilia* für die Schadensberechnung angetroffen haben und das dem Interesse des Geschädigten daran Rechnung trägt, dass es gar nicht zum Schaden gekommen wäre. Paul erwähnte in einem anderen Fall, was denn in diesem Interesse mit einbegriffen sein könne. Wenn ein Grundstück zurückgegeben werden müsse, schulde der Käufer auch die angefallenen Früchte.²⁴³ Zum Interesse des Geschädigten gehört hier also

²³⁶ Ulpianus, Digesta 4.1.

²³⁷ Ulpianus, Digesta 4.2.1.

²³⁸ Ulpianus, Digesta 4.3.1pr und 1.

²³⁹ Marcellus, Digesta 4.1.7.

²⁴⁰ Ulpianus, Digesta 4.2.9.7.

²⁴¹ Ulpianus, Digesta 4.4.6.

²⁴² Paulus, Digesta 4.4.48.1.

²⁴³ Paulus, Digesta 4.4.24.

auch die Ernte, die er hätte einbringen können. Alle diese Fälle machten im Grunde auch Angaben zur Schadensberechnung.

Im modernen Recht ist von der *restitutio in integrum* sowohl im öffentlichen als auch im Privatrecht vielfältig die Rede, sei es zum Beispiel, dass einer Person die Staatangehörigkeit zurückgegeben wird, oder dass sie bei ungerechtfertigter Bereicherung ihr Geld zurückerhält. Im Haftungsrecht wird die *restitutio in integrum* zwar kaum direkt angesprochen. Dennoch ist sie aber oberstes Leitprinzip. Der Gesetzgeber, der ganz allgemein anordnet, zugefügter Schaden führe zur Ersatzpflicht,²⁴⁴ kann eigentlich gar nichts Anderes meinen als eine restlose Gutmachung. Das schließt natürlich nicht aus, dass dieses höchste Ziel nicht immer erreicht werden kann. Dieser Fall tritt namentlich dann ein, wenn ein Schaden irreversibel ist, zum Beispiel bei unheilbaren Körperverletzungen.

E. Ergebnisse

Die *lex Aquilia* machte einen äußerst tiefen Einschnitt in der Geschichte des Haftungsrechts. Sie formulierte zum ersten Mal in einer prägnanten Rechtssprache ein auf die juristische Alltagspraxis zugeschnittenes Haftungsmodell. Dieses war aus fünf und später aus sechs Konzepten zusammengesetzt, die auch heute noch die Grundstruktur des Haftungsrechts bilden: Schaden, schädigende Handlung, Kausalität, Widerrechtlichkeit und Schadensberechnung; vermutlich noch im 3. Jahrhundert a.C. Zeit fügte die Rechtsprechung das Verschulden hinzu.

Die *lex Aquilia* entstand allerdings nicht *ex nihilo*. In der römischen Tradition lässt sich bereits im 5. Jahrhundert a.C. der Gedanke des Schadenersatzes nachweisen, sei es als fest tarifierte, an das Opfer auszurichtende Bußen, sei es als Zahlungen in Höhe des angerichteten Schadens. Dabei ist bemerkenswert, dass gerade die Talions-Norm des XII-Tafelgesetzes eine erste Grundlage für das spätere Haftungsmodell legte. Es wurde den Parteien nämlich eine gütliche Regelung nahegelegt, die normalerweise in Schadenersatz einmündete.

Die *lex Aquilia* und die Rechtsprechung, die sich darum gebildet hatte, vererbten aber dem modernen Recht nicht nur die juristischen Kategorien, sondern weitgehend auch die Fragestellungen, die damit verbunden waren. Das könnte an den beiden Begriffen der Kausalität und des Verschuldens, aber auch an der Schadensberechnung besonders gut darge-

²⁴⁴ Siehe namentlich OR Art. 41.

stellt werden. Die Kausalität, die erst im 19. Jahrhundert eine theoretisch durchgearbeitete Unterscheidung zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang erfuhr, wirft noch heute das heikle Problem auf, wie weit vor allem die adäquate Kausalität zu fassen sei, das heißt, welche Handlungsfolgen der Schädiger vernünftigerweise und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hätte in Betracht ziehen sollen. Davon hängt namentlich ab, wie ausgedehnt die Wirkung des Haftungsrechts als Ganzes sein solle. Auch wenn sie sich diese Frage noch nicht so genau gestellt hatten, benutzten bereits die römischen Juristen die Kausalität als Mittel, um das Anwendungsfeld der Zivilhaftung zu regulieren.

Ähnliches gilt für den Verschuldensbegriff. Auch er wird heute wie früher dazu benutzt, die ›Schleusen‹ des Haftungsrechts mehr oder weniger zu öffnen. Der Richter hat nämlich noch immer eine weite Kompetenz im Abschätzen des Verschuldens, weil er sich den als Referenz benutzten *diligens bonus vir* ziemlich frei vorstellen kann.

Neben der *lex Aquilia* haben aber auch allgemeine römische Rechtsgrundsätze unsere Auffassung der Zivilhaftung geprägt. Das *neminem laedere* verbietet ganz allgemein, die Rechtssphäre anderer zu verletzen und das *sum cuique tribuere* gebietet, jedem das Seine – des heißt namentlich sein Recht – zu gewähren. Im Zusammenspiel der beiden Grundsätze erwächst aus dem ersten die Obligation angerichteten Schaden gutzumachen, während der zweite diesen Rechtsanspruch auf Schadenersatz schützt.

Der Grundsatz der *restitutio in integrum* besagte nicht nur, wie sein Wortlaut vermuten ließe, dass der Geschädigte in die Situation vor dem Schadenseintritt zurückzusetzen sei. Die Rechtsprechung fügte namentlich die Regel hinzu, wonach auch sein *interesse* zu berücksichtigen sei. Dies öffnete zum Beispiel den Weg hin zum *damnum emergens* und zum *lucrum cessans*, die noch heute fester Bestandteil der Schadensbeurteilung sind.

Andere Schadenersatzregeln sind allerdings im Laufe der Zeit verloren gegangen. So bleibt im modernen Recht von der *noxia* kaum etwas übrig. Sie gab dem Eigentümer das Recht, an Stelle von Schadenersatz Sklaven oder Tiere, die Schaden angerichtet hatten, an den Geschädigten auszuliefern.

Für die heutige Forschung bleiben die antiken Denkansätze zur Verantwortung und Haftung als Ganzes ein unersetzlicher Fundus. Von besonderer Bedeutung ist aber Aristoteles' Frage, was es denn heißen gerecht zu handeln. Dieses Problem stellt sich im Zusammenhang mit der Verantwortung sowohl vor als auch nach dem schädigenden Ereignis. Vorher

sind die möglichen Handlungsfolgen genau zu erkunden; nachher soll der Schaden gutgemacht werden. Was aber bedeutet das genau? Welche vorbereitenden Abklärungen obliegen dem Einzelnen und gibt es Kriterien, um zu beurteilen, ob eine Handlung begangen werden dürfe? Wann ist ein Schaden gutgemacht und welche Mittel sind dafür einzusetzen? Dies sind die zentralen Fragen, die uns in der Folge beschäftigen werden.

Zweiter Teil

Eine zeitgenössische Theorie der Verantwortung

Kapitel IV

Die Strukturen der Verantwortung

Im vorliegenden Text wird vor allem der Begriff der Verantwortung untersucht. Aristoteles hatte in der nikomachischen Ethik die allgemeine Frage gestellt, was gerechtes Handeln bedeute. Im Folgenden wird es um eine ähnliche, allerdings viel spezifischere Frage gehen: Wann kann ich von jemandem sagen, er habe verantwortlich gehandelt? Diese Frage ist deshalb ähnlich wie jene des Aristoteles, weil auch sie im Grunde Bedingungen für gerechtes Handeln untersucht. Sie ist aber dennoch davon verschieden, weil sie ein viel kleineres Feld bearbeitet, nämlich nur den Bereich der schädigenden oder potentiell schädigenden Handlungen. Es geht darum herauszufinden, welche Handlungen ich begehen darf und wie ich mich im Schadensfalle zu verhalten habe.

Es ist dabei zu unterscheiden zwischen Verantwortung und Haftung (siehe *infra* B.). Obschon die Verantwortung hier im Mittelpunkt steht, sollten die Haftungsfragen nicht völlig ausgeblendet werden. Wie wir in den historischen Analysen gesehen haben, gehören die rechtlichen Texte – und damit die Haftungsfragen – zu den ältesten Quellen, über die wir in diesem Bereich verfügen. Diese Erfahrungen sollten wir uns bei der Analyse der Verantwortung zu Nutze machen. Allerdings lassen sich die Verantwortungs- und die Haftungsfragen nicht immer scharf trennen. Das haben wir bereits in den griechischen Quellen gesehen, wo vor allem Platon und Aristoteles ethische und rechtliche Fragen gleichzeitig behandeln. Wir werden sehen, dass Verantwortungs- und Haftungsmodelle noch heute viele Ähnlichkeiten aufweisen.

A. Handlung und Schaden

Bei Fragen der Verantwortung und der Haftung ist eine erste grundlegende Unterscheidung zu machen. Und zwar gilt es zwischen der Handlung und dem dadurch entstehenden Schaden zu unterscheiden. Im klassischen Fall hat der Schädiger S eine Handlung begangen und damit dem Geschädigten G einen Schaden zugefügt.

S und G sind in den meisten Fällen zwei verschiedene Personen oder Einheiten. Sie geraten durch das Geschehnis in ein spezifisches Verhältnis zueinander. Eine Ausnahme entsteht, wenn jemand sich selbst einen Schaden zufügt. Man kann sich dann die Frage stellen, ob es sich tatsächlich um einen Fall von Verantwortung handle. Verantwortung gegenüber sich selbst lässt sich zwar denken; diese wäre jedoch wohl eher moralischer Art. Aus der rechtlichen Perspektive sind die Konsequenzen bei Selbstbeschädigung natürlich nicht dieselben wie bei Schadensfällen zwischen zwei oder mehreren Personen, weil die betroffene Person oder Einheit nicht mit sich selber in eine rechtliche Beziehung treten kann und damit namentlich Schadenersatz ausgeschlossen ist. Eine gelegentlich auftretende Mischform entsteht dann, wenn zwar S dem G einen Schaden zufügt, aber G seinen eigenen Schaden vergrößert, zum Beispiel durch unvorsichtiges Handeln. In diesem Fall kann das Fehlverhalten des G einen Einfluss auf die rechtliche Beziehung zu S haben. Letzterer kann oft eine Verminderung des Schadenersatzes beanspruchen.

B. Abgrenzung zwischen Verantwortung und Haftung

›Verantwortung‹ und ›Haftung‹ sind wie erwähnt zwei Begriffe, die voneinander zu unterscheiden sind. In der deutschen, aber auch in der englischen Sprache²⁴⁵ springt das in Auge, weil es dafür zwei verschiedene Ausdrücke gibt. Vor allem in den lateinischen Sprachen jedoch fällt der Unterschied weniger auf, weil man dafür ein und dasselbe Wort benutzt, nämlich *responsabilité*, *responsabilità* etc. Um aber dennoch den Unterschied zu kennzeichnen, ist gelegentlich von *responsabilité morale* die Rede, wenn es um die Verantwortung geht, und von *responsabilité, responsabilité civile* oder *pénale*, wenn die Haftung gemeint ist.

›Haftung‹ wird hier als ein rechtlicher Begriff verwendet. Das Haftungsrecht bildet in den modernen Rechtsordnungen einen der Abschnitte, die Schuldrechtsverhältnisse regeln. In Schadensfällen kommt es zur Anwendung, um die Person zu bezeichnen, die Ansprüche geltend machen kann (sogenannte Aktivlegitimation) und um festzulegen, an wen die Ansprüche zu stellen sind (sogenannte Passivlegitimation). Es liefert ferner die Rechtsgrundlage, um zu entscheiden, ob der Geschädigte einen Anspruch auf Schadenersatz habe und, wenn ja, auf wie viel.

²⁴⁵ Im Englischen lässt sich zwischen *responsability* (Verantwortung) und *liability* (Haftung) unterscheiden.

Die Regeln des Haftungsrechts erlauben also, die haftende und die zu entschädigende Person sowie das *quantum* der Schadenersatzansprüche zu bestimmen. Es sagt jedoch nichts aus über die faktische oder finanzielle Fähigkeit des Schädigers, den Schaden gutzumachen.

›Verantwortung‹ hingegen ist kein spezifisch rechtlicher, sondern ein allgemeiner Begriff der Umgangssprache. Er bezeichnet die Obliegenheit des Einzelnen dafür zu sorgen, dass in seinem Handlungsbereich alles in geordneten Bahnen verläuft und namentlich, dass er niemanden schädigt. Ein klassisches Beispiel des verantwortungsvollen Menschen ist der römische *bonus vir*, der so handelt, dass die Gesellschaft als Ganze weiterbestehen und sich entwickeln kann und dass ihr durch sein Handeln (in der Folge ist mit dem ›Handeln‹ immer auch die ›Unterlassung‹ gemeint) keine Nachteile entstehen.

Um das Verb ›verantworten‹ reihen sich neben der ›Verantwortung‹ zahlreiche weitere Ausdrücke und Redensarten wie etwa ›verantwortungsvoll‹, ›verantwortlich handeln‹ oder ›Verantwortung tragen‹. Die Redewendung ›Verantwortung wahrnehmen‹ bezeichnet das Bemühen einen Schaden gutzumachen. Das Verb ›wahrnehmen‹ hat hier allerdings nicht so sehr mit der ›Wahrnehmung‹ im Sinne von ›sich bewusst sein‹ zu tun. Gemeint ist in unserem Zusammenhang vielmehr, dass eine Person den angerichteten Schaden ausräumt.

Der Sprachgebrauch für die Wendung ›Verantwortung wahrnehmen‹ ist nicht genau festgelegt. Wie wir sehen werden, gibt es jedoch gute Gründe, diese Ausdrucksweise in einem starken Sinne zu verwenden. Ich glaube, man sollte in Schadensfällen nur dann von jemandem sagen, er habe seine Verantwortung ›wahrgenommen‹ oder er habe ›verantwortlich gehandelt‹, wenn er im Schadensfalle sein Opfer in den Zustand versetzt, in dem es sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde. War die Entschädigung nicht vollständig, wäre es wohl angemessener zu sagen, er habe seine Verantwortung ›nicht‹ oder nur ›teilweise‹ wahrgenommen. Hat er sich vergeblich um völlige Gutmachung bemüht, könnte man zum Beispiel sagen, er habe seine Verantwortung ›so gut als möglich‹ wahrgenommen. Wir werden im nächsten Kapitel eingehend auf diese Frage zurückkommen.

Davon ist der Ausdruck ›Verantwortung übernehmen‹ zu unterscheiden. Er wird oft dann verwendet, wenn jemand von sich selber oder jemandem anderen sagt, er ›übernehme die Verantwortung‹ für dies oder jenes. Gemeint ist bei Schadensfällen damit, dass die Person bereit ist, für die Folgen eines Schadens einzutreten, ohne jedoch vorwegzunehmen, ob der Schaden wieder gutgemacht werden kann oder dies tatsächlich auch

geschehen wird. Es geht dabei mehr um die Zuweisung von Verantwortung, als um die tatsächliche Gutmachung. Eine ähnliche Bedeutung hat gelegentlich die Redewendung ›verantwortlich sein‹. Auch sie bezeichnet die Person, der Verantwortung angelastet wird, sagt aber wiederum nichts aus über die Gutmachung.

Die Haftungsnormen sind Teil der Rechtsordnung. Meistens haben sie formal keinen verbietenden Charakter, sondern legen nur folgendes fest: Wer einen Schaden anrichtet, muss Schadenersatz leisten, sofern alle rechtlichen Bedingungen erfüllt sind. Soweit es sich nicht um positive Schutzgesetze handelt, untersagen die Haftungsnormen also die schädigende Handlung oft nicht, sondern verbinden sie bloß mit einer Rechtsfolge. Verantwortung hingegen ist kein juristischer, sondern wie gesagt ein Begriff der Umgangssprache und der praktischen Philosophie. Sie trägt meist auch einen imperativen oder prohibitiven Zug. Sie besagt nämlich in den meisten Fällen, dass eine Handlung, die zu einem Schaden führt, zu unterbleiben hat und dass bereits entstandener Schaden gutgemacht werden muss.

Das gemeinsame Grundprinzip von Haftung und Verantwortung ist in der römischen Rechtsfamilie das *neminem laedere*, das Gebot, niemanden zu verletzen. Andere Rechtskreise kennen zweifellos inhaltlich dasselbe Prinzip. Hinsichtlich der Verantwortung wird daraus *ex ante* der präventive und prohibitive Satz abgeleitet, in der Zukunft keine schädigenden Handlungen zu begehen und *ex post*, dass zugefügter Schaden gutzumachen ist. Hinsichtlich der Haftung wird daraus jedoch nur *ex post* bestimmt,²⁴⁶ wer in welchem Maße den zugefügten Schaden zu tragen hat. Viele Haftungsregeln – so zum Beispiel die Generalnormen in den großen Kodifikationen²⁴⁷ – brauchen auch nicht prohibitiv formuliert zu werden, da sie ja meist erst zur Anwendung kommen, wenn der Schaden bereits entstanden ist. Das bedeutet allerdings nicht, dass sie nicht dennoch eine präventive Wirkung entfalten können.

Jeder Schadensfall kann sowohl aus der Perspektive der Haftung, als auch aus jener der Verantwortung beurteilt werden – und das mit gelegentlich unterschiedlichen Ergebnissen. Haftbar ist laut unseren Rechtsordnungen im Prinzip derjenige, welcher einen Schaden angerichtet hat. Dies ungeachtet der Mittel, über die der Schädiger für die Gutmachung verfügt. Wer eines Anderen Eigentum zerstört, ist natürlich auch dann

²⁴⁶ Namentlich in der *lex Aquilia*, die im Gegensatz zum *neminem laedere* nicht prohibitiv formuliert ist, sondern die Schadensfolgen regelt.

²⁴⁷ Namentlich Art. 1382 CCF, § 1295 ABGB, § 823 BGB, ART. 41 OR.

haftbar, wenn er zum Beispiel nicht das nötige Geld hat, um den Schaden zu bezahlen. Die Verwendung des Verantwortungsbegriffs ist anders. Verantwortung ›nimmt wahr‹, wer den Schaden gutmacht. Steht er nicht für den Schaden ein oder bemüht er sich nicht um die Entschädigung, könnte man sagen, er habe seine Verantwortung ›nicht wahrgenommen‹ oder gar, er habe sich seiner Verantwortung ›entzogen‹.

Haftung und Verantwortung müssen also getrennt von einander behandelt werden. Dabei sind mehrere Urteile möglich: (i) Der Schädiger S ist haftbar, hat seine Verantwortung aber nicht wahrgenommen. Dieser Fall tritt ein, wenn S aus rechtlicher Perspektive dem Geschädigten G Schadenersatz oder Genugtuung zu leisten hat, aber den Geschädigten nicht oder nicht völlig entschädigt. Zum Beispiel wenn S den geforderten Schadenersatz zwar leistet, aber bei G dennoch einen Restschaden hinterlässt, weil dieser wegen S körperlich behindert bleibt. (ii) S ist haftbar und hat auch seine Verantwortung wahrgenommen. Dies ist dann der Fall, wenn S zwar auf Grund des Haftungsrechts Schadenersatz leisten muss, den Schaden aber so wiedergutmacht, als wäre er nie eingetreten. Wer zum Beispiel eines Anderen Fahrrad zerstört, hat aus haftungsrechtlicher Perspektive Schadenersatz zu zahlen. Aus der Perspektive der Verantwortung kann seine Handlung dennoch verantwortlich sein, zum Beispiel wenn er (sofort) gleichwertigen Realersatz beschafft. (iii) Man könnte sich auch denken, dass S nicht haftbar ist und seine Verantwortung nicht wahrgenommen hat. Dies könnte eintreten, wenn der Richter den S freispricht (und dieser dem G deshalb keinen Schadenersatz leistet), G aber dennoch einen Schaden davonträgt. In der Praxis betrifft dies namentlich die *de minimis*-Fälle, wo der Richter den Schaden für so unbedeutend hält, dass er dem G keinen Schadenersatz zuspricht. Unter diese Kategorie fallen auch die Härtefälle, wo G eigentlich Schadenersatz zustünde, der Richter ihn ihm aber aus irgendwelchen Gründen abspricht. (iv) Schließlich ist es auch möglich, dass jemand nicht haftbar ist, aber dennoch verantwortlich gehandelt hat. Dieser Fall tritt ein, wenn der Schädiger zwar aus rechtlicher Sicht keinen Schadenersatz zu leisten hat, aber das Opfer dennoch entschädigt.

C. Der zeitliche Horizont der Verantwortung

Handlung und Schaden liegen in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft. Die Handlung und der Schaden können auf sechs verschiedene Arten mit diesen drei Zeitabschnitten kombiniert werden, wobei

die Handlung natürlich zeitlich immer vor dem Schadensereignis liegt. Je nach Kombination entstehen dabei spezifische Fragen.

Situation 1: Die schädigende Handlung und der Schaden liegen in der Vergangenheit. Dies ist die wohl häufigste und daher auch die am besten analysierte Situation. Der Schädiger S hat eine Handlung begangen und dadurch dem Geschädigten G einen Schaden zugefügt. Seit der römischen Antike haben die Gesetzte in erster Linie diese Konstellation zu regeln versucht und auch heute steht sie noch weitgehend im Vordergrund.

Situation 2: Eine in der Vergangenheit liegende Handlung richtet in der Gegenwart einen Schaden an. S hat (widerrechtlich) eine Falle gestellt. Nun tritt ein Tier des G hinein und erleidet Verletzungen. Diese Situation unterscheidet sich von Situation 1 vor allem dadurch, dass der Schädiger dem im Entstehen begriffenen Schaden vielfach noch entgegentreten oder doch versuchen kann, eine Schadensausweitung zu verhindern.

Situation 3: Eine in der Vergangenheit liegende Handlung wird in Zukunft Schaden anrichten. Ein wichtiger Aspekt dieser Situation betrifft die Gewissheit, mit der der Schaden eintreten wird. Wer einen Staudamm gesprengt hat, kann ziemlich sicher sein, dass die Flutwelle Zerstörung anrichten wird. In anderen Fällen ist jedoch der zukünftige Schaden nur mehr oder weniger wahrscheinlich. Wenn jemand giftige Gase freigesetzt hat, ist es zwar möglich, aber je nach den konkreten Umständen keineswegs sicher, dass die Bevölkerung über kurz oder lang Schaden nehmen wird. Auch hier hat S vielleicht wie in Situation 2 noch die Möglichkeit, Vorkehrungen zu treffen, um den zukünftigen Schaden einzuschränken.

Situation 4: Eine gegenwärtige Handlung richtet in der Gegenwart Schaden an. Oft kann S den Schaden noch beeinflussen, indem er zum Beispiel seine Handlung unterbricht und damit zusätzlichen Schaden verhindert.

Situation 5: Eine gegenwärtige Handlung wird in der Zukunft Schaden anrichten. Wie in Situation 2, 3 und 4 kann S auch hier oft das Schadensmaß noch beeinflussen, indem er seine Handlungsweise anpasst. Natürlich stellt sich hier wie in Situation 3 auch die Frage nach der Wahrscheinlichkeit, mit der der Schaden eintreten wird.

Situation 6: Die wohl komplexeste Lage betrifft zukünftige Handlungen, die (natürlich erst) in der Zukunft Schaden anrichten werden. Im Unterschied zu den vorherigen Situationen kann die Handlung noch verhindert oder so abgeändert werden, dass kein Schaden entsteht.

Die zunehmende technische Entwicklung und die Steigerung der Schäden ins nie Dagewesene haben die Wissenschaft, aber auch viele Zweige der Industrie seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zur Vorsicht ge-

mahnt. Philosophen, Juristen und Politiker haben Konzepte entwickelt, die heute allgemeine Namen wie zum Beispiel ›Vorsorgeprinzip‹ (*principe de prévoyance*, *principe de précaution*, *precautionary principle*) tragen. Der Grundgedanke dieser Konzepte ist erstens, dass Schäden durch eine bessere vorherige Abklärung verhütet werden sollten und zweitens, dass auf eine Handlung nicht nur dann verzichtet werden sollte, wenn ein zukünftiger Schaden sicher, sondern auch bereits dann, wenn er wahrscheinlich oder möglich ist.

Dieser Ansatz mag sehr einschneidend anmuten. Für Unternehmen jedoch, die auf soziale, politische oder ökologische Verträglichkeit besonderen Wert legen, drückt er eine Selbstverständlichkeit aus oder erscheint sogar als viel zu locker, weil diese Unternehmen die einfache Tatsache, dass ein Schaden entstanden ist, unabhängig von drohenden Schadenersatzleistungen bereits als einen Misserfolg werten.

Für uns wird sich bei jeder der sechs Kategorien die Frage stellen, welche Anforderungen denn für ein verantwortliches Handeln erfüllt werden müssen. Wie oben angedeutet setzt verantwortliches Handeln bei bereits entstandenem Schaden voraus, dass der Schaden völlig gutgemacht wird. Was aber, wenn der Schaden noch nicht eingetreten ist und insbesondere, wenn die schädigende Handlung noch gar nicht ausgeführt wurde und also noch verhindert werden kann? Mit anderen Worten, welche Abklärungen muss ich vornehmen und über welches Wissen muss ich verfügen, um verantwortlich zu handeln? Dies sind zentrale Fragen, die uns im Laufe der Untersuchung beschäftigen werden.

D. Die Grundkategorien der Verantwortung

Die Analyse der antiken Quellen hat gezeigt, dass das rechtliche Haftungsmodell spätestens seit dem 3. Jahrhundert a.C. auf fünf Grundkategorien aufgebaut ist: Schaden, Handlung, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schadensberechnung. Diese Kategorien werden in der *lex Aquilia* (286 a.C.) zu einem juristisch kohärenten und praktisch anwendbaren Gesamtkonzept zusammengefügt. Sie sind damals nicht neu, sondern scheinen bereits bei Aristoteles in einem summarischen Modell auf. Sogar in den mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetzen sind sie andeutungsweise vorhanden, wenn auch die rechtlichen Konturen zum Teil nur unscharf sind.

Das Verschulden bildet die sechste Kategorie. Es scheint ebenfalls bereits in den frühesten Texten auf, allerdings ohne konzeptuelle Aufarbei-

tung. Eine klare dogmatische Form und einen festen Platz im Haftungsrecht erhält das Verschulden, wie wir gesehen haben, erst ab Ende des 3. Jahrhunderts a.C. durch den römischen Jurisconsulten *Mucius*.

Da das Haftungsrecht und die Überlegungen zur Verantwortung seit der griechischen Antike oft miteinander verflochten wurden, erörtern wir im Folgenden, ob diese sechs rechtlichen Kategorien auch auf die Verantwortung anwendbar seien, das heißt, inwiefern aus dem Haftungsbegriff Elemente in den Verantwortungsbegriff aufgenommen werden können. Dabei wird die Schadensberechnung abgesondert im übernächsten Kapitel abgehandelt, weil sie ein Kernstück der vorliegenden Untersuchung bildet.

1. Schadensbegriff und schädigende Handlung

Nach traditioneller Auffassung kommt das Haftungsrecht grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn ein Schaden vorliegt. Umgekehrt gilt natürlich auch, dass keinen Schadenersatz schuldet, wer keinen Schaden gestiftet hat.²⁴⁸ Dies haben wir bereits in den ältesten Quellen gesehen und das ist – von gewissen Ausnahmen abgesehen – bis heute so geblieben. Im römischen Recht ist diese Anforderung klar aus dem *neminem laedere* ableitbar: Du darfst keinen Schaden zufügen. Tust du es aber dennoch, bezahlst du Schadenersatz.

Auch die Verantwortung ist, wie wir gesehen haben, im *neminem laedere* begründet. Es stellt sich daher jedesmal, wenn ein Schaden entsteht, neben der Frage der Haftung auch jene der Verantwortung. Insofern gleichen sich diese beiden Konzepte. Es bestehen aber auch bedeutende Unterschiede zwischen ihnen.

Die Verantwortung hat wie bereits angedeutet ein weiteres Anwendungsfeld. Ihre Regeln kommen nämlich im Prinzip nicht nur bei Schadensfällen, sondern bei jedem menschlichen Verhalten zur Anwendung. Das heißt, dass bei jedem menschlichen Verhalten die Frage zu stellen ist, ob es verantwortungsvoll sei. Das liegt, wie wir gesehen haben,²⁴⁹ an den Grundstrukturen der Verantwortung: Deren Regeln sind präventiv, prohibitiv und reaktiv. Als solche kommen sie vor, während und nach jedem Handeln oder Unterlassen zur Anwendung; vor dem Handeln,

²⁴⁸ Am Rande seien hier allerdings die die Haftung erweiternden Kreise der Unterlassungs- und Beseitigungspflichten erwähnt, das heißt Pflichten unter gewissen Bedingungen etwas zu unterlassen oder eine Gefahr zu beseitigen. Diese beiden Konzepte lassen sich bereits im römischen Recht nachweisen.

²⁴⁹ Siehe *supra* IV.A und C (77 ff; 81 ff).

um festzustellen, ob denn ein bestimmtes Unternehmen verantwortet werden könne; während des Handelns, um einen verantwortbaren Handlungsablauf zu sichern und nach dem Handeln, wenn ein Schaden entstanden ist, um festzulegen, wie der Schädiger sich seinem Opfer gegenüber zu verhalten hat. In unserer Untersuchung zur Verantwortung wird daher nicht nur der Bereich der bereits zugefügten, sondern auch jener der zukünftigen Schäden und des Schadensrisikos eine bedeutende Rolle spielen.²⁵⁰

Der Begriff der schädigenden Handlung ist, wie wir gesehen haben, einer der Grundbegriffe des Haftungsrechtes. Vor allem im 19. Jahrhundert wurde diskutiert, ob nur Handlungen, oder ob nicht auch Unterlassungen zu einer Schadenersatzpflicht führen können. Inzwischen ist allgemein anerkannt, dass beide vom Haftungsrecht erfasst werden. Bei Unterlassungen wird allerdings vorausgesetzt, dass der Unterlassende eine rechtliche Pflicht zum Handeln gehabt hätte. Wer zum Beispiel ein Tier in seiner Obhut hat, steht unter der rechtlichen Pflicht es zu überwachen. Vernachlässigt er diese und entsteht daraus ein Schaden, ist er zu Schadenersatz verpflichtet. Wie das Haftungsrecht²⁵¹ setzt auch die Verantwortung ein menschliches Verhalten voraus, sei es eine Handlung oder Unterlassung. Auch hier steht bei Unterlassungen nur in der Verantwortung, wer zu handeln verpflichtet gewesen wäre.

2. Kausalität

Mit Kausalität ist gemeint, dass ein Kausalzusammenhang besteht zwischen der Handlung oder Unterlassung und dem Schaden. Im Haftpflichtrecht ist ein solcher Kausalzusammenhang eine Voraussetzung zur Erlangung von Schadenersatz. Hat jemand den Schaden nicht verursacht, ist er im Prinzip nicht zu Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, das Gesetz mache ihn für Andere haftbar.

Bezüglich der Verantwortung ist die Problemstellung etwas anders. Im Prinzip wird natürlich auch hier ein Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden verlangt. Allerdings stellt sich die Verantwortungsfrage auch bei zukünftigen Handlungen. In diesen Fällen kann na-

²⁵⁰ Im Haftungsrecht wurden diese Probleme bereits in der römischen Antike angetönt und vor allem ab dem 19. Jahrhundert intensiv diskutiert; siehe *supra* III.B. 4.b, 63 ff.

²⁵¹ Man könnte hier einwenden, die Gefahrenhaftung setze kein menschliches Verhalten voraus. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Gefahrenhaftung in letzter Instanz darauf gründet, dass der Schädiger eine Gefahr geschaffen (und also ein Verhalten angenommen) hat, die er nicht zu beherrschen wusste.

türlich nicht von einem aktuellen, sondern nur von einem potentiellen Kausalzusammenhang die Rede sein.

Oft ist sehr umstritten, wann denn zwischen einer Handlung oder Unterlassung und einem Schaden ein Kausalzusammenhang bestehe. Die moderne Rechtslehre entscheidet diese Frage mit Hilfe zweier Kriterien: Dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang.²⁵² Zur Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs denkt der Richter das betroffene Verhalten weg²⁵³ und fragt sich, ob der Schaden dennoch entstanden wäre. Wenn dies nicht der Fall ist, besteht ein Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden. Dieser sogenannte *conditio sine qua non*-Test ist zwar aus logischen Gründen notwendig, aber alleine nicht genügend, weil die Anzahl von möglichen Verantwortlichen viel zu groß wäre. So sind zum Beispiel alle Vorfahren eines Täters immer eine *conditio sine qua non*, weil ihr Nachkomme ohne sie den Schaden nicht angerichtet hätte. Um diese viel zu lange Kausalkette zu verkürzen, wird zusätzlich die adäquate Kausalität untersucht. In vielen Rechtsordnungen wird dabei die Frage gestellt, ob der Schaden ›nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung‹ zu erwarten war oder nicht. War er zu erwarten, besteht ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Schaden.

Ähnliche Regeln gelten bei der Prüfung der Verantwortung. Auch hier wird grundsätzlich nur zur Verantwortung gezogen, wer in einem (aktuellen oder potentiellen) Zusammenhang mit dem betroffenen Verhalten steht. Im Laufe der Untersuchung werden wir auf ein besonders heikles Problem stoßen, das die adäquate Kausalität betrifft: Der ›gewöhnliche Lauf der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung‹ setzen nämlich voraus, dass im Zusammenhang mit einem gewissen Verhalten mehr oder weniger bekannt ist, welche Folgen zu erwarten sind. Was aber, wenn das Verhalten ein ganz neues Gebiet betrifft, wo noch keinerlei Erfahrungen gesammelt wurden? Dies ist regelmäßig bei modernen Technologien – heute zum Beispiel der Gen-Technik – der Fall. Ganz allgemein könnte man das Problem folgendermaßen formulieren: Wie kann ich mein Verhalten auf verantwortbare Weise bestimmen, wenn ich über die Folgen wenig oder nichts weiß? Diese Frage führt in den Bereich der Handlungsrisiken und wird uns später im Einzelnen beschäftigen.

²⁵² ›Adäquate Kausalität‹ ist ein etwas unglücklicher Begriff, weil dabei eigentlich nicht die Kausalität, sondern deren Ausdehnung (auch ›Haftungsumfang‹ genannt) beurteilt wird, das heißt die Frage, ob jemandem dieses oder jenes (noch) anzulasten sei.

²⁵³ Bei Unterlassungen hingegen wird ein Verhalten hinzugedacht.

3. Verstoß gegen eine Norm

Im Haftungsrecht ist mit Widerrechtlichkeit eine Rechtsverletzung gemeint, das heißt, die Verletzung einer rechtlichen Regel im weiteren Sinn. Darunter fallen sowohl Rechtsnormen als auch allgemeine Rechtsgrundsätze, Gepflogenheiten, die beruflichen *leges artis* etc. In allen auf dem römischen Recht aufbauenden Rechtsordnungen bildet die Widerrechtlichkeit eine Voraussetzung des allgemeinen Haftungsrechts, sei diese ausdrücklich als Bedingung in den Gesetzgebungen erwähnt oder in den Verschuldensbegriff eingebaut. Daneben bestehen *leges speciales* – zum Beispiel zur Risikohaftung – in denen die Widerrechtlichkeit manchmal erwähnt, gelegentlich aber vom Gesetzgeber auch vernachlässigt wird. Aus praktischer Sicht sind beide Lösungen möglich, aus dogmatischen Gründen ist die erste jedoch vorzuziehen.

Die Frage, welche Rolle die Widerrechtlichkeit in einer Verantwortungstheorie spielt, lässt sich nicht pauschal beantworten. Zur Terminologie ist vorab zu sagen, dass nicht von Widerrechtlichkeit, sondern allgemeiner von der Verletzung einer Norm oder einem Normverstoß die Rede sein sollte. Und zwar deshalb, weil die Widerrechtlichkeit eine Rechtsordnung voraussetzt, während bei Fragen der Verantwortung nicht-juristische Normen zur Anwendung kommen.

Sicher ist die Verletzung einer Norm auch in einer Verantwortungstheorie eine Voraussetzung, um dem Handelnden unverantwortliches Verhalten anzulasten. Es kann sich dabei um die Verletzung des römischen Präzeptes *neminem laedere* oder eines allgemeinen ethischen Grundsatzes handeln.

4. Verschulden

Die *lex Aquilia* erwähnt das Verschulden nicht. Dieses wurde erst ein knappes Jahrhundert nach Annahme des Gesetzes auf dem Wege der Rechtsprechung eingeführt.²⁵⁴ Die westeuropäische Tradition und die von ihr beeinflussten Rechtsordnungen sind also auf einem Modell aufgebaut, das zwar dem Verschulden oft einen bedeutenden Platz einräumt, aber sehr wohl auch ohne es auskommen könnte. Das erlaubt dem heutigen Gesetzgeber, mühelos je nach Bedarf zwischen einem Verschuldens- und einem Nicht-Verschuldensmodell zu wählen.

Für die Verantwortung stellt sich die Frage ähnlich wie für das Haftungsrecht. Grundsätzlich ist ein Verantwortungsmodell denkbar, das

²⁵⁴ Zum Verschuldensbegriff siehe *supra* III.B.4.b, 63 ff.

(neben Schaden, schädigender Handlung, Kausalität und Normverletzung) nur das Kriterium der Wiedergutmachung beachtet, das Verschulden jedoch vernachlässigt. Das heißt verkürzt gesagt: Verantwortlich handelt, wer den Schaden gutmacht. Bei der Anwendung dieses weitgehend objektiven Kriteriums spielt das Verschulden natürlich keine Rolle.

Ein solcher Ausschluss des Verschuldenskriteriums könnte damit begründet werden, dass für das Opfer die Wiedergutmachung meist im Vordergrund steht. Der Geschädigte möchte nämlich jenen Zustand wieder erreichen, in dem er sich auch ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

Die Wahl, in einem Verantwortungsmodell ganz auf das Verschuldenskriterium zu verzichten, hätte aber ihren Preis. Das Verhalten des Schädigers geriete nämlich aus dem Blickfeld. Ohne das Verschuldenskriterium wäre es zum Beispiel unmöglich einen Unterschied zu machen zwischen demjenigen, der – zwar fruchtlos, aber doch immerhin – versucht seinem Opfer zu Hilfe zu kommen und jenem, der sich gar nicht erst um Gutmachung bemüht.

Im Folgenden wird hier, wie bereits kurz angesprochen, ein Modell vorgeschlagen, das beiden Aspekten, der Wiedergutmachung und dem Verschulden, Rechnung trägt.

Kapitel V

Kriterien der Verantwortung: zwei Thesen

Bei der Beurteilung der Verantwortung sind, wie kurz erwähnt, zwei Aspekte zu berücksichtigen. Einerseits und vor allem die Wiedergutmachung des entstandenen Schadens. Für den Geschädigten ist dies natürlich das zentrale Anliegen. Aber auch die Gesellschaft als Ganzes hat grundsätzlich Interesse daran, dass das durch den Schaden entstandene Ungleichgewicht zwischen den Parteien ausgeglichen wird. Das Maß der Gutmachung ist somit ein wesentliches Element der Verantwortung.

Andererseits darf aber auch das Verhalten des Schädigers nicht aus den Augen verloren werden. Wir werden anhand von grundsätzlichen Überlegungen und verschiedenen Hypothesen sehen, dass gute Gründe dafür sprechen, das Verhalten des Schädigers vor, während und nach dem schädigenden Ereignis bei der Beurteilung der Verantwortung ebenfalls zu berücksichtigen. Hier geht es nicht um die Wiedergutmachung, sondern um die Beurteilung der Art und Weise, wie es zum Schaden und gegebenenfalls zur Gutmachung gekommen ist.

Es ist dabei bereits hier zu unterstreichen, dass diese beiden Kriterien kumulativ angewendet werden. Jedes der beiden, Wiedergutmachung und Verschulden, kann unabhängig vom andern zum Urteil führen, dass eine Person unverantwortlich gehandelt hat. Um verantwortlich zu handeln, muss eine Person daher gleichzeitig dem einen und dem anderen Kriterium genügen.

Eine nicht unähnliche konzeptuelle Zweiteilung ist auch in gewissen Rechtsordnungen anerkannt, die zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht unterscheiden. Das Erfolgsunrecht betrifft das Resultat der Handlung, das heißt den Schaden.²⁵⁵ Das Verhaltensunrecht hingegen bezieht sich auf die Handlungsmodalitäten des Schädigers.

²⁵⁵ Hier ist der Vergleich mit unserer Unterscheidung allerdings nur begrenzt, weil das Kriterium der Reversibilität, das im Zentrum unserer ersten These steht, weniger auf den Schaden als solchen gerichtet ist, als vielmehr auf seine Gutmachung.

A. Beurteilung der Wiedergutmachung: Das Kriterium der Reversibilität

1. These I

Zur Beurteilung der Wiedergutmachung möchte ich folgende dreiteilige These aufstellen:

(i) Verantwortung völlig wahrnehmen *kann* nur, wer im Schadensfall in der Lage ist, jenen Zustand herzustellen, in dem sich die geschädigte Person oder Sache ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

Kann dieser Zustand nicht hergestellt werden, ist die Handlung, die zum Schaden führen kann, mehr oder weniger unverantwortlich, das heißt, der Schädiger handelt mehr oder weniger unverantwortlich.

(ii) Verantwortung *nimmt nur völlig wahr*, wer im Schadensfall den Zustand tatsächlich herstellt, in dem sich die geschädigte Person oder Sache ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

Wird dieser Zustand nicht hergestellt, war die Handlung, die zum Schaden führte, mehr oder weniger unverantwortlich, das heißt, der Schädiger hat mehr oder weniger unverantwortlich gehandelt.

(iii) Ausgenommen sind jene Schäden, bei denen der Schädiger sein Verhalten rechtfertigen kann.

Ich möchte mit dieser These erstens die *Reversibilität* zu einem zentralen Kriterium machen, an dem Verantwortung gemessen wird. Ich möchte zweitens den Grad der Reversibilität und der Wiedergutmachung zu den Kriterien machen, anhand derer bestimmt wird, ob und in welchem Maß eine Person verantwortlich gehandelt hat. Hinzugefügt sei, dass selbstverständlich jede Form unverantwortlichen Verhaltens zu unterbleiben hat. Ausgenommen von diesen Regeln sind jene Fälle, wo Rechtfertigungsgründe für die Handlung vorliegen.

2. Definition der Reversibilität

Reversibilität bedeutet, dass jener Zustand hergestellt werden kann, der ohne das schädigende Ereignis herrschen würde. Gemeint ist hier eine materielle oder psychische Wiederherstellung, also ein Versetzen des Geschädigten oder der beschädigten Sache in den *status sine damno*. Mit Reversibilität ist jedoch *nicht* gemeint, dass der Geschädigte in den Zustand zurückversetzt wird, in dem er sich vor dem Schaden befunden hatte.

Zur Definition der Reversibilität möchte ich an den juristischen Begriff des ›gewöhnlichen Laufs der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung‹ anknüpfen. Dieser Ausdruck beschreibt die Existenz von Mensch

und Ding als teilweise statisch und teilweise sich verändernd. In unserem Leben bleiben gewisse Dinge mehr oder weniger wie sie sind, andere verändern sich. Jeder von uns hat also eine Entwicklung vor sich, die aus Konstanten und Veränderungen zusammengesetzt ist. Der Schaden hat nun als Eigenschaft, dass er in diese Entwicklung eingreift und ihr eine andere Richtung gibt, als sie ohne ihn genommen hätte. Bildlich ausgedrückt wird die Bahn der Entwicklung abgelenkt oder gebrochen.

An diesem Punkt setzt das Kriterium der Reversibilität an. Reversibel ist ein Schaden nur dann, wenn der Lauf der Dinge, der durch das schädigende Ereignis gestört wurde, wieder auf die Bahn zurückgelenkt wird, die er ohne den Schaden nehmen würde.

Diese Bahn lässt sich natürlich nicht mit Sicherheit voraussagen. Deshalb behilft sich der Jurist bei Haftungsfragen mit einer hypothetischen Vorhersage über das, was in einem gegebenen Fall zu erwarten wäre. Dieses Vorgehen ist auch im Bereich der Verantwortung anzuwenden. In einem ersten Schritt ist die hypothetische Entwicklung abzuschätzen, die ohne das schädigende Ereignis wahrscheinlich eingetreten wäre; in einem zweiten sind die Maßnahmen für die Wiedergutmachung zu bestimmen; und drittens ist nach Ergreifen der Maßnahmen zu prüfen, ob diese zum verfolgten Ziel geführt haben. Das Ziel ist dann erreicht, wenn das Opfer in jene Situation versetzt ist, in der es sich hypothetischerweise ohne das schädigende Ereignis befinden würde. Im Grunde genommen geht es darum, dem Opfer die Perspektiven wiederzugeben, die es ohne den Schaden haben würde.

Wie lässt sich das Kriterium der Reversibilität rechtfertigen? Zwei Beobachtungen bewegen mich dazu, dieses Kriterium zu verwenden. Erstens gibt es tatsächlich Fälle, wo der Geschädigte seine ursprünglichen Perspektiven zurückerhält, während er in anderen Fällen an einem bleibenden Schaden leidet. Das ist objektiv ein sehr bedeutender (faktischer) Unterschied. Zweitens steht für den Geschädigten subjektiv das Maß der Wiedergutmachung im Vordergrund. Er legt vor allem darauf Wert, dass er in die Perspektiven eingesetzt wird, die er ohne den Schaden hätte. Es besteht für den Geschädigten ein sehr bedeutender materieller oder psychologischer Unterschied zwischen völliger, teilweiser oder gar keiner Gutmachung. Diese beiden Unterschiede rechtfertigen es die Reversibilität zu einem zentralen Kriterium der Verantwortung zu machen. Dazu kommt ein anderer Grund. Wenn wir von jemandem, der den angerichteten Schaden völlig gutgemacht hat, sagen, er habe verantwortungsvoll gehandelt, sollten wir dasselbe nicht auch von demjenigen sagen, der die Gutmachung nicht oder nur teilweise sicherstellt.

3. Bestimmung der Wiedergutmachung (These I [ii])

Der Einfachheit halber behandeln wir hier zuerst die These I [ii]. Diese setzt voraus, dass bereits ein Schaden entstanden ist. Es geht hier, wie wir soeben gesehen haben, um eine dynamische oder evolutive Reversibilität, das heißt, eine Reversibilität, bei der der ungestörte Lauf der Dinge wiederhergestellt wird. Das lässt sich an drei Fallgruppen darstellen. Dabei verwenden wir folgende Abkürzungen:

- x1 ist auf der Zeitskala der Moment des schädigenden Ereignisses
- x2 ist der Moment der Schadenersatzleistung
- y1 ist der Zustand der Sache/des Opfers vor dem Schaden
- y2 ist der hypothetische Zustand, in dem das Opfer oder die Sache sich im Zeitpunkt der Wiedergutmachung ohne die schädigende Handlung befinden würde
- y3 ist der effektive Zustand der Person oder Sache nach der Schadenszufügung
- z ist das vom Schädiger zu Verantwortende; im Haftungsrecht wäre hier von Schadenersatz die Rede

1. Fallgruppe: Beschädigung von Sachwerten

Verschiedene Hypothesen sind möglich:

(i) Der Wert der (unbeschädigten) Sache hat sich zwischen x1 und x2 nicht verändert:

$$y1 = y2$$

Dann muss der Schädiger folgendes verantworten: $z=y1-y3$

(ii) Der Wert der (unbeschädigten) Sache ist zwischen x1 und x2 gestiegen, zum Beispiel sind Zinsen angefallen:

$$y1 < y2$$

Der Schädiger hat $z=y2-y3$ zu verantworten.

(iii) Der Wert der (unbeschädigten) Sache ist zwischen x1 und x2 gefallen, zum Beispiel ist der Kurs gestürzt:

$$y1 > y2$$

In diesem Fall ist eine Ausnahme zu machen: Kursstürze werden im Prinzip nicht berücksichtigt. Es ist also die Vermutung aufzustellen, y_2 sei immer mindestens so groß wie y_1 : $y_1 \leq y_2$. Damit gilt für den Schädiger $z=y_1-y_3$, so wie wir das oben unter (i) gesehen haben.

Warum diese Vermutung? Es besteht immer die Möglichkeit, dass die betroffene Sache auch ohne den Schaden an Wert verloren hätte. Dieses Risiko sollte im Prinzip der Schädiger tragen, und zwar weil er unerlaubterweise in die Sphäre des Opfers eingegriffen hat. Es geht hier keineswegs um eine Strafmaßnahme, sondern lediglich um die Risikoverteilung. Die Römer hatten übrigens eine ähnliche Regel in der *lex Aquilia* festgeschrieben. In der Tat bedeutete das *plurimi* der Schadensberechnung im ersten Kapitel, dass Kursschwankungen zu Lasten des Schädigers gingen.²⁵⁶ Diese Vermutung kann der Schädiger nur durch einen formellen Beweis umstoßen, dass das betreffende Gut auch ohne das schädigende Ereignis bedeutend an Wert verloren hätte.

2. Fallgruppe: Körperliche und Gesundheitsschäden

Das Grundprinzip ist auch hier, dass das Opfer in jene Perspektive eingesetzt werden sollte, die es ohne den Schaden hatte. Dabei können sich bei Personenschäden spezifische Probleme stellen, die mit der körperlichen und psychischen Entwicklung verbunden sind. Vor allem bei Opfern, die an degenerativen Krankheiten leiden, ist selbst ohne ein äußeres schädigendes Ereignis die Wiederherstellung eines vorherigen besseren Zustandes oft unwahrscheinlich. Die Entwicklung der Krankheit lässt eher eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes befürchten. Bei schädigenden Ereignissen werden diese Perspektiven noch verdüstert. Es stellt sich dann die Frage, was mit Reversibilität gemeint sei. Auch hier geht es darum, das Opfer so nahe wie möglich an den gesundheitlichen Verlauf heranzuführen, der sich ohne das schädigende Ereignis vollzogen hätte. Der Schädiger hat also nicht den natürlichen Krankheitsverlauf zu verantworten, sondern nur die Verschlechterung, die er hinzugefügt hat. Im Unterschied zur Fallgruppe 1(iii), wo bei Beschädigung von Sachwerten, die an Wert verloren haben, die Regel $y_1 \leq y_2$ zur Anwendung kommt, gilt bei natürlicher Verschlechterung des Gesundheitszustandes die Regel $z=y_2-y_3$, so wie das auch unter Fallgruppe 1(ii) der Fall ist.

Dieselbe Regel gilt auch im umgekehrten Fall, wenn das Opfer vor dem schädigenden Ereignis auf dem Wege der Genesung war und diese

²⁵⁶ Gaius, Digesta 9.2.2pr.

nun durch den Schaden in Frage gestellt oder verlangsamt wird. Der Schädiger hat wiederum den Unterschied zwischen den beiden Verläufen der Genesung vor und nach dem schädigenden Ereignis zu verantworten. Dieser Fall nähert sich ebenfalls jenem von (oben) Fallgruppe 1(ii) an.

3. Fallgruppe: Ökologische Schäden

Ökologische Systeme verändern sich unentwegt. Schädigende Ereignisse können diese Veränderungen beeinflussen und in neue Bahnen lenken. Auch hier stellt sich die Frage, wie denn die Reversibilität zu fassen sei. Es ist oft schwierig eine klare Antwort zu geben. Meist liegt zwar auf der Hand, dass ein Schaden entstanden ist, ohne dass dieser aber genau bestimmt werden könnte. Das stellt bezüglich der Reversibilität große Probleme: erstens weil die ungestörte Entwicklung der Öko-Systeme kaum vorherzusagen ist; zweitens, weil die durch das schädigende Ereignis hervorgerufene Entwicklung schwer zu erfassen und selten vorauszusehen ist; drittens, weil demzufolge auch die zu ergreifenden Maßnahmen nur ungefähr bestimmt werden können und viertens weil es schwierig ist festzustellen, ob die Maßnahmen zum Ziel geführt haben.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Kriterium der Reversibilität nicht angewendet werden sollte, sondern nur, dass die Verantwortung des Schädigers weniger genau bestimmt werden kann. Auch hier sollte – in abgewandelter Form – die in der Fallgruppe 1 (iii) genannte Ausnahmeregelung gelten²⁵⁷ und die Ungenauigkeit der Reversibilitätsprognose zu Lasten des Schädigers gehen: Im Zusammenhang mit ökologischen Schäden wäre bei der Beurteilung, ob ein Schaden reversibel sei, einerseits auf eine optimistische Beurteilung der natürlichen und ungestörten Entwicklung des betroffenen Öko-Systems abzustellen und andererseits auf eine pessimistische Beurteilung der Entwicklung nach dem schädigenden Ereignis. Der Schädiger hätte den Unterschied zwischen den beiden Beurteilungen zu verantworten. Es würde also gelten $z=y_2-y_3$, wobei y_2 optimistisch und y_3 pessimistisch eingeschätzt werden müssten. Soweit zu den drei Fallgruppen.

Das Rad der Zeit soll also mit der Reversibilität nicht zurück- sondern so vorangedreht werden, als hätte das schädigende Ereignis gar nie stattgefunden. Verantwortlich handelt daher, wer im Schadensfalle den Schaden derart gutmacht, als ob dieser sich gar nie ereignet hätte.

²⁵⁷ Siehe *supra* die Regel $y_1 \leq y_2$.

4. Reversibilität und der Faktor Zeit: Die Dauer des Schadens

Reversibilität ist direkt verknüpft mit der Zeit. Es stellt sich nämlich die Frage, welcher Zeitrahmen für die Wiederherstellung zur Verfügung steht, damit ein Schaden als reversibel gelten kann. Das heißt, in welchem Zeitraum ist der Zustand zu erreichen, der ohne den Schaden bestanden hätte? In vielen Fällen wird dies unmittelbar möglich sein. Wer ein Industriegut zerstört, kann dem Geschädigten meist sofort einen Ersatz liefern. Handelt es sich um natürliche Früchte, ist der Zeitraum vor allem bei periodischen Früchten oft länger; bei Schäden an Pflanzen zum Beispiel kann er sich auch auf mittlere Fristen erstrecken. Langzeitwirkungen schließlich haben oft Umweltschäden, die ein Menschleben um ein Mehr- bis Vielfaches übersteigen können. Dies ist zum Beispiel bei Verseuchungen durch chemische oder radioaktive Substanzen der Fall; bei Klimaschäden sind die Zeiträume kaum abzuschätzen.

Angesichts dieser verschiedenen Fristen müssen wir für die Reversibilität einen akzeptablen Zeitraum abstecken. Den Ausgangspunkt bildet dabei die Perspektive des Geschädigten. Welche Frist kann ihm zugemutet werden? Selbstverständlich soll sie so kurz sein wie möglich. Aber wie lange darf sie höchstens dauern? Man wäre versucht zu sagen, innerhalb einer Frist, in der der Geschädigte in jedem Fall die Gutmachung selber noch erlebt. Das ist natürlich wünschenswert, hätte aber namentlich zur Folge, dass bei älteren Opfern die Frist kurz, bei jüngeren jedoch bedeutend länger sein dürfte. Man könnte auch an eine feste Frist denken, je nach dem Schaden, der angerichtet wurde. Hier wiederum entstünde das Problem, dass für jede Art von Schaden eine eigene Frist festgesetzt werden müsste. Dies würde zu einer Unzahl von Fristen führen.

Ich glaube, dass solche Fristen kaum mit einer starren Regel festzulegen sind. Ich würde daher eine bewegliche Regel vorziehen, bei der wenn nötig wiederum mehrere Elemente gleichzeitig berücksichtigt werden. Eines der Kriterien zur Festlegung der Frist sollte namentlich die Schwere des Schadens sein: Je schwerer die Schädigung einer Person oder Sache und/oder je schwerwiegender der Eingriff in das Leben des Geschädigten oder in das betroffene Gut, desto kürzer müsste die Frist für die Herstellung des schadensfreien Zustandes sein. Bei einer leichten und heilbaren Körperverletzung dürfte die Frist für die Reversibilität also länger sein als bei einer schweren und heilbaren Körperverletzung. Diese Regel mag zwar paradox anmuten. In Wirklichkeit führt sie aber zum gewünschten Ergebnis, dass Verantwortung nur getragen werden kann für möglichst kurze und vorübergehende Eingriffe in das Leben einer Person oder in ein Gut.

5. Schäden mit psychischen Auswirkungen auf das Opfer

Die Beurteilung der Reversibilität ist so weit als möglich auf objektive Kriterien abgestützt. Kann zum Beispiel ein Gegenstand wiederhergestellt oder ersetzt, eine Verletzung ausgeheilt werden usw.? Das bedeutet allerdings nicht, dass überhaupt keine subjektiven Kriterien einbezogen werden können.

Nehmen wir zum Beispiel Personenschäden. Was bedeutet etwa die Versetzung in den *status sine damnum* bei psychischen Schäden? Gibt es überhaupt eine derartige Wiedereinsetzung in eine Perspektive? Wie könnte gegebenenfalls die Wiedergutmachung oder deren Grad gemessen werden?

Es scheint gewiss, dass hier die Kriterien nur subjektiv sein können: Nur der Betroffene selber kann über sein psychisches Befinden Auskunft geben und seinen Zustand *ex ante* mit jenem *ex post* vergleichen. Außenstehende müssen sich dabei mit der Bewertung äußerer Anzeichen zufriedengeben, die oft nur vage Anhaltspunkte für die psychische Verfassung des Opfers liefern.

Als Maßstab für die Bewertung der Verantwortung dient dem Geschädigten namentlich der Grad des Wohl- oder Unwohlbefindens. Fühlt sich das Opfer nachher etwa so wie vorher, findet es sich im Alltagsleben ungefähr so zurecht wie vorher, kann von einer Art Wiedergutmachung gesprochen werden. Von Reversibilität kann dann die Rede sein, wenn das Opfer jene psychologische Perspektive erlangt, in der es ohne den Schaden leben würde.

6. Reversibilität und Geld: Das Prinzip des Naturalersatzes

Es ist hier auf einen wesentlichen Unterschied zwischen Haftung und Verantwortung hinzuweisen. Meistens erlaubt das Haftungsrecht, dass der Schadenersatz auch in Geldform geleistet werden kann. Verantwortung hingegen ist direkt mit der Reversibilität verbunden und setzt in der Regel Real- oder Naturalersatz voraus.

Entschädigung durch Geld versetzt den Geschädigten oft nicht in den *status sine damno*, sondern belässt den Schaden, wie er ist. Sie stellt dem Geschädigten einen Geldbetrag zur Verfügung und hilft über die entstandenen materiellen Schwierigkeiten hinweg. Oder sie spendet Trost für Unbill. Reversibilität hingegen setzt voraus, dass der Schaden *in natura* wieder gutgemacht werden kann, das heißt, dass der Geschädigte in den Zustand versetzt wird, in dem er sich ohne den Schaden befinden würde.

Warum sollen Reversibilität und Naturalersatz als Kriterium genommen werden und warum nicht Schadenersatz in Geldform? Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe. Erstens ist Naturalersatz (der die Reversibilität des Schadens voraussetzt) die einzige vollkommene Form der Wiedergutmachung. Geld ist nur ein Ersatz, der den Zustand nicht wiederherstellt, der ohne den Schaden herrschen würde.

Zweitens gibt es Schäden, die mit Geld auch nicht annähernd wieder gutgemacht werden können. Wer seine Gesundheit verliert, kann sich mit Geld sein Wohlbefinden nicht zurückkaufen; Schäden an der Umwelt wie zum Beispiel die Verseuchung von Erde, Wasser oder Luft, die die Betroffenen äußersten Belastungen aussetzen können oder der angekündigte Klimawechsel, der vielleicht erhebliche Teile bewohnten Landes unter Wasser setzt und ganze Bevölkerungen vertreiben wird, können mit Geld nicht aufgewogen werden. Deshalb eignet sich Schadenersatz in Geldform nicht als Kriterium, um eine Handlung unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung zu beurteilen.

Man könnte aber auch noch an einen dritten, eher psychologischen Grund denken. Hat er einmal Schadenersatz in Geldform geleistet, kann der Schädiger den Eindruck gewinnen, der Schaden sei nun gutgemacht. Er vergisst aber in vielen Fällen, dass er in Wirklichkeit sein Opfer dauerhaft in eine schwierige Situation gebracht hat. Schadenersatz in Geldform kann also in der Vorstellung des Geschädigten Wiedergutmachung vortäuschen. Bei Schäden, die bereits angerichtet sind, ist dies möglicherweise eine oft begrüßenswerte Hilfe für den Schädiger selbst, über seine Tat hinwegzukommen. Bei der Abschätzung möglicher zukünftiger Schäden jedoch kann diese Täuschung verheerend sein. Sie kann nämlich zu zynischen Berechnungen führen. Wer eine Handlung ins Auge fasst, die vielleicht Schaden anrichten wird, kann versucht sein, die möglichen Schadenersatzkosten gegen die Gewinne aufzurechnen, die bei Gelingen der Handlung locken. Schadenersatz in Geldform kann also zu gefährlichem Handeln geradezu ermuntern.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass Schadenersatz in Geldform in allen Fällen ausgeschlossen sei. Wenn das Opfer selbst Geld anstatt Naturalersatz fordert, ist dagegen nichts einzuwenden. Auch Restschäden, wie zum Beispiel Verlust an Zeit, um einen Schadensfall zu regeln etc., können mit Geldzahlung abgeglichen werden.

7. Verantwortung für zukünftige Schäden (These I [i])

These I (i) besagt, dass Verantwortung nicht völlig wahrnehmen *kann*, wer nicht in der Lage ist, einen Schaden völlig gutzumachen. Das bedeutet, dass bereits derjenige unverantwortlich handelt, welcher einen Schaden bloß *möglich macht*, den er nicht gutmachen könnte. Es wird also nicht vorausgesetzt, dass ein Schaden bereits entstanden ist oder sich in der Zukunft einstellen wird. Wie ist das zu rechtfertigen?

Das hängt mit der Art zusammen, wie es zu Handlungen kommt und mit dem Wesen der Verantwortung, das daraus folgt. Chronologisch gesehen kommt zuerst die Entscheidung zur Handlung, zweitens die Handlung und drittens deren Folgen. Während das Haftungsrecht im Prinzip erst zur Anwendung kommt, wenn sich ein Schaden eingestellt hat,²⁵⁸ setzt die Verantwortung bereits bei der Entscheidungsfindung ein. Und zwar deshalb, weil sie die Frage mit einbezieht: Was darf ich tun? und Regeln zur Art und Weise aufstellt, wie und nach welchen Kriterien der Einzelne seine Handlungen bestimmen soll. Daraus folgt, dass bereits unverantwortlich handeln kann, wer die Regeln zur Entscheidungsfindung nicht beachtet.

Es gibt aber noch einen weiteren wichtigen Grund, nicht nur bereits entstandenen Schaden zu berücksichtigen. Um Verantwortung sinnvoll zu gestalten, sollten nicht nur die Vergangenheit und die Gegenwart, sondern auch die Zukunft in die Überlegungen einbezogen werden. Die oben erwähnte Frage: Was darf ich tun? drückt dies besonders klar aus. Eine der wesentlichen Eigenschaften der Verantwortung ist es einen Zusammenhang zur Zukunft herzustellen, denn nur so kann eine Gesellschaft sich in geordneten Bahnen entwickeln. Es ist daher besonders wichtig, dass eine Handlung nicht nur an ihren bereits eingetretenen, sondern schon an den in der Zukunft sicher oder möglicherweise eintretenden Folgen gemessen wird.

Übrigens ist diese Betrachtungsweise nicht nur im Bereich der Verantwortung vorzufinden. Auch im Haftungsrecht berücksichtigt der Richter, ob der Schädiger seine Handlung sorgfältig genug abgewogen oder leichtfertig gehandelt habe. Hat es an den nötigen Vorabklärungen gefehlt, gereicht das dem Schädiger zum Verschuldensvorwurf. (Allerdings sei hier daran erinnert, dass im vorliegenden Modell das Reversibilitätskriterium faktisch-objektiv und verschuldensunabhängig ist; das

²⁵⁸ Im modernen Haftungsrecht kann dabei zum Beispiel als Schaden auch die bloße Tatsache gelten, dass jemand einer Gefahr ausgesetzt wird. Dazu siehe dazu *infra* VI.A.4.e, 114 f.

Verschulden bildet ein von der Reversibilität unabhängiges, subjektives Kriterium²⁵⁹).

8. Verantwortung für kommende Generationen (These I [i])

Man kann sich fragen, ob die Verantwortung des Handelnden sich auch auf zukünftige Generationen erstreckt. In diesem Zusammenhang stellt sich namentlich das Problem, ob man denn Verantwortung haben könne gegenüber jemandem, den es noch nicht einmal gibt oder vielleicht nie geben wird und der also rein hypothetisch in Zukunft existieren wird.

Diese Frage wirft schwierige Probleme auf: erstens ganz prinzipiell, ob Verantwortung gegenüber noch nicht existierenden Personen überhaupt eingeführt werden sollte. Zweitens ist zu fragen, welchen Bedeutungsinhalt denn eine solche Verantwortung hätte. Denn wenn es Verantwortung für zukünftige Generationen gibt, heißt dies, dass alle kommenden Generationen einbezogen werden müssen. Das ist natürlich so abstrakt, dass man sich füglich fragen kann, ob so einer Verantwortung überhaupt ein Sinn beigelegt werden könne.

Zur prinzipiellen Frage kann uns die bestehende Rechtsordnung einen Hinweis geben. Seit dem römischen Recht sind die Interessen des *nasciturus* – des gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes – geschützt. Diese Regel wurde aufgestellt, obschon es wegen massiver Kindersterblichkeit immer äußerst ungewiss war, ob ein Kind denn auch lebend geboren werde. *Per analogiam* wäre daher die Tatsache, dass bei zukünftigen Generationen Interessen von noch nicht konkret existierenden Personen geschützt werden, kein guter Grund, um Verantwortung ihnen gegenüber abzulehnen. Die allgemeine Lebenserfahrung lehrt uns zudem, dass es mit höchster Wahrscheinlichkeit zukünftige Generationen geben wird. Das genügt prinzipiell, um eine Verantwortung diesen gegenüber zu befürworten.

Damit bleibt aber die Frage, welchen Inhalt eine solche Verantwortung haben könnte? Hier gibt es wohl nur eine sehr allgemeine Antwort. Eine lange und reiche Erfahrung lehrt uns, was der Mensch braucht und worauf er für das Leben angewiesen ist. Diese Lebensgrundlagen sollten vom Menschen nicht verschlechtert und für die kommenden Generationen sogar verbessert werden.

Ich glaube zudem nicht, dass eine Generation das Recht hätte, das Ende der Menschheit zu beschließen, ohne dass jeder Einzelne – auch

²⁵⁹ Dazu siehe *infra* V.B, 102 ff.

jeder *nasciturus* – dazu sein Einverständnis gegeben hätte. Und zwar deshalb, weil eine solche Entscheidung für jeden Einzelnen so einschneidend wäre, dass sie ohne seine Zustimmung nicht getroffen werden könnte. Solange ein solcher Beschluss aber nicht vorliegt, tragen wir die Verantwortung dafür, dass die Lebensbedingungen zukünftiger Generationen gesichert sind. Das bedeutet, dass wir nur Entscheidungen treffen können, deren allfällige schädigende Folgen reversibel sind. Und tritt tatsächlich ein Schaden auf, sind wir gehalten, ihn aus der Welt zu schaffen.

9. Rechtfertigungsgründe des Schädigers (*These I [iii]*)

These I (iii) besagt, dass der Schädiger Einreden geltend machen kann. Dabei ist in erster Linie an Notwehr zu denken. Wer den Angriff eines Anderen abwehrt und diesem dabei einen Schaden zufügt, kann selbstverständlich sein Recht auf Selbstverteidigung anführen. Andere Fälle sind denkbar zum Beispiel bei schädigenden Handlungen, bei denen Zufall oder höhere Gewalt das Geschehen beeinflusst hatte. Allerdings sind diese Fälle mit größter Zurückhaltung zu behandeln, weil Zufall und höhere Gewalt nach dem ›gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung‹ regelmäßig auftreten und deshalb immer bereits vor dem Handeln, das heißt, bei der Abklärung der möglichen Folgen berücksichtigt werden müssen. Auch bei risikobehafteten Handlungen sind Einreden nur sehr selten anzuerkennen, weil der Handelnde damit rechnen muss, dass unbekannte oder unvorhersehbare Schäden eintreten können.

Das Kriterium der Reversibilität, könnte man einwenden, sei zu starr. Es gebe nämlich Fälle, wo ein Unternehmen zwar irreversiblen Schaden anrichte, daraus aber Vorteile entstünden, die den Schaden bei weitem aufwägen würden. Der Schädiger könnte also den angerichteten Schaden mit den Vorteilen rechtfertigen, die dabei auch entstünden. Dieses Argument ist natürlich sehr verführerisch. Das Französische hat dazu sogar das beliebte Sprichwort geprägt: *On ne fait pas d'omelette sans casser des œufs*. In unserem Zusammenhang ist das aber ein trojanisches Pferd. Gerade große, vor allem industrielle Unternehmen unterstreichen immer wieder, ihre Tätigkeit verursache zwar einen gewissen Schaden, der aber bei weitem durch die Vorteile aufgewogen würde, die dabei entstünden. Sie vergessen aber hinzuzufügen, dass vielfach die Vor- und Nachteile sehr ungerecht verteilt sind: Die einen haben den (oft irreversiblen) Schaden – zum Beispiel an Orten, wo Rohstoffe abgebaut werden – und die Anderen den Vorteil – zum Beispiel diejenigen, die das Endprodukt verbrauchen.

Es lassen sich aber vereinzelte Fälle denken, wo ein Schaden verantwortet werden kann, weil er von Vorteilen begleitet ist. Nehmen wir an, dass ein Verhalten oder eine Handlungsweise einer Gesellschaft große Vorteile aber auch kleine, irreversible Schäden bringt. Nehmen wir zudem an, dass der Vorteil auch jenen zugute kommt, die Schaden erleiden. In diesem Fall könnte man eine Interessenabwägung vornehmen. Wenn sowohl für die Gesellschaft im Gesamten, also auch für jeden Einzelnen der Vorteil den Schaden bei weitem übertrifft, wäre nicht auszuschließen, dass die Gesellschaft trotz des angerichteten irreversiblen Schadens verantwortlich gehandelt hätte. Allerdings wären bei der Entscheidungsfindung die zu erwartenden Vorteile und die Schäden pessimistisch zu beurteilen. Das heißt, man müsste die Vorteile sehr zurückhaltend voranschlagen, während die Nachteile sehr überhöht geschätzt werden müssten. Diese Vorsicht ist deshalb geboten, weil die Handlungsfolgen sicher ungleichmäßig verteilt wären: Ein Teil der Gesellschaft hätte die Vorteile, ein anderer Teil jedoch Vor- und Nachteile. Zudem wäre jener Teil der Gesellschaft, der in den Genuss der Vorteile kommen würde, der Versuchung ausgesetzt, im eigenen Interesse die zu erwartenden Nachteile herabzuspielen. Diese Art von Ausnahmen wäre daher mit allergrößter Zurückhaltung zu behandeln.

Man kann sich nun die Frage stellen, wie das denn bei zukünftigen Generationen stehen würde? Darf eine vorhergehende Generation Entscheidungen treffen, die in der Zukunft irreversible Schäden anrichten, aber auch Vorteile bringen würden? Hier entsteht ein schwieriges Problem, weil im Unterschied zum vorherigen Beispiel künftige Generationen keine Zustimmung zum Schaden geben können. Wir wären also auf hypothetische Überlegungen bezüglich einer solchen (zukünftigen) Zustimmung angewiesen. Wir müssten nämlich voraussagen, was zukünftige Generationen vernünftigerweise entscheiden würden. Das ist eine kaum lösbare Frage, weil wir über die Zukunft nur sehr wenig wissen und stellvertretend wohl kaum kompetente Urteile fällen können. Auch hier wäre eine Interessenabwägung nur dann zulässig, wenn die Vorteile die Nachteile bei weitem überträfen und der Schaden für jedes einzelne Opfer nur klein und der Vorteil groß wären.

Juristen wären vielleicht versucht in Begriffen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu denken, wo ein Dritter in Abwesenheit der betroffenen Person an deren Stelle Entscheidungen trifft. Der Vergleich passt allerdings insofern nicht, als derjenige, der die Entscheidung trifft, dafür in unseren Gesetzgebungen einer sehr harten Haftung unterworfen ist. Diese Sicherung würde in unserem Fall dahinfallen. Aber auch in an-

derer Hinsicht wäre die Geschäftsführung als Vergleich kaum tauglich. Sie setzt nämlich voraus, dass der Geschäftsführende im Interesse des Geschäftsherrn handelt. Wie aber können wir die Interessen zukünftiger Generationen kompetent beurteilen, vor allem wenn es sich um eine ferne Zukunft handelt?

Auch im Rahmen der Schadensminderungspflicht ist denkbar, dass Vor- und Nachteile einer schädigenden Handlung gegeneinander abgewogen werden. Wenn feststeht, dass ein irreversibler Schaden droht und dieser nur durch einen anderen kleineren irreversiblen Schaden gemindert werden kann, ist eine gegenwärtige Generation gehalten, die notwendigen Maßnahmen zur zukünftigen Schadensminderung zu ergreifen.

B. Beurteilung der Handlung: Das Kriterium des Verschuldens

1. These II

Neben Reversibilität und Gutmachung sollte in gewissen Fällen auch das übrige Verhalten des Schädigers ein Kriterium für die Verantwortung sein. Ich möchte dazu folgende zweiteilige These aufstellen:

(i) Wer in der Absicht handelt Schaden zuzufügen und dabei gegen eine Norm verstößt, handelt immer unverantwortlich, unabhängig vom Schaden und dem Grade der Wiedergutmachung.

(ii) Wer Schaden schuldhaft möglich macht oder zufügt, handelt unverantwortlich, und zwar proportional zur Schwere des Verschuldens.

These II (i) betrifft den sogenannten *dolus* oder dolosives Handeln. Sie behauptet, dass absichtliche, gegen eine Norm verstoßende Schadenszufügung immer unverantwortlich ist, und zwar unabhängig von Schaden, Reversibilität und Gutmachung. Dieser römischrechtliche Grundsatz ist deshalb gerechtfertigt, weil gewollte Schadenszufügung nicht nur den juristischen Grundsatz des *neminem laedere* verletzt, sondern auch weil sie auf einer viel fundamentaleren Ebene einen besonders schweren Verstoß gegen allgemeine ethische Regeln darstellt, ohne die menschliches Zusammenleben nicht möglich wäre.

These II (ii) handelt vom Verschulden. Man kann sich die Frage stellen, warum bei der Beurteilung der Verantwortung auch das Verschulden berücksichtigt werden solle. Dies lässt sich aus dem Umstand begründen, dass (i) dolosives Verhalten unverantwortlich ist und (ii) Verschulden im Grunde genommen in dieselbe Kategorie gehört wie der *dolus*; damit ist

es gerechtfertigt, bei Verantwortungsfragen auch das Verschulden einzubeziehen. Diese zwei Begriffe gehören in der Tat derselben Kategorie an, weil beide Verstöße gegen Regeln sind, die der Schädiger hätte beachten können und müssen. Sie unterscheiden sich im Wesentlichen nur in ihrer Intensität; beim ersten ist der Schaden gewollt, während er beim zweiten bloß durch Unachtsamkeit unterlaufen ist.

Es gibt aber noch einen anderen, entscheidenden Grund, das Verschulden in die Bewertung der Verantwortung einzubeziehen. Ich möchte das an vier Beispielen zeigen:

Beispiel 1: A schädigt C und läuft weg; C wird von Dritten versorgt.

Beispiel 2: B schädigt C und versorgt ihn auf der Stelle.

In beiden Beispielen erfährt C *völlige* Gutmachung.

Kann gesagt werden, dass A und B in gleichem Maß *verantwortlich* gehandelt haben? Wenn nur das Kriterium der Reversibilität verwandt, wenn also nur der Grad der Gutmachung berücksichtigt würde, wären die beiden Verhalten auf dieselbe Weise zu bewerten: A und B hätten *verantwortlich* gehandelt.

Das überzeugt aber nicht. A hat durch sein Weglaufen den C der Gefahr ausgesetzt keine oder eine unvollständige Gutmachung zu bekommen. Er hat nur dem Zufall zu verdanken, dass sein Opfer versorgt wurde. Demgegenüber hat B das notwendige unternommen, um einen bleibenden Schaden abzuwenden. Auch rein intuitiv würden wohl viele von uns ablehnen, das Verhalten von A und B auf dieselbe Weise zu bewerten. Würde das Verschulden nicht in die Beurteilung der Verantwortung einbezogen, könnten wichtige Umstände rund um den Schadensfall nicht erfasst werden.

Die Beispiele 1 und 2 decken aber nur einen Teil der für uns relevanten Fälle ab. Es geht deshalb darum, in zwei weiteren, leicht abgeänderten Beispielen auch andere Fälle zu erfassen.

Beispiel 3: wie Beispiel 1; allerdings erfährt C *keinerlei* Gutmachung

Beispiel 4: wie Beispiel 2; allerdings erfährt C *keinerlei* Gutmachung

An Stelle völliger Gutmachung der Beispiele 1 und 2 tritt hier also ein irreversibler Schaden für C. Beispiel 4 interessiert uns, weil B sich umsonst um C gekümmert hat. Die Frage lautet wiederum: Kann gesagt werden, dass A und B in gleichem Maß *unverantwortlich* gehandelt haben? (In den Beispielen 1 und 2 hingegen war die Frage, ob sie in gleicher Weise

verantwortlich gehandelt haben). Sicher nicht, weil sie zwei grundverschiedene Handlungsarten gewählt haben. Auch intuitiv würden wir wohl sagen, die beiden Verhaltensweisen seien nicht auf dieselbe Stufe zu stellen, obschon das Resultat für C in beiden Fällen dasselbe ist.

Die weitere Frage ist sodann, ob dieser Unterschied es rechtfertige Verschulden in die Überlegungen zur Verantwortung einzubeziehen? Das Verhalten des A, das Verlassen eines Opfers, wird zweifellos ganz allgemein als besonders verwerflich eingestuft, und dies selbst wenn der Schädiger seinem Opfer keine nützliche Hilfe leisten kann. Es erscheint also als gerechtfertigt dem Verhalten des Schädigers bei der Beurteilung der Verantwortung Rechnung zu tragen, weil das Verhalten des A offenbar an Grundwerte unserer Gesellschaft rührt.

Es stellt sich natürlich die Frage, was denn mit Verschulden in diesem Fall gemeint sei. Darauf kommen wir eingehender unter VI. B. 2 und 3 (125–130) zurück. Es sei hier daher nur kurz auf den Juriskonsulten Mucius verwiesen. Dieser hatte, wie wir gesehen haben, gegen Ende des 3. Jahrhunderts a.C. eine Definition des Verschuldens vorgeschlagen, die auch heute noch in vielen Rechtsordnungen angewandt wird.²⁶⁰ Er meinte, schuldhaft verhalte sich, wer nicht voraussehe, was eine gewissenhafte Person (*diligens*) vorausgesehen hätte oder zu spät vor einer Gefahr warne. Diese Definition kann auch hier verwendet werden. Verschulden lässt sich sodann unterteilen in verschiedene Stufen.

Noch folgende allgemeine Bemerkung zu These II (ii): Diese besagt, dass nicht nur derjenige unverantwortlich handelt, der Schaden zufügt, sondern bereits jener, der ihn schuldhaft möglich macht. Das mag auf den ersten Blick erstaunen, da ja gar kein Schaden entstanden ist. Die Rechtfertigung liegt darin, dass These II das Verhalten des Handelnden zum Gegenstand hat. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass ein Verhalten als solches unverantwortlich ist. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn an und für sich ein Schaden sehr wahrscheinlich war, aber nur zufällig oder aus glücklichen Umständen niemand geschädigt wurde. Wer auf einer belebten Straße im Freudentaumel um sich schießt, handelt unverantwortlich, ob er nun jemanden verletze oder nicht.

²⁶⁰ Digesta 9.2.31; siehe *supra* Fn. 205.

2. Verhältnis zwischen These I und II

Es stellt sich nun die Frage, wie das Verhältnis zwischen These I und II zu denken ist. These I bezieht sich wie gesagt auf die Wiedergutmachung. Es werden dabei zwei Kriterien berücksichtigt, nämlich unter (i) die Fähigkeit zur Gutmachung und unter (ii) die tatsächliche Gutmachung. (i) setzt also nicht unbedingt einen Schaden voraus, sondern greift bereits vor dem schädigenden Ereignis. Unverantwortlich handelt demnach, wer sich so verhält, dass in Zukunft ein Schaden entstehen kann, den er wieder gutzumachen nicht im Stande wäre. (ii) hingegen ist nur dann anzuwenden, wenn ein Schaden bereits entstanden ist.

These II bezieht sich auf das Verhalten des Schädigers und beurteilt dieses unter den Gesichtspunkten von *dolus* und Verschulden. *Dolus* liegt vor, wenn der Handelnde einen Schaden zuzufügen beabsichtigte, Verschulden hingegen, wenn ein mehr oder weniger unkümmertes Verhalten Schaden stiften kann oder tatsächlich stiftet. These II hat mit These I (i) gemeinsam, dass sie keinen bereits entstandenen Schaden voraussetzt.

Wer gegen eine der in These I oder II enthaltenen Regeln verstößt, handelt unverantwortlich. Umgekehrt handelt nur verantwortlich, wer alle Anforderungen der beiden Thesen erfüllt.

Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn A alle Vorsichtsmaßnahmen trifft (und also ohne Verschulden handelt), dennoch unter Verletzung einer Norm einen Schaden verursacht, es ihm aber gelingt, den Schaden völlig gutzumachen und das Opfer in jene Lage zu versetzen, in der es sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

Je mehr Regeln verletzt werden und je schwerer die Verletzungen sind, desto unverantwortlicher ist das gesamte Verhalten. Mit anderen Worten fällt das ethische oder moralische Urteil bezüglich der Verantwortung umso schwerer aus, je zahlreicher und gewichtiger die Verstöße gegen die Thesen I oder II sind. So wird A in Beispiel 3 (*supra*) ein größerer Verstoß gegen die Regeln der Verantwortung zu Lasten gelegt als in Beispiel 1; zwar hat er in beiden Fällen gleich gehandelt, aber in Beispiel 3 wurde der Schaden nicht gutgemacht. Mit anderen Worten sind die Regelverletzungen der Thesen I und II in der Beurteilung der Verantwortung kumulativ. Es drängt sich nun die Frage auf, wie der Grad der Verantwortung bestimmt wird.

3. *Grade der Verantwortung*

Bis jetzt wurde nur postuliert, Verantwortung sei in Grade zu unterteilen. Es ist daher zu zeigen, dass dies überhaupt möglich und sinnvoll ist. Im allgemeinen Sprachgebrauch könnte jemand zum Beispiel sagen: »X ist im höchsten Maße verantwortlich«, oder »Er trägt die größte Verantwortung«. »Im höchsten Maße« und »größte Verantwortung« setzen eine Abstufung der Verantwortung voraus. Man kann aus den Sätzen zum Beispiel ableiten, dass eine andere Person weniger Verantwortung zu tragen habe. Oder man könnte sie in dem Sinn verstehen, dass X auch hätte weniger verantwortlich handeln können. Es lassen sich also offensichtlich sinnvolle Ausdrucksformen denken, in denen Verantwortung abgestuft wird.

Auch im Haftungsrecht wird zwischen Stufen der Haftung unterschieden, zum Beispiel bei Mittäterschaft. Wenn mehrere Täter gemeinsam einen Schaden verursachen, sind sie oft zu verschiedenen Graden an der Handlung beteiligt. A hat B angestiftet, B hat C angeheuert und alle Vorbereitungen getroffen; an der Ausführung war D zwar nicht direkt beteiligt, hat aber vor dem Tatort Wache gestanden; die schweren Körperverletzungen hat C entgegen den Abmachungen mit A, B und D zugefügt. In solchen Fällen hat der Richter namentlich die Schwere der einzelnen Beiträge zum Schaden zu bestimmen, um das Strafmaß oder den Anteil jedes Einzelnen an der Wiedergutmachung festzulegen. Insofern kann man also sagen, dass der Richter zwischen Graden der Haftung unterscheidet.

Wie ist eine solche Graduierung zu verstehen? Die Grade der Verantwortung können auf einer kontinuierlich steigenden Linie dargestellt werden, die vom Punkt tiefster Verantwortung (oder höchster Unverantwortung) kontinuierlich zum Punkt höchster Verantwortung ansteigt. Der Punkt höchster Verantwortung ist dann erreicht, wenn der Schaden reversibel ist, völlig gutgemacht wird und der Schädiger sich kein Verschulden hat zukommen lassen; ein sehr tiefer Punkt der Verantwortung dann, wenn der Schädiger dolosiv einen schweren Schaden zugefügt hat und keinerlei Schadenersatz leistet. Dazwischen sind verschiedenste Grade der Verantwortung möglich.

Bezüglich der Reversibilität entsprechen im Schadensfall die Grade der Verantwortung den Graden der Entschädigung. Es besteht natürlich ein erheblicher Unterschied zwischen jenem, der dem Geschädigten keinerlei Linderung verschafft, demjenigen, der einen teilweise irreversiblen Schaden immerhin mindert und jenem, der den Schaden völlig gutmacht. Man

könnte sagen, der Erste habe sich völlig verantwortungslos verhalten, der Zweite teilweise und der Dritte nehme seine Verantwortung völlig war. Damit ist der Grad der Wiedergutmachung eines der Kriterien um den Grad der Verantwortung zu bestimmen. Hätte zwar ein Schaden entstehen können, der aber schließlich nicht eingetreten ist (These I [i]), wird die Verantwortung an der Möglichkeit gemessen den Schaden gutzumachen. Für These I [i] und [ii] gilt: Je höher der Grad der Wiedergutmachung, desto verantwortlicher hat sich der (potentielle) Schädiger verhalten. Ferner sind natürlich auch Kriterien wie die Dauer oder Schwere des Schadens, aber auch die Anzahl der Betroffenen zu berücksichtigen, um den Grad der Verantwortung bestimmen zu können.²⁶¹

Hinsichtlich des Verschuldens entspricht der Grad der Verantwortung jenem des Verstoßes gegen das vom Handelnden erwartete Verhalten. Der schwerste Verstoß ist die absichtliche Zufügung von Schaden, der leichteste ein kleines Versehen.

Wir werden im weiteren Laufe der Untersuchung sehen, dass auch andere Faktoren eine Rolle spielen, um den Grad der Verantwortung zu bestimmen.

²⁶¹ Man kann sich fragen, wie denn die Verantwortung bei Mittäterschaft beurteilt wird. Im Prinzip muss jeder den Schaden gutmachen, den er angerichtet hat. Hat jeder der Täter den gesamten Schaden angerichtet, muss ihn im Prinzip jeder gutmachen oder sich mindestens anteilmäßig an der Gutmachung beteiligen.

Kapitel VI

Anwendung der zwei Thesen

In der Folge soll es darum gehen, die beiden Thesen näher auszuführen und ihre Anwendung im Zusammenhang mit der Verantwortung zu zeigen.

A. These I

Die erste These hat, wie wir gesehen haben, die Reversibilität zum Gegenstand. Sie bezieht sich auf ein faktisches Kriterium: Der Schaden ist reversibel oder er ist es nicht. Verantwortung wird also an einem faktischen Kriterium gemessen: (i) Der Geschädigte oder die beschädigte Sache kann in den *status sine damno* versetzt werden oder nicht; (ii) der Schädiger versetzt sein Opfer tatsächlich in den *status sine damno* oder er tut dies nicht. Wir stehen damit vor folgendem zentralem Problem: Nach welchen Kriterien ist zu beurteilen, ob ein Schaden reversibel sei? Ich möchte wie bereits angesprochen für ein flexibles Modell eintreten, das mehrere Elemente zu berücksichtigen erlaubt. Im Folgenden werden einige dieser Elemente noch etwas näher untersucht.

1. Vergangene und zukünftige Handlungen

In der These I sind grundsätzlich zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: (a) die schädigende Handlung wurde bereits oder wird gerade begangen (These I [ii]); (b) die Handlung liegt in der Zukunft und kann also noch verhindert werden (These I [i]).

a. Wenn die Handlung bereits vollzogen ist, kann ein definitives Urteil, ob ein Schaden reversibel und ob eine Handlung verantwortet worden seien, erst am Ende des gesamten Vorganges gefällt werden. Und zwar erst dann, wenn feststeht, ob nach dem bereits entstandenen Schaden das Opfer in jenen Zustand versetzt worden sei, in dem es sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde. Dieses Urteil fällt nur *ex post*. Wie wir bereits gesehen haben, ist bei dieser Bewertung die Reversibili-

tät das Kriterium, wobei zudem der Faktor Zeit eine zentrale Rolle spielt.²⁶²

b. Bei noch nicht vollzogenen Handlungen hingegen gilt es abzuschätzen, ob ein zukünftiger Schaden reversibel wäre. Diese Einschätzung findet naturgemäß *ex ante* statt. Sie soll auf die Frage antworten: Darf ich diese Handlung begehen oder nicht? Im Grunde genommen geht es dabei um die Prognose, ob ich im Schadensfall die Verantwortung übernehmen könne. Die Entscheidung, ob eine Handlung ausgeführt werde, soll so gefällt werde, dass in der Zukunft gar kein oder mindestens kein irreversibler Schaden entstehen wird. Solche Entscheide sind oft mit Ungewissheit behaftet, weil die Entwicklung, die nach der Handlung einsetzt, nicht immer genau abzusehen ist. Wenn es gewiss ist, dass ein irreversibler Schaden entstehen wird, ist im Prinzip auf die Handlung zu verzichten. Wenn jedoch über das Eintreten eines zukünftigen Schadens Ungewissheit herrscht, brauchen wir Kriterien, um zu entscheiden, ob die Handlung dennoch ausgeführt werden sollte. Es wird im Folgenden deshalb darum gehen, Kriterien für eine verantwortungsvolle Entscheidungsfindung zu formulieren.

Dabei ist gleich Folgendes vorwegzunehmen: Es ist durchaus denkbar, dass jemand zwar eine Entscheidung für eine Handlung auf verantwortungsvolle Weise gefällt hat, dass aber die Handlung dennoch einen irreversiblen Schaden anrichtet und deshalb nicht zu verantworten ist. Es ist also grundsätzlich zu unterscheiden zwischen einer verantwortungsvollen Entscheidungsfindung und einer verantwortbaren Handlung. Erstere fällt unter die These I (i) und die zweite unter die These I (ii).

2. Verantwortung und Voraussage zukünftiger Schäden

Seit der römischen Antike wird das Haftungsrecht mit den Voraussagen verknüpft, die der Handelnde über die Folgen seiner Handlung machen kann. Der Jurikonsult Mucius hatte, wie erwähnt, bereits Ende des dritten Jahrhunderts a.C. mittels des Verschuldensbegriffs den Erwartungshorizont des Handelnden abgesteckt: Schuldhaft handelt, wer nicht vorausgesehen hat, was eine umsichtige Person (*diligens*) vorausgesehen hätte.²⁶³ Laut dieser Definition muss der Handelnde im Voraus prüfen, welche Folgen seine Handlung haben kann. Wenn er den angerichteten Schaden vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen, hat er schuld-

²⁶² Siehe *supra* V.A.

²⁶³ D. 9.2.31; siehe *supra* Fn. 205.

haft gehandelt und wird zum Ersatz verpflichtet. Diese Grundregel hat bis heute in den meisten Rechtsordnungen überlebt.

Allerdings sind in der Zwischenzeit zahlreiche Entwicklungen eingetreten, die dazu zwingen die Regel zu erweitern und zu ergänzen. Je einfacher eine Handlung ist, desto einfacher ist es meistens, die Folgen abzuschätzen. Mit demjenigen, der einen Gegenstand aus dem Fenster auf eine belebte Straße wirft, kann jedermann ohne weiteres wetten, dass er einen Schaden anrichten wird. Umgekehrt ist die Folgenabschätzung meist umso schwieriger, je unüberschaubarer die Handlung ist. Dies trifft vor allem bei technisch komplexen Vorgängen zu. Welche moderne Industrie kann heute die Wirkungen ihrer Produkte im Voraus genau beschreiben? Die enorme Anzahl von Unfällen jeder Art zeigt, wie ungefähr viele Voraussagen sind. Die Genauigkeit der Voraussagen ist daher ein Kriterium, das bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist. Je ungewisser oder ungenauer die Voraussage, desto weniger kann im Voraus beurteilt werden, ob ein Schaden reversibel sein würde. Desto ungewisser ist es also, ob für einen Schaden die Verantwortung übernommen werden könnte. Daraus lässt sich schließen: Je ungenauer die Voraussage über ihre Folgen ausfällt, um so eher ist auf eine Handlung zu verzichten.

3. Verantwortung und Wahrscheinlichkeit eines Schadens

Ein mit der Genauigkeit der Vorhersage verwandtes Problem betrifft den Zusammenhang zwischen der Verantwortung und der Wahrscheinlichkeit eines Schadens. Zum Beispiel bei einem Steinwurf auf eine belebte Verkehrsader wäre ein Schaden wahrscheinlich, hingegen unwahrscheinlich, wenn es sich um eine verlassene Landstraße handelte. Auch hier stellen vor allem komplexe Vorgänge Probleme. In gewissen Fällen besteht ein einigermaßen gründliches Wissen über die möglichen Folgen solcher Handlungen oder Unternehmen. So werden etwa im Bereich der Nukleartechnologie verschiedene Unfallszenarien seit langem erforscht und deren Folgen sind nicht unbekannt. Trotz genauer Beschreibung möglicher Unfallszenarien kann aber Ungewissheit herrschen bezüglich der Wahrscheinlichkeit eines Unfalls und damit auch bezüglich der Möglichkeit, die Verantwortung im Schadensfalle wahrzunehmen. Es lässt sich daher die allgemeine Regel aufstellen: je größer die Wahrscheinlichkeit eines irreversiblen Schadens, desto weniger darf eine solche Handlung begangen werden.

4. Verantwortung und Risiko

Die modernen Gesellschaften verwenden zahlreiche Techniken, die bedeutende Schadensrisiken in sich bergen. Das führt im Haftungsrecht seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu Gesetzen, die spezifischen, durch die hohen Risiken aufgeworfenen Problemen Rechnung tragen. So wurde zum Beispiel bereits 1838 in Preußen ein Eisenbahngesetz erlassen, das den Betreiber der Bahn einer umfassenden Haftung unterwarf.

Aus dogmatischer Perspektive galt es, folgendes Problem zu lösen: Die traditionelle Haftung setzt seit dem römischen Recht neben einem Schaden und einer dafür kausalen Handlung voraus, dass der Schädiger widerrechtlich und schuldhaft gehandelt hat. Bei Handlungen mit hohen Risiken zeigte die Erfahrung jedoch, dass Schäden selbst dann nicht zu vermeiden waren, wenn der Schädiger alle zur Verfügung stehenden Sicherheitsmaßnahmen getroffen hatte. Hatte der Handelnde aber alles getan, um einen Schaden zu verhindern, konnte man ihm kein Verschulden vorwerfen und ihm daher auch keinen Schadenersatz auferlegen (Außer man erachtete es wie die Römer als *per se* schuldhaft eine gefährliche Tätigkeit aufzunehmen). Mit anderen Worten ging es darum, eine Form der Haftung einzuführen, unter der der Schädiger im Schadensfall auch ohne Verschulden haftbar gemacht werden konnte. Bei dieser sogenannten objektiven oder verschuldensfreien Haftung, die übrigens bereits aus dem älteren römischen Recht bekannt ist,²⁶⁴ verzichtete man kurzerhand auf das Konzept des Verschuldens. Es genügte also, dass der Schädiger einen Schaden verursacht und dabei widerrechtlich gehandelt hatte.

Mit der verschuldensfreien Haftung konnte zwar das Problem der hohen Risiken juristisch etwas entschärft werden. Mit der Risikohaftung entstand allerdings ein neues Problem. Man duldete nämlich Handlungen oder Unternehmen, von denen bekannt war, dass sie selbst bei höchster Vorsicht Schaden anrichten würden. Vorteile und Nachteile einer Technik wurden gegeneinander abgewogen und wenn im Gesamten die Vorteile überwogen, nahm man die mit Gewissheit auftretenden Schäden in Kauf und begnügte sich damit, sie so klein und so selten wie möglich zu halten.

In einer Verantwortungstheorie stellt sich die Frage, ob sich diese Haltung bezüglich risikoreicher Handlungen rechtfertigen lasse. Ist es verantwortlich, Handlungen zuzulassen, von denen ein Teil auch bei größ-

²⁶⁴ Siehe für die objektive Haftung namentlich das erste und dritte Kapitel der *lex Aquilia* (ca. 286 a. C.); Gaius, *Digesta* 9.2.2pr und Ulpianus, *Digesta* 9.2.27.5. Speziell für die Risikohaftung Ulpianus, *Digesta* 9.2.27.11; siehe Fn. 130, 189, 190.

ten Vorsichtsmaßnahmen schwerste und irreversible Schäden anrichten wird? Unter dem Gesichtspunkt der Reversibilität bedeutet dies, dass Handlungen geduldet werden, deren Folgen voraussehbar irreversibel sind und demzufolge eine völlige Gutmachung ausgeschlossen ist. Es werden also von vornherein Handlungen zugelassen, für die niemand die Verantwortung ganz wahrnehmen können. Dies bedeutet natürlich, dass für den Handelnden jene Handlungen, die zu irreversiblen Schäden führen, unverantwortbar sind.

Man könnte nun einwenden, es gäbe sehr viele Tätigkeiten, die zwar mit großer Wahrscheinlichkeit zu Schäden führen, aus denen aber auch ein großer Nutzen gezogen werde. Ein besonders gutes Beispiel wäre etwa das Autofahren. Grundsätzlich glaube ich nicht, dass wir gewisse Tätigkeiten für verantwortlich erklären sollten, nur weil sie nützlich sind und viele von uns oder vielleicht wir selber sie betreiben. Deshalb ist meines Erachtens im Prinzip auch für weit verbreitete alltägliche Tätigkeiten wie Autofahren keine Ausnahme zu machen. Wer daher so fährt, dass ein Schaden entstehen kann, handelt unverantwortlich. Der Grad der Unverantwortlichkeit hängt allerdings von der Fahrweise und dem damit verbundenen Risiko ab. Ein Lenker, der sein Fahrzeug völlig beherrscht, stellt kein Risiko dar und handelt demzufolge bezüglich der Verkehrssicherheit verantwortlich.

a. Die Häufigkeit der Schäden

Um das Problem der gefährlichen Tätigkeiten zu lösen, stellt die neuere Rechtslehre Modelle zur Verfügung, die das Risiko als Faktor einbeziehen. Meist werden hier für die Abschätzung des Risikos zwei Kriterien erwähnt. Das erste bezieht sich auf die Häufigkeit der Schäden. Als risikant gelten Handlungen, wenn bekannt ist, dass sie oft zu nicht unbedeutenden Schäden führen. Ein eindrückliches Beispiel dafür liefert der Straßenverkehr. Die Statistiken zeigen, dass Autounfälle an der Tagesordnung sind, manchmal mit leichten, oft aber auch mit dramatischen Folgen. Wie kann diese Form von Risiken mit Verantwortung verknüpft werden? Je größer die Wahrscheinlichkeit eines Schadens ist, desto weniger kann die Verantwortung übernommen werden, außer es bestehe die äußerst seltene, absolute Gewissheit, dass ein Schaden reversibel wäre. Streng genommen müsste man sogar sagen, dass eine Handlung, bei der das Risiko eines irreversiblen Schadens besteht, überhaupt nicht verantwortet werden kann. Denn es ist abzusehen, dass ein Schaden entstehen kann, für den es gar keine Wiedergutmachung gibt. Es gilt also auch hier:

Je wahrscheinlicher ein irreversibler Schaden ist, desto weniger darf die Handlung begangen werden.²⁶⁵

b. Die Schwere des Schadens

Das zweite Kriterium bei der Risikohaftung ist die Schwere des Schadens. Der Mensch erfährt seit alters her, dass das Leben in Gesellschaft zu Schäden führt, selbst bei größter Umsicht aller Beteiligten. Viele dieser Schäden sind harmlos oder mindestens so klein, dass dem Geschädigten kein großes Leid widerfährt und der Schädiger auch keine Mühe hat den Schaden gutzumachen. Probleme entstehen wiederum bei schweren Schäden. Dabei spielt natürlich der Schweregrad des Eingriffs in das Leben oder in das Gut des Geschädigten eine zentrale Rolle. Eine heilbare Wunde ist ein leichter Schaden als der Verlust eines Körperteils und die Beschädigung eines Kunstgegenstandes ist sicherlich dessen völliger Zerstörung vorzuziehen. Für die Beurteilung der Verantwortung lässt sich daher folgende allgemeine Regel aufstellen: Je schwerer der Eingriff in ein Leben oder in ein Gut sein kann, desto weniger kann die Handlung verantwortet und umso weniger darf sie begangen werden.

c. Risiko und Wert des betroffenen Gutes

Eine weitere Frage ist, inwiefern der Wert des betroffenen Gutes in die Beurteilung der Verantwortung einzubeziehen ist. Es ist offensichtlich, dass ein irreversibler Schaden an einem wertlosen Gegenstand weniger schwerwiegend ist, als wenn er ein wertvolles Gut oder gar eine Person trifft. Was folgt daraus für die Verantwortung?

Handelt es sich um einen bereits zugefügten irreversiblen Schaden, ist beim Urteil über den Grad der Verantwortung dem Wert des Gutes Rechnung zu tragen; je wertvoller das beschädigte Gut, desto höher die Verantwortung, die dem Schädiger angelastet wird.

Geht es hingegen um die Entscheidung, ob eine Handlung in der Zukunft ausgeführt werden dürfe, ist der anzulegende Maßstab bei einem wertvollen Gut strenger als bei einem wertlosen. Können Menschen gefährdet werden, ist höchste Vorsicht angebracht und es muss völlige Gewissheit herrschen, dass niemandem ein irreversibler Schaden droht. Handelt es sich hingegen um bedeutungslose Dinge, sind die Anforderungen an den Grad der Gewissheit weniger hoch.

²⁶⁵ Siehe dazu auch *supra* VI.A.3, 110.

d. Geographische Ausdehnung des Schadens

Ähnliches gilt für die geographische Ausdehnung des möglichen Schadens. Vor der industriellen Revolution war die Ausdehnung der Schäden meist sehr begrenzt. Der Schaden trat in der Regel im näheren Umfeld des Handlungsortes auf. Mit der modernen Technik hat sich dies grundlegend verändert. Auf der traurigen Liste der geographisch sehr ausgedehnten Katastrophen sind in neuerer Zeit Namen wie Tschernobyl, der Golf von Mexiko oder Fukushima zu lesen, ganz zu schweigen von den globalen Folgen möglicher Klimaveränderungen. Folgende Regel kann daher angenommen werden: Je geographisch ausgedehnter die schädigende Wirkung einer Handlung sein kann, desto weniger kann sie verantwortet werden.

e. Ist Risiko ein Schaden an sich?

Das moderne Haftungsrecht behandelt das heikle Problem, ob nicht das Risiko als solches bereits ein Schaden sei, und zwar unabhängig vom Eintreten des risikotypischen Schadens. Wenn zum Beispiel S dem G ein Auge ausschlägt, würde G beim Verlust des zweiten Auges völlig erblinden. G lebt also mit einem höheren Erblindungsrisiko als jemand mit zwei Augen. Es gibt Rechtssprechungen – so zum Beispiel die schweizerische –, die solche erhöhte Risiken als einen Schaden betrachten.²⁶⁶

Es stellt sich aber die Frage, welche Risiken denn ein Schaden wären. Wenn man nämlich das Risiko grundsätzlich und uneingeschränkt als einen Schaden betrachtet, würde jeder, der eine riskante Tätigkeit unternimmt, den vom Risiko Betroffenen *ipso facto* bereits einen Schaden zufügen.

Versuchen wir, die Frage anhand eines Beispiels genauer zu stellen. Nehmen wir eine gefährliche industrielle Tätigkeit an, bei der selbst mit größten Sicherheitsmaßnahmen irreversible Schäden nicht zu verhindern sind. Wenn nun ein solcher Schaden entstanden ist, stellt sich die Frage, ob und ab welchem Zeitpunkt es dem Industrieunternehmen an Verantwortung gemangelt hat. Bereits vor dem Schadensfall, als die Entscheidung zu handeln gefällt wurde? Als die Tätigkeit aufgenommen wurde? Oder erst als der Schaden entstanden ist?

Hier kann ein kurzer Hinweis auf das Strafrecht hilfreich sein, das in schwerwiegenden Fällen denjenigen mit Strafe belegt, der Andere einer

²⁶⁶ Siehe namentlich BGE 98 V 166.

großen Gefahr aussetzt. Es ist dabei nicht erforderlich, dass der Gefährdete einen Schaden erleidet.

Die umgangssprachlichen Verwendungen des Begriffs der Verantwortung deuten ebenfalls darauf hin, dass es unverantwortlich sein kann, jemanden einer Gefahr auszusetzen. Wer zum Beispiel in bewohntem Gebiet mit überhöhter Geschwindigkeit fährt, muss sich den Vorwurf der Verantwortungslosigkeit gefallen lassen, selbst wenn kein Unfall geschieht. Oder wer ein Kind, das sich unter seiner Obhut befindet, nicht im Auge behält und nicht vor Gefahren schützt, gilt wohl allgemein auch unabhängig von einem Schaden als unverantwortlich.

Sowohl zivilrechtliche Gerichtsentscheidungen zum Verlust eines Auges (oder anderer paariger Organe) als auch das Strafrecht können also auf eine Gefahraussetzung mit Schadenersatz beziehungsweise mit Strafe antworten.²⁶⁷ Es gibt somit gute, zivil- und strafrechtlich, sowie von der Umgangssprache gestützte Gründe anzunehmen, dass das Risiko an sich bereits ein Schaden sein kann.

f. Risikohaftung und Verantwortung des Gesetzgebers

Man kann die Frage vom konkret Handelnden auch auf den Staat ausweiten. Ist es für den Staat verantwortbar Handlungen zuzulassen, von denen bekannt ist, dass sie selbst bei größter Vorsicht des Handelnden irreversiblen Schaden anrichten können? Mindestens zwei gute Gründe sprechen dafür, dass der Staat damit unverantwortlich handelt. Erstens: Wenn wir einer Person Unverantwortlichkeit vorwerfen, weil sie eine Handlung begeht, die mit Sicherheit irreversiblen Schaden anrichten wird, werfen wir ihr vor, (i) dass sie den künftigen Schaden trotz besseren Wissens in Kauf genommen hat und (ii), dass sie den Schaden tatsächlich angerichtet hat. Der Vorwurf (i) trifft auch denjenigen, der einem Anderen eine Handlung erlaubt, obschon er weiß, dass damit irreversibler Schaden entstehen wird. Denn auch er vernachlässigt die Schadensprognose. Das Erlauben solcher Handlungen durch den Staat ist also ebenfalls unverantwortlich.

Zweitens: Wenn man davon ausgeht, dass die Sicherheit der Gesellschaft und ihrer Mitglieder eines seiner Ziele ist, hat der Gesetzgeber mit dem Erlauben risikobehafteter Handlungen ein ernsthaftes Problem, weil er seine Aufgabe mindestens jenen gegenüber nicht erfüllt, die er einem Risiko irreversiblen Schadens aussetzt oder die irreversibel geschädigt werden.

²⁶⁷ Siehe namentlich Art. 127 ff StrGB.

Man könnte einwenden, dass viele auch eher harmlose Tätigkeiten mit gewissen Gefahren verbunden sein können und dass erfahrungsgemäß im alltäglichen Leben immer wieder Schäden entstehen; dass somit eigentlich jede Handlung für unverantwortlich gelten müsste, da beinahe immer irgendein Schaden möglich sei. Es stimmt natürlich, dass es keine schadensfreie Gesellschaft gibt. Es besteht aber ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Handlungen, die bei höchster Vorsicht keinen Schaden anrichten, und jenen, von denen bekannt oder zu vermuten ist, dass sie selbst bei höchster Vorsicht zu Schaden führen können. Bei den ersten besteht immerhin die Hoffnung, dass eine sorgfältige Ausführung keinen irreversiblen Schaden verursacht. Es entsteht also nur bei den gefährlichen Handlungen das oben beschriebene Problem, dass der Gesetzgeber und der Handelnde künftigen, irreversiblen und unabwendbaren Schaden in Kauf nehmen und damit unverantwortlich handeln.

Den Staat, der risikobelastete Handlungen erlaubt, trifft demzufolge im Schadensfall der Vorwurf der Verantwortungslosigkeit, weil er eine gefährliche Handlung nicht nur nicht verboten, sondern vielfach sogar ausdrücklich erlaubt hat. Und dies selbst wenn die schädigende Tätigkeit nicht von ihm selber, sondern von einem Dritten ausgeübt worden war. Ebenso verhält es sich übrigens mit verwaltungsrechtlichen Erlaubnissen, die der Staat für risikobelastete Tätigkeiten erteilt hat. Unternehmen und Staat haben beide unverantwortlich gehandelt. Der Staat hat den Schaden zwar nicht angerichtet, ihn aber nicht unterbunden; damit hat er seine Aufgabe nicht wahrgenommen. Das Unternehmen hat wohl mit staatlicher Erlaubnis gehandelt, wurde dadurch aber nicht befugt, Dritten Schaden zuzufügen.

Was bedeutet diese Feststellung konkret? Es ist zu unterscheiden zwischen den Folgen bezüglich der Verantwortung und jenen, die die Haftung betreffen. Die Feststellung, Staat und Unternehmen hätten unverantwortlich gehandelt, ist ein ethisches Urteil und als solches eine Aufforderung an beide, ihr Verhalten zu ändern. Hinsichtlich der Haftung hat in erster Linie das schädigende Unternehmen Schadenersatz zu leisten. Überlegungen, ob der Staat nicht auch für Schadenersatzleistungen sollte herangezogen werden können, würden den Rahmen des vorliegenden Textes sprengen.

5. Verantwortung und Wissen

In gewissen Fällen sind die Risiken einer Tätigkeit bekannt, in anderen können sie nur vermutet werden, in wieder andern besteht nicht einmal eine Vermutung, dass irreversible Schäden entstehen können.²⁶⁸ Das stellt die Verantwortungstheorie vor eine erhebliche Anforderung. Kann jemand verantwortlich gemacht werden für eine Handlung, von der er überhaupt nicht wissen kann, dass sie irreversible Schäden hervorrufen kann?

Das führt uns zur Frage, wie ein Wissensstand zu ermitteln ist. Der individuelle und der allgemeine Wissensstand sind insofern subjektive Kriterien, als sie sich auf eine Person oder Personengruppe beziehen. Bei der Anwendung des Kriteriums muss jeweils geprüft werden, was der Schädiger wann hat wissen können oder hätte wissen sollen. Wie wir bei der Diskussion der These II sehen werden (*infra* 124 ff), findet diese Prüfung mindestens im Haftungsrecht im Zusammenhang mit dem Verschulden statt. Diese Trennung ist auch bezüglich der Verantwortung einzuhalten. Unter These I stellt sich diese Frage nicht, weil da nur das Kriterium der Reversibilität zur Anwendung kommt. Das bedeutet, dass unter These I selbst derjenige unverantwortlich handelt, der gar nicht wissen konnte, dass seine Handlung einen irreversiblen Schaden anrichtet. Lässt sich dies rechtfertigen?

Wie wir wissen, stehen sich bei Verantwortungsfragen zwei Parteien gegenüber, der Schädiger und der Geschädigte. Der erste hat im Falle irreversibler Schäden in den Bereich des zweiten so eingegriffen, dass dieser seine ursprünglichen Perspektiven teilweise oder ganz verliert. Wäre es in diesem Fall gerechter zu sagen: (a) der Schädiger wird von seiner Verantwortung freigesprochen, weil er gar nicht hat wissen können, dass er einen irreversiblen Schaden anrichten werde; in diesem Fall geht der Geschädigte leer aus. Oder (b) dem Schädiger wird trotzdem unverantwortliches Handeln vorgeworfen. Meines Erachtens ist die Lösung (b) gerechter. Erstens ist sie ausgeglichener. Bei irreversiblen Schäden bleibt nämlich für den Geschädigten immer ein Restschaden, der mit keinem Mittel ausgeräumt werden kann. Der einzige noch übrig bleibende Ausgleich ist in diesem Fall symbolisch: nämlich die Anerkennung durch die Gesellschaft, dass der Schädiger unverantwortlich gehandelt hat. Zweitens berücksichtigt sie das Urheberprinzip, wonach grundsätzlich der Urheber für den Schaden verantwortlich gemacht wird. Es ist allerdings

²⁶⁸ Siehe dazu auch *infra* VI.B.3.b.(ii), 132.

zugestehen, dass diese Lösung für den Schädiger, der sich redlich um die Abschätzung möglicher zukünftiger Schäden gekümmert hat, äußerst hart ist.

6. Die Zahl der Opfer und betroffenen Güter

Bereits in vorindustriellen Zeiten konnten die Schäden ein- und derselben Handlung vor allem in Städten eine große Zahl von Opfern treffen. Insofern ist die Anzahl der betroffenen Personen und Güter nicht ein neues Problem. Allerdings haben die modernen technischen Mittel dieses bereits damals beeindruckende Schadenspotential vervielfacht, sodass sich diese Frage heute ganz akut stellt.

Durch die industrielle Produktion gelangen große Mengen von Gütern an eine große Anzahl von Personen. Bei schadhafte Produkten besteht demzufolge die Gefahr, dass nicht unbedeutende Teile der Bevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden. Dasselbe gilt für Industrieunfälle, die erfahrungsgemäß die Einwohner ganzer Regionen schweren gesundheitlichen Gefahren aussetzen und zahlreiche Opfer fordern können. Diese Art von Unfällen betreffen zudem nicht nur Menschen. Auch Güter und namentlich die Umwelt können bei diesen Ereignissen schweren Schaden nehmen.

Es stellt sich daher die Frage, wie die Anzahl der möglichen Opfer und betroffenen Güter in die Einschätzung einbezogen werden könne, ob eine Handlung begangen werden dürfe. Die Reversibilitätsregel besagt, dass eine Handlung nur begangen werden darf, wenn der Schaden reversibel ist. Dies bedeutet, dass auf eine Handlung mit irreversiblen Folgen zu verzichten ist, selbst wenn nur ein einziges Opfer oder Gut betroffen ist. Demzufolge scheint die Anzahl der möglichen Opfer oder gefährdeten Güter auf den ersten Blick nicht von Bedeutung zu sein.

Diese Antwort lässt aber dennoch perplex. Sie scheint nämlich zu unterstellen, dass der Schaden an einer einzigen Person auf dieselbe Verantwortungsstufe zu stellen sei wie derjenige an vielen Betroffenen. Dem würde man natürlich entgegenhalten, dass der Schaden an einer einzigen Person weniger schlimm sei als derselbe Schaden an mehreren und dass dieser Unterschied auch auf die Verantwortung einen Einfluss haben sollte.

Dies führt uns zu den Graden der Verantwortung zurück.²⁶⁹ Wir haben gesehen, dass der Grad der Gutmachung ein zentrales Kriterium für

²⁶⁹ Siehe *supra* V.B.3, 106 f.

den Grad der Verantwortung bildet. Je näher der Schädiger das Opfer an den Zustand heranführt, der ohne den Schaden herrschen würde, desto verantwortlicher hat er gehandelt. Dieses Kriterium kann nun dahingehend ergänzt werden, dass nicht nur der Grad der Gutmachung, sondern auch die Anzahl der Opfer zu berücksichtigen ist. Je größer die Anzahl der Opfer oder geschädigten Güter ist, die einen irreversiblen Schaden erlitten haben oder in Zukunft erleiden könnten, desto schwerer wiegt die Verantwortung des Schädigers.

Das Kriterium der Anzahl der Opfer ist selbstverständlich keineswegs neu. Jeder Richter berücksichtigt es, wenn er das Strafmaß bestimmt. Eine besondere Bedeutung kommt der Anzahl der Opfer zudem namentlich im Tatbestand des Völkermords zu.

7. Soziale Auswirkungen des Schadens

Zwar ist eine Handlung, die zu einem irreversiblen Schaden führen kann, wie bereits erwähnt, im Prinzip auch dann zu unterlassen, wenn sie nur eine einzige Person gefährdet. Insofern hat die Anzahl der Betroffenen keine Bedeutung für die Entscheidung, ob gehandelt werden dürfe oder nicht. Dennoch dürfen die sozialen Ausmaße eines möglichen Schadens nicht außer Acht bleiben. Aber wie sind sie in die Überlegungen einzu beziehen, ob eine Handlung begangen werden dürfe? Vorerst ist folgende Selbstverständlichkeit festzuhalten: Wenn eine Handlung unterbleiben muss, die eine einzelne Person gefährdet, kann diese Handlung *a fortiori* nicht begangen werden, wenn dadurch eine große Anzahl von Personen oder ganze Teile einer Gesellschaft in Gefahr geraten würden. Ferner erscheint es vernünftig, dass Handlungen mit großen sozialen Auswirkungen *a priori* mit allerhöchster Vorsicht zu beurteilen sind und unterbleiben müssen, wenn nicht völlig sicher ist, dass kein irreversibler Schaden entsteht.

a. Unausweichliche Schäden:

Soziale Wünschbarkeit des verfolgten Ziels

In jeder Gesellschaft verfolgen die einzelnen Mitglieder verschiedenste Ziele, von denen gewisse individuell oder allgemein (nur) wünschbar sein mögen, während andere individuell oder allgemein für notwendig gehalten werden. Sowohl die wünschbaren als auch die notwendigen Ziele können mit Schäden verbunden sein. Es stellt sich daher die Frage, ob die Wünschbarkeit oder Notwendigkeit ein Ziel zu erreichen Schäden rechtfertigen könne? Das heißt, rechtfertigen gewisse Ziele irreversible Schä-

den? Beispiele fehlen nicht. Um sich zu schützen, verurteilt die Gesellschaft zu Haftstrafen; Häftlinge können dabei aus verschiedensten Gründen unabwendbaren Schaden erleiden. Drohende Epidemien haben große Impfkampagnen ausgelöst; es war aber bekannt, dass die Impfungen eine gewisse Anzahl Opfer fordern würden. Viele Länder haben Kernkraftwerke gebaut ohne für die radioaktiven Abfälle sichere Lösungen zu kennen. Rechtfertigen diese tatsächlichen oder vermeintlichen Zwangs- oder Notlagen mögliche oder gar gewiss eintretende Schäden? Darf der Einzelne oder eine Bevölkerungsgruppe Risiken ausgesetzt werden, wenn mit Sicherheit irreversible Schäden vorausgesagt werden können?

Würde diese Frage einem Gericht gestellt, würde es wahrscheinlich zur Güterabwägung greifen. Es würde das Interesse der kleinen Gruppe zukünftiger Opfer, keinen Schaden zu erleiden, gegen das Interesse abwägen, in einer Notlage einen der gesamten Bevölkerung drohenden Schaden abzuwenden. Nehmen wir an, dass mit der (administrativen) Zulassung einer Impfung eine mörderische Epidemie vermieden werden könnte, dass aber dabei für eine kleine Anzahl von Personen mit irreversiblen Schaden zu rechnen wäre, weil sie die Impfung nicht vertragen würden. Der Richter würde das Interesse der kleinen Anzahl von Personen, keinen Schaden zu leiden, gegen das Interesse der übrigen Bevölkerung abwägen, vor der Epidemie geschützt zu werden. Er würde im Sinn des größeren Interesses entscheiden und den Stoff zur Impfung freigeben. Das heißt, dass er gegebenenfalls für eine kleine Anzahl von Personen einen sicheren Schaden in Kauf nehmen würde, um die Mehrheit der Bevölkerung vor einem noch größeren Schaden zu bewahren.

Lässt sich diese Überlegung auf die Verantwortung übertragen? Wäre ein solcher Entscheid verantwortbar? Dieser Fall stellt deshalb ein ernsthaftes Problem, weil ein Schaden im Prinzip nur dann verantwortet werden kann, wenn er (im oben definierten Sinn²⁷⁰) reversibel ist. Würde sich der Richter für die Impfung entscheiden, würde er mit seinem Entscheid einer Personengruppe einen irreversiblen Schaden zufügen. Das könnte er an für sich nicht verantworten. Würde er sich jedoch gegen die Impfung entscheiden, würde er einer noch größeren Gruppe einen ebenfalls irreversiblen Schaden beifügen, den er ebenfalls nicht verantworten könnte. Mit anderen Worten würde er sich in einer Zwangslage befinden, wo er nicht die Wahl hat für oder gegen einen irreversiblen Schaden, sondern nur die Wahl zwischen einem größeren und einem kleineren Schaden. In diesem Fall bliebe ihm nur entweder nichts zu entscheiden und der Sache

²⁷⁰ Siehe *supra* V.A.2, 90 f.

ihren Lauf zu lassen. Konkret würde dies bedeuten, dass er sich gegen die Impfung und damit für das größere Übel ausspräche. Oder aber, er entschiede sich für das kleinere Übel und ließe die Impfungen zu. Natürlich ist in diesem Fall die zweite Lösung klar vorzuziehen.

b. Verantwortung und Schadensbeschränkung

Das Beispiel mit der Impfung zeigt, dass die Regel, wonach Verantwortung nur für reversible Schäden übernommen werden kann, ergänzt werden sollte. Denn es gibt Fälle, wo ein Schaden zwangsläufig entstehen wird. Eine solche Ergänzung lässt sich aus These I ableiten. Wir haben oben gesehen, dass die angelastete Verantwortung abnimmt, je kleiner der Schaden gehalten wird, nach der Regel: Je höher der Grad der Entschädigung, desto weniger unverantwortlich die Handlung. Die ergänzende Regel kann daher folgendermaßen gefasst werden:

Wenn Schaden unvermeidlich ist, ist so zu entscheiden, dass der kleinstmögliche Schaden entsteht.

Diese Regel stimmt mit der These I insofern überein, als auch sie den kleinstmöglichen Schaden zum Ziel hat. Sie ergänzt sie aber dahingehend, dass in Zwangslagen auch Entscheide und Handlungen verantwortbar sind, die zu irreversiblen Schäden führen. Es bestehen allerdings zwei Voraussetzungen für die Verantwortbarkeit: (1) Es muss sich um eine echte Notlage handeln, wo irreversible Schäden mit keinem Mittel zu verhindern sind; (2) durch den betroffenen Entscheid wird der kleinstmögliche Schaden angerichtet.

Man könnte nun einwenden, dass diese Ergänzungsregel die allgemeine Regel durchbricht, wonach nur irreversible Schäden verantwortbar seien. Wie wäre diese Ausnahme zu begründen? Zuerst ist zu sagen, dass es sich nicht eigentlich um Zufügung, sondern um Abwendung von Schaden geht. Das Problem muss also anders angepackt werden. Die Juristen würden sicher zum Grundsatz greifen: *Impossibilium nulla obligatio est*.²⁷¹ Auf die Verantwortung angewandt bedeutet dies, dass der Entscheidende keine Schäden zu verantworten hat, die nicht zu verhindern sind. Dieser Fall liegt hier vor, da mit Sicherheit entweder ein kleiner oder ein großer Schaden eintritt. Da es unmöglich ist, gleichzeitig beide Schäden zu vermeiden, handelt der Richter nur unverantwortlich, wenn er nicht für das kleinere der beiden Übel entscheidet.

²⁷¹ Celsus, Digesta 50.17.185.

c. Praktische Konsequenzen: Abbruch schädigender Tätigkeiten

Die Regel zur Schadensminderung kann bedeutende praktische Konsequenzen haben. Wir wissen alle, dass die moderne Industrie und Technologie zwar viele Annehmlichkeiten ermöglichen, aber auch bedeutende irreversible Schäden an Personen, Gütern und der Umwelt verursachen. Natürlich sind diese Schäden aus dem Blickwinkel der Verantwortung vielfach keineswegs zu rechtfertigen. Die Frage stellt sich daher, wie sie in Zukunft verhindert werden können. Würden die schädlichen Tätigkeiten von einem Tag auf den anderen eingestellt, würden zwar gewisse Schäden nicht mehr angerichtet, es würden aber andere entstehen, weil das Leben Vieler inzwischen mindestens teilweise von diesen Technologien abhängt. Es ist also nur ein schrittweiser Übergang zu anderen Lebensformen denkbar. Wie wäre dieser Übergang aus der Perspektive der Verantwortung zu vollziehen? Ich glaube, dass der oben beschriebene Grundsatz der Schadensbeschränkung hier Anwendung finden würde. Bei jedem Schritt wäre abzuwägen, welche Maßnahmen auf kurze, aber auch auf lange Sicht am wenigsten Schaden anrichten. Dabei wäre natürlich klar zu unterscheiden zwischen dem für das Leben Notwendigen und dem lediglich Angenehmen. Abstriche beim Lebensnotwendigen wären schwerer zu verantworten, weil sie zu irreversiblen Schäden führen würden. Bei Verzicht auf reine Annehmlichkeiten oder übertriebene Ansprüche hingegen würde dieses Problem nicht entstehen, weil nicht irreversible Schäden drohten, sondern nur eine Verminderung des Komforts.

8. Ein Einwand: Der mittellose Schädiger

Man könnte gegen das Kriterium der Reversibilität namentlich einwenden, dass es jene bevorteilt, die über die notwendigen finanziellen Mittel zur Wiedergutmachung verfügen, während es Mittellose benachteiligt, weil sie nicht in der Lage wären zugefügten Schaden zu heilen. Das ist tatsächlich so. Wer mehr Mittel hat, wird es einfacher haben, dem Geschädigten die ursprünglichen Perspektiven zurückzugeben, als der Unbemittelte, dem dies vielleicht nie gelingen wird. Das bedeutet auch, dass der Reiche mehr Bewegungsfreiheit hat als der Arme.

Ich glaube aber, dass es gute Gründe gibt um diesen Einwand zu entkräften. Erstens könnte hier eine Parallele zum Vertragsrecht gezogen werden. Dieses bietet dem Reichen auch viel mehr Möglichkeiten als dem Armen. Würde man sagen, das sei ein Makel des Vertragsrechts? Man könnte diesem Vergleich entgegenhalten, dass Verträge mit freiem Willen geschlossen werden, während Schäden in vielen Fällen unfreiwillig bei-

gefügt würden. Das stimmt nur in sehr beschränktem Maße. Wer leben will, muss sich die lebensnotwendigen Dinge verschaffen und tut dies in der Regel durch Vertrag. Es besteht also im alltäglichen Leben unserer Gesellschaften ein faktischer Zwang Verträge zu schließen. Zudem ist Schadenszufügung in den allemeisten Fällen keine Fatalität, sondern eng mit freien Entscheidungen verknüpft.

Zweitens greift der Einwand des mittellosen Schädigers meines Erachtens zu kurz. Im Grunde genommen wird damit zwar eine zu Recht irritierende Feststellung gemacht, die aber nichts mit Verantwortung (oder Vertrag) zu tun hat. Der Kern dieser Kritik betrifft nämlich die Tatsache, dass in jeder Gesellschaft natürliche und soziale Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedern bestehen. Portalis hatte im Rahmen der Beratungen des *Code civil français* dem Gesetzgeber diese unüberwindlichen Unterschiede eindrücklich geschildert.²⁷² Ich glaube nicht, dass man diese Feststellung einer Theorie zum Vorwurf machen kann.

Natürlich ist es Aufgabe der ethischen und rechtlichen Ordnungen diese Unterschiede bei Bedarf abzufedern, indem sie den Benachteiligten Schutz bieten. Genau hier setzt das Kriterium der Reversibilität an. Es soll in erster Linie den (potentiell) Geschädigten schützen. Der Preis für diesen Schutz ist allerdings, dass jeder Handelnde vor eine sehr anspruchsvolle Aufgabe gestellt wird. Wie bereits ausgeführt²⁷³ ist es in der vorliegenden Theorie eine bewusste Wahl, nicht den Schädiger vor dem Opfer, sondern das Opfer vor dem Schädiger zu schützen.

Natürlich ist es in einer Verantwortungstheorie unerlässlich, für die alltäglichen Schäden, in die wir verwickelt sind, zufriedenstellende Lösungen zu finden. Trotzdem sei aber an das äußerst schwierige und schwerwiegende Problem erinnert, dem unsere Gesellschaften gegenüberstehen: die mächtigen Gruppen, Konzerne und Staaten, die große Bevölkerungsgruppen in Gefahr bringen, ausgedehnte Gebiete unbewohnbar machen oder ganze Meeresteile verseuchen. Hier stellt sich die Frage gerade umgekehrt, nämlich wie diese einflussreichen Organisationen in Schranken gehalten und zur Gutmachung angerichteter Schäden gebracht werden können, die in vielen Fällen ja gerade wenig bemittelte Opfer treffen.

²⁷² Portalis, Exposé, tome 4, 25 ff, 30.

²⁷³ Siehe *supra* Einleitung, 1 ff.

B. These II

1. Im Allgemeinen

Man kann sich die Frage stellen, ob es notwendig sei das Verschulden bei der Bewertung der Verantwortung zu berücksichtigen. Ich glaube, dass es dafür gute Gründe gibt. Erstens zeigt die Alltagssprache, dass wir durchaus auch dann von Verantwortung reden, wenn es nur um das Verhalten einer Person geht, ohne dass ein Schaden entstanden ist oder in Zukunft entstehen wird. Wer zum Beispiel einen gefährlichen Zustand hervorruft und keine Vorkehrungen trifft, um Dritte vor Schaden zu schützen, kann als ›unverantwortlich‹ bezeichnet werden, ob nun ein Schaden entsteht oder nicht. Hätte er hingegen die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen getroffen, könnte man von ihm sagen, er habe verantwortlich gehandelt. Diese Art von Unterschieden zwischen Verhaltensweisen soll mit dem Verschuldensbegriff erfasst werden.

Neben diesem Hinweis aus der Alltagssprache veranlasst aber auch eine andere Beobachtung das Verschulden zu berücksichtigen. Jemandem Verschulden zuschreiben heißt immer auch, ihm den Vorwurf zu machen, er hätte anders handeln sollen. Umgekehrt bedeutet es, dass derjenige, dem kein Verschulden angelastet wird, mindestens in einem gewissen Sinn unbescholten bleibt. Zwar heißt das nicht schon, dass er insgesamt verantwortlich gehandelt hat, aber doch immerhin, dass ihn keine Schuld trifft. Diese Unterscheidung zwischen schuldhaftem und schuldlosem Verhalten ist in unserer Kultur seit der griechischen Antike tief verankert und es wäre unbefriedigend, wenn sie in einer Verantwortungstheorie keinen Ausdruck fände.

Über *dolus* brauchen wir hier nicht viele Worte zu verlieren. Es handelt sich um ein qualifiziert schuldhaftes Verhalten, das fundamentalen rechtlichen und ethischen Regeln widerspricht. Absichtliches und eventualabsichtliches Zufügen von Schaden ist deshalb *per se* schuldhaft, es sei denn, der Schädiger sei dazu berechtigt. Dies wäre zum Beispiel bei Notwehr oder auch bei rechtmäßigen staatlichen Eingriffen der Fall.²⁷⁴

Der Verschuldensbegriff hingegen erfordert eine kurze Untersuchung. Wir haben ihn bereits bei Antiphon, Platon und Aristoteles angetroffen.²⁷⁵ Seither prägt er nicht nur viele philosophische, sondern namentlich auch juristische Strömungen und ist aus unserer Gedankenwelt kaum wegzudenken. Zuerst wird es darum gehen, den Verschuldensbegriff im

²⁷⁴ Siehe *supra* V.A.9, 100 ff.

²⁷⁵ Siehe *supra* II, 30 ff.

Haftungsrecht zu skizzieren um sodann daraus mögliche Lehren für die Verantwortung zu ziehen.

2. Verhältnis zwischen Verschulden und Widerrechtlichkeit im Haftungsrecht

a. Verschulden

Wir haben gesehen, dass das Verschulden gegen Ende des 3. Jahrhunderts im römischen Recht eine feste juristische Form annimmt, die bis heute in unseren Rechtsordnungen erhalten geblieben ist. Der Jurisconsult Mucius hatte damals vorgeschlagen als Verschulden zu werten, wenn vom Handelnden nicht vorhergesehen worden sei, was von einem vorsichtigen Menschen (*diligens*) vorhergesehen worden wäre; oder aber wenn Warnungen vor Gefahren zu spät ergangen seien.²⁷⁶ Diese Definition wurde bis heute nicht wesentlich verändert.

Das Hauptmerkmal des Verschuldens ist, dass der Handelnde in die Zukunft blicken und sich ausmalen muss, welches die Folgen seiner Handlung sein könnten und sein Nebenmerkmal, dass der Handelnde etwa die Vorstellungskraft eines durchschnittlichen vorsichtigen Menschen entwickeln sollte.

Diese beiden Kriterien sind zwar ziemlich vage, aber dennoch präzise genug, um in der juristischen Praxis seit zwei Jahrtausenden zu überleben. Ihre Stärke ist nämlich gerade, dass sie dem Richter keine genauen Angaben machen, sondern nur einen allgemeinen gedanklichen Rahmen stecken, in dem er sich frei bewegen kann. Die überbordende Rechtsprechung zum Verschuldensbegriff hat inzwischen das Übrige geleistet. Der Magistrat verfügt über eine große Menge von Beispielen, wie in anderen Fällen Verschulden gewichtet wurde.

Bei der Prüfung des Verschuldens versetzt sich der Richter jeweils in die Umstände, die vor der Handlung geherrscht haben. Dabei beachtet er namentlich, was damals an Wissen vorhanden war. Seine Beurteilung des Verschuldens erfolgt somit nicht aus einer *ex post*- sondern aus einer postumen *ex ante*-Perspektive.

Die Bestimmung des vorhandenen Wissens wirft natürlich zahlreiche Fragen auf. Welches Wissen ist gemeint, das allgemein bekannte oder auch jenes entfernter Publikationen? Herrschende Meinung oder auch Minderheitsstandpunkte? Welche wissenschaftlichen Schulen sind zu berücksichtigen? Wenn es um technische und Arbeitsvorgänge geht, welche

²⁷⁶ Paulus, Digesta 9.2.31; siehe *supra* Fn. 205.

Protokolle hätten beachtet werden sollen? Was war im Moment des Handelns *lex artis*? Diese und zahlreiche andere Fragen zwingen den Richter unentwegt, den neuesten Stand der Kenntnisse zu ermitteln.²⁷⁷

Sodann erwägt er, was dem Handelnden vom vorhandenen Wissen zugemutet werden konnte. Dabei trägt er den Eigenschaften des Handelnden Rechnung. Ist dieser ein normaler Berufsmann, hat er über die Kenntnisse des normalen Berufsmanns zu verfügen; der hoch spezialisierte Fachmann hingegen muss sich an vergleichbar qualifizierten Berufskollegen messen lassen. Hat sich ein normaler Berufsmann zu Handlungen verstiegen, die nur ein spezialisierter Fachmann beherrscht, ist ihm das als Verschulden anzukreiden.

Eine breite Diskussion hat die Frage ausgelöst, inwieweit der Richter subjektive Umstände des Handelnden berücksichtigen solle. Muss ein Arzt gehört werden, der nach drei Tagen ununterbrochener Arbeit einen Berufsfehler begangen hatte und nun seine Übermüdung geltend macht? Oder der von einem aufreibenden Familienleben entnervte Lenker, der einen Unfall verursacht? In vielen Rechtsordnungen wird versucht, nur mehr oder weniger objektive Kriterien zu erfassen und subjektiven Argumenten keine Beachtung zu schenken.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist, was es denn genau bedeute, wenn man von jemandem sagt, er habe schuldhaft gehandelt? Was meint der Richter mit dem Schuldspruch? Um den Sinn zu erfassen, sollten wir noch einmal zur Definition des Verschuldens zurückkehren und zur Art und Weise, wie der Richter sein Urteil bildet.

Laut Definition handelt schuldhaft, wer nicht vorhergesehen hat, was ein *bonus vir* vorhergesehen hätte. Als Erstes bestimmt der Richter, was ein *bonus vir* beachtet und wie er sich verhalten hätte. Er erstellt also ein Muster richtigen Verhaltens. Als Zweites vergleicht er das Verhalten des Schädigers mit diesem Muster. Drittens beurteilt er das Verhalten des Schädigers: erfüllt dieser die gestellten Anforderungen, hat er nicht schuldhaft gehandelt. Bleibt er jedoch hinter ihnen zurück, wird er für schuldig befunden.

Der Schuldspruch bringt zwei Dinge zum Ausdruck: erstens, dass der Schädiger den an ihn gestellten Erwartungen nicht entsprochen hat und zweitens, dass er diese eigentlich hätte erfüllen können. Er ist ein direkter Vorwurf an den Schädiger. In der Umgangssprache gibt es Wendungen, die genau das auch ausdrücken, wie zum Beispiel: »Du bist schuld daran!«

²⁷⁷ Siehe auch *supra* VI.A.5, 117 f.

oder »Das ist deine Schuld!«. Auch hier wird dem Betroffenen vorgeworfen, er hätte das Geschehene verhindern können und müssen.

b. Widerrechtlichkeit

Der Zusammenhang zwischen Verschulden und Widerrechtlichkeit hat sich im römischen Recht zwischen dem Ende des 3. Jahrhunderts a.C. und dem klassischen Recht bereits etwas gewandelt. Die großen Kodifikationen haben diesen Zusammenhang dann ab dem 19. Jahrhundert jede auf ihre Art in den jeweiligen Rechtsordnungen festgeschrieben.

In der *lex Aquilia* war, wie wir gesehen haben (*supra* 62 f), die Widerrechtlichkeit ein Schlüsselbegriff, denn nur widerrechtlich zugefügte Schäden berechtigten zu Schadenersatz. Das Verschulden, das auf Mucius Vorschlag eingeführt wurde, hatte im Grunde eine argumentative Rolle. Wer den Richter überzeugen wollte, dass er auf Schadenersatz Anspruch hatte, musste ihn von der Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung überzeugen. Um dies zu tun, konnte er anführen, der Schädiger habe einen Fehler gemacht; er konnte damals auch andere Argumente geltend machen, wie zum Beispiel, der Handelnde habe nicht über die notwendige Erfahrung verfügt oder sei nachlässig gewesen. Es entstand damit eine Argumentationskette, mit der der Geschädigte mit dem Hinweis auf ein Verschulden oder ähnliche Kriterien dem Richter die Widerrechtlichkeit des Verhaltens nahelegte.

Die großen Kodifikationen haben diese Argumentationskette in zwei Stränge zerschnitten. Und zwar werden heute Widerrechtlichkeit und Verschulden unabhängig voneinander nachgewiesen. Das bedeutet, dass Schadenersatz nur dann geschuldet ist, wenn beide Bedingungen, jene der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens, unabhängig von einander erfüllt sind. Eine Ausnahme machen hier das französische Recht und die von ihm beeinflussten Rechtsordnungen, die das römische System einer einzigen Argumentationskette beibehalten haben.

In beiden Systemen jedoch setzt das Verschulden die Verletzung einer Norm, das heißt die Widerrechtlichkeit voraus. Denn um zu beurteilen, ob jemand schuldhaft gehandelt habe, braucht der Richter einen Bezugspunkt, an dem er das Verhalten messen kann. Dieser Bezugspunkt ist meist das Gesetz oder aber Rechtsübung, gute Sitte, minimale moralische Verhaltensansprüche und gelegentlich eine vom Richter selber festgesetzte Regel. Ersichtlich wird der Bezug zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden auch am Maßstab des *bonus vir* oder *bonus pater familias*, den der Richter für jeden einzelnen Fall erstellt. Dieser

Maßstab ist nämlich eine Norm, an der das Verhalten des Schädigers gemessen wird.

Wenn das Verhalten diesem Maßstab nicht entspricht und also widerrechtlich ist, stellt sich, wie wir oben gesehen haben, die zweite Frage, nämlich ob diese Normverletzung dem Schädiger als ein Verschulden vorgeworfen werden könne. Man kann diese zwei Gedankengänge folgendermaßen zusammenfassen: 1. Der Richter untersucht, ob eine Norm verletzt worden sei (Widerrechtlichkeit). Wenn dies der Fall ist, fragt er 2., ob diese Verletzung dem Schädiger vorgeworfen werden könne (Verschulden).

Auch hier stellt sich die Frage nach der Bedeutung. Was sagt der Richter, wenn er ein Verhalten als widerrechtlich bezeichnet. »Widerrechtlich« bedeutet in erster Linie, dass mit einem Verhalten der rechtliche Rahmen überschritten, dass eine Norm verletzt wurde. In der Umgangssprache könnte man zum Beispiel sagen: »Du hast Recht verletzt« oder »Du hast kein Recht das zu tun«.

3. Normverletzung und Verschulden im Zusammenhang mit der Verantwortung

Was können wir vom Haftungsrecht bezüglich Normverletzung und Verschulden für die Verantwortung lernen?²⁷⁸

a. Normverletzung

Im Haftungsrecht ist von Widerrechtlichkeit die Rede, weil der Richter zu entscheiden hat, ob eine Verletzung einer Rechtsordnung vorliege. Hier besteht ein wichtiger Unterschied zur Verantwortung. Wenn es um Verantwortung geht, sollten wir nicht von Widerrechtlichkeit, sondern allgemeiner von einer Normverletzung sprechen. Und zwar deshalb, weil zur Beurteilung der Verantwortung nicht Rechtsordnungen herangezogen werden, sondern vielmehr Verhaltensregeln im weiteren Sinn.

Haftung und Verantwortung haben dennoch einen gemeinsamen Ausgangspunkt. Für beide gilt nämlich der allgemeine Grundsatz des *neminem laedere*. Aus diesem werden für die Haftung Rechtsnormen und für die Verantwortung allgemeine Verhaltensregeln abgeleitet. Neben dem *neminem laedere* gibt es aber noch andere Normen, die sowohl für die Haftung als auch die Verantwortung relevant sind. So führen zum Bei-

²⁷⁸ Siehe *supra* Kapitel IV. D. 3 und 4, 87 f, zur Normverletzung in einer Verantwortungstheorie, die auch das Verschulden berücksichtigt.

spiel Verstöße gegen die guten Sitten in den meisten Zivilgesetzbüchern zu Schadenersatzanspruch. Solche Verstöße sind auch im Zusammenhang mit der Verantwortung zu beachten.

Es stellt sich daher die Frage, wie denn diese Verhaltensregeln beschrieben werden können, die bei der Beurteilung der Verantwortung herangezogen werden. Damit begeben wir uns auf eine weites, namentlich um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert vielfach bestelltes Feld.

Damals wurde das Problem vor allem im Zusammenhang mit den großen Kodifikationen aufgeworfen. Die Gesetzgebungskommissionen hatten zu entscheiden, welche Normen in die Zivilgesetzbücher aufgenommen werden und welche davon ausgeschlossen bleiben sollten. Vor dem Hintergrund der Aufklärung spielte natürlich auch die Trennung von Kirche und Staat, von Recht und Moral eine Rolle. In seinem berühmten Kommentar des österreichischen Zivilgesetzbuchs brachte Franz von Zeiller das Problem auf den Punkt. Welchen Gebrauch darf ich von meinem Recht machen? Das lässt sich aus zwei Perspektiven beurteilen. Aus juristischer Sicht darf ich mein Recht ausschöpfen und zwar ungeachtet der moralischen Verwerflichkeit, die man darin sehen könnte.²⁷⁹ Ähnliches sagte Savigny, wenn er die Meinung vertrat, das Recht unterstünde zwar nicht der Moral, diene aber der Sittlichkeit einer Gesellschaft.²⁸⁰

Diese Debatte bestätigte, was natürlich schon viel früher aufgefallen war, dass nämlich Recht und Moral zu trennen sind, sich aber nicht genau trennen lassen. Den fließenden Übergang zwischen beiden machen von alters her allgemeine Prinzipien, Grundsätze und Maßstäbe, wie etwa, neben den erwähnten *neminem laedere* und den *bonos mores*, das *suum cuique tribuere*, der *bonus vir* oder *bonus pater familias* und, par excellence, das *honeste vivere*. Letzteres bezeichnet gerade jenes Verhalten, das gesellschaftliches Zusammenleben überhaupt ermöglicht.

Wie also können die Verhaltensregeln beschrieben werden, an denen Verantwortung gemessen wird? Es handelt sich um Verhaltensnormen, die allgemein anerkannt sind. Damit ist gemeint, dass ein gewisser Konsens darüber besteht, ob ein Verhalten verantwortungsvoll oder verantwortungslos sei. Es geht dabei nicht um Einstimmigkeit, sondern vielmehr um ein Urteil, dem eine große Mehrheit zustimmen könnte. Wir haben das Beispiel gesehen, wo ein Schädiger sein Opfer im Stiche lässt und sich nicht um Hilfe bemüht. Ohne Zweifel wäre eine große Mehrheit der Meinung, dies sei ein verantwortungsloses Verhalten. Auch hier

²⁷⁹ Zeiller, Commentar II, § 364, 125.

²⁸⁰ Savigny, System I, 331.

gibt es in der Umgangssprache Redewendungen, die eine Art herrschende Meinung zum Ausdruck bringen. Die biedereren »So etwas tut man nicht« und »Das gehört sich nicht« sind nichts anderes als Allgemeingültigkeit beanspruchende Werturteile über unzulässiges Verhalten.

Natürlich gibt es auch zahlreiche Fälle, in denen das Urteil nicht sehr eindeutig ausfällt. Nehmen wir die umstrittenen Fragen der Abtreibung oder der Sterbehilfe. Für einen bedeutenden Teil unserer Gesellschaft sind Abtreibungen im Prinzip nicht zu beanstanden, für einen anderen Teil sind sie ein unvertretbarer Eingriff ins menschliche Leben. Ebenso verhält es sich mit der Sterbehilfe. Wer einem Anderen zu sterben hilft, erlöst ihn für die einen von Leiden, während er für Andere Mord begeht. Diese Verhaltensweisen sind in vielen Ländern zu umstritten, um als allgemein anerkannte Verhaltensregeln zu gelten, an denen Verantwortung gemessen werden könnte. Das bedeutet natürlich nicht, dass der Einzelne sich darüber nicht seine eigene Meinung bilden könne, sondern nur, dass keine von ihnen für ein allgemein anerkanntes Urteil über Verantwortung verwendet werden könnte. Das hindert natürlich den Gesetzgeber nicht, diese Fragen zu regeln und möglicherweise dabei einen Teil der Bevölkerung vor den Kopf zu stoßen.

Allgemein anerkannte Verhaltensregeln könnten auch so beschrieben werden: Sie betreffen Verhalten, die einem *honeste vivens* zugetraut würden, das heißt jenem, der sich so verhält, dass die Gesellschaft als Ganze sich unter Rücksichtnahme aller Einzelinteressen entwickeln kann.

In gewissem Sinn kann man sagen, dass die Thesen I und II bereits solche Verhaltensregeln enthalten. Das Möglichmachen eines irreversiblen Schadens (These I [i]), das nicht Wiedergutmachen eines Schadens (These I [ii]), sowie das absichtliche (These II [i]) und das schuldhaftes Möglichmachen oder Beifügen eines Schadens (These I [ii]) sind Verstöße gegen eine solche Verhaltensregel.

b. Verschulden

Die These II (ii) besagt, dass unverantwortlich handelt, wer Schaden schuldhaft möglich macht oder zufügt. Es geht nun um die Frage, wie das Verschulden im Zusammenhang mit der Verantwortung zu fassen sei? Wie im Haftungsrecht ist auch hier der Verschuldensvorwurf die an den Handelnden gerichtete Feststellung, er habe missachtet, was er hätte beachten können und sollen. Wann ist dieser Vorwurf berechtigt?

Auch hier ist das Verschulden mit der Frage verknüpft, was der Betroffene hätte wissen oder vorhersehen können und sollen. Aber worauf bezieht sich dieses Wissen oder die Vorhersage dessen, was durch die Handlung entstehen könnte? Was wird vom Handelnden verlangt beim Abschätzen der Handlungsfolgen?

Im Haftungsrecht gehört die Bewertung des Verschuldens zu einer der schwierigsten Fragen. Wie wir gesehen haben, unterscheidet die Rechtsprechung seit dem römischen Recht zwischen Verschuldensgraden und schon der Juriskonsult Ulpian erwähnt die drei Grade der *culpa lata*, *levis* und *levissima*. Die Diskussion dreht sich nicht nur um die Frage, wie viele Verschuldensgrade zu berücksichtigen seien, sondern besonders auch darum, nach welchen Kriterien Schuld zu beurteilen sei. Allgemein gültige abstrakte Regeln dazu haben sich bis heute nicht durchgesetzt. Die Juristen versuchen daher seit langem, das Problem kasuistisch zu lösen. Es lassen sich inzwischen in den verschiedenen Rechtsordnungen aus den zahllosen Fällen vage Fallgruppen herauslesen, die in schweres, mittleres und gelegentlich leichtes Verschuldens zerfallen.

Die Beurteilung des Verschuldens im Zusammenhang mit der Verantwortung wird natürlich durch dieselben Probleme erschwert. Auch hier ist eine überzeugende abstrakte Regel nicht in Sicht. In krassen Fällen ist sicher ein einstimmiges Urteil zu erwarten. Bei weniger extremen Fällen dürften die Meinungen aber auseinandergehen.

Hier können wir von den Gesetzgebern etwas lernen. Sie haben sich nämlich meist nicht in komplizierte Regeln zum Verschulden oder dessen Graden verstrickt, sondern allgemeine Grundsätze aufgestellt und den Richter mit einer großzügigen Bewertungskompetenz ausgestattet. Auch bezüglich der Verantwortung kann die Beurteilung des Verschuldens wohl nur am Einzelfall und ohne genauere Regeln vorgenommen werden und nur vor dem Hintergrund allgemein anerkannter Verhaltensregeln.

Wir haben bereits verschiedene Kriterien erwähnt (wie etwa Dauer und Schwere des Schadens, Anzahl der Betroffenen etc.), die zur Beurteilung der Reversibilität heranzuziehen sind. Diese können auch im Zusammenhang mit dem Verschulden und dessen Grad eine Rolle spielen.

(i). Allgemein bekannte Handlungsfolgen

Die allgemeine Lebenserfahrung lehrt, dass bei gewissen Handlungen diese oder jene Folge zu erwarten ist. Kann dabei bekannterweise ein (irreversibler) Schaden entstehen, ist von der Handlung abzusehen oder es sind die notwendigen sichernden Vorkehrungen zu treffen. Wer

solche allgemeine Kenntnisse missachtet, handelt selbstverständlich schuldhaft.

Schwere des Schadens. Die mögliche Höhe des Schadens spielt bei der Abschätzung eine entscheidende Rolle. Eine Handlung, bei der lediglich unbeachtlicher Schaden entstehen kann, führt nicht zum Verschuldensvorwurf. Wer sich als Fußgänger in einer Stadt bewegt, muss bei normalem Verhalten nicht mit einem Schaden rechnen, selbst wenn er vielleicht gelegentlich mit einem Vorbeigehenden zusammenstößt. Wer jedoch blindlings mit einem Fahrzeug fährt, kann bedeutenden Schaden anrichten und handelt deshalb schuldhaft. Dasselbe gilt insbesondere auch für industrielle Tätigkeiten, wo bei Unfällen große Bevölkerungsgruppen und ausgedehnte Teile der Umwelt in Gefahr gebracht werden können. Je schwerer der mögliche Schaden sein kann, desto größer ist deshalb das Verschulden des Handelnden.

Anzahl der Betroffenen. Dieselbe Regel gilt auch für die Anzahl der Betroffenen. Wer einen Einzelnen in Gefahr bringt, handelt weniger schuldhaft als derjenige, der die Ursache für einen möglichen Massenschaden in die Welt setzt.

Dauer des Schadens. Wir haben gesehen, dass bei reversiblen Schäden die Dauer der Schadensheilung sehr unterschiedlich sein kann. Das ist natürlich auch für die Bewertung des Verschuldens von Bedeutung. Je länger der Schaden dauern kann, desto größer ist das Verschulden des Handelnden.

Wert des betroffenen Gutes. Wer weniger bedeutende Güter wie etwa reine Vermögenswerte bedroht, handelt weniger schuldhaft als wenn wertvolle Güter wie zum Beispiel Leben oder Gesundheit von Menschen auf dem Spiele stehen.

(ii). Unvorhersehbare Handlungsfolgen

Ein schwieriges Problem stellen die unvorhersehbaren Schäden dar. Kann jemandem Verschulden angelastet werden, wenn er einen unvorhersehbaren Schaden ermöglicht? Im Zusammenhang mit der Reversibilität haben wir gute Gründe dafür angeführt, warum Handlungen, die zu unvorhersehbaren Schäden führen, unverantwortlich sind.²⁸¹ Es stellt sich nun die Frage, ob dies auch aus der Verschuldensperspektive der Fall sei? Ausgehend von Mucius' Definition, wonach Verschulden darin besteht, nicht vorhergesehen zu haben, was ein *diligens* vorhergesehen hätte, wäre man

²⁸¹ Siehe dazu auch *supra* VI.A.5, 117 f.

auf den ersten Blick versucht zu sagen, dass beim Möglichmachen unvorhersehbarer Schäden kein Verschulden vorliegen könne. Das halte ich aber in dieser allgemeinen Form nicht für richtig.

Denn die Frage ist, ob nicht mindestens in gewissen Fällen mit unvorhersehbaren Schäden zu rechnen sei? Es gehört nämlich nicht nur zur allgemeinen Lebenserfahrung, dass Bekanntes, sondern auch, dass Unerwartetes und Unvorhersehbares eintreten kann. Das muss der Handelnde berücksichtigen.

Das bedeutet Folgendes. Je weniger bekannt die Folgen einer Handlung sind, desto mehr muss der Handelnde mit unerwarteten Folgen rechnen und desto vorsichtiger muss er sich verhalten. Lässt er die notwendige Vorsicht nicht walten, handelt er schuldhaft. Natürlich sind vor allem komplexe, meist wohl technische Tätigkeiten von dieser Regel betroffen. Je unübersichtlicher Tätigkeiten und je schwerer erfassbar Sachzusammenhänge sind, desto mehr ist mit Unerwartetem und Unvorhersehbarem zu rechnen. Je weniger bekannt die Handlungsfolgen sind, desto zurückhaltender muss gehandelt werden.

Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn zwar die Möglichkeit eines Schadens nahe liegt, aber nicht bekannt ist, wie wahrscheinlich er ist und wie hoch er ausfallen könnte. In diesem Fall sind Voraussagen oft auf Risikoabschätzungen und unerhärtete Annahmen gestützt. Es stellt sich dann die Frage, welche Anforderungen aus der Perspektive der Verantwortung an solche Voraussagen gestellt werden.

Grundsätzlich herrscht hier das Prinzip allerhöchster Zurückhaltung. Wie wir bereits mehrmals gesehen haben, geht aus der allgemeinen Definition des Verschuldens hervor, dass schuldhaft handelt, wer nicht vorherieht, was ein *diligens* vorhergesehen hätte. Wenn der Handelnde nicht ausschließen kann oder gar voraussieht, dass vielleicht ein Schaden entstehen könnte, dass er aber von diesem Schaden und seinen möglichen Ausmaßen nur eine vage Vorstellung hat, muss er sich wie ein *diligens* verhalten. Streng genommen bedeutet dies, dass er auf die Handlung so lange verzichten muss, bis er auch einen unvorhersehbaren Schaden mit Sicherheit ausschließen kann. Diese Formulierung mag auf den ersten Blick widersprüchlich anmuten, weil unvorhersehbares *per definitionem* nicht vorhergesehen und daher nicht ausgeschlossen werden kann. Dennoch gibt es Vorgänge, die so genau bekannt sind, dass Schäden mit Sicherheit ausgeschlossen werden können. Eben dieser Grad der Gewissheit muss erlangt werden, um dem Verschuldensvorwurf zu entgehen.

Bei milderer Auslegung käme man zum Schluss, dass die Handlung nur dann begangen werden darf, wenn ein Schaden mit höchster Wahr-

scheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Auch hier gilt im übrigen, dass die Gewissheit, es entstehe kein Schaden, umso größer sein muss, je schwerer oder dauerhafter der Schaden sein könnte oder je mehr und je wertvollere Güter davon betroffen sein könnten.

Mit anderen Worten besteht also bei Tätigkeiten, deren Folgen unzulänglich bekannt sind, eine Vermutung, dass unvorhersehbarer Schaden eintreten kann. Je höher die Wahrscheinlichkeit solcher Schäden ist und je weniger die Folgen der Tätigkeit bekannt sind, desto zurückhaltender muss der Handelnde sich verhalten. Tut er dies nicht, handelt er schuldhaft.

C. Zusammenhang zwischen Verantwortung und Haftung

Im Prinzip sind Verantwortung und Haftung voneinander getrennt. Sie gehören zwei verschiedenen normativen Ordnungen an und zwar einer ethischen und einer rechtlichen. Die wohl wichtigsten Unterschiede bestehen darin, dass erstens ein Urteil bezüglich der Verantwortung zwar ethisch-normative Kraft hat, aber nicht wie ein haftungsrechtliches Urteil zu Schadenersatz führt. Zweitens wird das ethische Urteil nicht von einem Richter ausgesprochen, sondern von jedem einzelnen Mitglied der Gesellschaft.

Natürlich sind diese beiden Ordnungen insofern nicht klar zu unterscheiden, als jeder Rechtsordnung immer auch allgemeine ethische Vorstellungen zu Grunde liegen. Der Übergang von der ethischen zur moralischen Ordnung ist daher, wie wir gesehen haben, fließend. Das lässt sich zum Beispiel an den von Juristen gerne verwendeten Argumenten ablesen, eine Lösung sei ›schockierend‹, ›stoßend‹ oder verletze den Gerechtigkeitsgrundsatz. Gemeint ist damit meist ein Widerspruch zwischen allgemeinen ethischen Regeln oder Empfindungen und dem rechtlichen Ausgang eines konkreten Falles. Haftungsrecht sollte daher den Verantwortungsvorstellungen einer Gesellschaft nicht diametral gegenüber liegen.

Inwiefern aber sollten Verantwortungskriterien das Haftungsrecht beeinflussen? Oder anders gefragt, was wäre aus dem Verantwortungsbegriff ins Haftungsrecht zu übernehmen? Darauf gibt es kaum eine genaue Antwort. In demokratischen Gesellschaften ist eine gegenseitige Beeinflussung zwischen diesen beiden normativen Ordnungen zu beobachten. So geben die ethischen Vorstellungen der Verantwortung dem Gesetzgeber Richtlinien, wie Haftungsrecht zu gestalten ist. Auf diesem Weg wird

die Gesetzgebung ethisch geformt. Durch die Rechtsprechung fließen diese Werte in die Gesellschaft zurück und prägen das Verantwortungsverständnis. Die Verantwortungsvorstellungen, die der Gesetzgeber den Rechtsnormen zu Grunde gelegt hat, weisen den Richter natürlich auch darauf hin, wie Normen zu verstehen und interpretieren sind und wie er seine Auslegungskompetenz ausfüllen sollte. So können allgemeine Vorstellungen der Verantwortung zum Beispiel den Richter beeinflussen, wenn er im konkreten Falle das Modell des *bonus vir* festlegt, an dem das Verhalten der betreffenden Person gemessen wird. Neben diesen allgemeinen Vorstellungen können aber auch persönliche Anschauungen des Richters auf ein Urteil wirken. Es ist vom Richter nicht zu erwarten, dass er in seinem Amt ein Verhalten als Verschulden bezeichnet, das er als Privatmann für richtig hält. Dieser Einfluss muss aber beschränkt bleiben. Ist er als Privatmann zwar gegen die Auflösung von Ehen, wird der Richter dennoch Scheidungen aussprechen, weil er die Unterscheidung zwischen Recht und persönlichen Überzeugungen anerkennt. Allerdings wird er im Zweifelsfalle – und im Rahmen seiner Kompetenzen – mit großer Wahrscheinlichkeit weniger gewillt sein Ehen zu scheiden als ein Kollege, der seine Vorbehalte nicht teilt. Dieses komplexe Verhältnis zwischen ethischen und rechtlichen Normen gehört zu unserem Rechtsverständnis. Eine gegenseitige Beeinflussung zwischen Verantwortungs- und Rechtsverständnis ist nicht nur wünschenswert, sondern auch unerlässlich, um sicherzustellen, dass nicht zu große inhaltliche Unterschiede entstehen, die die Rechtsordnung auf die Dauer außer Kraft setzen würden.

D. Beispiele

In der Folge wird es darum gehen, das hier vorgelegte Verantwortungsmodell an einigen kniffligen Beispielen zu erklären und erproben.

Beispiel 1: Eine in der Vergangenheit liegende Handlung, deren späte Folgen zum Zeitpunkt der Tat nicht bekannt waren.

Unkontrollierte Einfuhr von Blut aus Ländern mit schwacher medizinischer Versorgung. Die Hepatitis C ist zum Zeitpunkt der Transfusion noch nicht bekannt. Man weiß aus Statistiken, dass in x Prozent aller Transfusionen zum Teil schwere Komplikationen beim Empfänger auftreten. Gleichzeitig weiß man aber auch, dass ohne Bluttransfusionen 10x x Patienten in äußerste Schwierigkeiten geraten würden. Unter den betroffenen Blutempfängern werden gewisse von Hepatitis C befallen,

andere jedoch von damals bekannten Krankheiten, die durch Kontrollen hätten entdeckt werden können. Der Arzt hat die Opfer nicht darüber aufgeklärt, dass bei Bluttransfusionen immer ein Risiko bestehe, von unbekanntem Krankheiten angesteckt zu werden.

(i) Unkontrollierte Einfuhr von Blut

Das unkontrollierte Einführen und Verteilen von Blut setzt die Empfänger bekannterweise großen, möglicherweise schwersten Risiken aus, die zu irreversiblen Schäden führen können. Laut These I (i) ist eine solche Einfuhr von Blut unverantwortlich. Es ist zudem ein schwerer Verstoß gegen die *lex artis medicae*, der als Verschulden auch unter These II (ii) fallen würde. Die Handlung wäre unter diesen beiden Thesen selbst dann als unverantwortlich zu bezeichnen, wenn gar kein Patient Schaden erleiden würde.

Die Tatsache allein, dass selbst unter Einhaltung aller Sicherheitsvorschriften in x Fällen Bluttransfusionen Komplikationen auslösen können, würde nicht genügen, um die Handlung als unverantwortlich zu bezeichnen. Denn diesen Fällen stehen 10mal mehr Fälle gegenüber, bei denen ohne Transfusion ein gesamthaft noch schwererer Schaden zu erwarten wäre.

(ii) Opfer bekannter Krankheiten; Blutkontrollen hätten verhindern können, dass das infizierte Blut an Patienten weitergegeben wird.

Die Überlegungen zu (i) sind auch hier anwendbar. Die Handlungen würden unter die Thesen I (i) und (ii) und These II (ii) fallen.

(iii) Opfer der (damals unbekanntem) Hepatitis C

Die Hepatitis C ist zum Zeitpunkt der Transfusion nicht bekannt. Es stellt sich daher die Frage, ob jemandem Verantwortung angelastet werden könne für Schäden, die er mangels überhaupt vorhandener Kenntnisse gar nicht hat voraussehen können. Es ist sehr schwierig darauf eine Antwort zu geben, weil es hier gute Argumente für und gegen Verantwortung gibt. Dagegen würde erstens sprechen, dass es gegenüber dem Schädiger ungerecht erscheint, ihn für eine Handlung verantwortlich zu machen, deren schädliche Folgen er gar nicht kennen konnte; zweitens musste das Opfer mit dem medizinischen Risiko rechnen, von einer unerkannten Krankheit befallen zu werden. Dafür hingegen spricht, dass das Vertrauen des Opfers in die medizinische Kompetenz des Arztes enttäuscht wurde. Wenn es einen irreversiblen Schaden erleidet, bleibt ihm als Einziges die soziale Anerkennung, ihm gegenüber sei unverant-

wortlich gehandelt worden. Vor allem aber musste der Arzt wissen, dass Bluttransfusionen immer auch mit unbekanntem Risiko behaftet sein können und hätte dies dem Patienten mitteilen müssen. Ich würde daher dazu neigen, die zweite Argumentation vorzuziehen und die Verteidigung des Arztes nicht als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, außer wenn er das Opfer ausdrücklich auf das Risiko aufmerksam gemacht hat. War das Opfer nicht im Stande sich zu äußern, müssten an seiner Stelle die Angehörigen oder der Arzt so entscheiden, wie aufgeklärte Patienten in vergleichbaren Situationen dies normalerweise tun.

Für den zweiten Standpunkt gibt es auch noch einen anderen Grund. Bei risikobelasteten Tätigkeiten sollten nur äußerst selten Rechtfertigungsgründe anerkannt werden. Sonst würden gefährlichen Handlungen Tür und Tor geöffnet, weil es dem Handelnden leicht fallen würde zu seiner Verteidigung Unkenntnis anzuführen.

Beispiel 2: Eine gegenwärtige, andauernde Handlung mit gefährlichsten Folgen, wenn ein Unfall geschieht. Bei sofortigem Einstellen der Handlung drohen schwerwiegende Schäden.

Nukleartechnologie. Es ist bekannt, dass ein technisches Verfahren zur Herstellung eines Produkts (elektrischer Strom) bei Unfällen sofort und für sehr lange Zeit schwerste und ausgedehnteste Schäden anrichten kann. 70 Prozent der Wirtschaft hängen von diesem Produkt ab. Alternative Techniken zur Herstellung des Produkts sind zwar bekannt, könnten aber in absehbarer Zeit nur in begrenztem Maß das gefährliche Verfahren ersetzen. Ein sofortiges Einstellen des Verfahrens wäre mit einschneidenden Maßnahmen und zahlreichen Schäden verbunden.

(i) Beginn einer Handlung mit gefährlichsten möglichen Folgen

Eine Handlung mit derartigen möglichen Folgen aufzunehmen verstößt gegen die Thesen I (i) und (ii), sowie gegen These II (ii). Wer Handlungen ausführt, von denen er weiß, dass selbst bei größter Vorsicht schwerste irreversible Schäden an einer großen Anzahl von Personen und Sachen entstehen können, verstößt gegen elementare Regeln der Verantwortung. Dies gilt sowohl für das ausführende Unternehmen, als auch für die Behörden, die die dazu notwendigen Erlaubnisse erteilt und den Gesetzgeber, der die gesetzlichen Grundlagen dazu beschlossen haben.

(ii) Weiterführung der bereits laufenden Produktion

Das Weiterführen an sich würde unter dieselben Regeln fallen, welche unter (i) erwähnt wurden und die Anwendung des Verfahrens müsste an

und für sich sofort aufgegeben werden. Allerdings sind hier die Folgen einer sofortigen Aufgabe der Produktion zu berücksichtigen. Dabei ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen einerseits den Risiken der Weiterführung und andererseits den Schäden, die durch eine sofortige Aufgabe entstehen würden. Entsprechend dem Schadensminderungsprinzip wäre die Aufgabe des Produktionsverfahrens so zu gestalten, dass dabei der insgesamt kleinstmögliche Schaden entstehen würde.

Beispiel 3: Einrichtung einer neuen gefährlichen Installation, die in (ferner) Zukunft schweren Schaden anzurichten droht (Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen).

Nukleartechnologie. Es ist bekannt, dass bei einem technischen Herstellungsverfahren gefährliche Restprodukte wie zum Beispiel nukleares Material anfallen, für deren Entsorgung (noch) keine Lösung vorliegt und die vielleicht von kommenden Generationen während Jahrhunderten überwacht werden müssen, um Schäden zu verhindern.

(i) Das Ermöglichen zukünftiger irreversibler Schäden

Die Einrichtung neuer Installationen, die in der Zukunft irreversiblen Schaden anrichten können, verstößt gegen These I (i), da die Gefahr besteht, dass in der Zukunft nicht gutzumachende Schäden entstehen werden.

(ii) Das bewusste Ermöglichen irreversibler Schäden

Das Errichten solcher Installationen im Bewusstsein, dass irreversible Schäden entstehen können, ist schuldhaft und verstößt damit gegen These II (ii). Dies umso mehr, als die Möglichkeit von Schäden sehr genau bekannt ist. These II (ii) würde aber selbst dann verletzt, wenn die Möglichkeit von Schäden nicht bekannt wäre, namentlich weil bei komplexen technischen Verfahren immer allerhöchste Vorsicht geboten ist. Wer diese Vorsicht nicht walten lässt, handelt schuldhaft.

(iii) Das Schaffen von Risiken und Handlungszwängen für kommende Generationen

Wer Produkte herstellt, die vielleicht während Jahrhunderten überwacht werden müssen, schafft für die kommenden Generationen Risiken und Handlungszwänge, weil diese Generationen sich gegen mögliche Schäden schützen müssen. Das Risiko ist, wie wir gesehen haben (*supra* 111 ff), an sich ein Schaden. Da es sich in unserem Beispiel über lange Zeit erstreckt, handelt es sich um einen irreversiblen Schaden, der unter These I (ii) fällt.

Da diese Risiken bewusst verursacht werden, fällt eine solche Handlung zudem unter These II (i).

Man kann sich zusätzlich die Frage stellen, ob Handlungszwänge, die jemand für Andere schafft, nicht ebenfalls ein Schaden an sich seien. Dies lässt sich nicht pauschal beantworten. Zum Beispiel ist das Erzeugen von Leben für die kommende Generation ebenfalls mit Handlungszwängen verbunden, weil sie die mit jedem Leben verbundenen Schwierigkeiten meistern muss. Natürlich kann aber keinesfalls von einem Schaden die Rede sein. Es gibt aber einen entscheidenden Unterschied zwischen jenen Handlungszwängen, die jedes Leben mit sich bringt und denjenigen, von denen hier die Rede ist: Die ersten gehören genuin zum Leben, während die zweiten willkürlich geschaffen wurden. Aus der Perspektive der Verantwortung könnte man außerdem das Prinzip der Schadensminderung anwenden. Das Weitergeben von Leben ist mit Handlungszwängen für die kommende Generation verbunden; aber diese Zwänge müssen so klein gehalten werden wie möglich. Wer über die minimalen Handlungszwänge hinausgeht, handelt schuldhaft und verletzt These II (ii).

Kapitel VII

Allgemeine Würdigung

A. Antike Verantwortungs- und Haftungsgedanken

Die antiken Schriften, die wir hier kurz untersucht haben, zerfallen in zwei große Kategorien: einerseits die genuin rechtlichen – und zwar verschiedene mesopotamische und kleinasiatische *codices* sowie die *Digesta Justinians* – und andererseits die griechischen, rhetorisch und philosophisch geprägten Texte.

Wir haben in den juristischen Texten einen langen Katalog von schädigenden Handlungen vorgefunden, wie Mord und Totschlag, verschiedenste Körperverletzungen und Sachbeschädigungen. Daran ist nichts Erstaunliches. Der Gesetzgeber regelte ja jene Fälle, die sich im Alltagsleben zutragen. Dabei definierte er die verschiedenen Tatbestände zum Teil bis in die Einzelheiten. Diesem Katalog entsprechen beinahe ebenso weitgefächerte rechtliche Konsequenzen, die der Gesetzgeber dem Schädiger androht. Sie reichen von der Todesstrafe über Verstümmelung und Talion, Verbannung, körperliche Züchtigung und Auslieferung an den Geschädigten bis zu Ächtung, Buße, Schadenersatz und Verwarnung. Freiheitsentzug wird kaum erwähnt und wenn doch, dann höchstens, um ihn als Strafe auszuschließen. Für uns von besonderer Bedeutung ist, dass trotz zum Teil brutaler Strafen bereits in frühester Zeit der Gedanke des Schadenersatzes vorzufinden ist. So sieht zum Beispiel der *Codex Hammurapi* (ca. 1750 a.C.) in gewissen Fällen Realersatz vor.

Erwähnt seien hier für die mesopotamischen und kleinasiatischen Gesetze kurz die Talion, die Fahrlässigkeit sowie der Begriff der Widerrechtlichkeit. Die Talion ist in verschiedenen Varianten anzutreffen. Ausgehend vom klassischen ›Wie du mir, so ich dir‹ bilden sich Kombinationen aus, wo bereits im *Codex Hammurapi* die Talion in gewissen Fällen durch Schadenersatznormen ergänzt wird, wenn neben Körperverletzungen auch Sachschaden zu beklagen ist. Aber auch die vor allem aus dem römischen XII-Tafelgesetz bekannte Alternative zwischen Talion und Schadenersatz haben wir bereits in früheren Zeiten angetroffen. In den assyrischen Gesetzen (ca. 1076 a.C.) hat der Geschädigte die Wahl zwischen der Talion oder einer Entschädigung aus dem Vermögen des

Täters. Dies ist eine sehr bedeutende Entwicklung weg von der Verdoppelung des Schadens durch die Talion hin zu seiner Verschiebung in den Bereich des Schädigers.

Die Fahrlässigkeit lässt sich stellenweise zwar bereits im *Codex Eschnunna* (ca. 1770 a. C.) nachweisen, jedoch sind die Spuren noch verschwommen. Gemeint ist jeweils ein unangemessenes Verhalten des Schädigers und die implizite Vorstellung, er hätte anders handeln können und sollen. Auch im *Codex Hammurapi* scheint die Fahrlässigkeit auf. Sie wird bildhaft beschrieben als ›den Arm fallen lassen‹, wenn vom Schädiger erwartet werden konnte etwas zu unternehmen, um den Schaden zu verhindern. Natürlich erlauben diese Fragmente noch keine genaue begriffliche Analyse. Dennoch lässt sich zeigen, dass die beiden grundlegenden Elemente der Fahrlässigkeit bereits mindestens implizit vorhanden waren, nämlich erstens der Vorwurf an den Schädiger, dass sein Verhalten nicht richtig gewesen sei, und zweitens, dass er den (berechtigten) Erwartungen nicht entsprochen habe.

Auch zur Widerrechtlichkeit lässt sich eine – zwar nur ungenaue – Angabe machen. Ganz allgemein ist zu sagen, dass Normen – und damit auch die hier analysierten *codices* – immer mit dem Begriff der Widerrechtlichkeit verbunden sind. Denn wer eine Rechtsnorm aufstellt, kann gar nicht umhin auch an das Übertreten der Norm zu denken. Es erstaunt daher kaum, dass namentlich im Epilog des *Codex Hammurapi* die Widerrechtlichkeit klar angesprochen wird. Diese Überlegung trifft auch auf die Haftungsnormen zu. Es handelt sich jeweils um eine Schädigung, die von der Rechtsordnung an und für sich nicht toleriert wird und in irgendeiner Form nach Ausgleich verlangt.

Die römischrechtliche Tradition enthält zahlreiche haftungsrechtliche Elemente, die wir bereits in den mesopotamischen und kleinasiatischen Texten vorgefunden haben. Namentlich die Talion ist im XII-Tafelgesetz (ca. 451 a.C.) verankert. Allerdings fordert die berühmte Norm VIII, 2 die Streitparteien auf, bei Knochenbrüchen zuerst eine gütliche Einigung zu suchen. Nur wenn dies nicht gelingt, kann der Geschädigte die Talion verlangen.

Eine juristische Revolution bricht anfangs des 3. Jahrhunderts a.C. an. In der *lex Aquilia* (ca. 286 a.C.) wird das Haftungsrecht zum ersten Mal in allgemeiner Form in eine kohärente juristische Form gegossen. Dieses Gesetz legt den Grundstein für das noch heute in der westlichen Rechtstradition gültige Haftungsrecht. Die Revolution betrifft sowohl die Form, den Inhalt, die juristische Arbeitsmethode als auch die rechtlichen Grundkategorien. Formal ist das gesamte Haftungsrecht in zwei

kurzen Normen zusammengefasst; inhaltlich wird der Schadenersatz zum einzigen Mittel der Gutmachung; methodisch erhält der Jurist eine genaue Arbeitsvorgabe, wonach er systematisch zuerst den Sachverhalt prüfen und anschließend die rechtliche Qualifikation des Tatbestandes vornehmen muss. Und schließlich ruht die *lex Aquilia* auf fünf juristischen Kategorien: Schaden, schädigende Handlung, Kausalität, Widerrechtlichkeit und Schadensberechnung. Ein knappes Jahrhundert später fügt die Rechtsprechung als sechste Kategorie das Verschulden hinzu.

Die Texte der Antike, soweit sie nicht erst in jüngerer Zeit entdeckt wurden, waren Quellen, aus denen über Jahrhunderte bis heute reichlich geschöpft wurde. Die Juristen abendländischer Tradition haben sich bezüglich des Haftungsrechts weitgehend der römischen Gesetzgebung zugewandt und sie in einer zusehends sich verdichtenden Dogmatik ausgebaut. Dieser Entwicklungsprozess hat sich über Jahrhunderte fortgesetzt und ist auch heute noch im Gange. Das bedeutet, dass das westliche Haftungsrecht heute im Grunde noch immer römisches Recht ist. Das Erbe des römischen Haftungsrechts sind vor allem die erwähnten sechs juristische Grundkategorien, auf denen noch heute das gesamte Haftungsrecht aufgebaut ist. Es mag zwar sein, dass einzelne dieser Kategorien zeitweise in den Hintergrund getreten sind; ausgewischt wurde bis heute noch keine. Das liegt vielleicht an der römischen Fragestellung, an die wir uns seit langem gewöhnt haben, aber viel mehr noch am pragmatischen Rechtsverständnis der *jurisconsultes*. Sie haben es verstanden, die wesentlichen von den unwesentlichen Fragen zu trennen, erstere in juristische Kategorien umzuformen und zu einem systematischen Ganzen zusammenzufügen. Nur so kann man sich erklären, dass unsere Gerichte noch heute Mucius' und Ulpian's Begriffe verwenden und wir in ihrer Sprache unsere Kommentare schreiben.

Die philosophische Entwicklung des Verantwortungsgedankens hat andere Wege genommen. Zwar enthielt das römische Recht allgemeine Grundsätze, namentlich die prominenten *honeste vivere, neminem laedere* und *suum cuique tribuere*, die eine Brücke zwischen Rechtsordnung und philosophischer Grundlegung schlagen konnten. Es sind aber die (etwas älteren) Texte vor allem Platons und Aristoteles', die einen entscheidenden Einfluss auf unser Verständnis der Verantwortung ausüben. Vor allem Platon hat die Überzeugung, dass der Schädiger sein Opfer restlos zu entschädigen habe, mit unglaublicher Kraft ausgedrückt. Aristoteles deutete – allerdings etwas moderater – in dieselbe Richtung, als er in seiner Gerechtigkeitstheorie forderte, das Opfer habe Anspruch auf die Entschädigung all dessen, was es verloren habe. Einen ähnlichen Ansatz

vertrat auch die römische Jurisprudenz, die das *interesse* des Opfers zum Maßstab der Entschädigung machte. Gewiss ist die seit der Moderne stetig wachsende Tendenz, jeden Schaden als im Grunde unhinnehmbar zu betrachten und sich mit allen Mitteln Schadenersatz zu verschaffen, von der platonischen und aristotelischen Philosophie getragen und auch vom römischen Haftungsrecht unterstützt.

Bei den griechischen Philosophen klingen auch weitere, heute im Haftungsrecht inzwischen zum Teil wesentliche Konzepte an. Antiphon gab in seiner zweiten Tetralogie dem Fehler- und dem Verschuldensbegriff zwar unklare Konturen, hat aber doch den Leichtsinn und die Unachtsamkeit – zwei Elemente, die wir heute dem Verschulden zurechnen würden – klar angesprochen. Platon verwandte nuancierte Formen der Intentionalität, die vom *dolus* fein abgestuft bis zur zufälligen Schadenshandlung absteigen. Ebenso entwickelte er einen komplexen Schadensbegriff, wo nicht nur materielle, sondern sogar psychologische Schäden ihren Platz finden. Er stellte zudem die Gutmachung in den Vordergrund und forderte überspitzt, der Schädiger habe selbst den Getöteten wieder zum Leben zu erwecken. Ebenfalls völlig übertrieben äußerte er sich zur Todesstrafe, die er für die schwersten Vergehen verhängte und sogar bedauerte, sie sei in gewissen Fällen zu milde. Aristoteles entwarf in groben Zügen ein Haftungsmodell mit den wesentlichen Kategorien, die auch das moderne Haftungsrecht prägen: Handlung, Kausalität, Widerrechtlichkeit, Verschulden und die Schadensberechnung.

Die Griechen haben sich noch ein weiteres großes Verdienst erworben. Sie haben die rein juristischen, in Gesetzen festgeschriebenen Auffassungen in einen viel weiteren, philosophischen Rahmen gestellt. Es ging nun nicht mehr bloß um Schadenersatz oder Sühne, sondern auch um die Frage, was denn gerecht sei und nach welchen Regeln wir Handlungen zu bestimmen haben. Dies sollte weit über die griechische Tradition hinaus weiterwirken. Ab der Wiederentdeckung des römischen Rechts am Anfang des 2. Jahrtausends wurde die rechtliche Entwicklung des Haftungsrechts stets von philosophischen und oft auch theologischen Überlegungen zum Thema der Verantwortung begleitet, die sich zudem oft explizit auf Platon und Aristoteles bezogen. Allerdings haben sich die zwei Disziplinen seit Ende des 18. Jahrhunderts wieder etwas auseinandergeliebt, sodass sich heute die Philosophen und die Juristen meist nur um ihren eigenen Acker kümmern.

B. Elemente einer Verantwortungstheorie

1. Die Strukturen der Verantwortung

Es ist zuerst festzuhalten, dass es Grade der Verantwortung gibt. Das kommt namentlich in der Alltagssprache zum Ausdruck, wenn jemand zum Beispiel sagt: »X hat äußerst unverantwortlich gehandelt«. Dahinter steckt die unausgesprochene Aussage, dass X auch hätte weniger unverantwortlich handeln können. Eine ähnliche Unterscheidung ist übrigens auch aus dem Haftungsrecht bekannt, wo der Richter namentlich bei Mittäterschaft zwischen den Beiträgen – und damit dem Verantwortungsgrad – der verschiedenen Mittäter unterscheidet. Auf höchst verantwortliche Art handelt der Schädiger laut dem hier vorgeschlagenen Modell dann, wenn er (i) den Schaden völlig gutmacht, das heißt, wenn er das Opfer in jene Lage versetzt, in der es sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde und (ii) den Schädiger kein Verschulden trifft. Die tiefste Stufe der Verantwortung ist dann erreicht, wenn der Schädiger einen schweren irreversiblen Schaden zugefügt und zudem dolosiv gehandelt hat. Zwischen diesen beiden Extremen gibt es eine stufenlos ansteigende Linie von Verantwortungsgraden.

Die Analysen haben ergeben, dass trotz vieler Ähnlichkeiten grundsätzliche Unterschiede zwischen Haftung und Verantwortung bestehen. Die Haftung ist ein rechtlicher Begriff. Sie erlaubt – grob umschrieben – festzustellen, wer im Schadensfall wem gegenüber Schadenersatz fordern kann und in welcher Höhe. Verantwortung hingegen ist ein allgemeiner Begriff der Umgangssprache und bezeichnet die Obliegenheit jedes Einzelnen, dafür zu sorgen, dass in seinem Handlungsbereich alles in geordneten Bahnen verläuft und namentlich, dass er keinen Schaden anrichtet. Das Haftungsrecht verbietet im Allgemeinen nicht ausdrücklich Schaden zu verursachen, sondern regelt die rechtlichen Folgen im Schadensfall. Das bedeutet allerdings nicht, dass das Haftungsrecht nicht trotzdem präventive Wirkung entfalten kann. Die Regeln der Verantwortung dagegen kommen sowohl *ex ante* als auch *ex post* zur Anwendung. Sie verbieten schädigende Handlungen und regeln die Verhaltensweise des Schädigers, nachdem der Schaden eingetreten ist.

Das klassische römische Recht hat die Zivilhaftung wie erwähnt in sechs großen juristischen Kategorien strukturiert: Schaden, schädigende Handlung oder Unterlassung, Kausalität, Widerrechtlichkeit, Verschulden und Schadensberechnung. Da Haftung und Verantwortung in vielen Bereichen ähnlich sind, stellt sich die Frage, inwiefern

diese sechs Kriterien auch in einer Verantwortungstheorie Anwendung finden können.

Schaden und schädigende Handlung. Die Begriffe des Schadens und der schädigenden Handlung spielen bei Verantwortungsfragen nicht dieselbe Rolle wie bei der Haftung. Allgemein gesprochen kann man sagen, dass die Regeln der Verantwortung bei jeder menschlichen Handlung Anwendung finden: *vor* dem Handeln bei der Bestimmung dessen, was jemand tun darf und soll, *während* der Handlung bezüglich der Art und Weise etwas zu tun und *nach* der Handlung, betreffend des Verhaltens gegenüber dem Opfer. Demzufolge setzt die Verantwortung (im Gegensatz zur Haftung) nicht voraus, dass ein Schaden bereits entstanden ist, sondern bezieht sich auch auf zukünftige Schäden oder Risiken, die zu Schäden führen können.

Kausalitätsbegriff. Der Kausalitätsbegriff ist demzufolge bei Verantwortungsfragen ebenfalls weiter als bei der Haftung. Da auch zukünftige Schäden Verantwortungsfragen aufwerfen können, sind nicht nur aktuelle sondern auch virtuelle, in der Zukunft liegende Kausalitätszusammenhänge relevant. Das ist bei Haftungsfragen nur selten der Fall.

Widerrechtlichkeit. Der Begriff der Widerrechtlichkeit verweist direkt auf eine Rechtsordnung und sollte daher im Zusammenhang mit Verantwortungsfragen eigentlich nicht verwendet werden. Der Ausdruck ›Verstoß gegen eine Norm‹ ist vorzuziehen, weil er sich nicht auf eine Rechtsordnung, sondern ganz allgemein auf Normverletzungen bezieht. Mangelnde Verantwortung oder gar Verantwortungslosigkeit kann nur vorgeworfen werden, wenn gegen eine Norm verstoßen wurde. Es kann sich dabei um die Verletzung des allgemeinen Präzeptes des *neminem laedere* oder eines andern allgemein anerkannten Grundsatzes handeln.

Verschulden. Das Verschulden stellt im Zusammenhang mit einer Verantwortungstheorie ganz spezifische Probleme. Es ist eine Theorie denkbar, die das Verschulden ausblendet und sich lediglich auf das Kriterium der Wiedergutmachung beschränkt. Verkürzt gesagt würde in einer solchen Theorie verantwortlich handeln, wer im Schadensfall den angerichteten Schaden völlig gutmacht. Dieser Ansatz hat den Vorzug der Einfachheit. Diese Einfachheit wird allerdings teuer erkaufte. Die Art und Weise, wie der Schädiger gehandelt hat, würde nämlich völlig vernachlässigt. Dolosives Handeln zum Beispiel würde aus Sicht der Verantwortung auf dieselbe Stufe gestellt wie leichte Fahrlässigkeit oder einwandfreies Handeln. Es ließe sich ein langer Katalog von Beispielen aufstellen, die ohne Berücksichtigung des Verschuldens unbefriedigend gelöst würden. Das Verschulden sollte daher bei der Bewertung der Verantwortung si-

cher eine Rolle spielen. Die Frage ist daher vor allem, wie diese Rolle aussehen sollte.

2. Zwei Kriterien zur Beurteilung der Verantwortung

Der vorliegende Text schlägt zwei Kriterien vor, die ein Urteil ermöglichen sollen, ob ein Verhalten als verantwortlich gelten könne: Reversibilität und Verschulden.

a. Das Kriterium der Reversibilität (These I)

Das Kriterium der Reversibilität ist auf die Gutmachung des Schadens gerichtet. Es ist in folgenden drei Sätzen formuliert:

(i) Verantwortung völlig wahrnehmen *kann* nur, wer im Schadensfall in der Lage ist, jenen Zustand herzustellen, in dem sich die geschädigte Person oder Sache ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

(ii) Verantwortung *nimmt nur völlig wahr*, wer im Schadensfall den Zustand tatsächlich herstellt, in dem sich die geschädigte Person oder Sache ohne das schädigende Ereignis befinden würde.

(iii) Ausgenommen sind jene Schäden, bei denen der Schädiger sein Verhalten rechtfertigen kann.

Satz (i) setzt keinen bereits entstandenen Schaden voraus. Er betrifft die bloße Möglichkeit einen Schaden gutzumachen. Könnte der Schädiger einen zukünftigen Schaden nicht gutmachen, ist sein Verhalten unverantwortlich. Das bedeutet, dass auch derjenige unverantwortlich handelt, welcher zwar keinen Schaden anrichtet, aber im Schadensfalle zur Gutmachung nicht im Stande wäre. Dieser Satz hat vor allem eine präventive Funktion. Er soll ein Kriterium an die Hand geben, um zu bestimmen, ob eine Handlung in der Zukunft unternommen werden dürfe.

Satz (ii) betrifft jene Fälle, wo bereits ein Schaden entstanden ist. Verantwortliches Handeln setzt voraus, dass der entstandene Schaden so gutgemacht wird, als wäre das schädigende Ereignis gar nie eingetreten. Wer diesen Zustand nicht herstellt oder nicht herzustellen vermag, handelt unverantwortlich.

Satz (iii) nimmt jene Fälle aus, wo der Schädiger Rechtfertigungsgründe für seine schädigende Handlung vorbringen kann. Gemeint sind zum Beispiel Notwehr, höhere Gewalt oder Zufall. Die beiden letzteren sind allerdings nur mit allergrößter Zurückhaltung gelten zu lassen, weil die Erfahrung zeigt, dass in vielen Fällen mit höherer Gewalt oder mit Zufall zu rechnen ist.

Reversibilität ist ein dynamischer Begriff. Sie lässt sich am besten mit einer Beschreibung des Schadens begreifen. Dieser ist ein Eingriff in den Lauf, den die Dinge nach allgemeiner Lebenserfahrung ohne den Schadensfall genommen hätten. Diese Laufbahn wird durch den Schaden verändert oder gebrochen. Reversibel ist der Schaden dann, wenn das Opfer auf die ursprüngliche Bahn zurückgebracht wird, auf der es sich ohne den Schaden befinden würde. Er ist also reversibel, wenn dem Geschädigten die Zukunftsperspektiven zurückgegeben werden, die er vor dem schädigenden Ereignis hatte. Reversibilität bedeutet also *nicht*, dass das Opfer in den Zustand vor dem schädigenden Ereignis zurückversetzt werden soll.

Reversibilität wird an einem faktischen Kriterium gemessen: Der Schädiger handelt nur dann verantwortlich, wenn er den Geschädigten (i) in den Zustand des *status sine damno* versetzen *kann* und (ii) wenn er ihn im Schadensfall tatsächlich in diesen Zustand versetzt.

These I führt namentlich zu folgenden Regeln:

- Voraussage zukünftiger Schäden: Je ungenauer die Voraussage über die Handlungsfolgen ausfallen, umso eher ist auf die Handlung zu verzichten.
- Voraussage und Wahrscheinlichkeit eines Schadens: Je größer die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen irreversiblen Schadens, desto weniger darf die Handlung ausgeführt werden.
- Schwere des Schadens: Je schwerer ein irreversibler Schaden sein kann, desto weniger kann dafür die Verantwortung übernommen werden.
- Anzahl der Opfer: Je größer die Anzahl der Opfer ist, desto schwerer wiegt die Verantwortung, die auf dem Schädiger lastet.
- Geographische Ausdehnung des Schadens: Je geographisch ausgehnter die schädigende Wirkung einer Handlung sein kann, desto weniger kann sie verantwortet werden.
- Dauer des Schadens. Je länger ein reversibler Schaden dauern kann, desto größer ist die Verantwortung des Schädigers.
- Risiko: Handlungen die selbst bei höchsten Sicherheitsmaßnahmen zu irreversiblen Schäden führen können, sind unverantwortbar und haben daher zu unterbleiben.
- Der Staat (Gesetzgeber oder ausführende Gewalt), der eine Handlung erlaubt, die selbst bei größten Sicherheitsvorschriften zu häufigen oder schweren irreversiblen Schäden führen kann, handelt unverantwortlich.

- Verantwortung und Wissen: Wer einen irreversiblen Schaden zufügt, handelt selbst dann unverantwortlich, wenn er gar nicht wissen konnte, dass seine Handlung einen Schaden anrichten kann.
- Schadenminderungsprinzip: Wenn es unmöglich ist einen Schaden zu verhindern, muss so gehandelt werden, dass der kleinstmögliche Schaden entsteht.

b. Das Kriterium des Verschuldens (These II)

Das Kriterium des Verschuldens ist auf das Verhalten des Schädigers gerichtet. Es ist in den folgenden zwei Sätzen formuliert:

(i) Wer in der Absicht handelt Schaden zuzufügen, handelt immer unverantwortlich, unabhängig vom Schaden und dem Grade der Wiedergutmachung.

(ii) Wer Schaden schuldhaft möglich macht oder zufügt, handelt unverantwortlich, und zwar proportional zur Schwere des Verschuldens.

Satz (i) drückt ein allgemeines, wohl in jeder menschlichen Gesellschaft gültiges Prinzip aus, wonach absichtliche Schadenszufügung verwerflich ist. Ausgenommen sind hier natürlich obrigkeitliche rechtlich begründete Eingriffe, beispielsweise zum Schutz des Gemeinwesens.

Satz (ii) betrifft das Verschulden des Handelnden. Wie in Satz (i) ist auch hier nicht notwendig, dass der Handelnde einen Schaden angerichtet hat. Es genügt, dass er schuldhaft einen Schaden möglich macht. Dass die Möglichkeit genügt, geht aus der Umgangssprache hervor. Wenn jemand einen Anderen zum Beispiel leichtfertig in Gefahr bringt, wird man sein Handeln selbstverständlich auch dann als unverantwortlich bezeichnen, wenn gar kein Schaden entsteht.

Verschulden liegt dann vor, wenn der Handelnde eine allgemein anerkannte Verhaltensregel verletzt (Normverletzung) und ihm diese Verletzung vorgeworfen werden kann, weil er anders hätte handeln sollen und können (Verschulden). Bei der Normverletzung handelt es sich um den Bruch einer allgemein anerkannten Regel, die ein *honeste vivens* beachtet hätte. Verschulden trifft denjenigen, der eine solche Regel gebrochen hat, obschon von ihm deren Beachtung hätte erwartet werden können.

Ist ein Schaden vorhersehbar und handelt der Schädiger dennoch, handelt er schuldhaft. Das Problem ist schwieriger, wenn der Schaden nicht vorhergesehen werden kann. Aber auch dann gilt, dass den Schädiger Schuld trifft, wenn mit Unerwartetem oder Unvorhersehbarem zu rechnen war. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn komplexe, unübersichtliche, schwer durchschaubare oder wenig erprobte Techniken

zur Anwendung kommen. In diesen Fällen gilt das Prinzip höchster Zurückhaltung: Eine Handlung darf nur dann unternommen werden, wenn mit Sicherheit oder allerhöchster Wahrscheinlichkeit ein Schaden ausgeschlossen werden kann.

c. Verhältnis zwischen These I und II

In These I und II kommen zwei verschiedene und voneinander unabhängige Kriterien zur Anwendung. Nur wenn gleichzeitig beide Kriterien erfüllt sind, ist ein Verhalten verantwortlich. Wenn eines der beiden oder gar beide unerfüllt bleiben, ist das Verhalten als unverantwortlich einzustufen. Das heißt, nur wenn (i) der Schaden reversibel ist und im Schadensfalle gutgemacht wird und (ii) den Handelnden kein Verschulden trifft, kann das Verhalten des Schädigers als verantwortlich bezeichnet werden. Ist hingegen der Schaden reversibel und wurde auch gutgemacht, aber das Handeln schuldhaft oder ist der Schaden irreversibel und das Handeln verschuldensfrei, so ist das Verhalten unverantwortlich.

Fragen der Verantwortung haben unsere Vorfahren seit ältester Zeit bewegt. Sie begleiten jeden Entscheid zum Handeln und sind damit aufs Engste mit der menschlichen Existenz verbunden. Jede Epoche hat auf die gestellten Anforderungen Antworten gesucht und ihre eigenen Regeln entwickelt. Dabei ging es immer darum, den Einzelnen und die Gesellschaft gegen Übergriffe Dritter zu schützen und damit den Frieden innerhalb des Gemeinwesens zu sichern. Vor allem in der griechischen Antike wurde Verantwortung sodann ausdrücklich mit ethischen Betrachtungen verknüpft.

Unsere Zeit ist Erbin dieser jahrtausendealten Tradition und auch wir sind aufgefordert über unsere Konzepte der Verantwortung nachzudenken. Dabei stellen sich für uns ganz spezifische Probleme, für deren Lösung wir zwar aus unserer Erbschaft viel Erfahrung schöpfen können, aber auch neue Antworten suchen müssen. Als neue Dimension kommt dazu, dass wir inzwischen über Mittel verfügen, die der Menschheit innerhalb kürzester Zeit ein Ende bereiten könnten. Für uns steht noch immer der Schutz des Individuums und der Gemeinschaft im Vordergrund; von nun an gilt es aber auch die Existenz der Menschheit als solche zu schützen.

Es scheint also, ob dieses Ziel nicht ohne einschneidende Maßnahmen zu erreichen sei und gewiss werden Modelle der Verantwortung alleine nicht genügen. Dennoch sind diese ein wichtiges Element im gesamten Regelwerk, das wir entwickeln müssen. Ihnen fällt die doppelte Rolle zu

Kriterien anzugeben, wie der Schädiger sich bei bereits entstandenem Schaden zu verhalten hat und – vor allem – wie künftiger Schaden zu verhindern ist. Diese beiden Probleme müssen wir unbedingt in den Griff bekommen.

Bibliographie der benutzten Werke

I. Quellen

Mesopotamien und Kleinasien:

- Martha Tobi Roth, *Writings from the ancient world*, vol. 6. *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, 2. ed. (Scholar Press) Atlanta, Georgia 1997 (Roth, Mesopotamia)
- Claus Wilcke, *Der Kodex Urnamma (CU): Versuch einer Rekonstruktion*, in Tzvi Abusch (éd.) *Riches hidden in secret places. Ancient Near Eastern studies in Memory of Thorkild Jakobsen*, Eisenbrauns Winona Lake, Indiana, 2002, 291–333 (Wilcke, Kodex Urnamma)

Griechenland:

- Antiphon, *Zweite Tetralogie*, in Thomas Schirren und Thomas Zinsmaier, *Die Sophisten. Ausgewählte Texte*. Stuttgart (Reclam) 2003, 159ff (Antiphon, *Zweite Tetralogie*)
- Aristoteles, *Die nikomachische Ethik*, Übersetzung von Olof Gigon, neu herausgegeben von Rainer Nickel, Düsseldorf (Artemis & Winkler), 2001, 2. Auflage 2007 (Aristoteles, *Nikomachische Ethik*)
- Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Übersetzung von Franz Dirlmeier, Stuttgart (Reclam) 1969 (Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Übersetzung Dirlmeier)
- Platon, *Nomoi (Gesetze)*. Buch VIII–XII, in Platon, *Werke*. Übersetzung und Kommentar von Klaus Schöpsdau, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 2011, Band IX 2, (Platon, *Gesetze*).

Rom:

- XII-Tafelgesetz, in Salvatore Riccobono etc (Hg.), *Fontes iuris romani anteiustiniani, Pars prima, Leges, Florentiae* (S.A.G.Berbera) 1968, 23–75 (XII-Tafelgesetz, Riccobono); M. H. Crawford (Hg.), *Roman Statutes*, London (ICS) 1996 (XII-Tafelgesetz, Crawford, *Roman Statutes*)
- Gaius, *Institutiones – Fontes Iuris Romani*, J. Baviera (Hg.) Florenz (Barbèra), 1968
- Iustinianus, *Digesta* Paul Krüger, Theodor Mommsen (Hg.) Berlin (Weidmann) 1908
- Iustinianus, *Institutiones* Paul Krüger, Theodor Mommsen (Hg.) Berlin (Weidmann) 1908

Moderne:

- Jean-Etienne-Marie Portalis*, Exposé des motifs de la loi relative à la propriété par le conseiller d'état Portalis, in Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement, Paris 1808, (Portalis, Exposé)
- Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840 (Savigny, System)
- Franz von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Wien etc 1812 (Zeiller, Commentar)

II. Verwendete Literatur

- Heinz Barta, Die Entstehung der Rechtskategorie ›Zufall‹. Zur Entwicklung des haftungsrechtlichen Zurechnungsinstrumentariums im antiken Griechenland und dessen Bedeutung für die europäische Rechtsentwicklung, in Heinz Barta (et al. Hrsg.), *Lebend(ig)e Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland*, Wien (Lit) 2005, (Rechtskategorie ›Zufall‹), 16–115.
- Guillaume Cardascia, La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien, in *Méditerranées*, Revue de l'association Méditerranées n° 3, Paris 1995, Hommage à Guillaume Cardascia, 181–195 (Cardascia, Talion).
- Dominique Charpin, »Lies natürlich ...«. A propos des erreurs de scribes dans les lettres de Mari, in Manfred Dietrich und Oswald Loretz (Hg.), *Vom alten Orient zum Alten Testament. Festschrift für Wolfram Freiherrn von Soden zum 85. Geburtstag am 19. Juni 1993*, Neukirchen-Vluyn (Neukirchner Verlag) 1995, 43–55 (Charpin, »Lies natürlich ...«).
- J.J. Finkelstein, The ox that gored, in *Transactions of the American Philosophical Society held at Philadelphia for promoting useful knowledge*, Vol. 71, Part 2, 1981, 5–89 (Finkelstein, The ox that gored).
- Fritz Rudolf Kraus (Bearb.), *Briefe aus kleineren westeuropäischen Sammlungen, Altbabylonische Briefe in Umschrift und Übersetzung* 10, Leiden (Brill) 1985 (Kraus, Briefe).
- Hans Neumann, Göttliche Gerechtigkeit und menschliche Verantwortung im alten Mesopotamien im Spannungsfeld von Norm(durch)setzung und narrativer Formulierung, in *H. Barta – R. Rollinger – M. Lang (Hg.), Recht und Religion. Menschliche und göttliche Gerechtigkeitsvorstellungen in den antiken Welten, Wiesbaden 2008*, S. 37–48 (Neumann, Göttliche Gerechtigkeit); siehe auch http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/propylaeumdok/volltexte/2011/848/pdf/Neumann_Goettliche_Gerechtigkeit_2008.pdf

- Jan Rothkamm, *Talio esto*, Recherches sur les origines de la formule ›oeuil pour oeil, dent pour dent‹ dans les droits du Proche-Orient ancien, et sur son devenir dans le monde gréco-romain, Berlin (de Gruyter) 2011 (Rothkamm, *Talio esto*).
- Klaus Schöpsdau, Kommentar, in Platon, *Nomoi* (Gesetze). Buch VIII–XII, in Platon, *Werke*. Übersetzung und Kommentar von Klaus Schöpsdau, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 2011, Band IX 2, (Platon, *Gesetze*), 169–606 (Schöpsdau, *Kommentar*).
- Bénédict Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum, Bâle etc* (Helbing & Lichtenhahn, Schulthess [Verkauf]) 1997 (Winiger, *responsabilité aquilienne romaine*)
- Ders.: Einführung zum Begriff der Verantwortung, in Bénédict Winiger, Matthias Mahlmann, Philippe Avramov, Peter Gailhofer (Hg.), *Recht und Verantwortung/Droit et responsabilité*. Kongress der schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.–12. Juni 2010, Universität Zürich, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Beiheft 129, Stuttgart (Franz Steiner Verlag) 2012, 13–27.

Personen- und Sachregister

- Antiphon 30–37, 41, 43, 53 f, 124, 143, 151
Aquilus 57
Aristoteles 47–55, 62, 72, 77, 83, 124, 142, 143, 151
Barta, H. 30, 35, 39, 152
Cardascia, G. 10, 12, 152
Charpin, D., 25 f, 152
Finkelstein, J.J. 23, 152
Gaius 41, 58, 61, 64, 67, 93, 111, 151
Hammurapi 2, 11, 14, 16 f, 19 f, 22–27, 140 f
Iustinianus 60, 69, 151
Kraus, F.R. 25 f, 152
Mucius 3, 63, 84, 104, 109, 125, 127, 132, 142
Neumann, H. 10, 152 f
Paulus 63, 65, 70, 125
Platon 37–49, 52–55, 67 f, 70, 77, 124, 142 f, 151, 153
Portalis, J.-E.-M. 123, 152
Rerversibilität IX, X, XI, 3 f, 71, 89–103, 106, 108 ff, 112–123, 130 ff, 136 ff, 144, 146–149
Roth, M., 9–26
Rothkamm, J. 10, 153
Savigny, F.C. 129, 152
Schöpsdau, K. 39–42, 44, 151, 153
Ulpianus 41, 49, 58, 60–68, 70, 111
Verschulden VIII–XI, 4, 33 ff, 38, 41, 44, 47, 51 f, 54 f, 58 f, 62 ff, 71 f, 83 f, 87 ff, 98 f, 102–107, 109, 111, 117, 124–133, 135 f, 143–146, 148 f
Wilcke, C. 9 f, 151
Winiger, B. 41, 153
Zeiller, F.A.F. 129, 152