

Auszug aus der

**Festschrift für Franz Riklin**

Herausgegeben von

M. A. Niggli / José Hurtado Pozo / Nicolas Queloz

---

Notizen zur  
Widerrechtlichkeit

---

Hubert Stöckli

Schulthess §

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007  
ISBN 978-3-7255-5515-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Notizen zur Widerrechtlichkeit



Hubert Stöckli



### I. Hilton, Franz Riklin und v. Liszt

„Hilton [Paris] profitiert von ihrer Strafe“, gab Franz RIKLIN kürzlich in einer Pendlerzeitung kund, um ausserdem hervorzuheben: „Kurze Haftstrafen wirken sich oft ... kontraproduktiv auf das kriminelle Verhalten aus.“<sup>1</sup> Wie es sich damit verhält, weiss ich nicht.<sup>2</sup> Sicher aber ist, dass Franz RIKLIN sich immer wieder dezidiert zum aktuellen Zeitgeschehen geäussert hat.<sup>3</sup> So bedarf es der Erklärung, weshalb ich für diesen Beitrag, den ich ihm zu seiner Emeritierung widme, bei zwei Publikationen aus dem auslaufenden 19. Jahrhundert anknüpfe.<sup>4</sup> Ich stiess auf diese Publikationen, als ich mich an

<sup>1</sup> Beim erwähnten Druckerzeugnis handelt sich um das Gratisblatt 20minuten, auf dessen Internet-Seite ich am 8. Juni 2007 die verwendeten Zitate gefunden habe.

<sup>2</sup> Doch deckt sich der Befund mit einer Forderung von FRANZ V. LISZT, anstelle der „kurzzeitigen Freiheitsstrafen, dieses verkehrtesten aller Strafmittel“, ergiebigeren privatrechtlichen Schutz zu gewähren (vgl. v. LISZT, Grenzgebiete, 30 f.).

<sup>3</sup> Dabei scheute Franz RIKLIN auch vor rückhaltloser Justizkritik nicht zurück, wie sein Buch „Von der Aufklärung verschont“, in dem er bestürzende „Misstände im Freiburger Justizwesen“ schildert, belegt.

<sup>4</sup> Ich war zunächst versucht, noch tiefer in vergangene Jahrhunderte zurückzugreifen und mit dem folgenden Ausspruch zu beginnen: „Kein Theil des positiven

Hubert Stöckli: *Notizen zur Widerrechtlichkeit*, in: M. A. Niggli, J. Hurtado Pozo, N. Queloz (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, 227-243.

der Humboldt-Universität zu Berlin aufhielt, wo ich in einer Teilbibliothek über einen Arbeitsplatz verfügte. In dieser Bibliothek, die den Namen des Strafrechtlers Franz v. LISZT (1851–1919) trägt und unzählige Rara-Bände vor allem strafrechtlicher Provenienz umfasst, fand ich zwei Büchlein des Namenspatrons, die aus dem Rahmen fielen. Und zwar setzte v. LISZT sich darin eingehend mit dem „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“ auseinander, gegen den er ernstliche „Kriminalistische Bedenken“ vorbrachte, um einige Jahre später – der Entwurf war inzwischen zum Gesetz gediehen – mit strafrechtlichem Vorverständnis die „Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ auszuleuchten.<sup>5</sup>

## II. Eine kleine Entstehungsgeschichte

1. Die Lektüre dieser Schriften, in denen sich v. LISZT zu Strukturelementen des Deliktsrechts äusserte, veranlasste mich, einige *Überlegungen zur Widerrechtlichkeit* anzustellen. Seit jeher spielt sie, die Widerrechtlichkeit, im zivilen Deliktsrecht eine tragende Rolle. Das hat mit ihrer Funktion zu tun, von der ich vorab kurz sprechen möchte. Ausgangspunkt ist die unbestrittene Feststellung, dass das zivile Ersatzrecht weder jegliche Vermögensschädigung hinnehmen (keine Schädigung ist widerrechtlich) noch für jeglichen Vermögensschaden Ersatz gewähren kann (jede Schädigung ist widerrechtlich), sondern sich irgendwo zwischen diesen beiden Polen zu situieren hat. Alsdann stellt sich die Frage, nach welchem Kriterium der deliktsrechtlich bewehrte Bereich vom deliktsrechtsfreien Bereich abzugrenzen ist. Darin liegt die Funktion der Widerrechtlichkeit: Sie gibt bei der Beantwortung der zentralen Frage, wie weit der zivilrechtliche Schutz im ausservertraglichen Bereich<sup>6</sup>

Rechts, hat in unsern Tagen ein so allgemeines Interesse gefunden, in keinem ist so viel und so thätig gearbeitet worden und in keinem hat man so sichtbare, glückliche Fortschritte zum Ziele gethan, als in dem peinlichen Recht“ (FEUERBACH, Revision I, XI). Ich sah dann aber rasch, dass mir selber zwar nicht der Glaube, aber doch die erforderlichen Kenntnisse fehlten, um die Sonderstellung des Strafrechts für unsere Tage nachweisen zu können, und liess von diesem Eingangszitat ab.

<sup>5</sup> v. LISZT, Grenzgebiete; v. LISZT, System. Beide Schriften können auch auf der Internet-Seite des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte eingesehen werden. Die einschlägige Adresse lautet: [dlib-pr.mpg.de/index.htm](http://dlib-pr.mpg.de/index.htm)

<sup>6</sup> Genauer gesagt geht es darum, jene Schutzbedürfnisse zu erkennen, die vertraglich überhaupt nicht, zumindest aber nicht ausschliesslich vertraglich abgesichert sind.

gespannt werden soll, den Ausschlag.<sup>7</sup> Von Bedeutung ist dies vor allem mit Blick auf die Frage der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden. Klar ist, dass diese nicht generell vermieden werden müssen. Nach welchem Kriterium aber ist die Grenze zu ziehen? Dazu werden gemeinhin zwei Ansätze vertreten, die je einen anderen Ausgangspunkt wählen: Der erste Ansatz geht von bestimmten Rechtssätzen aus, die vorgeben, welche Beeinträchtigungen des Vermögens (durch ein Tun oder ein Unterlassen) unerlaubt sind, wie weit also das Interesse an der Integrität des Vermögens geschützt ist. Dem zweiten Ansatz nach ist jedes schädigende Verhalten grundsätzlich unerlaubt, wobei dann aber zwecks Haftungsbegrenzung zu prüfen ist, ob für das inkriminierte Verhalten eine „Befugnis ... aus besondern Gründen“<sup>8</sup> besteht, die das schädigende Verhalten zum erlaubten macht. Der erste Ansatz betrachtet die Dinge aus einer *Interessensperspektive* und wird als objektive Widerrechtlichkeitstheorie bezeichnet, während der zweite eine *Verhaltensperspektive* einnimmt und der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie entspricht.<sup>9</sup>

2. Die schweizerische Rechtsprechung ist insoweit gefestigt, als sie sich seit langer Zeit schon ausdrücklich zur objektiven Widerrechtlichkeitstheorie bekennt. Mit ihr die Lehre: OSER etwa, den ich hier als juristischen Zeitzeugen anrufe,<sup>10</sup> spricht sich in seinem Zürcher Kommentar aus dem Jahre 1915

<sup>7</sup> Das ist vereinfachend, denn der Geltungsbereich des Deliktsrechts bestimmt sich vor allem auch über den Schadensbegriff. So wirken die verschiedenen Tatbestandselemente zusammen und gibt nicht eines für sich allein darüber Auskunft, in welchen Fällen deliktsrechtlicher Schutz beansprucht werden kann. Ein Weiteres bleibt hier ausgeklammert, nämlich die Streitfrage, ob die Widerrechtlichkeit unabdingbare Voraussetzung jeglicher Deliktshaftung sei. Diese Frage ist vor allem hinsichtlich der Gefährdungshaftungen umstritten. BGE 112 II 128 (unklar 116 II 491 E. 5), OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup>, § 4/N 55, und GAUCH, recht 1996, 234, bejahen sie, während etwa WERRO, Responsabilité, N 282 f., sie verneint.

<sup>8</sup> So schon OSER, Zürcher Kommentar, Ziff. III/1 zu Art. 41 OR, der sich selber allerdings für die objektive Theorie ausspricht.

<sup>9</sup> In der Schweiz werden zur Hauptsache diese zwei Theorien vertreten, wobei die objektive Theorie das Feld derzeit noch beherrscht, siehe nur OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup>, § 4/N 9; zur subjektiven Theorie eingehend GABRIEL, Widerrechtlichkeit. Zu einem weiteren Ansatz SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, 3 ff. Etwas anders wird das in Deutschland gesehen: In der Schweiz hätte man zwar früher zwischen objektiver und subjektiver Theorie unterschieden; „mittlerweile hat sich der Meinungsstand aber im Wesentlichen dem deutschen angenähert“, so der Befund bei SOERGEL/SPICKHOFF, N 4 zu § 823 BGB, allerdings ohne Bezug auf die neuere (namentlich auch französischsprachige) Doktrin, wo sich Stimmen finden, die nachdrücklich eine Neudefinition der Widerrechtlichkeit einfordern.

<sup>10</sup> Unter anderem war OSER Mitglied der am 19. März 1908 bestellten Expertenkommission (BBl 1909 III, 726).

dafür aus, die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, die sich schon nach dem Text des OR 1881<sup>11</sup> als „natürlichste Interpretation“ anbot, für das neue Recht beizubehalten.<sup>12</sup> Gleichzeitig scheut die Rechtsprechung aber nicht davor zurück, ausserhalb des Deliktsrechts nicht-vertragliche Haftungsgründe zu generieren, wo sich zwar eine Haftung für reine Vermögensschäden rechtfertigt, sich diese Haftung aber vermeintlich mangels passender Schutznorm mit einer objektiv verstandenen Widerrechtlichkeit nicht begründen lässt. Alsdann wird zwar nicht auf die Haftung, aber doch auf deren deliktsrechtliche Verankerung verzichtet. Auf diese Entwicklung und die mannigfachen konstruktiven „Auswege“, die von der Rechtsprechung beschränkt werden, wiesen GAUCH/SWEET<sup>13</sup> schon vor Jahren eingehend hin, wobei in neuerer Zeit bekanntlich die so genannte Vertrauenshaftung, aber auch die expansiven Umformungen des Schadensbegriffs als weitere „Auswege“ dazu gekommen sind. Diese hier nur anzudeutende Ausbildung alternativer Haftungsgründe ist gewiss ein Indiz dafür, dass sich den an sich anerkannten Schutzbedürfnissen mit einer objektiv verstandenen Widerrechtlichkeit augenscheinlich nicht zufriedenstellend Rechnung tragen lässt. Müssen wir uns deshalb um ein anderes Verständnis der Widerrechtlichkeit bemühen? Brauchen wir eine andere Theorie? Diese Frage lässt sich in diesem Beitrag nicht umfassend prüfen. Doch werde ich zum vorläufigen Schluss kommen, dass die Weiterentwicklung des bisherigen Ansatzes zumindest nicht ausgeschlossen ist, da er sich bei genauerem Hinsehen als recht flexibel erweist und sich zudem Zweifel darüber einstellen, ob sich der mit einem neuen Ansatz verbundene Begründungsaufwand praktisch lohnen kann.

3. Selbst wenn ich selber also den objektiven Ansatz nicht ohne weiteres aufgeben würde, sehe ich doch, dass sich das schweizerische Deliktsrecht ihm durchaus nicht zwingend verpflichtet fühlen müsste. Die frühe Entwicklung schien sogar in die andere Richtung zu gehen! So bezog sich der Bundesrat in seiner Botschaft aus dem Jahre 1880 ausdrücklich auf die französische Rechtsentwicklung und schlug eine Konzeption vor, in die er ein „der deutschen Rechtsanschauung bisher völlig fremdes Prinzip des französischen

<sup>11</sup> Zumindest in seiner deutschen Fassung, wie OSER betont, da die französische Norm damals noch voraussetzte, dass die Schädigung „sans droit“ erfolge. Angesichts dieser (im Zuge der Revision beseitigten) Textlage war denn unter dem alten Recht die Frage, „ob ‚widerrechtlich‘ gleichbedeutend sei mit dem ‚sans droit‘ des französischen Textes ..., vielfach umstritten“ (FICK, Obligationenrecht, Ziff. 4 zu Art. 41 OR).

<sup>12</sup> OSER, Zürcher Kommentar, Ziff. III/2 zu Art. 41 OR; vgl. schon v. TUHR, ZSR 1893.

<sup>13</sup> GAUCH/SWEET, FS-Keller, 121 ff.; auch GAUCH, recht 1996, 232 f.

Rechts (Art. 1382 und 1383 des Code civil)<sup>14</sup> aufgenommen hatte. Sein Vorschlag wurde alsdann Gesetz, an dem sich im Zuge der Revision 1911 diesbezüglich nichts änderte.<sup>15</sup> Das schweizerische Deliktsrecht sollte also beweglich sein und der richterlichen Konkretisierung ausreichend Raum lassen. In Tat und Wahrheit aber rezipierte das schweizerische Recht, was den Begriff der Widerrechtlichkeit angeht, die deutsche Konzeption,<sup>16</sup> wenn auch unter Verzicht auf mannigfaltige doktrinaire Differenzierungen. Vorab: Beinahe wäre es anders gekommen! Denn um ein Haar wäre Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts von 1881<sup>17</sup> zum Vorbild der Regelung im damals noch zu schaffenden BGB geworden. Vorgeschlagen worden war die folgende Formulierung: „Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es aus Vorsatz, sei es aus Fahrlässigkeit, ist ihm zum Ersatze verpflichtet“; der Antrag wurde dann aber mit 10 gegen 8 Stimmen denkbar knapp verworfen.<sup>18</sup> Soweit ich sehe, wollte man eben gerade keine Generalklausel nach französischem Vorbild. In der Schweiz verhielt es sich zu Beginn, wie schon gesagt, gerade anders herum, wollte man sich hier doch am „Prinzip des französischen Rechts“ orientieren. Nicht so in Deutschland, wo genau diese Offenheit unerwünscht war. So ist in den einschlägigen Protokollen nachzulesen, dass der erwähnte Antrag, „welcher sich mit der Aufstellung des Prinzipes der Ersatzverpflichtung für den aus unerlaubten Handlungen zugefügten Schaden begnüge, ohne die Voraussetzungen des Eintrittes der Verpflichtung zu normiren, ... damit nur die vorhandenen Schwierigkeiten [verdecke], ohne sie zu lösen, und ... deren Lösung auf den Richter ab[lade] ... Es liege aber weder in der Tendenz des Entw. noch entspreche es der im deutschen Volke herrschenden Auffassung von der Stellung des Richteramtes, die Lösung solcher Aufgaben, die durch das Gesetz erfolgen müsse, auf die Gerichte abzuwälzen. Es liesse sich auch nicht absehen, zu welchen

<sup>14</sup> BBl 1880 I, 185.

<sup>15</sup> Lediglich im französischen Gesetzestext war nicht länger von „sans droit“, sondern neu von „d’une manière illicite“ die Rede. Vgl. dazu Fn 11.

<sup>16</sup> Etwa WERRO, Responsabilité, N 291 und 326 macht dies mit besonderem Nachdruck geltend; WERRO, Commentaire romand, N 55 zu Art. 41 OR. Ein frühes Indiz, auf das auch Werro verweist, findet sich bei v. TUHR, der in einer „Litteraturanzeige“ aus dem Jahre 1893 ausführt, die bisherige Ansicht nehme „in der Frage nach der Widerrechtlichkeit die Rechtslage des Verletzten zum Ausgangspunkt und fordert zum Vorhandensein eines Delikts, dass ein subjektives Recht oder ein durch Verbotsnormen geschütztes Rechtsgut (Leben, Freiheit, Gesundheit etc.) verletzt sei“, in: ZSR 1893, 326.

<sup>17</sup> Diese Gesetzesbestimmung, die 1911 von Art. 41 Abs. 1 OR abgelöst wurde, lautete: „Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.“

<sup>18</sup> MUGDAN, Materialien II, 1073; auch SOERGEL/SPICKHOFF, N 5 f. Vor § 823 BGB.

Konsequenzen die Einräumung einer autoritativen Stellung an den Richter führen und ob nicht die deutsche Rechtsprechung zu ähnlichen Auswüchsen gelangen werde, welche zahlreiche Urtheile der französischen Gerichte aufwiesen. Diesen Bedenken gegenüber verdiene es den Vorzug, dem Richter zu seiner Entscheidung schon im Gesetze einen gewissen objektiven Massstab an die Hand zu geben.“<sup>19</sup> Der Gesetzgeber des BGB hatte es also offenkundig darauf angelegt, die „Voraussetzungen des Eintrittes der Verpflichtung zu normiren“ und sie sozusagen politisch zu steuern, und zu diesem Ende § 823 BGB geschaffen. Er wollte die Zügel nicht aus der Hand geben, vielmehr den Schutzbereich des Deliktsrechts beschränken und die entsprechende Haftung, soweit sie ausserhalb des Katalogs absolut geschützter Rechtsgüter greifen sollte, von einer „legislatorischen Entscheidung“<sup>20</sup> abhängig machen. Der in der Schweiz gewählte Ansatz, der sich zumindest in den Anfängen erklärermassen am französischen Vorbild orientierte, hatte in Deutschland zwar Beachtung gefunden, sich in der Folge aber nicht durchgesetzt, weil man eben das pure Gegenteil wollte.

4. Angesicht der skizzierten Zusammenhänge, die ich anhand der Gesetzesmaterialien zu ermitteln suchte, ist es aus heutiger Sicht zwar fast kurios, dass die Angleichung dann trotz sehr unterschiedlicher Textlage schon früh in die entgegengesetzte Richtung ging, indem Rechtsprechung und Mehrheitsmeinung auf die objektive Widerrechtlichkeitstheorie deutscher Provenienz einschwenkten. Doch selbst wenn die Rechtsentwicklung in eine Richtung ging, die ihr offenkundig nicht vorgezeichnet war, liegt darin noch kein Grund, ihr jegliche Legitimität abzusprechen. Vielmehr hat sie sich an ihren Ergebnissen messen zu lassen. Und hier scheinen die Dinge in der Tat so zu liegen, dass der objektive Ansatz einem kohärenten Umgang mit reinen Vermögensschäden bislang nicht immer förderlich gewesen ist. Doch möchte ich hier zunächst noch einmal in Erinnerung rufen, womit man es bei der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie zu tun hat.

### III. Die objektive Widerrechtlichkeit ...

Die Entwicklung in der Schweiz ging also hin zur objektiven Widerrechtlichkeit, die heute gefestigter Rechtsprechung entspricht. Die Parallelen zwischen dieser Auslegung des Art. 41 Abs. 1 OR – nicht seinem Wortlaut! – und dem traditionellen Verständnis der Grundnorm des deutschen Deliktsrechts sind unübersehbar.

<sup>19</sup> MUGDAN, Materialien II, 1075.

<sup>20</sup> So WAGNER, Münchener Kommentar, N 214 zu § 823 BGB.

## A. ... in Deutschland

1. Diese Grundnorm,<sup>21</sup> mit der es der BGB-Gesetzgeber unternommen hatte, die „Voraussetzungen des Eintrittes der Verpflichtung zu normieren“,<sup>22</sup> und die sich bei § 823 findet, hebt an: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ (Abs. 1); um dann fortzufahren: „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein“ (Abs. 2).

2. Natürlich kann es hier nicht darum gehen, diese Norm und die Meinungen, die dazu vertreten werden, darzustellen und in ihren vielfältigen Facetten auszuloten, wo selbst der mutierende PALANDT 48 Seiten darauf zu verwenden hat.<sup>23</sup> So unterbleibt etwa eine Auseinandersetzung mit der anregenden Idee von „Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens“, zumal deren Einführung „bisher ohne grösseren Erfolg“ versucht worden ist.<sup>24</sup> Vielmehr müssen hier einige rudimentäre Hinweise genügen:

a. Ein erster Hinweis gilt dem Wortlaut der Bestimmung. So sticht ins Auge, dass überhaupt nur in ihrem ersten Absatz, nicht auch im zweiten von der Widerrechtlichkeit die Rede ist. Das scheint indes keine Folgen zu haben, da unbestrittenermassen auch die Verletzung von Schutzgesetzen widerrechtlich ist, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund greift.<sup>25</sup> Gleich verhält es sich aber auch hinsichtlich der nach Absatz 1 absolut geschützten Interessen,<sup>26</sup> weshalb

<sup>21</sup> Zum Teil ist die Rede von drei „kleinen Generalklauseln“, von denen § 823 deren zwei und § 826 dann die noch fehlende dritte enthalten sollen (siehe SOERGEL/SPICKHOFF, N 12 Vor § 823 BGB), um zu signalisieren, dass dem deutschen Recht der Gedanke an eine generell zu Ersatz verpflichtende (grosse) Generalklausel gerade fremd ist.

<sup>22</sup> MUGDAN, Materialien II, 1075.

<sup>23</sup> In seiner 66. Auflage, in der die einschlägigen Kommentarstellen von SPRAU verfasst wurden.

<sup>24</sup> So die Einschätzung bei BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 350.

<sup>25</sup> Statt vieler SOERGEL/SPICKHOFF, N 207 zu § 823 BGB.

<sup>26</sup> Was die Absolutheit des Schutzes angeht, der diesen Rechtsgütern zukommt, steht zwar fest, dass damit ihre Abwehrwirkung angesprochen ist, die sie erga omnes entfalten. Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass es im konkreten Fall nicht immer einfach ist, die Ausprägung dieser Rechtsgüter zu erkennen. Dies gilt in erster Linie (aber nicht nur) für das absolut geschützte Recht der Persönlichkeit, das sich als Rahmenrecht herausstellt und durch die Rechtsanwendung in

sich fragt, welchen Sinn es hat, scheinbar kumulativ zur Beeinträchtigung solcher Interessen das Erfordernis der Widerrechtlichkeit aufzustellen. Sinnvoll erscheint dies nur dann, wenn man darin einen Hinweis darauf erblickt, dass die Haftung hier die Absenz eines Rechtfertigungsgrundes bedingt.<sup>27</sup>

**b.** Daran knüpft ein zweiter Hinweis an, der sich auf den Aufbau des ersten Absatzes der Norm bezieht. Dort listet die Bestimmung jene Interessen auf, deren Integrität zumindest im dogmatischen Modellfall ohne weitere Begründung deliktsrechtlich abgesichert ist, weshalb deren Verletzung die Widerrechtlichkeit des Verletzungsverhaltens<sup>28</sup> ohne weiteres indiziert. In der Folge lässt diese sich nur noch dadurch beseitigen, dass der Schädiger einen Rechtfertigungsgrund anzurufen, also sozusagen einen Ausnahmefall für sich zu reklamieren vermag. Allein durch diese Interessensverletzung wird die Ersatzpflicht aber noch nicht begründet. Vielmehr bedarf es zusätzlich einer Bewertung des Verletzungsverhaltens als „vorsätzlich oder fahrlässig“, sodass die Haftung entfällt, wenn der Schädiger zwar ein deliktsrechtlich geschütztes Rechtsgut verletzt, sich dabei aber nicht mindestens fahrlässig verhalten hat. Diese Voraussetzung tritt zur Verletzung eines geschützten Interesses hinzu, weshalb eine Haftung entfällt, wenn es dem Geschädigten nicht gelingt, das „Verschulden des Delinquenten zu beweisen“.<sup>29</sup>

**c.** Ein dritter Hinweis betrifft die „sonstigen Rechte“, von denen in § 823 Abs. 1 BGB ja auch noch die Rede ist. Das sind Rechte, die „sich gegen jedermann richten, also absolute Rechte“.<sup>30</sup> Anders noch wollte v. LISZT das sehen, als er schrieb, dass der Einbezug sonstiger Rechte der Auslegung freiesten Spielraum gewähre, um dann – diesen Spielraum ausmessend – zu konstatieren, dass „§ 823 I ... sich auf jedes rechtlich geschützte Interesse“ beziehe.<sup>31</sup> Nach heutigem Meinungsstand, der diesem Postulat nicht folgt, gehören aber vorab Forderungsrechte nicht hierher,<sup>32</sup> was auch damit zu tun habe, dass die „Verletzung einer Forderung durch den Schuldner im allgemeinen

Einzelansprüche überführt werden muss. Die Absolutheit des Schutzes ist mithin nicht auch schon immer eine eindeutige Festlegung des Schutzbereiches, der diesen Interessen zukommt.

<sup>27</sup> Dazu v. BAR, Deliktsrecht II, 234.

<sup>28</sup> Nach meinem Verständnis richtet sich der Widerrechtlichkeitsbefund immer auf ein *Verhalten*, das nach diesem Kriterium rechtlich zu *bewerten* ist.

<sup>29</sup> SOERGEL/SPICKHOFF, N 179 zu § 823 BGB.

<sup>30</sup> SOERGEL/SPICKHOFF, N 86 zu § 823 BGB; siehe aber PALANDT/SPRAU, N 11 zu § 823 BGB, wo von Rechten mit Ausschliesslichkeitscharakter die Rede ist und die absoluten Rechte lediglich als Beispiele aufgeführt werden.

<sup>31</sup> v. LISZT, System, 26.

<sup>32</sup> PALANDT/SPRAU, N 11 zu § 823 BGB.

Schuldrecht eine so eigenständige Regelung erfahren [hat], dass für sie daneben schwerlich noch die in mancherlei Hinsicht abweichenden Deliktsvorschriften gelten können“.<sup>33</sup> Vor allem aber ist das *Vermögen als solches* von der Vorschrift nicht erfasst (BGHZ 27, 140; 41, 126 f.), denn: dem BGB sei ein allgemeiner Schutz des Vermögens vor schuldhafter Schädigung fremd (RGZ 51, 93).<sup>34</sup> Während bestimmte Bestandteile des Vermögens (z.B. Eigentum und Immaterialgüterrechte) deliktsrechtlich privilegiert behandelt werden, setzt der deliktsrechtliche Schutz anderer Bestandteile somit ein Zusatzliches voraus:

**d.** So kann man sich bei reinen Vermögensschäden,<sup>35</sup> dies ein vierter Hinweis, unter Umständen auf § 823 Abs. 2 BGB berufen,<sup>36</sup> der den schuldhaften<sup>37</sup> Verstoss gegen ein Schutzgesetz mit einer zivilrechtlichen Ersatzfolge verknüpft. Im Ansatz wird die Schutzfähigkeit des Vermögens so davon abhängig gemacht, dass sich in einer objektiven Rechtsnorm eine entsprechende Wertung nachweisen lässt. In dieser Konzeption ist die Absicht des historischen Gesetzgebers, die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden einzugrenzen, mit Händen zu greifen. Wem aber steht nun dieser Entscheid über Er-

<sup>33</sup> SOERGEL/SPICKHOFF, N 88 zu § 823 BGB. In dieser Begründung klingt der Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ an. Soweit das verletzte Interesse allerdings vertraglich und deliktisch zugleich geschützt ist, erfolgt die Koordination aber (jedenfalls in der Schweiz) über die Grundsätze der Anspruchskonkurrenz.

<sup>34</sup> SOERGEL/SPICKHOFF, N 87 zu § 823 BGB; auch WAGNER, Münchener Kommentar, N 176 zu § 823 BGB, der in diesem Ausschluss „geradezu die inhaltliche Pointe des Deliktssystems des BGB“ erblickt.

<sup>35</sup> Gemeint ist Vermögensschaden, der nicht durch die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts vermittelt wurde. Es floss kein Blut, es barst keine Scheibe, was diesem Vermögensschaden seine Reinheit verschafft; unfreiwillig aber ist die erlittene Einbusse allemal.

<sup>36</sup> Der Vollständigkeit halber ist auf § 826 BGB hinzuweisen, der auch vor reinen Vermögensschäden schützt, indem er an eine sittenwidrige Schädigung anschliesst. Die Erweiterungsfunktion, die dieser Bestimmung zukommt, ist in Rechnung zu stellen, wenn es darum geht, die Sittenwidrigkeit zu konkretisieren, so WAGNER, Münchener Kommentar, N 10 zu § 826 BGB. Da aber die Bestimmung, die in Art. 41 Abs. 2 OR ihr Pendant findet, voraussetzt, dass die Schädigung vorsätzlich erfolgte und bei bloss fahrlässiger sittenwidriger Schädigung nicht greift, ist ihre Bedeutung praktisch gering. Soweit die sittenwidrige Schädigung indes ein absolutes Recht verletzt, ist es unerheblich, dass dem Schädiger allenfalls nur Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, da sich § 823 Abs. 1 BGB (und Art. 41 Abs. 1 OR) damit schon begnügt.

<sup>37</sup> Zur Beweislastverteilung, die hier (anders als bei Abs. 1) offenbar den Täter trifft, siehe STAUDINGER/HAGER, N G40 zu § 823 BGB, weiter SOERGEL/SPICKHOFF, N 232 zu § 823 BGB.

satzfähigkeit und -losigkeit zu? Die Antwort findet sich in der Bestimmung selber, soweit diese ausdrücklich auf ein den „Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“ verweist. Gemeint ist damit zwar ein Gesetz im materiellen (und nicht einzig im formellen) Sinne, während namentlich die Erzeugnisse privater Normsetzung ausscheiden, soweit sie nicht auf einer staatlich verliehenen Rechtssetzungsbefugnis beruhen.<sup>38</sup> Vor allem aber gelten – der einen Kommentarmeinung nach – die „Sätze des Gewohnheits- und Richterrecht“ nicht als Schutzgesetz im Sinne der Bestimmung, was damit begründet wird, dass der Rechtsprechung die Befugnis abgehe, „über § 823 Abs. 2 selbständig Verhaltenspflichten zu kreieren und ins Deliktsrecht zu introduzieren, die auch solche Interessen erfassen, welche sonst vom Deliktsrecht nicht geschützt sein würden“.<sup>39</sup>

3. Bei aller Zurückhaltung, in der sich der Beobachter üben will, lässt sich hier doch feststellen, dass der historische Gesetzgeber des BGB seinerzeit nicht aus rechtsdogmatischen, sondern aus rechtspolitischen Gründen auf eine objektiv konzipierte Widerrechtlichkeit setzte und damit vor allem auch seine restriktive Haltung hinsichtlich der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zum Ausdruck bringen wollte.

236

## B. ... und in der Schweiz

1. Ganz freimütig mahnt ein deutscher Autor, es werde niemand „ernsthaft auf den Gedanken kommen, die deutsche Rechtswidrigkeitslehre in dieser Gestalt eines im Grunde unausgetragenen Streits um Erfolgs- oder Handlungsbezug der Widerrechtlichkeit den europäischen Nachbarn zur Nachahmung zu empfehlen“.<sup>40</sup> Der deutlichen Warnung zum Trotz: die Schweiz hat solche Überlegungen schon längst in den Wind geschlagen und sich auf die Rechtswidrigkeitslehre eingelassen, und dies, obschon sich die schweizerische

<sup>38</sup> Siehe SOERGEL/SPICKHOFF, N 186 zu § 823 BGB.

<sup>39</sup> SOERGEL/SPICKHOFF, N 190 zu § 823 BGB, wo geltend gemacht wird, dass der historische Gesetzgeber genau dies durch die Ablehnung einer deliktsrechtlichen Generalklausel vermeiden wollte; zurückhaltend auch WAGNER, Münchener Kommentar, N 328 zu § 823 BGB. Ob es auch stimmt, dass „nichts dafür [spricht], dass sich dieser Wille etwa über eine Änderung des Normenumfeldes geändert haben würde“ (SOERGEL/SPICKHOFF, a.a.O.), ist hier für das deutsche Recht nicht zu beurteilen, erscheint mir aber für das schweizerische durchaus zweifelhaft, und dies abgesehen davon, dass sich der Wille des historischen Gesetzgebers (soweit er sich überhaupt ermitteln lässt) gar nicht ändern kann. Was die Rechtslage in Deutschland angeht, ist zudem auf die nuancierten Meinungsäußerungen zu verweisen, die sich bei LARENZ/CANARIS, Lehrbuch II/2<sup>13</sup>, 433, und STAUDINGER/HAGER, N G11 zu § 823 BGB, finden.

<sup>40</sup> WAGNER, Grundstrukturen, 215 f.

Grundnorm in ihrem Wortlaut – und zwar in all ihren sprachlichen Versionen – von § 823 Abs. 1 BGB klar unterscheidet. Art. 41 Abs. 1 OR umschreibt die Voraussetzungen der deliktischen Verschuldenshaftung bekanntlich so: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.“<sup>41</sup> Während § 823 BGB zum einen mit einer (wenn auch stark konkretisierungsbedürftigen) Enumeration geschützter Interessen aufwartet (Abs. 1), zum andern auf Schutzgesetze abstellt, die er durch Verweis inkorporiert (Abs. 2), lässt das schweizerische Recht es damit gut sein, schlicht die Widerrechtlichkeit der Verletzung zu fordern. Mit anderen Worten: Art. 41 Abs. 1 OR schweigt sich darüber aus, was als widerrechtlich zu gelten hat, und verzichtet so darauf, sich zu seinem Geltungsbereich zu äussern. Vielmehr begnügt sich die Bestimmung damit, den Grundsatz aufzustellen, „dass ‚widerrechtliches Handeln‘ Schadenersatzpflicht nach sich zieht“ (BGE 32 II 279).

2. Diese generalklauselartige Festsetzung bleibt für sich genommen inhaltsleer und muss deshalb, wenn die Blankettnorm operabel sein soll, durch die Rechtsanwendung konkretisiert werden. Entsprechende Bemühungen unternimmt das schweizerische Bundesgericht (wie schon gesagt) unter der Fahne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, die es dann gewöhnlich wie folgt umschreibt: „Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist eine Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll“ (BGE 122 III 192), wobei letzteres auch als „Verhaltensunrecht“ bezeichnet wird (BGE 119 II 128 E. 3). Wiederum sei mir die Beschränkung auf einige wenige Hinweise verziehen:

a. Zunächst: Objektiv ist natürlich nicht die Theorie, sondern vielmehr die Widerrechtlichkeit, was die sprachlich missverständliche Bezeichnung verdeckt. Objektiv meint dann lediglich, dass die Widerrechtlichkeit die „Verletzung des objektiven Rechts“<sup>42</sup> voraussetzt oder, wie sich das Bundesgericht

<sup>41</sup> Französisch: „Celui qui cause, d’une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.“ Und italienisch: „Chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza.“ Dass es hier darum geht, gerade diese Norm (sowie den gleich gelagerten Art. 49 Abs. 1) auszulegen, ist deshalb zu betonen, weil das Obligationenrecht ja auch anderswo von Widerrechtlichkeit spricht, ohne dass es sich stets um den gleichen Begriff handelte; siehe Art. 20 Abs. 1, 29 Abs. 1, 125 Ziff. 1, 157, 163 Abs. 2 und 685f Abs. 4 OR.

<sup>42</sup> OSER, Zürcher Kommentar, Ziff. III/1 zu Art. 41 OR.

schon früh (noch zum OR von 1881!) ausdrückte, die „Verletzung von Rechten, Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen ..., die nicht durch Vertrag, sondern durch die ‚allgemeine Rechtsordnung‘ oder durch spezielle Schutzgesetze begründet sind“ (BGE 32 II 279).

**b.** Das Bundesgericht spricht davon, dass sich die Widerrechtlichkeit entweder in Erfolgs- oder in Verhaltensunrecht manifestiere. Unrecht aber allemal, wobei es entweder im Erfolg oder im Verhalten liegen soll. Wenn zuvor im Zusammenhang mit dieser Theorie von einer Interessensperspektive die Rede war, bleibt hier nachzutragen, dass diese Perspektive nicht nur dem Erfolgs-, sondern auch dem Verhaltensunrecht zugrunde liegt, wie WIDMER einleuchtend gezeigt hat.<sup>43</sup> Und was den Bezug zum deutschen Recht angeht, ist klarzustellen, dass die Gegenüberstellung von Erfolgs- und Verhaltensunrecht, die uns in den Urteilen des schweizerischen Bundesgerichts entgegentritt, nichts zu tun hat mit der Dichotomie von Erfolgs- und Handlungsunrechtslehre, die in der deutschen Doktrin noch immer für Kontroversen sorgt.<sup>44</sup> Dort geht es – wie sich anhand BGHZ 24, 24 an einem konkreten Beispiel zeigen lässt – etwa um die Frage, ob ein Verrichtungsgehilfe im Strassen- oder Eisenbahnverkehr einem anderen im Sinne von § 831 Abs. 1 BGB schon dadurch widerrechtlich Schaden zufüge, dass er dessen Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum verletzt [was die Erfolgsunrechtslehre postuliert], oder ob zur Begründung der Widerrechtlichkeit weiter Voraussetzung sei, dass sich der angestellte Verkehrsteilnehmer im Verkehr objektiv ordnungswidrig (verkehrswidrig) verhalten hat [wie es die Handlungsunrechtslehre sieht]. WAGNER, der eingangs erwähnte Mahner, schätzt die Lage so ein, dass die „vormals herrschende Erfolgsunrechtslehre ... ihren Ausgangspunkt gerettet [hat], indem sie dem Handlungsunrecht den Löwenanteil des Deliktsrechts überlassen hat“.<sup>45</sup> Dabei ist aber auch für die Schweiz davon auszugehen, dass die Beeinträchtigung selbst eines an sich absolut geschützten Rechtsgutes *durch Unterlassung* nur dann widerrechtlich ist, wenn eine Verhaltenspflicht bestand, die durch die Unterlassung verletzt wurde.

**c.** Bei allem fällt auf, dass das schweizerische Bundesgericht zumindest vordergründig davon absieht, von der richterlichen Gestaltungsmacht, die in der offenen Generalklausel von Art. 41 Abs. 1 OR doch eigentlich angelegt ist, Gebrauch zu machen, und sich in der Tendenz darauf beschränkt, einschlägige Vorgaben der hier zuständigen Normgeber<sup>46</sup> haftungsrechtlich umzumün-

<sup>43</sup> WIDMER, Reform, 159.

<sup>44</sup> Siehe z.B. SOERGEL/SPICKHOFF, N 4a ff. zu § 823 BGB.

<sup>45</sup> WAGNER, Grundstrukturen, 215.

<sup>46</sup> Der Kreis ist bekanntlich weit gezogen und nicht auf den eidgenössischen Gesetzgeber beschränkt.

zen. Natürlich ist der Vorgang komplexer, und es ist nicht zu übersehen, dass das Bundesgericht durchaus eigene Ingredienzen beimischt, wenn es etwa über die Ausdehnung des Persönlichkeitsrechts oder die deliktsrechtlichen Implikationen einer Regel des Strafrechts<sup>47</sup> zu entscheiden hat. Vom Ansatz her aber bewegt sich die Rechtsprechung mit ihrem Bekenntnis zur objektiven Widerrechtlichkeit in einem Korsett, indem sie eine Haftung einzig dann bejahen kann, wenn ein absolutes Recht verletzt wurde oder aber sich eine Norm ausmachen lässt, aus der sich die Ersatzfähigkeit des gerade erlittenen reinen Vermögensschadens ergibt.

**d.** Luft verschafft sich die Rechtsprechung zum Teil dadurch, dass sie sich aus dem Deliktsrecht verabschiedet und die Anlehnung an das Vertragsrecht sucht. Zum Teil verfolgt sie aber auch systemwahrende Ansätze. Wichtig ist in dem Zusammenhang das höchstrichterliche Zugeständnis, dass deliktsrechtlich relevante Verhaltenspflichten auch dem ungeschriebenen Recht zugehören können,<sup>48</sup> wie es richterliche Rechtsschöpfungen darstellen.<sup>49</sup> In Deutschland gibt es Stimmen, die sich gegen eine solche Öffnung verwahren.<sup>50</sup> Ob damit nun doch noch eine Facette gefunden ist, hinsichtlich der sich die Rechtslage in der Schweiz von der deutschen Ordnung unterscheidet, mag hier offen bleiben. Sicher ist, dass das System, in dem die Deliktshaftung eine objektive Widerrechtlichkeit voraussetzt, zumindest hierzulande auch ungeschriebenem Recht gegenüber aufgeschlossen ist. In methodischer Hinsicht scheint mir hier der *Schlüssel zu einer Fortentwicklung* des Deliktsrechts zu liegen, die konzeptionell beim bisherigen Ansatz bleibt, in materieller Hinsicht aber für eine konsistentere Behandlung reiner Vermögensschäden und dabei auch dafür zu sorgen hat, dass diese Fälle im Deliktsrecht und – im Interesse der Voraussehbarkeit und damit der Rechtssicherheit – nach delikts-

<sup>47</sup> Siehe z.B. BGE 102 II 285 (Kabelbruch), in dem das Bundesgericht zu entscheiden hatte, ob Art. 239 StGB („Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen“) auch auf deliktsrechtlich relevanten Individualschutz angelegt sei, was es im zitierten Entscheid bejahte.

<sup>48</sup> Siehe OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup>, § 4/N 42; WERRO, Commentaire romand, N 56 zu Art. 41 OR.

<sup>49</sup> „Zu diesen Normen gehört z.B. der wichtige Grundsatz des ungeschriebenen Rechts, dass derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat ... Im weitern gelten als Verhaltensnormen das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Handelns (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Jeder Verstoss gegen eine derartige Verhaltensnorm wird als widerrechtlich aufgefasst ...“, erwog das Bundesgericht etwa in BGE 116 Ia 169; für eine Relativierung hinsichtlich des Grundsatzes von Treu und Glauben dann aber BGE 124 III 301 E. c.

<sup>50</sup> Vgl. die Hinweise in Fn 39.

rechtlichen Modalitäten abgewickelt werden. Wird ungeschriebenes Recht als Quelle deliktsrechtlich relevanter Verhaltensnormen anerkannt und fruchtbar gemacht, muss die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden durchaus nicht länger vom „legislatorischen Zufall“<sup>51</sup> abhängen, sondern kann zum Gegenstand legitimer richterrechtlicher Entwicklungen werden. Nach meinem Verständnis liesse sich so etwa der Vertrauenshaftung mit deliktsrechtlicher Begrifflichkeit gerecht werden, indem die treuwidrige Enttäuschung berechtigten Vertrauens als deliktsrechtlich verpöntes Verhalten gewertet und so richterrechtlich eine entsprechende Schutznorm generiert würde.<sup>52</sup>

3. Doch ist noch einmal zum Ausgangspunkt zurückzukehren, denn bei allem bleibt ja zuzugeben: Das schweizerische Deliktsrecht war in seinen Anfängen gar nicht auf die objektive Widerrechtlichkeit ausgerichtet, sondern hat diese Konzeption erst nachträglich rezipiert. Der Bundesrat selber berief sich in seiner Botschaft von 1880 noch ausdrücklich auf ein der „deutschen Rechtsanschauung bisher völlig fremdes Prinzip des französischen Rechtes (Art. 1382 und 1383 des Code civil)“, das er mit seinem Art. 56 ins schweizerische Recht überführen wollte. Und weiter: „Es soll nach Art. 56 auch in solchen Fällen die Verpflichtung zum Ersatze des durch widerrechtliches Handeln verursachten Schadens bestehen, wo weder von einer Beschädigung einer körperlichen Sache oder des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen, noch von einer *wissentlich* rechtswidrigen Herbeiführung eines schädlichen Erfolges (*dolus*), noch endlich von Verletzung einer *vertragsmässig* übernommenen Verbindlichkeit die Rede sein kann. Zur Begründung einer Schadensersatzforderung unter dem Gesichtspunkte einer unerlaubten Handlung (unabhängig von einer Kontraktverletzung) soll es genügen, wenn nur überhaupt irgend eine objektiv rechtswidrige, Schaden verursachende Handlung vorliegt, und der widerrechtlich Handelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit, d.h. bei demjenigen Grade derselben, der ihm nach allgemeiner Rechtsanschauung oder nach positiver Rechtsvorschrift zuzumuthen ist, die Widerrechtlichkeit hätte erkennen und den daraus hervorgehenden Schaden hätte vermeiden können“.<sup>53, 54</sup> Nahtlos schliesst sich dem die offenkundig vom

<sup>51</sup> GAUCH/SWEET, FS-Keller, 122.

<sup>52</sup> Diese Frage ist in der Rechtsprechung noch nicht gelöst. Daran ist hier lediglich zu erinnern. OSER, Zürcher Kommentar, Ziff. III/2 zu Art. 41 OR, weist dort, wo er der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie das Wort redet, unter anderem darauf hin, dass „– der Argumente last not least – ... die Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben durch Abs. 1 von Art. 2 ZGB als Rechtspflicht hingestellt [ist]. Damit wird – auch nach der objektiven Theorie – jede Schadenzufügung wider Treu und Glauben als widerrechtlich hingestellt.“ Siehe dazu die Hinweise in Fn. 49.

<sup>53</sup> BBl 1880 I, 185. Die hier kursiv gesetzten Zitateile sind im Original im Sperrdruck dargestellt; die Schreibweise habe ich übernommen.

französischen Recht<sup>55</sup> inspirierte Forderung WERROs an „d'admettre que la responsabilité repose sur la seule violation injustifiée du devoir de diligence imposé dans les circonstances du cas d'espèce. L'auteur du dommage répondrait à chaque fois qu'il aurait adopté un comportement déraisonnable pour lequel il ne pourrait pas se prévaloir de motifs justificatifs“.<sup>56</sup> All dies ganz nach v. LISZTs Geschmack! Dieser Strafrechtler schrieb nämlich: „Uns Kriminalisten fällt es nicht ein, das Merkmal der Widerrechtlichkeit positiv bestimmen zu wollen; wir sind uns völlig klar darüber, dass jede Verletzung rechtlich geschützter Interessen eines Anderen *grundsätzlich* eine Rechtswidrigkeit ist. Für uns handelt es sich nur darum, die *Ausnahmen* möglichst vollzählig und möglichst vollständig zu umschreiben, in welchen aus besonderen Gründen die Rechtswidrigkeit entfällt. Die strafrechtliche Lehre von der Rechtswidrigkeit ist die Darstellung der Gründe für den *Wegfall* derselben ...“.<sup>5758</sup> Hätte man seinerzeit auf den Strafrechtler gehört, stünden wir heute

<sup>54</sup> Wenn die bundesrätliche Botschaft ausführt, es müsse zur Begründung einer Ersatzpflicht genügen, dass „nur überhaupt irgend eine objektiv rechtswidrige, Schaden verursachende Handlung vorliegt“, schwächt sie diesen Bezug in Tat und Wahrheit wieder deutlich ab, da das Erfordernis einer objektiven Rechtswidrigkeit ein deutschrechtliches Erzeugnis und dem französischen Recht zumindest im Ansatz gerade fremd ist.

<sup>55</sup> Dessen § 1382 liest sich so: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.“ Jedes vorsätzliche Handeln eines Menschen, durch das einem anderen Schaden zugefügt wird, verpflichtet den Schädiger zu Schadenersatz, ordnet diese Bestimmung an. Sie wird durch § 1383 ergänzt, indem dort die Haftung auf Fahrlässigkeit ausgeweitet wird. Diese Verhaltensperspektive des französischen Rechts, die sich von der Interessensperspektive des deutschen abhebt, kommt deutlich in der französischen Fassung des Art. 41 Abs. 1 OR zum Ausdruck, wenn dort vorausgesetzt wird, dass der Schaden „d'une manière illicite“ herbeigeführt wird, in widerrechtlicher Manier also, was auf das Verhalten zielt. Hier ist nicht zu vertiefen, wie das Erfordernis einer „faute“ im französischen Deliktsrecht zu verstehen ist. Zum Teil wird gesagt, „als ‚faute‘ [könne] letztlich jegliches Verhalten eingestuft werden ..., das vom Verhalten eines ordentlichen, anständigen und sorgfältigen Durchschnittsmenschen abweicht“, so GOTTHARDT, Landesbericht, 18.

<sup>56</sup> WERRO, Commentaire romand, N 68 zu Art. 41 OR, im Sinne eines pars pro toto-Nachweises seiner Konzeption, deren Nähe („avec quelques nuances“) zur subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie er selber konzidiert (N 68).

<sup>57</sup> v. LISZT, Grenzgebiete, 34, wo zudem nachzulesen steht: „Es ist aus den Motiven nicht ersichtlich, ob den Verfassern des Entwurfs diese Art der Behandlung der Frage unbekannt geblieben ist, oder ob sie besondere Gründe hatten, dieselbe gänzlich unbeachtet zu lassen.“

<sup>58</sup> Diese Kritik richtete v. LISZT gegen den I. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, der die Bestimmung (§ 704) wie folgt fasste: „Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung – Thun oder

womöglich auch in der Schweiz anders da. Allein, v. LISZTs Kritik verhalte in Deutschland ungehört und wurde auch in der Schweiz nicht zur Kenntnis genommen. Doch sollte sich die Rechtsprechung auf einen neuen Ansatz besinnen?

#### IV. Ein neuer Ansatz?

Die Herausgeber dieser Festschrift wünschten eine Selbstbeschränkung auf ungefähr 10 Seiten. Zu meiner Entlastung, denn ein Systemwechsel bedinge die Klärung zahlreicher Fragen,<sup>59</sup> die sich hier nicht meistern lässt. Ich habe schon preisgegeben, dass ich ohnehin einer Weiterentwicklung des heutigen Ansatzes wohl den Vorzug geben würde. Die Gerichte verfügen zumindest in der Schweiz über erheblichen Gestaltungsspielraum und sind nicht gehalten, die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – und um sie geht es vor allem – sklavisch von einer häufig zufälligen „legislatorischen Entscheidung“<sup>60</sup> abhängig zu machen, die sie legitimiert. Sicher ist der Begründungsaufwand, der mit der Schaffung entsprechenden Richterrechts verbunden ist, ganz erheblich. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, dass bei einem Systemwechsel mit nicht minder grossem Aufwand herauszuarbeiten wäre, welche Verhaltensweisen trotz einer damit verbundenen Vermögensschädigung *nicht* verpönt sind und entsprechend keine Ersatzfolgen nach sich ziehen. Vor allem aber hätte man sich mit der Grundausrichtung des Deliktsrechts und der Fra-

Unterlassen – einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht [Abs. 1]. Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, ... Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen [Abs. 2].“ Noch der Vorentwurf hatte einen uns Heutigen sehr vertrauten Wortlaut: „Hat Jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem Anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadenersatz verpflichtet“ (§ 181 Abs. 1 des Entwurfs 1882), zit. nach v. KÜBEL, Entwurf, 653.

<sup>59</sup> Unter anderem wäre darüber nachzudenken, wie unter einem neuen System das Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktsrecht auszugestalten wäre; das französische Recht behilft sich hier mit dem Grundsatz des „non-cumul“, negiert also die Möglichkeit einer Anspruchskonkurrenz, siehe GOTTHARDT, Landesbericht, 14 f.; v. BAR, Deliktsrecht I, 429 ff.

<sup>60</sup> So WAGNER, Münchener Kommentar, N 214 zu § 823 BGB.

ge zu befassen, ob es richtig ist, auch reinen Vermögensschäden zunächst einmal die prinzipielle Ersatzfähigkeit zuzubilligen. Womöglich findet Franz RIKLIN jetzt die Zeit, um solchen Fragen nachzugehen. Er wäre ja nicht der erste Kriminalist, der die zivilrechtliche Diskussion befruchtete. Womöglich aber hast Du Gescheiteres zu tun, und dabei wünsche ich Dir von Herzen alles Gute!

## Referenzen

CH. V. BAR, *Gemeines europäisches Deliktsrecht*, Bd. I und II, München 1996/1999. – G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, Berlin/Heidelberg 2006. – P. J. A. V. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1. Teil, Erfurt 1799. – H. FICK, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1911. – B. GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Diss. Freiburg 1987. – P. GAUCH, *Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts*, in: *recht* 1996, 225 ff. – P. GAUCH/J. SWEET, *Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden*, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller*, Zürich 1989, 117 ff. – P. GOTTHARDT, *Landesbericht Frankreich*, in: Ch. v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa*, Köln etc. 1994, 16 ff. – J. HAGER, § 823, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13. Bearbeitung, Berlin 1999. – F. PH. V. KÜBEL, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin 1882, Nachdruck: W. Schubert (Hrsg.), *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Schuldrecht 1*, Berlin/New York 1980. – K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994. – F. V. LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin/Leipzig 1889. – F. V. LISZT, *Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin 1898. – B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 2, Berlin 1899, Neudruck Aalen 1979. – K. OFTINGER/E. W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995. – H. OSER, *Art. 41 OR*, in: *Zürcher Kommentar*, Zürich 1915. – F. RIKLIN, *Von der Aufklärung verschont*, Zürich/München 2002. – B. SCHÖNENBERGER, *Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie*, *HAVE* 2004, 3 ff. – A. SPICKHOFF, § 823, in: H.-T. Soergel et al. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 12, 13. Aufl., Stuttgart etc. 2005. – H. SPRAU, § 823, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 66. Aufl., München 2006. – A. V. TUHR, *Litteraturanzeige*, *ZSR* 12 n.F. (1893), 326 ff. – G. WAGNER, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, in: R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden 2003, 189 ff. – G. WAGNER, § 823, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., München 2004. – F. WERRO, *La responsabilité civile*, Bern 2005. – F. WERRO, art. 41, in: L. Thevénoz/F. Werro (éds.), *Code des obligations I, Commentaire romand*, Genève etc. 2003. – P. WIDMER, *Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene*, in: R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden 2003, 147 ff.

