

Inhaltsübersicht

I.	Der Begriff »Schadenersatzrecht«	5
II.	Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses	9
III.	Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs und Zurechnungsgründe	11
IV.	Die Zwecke des Schadenersatzrechts	24
V.	Das Schadenersatzrecht im Gesamtsystem der Privatrechtsordnung	53
VI.	Versicherung statt Haftung bei Personenschäden?	60
VII.	Die Harmonisierung des Schadenersatzrechts in der EU	65

I. Der Begriff »Schadenersatzrecht«

Literatur

F. Bydlinski, System und Prinzipien 185 ff; *Koziol*, Grundfragen; *derselbe*, Schadenersatzrecht und Law of Torts, U. Magnus-FS (2014) 61; *derselbe*, Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law (2017); *Schlechtriem*, Schadenersatz und Schadensbegriff, ZEuP 1997, 232; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht (2017); *Weyers*, Unfallschäden (1971); *Wilburg*, Elemente.

»Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet« (§ 1311 Satz 1 ABGB). Erleidet jemand einen Schaden, so hat er ihn grundsätzlich selbst zu tragen: Jeder trägt das Risiko für seine Güter¹. Dieser **Risikotragungsgrundsatz**² trägt jedoch dann nicht mehr, wenn der Schaden einem anderen zuge-

1

1 Dazu *Weyers*, Unfallschäden 486 ff; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rz 1; *Brüggeleier*, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982) 392 f mwN; *P. Widmer*, Vorwort zu einem (noch) ungeschriebenen Traktat über Verantwortung, Verantwortlichkeit und Haftung, Hausheer-FS (2002) 661, insbesondere 665 ff; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung 99 f, 201 ff.

2 Vielfach wird betont, dass es sich beim Satz »casum sentit dominus« nicht um ein Zurechnungsprinzip handle, sondern lediglich um die Konsequenz des Fehlens von Haftungsgründen; siehe *F. Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 333 FN 50; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999) 116 ff; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung 211 ff. Das ist wohl zutreffend, doch geht

rechnet werden kann und damit kein Zufall vorliegt: Zum Schutz der dem Einzelnen rechtlich zugeordneten Güter³ wird der geschädigten Person von unserer und allen anderen Rechtsordnungen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gegen eine andere Person ein Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens zugesprochen. Die Summe jener Normen, die regeln, wann eine geschädigte Person die Wiedergutmachung des bei ihr entstandenen Nachteils von einer anderen begehren kann, bezeichnet man als Schadenersatzrecht oder Haftpflichtrecht. Diesen Begriffen werden jedoch unterschiedliche Bedeutungen beigelegt.

- 2 Das *ABGB* verwendet den Begriff »Schadenersatzrecht« in einem sehr weiten Sinn: Im Titel des 30. Hauptstücks wird vom Recht des Schadenersatzes gesprochen und damit – wie sich aus § 1295 ergibt – nicht nur die außervertragliche, sondern auch die vertragliche Haftung für Schäden erfasst. Überdies werden in diesem Abschnitt nicht nur die Rechtsfolgen, also Art und Umfang des Ersatzes, sondern auch die Haftungsvoraussetzungen geregelt. Die gleiche weite Bedeutung kommt dem Begriff »Haftungsrecht« zu, der manchmal deshalb vorgezogen wird, um die Einbeziehung der sondergesetzlichen Gefährdungshaftungstatbestände klarzustellen⁴.

Auch in *Deutschland* wird »Schadenersatzrecht« manchmal im weiten Sinn verstanden, in dem die Voraussetzungen und Rechtsfolgen sowohl der vertraglichen als auch der außervertraglichen Haftung umfasst werden⁵. Es wird jedoch andererseits entsprechend der Systematik des BGB (§§ 249 ff) unter dem Schadenersatzrecht nur die Regelung von Art und Umfang des Ersatzes verstanden⁶. Mit dem Begriff Haftungsrecht wird wohl stets lediglich die außervertragliche Haftung, also der Bereich der Verschuldenshaftung auf Grund unerlaubter Handlungen (Delikte) sowie der Gefährdungshaftung, bezeichnet, dafür aber andererseits nicht nur die Regelung der Rechtsfolgen sondern auch der Haftungs begründung miteinbezogen⁷.

In der *Schweiz* wiederum werden die Begriffe Haftpflichtrecht und Schadenersatzrecht als gleichbedeutend angesehen und teilweise im weiten Sinn verwendet: Es werden damit vertragliche und außervertragliche Haftungen angesprochen; ferner

es letztlich um die Reichweite und das Gewicht dieser Risikotragung, was insbesondere für die Problematik der Mitverantwortung bedeutsam ist; siehe dazu *Koziol*, Grundfragen Rz 6/217 ff und unten Rz C/9/7 ff.

3 Dazu *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 188; siehe auch *Picker*, Systemdenken im Haftungsrecht, *Klamaris-FS* (2016) 557.

4 *Rabl/Riedler*, Schuldrecht. Besonderer Teil⁶ (2017) Rz 13/1.

5 So wohl *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ § 27; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ § 75; *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006) 1. Auch *Lange/Schiemann*, Schadenersatz³ behandeln nicht nur die Rechtsfolgen, sondern auch Fragen der Zurechnung.

6 So etwa *Schiemann*, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts (1981) 1; *Wurmnest*, Schadenersatz, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts II (2009) 1336 ff.

7 *Brüggemeier*, Haftungsrecht 1.

sowohl die Haftungsbegründung als auch die Rechtsfolge des Ersatzes⁸. Manchmal jedoch wird Haftungsrecht lediglich im engeren Sinn der außervertraglichen Haftung verstanden⁹.

Insofern besteht jedoch Übereinstimmung bezüglich des außervertraglichen Schadenersatzrechts: Wenn die Grundvoraussetzung der Verursachung eines Schadens und die mehr oder weniger allgemein umschriebenen Zurechnungsgründe, insbesondere der Verschuldens-, Gehilfen- und Gefährdungshaftung, erfüllt sind, dann entsteht die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens (siehe § 1295 Abs 1 ABGB; § 823 Abs 1 BGB). Es geht daher von den Grundvoraussetzungen und der Rechtsfolge aus gesehen um ein homogenes Rechtsgebiet: Das Schadenersatzrecht umfasst Normen, die *Voraussetzungen und Inhalt der auf den Ausgleich von Schäden gerichteten Ansprüche* regeln.

Dadurch unterscheidet sich das Schadenersatzrecht grundlegend vom *law of torts* des common law, das in einigen Fällen von der Voraussetzung eines Schadens völlig absieht und dementsprechend nicht einmal stets auf den Ersatz eines Schadens abzielt; daher fallen einerseits auch Unterlassungs- und Beseitigungsklagen unter das *law of torts*, andererseits auch Eigentumsherausgabeansprüche, Bereicherungsansprüche und reine Strafen. Dem *law of torts* kommt daher nicht generell Ausgleichsfunktion zu und es sieht somit auch die unterschiedlichsten Voraussetzungen und Rechtsfolgen vor¹⁰. *Weir*¹¹ charakterisiert das *law of torts* daher sehr pointiert folgendermaßen: »Tort is what is in the tort books, and the only thing holding it together is their binding«.

Das sollte bei einem Vergleich des kontinentalen Schadenersatzrechts mit dem *law of torts* des common law und bei der Übernahme von Gedanken aus diesem Rechtskreis stets bedacht werden. Bedauerlicherweise ist dies nicht durchgehend der Fall, insbesondere nicht bei so manchem Autor mit starker rechtsvergleicher Ausrichtung¹². So beruht wohl die Betonung des Vorrangs der Präventions- oder der Straffunktion des Schadenersatzrechts¹³ auf einer Anlehnung an das common law. Daraus, dass das weitläufige und vielfältige »*law of torts*« auch rein präventive, gewinnabschöpfende oder pönale Rechtsfolgen kennt, dürfen jedoch

8 Siehe dazu *Fellmann/Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (2012) 1; ferner *Ofinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht I⁵ § 1 Rz 5 f; *A. Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil⁴ (2017) 776 ff.

9 *Fellmann/Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht I 1; *Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht⁵ (2013) § 1 Rz 2.

10 Dazu ausführlich und mwN *Koziol*, U. Magnus-FS 63 ff.

11 *An Introduction to Tort Law*² (2006) Preface ix.

12 Siehe dazu auch *Stürner*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 18 ff.

13 Siehe dazu *Koziol*, Grundfragen Rz 3/4 ff mwN.

keine Schlüsse für die Zulässigkeit entsprechender Rechtsfolgenanordnungen in einem auf den Schadensausgleich ausgerichteten Schadenersatzrecht gezogen werden. Die Überfrachtung mit wesensfremden Aufgaben würde dazu führen, dass weder die vom Schadenersatzrecht, das auf den Ausgleich eines Nachteils ausgerichtet ist, vorgesehenen Voraussetzungen noch die Rechtsfolgen passend erscheinen.

- 4 Mit dieser Kritik wird keineswegs behauptet, dass derartige Aufgaben von unserer Rechtsordnung überhaupt nicht verfolgt werden sollen, sondern es wird lediglich vertreten, dass für *unterschiedliche Aufgaben auch unterschiedliche Rechtsinstrumente* entwickelt werden sollten, wobei auf eine sorgfältige Einfügung in das Gesamtsystem der Schutzmechanismen bei Verletzung geschützter Rechte, aber darüber hinaus auch in die gesamte Rechtsordnung, Bedacht zu nehmen ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises einerseits ohnehin rein präventive Instrumente vorhanden sind, nämlich die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche und überdies das Strafrecht (einschließlich Verwaltungsstrafrecht), die ausreichend ausgebildet und funktionsfähig sind; andererseits die fundamentalen Unterschiede zwischen Privatrecht und Strafrecht ernst genommen werden sollten¹⁴. Es ist auch sicherlich nicht weiterführend, Rechtsinstitute trotz unterschiedlicher Rechtsfolgen und damit abgestimmten unterschiedlichen Voraussetzungen in das Schadenersatzrecht hinein zu zwingen: Mit einer derartigen simplifizierenden Etikettierung wird nur der Verschleierung vorhandener, sachlich erforderlicher Differenzierungen Vorschub geleistet und einem dogmatischen Einheitsbrei das Wort geredet.
- 5 Der zu bewältigenden Aufgabenvielfalt stand einige Zeit eine ebenfalls aus dem common law Bereich importierte einseitige Lehre der *Rechtsökonomie* gegenüber. Ist schon die Rückführung eines derart komplexen Gebietes wie das gesamte Schadenersatzrecht auf einen Grundgedanken einseitig¹⁵, so erscheint die starke Betonung des ökonomischen Gedankens an sich bedenklich: Das Schadenersatzrecht hat eine Vielzahl von unterschiedlichen und auch gegensätzlichen Interessen zu berücksichtigen, wobei die wichtigsten keineswegs ökonomischer, sondern ideeller Natur sind, wie insbesondere die Persönlichkeitsrechte zeigen, und auch soziale Aspekte maßgeblich sind¹⁶. Auch wenn heute der Ausschließlichkeitsanspruch fallen gelassen wurde, ist doch bei den Vertretern dieser Lehre noch immer eine Überbetonung des ökonomischen Zieles festzustellen. Soweit ideelle Interessen

14 Dazu *Koziol*, Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions, in: *Koziol/Wilcox* (Hrsg.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009) 296 ff.

15 Gegen die Rückführung großer Rechtsgebiete auf ein einziges Prinzip hat sich schon *Wilburg*, Elemente 1 ff, 26 ff nachdrücklich gewendet. Siehe auch *Koziol*, Grundfragen Rz 6/182 ff.

16 *Koziol*, Unsoziale schadenersatzrechtliche Regelungen, Danzl-FS (2017) 129.

berücksichtigt werden müssen, entziehen sich diese überdies schon ihrer Natur nach einer exakten Bewertung, so dass insofern die Ökonomie kaum exaktere Hilfe anbieten kann, die über jene der traditionellen juristischen Methoden hinausreicht. Auch dann, wenn es um die maßgebliche Frage der präventiven Wirkung des Zivilrechts und insbesondere des Schadenersatzrechts geht, ist der Rückgriff auf die Erkenntnisse der Rechtsökonomie keineswegs unumgänglich, um reines Gutdünken bei Beurteilung der präventiven Wirkung des Zivilrechts zu vermeiden¹⁷: Die Rechtsökonomie ging vielmehr zunächst von einem sich letztlich als lebensfremd erweisenden Modell des homo oeconomicus, der streng rational nur die eigenen Interessen verfolgt, aus und wurde durch die Verhaltensökonomie so zurecht gerückt, dass zwar immerhin lebensnähere, wenn auch nicht sehr exakte Erkenntnisse gewonnen und überdies die schon bisher von den Strafrechtswissenschaften gelieferten Einsichten lediglich etwas ergänzt werden können¹⁸.

II. Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

Delikte und Vertragsverletzungen werden vielfach als *gegensätzliche* Anspruchsgrundlagen angesehen¹⁹: Bei *Delikten* geht es um ein Verhalten, das gegenüber jedermann bestehende Pflichten verletzt; bei Vertragsverletzungen hingegen um ein Verhalten, das auf Grund der besonderen Rechtsbeziehung zum Vertragspartner unzulässig ist. Wenn üblicherweise von Vertragsverletzungen gesprochen wird, so ist dies allerdings zu eng: Es geht allgemeiner um die Pflichten aus einer Sonderrechtsbeziehung zu einer bestimmten anderen Person; also vor allem auch um die Pflichten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen. Die Ansicht, dass es sich bei den Delikten und den *Verletzungen von Sonderrechtsbeziehungen* um zwei streng getrennte Bereiche handelt, überzeichnet jedoch den Gegensatz²⁰.

Für das österreichische Recht scheint auf den ersten Blick die Zuordnung zu einem der beiden Bereiche sogar ohne besondere Bedeutung zu sein, da das ABGB

17 Anders *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung (2017) 22 f, der jedoch dann selbst auf die keineswegs eindeutigen Ergebnisse der Rechtsökonomie einerseits und die durchaus wertvollen bisherigen Erkenntnisse der Strafrechtswissenschaft andererseits hinweist und damit seine einleitende Feststellung erheblich relativiert.

18 Siehe zu all dem auch *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung 73 ff, 103 ff.

19 Dazu eingehend *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten (2000) 47 ff; *Immenhauser*, Das Dogma von Vertrag und Delikt (2006); rechtsvergleichend *Martin-Casals*, The Borderlines of Tort Law. Comparative Report, in: *Martin-Casals* (Hrsg), The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law (2019) 713 ff, mit Hinweisen auf die Länderberichte.

20 So auch *Schilcher*, Ziele, Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadenersatzrechts, in: *Magnus/Spier* (Hrsg), European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol (2000) 283 ff.

in § 1295 Abs 1 festhält, dass jedermann berechtigt sei, vom Beschädiger den Ersatz des schuldhaft zugefügten Schadens zu fordern und erläuternd betont: »Der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.« Die Lage ist hier letztendlich aber nicht viel anders als in Deutschland, der Schweiz oder in anderen Ländern²¹, da Einzelheiten auch vom ABGB für Delikte und Vertragsverletzungen unterschiedlich geregelt werden²². So sieht § 1298 ABGB für rechtliche Sonderverbindungen eine *Beweislastumkehr* zu Lasten des Schädigers vor: Dem Schuldner obliegt der Beweis, dass ihm kein Verschulden an der Nichterfüllung der Verbindlichkeit vorzuwerfen ist. Ferner trifft den Geschäftsherrn eine umfassende Einstandspflicht für sorgloses Verhalten seiner *Gehilfen*, die er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Schuldverhältnis beigezogen hat (§ 1313a ABGB), während im deliktischen Bereich die Gehilfenhaftung recht eng begrenzt ist (§ 1315 ABGB).

- 8 Für den Bereich der *Rechtswidrigkeit* ist überdies die Anerkennung des fließenden Überganges zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses vor allem aus zwei Gründen bedeutsam (dazu Rz C/1/59): Erstens bestehen im deliktischen Bereich Verhaltenspflichten zum Schutz des *bloßen Vermögens* Dritter nur in sehr engen Grenzen²³; die Partner von Schuldverhältnissen treffen hingegen auch weitgehende Pflichten zur Achtung des bloßen Vermögens des anderen. Zweitens obliegen den Partnern eines Schuldverhältnisses umfassendere und strengere Sorgfaltspflichten. Sie müssen insbesondere auch aktiv tätig werden, um Schäden vom Partner abzuhalten, zB durch Aufklärung und Warnung.

Für den unterschiedlichen Schutz spricht, dass bei umfassendem deliktischen Schutz des Vermögens die Handlungsfreiheit jedes Einzelnen allzu sehr beschränkt würde. Ferner ist zu bedenken, dass die Partner eines Schuldverhältnisses gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter, aber auch auf das bloße Vermögen des anderen Teils haben. Schließlich ist bei den rechtsgeschäftlich begründeten Schuldverhältnissen bedeutsam, dass beide Teile mit dem Vertrag eigene geschäftliche Interessen verfolgen (ausführlich dazu Rz C/1/60).

- 9 Die für die Verschiedenbehandlung von Delikt und Verletzung von Schuldverhältnissen tragenden Grundgedanken treffen in vollem Umfang jeweils nur in einem *Kernbereich* zu. Es liegt deshalb nahe, die beiden Bereiche als Endpunkte einer

21 Siehe *Koziol*, Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen, in: *Koziol*, Grundfragen aus rechtsvergleichender Sicht Rz 8/178 ff mit Verweisen auf die Länderberichte; *Martín-Casals* in *Martín-Casals*, Borderlines of Tort Law 722 ff.

22 Dazu ausführlicher Bd II³ Rz A/2/227 ff, sowie *Karner/B.A. Koch*, The Borderlines of Tort Law in Austria, in: *Martín-Casals*, Borderlines of Tort Law 16 ff.

23 Dazu ausführlicher *Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 274 ff, und unten Rz C/1/49 und Bd II³ Rz A/2/95 ff.

Kette von Zwischenstufen zu verstehen²⁴. In diesem Zwischenbereich ist die den gesetzlichen Wertungen entsprechende Lösung darin zu sehen, je nach dem Zutreffen der maßgebenden Grundgedanken die Regelungen des einen oder des anderen Kernbereiches gänzlich anzuwenden oder sie zu kombinieren²⁵.

III. Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs und Zurechnungsgründe

Inhaltsübersicht

A. Schaden	11
B. Verursachung	12
C. Zurechnungsgründe	12

Literatur

Brüggemeier, Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Verschuldenshaftung, HAVE 2013, 87; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 185 ff; *Deutsch*, Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, JZ 1968, 721; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003); *Koziol*, Grundfragen; *derselbe*, Grundfragen aus rechtsvergleichender Sicht; *Kreuzer*, Prinzipien des deutschen außervertraglichen Haftungsrechts, W. Lorenz-FS (1991) 123; *Larenz*, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373; *Picker*, Systemdenken im Haftungsrecht, Klamaris-FS (2016) 557; *Rohe*, Gründe und Grenzen deliktischer Haftung – die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts, AcP 201 (2001) 117; *Schilcher*, Der Regelfall als Verbindung von Tatbestandsmodell und Beweglichem System, Koziol-FS (2010) 853; *derselbe*, Schadenstragung und Schadensverteilung als Haftungsgründe, W. Posch-FS (2011) 667; *E. Schmidt*, Zurechnung, Zurechnungsprinzipien und Zurechnungszusammenhang, Liber Amicorum J. Esser (1995) 137; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht (2017); *Wilburg*, Elemente; *derselbe*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950) 11 ff; *Winiger*, Verantwortung, Reversibilität und Verschulden (2013).

A. Schaden

Schon aus dem klar formulierten Titel des 30. Hauptstücks des ABGB, »Von dem Rechte des Schadenersatzes«, ergibt sich, dass die folgenden Bestimmungen nur

10

24 Siehe vor allem *Canaris*, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, Larenz-FS (1983) 27 ff; *Medicus*, Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, M. Keller-FS (1989) 205; *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209; *Krebs*, Sonderverbindung 555 ff; OGH 3 Ob 509/95 in JBl 1995, 522 = ÖBA 1995, 986. Ausführlicher unten Rz C/1/59 ff und in Bd II³ Rz A/2/267 ff.

25 Siehe dazu unten Rz C/1/61 und Bd II³ Rz A/2/268 f.

müssen: Dies ist eine der Voraussetzungen für ein konsistentes, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und damit dem fundamentalen Gedanken der Gerechtigkeit entsprechendes Gesamtsystem²⁹³.

Die aufgezeigten Mängel und Widersprüche führen dazu, dass sich die europäischen Rechtsordnungen immer weiter von einem dogmatisch durchdachten, in sich geschlossenen System, das Gleiches gleich sowie Ungleiches ungleich behandelt, und damit von der *Grundidee der Gerechtigkeit* entfernen. P. Widmer²⁹⁴ hat daher zutreffend festgestellt: »Dem bisherigen europäischen Haftungsrecht fehlt es noch sehr viel mehr als unseren nationalen Ordnungen an Kohärenz und an einer einigermaßen erkennbaren Struktur; man kann zur Zeit noch nicht einmal von einem Torso sprechen. Es fehlt auch ein für den weiteren Ausbau tragfähiges Konzept.«

Einige Unzulänglichkeiten könnten selbstverständlich schon allein dadurch vermieden werden, dass die Ausarbeitung der Richtlinien, Verordnungen und Urteile weniger überhastet und sorgfältiger erfolgt. Aber die Harmonisierung und Vereinheitlichung ist ohne Zweifel schwierig und stößt darüber hinausgehend auf grundsätzliche Hindernisse²⁹⁵: Die nationale Rechtsordnung ist Bestandteil der althergebrachten *Kultur jedes Volkes* und bestimmt das gesellschaftliche Leben des Landes. Eine gesamteuropäische Kodifikation, aber auch jede Vereinheitlichung oder Harmonisierung von Teilgebieten, kann zu einer gravierenden Abweichung vom Althergebrachten führen, obwohl Teile der europäischen Rechtsordnungen, insbesondere das Obligationenrecht, durch das römische Recht geprägt sind und daher teilweise einander entsprechen. Da sich jedoch die zahlreichen europäischen Rechtssysteme jahrhundertlang unabhängig voneinander fortentwickelten, müssen doch recht unterschiedliche Kulturen und Denkgewohnheiten miteinander in Einklang gebracht werden. Der Weg zum Ziel eines *allgemeinen, schlüssigen Konzepts* für die Harmonisierung des europäischen Privatrechts wird daher zeitraubend, anstrengend und schwierig sein. Dieses Konzept ist jedoch dringend erforderlich, weil ein gerechtes und funktionierendes Rechtssystem benötigt wird.

Es sollte daher nicht bezweifelt werden, dass das Ziel einer sinnvollen Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Schadenersatzrechts in der Europäischen Union

293 Siehe *Koziol*, Grundfragen Rz 2/90.

294 Die Vereinheitlichung des europäischen Schadenersatzrechts aus der Sicht eines Kontinental-europäers, *Revue Hellénique de Droit International* 52 (1999) 99.

295 Siehe dazu G. Wagner in *Koziol/B.C. Steininger*, *European Tort Law* 2005, 656 ff; *Koziol*, Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene aus privatrechtlicher Sicht, in: Faure/*Koziol/Punt-scher-Riekmann*, *Vereintes Europa – Vereinheitlichtes Recht* 50 ff; *Grigoleit*, *Der Verbraucher-acquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts*, *AcP* 210 (2010) 363 ff; *W. Doralt*, *Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts*, *Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen*, *RabelsZ* 75 (2011) 260.

nur dann erreichbar ist, wenn als erster Schritt ein in sich **schlüssiges Gesamtkonzept** entwickelt wird, das für alle oder zumindest nahezu alle Mitgliedstaaten annehmbar ist²⁹⁶. Erfreulicherweise haben bereits zwei Arbeitsgruppen derartige Schadenersatz-Entwürfe vorgelegt; die European Group on Tort Law (EGTL)²⁹⁷ – sie hat Principles of European Tort Law im Jahre 2005 der Öffentlichkeit präsentiert²⁹⁸ – und die Study Group on a European Civil Code gemeinsam mit der Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), die ihren Draft Common Frame of Reference im Jahr 2008 veröffentlichte²⁹⁹. Mit der Ausarbeitung dieser beiden Konzepte wurden jedenfalls schon wichtige Schritte vorwärts gesetzt, die von der EGTL durch Ergänzungen und Überarbeitungen derzeit noch fortgesetzt werden. An der Bereitstellung des notwendigen umfassenden Konzepts sollte die Rechtswissenschaft jedenfalls unverdrossen mit Eifer arbeiten und damit einerseits der EU die nötige Basis für eine konsistente Harmonisierung und andererseits den einzelnen Mitgliedstaaten eine Annäherung der nationalen Rechtsordnungen ermöglichen und so einer künftigen Vereinheitlichung den Weg ebnen.

- 96 Da es für den Schutz der Rechtsgüter nicht lediglich auf das Schadenersatzrecht ankommt, sondern ganz wesentlich auf dessen Stellung in der Gesamtrechtsordnung und das Zusammenspiel mit anderen Rechtsinstrumenten, etwa den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen sowie den Bereicherungs- und den Gewinnherausgabeansprüchen, wäre es höchst nützlich, die Ausarbeitung eines Grundkonzepts auf alle dem Güterschutz dienenden Rechtsinstrumente auszuweiten. Da ein solches *Gesamtkonzept* bisher aber nicht einmal in allen nationalen Rechtsordnungen entwickelt wurde, wäre es erforderlich, diese Aufgabe zunächst auf nationaler Ebene zu durchzuführen, bevor sie auf europäischer Ebene auf rechtsvergleichender Basis in Angriff genommen werden kann. Bedacht zu nehmen ist dabei überdies auf die Aufgabenverteilung zwischen Privatrecht und Strafrecht, einschließlich des Verwaltungsstrafrechts, sowie öffentlichem Recht.

296 Koziol/Schulze in Koziol/Schulze, Tort Law of the European Community Rz 23/67 ff.

297 Spier/Haazen, The European Group on Tort Law (»Tilburg Group«) and the European Principles of Tort Law, ZEuP 1999, 469; Spier in Koziol/B.C. Steininger, European Tort Law 2002 541; derselbe, General Introduction, in: European Group on Tort Law (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 11 ff; Koziol/Karner, The Work of the European Centre of Tort and Insurance Law, the Institute for European Tort Law and the European Group on Tort Law in the Field of Comparative Law, in: Alpa (Hrsg), I nuovi confine del diritto privato europeo (2016) 147 ff. Die European Group on Tort Law (EGTL) arbeitet mit dem Europäischen Zentrum für Schadenersatz- und Versicherungsrecht (ECTIL) und dem Institut für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften und der Universität Graz (ETL) zusammen.

298 European Group on Tort Law (Hrsg) Principles of European Tort Law: Text and Commentary (2005).

299 Von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (2009).

Dies wäre insbesondere für die Feststellung und Füllung von Lücken in der Schadensprävention der gesamten Rechtsordnung bedeutsam.

Insbesondere für die Harmonisierung der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen ist die Wahl der *Methode der Normsetzung* von ausschlaggebender Bedeutung. Da dies von mir schon des Öfteren angesprochen wurde³⁰⁰, ist hier nur zusammenfassend festzuhalten³⁰¹: Die Vielfalt der zu berücksichtigenden Interessen führt auch zu einer *Pluralität* der voneinander unabhängigen Wertungen und Zwecke, die für ein Rechtsgebiet maßgebend sind; größere Rechtsgebiete können nicht auf ein einziges Rechtsprinzip zurückgeführt werden. Das Schadenersatzrecht kann daher nicht einseitig mit dem Verschuldens- oder mit dem Gefährdungsprinzip oder auch dem Prinzip der ökonomischen Optimierung erklärt werden. Das *bewegliche System* ermöglicht im Harmonisierungsprozess in idealer Weise die Umsetzung dieser schon weit verbreiteten Erkenntnis, da auf die nationalen Rechtskulturen und deren Lösungen Rücksicht genommen und damit die Akzeptanz einer Einheitsregel erhöht werden kann.

Ferner ist die Abstufbarkeit der maßgebenden Kriterien zu berücksichtigen. So kann etwa die Gefährlichkeit oder auch das Verschulden selbstverständlich in verschiedener Stärke gegeben sein. Die Rechtsfolgen in einem Einzelfall werden dementsprechend durch die komparative Stärke der Elemente in ihrem Zusammenspiel bestimmt. Zu betonen ist, dass nicht nur die Abstufungen der maßgebenden Elemente bei der Festlegung der Rechtsfolgen zu beachten ist, sondern auch die Abstufbarkeit der Rechtsfolgen selbst. All das ergibt sich daraus, dass die schadenersatzrechtlichen Verhaltensregeln und jegliche Anordnung von Rechtsfolgen eine Abwägung des Gesetzgebers zwischen gegensätzlichen Interessen erfordern, nämlich auf der einen Seite dem Interesse an möglichst weitgehender Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit sowie unbeschränkter Nutzung der eigenen Güter, auf der anderen Seite jenem an möglichst weitgehendem Schutz der eigenen Sphäre.

300 *Kozioł*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZEuP 1996, 587; *derselbe*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; *derselbe*, JBl 2001, 29; *derselbe*, FS 200 Jahre ABGB I 469; *derselbe*, Das bewegliche System. Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ 2017, 160.

301 Die Grundgedanken wurden von *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); *derselbe*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346, entwickelt und vor allem von *F. Bydliński*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: F. Bydliński/Krejci/Schilcher/V. Steininger (Hrsg.), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 21; *demselben*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 529 ff; *demselben*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683, weiterentwickelt. Weitere Angaben bei *Kozioł*, ALJ 2017, 164 ff.

