

Teil 1 Einleitung

I. Eigenrisiko des Geschädigten und Schadensüberwälzung

Erleidet jemand einen Schaden, so hat er ihn grundsätzlich selbst zu tragen: Jeden trifft das Risiko für seine Güter. So wie jeder Einzelne vorteilhafte Veränderungen und Nutzungen seiner Güter zu genießen berechtigt ist, so hat er auf der anderen Seite die nachteiligen Veränderungen zu tragen. Dieser Grundsatz wird von § 1311 Satz 1 ABGB und in Anlehnung daran von § 1292 Abs 3 öE in der Fassung 2007¹ betont; er wird aber auch sonst ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung anerkannt.² Wie *Canaris*³ hervorhebt, handelt es sich bei diesem Grundsatz keineswegs um eine Notlösung, vielmehr weist er einen elementaren Gerechtigkeitsgehalt auf, weil in ihm die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck kommt, dass jedermann sein »allgemeines Lebensrisiko« selbst zu tragen hat und es nicht stets auf andere Privatrechtssubjekte abwälzen kann. Diese Grundregel hängt auch mit der Überlegung zusammen, dass einerseits völlig offen wäre, welcher der Anderen den Nachteil tragen sollte, andererseits das Risiko aber auch nicht stets von der Allgemeinheit abzudecken ist.

Es ist jedoch festzustellen, dass in der heutigen Gesellschaft die – durch so manche politische Schlaraffenland-Vorspiegelung geförderte – Vorstellung zunimmt, dem Einzelnen sei jegliches Risiko abzunehmen; stets sei ein Anderer für seinen Schaden verantwortlich und daher sei jedem Geschädigten der erlittene Nachteil abzudecken⁴. Dabei wird jedoch die unleugbare Tatsache übersehen, dass durch Ersatzleistungen an den Geschädigten der Schaden nicht aus der Welt geschafft, sondern bloß auf jemand anderen überwält wird, es also lediglich zu einer Schadensverlagerung kommt und ein anderer durch die Schadensabdeckung einen Nachteil erleidet⁵. Bedenkt man dies, so wird klar, dass es völlig unverständ-

-
- 1 Diese Bestimmung lautet: »Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.«
 - 2 Siehe *Weyers*, Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen (1971) 486 ff; *Deutsch*, Haftungsrecht³ Rz 1; *Brüggeheimer*, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982) 392 f mwN.
 - 3 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ § 75 I 2a. Zu Bedenken gegen dieses Prinzip siehe *Looschelders*, Bewältigung des Zufalls durch Versicherung? VersR 1996, 529, 538.
 - 4 Zu dieser Tendenz vgl *Holzer/Posch/Schilcher*, Was kommt nach dem Sozialschaden? DRdA 1978, 210; *Grossfeld*, Haftungsverschärfung, Haftungsbeschränkung, Versicherung, Umverteilung, Coing-FS II (1982) 115. Zur grundsätzlichen Bedenklichkeit dieser Strömung siehe *Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988) 95 f mwN.
 - 5 Dazu auch *Grossfeld*, Coing-FS II 112 f.

lich wäre, wenn in Schadensfällen stets nicht der dem Schaden grundsätzlich am nächsten stehende Inhaber des Gutes, der dieses auch am besten vor Schädigungen bewahren kann, sondern eine andere Person den Nachteil zu tragen haben sollte – noch dazu, wenn mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen wird, dass der Inhaber des Gutes die *Vorteile* in vollem Umfang allein genießen darf.

1/3 Es bedarf daher *besonderer Gründe*, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, dass der Geschädigte den Schaden auf einen anderen überwälzen kann. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass jeglicher Schutz der Sphäre – insbesondere der subjektiven Rechte – einer Person zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit aller anderen Personen führt, die auf diese geschützten Güter zu achten haben, da von ihnen Sorgfaltspflichten einzuhalten sind und sie bei Eintritt eines Schadens mit zusätzlichen Ersatzpflichten belastet werden⁶. Es bedarf daher einer umfassenden Abwägung der gegenüberstehenden Interessen der Rechtssubjekte, wobei darüber hinaus auch die Allgemeininteressen zu berücksichtigen sind⁷.

Durch das Schadenersatzrecht kommt es deshalb sachgerechter Weise – sehr allgemein und vage ausgedrückt – nur dann zur Gewährung eines Schadenersatzanspruchs des Geschädigten gegen eine andere Person und damit zu einer Schadensüberwälzung, wenn diese andere dem Schaden »näher steht« als der Geschädigte. Wann dies der Fall ist, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab: Erforderlich ist, dass der Ersatzpflichtige oder zumindest dessen Sphäre den Schaden verursacht hat und damit ein Zusammenhang zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Nachteil besteht. Doch genügt dies nicht, es sind vielmehr besondere *Zurechnungsgründe* erforderlich. Gründe für die Zurechnung gibt es mehrere, die ihre Rechtfertigung einerseits im Grundgedanken der iustitia commutativa, der ausgleichenden Gerechtigkeit, andererseits im Gedanken der iustitia distributiva, der austeilenden Gerechtigkeit finden. Der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit misst vor allem dem vorwerfbaren Fehlverhalten (Verschulden) entscheidende Bedeutung zu, während insbesondere die Haftung wegen Haltens einer besonderen Gefahrenquelle auf dem Gedanken der austeilenden Gerechtigkeit beruht⁸. Die beiden Gerechtigkeitgedanken stehen einander aber nicht unversöhnlich gegenüber, sondern können zusammenwirken und ineinander übergehen⁹.

1/4 Die Summe jener Normen, die regeln, wann ein Geschädigter die Wiedergutmachung des bei ihm entstandenen Schadens von einem anderen begehren kann, bezeichnet man als *Schadenersatzrecht* oder Haftpflichtrecht. Erwähnenswert ist, dass das österreichische Recht den Ersatz von Schäden, die innerhalb von Vertrags-

6 Vgl *Picker*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1052; *Wilhelmi*, Risikoschutz 12 ff.

7 Dazu *Wilhelmi*, Risikoschutz 19 ff mwN.

8 Siehe dazu *Canaris*, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, 15 ff; *Englard*, The Philosophy of Tort Law (1993) 11 ff; *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (1941) 69 ff; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie² (1977) 410 f; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999) 122 f.

9 Dazu *Canaris*, JBl 1995, 16; *Englard*, Philosophy of Tort Law 16, 54 f, 85 ff, 228.

verhältnissen oder sonstigen rechtlichen Sonderbeziehungen zugefügt werden, und die außervertraglichen (deliktischen) Ersatzansprüche gemeinsam regelt; das deutsche BGB behandelt nur die Fragen der Art, des Inhalts und des Umfanges gemeinsam (§§ 249 ff); andere Rechtsordnungen trennen mehr oder weniger streng und verlieren damit die Gemeinsamkeiten und Übergänge aus dem Auge (siehe dazu unten Rz 4/1 ff).

Aber auch neben dem Schadenersatzrecht kann es zu Schadensverlagerungen aus den unterschiedlichsten Gründen kommen: Insbesondere führt zunehmend¹⁰ das den Gemeinschaftsgedanken betonende *Sozialrecht* im Rahmen der Existenzsicherung zu einer Überwälzung der Personenschäden vom Geschädigten auf die Sozialversicherung und damit zu einer Verteilung auf alle Mitversicherten und wegen der Mitfinanzierung durch die öffentliche Hand auch auf die Allgemeinheit. Ferner übernimmt zB die öffentliche Hand oder von ihr finanzierte Fonds die Tragung von Schäden in *Katastrophenfällen* oder der Schäden von *Verbrechensopfern*. Durch *Versicherungsverträge* kann es darüber hinaus zur Überwälzung sämtlicher Schäden auf die Versicherungsgesellschaft und dadurch mittelbar auf alle Mitversicherten kommen¹¹. 1/5

Dieser kurze Blick auf die verschiedenen Systeme der Schadensüberwälzung fordert noch zwei Hinweise heraus: Erstens ist festzuhalten, dass das Schadenersatzrecht nach den ihm zu Grunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen zwar den vollständigen Ausgleich des vom Geschädigten erlittenen Schadens, zugleich aber auch die Vermeidung eines darüber hinaus gehenden Vorteils anstrebt¹². Daher bedarf es einer Abstimmung und Verknüpfung der verschiedenen Systeme, um eine *unerwünschte Bereicherung* des Geschädigten zu vermeiden¹³. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass noch andere Rechtsbehelfe, die nicht dem Schadensausgleich dienen, im Ergebnis einen ähnlichen Ausgleich bewirken. So können sich etwa die Bereicherungsansprüche desjenigen, in dessen Rechte eingegriffen wurde, weitgehend mit seinen Schadenersatzansprüchen decken. Hier verhindern die Regeln über die Anspruchskonkurrenz eine doppelte Befriedigung des Verletzten. 1/6

Zweitens erscheint es angesichts der allgemeinen Tendenz, die Ausweitung der Schadenstragungssysteme zu fordern, notwendig, Folgendes ins Bewusstsein zu rücken: Es ist sicherlich aus der Sicht der Geschädigten wünschenswert, dass sie eine möglichst weitgehende Abdeckung der erlittenen Nachteile erhalten. Es ist aber zu bedenken, dass es nicht einmal im Vermögensbereich stets möglich ist, den Schaden durch einen vollständigen Ausgleich »ungeschehen« zu machen; keinesfalls kann im weiten Bereich der Persönlichkeitsverletzungen der erlittene Schaden wirklich ausgeglichen werden. Die durch eine Körperverletzung verursachte Behinde- 1/7

10 Vgl Zimmermann, Obligations 904; Brüggemeier, Haftungsrecht 9 und 11.

11 Oetker in MünchKomm, BGB II³ § 249 Rz 10.

12 Dazu Jansen in HKK zum BGB II §§ 249-253, 255 Rz 18.

13 Siehe dazu etwa Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensausgleichssystemen (1984).

rung, der lange andauernde Entzug der Freiheit, Schmerzen und Kummer können nicht mehr ungeschehen gemacht werden und oft kann auch ihr Fortwirken in die Zukunft nicht mehr verhindert werden. Das Opfer kann lediglich eine letztlich stets unzulängliche Abgeltung in Geld erhalten. All dies hat *Mataja*¹⁴ schon vor mehr als 100 Jahren betont: »Keine Gesetzgebung der Welt kann einen einmal eingetretenen Schaden beseitigen, das Recht steht demselben machtlos als einer vollendeten Tatsache gegenüber. Die Gesetzgebung kann daher in Beziehung auf die Schadensgefahr nur zweierlei Zwecke verfolgen: sie kann darnach trachten (1) möglichst vorbeugend zu wirken und (2) den gleichwohl eingetretenen Schaden jenen Personen zuzuwenden, welche nach den Forderungen der Gerechtigkeit und der volkswirtschaftlichen Interessen als die geeignetsten Trägerinnen der Last erscheinen.«

Bei den so verbreiteten Rufen nach Ausweitung des Schadenersatzes und anderer Ausgleichssystem sollte daher das *primäre* Anliegen¹⁵ der Rechtsordnung, nämlich die *Schadensverhütung*, nicht aus den Augen verloren werden. Sicherlich dient auch die Verstärkung des schadenersatzrechtlichen Schutzes der Prävention (näher Rz 3/4), da ein Anreiz geschaffen wird, die Verursachung von Schäden und damit die Belastung durch Ersatzansprüche zu vermeiden. Aber das Schadenersatzrecht ist sicherlich nicht allein in der Lage, ausreichend auf eine Schadensverhütung hinzuwirken und seine eigentliche Aufgabe setzt auch erst nach Eintritt des Schadens ein. Es sollte daher verstärkt das Ziel der Vermeidung von Schäden verfolgt und nicht vorrangig über die Ausweitung des Ersatzes schon eingetretener Nachteile diskutiert werden. Neben den privatrechtlichen Abwehrinstrumenten der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche ist vor allem auch an eine Intensivierung öffentlichrechtlicher Schutzvorschriften und Schutzmaßnahmen, etwa einer effektiveren Verkehrsüberwachung oder Verbrechensprävention, zu denken und unter anderem auch darauf zu achten, dass das wesentliche Ziel der effektiven Schadensprävention nicht etwa durch einen zum Selbstzweck erhobenen Datenschutz verhindert wird.

1/8 Bevor die eigentlichen schadenersatzrechtlichen Fragen behandelt werden, wird in Teil 2 auf die Stellung des Schadenersatzrechts in der *gesamten Rechtsordnung* eingegangen, da diese nicht nur für die dem Schadenersatzrecht zukommende Aufgabe im Rahmen der gesamten Rechtsordnung, sondern auch für die nähere Festlegung der Zurechnungsgründe, der Begrenzung der Zurechnung und der umfänglichen Ausgestaltung der Ansprüche des Verletzten von Bedeutung sein kann. Zunächst ist allerdings noch auf einige grundlegende Fragen – vor allem auch jene nach der »Existenzberechtigung« des Schadenersatzrechtes – einzugehen, nämlich ob das Schadenersatzrecht nicht besser durch Versicherungslösungen zu ersetzen wäre.

14 *Mataja*, Das Recht des Schadenersatzes (1888) 19. Zur Pionier-Leistung *Matajas* siehe *Englard*, Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort, 10 Int'l Rev L & Econ (1990) 173 ff.

15 Das betont etwa auch *Brüggemeier*, Haftungsrecht 9.

II. Versicherungslösung statt Haftpflichtrecht?

Immer wieder wird vorgeschlagen, das Haftpflichtrecht insgesamt oder teilweise, etwa für Verkehrsunfälle¹⁶ oder Heilbehandlungen¹⁷, durch eine Versicherungslösung (Unfallversicherung) zu ersetzen. In einem Teilbereich, nämlich der Schädigung von Arbeitnehmern, ist dieser Gedanke in Deutschland und Österreich auch schon weitgehend umgesetzt worden¹⁸. Für medizinische Behandlungsfehler wurde in Skandinavien ein Versicherungssystem eingeführt, das allerdings das Schadenersatzrecht nicht völlig verdrängt¹⁹. In Neuseeland wurde noch weitergehend ein verschuldensunabhängiges Entschädigungssystem für alle Personenschäden eingeführt²⁰.

Im Folgenden wird versucht, die wesentlichsten Argumente darzulegen, die für und gegen eine generellere Verwirklichung der Versicherungsidee sprechen.

A. Grundlegende Vorteile und Nachteile

Die Verwirklichung eines Versicherungssystems würde die Ausgangslage gegenüber der jetzigen Situation umkehren: Während heute der Grundsatz gilt, dass jeder seinen Schaden selbst zu tragen hat, es sei denn, es sprechen besondere Gründe dafür, den Schaden auf einen anderen zu überwälzen, ginge eine Versicherungslösung demgegenüber davon aus, dass jeder Geschädigte seinen Schaden ersetzt erhält, ohne zu berücksichtigen, wie er entstanden ist. Der *Vorteil* derartiger Versicherungslösungen für den Geschädigten liegt auf der Hand: Er bekommt ohne Prüfung aller schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen Ersatz.

Doch werden auch immer wieder die *Nachteile* eines derartigen Systems hervorgehoben²¹: Sind die Gründe für die Entstehung des Schadens nicht maßgebend, so

16 *Von Hippel*, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz (1968).

17 *Barta*, Medizinhaftung (1995); *Dute*, A Comparison of No-Fault Compensation Schemes, in: *Dute/Faure/Koziol* (Hrsg), No-Fault Compensation in the Health Care Sector (2004) 444 ff; *Radau*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz (1993).

18 *Brüggemeier*, Haftungsrecht 635; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht (1969) 36 ff, 238 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/20.

19 *Hellner*, Entwicklungslinien im schwedischen Haftpflichtrecht, *Sieg-FS* (1976) 155; *Mikkonen*, Compensation in the Finnish Health Care Sector, in: *Dute/Faure/Koziol*, No-Fault Compensation 186 ff; *J.W. Pichler*, Rechtentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich I (1994) 91 ff; *Wendel*, Compensation in the Swedish Health Care Sector, in: *Dute/Faure/Koziol*, No-Fault Compensation 367 ff.

20 *Dazu Skegg*, Compensation in the New Zealand Health Care Sector, in: *Dute/Faure/Koziol*, No-Fault Compensation 298 ff; *Todd* (Hrsg), The Law of Torts in New Zealand² (1997).

21 *Koziol*, Ersatz der Haftpflicht bei Verkehrsunfällen durch Unfallversicherung? *ZfRV* 1970, 16; *B.A. Koch/Koziol*, Comparative Report and Conclusions, in: *Dute/Faure/Koziol*, No-Fault Compensation 436 ff.