

Festschrift für  
Hans Stoll  
zum 75. Geburtstag

Herausgegeben von  
GERHARD HOHLOCH,  
RAINER FRANK und  
PETER SCHLECHTRIEM

---

Mohr Siebeck

Festschrift für Hans Stoll  
zum 75. Geburtstag



Festschrift  
für  
Hans Stoll  
zum 75. Geburtstag

herausgegeben von

Gerhard Hohloch, Rainer Frank,  
Peter Schlechtriem

Mohr Siebeck

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag / Hrsg.: Gerhard Hohloch ...

– Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

ISBN 3-16-147674-3 / eISBN 978-3-16-162835-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

© 2001 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Festschrift erscheint zum 75. Geburtstag von Hans Stoll. Geehrt werden soll damit ein Gelehrter und Rechtslehrer, der über vier Jahrzehnte lang die Entwicklung des Schuldrechts und des Internationalen Privatrechts in Deutschland mitbeeinflusst und mitgeprägt hat. In der Festschrift, veranstaltet durch seine Kollegen aus dem Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Freiburg, haben sich Autoren dieser Disziplinen aus dem In- und Ausland und des unterschiedlichsten Alters zusammengefunden. Ergebnis ihrer Beiträge ist ein Band, der den Bogen von den Grundlagen des Privatrechts und der Rechtsgeschichte über das geltende Bürgerliche Recht und die Rechtsvergleichung bis zu den Grundfragen und Einzelgebieten des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts schlägt. Die Sammlung trägt damit den langjährigen Aktivitäten des Jubilars Rechnung.

Geboren 1926 am 4. August in Freiburg hat er seine Jugend und die Kriegsjahre bis zur Soldatenzeit der Jahre 1944/45 in Tübingen verbracht, wo der Vater Heinrich Stoll bis zum frühen Tod als Ordinarius für Bürgerliches Recht gewirkt hat. Es folgte das Studium unter schwierigen Bedingungen in Freiburg, dann Promotion, Referendariat und Tätigkeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, das damals in Tübingen bestand. Mit dessen Sitzverlegung nach Hamburg wechselte Hans Stoll als Mitarbeiter von Hans Dölle ebenfalls nach Hamburg. Nach der dortigen Habilitation folgte von 1961 bis 1965 der erste Lehrstuhl in Bonn, seit 1967 folgte die Tätigkeit auf dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und im Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, dem der Lehrstuhl als einer von dreien zugeordnet ist. Im Herbst 1994 erfolgte die Emeritierung. Die wissenschaftliche Tätigkeit des Jubilars zeigt drei Hauptstränge. Das Bürgerliche Recht, mit einer steten Vorliebe für die Entwicklung des Schadensrechts, stellt das eine Gebiet dar, repräsentiert durch eine Vielzahl von Arbeiten, insbesondere über Wesen, Voraussetzungen, Inhalt und Umfang des Schadens und des Schadensersatzes. Stets sind diese Beiträge durch das Wissen und die Verwertung ausländischer Rechtsentwicklung geprägt, die Arbeit im deutschen Recht und im fremden Recht ist auf diesem Gebiet kaum zu trennen. Entsprechend stellt sich auch der vorliegende Band dar. Um den Schaden und seine rechtliche Bewältigung gruppieren sich die verschiedenen, von verschiedenen Ansätzen ausgehenden und in verschiedene Richtungen gehenden Beiträge der Teile „Bürgerliches Recht“ und „Rechtsvergleichung“, die etwa die erste Hälfte der Festschrift ausmachen. Die

zweite Hälfte des Bandes ist dem anderen Arbeitsfeld des Jubilars gewidmet, dem Internationalen Privatrecht und dem Internationalen Verfahrensrecht. Die Befassung von Hans Stoll mit diesem Gebiet in knapp 50 Jahren der Beschäftigung damit war umfassend – seine eigenen Beiträge enthalten den großen Kommentar genauso wie die Vielzahl von großen und kleineren Einzelbeiträgen. Insbesondere aber ist auf dem Gebiet viel Arbeit und Kraft in die den Gesetzgeber und Abkommenspartner begleitende Tätigkeit als Mitglied, Kommissionsvorsitzender und Präsident des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht geflossen. Die große Anzahl von Beiträgen insbesondere seiner Kollegen aus diesem Gremium zu diesen beiden Gebieten spiegeln ebenso die Intensität wie die Breite dieser Beschäftigung wieder. Autoren wie Herausgeber schätzen sich glücklich, dem Jubilar, der nach wie vor in seinen Arbeitsgebieten intensiv tätig ist, zu seinem 75. Geburtstag mit Unterstützung des Verlags das vorliegende Werk übergeben zu können. Sie verbinden damit den Wunsch, daß Hans Stoll auch weiterhin, inzwischen mit den dem erreichten Alter angemessenen Vorteilen, seine Meinung auf den von ihm gepflegten Gebieten in der von ihm gewohnten Nüchternheit, Präzision und Überzeugungskraft kundtun kann.

Für die Herausgeber

Gerhard Hohloch

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII

## Teil I

### Bürgerliches Recht (BGB)

<i>Erwin Deutsch</i> Die Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund .....	1
<i>Albrecht Dieckmann</i> Zur Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten an Vorteilen des Erben nach dem Vermögensgesetz .....	11
<i>Franz Gamillscheg</i> Zum Fall Mahlburg, EuGH Urt. v. 3.2. 2000, NZA 2000, 2555 .....	21
<i>Wolfgang Gitter</i> Die Haftung der Pflegepersonen und Pflegebedürftigen bei Unfällen ....	33
<i>Manfred Löwisch</i> § 284 Abs. 3 BGB neuer Fassung als Problem der Gesetzesauslegung ....	49
<i>Haimo Schack</i> Schadensersatz nach Veräußerung beschädigter Sachen. Zum Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz .....	61
<i>Erich Steffen</i> Einige Überlegungen zur Haftung für Arztfehler in der Telemedizin ....	71

Teil II  
Rechtsvergleichung

<i>Christian von Bar</i> Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union . . . . .	93
<i>Franz Bydlinski</i> Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens . . . . .	113
<i>Rainer Frank</i> Schadensersatzansprüche bei Tötung des Versorgers (§ 844 Abs. 2 BGB) .	143
<i>Bernhard Großfeld</i> „Globales“ Schadensrecht . . . . .	159
<i>Günter Hager und Marc Leonhard</i> Neuere Entwicklungen im europäischen Umwelthaftungsrecht: Der Ersatz von Schäden am Naturhaushalt . . . . .	167
<i>Ewoud Hondius</i> Comparative Medical Liability in Europe . . . . .	185
<i>Gerhard Kegel</i> Zur Entwicklung der Auffassung vom Vertrag in England . . . . .	195
<i>Helmut Koziol</i> Schadensersatz für den Verlust einer Chance? . . . . .	233
<i>Werner Lorenz</i> Wandlungen des englischen Law of Restitution . . . . .	251
<i>Basil Markesinis</i> Der wachsende Einfluß der Menschenrechte auf das englische Deliktsrecht . . . . .	279

<i>Junichi Murakami</i> Recht und Fiktion. Eine fächerübergreifende Untersuchung durch einen japanischen Rechtsgelehrten . . . . .	299
<i>Salvatore Patti</i> Schadensersatz und Strafe im italienischen Recht . . . . .	311
<i>Manfred Rehbinder</i> Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz. Ihr Beitrag zur Erforschung des Rechts in einer multikulturellen Gesellschaft . . . . .	327
<i>Rudolf Reischauer</i> Leistungsstörungenrecht des ABGB im Vergleich zu dem des BGB mit einem Blick auf das UN-Kaufrecht . . . . .	345
<i>Peter Schlechtriem</i> Rechtsnachfolge in auf erstes Anfordern zahlbare Garantien . . . . .	361
<i>Kurt Siehr</i> Ersitzung und Bereicherung. Zum Verhältnis zwischen Sachenrecht und Schuldrecht . . . . .	373
<i>Hans Jürgen Sonnenberger</i> Verfassungsrechtliche libertés publiques und schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Eine Skizze zur Abschlußfreiheit im französischen Recht . . . . .	385

### Teil III

#### Internationales Privatrecht (Allgemeine Fragen)

<i>Jürgen Basedow</i> Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung . . . . .	405
<i>Gerhard Dannemann</i> Sachrechtliche Gründe für die Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts . . . . .	417

<i>Dieter Henrich</i> Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? .....	437
--	-----

<i>Fritz Sturm</i> Alternatives Abstammungsstatut und Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit. Zum neugefaßten Art. 19 Abs. 1 EGBGB und der Staatsangehörigkeitsnovelle (1999) .....	451
--	-----

## Teil IV

### Internationales Privatrecht (Besondere Gebiete)

<i>Uwe Blaurock</i> Vermutungen und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ – ein tauglicher Kompromiß zwischen starren Anknüpfungsregeln und einem <i>flexible approach</i> ? .....	463
---	-----

<i>Nina Dethloff</i> Schmerzensgeld nach ausländischem Recht vor inländischen Gerichten ..	481
---	-----

<i>Heinrich Dörner</i> Alte und neue Probleme des Internationalen Deliktsrechts .....	491
--	-----

<i>Hans Hanisch</i> Bemerkungen zur Insolvenzanfechtung im grenzüberschreitenden Insolvenzfall (Art. 102 Abs. 2 EGIInsO und die angestrebte EU-Regelung) . . . .	503
---	-----

<i>Peter Hay</i> Entschädigung und andere Zwecke. Zu Präventionsgedanken im deutschen Schadensersatzrecht, punitive damages und Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB .....	521
---	-----

<i>Gerhard Hohloch</i> Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft. Zu den Strukturen eines internationalen Privat- und Verfahrensrechts in der Europäischen Union ..	533
---	-----

*Jan Kropholler und Jan von Hein*

Spezielle Vorbehaltsklauseln im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der unerlaubten Handlungen: Weniger ist mehr . . . . . 553

*Klaus Schurig*

Statutenwechsel des deutschen internationalen Sachenrechts . . . . . 577

## Teil V

### Internationales Verfahrensrecht

*Rainer Hausmann*

Die Aufhebung von Schiedssprüchen nach neuem deutschen Schiedsverfahrensrecht . . . . . 593

*Anton Heini*

Randfragen der Rechtsanwendung durch internationale Schiedsgerichte . 619

*Dieter Leipold*

Neuere Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum anerkennungsrechtlichen ordre public . . . . . 625

*Jörg Pirrung*

Zur Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in Zivilsachen . . . . . 647

*Otto Sandrock*

Neue Lehren zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozeßrecht . . . . . 661

*Rolf Stürner*

Beweislastverteilung und Beweisführungslast in einem harmonisierten europäischen Zivilprozeß . . . . . 691

Verzeichnis der Veröffentlichungen von Hans Stoll . . . . . 703

Autorenverzeichnis . . . . . 711



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.C.	Appeal Cases
a.F.	alte Fassung
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Albany L. Rev.	Albany Law Review
All ER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Am. J. Com. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Leg. Hist.	The American journal of legal history
Anm.	Anmerkung
App. Cas.	Appeal Cases
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Ber. Dt. Ges. VöR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BErzGG	Bundserziehungsgeldgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH, BFHE	Bundesfinanzhof, Sammlung der Entscheidungen des BFH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI I (oder II oder III)	Bundesgesetzblatt Teil I (oder Teil II oder III)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BolMinJust	Boletin Ministerio de Justicia
BPfIVO	Bundespflegesatzverordnung
Brooklyn J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-DS	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambre Civile
Bull. crim.	Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle
Burr.	Burrow, Sir James, Reports of Cases, King's Bench
BVerfG, BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG, BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre Civile
Cass. req.	Cour de cassation, Chambre des Requêtes
Cc	code civil
Ch.	Chancery
Ch. Div.	Chancery Division
Civ.	(Arrêt de la) Cour de Cassation, Chambre Civile
CLP	Current Legal Problems
Clunet	Journal du Droit International
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Crim.	(Arrêt de la) Cour de Cassation, Chambre Criminelle
D. Jur	Recueil Dalloz, Jurisprudence
D.P.	Dalloz périodique
DÄrzteBl.	Deutsches Ärzteblatt
DB	Der Betrieb
DH	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence (1924–1940)
Dir. Fam.	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
Ecol. L.Q.	Ecology Law Quarterly
Ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Österreich)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	Environmental law reporter
ER	English Reports
Erman / <i>Bearbeiter</i>	Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
F.	Federal Reporter
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (Österreich)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.M.	herrschende Meinung
Harv. Envtl. L. Rev.	The Harvard environmental law review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Österreich)
I.L.R.M.	Irish Law Reports (Monthly)
I.R.	Irish Reports
ICC	International Chamber of Commerce
ImmZ	Immobilien-Zeitung (Österreich)
Int. Ins. Rev.	International insolvency review
IntCompLQ	International and Comparative Law Quarterly
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBL	Juristische Blätter (Österreich)
JClCiv	Juris-Classeur Civil
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
Kansas L. Rev.	Kansas Law Review
KJ	Kritische Justiz
KOM	Dokument der EG-Kommission bestimmt für die Öffentlichkeit
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- / Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung; Zeitschrift für Insolvenzrecht
L.Q. Rev.	Law Quarterly Review
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich (Lastenausgleichsgesetz); Landesarbeitsgericht
Law Com.	Law Commission Report
LG	Landgericht
Lloyd's MCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LZ	Leipziger Zeitung für Deutsches Recht

m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatszeitschrift für deutsches Recht
Med LR	Medical law review
MedR	Medizinrecht
MMW	Münchener medizinische Wochenschrift
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
MünchKomm-Bearbeiter	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter
NIRL	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U.L. Rev.	Northwestern University law review
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
P. 2d	Pacific Reporter, Second
Pac. L. Rev.	Pacific Law Review
PHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkt-haftungsgesetz)
PHI	Produkt- und Umwelthaftpflicht international
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat-recht, begründet von Ernst Rabel
RAG	Rentenanpassungsgesetz
RAJ	Repertorio Aranzadi Jurisprudencia
RdA	Recht der Arbeit
RdM	Recht der Medizin (Österreich)
RdNr.	Randnummer
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rec. des Cours	Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Acade-my of International Law
Rev. crit. d.i. p.	Revue critique de droit international privé
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

Rn	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, amtliche Entscheidungssammlung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RvdW	Rechtspraak van de Week
Rz	Randziffer
S. W. 2d	South Western Reporter, Second
s. a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SavZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Schlechtriem / <i>Bearbeiter</i>	Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht
SchwJBIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Schwz. Z. Strafr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Sem. Jud.	La Semaine Judiciaire (Schweiz)
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SigG	Gesetz zur digitalen Signatur
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SLT	Scots Law Times
Soergel / <i>Bearbeiter</i>	Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen
span. Cc	Código civil (Spanien)
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
Staudinger / <i>Bearbeiter</i>	Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
StAZ	Das Standesamt
Sup.Ct.	Supreme Court Reporter
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
T.R.	Turner & Russel
T.S.	Tribunal Supremo (Spanien)
TGI	Tribunal de grande instance (Frankreich)
TN	Teilnovelle
TranspR	Transportrecht
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U.S. C.	United States Code
u. a.	unter anderem
UGB-KoME	Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch
Urt.	Urteil
UTR	Umwelt- und Technikrecht
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz)
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche

VO	Verordnung
W.L.R.	Weekly Law Reports
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfRSoz.	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGB	Zivilgesetzbuch der DDR
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notar-Praxis
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Teil I  
Bürgerliches Recht



# Die Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund\*

*Erwin Deutsch*

## 1. Entschuldigung

Im Bereich der Schuld wird der Gegensatz von Verschulden und Entschuldigung nicht auf die gleiche Weise betont wie bei der Widerrechtlichkeit das Begriffspaar Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung. Dabei gibt es auch bei der Entschuldigung die Erscheinung der Widerlegung der vorerst angenommenen Schuld. Das gilt sowohl für Vorsatz als auch für Fahrlässigkeit. Die Entschuldigung ist das *ausnahmsweise Wegfallen der Schuld*, welche mit dem Vorliegen von Verschuldensfähigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit schon angenommen ist. Solche Entschuldigungen haben ihre Grundlage im psychisch-seelischen Bereich, nämlich als Irrtum und Unzumutbarkeit. Das Verschulden ist eine Ausdrucksform der Zurechnung. Zurechnung heißt Verbindung einer Tat und ihrer Folgen mit dem Willen einer Person. Verantwortlichkeit ist nämlich mögliche Zurechnung zum Willen. Die subjektive Zurechnung geht von der individualistischen Existenz des Menschen aus.<sup>1</sup> Doch ist die Subjektivierung der Zurechnung keine absolute; es wird vielmehr, soweit nach dem Normzweck zulässig, der Individualität des Handelnden in jeder möglichen Richtung, d.h. bezüglich seiner physischen, intellektuellen und emotionalen Fähigkeiten, Rechnung getragen. Wußte der Handelnde um die nahe Möglichkeit der rechts- oder obliegenheitswidrigen Tatbestandsverwirklichung oder konnte er sie erkennen und mußte und konnte er die Verwirklichung verhindern, so kann ihm die Erfüllung des Tatbestandes subjektiv zur Last gelegt werden. Der Vorwurf tatbestandlichen Verhaltens kann gegen ihn erhoben werden.<sup>2</sup> Befand sich jedoch die Person im Irrtum oder war ihr das erwartete Verhalten nicht zuzumuten, so fehlt es an der persönlichen Verantwortlichkeit. Die Zurechnung kann dann

---

\* Allgemeine Literaturangaben: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, 7. Aufl. 1993, § 26 II; *Maiwald*, Die Unzumutbarkeit – strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?, FS Schüler-Springorum (1993) S. 475; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. 1997, 191; *Rabel*, Unerlaubte Handlungen, 18; *Scholz*, Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht, Diss. Göttingen (1993); *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 276, Rz 97, 140ff.; *Münch-Komm-Hanau*, BGB, 3. Aufl. 1994, § 276, RdNr. 130; *RGRK-Alff*, BGB, 12. Aufl. 1976, § 276 Rn. 16.

<sup>1</sup> Vgl. *Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl. 1925, 296.

<sup>2</sup> Vgl. *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927), 95.

nicht mehr zum Willen der Person erfolgen, sondern hat objektivere Kriterien, etwa die Aufopferung oder eine Billigkeitshaftung zu wählen.

Rechtstheoretisch bildet die Entschuldigung eine rechtshindernde Einwendung. Ausnahmsweise wird das angenommene Verschulden als nicht gegeben angesehen. Für diese Ausnahme trägt derjenige die Beweislast, der sich auf sie beruft. Die Beweislast für die Zurechnung ist stets umstritten gewesen. Der BGH hat sie durchaus unterschiedlich beurteilt. Zunächst hatte er entschieden, daß der Anspruchsteller beweisen müsse, daß die Verletzung unter Bewußtseinskontrolle und Willenslenkung des Verletzenden geschehen sei. Fehle es daran, sei es vielmehr ein Reflex, welcher der Bewußtseinskontrolle und Willenslenkung unterliege, dann fehle es an der Haftung. Davon ist der BGH schon abgewichen, soweit es sich um eine automatisch ablaufende Angriffs- oder Abwehrbewegung handelt. Sie sei nicht unkontrolliert und als Abwehrhandlung keine willenslose Reflexbewegung. Schließlich hat das Gericht die Beweislast für das Fehlen der Zurechnung deutlich dem auferlegt, der sich auf dieses Fehlen beruft. Die mangelnde Zurechnung ist eine innere Tatsache, deren Komponenten vom Gegner kaum ausgelotet dargelegt und bewiesen werden könnten. Daher trage der Verletzer, der sich auf das Fehlen der Zurechnung berufe, dafür die Beweislast.<sup>3</sup>

Die Entschuldigung ist im Bereich der *inneren Sorgfalt* angesiedelt<sup>4</sup>, soweit es sich um Fahrlässigkeit handelt. Durch die Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt wird die Verletzung der inneren Sorgfalt indiziert.<sup>5</sup> Ein gutes Beispiel der fehlenden inneren Sorgfalt ist der fahrlässigkeitsausschließende Irrtum<sup>6</sup>. Die Unzumutbarkeit geht jedoch auf die emotionale Seite der Willenssteuerung zurück. Wenn dieser Person ein erkanntes normwidriges Verhalten nicht zuzumuten ist, fehlt es an der vorsätzlichen Schuld. Ist nachzuvollziehen, daß sie ein fahrlässig nicht erkanntes rechtswidriges Verhalten nicht vermeiden konnte, fehlt es an der emotionalen Komponente der inneren Sorgfalt.

## 2. Unzumutbarkeit

### a) *Abgrenzung zur objektiven Unzumutbarkeit*

Eine objektive Unzumutbarkeit aufgrund einer Güterabwägung kann einen Rechtfertigungsgrund darstellen.<sup>7</sup> Das folgt aus der gesetzlichen Sonderrege-

<sup>3</sup> BGHZ 39, 103 (Zurechnung vom Anspruchsteller zu beweisen); BGH VersR 68, 175 (eingesüßtes oder automatisch ablaufendes Verhalten); BGH VersR 86, 1241 (Beweislast beim Handelnden, daß es an der Zurechnung fehlt).

<sup>4</sup> Zur inneren Sorgfalt vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, 94ff., 568ff.; *Huber*, Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, FS E.R. Huber (1973), S. 266; *Hörburger*, ÖJZ 1974, 564; *Gauch/Schluep*, Schweiz. OR II, 5. Aufl. 1991, Rn. 2749.

<sup>5</sup> BGH VersR 1986, 766; OLG Hamm VersR 1997, 330.

<sup>6</sup> Vgl. MünchKomm-Hanau § 276 RdNr. 100.

<sup>7</sup> *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung (1966),

lung des § 904 S. 1. Jedoch ist es notwendig, daß ein höheres Rechtsgut auf Kosten eines geringeren, unpersönlichen Rechtsguts gerettet wird.<sup>8</sup>

Die objektive Unzumutbarkeit wird auch in anderen Gebieten anerkannt. So ist z. B. der Verkehrssicherungspflichtige nur zu solchen Maßnahmen verpflichtet, die zumutbar sind. Die Maßnahme der Verkehrssicherung muß ihm also persönlich und wirtschaftlich zumutbar sein.<sup>9</sup> So wird von Eigentümern nicht verlangt, daß sie bei Schneefall und Glätte noch während der Nacht räumen oder streuen.<sup>10</sup> Aus dem gleichen Grunde entfällt die Haftung für fehlerhafte Produkte wegen objektiver Unzumutbarkeit. Diese ist dann gegeben, wenn der Fehler darauf beruht, daß das Produkt in dem Zeitpunkt, in dem es der Hersteller in den Verkehr brachte, zwingenden Rechtsvorschriften entsprochen hat, § 1 II Nr. 4 PHG. Selbst wenn durch den erzwungenen Fehler des Produkts höhere Güter verletzt worden sind, ist dem Produzenten die Verpflichtung, ein fehlerfreies Produkt in den Verkehr zu bringen, nicht zuzumuten.

### b) Subjektive Unzumutbarkeit

Subjektiv, allerdings nicht objektiv unzumutbar, ist das geforderte Verhalten dann, wenn es der Verhaltensperson aus emotionalen Gründen nicht zugerechnet werden kann. Die subjektive Unzumutbarkeit läßt also nicht den Normbefehl und ebensowenig das Rechtswidrigkeitsurteil entfallen. Es ist auch kein tragender Grund vorhanden, vom geforderten Verhalten abzusehen. Eine Güterabwägung findet nicht statt. Während also die Bestimmungsfunktion der Norm generell noch greift, wird die *Bewertungsfunktion des Haftungstatbestandes* tangiert, wenn ein normaler Mensch oder diese Person es nicht über sich bringen konnte, rechtmäßig zu handeln. Die Bestimmungsfunktion wird freilich durch die veränderte Bewertungsfunktion beeinflusst. Ein Beispiel bildet etwa die Situation zwanghafter Willensbeeinflussung, in welcher ein eigenes Rechtsgut durch Verletzung eines anderen gerettet wird. Typisch dafür ist BGHZ 92, 357: Ein Pkw hatte plötzlich verkehrsordnungswidrig die Fahrbahn gekreuzt. Um dem drohenden Frontalzusammenstoß auszuweichen, lenkte ein Motorradfahrer sein Fahrzeug auf die Gegenfahrbahn. Dort streifte er einen Pkw, der auf die äußerste rechte Seite seiner Fahrbahn ausgewichen war. Der BGH verneint eine schuldhafte Eigentumsverletzung, da das Verhalten des Motorradfahrers die auch für einen besonders geistesgegenwärtigen und äußerst sorgfältigen Kraftfahrer sachgerechte Reaktion dargestellt habe. Subjektiv unzumutbar er-

---

191 ff.; RGRK-*Steffen*, BGB, 12. Aufl. 1989, § 823 Rn. 385; *Koziol*, Österr. Haftpflichtrecht I, 2. Aufl. 1980, 118.

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 92, 357 (Notreaktion eines Motorradfahrers vor einem kreuzenden Pkw mit Sachschaden für anderes Fahrzeug).

<sup>9</sup> Zur Zumutbarkeit vgl. RGRK-*Steffen* § 823, Rn. 148 ff.; MünchKomm-*Mertens*, 2. Aufl. 1986, § 823, RdNr. 21.

<sup>10</sup> BGH VersR 52, 23 und ständig.

schien einer Beifahrerin das Anlegen eines Sicherheitsgurtes in BGHZ 119, 268. Hier war die später Getötete auf dem Beifahrersitz ohne Gurt gefahren. Bei einem Zusammenstoß mit einem Lkw, dessen Fahrer das Vorfahrtsrecht nicht beachtete und einen erheblichen Blutalkoholgehalt hatte, kam sie zu Tode. Nach Ansicht des OLG sei die Verpflichtung zur Anlegung des Sicherheitsgurtes entfallen, wenn hiermit ernsthafte subjektive Beschwerden verbunden seien. Nach dem BGH rechtfertigen es auch „Fesselungsängste“ oder andere psychische Beeinträchtigungen nicht, den Insassen eines Kraftfahrzeugs von der Obliegenheit des Angurtens zu befreien. Hier ging es nicht so sehr um die Pflicht als um die Zurechnung der Verletzung der Obliegenheit infolge Unzumutbarkeit. Die Frage war, ob im Bereich des Mitverschulden (§ 254), in dem sonst die subjektive Unfähigkeit berücksichtigt wird, die emotionale individuelle Unfähigkeit entschuldigt. Während die Rechtsprechung im Bereich des Schockschadens ein Schmerzensgeld wegen einer untypischen seelischen Veranlagung gewährt<sup>11</sup>, soll in dieser anderen Billigkeitsnorm, nämlich § 254, bei Anrechnung des Mitverschuldens die emotionale Besonderheit nicht berücksichtigt werden. Ein weiteres Beispiel der subjektiven Unfähigkeit gibt die Kollision mit einer ausländischen Norm. Ist die Verhaltensperson im Inland aufgrund einer ausländischen Norm, der sie nach dem Personalprinzip unterliegt, zu einem rechtswidrigen Verhalten angehalten, bleibt dieses im Inland rechtswidrig. Der Loyalitätskonflikt kann jedoch so zugespitzt sein, daß subjektive Unzumutbarkeit als Entschuldigungsform vorliegt. In BGHZ 127, 195, 210f. wurde bezüglich der Denunziantenhaftung unter Bürgern der ehemaligen DDR ein Schuldausschließungsgrund zugebilligt, sofern dem Lockspitzel die Tätigkeit „nicht in zumutbarer Weise zu vermeiden war“. Der BGH zeigt aber auch an dieser Stelle, daß er die fehlende Zumutbarkeit für eine Ausnahme hält. Er sagt nämlich u.a.: „Unter diesen Umständen kann es höchstens dann an einem Verschulden des Beklagten ... fehlen“ und später spricht er von einem „Schuldausschließungsgrund“. Das ist auf dem Hintergrund zu sehen, daß das Gericht für einen Lockspitzel im Bereich der „Republikflucht“ jede Rechtfertigung verneint, daß der Spitzel zu seinem Verhalten verpflichtet gewesen sei.

### c) *Subjektive Unzumutbarkeit und Schuldform*

Rechtmäßiges Verhalten kann subjektiv unzumutbar sein sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit.<sup>12</sup> Da sich die subjektive Unzumutbarkeit auf die emotionale Willenssteuerung bezieht, ist sie für *beide Schuldformen* gleichermaßen anwendbar. Das gilt jedenfalls für den Schuldausschließungsgrund der

<sup>11</sup> BGHZ 56, 163; 93, 351.

<sup>12</sup> Zur Unzumutbarkeit bei vorsätzlichem Verhalten vgl. v. *Liszt/Schmidt*, Strafrecht I, 26. Aufl. 1932, § 42. Zur Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens im Bereich der Fahrlässigkeit s. *Maiwald*, Die Unzumutbarkeit, FS Schüler-Springorum (1993), 489.

Unzumutbarkeit. Ob bei unbewußter Außerachtlassung unzumutbaren Verhaltens kein Aufopferungsersatz geschuldet wird, ist eine andere Frage. Der BGH hat insoweit die analoge Anwendung des § 904 S. 2 auf vorsätzliche Aufopferungen beschränkt.<sup>13</sup> Auch wäre für den Fall der subjektiven Unzumutbarkeit eventuell an eine Analogie zu § 829 BGB über die Billigkeitshaftung bei subjektivem Nichtverschulden zu denken. Die Rechtsprechung hat auch § 829 analog angewendet, etwa im Bereich der Minderjährigenhaftung und des Mitverschuldens.<sup>14</sup>

#### d) Subjektiv-typisierte Unzumutbarkeit

Im Regelfall gehen die Haftungsnormen und die Mithaftungsbestimmungen davon aus, daß im Verkehrskreis, in dem die handelnde Person aufgetreten ist, sorgfältiges Verhalten erbracht werden kann. Das gilt nicht nur für die physischen und intellektuellen Voraussetzungen, sondern auch für die emotionalen.<sup>15</sup> Insoweit, als *innerhalb des Verkehrskreises* in einer solchen Situation *normgemäßes Verhalten unzumutbar* erscheint, ist auch die handelnde Person entschuldigt. Bei subjektiv typisierter Unzumutbarkeit fehlt es an der Grundlage der Zurechnung, nämlich der Annahme eines Andershandelnskönnens.<sup>16</sup> Die Zurechnung der Ungehorsamsfolgen zum Willen findet nicht statt, da der Wille insoweit nicht mehr frei war. Das wird vom Verkehrskreis anerkannt. Anders wurde im Fall Gilbert v. Stone entschieden: Zwölf Bewaffnete zwangen jemanden, ein Pferd zu stehlen. Er wurde zu Schadensersatz verurteilt, da er die Möglichkeit hatte, den Schaden nicht zuzufügen. *Holmes* billigt dieses Urteil. Zwar habe der Täter verständig gehandelt, da er sein Leben retten wollte. Es sei jedoch kein Grund vorhanden, warum er vorsätzlich und dauernd sein Unheil auf einen Nachbarn verlagern können sollte.<sup>17</sup>

#### e) Subjektiv-individuelle Unzumutbarkeit

Soweit nicht der Verkehrskreis, sondern nur die Person selbst unfähig erscheint, die Norm zu befolgen, greifen die normalen Erwägungen zum Verschulden ein. Für die emotionale Unfähigkeit hat man grundsätzlich ebenso einzustehen, wie für die physische und intellektuelle. Man hat die Voraussetzungen, die in dem Verkehrskreis erwartet werden, in dem man aufgetreten ist, zu erbringen und das in körperlicher, geistiger und charakterlicher Hinsicht. Auf einen besonders

<sup>13</sup> BGHZ 92, 357.

<sup>14</sup> BGHZ 39, 281 (Minderjährigenhaftung); OLG Nürnberg NJW 65, 694 (Mitverschulden).

<sup>15</sup> Das ist h.M. seit *Deutsch*, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt* (1963), 93ff.

<sup>16</sup> BGHZ 92, 358; *Koziol*, *Österr. Haftpflichtrecht I*, 2. Aufl. 1980, 118; *MünchKomm-Hanau* § 276, RdNr. 130; *Soergel-Wolf* § 276, Rz 118.

<sup>17</sup> *Holmes*, *The Common Law* (1911), 148 m. w. N.

schwachen Willen, eine große Schreckhaftigkeit oder eine verminderte Bestimmungsfähigkeit kann man sich insoweit nicht berufen.

Anders steht es jedoch in den engen Bereichen des Haftungsrechts, in dem auch sonst die individuell-subjektive Unfähigkeit entschuldigt. Hier handelt es sich im wesentlichen um Tatbestände, bei denen die Rechtsfolge in die Persönlichkeit selbst hinabreicht. Für gewöhnlich handelt es sich dabei auch um abwägende *Billigkeitstatbestände*. Es sind dies: die Genugtuung beim Schmerzensgeld, die Abwägung beim Mitverschulden, die Herabsetzung des Unterhalts bei sittlichem Verschulden und die Erbunwürdigkeit. Sofern in diesem Bereich die Verhaltensperson zum normgemäßen Verhalten subjektiv-individuell nicht in der Lage ist, steht ihr die Entschuldigung der Unzumutbarkeit zur Seite. Aus diesem Grunde ist auch die Entscheidung BGHZ 119, 268 nicht zu billigen. Das OLG hatte das Mitverschulden der Getöteten wegen Nichtanlegens des Sicherheitsgurtes verneint, da ihr aufgrund ihres Gesundheitszustandes die Benutzung des Sicherheitsgurtes nicht zuzumuten war. Der BGH ist anderer Auffassung. Schon im Leitsatz heißt es: Das Nichtangurten könne nur dann nicht als Mitverschulden angelastet werden, wenn nach den Bestimmungen der StVO keine Gurtanlegepflicht bestand bzw. wenn nach der StVO von der Straßenverkehrsbehörde eine Ausnahmegenehmigung hätte erteilt werden müssen, falls eine solche beantragt worden wäre. Der BGH läßt also den Verhaltensregeln der StVO gegenüber der erforderlichen Sorgfalt mit Bezug auf das Rechtsgut und die Zumutbarkeit durchaus den Vortritt. Im Urteil heißt es weiter: Es könne nicht erwartet werden, daß auf die besondere Sensibilität des einzelnen Rücksicht genommen werde. Auch eine ängstlich-depressive, neurotische Persönlichkeitsentwicklung wie bei der später Getöteten reiche nicht aus, selbst wenn sie zu Unruhezuständen und Vernichtungsgefühlen bei Anlegung des Gurtes führe. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung sei es aber, daß infolge des Anlegens des Gurtes für den Betroffenen konkrete ernsthafte Gesundheitsschäden zu befürchten seien, denen auf anderem Wege nicht vorgebeugt werden könnte. Man sollte dem BGH nicht darin folgen, daß der Entschuldigungsgrund der subjektiven Unzumutbarkeit auch beim Mitverschulden (§ 254) ausgeschlossen ist. Es gibt einmal krankhafte Steigerungen der Empfindlichkeit, die bis in die Zurechnungsunfähigkeit hineinreichen können, § 827 S. 1.<sup>18</sup> Sodann hätte der BGH im Rahmen der Abwägung auf die subjektive Vorwerfbarkeit<sup>19</sup>, also auf die subjektiv-individuell mögliche Sorgfalt eingehen müssen. § 254 gehört zu den billigkeitsrechtlichen Normen, bei denen die subjektive Befähigung berücksichtigt wird.

---

<sup>18</sup> Vgl. OLG Nürnberg NJW 65, 694 (krankhafte Angst vor Hunden).

<sup>19</sup> Vgl. OLG Hamm VersR 93, 588.

### f) Rechtsfolgen der Unzumutbarkeit

Soweit die Norm subjektiv-individuelle Vorwerfbarkeit verlangt, ist bei jeder Form subjektiver Unzumutbarkeit die *Haftungsfreistellung* gegeben. Es wird dann weder Schmerzensgeld in der Genugtuungsfunktion geschuldet, noch die mangelnde Fähigkeit bei der Abwägung im Mitverschulden nachteilig berücksichtigt. Die subjektive Unzumutbarkeit stellt frei. Der Wille war nicht zu beeinflussen und bei einer Norm, die bis in die persönliche Tiefe hinabgeht, stellt das eine absolute Entschuldigung dar.

Soweit, wie im Regelfall, die normale Haftung greift, ist die subjektiv-individuelle Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens kein Entschuldigungsgrund. Jedermann hat für die normale Fähigkeit zur Willensbestimmung in seinem Verkehrskreis einzustehen. Wenn jedoch innerhalb dieses Verkehrskreises normgemäßes Verhalten in dieser Situation nicht zugerechnet würde, weil jedermann die Unzumutbarkeit fühlt, dann sollte das *Verschulden verneint* werden. So stand es in BGHZ 92, 357, in dem der Motorradfahrer auf die andere Straßenseite lenkte und dort ein Auto beschädigte, um nicht überfahren zu werden. Nunmehr stellt sich die Rechtsfrage, ob anstelle der wegen Unzumutbarkeit nicht eintretenden Haftung eine subsidiäre Haftungsform eingreift. Der BGH hat im Fall des sich rettenden Motorradfahrers eine Aufopferungsschädigung analog § 904 S. 2 nur im Fall der vorsätzlichen Aufopferung gewähren wollen. Die Notstandshaftung nach § 904 S. 2 korrigiere nicht die Verantwortlichkeit des Handelnden für Verschulden und Betriebsgefahr. Das Verhältnis dieser Haftungen zueinander bestehe vielmehr in ihrer Exklusivität.<sup>20</sup> In der Tat besteht die Gefahr der Verwischung der Grenzen objektiver Haftung, wenn auch bei fahrlässiger Verletzung in Aufopferungssituationen ohne wirksame Güterabwägung Ausgleich geschuldet wird. Viel eher sollte *analog* § 829 nach Billigkeit entschädigt werden, steht doch die vorausgesetzte seelische Situation der Unzumutbarkeit zur Zurechnungsunfähigkeit in Parallele und es läßt sich von der Güterabwägung ein *argumentum a maiore ad minus* gewinnen: Wenn schon die gerechtfertigte Aufopferung zur Schadloshaltung verpflichtet, dann sollte auch eine Billigkeitsentschädigung des nur wegen Unzumutbarkeit Entschuldigten verlangt werden können. Schließlich hat auch BGHZ 39, 281 die Billigkeitshaftung des § 829 BGB analog auf Jugendliche angewendet, die nach dem Gruppenstandard nicht unsorgfältig gehandelt haben, obwohl ein anderer geschädigt wurde. Diese Situation ist vergleichbar. Ebenso hat die Rechtsprechung § 829 BGB in den Bereich des Mitverschuldens transponiert und dort Mithaftungen aufrechterhalten, auch wenn es am Verschulden fehlte, aber die Billigkeit dies erforderte.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> BGHZ 92, 362; *Deutsch*, AcP 1965, 193, 203f., 209f.

<sup>21</sup> OLG Nürnberg NJW 65, 490.

Soweit grobe Fahrlässigkeit oder die Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt in Frage steht, kommt der Unzumutbarkeit eine besondere Rolle zu. Die Außerachtlassung elementarer Sorgfalt, wie sie bei der groben Fahrlässigkeit vorausgesetzt ist, wird fast nie gegeben sein, wenn es sich um subjektive, auch subjektiv-individuelle Unzumutbarkeit handelt. Einen guten Beleg gibt RG JW 24, 1977, Nr. 11: Ein Grundbuchrichter hatte rechtswidrig einen Vorrang eingetragen und der Dienstherr Ersatz geleistet, der nunmehr Regreß nimmt. Das Gericht verneint grobe Fahrlässigkeit wegen subjektiver Umstände des Richters, „so namentlich seine Unfähigkeit zur Entscheidung der Rechtsfrage und den Geisteszustand, in den er durch seine Auffassung der rechtlichen Lage versetzt worden ist“. Was die in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich angewandte Sorgfalt angeht, so wird diese stets die subjektive Unzumutbarkeit umfassen. Wem es wider die Natur geht, ein Verhalten zu setzen, wird dieses in eigenen Angelegenheiten gleichfalls niemals tun. Die subjektiv-individuelle Unzumutbarkeit läßt also die konkrete Fahrlässigkeit entfallen.

#### g) *Beweislast*

Da es sich bei der Unzumutbarkeit um einen Entschuldigungsgrund handelt, trägt der Verletzer die Beweislast. Im Fall der Denunziation wegen geplanter Republikflucht hat der BGH die Voraussetzungen des Schuldaußschließungsgrundes der Unzumutbarkeit „im Hinblick auf die dem § 333 Abs. 1 ZGB zu entnehmende Verschuldensvermutung“ dem Denunzianten auferlegt.<sup>22</sup> Dazu hätte es nicht des Rückgriffs auf die allgemeine Verschuldensvermutung des ZGB der DDR bedurft. Vielmehr ist derjenige, wer sich auf die für ihn bestehende Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens beruft, stets mit dem Beweis belastet, daß die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit bestehen. Wer einen anderen vorsätzlich oder sorgfaltswidrig verletzt und behauptet, er sei infolge Unzumutbarkeit zu rechtmäßigem Verhalten nicht imstande gewesen, hat dieses darzutun. Das ist auch nicht übermäßig belastend, da es sich um innere Vorgänge der Verhaltensperson handelt, die darüber am besten Auskunft geben kann. Auch hinsichtlich der analog anzuwendenden Billigkeitshaftung des § 829 bleibt der Verletzer beweisbelastet. Er hat also die Merkmale darzulegen, welche unter Billigkeitsaspekten seine Verpflichtung entweder entfallen lassen oder besonders erscheinen lassen.

---

<sup>22</sup> BGHZ 127, 210.