

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

II

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1969

KLAUS LUIG

Überwiegendes Mitverschulden*

§ 1	Einleitung, 187	2.	Frankreich, 217
§ 2	Römisches Recht, 192	3.	Italien, 217
§ 3	Deutsches Recht vor der Rezeption, 196	4.	Niederlande, 219
§ 4	Überleitung zum <i>ius commune</i> und Aufstellung der These, 196	5.	Schottland, 220
§ 5	Glossatoren, 198	6.	Die Lehre des common law, 222
§ 6	Konsiliatoren, 200	7.	Seerecht, 225
§ 7	Kanonisches Recht, 201	8.	Ergebnis, 228
§ 8	Älterer <i>Usus modernus</i> , 204	§ 10	Naturrecht, 229
§ 9	Jüngerer <i>Usus modernus</i> : Die Theorie der <i>maior culpa</i> , 206	§ 11	19. Jahrhundert, 232
1.	Deutschland, 208	§ 12	Rechtsvergleichung: Das moderne englische Recht, 236
		§ 13	Schlußbemerkung, 237

§ 1 Einleitung

Die Bedeutung dogmengeschichtlicher Forschungen im Bereiche des Privatrechts wird heute stark betont¹. Damit ist häufig die Feststellung verbunden, es gäbe zu wenig Untersuchungen aus diesem Arbeitsbereich, sowie die Forderung, dieser Lage abzuhelpfen. Solche Forderungen haben in den letzten Jahren immer mehr Gehör gefunden. Es erschien insbesondere eine

* Zu Peter AUMANN, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte, Diss. iur. Hamburg 1964.

¹ So z. B. Max KASER, Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, in Juristische Schulung 1967, p. 337 ss., 344. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. p. 8, 17 Note 13 und 205 Note 3. KUNKEL, SZRom 71 (1954) 511—513. COING, Ius Commune I (1967) p. 33.

größere Anzahl von Arbeiten, die die Entwicklung einzelner Institute des Privatrechts vom römischen und germanischen Recht bis zum BGB darstellen². Alle diese Arbeiten sind notwendigerweise „europäische Rechtsgeschichte“, weil die Geschichte des auf dem römischen Recht beruhenden europäischen *ius commune* die Höhepunkte der einzelnen Epochen ihrer Entwicklung in verschiedenen Ländern Europas gehabt hat: die Schule der Glossatoren und Konsiliatoren in Italien, die Humanisten in Frankreich und den Niederlanden, der *Usus modernus* in den Niederlanden und Deutschland und die Pandektenwissenschaft in Deutschland. Dazu kommt die europäische Naturrechtsschule mit ihrem Schwerpunkt in Deutschland. Die über Deutschland hinausgehende Bedeutung solcher Untersuchungen ist bisher auch nicht verkannt worden³.

Arbeiten dieser Art werden insbesondere von den Herausgebern der Reihe „Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte“ betreut⁴. Neuerlich hat zudem H. Hübner mit der Serie „Beiträge zur neueren Privatrechts-

² Einige Beispiele aus der großen Zahl: Huberta BAUER, Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB, Diss. iur. Erlangen 1963. Weiter zur Stellvertretung: Peter WILD, Zum Einfluß des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs auf die Privatrechtsdogmatik. Die Entwicklung der gewillkürten direkten Stellvertretung, Diss. iur. Saarbrücken 1966. Karl Friedrich EVERDING, Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert, Diss. iur. Münster 1951. Eine weitere Arbeit zu diesem Thema ist angekündigt: Ulrich MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Stuttgart, voraussichtlich 1969.

Dieter LEUZE, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, Bielefeld 1962. Karl Heinz HAMPRECHT, Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, Diss. iur. Würzburg 1965. Manfred HERRMANN, Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts, Stuttgart 1968.

Manfred KLISCHIES, Die geschichtliche Entwicklung der Sachmängelhaftung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen Recht bis zum 19. Jahrhundert, Diss. iur. Kiel 1964. Walter-Jürgen KLEMP, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung des Verkäufers im Veruntrecht und *Usus modernus*, Stuttgart 1967. Karl Otto SCHERNER, Rücktritt wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, Wiesbaden 1965.

Berthold KUPISCH, Der Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1965. Axel BRANDI, Bereicherung aus fremdem Vertrag. Der Verzicht des BGB auf die Aufnahme der Versionsklage, Diss. iur. Münster 1966.

Die Übersicht zeigt, daß sich deutlich Schwerpunkte des Interesses gebildet haben. Familienrecht und Erbrecht haben bisher kaum Beachtung gefunden. Weitere Arbeiten bei Wieacker, Privatrechtsgeschichte² p. 227 Note 10. Vollständige Nachweise jetzt bei Wesenberg, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. von G. Wesener, Lahr 1969.

³ MITTEIS-LIEBERICH, Deutsches Privatrecht, 5. Aufl., München 1968, p. 2 unter I 4 c. Kaser in dem oben Note 1 genannten Aufsatz p. 344.

⁴ Böhlau Verlag, Köln und Graz, bisher 12 Bände.

geschichte“⁵ seine Aufmerksamkeit diesem Gebiet zugewendet. Weiter ist eine Anzahl von Monographien aus der Schule von Kaser hervorgegangen⁶. Davon liegen die meisten leider nur maschinenschriftlich oder im Dissertationsdruck vor, so daß sie bisher nicht immer die gebührende Beachtung gefunden haben. Kaser hat sein Programm in dem oben zitierten Aufsatz formuliert⁷. Hier erklärt er neben der Erforschung der juristischen Geistesgeschichte auch das Verfolgen der Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitutionen für notwendig. Zur Erreichung dieses Ziels fordert er zunächst monographische Untersuchungen, „die das Schicksal der konkreten juristischen Denkformen von ihren römischen und germanischen Anfängen ausgehend über das Mittelalter, die Rezeption und die Auseinandersetzung mit der Naturrechtslehre bis zu den Kodifikationen (und ihren Entwürfen) in ganz Europa verfolgen“⁸. Solche Arbeiten bilden die Vorstufe einer Dogmengeschichte, wie sie Wieacker gefordert⁹ und Conrad angekündigt hat¹⁰.

Ein hervorragendes Beispiel für eine monographische Studie der beschriebenen Art ist die Dissertation des Kaserschülers Peter Aumann über „Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte“¹¹. Die Arbeit ist besonders aktuell wegen ihrer rechtspolitischen Schlußfolgerung. Aumanns historische und vergleichende Forschungen haben ergeben, daß es für die Lösung des untersuchten Problems eine gemeineuropäische, im Vernunftrecht begründete Tradition gibt. Daraus zieht er den Schluß, daß

⁵ Bisher 2 Bände mit den in Note 2 zitierten Arbeiten von Klempt und Herrmann. Als Band 3 ist die ebendort erwähnte Arbeit von Ulrich Müller angekündigt.

⁶ Die meisten dieser Arbeiten hat Kaser in dem erwähnten Aufsatz (oben Note 1) angeführt. Mir waren zugänglich: Everding (oben in Note 2 zitiert). Aumann (unten Note 11). Heinz FRITSCH, Zur neueren Dogmengeschichte der privatrechtlichen Gehilfenhaftung, Diss. iur. Münster 1956. Hans Hermann SEILER, Die Systematik der einzelnen Schuldverhältnisse in der neueren Privatrechtsgeschichte, Diss. iur. Münster 1957. Friedhelm KEPFMANN, Die neuere dogmengeschichtliche Entwicklung der objektiven Tatbestände der §§ 823, 826 BGB, Diss. iur. Münster 1959. Dieter BRENNE, Erbanfall- und Erbantrittsprinzip in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Diss. iur. Münster 1959. Friedhelm HARTING, Die „positiven Vertragsverletzungen“ in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Diss. iur. Hamburg 1967.

⁷ S. oben Note 1, bei Kaser p. 344.

⁸ p. 344.

⁹ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte² p. 8, cf. auch p. 227¹⁰. Zur Würdigung der Leistungen Wesenbergs auf diesem Gebiet dortselbst p. 17 Note 13 und p. 205 Note 3. Die Forderung nach einer Dogmengeschichte wird zum großen Teil auch bereits erfüllt durch Mitteis-Lieberich, Deutsches Privatrecht, 5. Aufl., München 1968, sowie durch die 2. Aufl. von Wesenbergs Privatrechtsgeschichte (oben Note 2).

¹⁰ Deutsche Rechtsgeschichte Band II, Karlsruhe 1966, Vorwort.

¹¹ Diss. iur. Hamburg 1964.

eine künftige innereuropäische Rechtsangleichung nur auf der Grundlage dieser Lösung erfolgen könne (209)¹².

Die dogmengeschichtliche Entwicklung des Schadensersatzrechts und speziell des Deliktsrechts hat bisher schon immer starke Beachtung gefunden. Nicht zuletzt wohl, weil viele Fragen aus diesem Bereich noch nicht zur allseitigen Zufriedenheit gelöst sind, und man sich aus der Betrachtung der historischen Lösungen wertvolle Erkenntnisse für das geltende Recht versprach. Lawson hatte in seinem Buch „Negligence in the Civil Law“¹³ bei der Behandlung der nachrömischen Entwicklung des Deliktsrechts eine Lücke von rund 12 Jahrhunderten gelassen¹⁴. Diese Lücke ist zum Teil durch die Arbeiten von Hermann Lange¹⁵, Horst Kaufmann¹⁶ und Friedhelm Keppmann¹⁷ geschlossen worden. Aumanns Untersuchung füllt für das wichtige Einzelproblem des mitwirkenden Verschuldens, dessen Hauptbedeutung jedenfalls im Deliktsrecht liegt, ein weiteres großes Stück der noch verbliebenen Lücke, wobei allerdings das Mittelalter und die frühe Neuzeit noch unbearbeitet bleiben.

Die Schwerpunkte von Aumanns Arbeit liegen in der Darstellung der Deutung, die die einschlägigen römischen Quellen im Laufe der Geschichte, insbesondere im 19. Jahrhundert gefunden haben, und in der Schilderung dessen, was Verfasser die „Vernunftrechtslehre“ nennt, was eigentlich nur die allerdings bahnbrechende Theorie von Christian Wolff ist¹⁸.

Die Untersuchungen führten den Verfasser zu folgendem Ergebnis¹⁹:

Alle Versuche zur Lösung des Problems des Mitverschuldens, die die Rechtswissenschaft im Laufe der Geschichte auf der Grundlage der Quellen des römischen Rechts erarbeitet hat, haben keine befriedigende Konstruktion hervorgebracht. Sie waren alle von dem Prinzip beherrscht, daß jedes geringe Mitverschulden des Geschädigten einen an sich bestehenden Ersatzan-

¹² Im Folgenden beziehen sich die in runde Klammern gesetzten Zahlen auf die Seiten von Aumanns Buch.

¹³ Oxford 1950, Nachdrucke 1955 und 1962.

¹⁴ Cf. die Rezension von Kaser in SZRom 70 (1953) 481—484.

¹⁵ Hermann LANGE, Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Münster/Köln 1955 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 2).

¹⁶ Horst KAUFMANN, Rezeption und Usus modernus der actio legis Aquiliae, Köln—Graz 1958 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 5).

¹⁷ Cf. oben Note 6. Weiter: Hans JENTSCH, Die Entwicklung von den Einzeltatbeständen des Deliktsrechts zur Generalnorm und die Berechtigung einer solchen. Dogmengeschichte und rechtspolitische Bewertung, Leipzig 1939.

¹⁸ cf. insbes. p. 48.

¹⁹ p. 38, 50, 190 ss., 197.

spruch vollständig ausschlosse²⁰. Auch das mittelalterliche deutsche Recht stand auf diesem Standpunkt²¹. Erst das systematische Vernunftrecht Christian Wolffs hat demgegenüber ohne Anknüpfung an ältere Gedanken eine Lösung hervorgebracht, die allen Gerechtigkeits- und Billigkeitserfordernissen gerecht wird²². Es handelt sich um das Prinzip der Teilung des Schadens im Verhältnis der gegenseitigen Verantwortlichkeit von Schädiger und Geschädigtem. Dieses Prinzip hat sich auf dem Wege über das ABGB von Österreich nach Rückschlägen in der Pandektenwissenschaft schließlich in fast ganz Europa durchgesetzt²³. Es ist die einzig mögliche gerechte Lösung²⁴. Damit empfiehlt es sich für eine künftige europäische Rechtsangleichung (209).

Der vorliegende Aufsatz bildet zum Teil eine Besprechung des Buches von Aumann. Zum größeren Teil ist er aber der Behandlung des Mitverschuldens in der von Aumann nicht erfaßten Zeit gewidmet. Daraus wird sich eine neue Würdigung der vor der Naturrechtsschule liegenden Rechtsentwicklung und als Folge davon eine Korrektur des von Aumann entworfenen Gesamtbildes ergeben.

Das große Verdienst Aumanns ist, die Bedeutung der Wolffschen Theorie und ihre Ausbreitung in Europa herausgestellt zu haben. Als anfechtbar erscheint mir jedoch Aumanns Deutung der vor dem Naturrecht liegenden Zeit. Dieser Aufsatz wendet sich insbesondere gegen die im Einklang mit der herrschenden Meinung²⁵ stehende These Aumanns, daß in der gesamten Rechtstradition vor Wolff ein Prinzip geherrscht habe, nach dem bereits jede geringe Nachlässigkeit auf Seiten des Geschädigten einen Schadensersatzanspruch vollständig entfallen ließ, für den im übrigen alle Voraussetzungen gegeben waren. Hier wird demgegenüber der Versuch unternommen nachzuweisen, daß diese Rechtsfolge nur bei gleichem oder überwiegendem

²⁰ p. 18, 20, 50, 55, 58, 192, bes. deutlich p. 41.

²¹ p. 37.

²² p. 46—50, 197.

²³ p. 208—209.

²⁴ p. 208—209.

²⁵ Justus Wilhelm HEDEMANN, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Erster Teil, Berlin 1910, p. 102. Kaser *JUS* 1967 (cf. oben Note 1), p. 342 bei Note 32. ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960, p. 277. Davon geht wohl auch STAUDINGER, Kom. zum BGB (1967) § 254 Rdn. 70 aus. Ebenso Kaufmann p. 78 für die Zeit bis zur Mitte des 18. Jh. Pasquale COPPA-ZUCCARI, La „compensazione delle colpe“, Modena 1909, allerdings nur für das Deliktsrecht. Für das Vertragsrecht nahm C. Unbeachtlichkeit jeden Mitverschuldens an (zum römischen Recht insbes. p. 51, zum italienischen Recht seiner Zeit p. 245). Für das germanische Recht: Conrad (oben Note 10) I p. 426, anders allerdings der p. 163 genannte Fall aus Liutprand.

Mitverschulden eintrat. Letzteres war zumindest die im jüngeren *Usus modernus* überwiegend vertretene Ansicht. Somit ist der Gedanke der Abwägung der beiderseitigen Schuld, auf dem die Theorie Christian Wolffs aufbaut, bereits im „römischen“ gemeinen Recht entwickelt worden. Auf der Grundlage dieses Gedankens hat Wolff das Alles oder Nichts-Prinzip überwunden. Für die Vorstellung, daß ein Mitverschulden auch die Höhe des Schadensersatzanspruches beeinflussen könnte, finden sich im gemeinen Recht nur einige wenige Ansatzpunkte.

§ 2 Römisches Recht

Für das klassische römische Recht kommt Aumann zu dem Schluß, daß eine „über die vorhandene Kasuistik hinaus allgemein geltende, begriffliche Erfassung des Gedankens des Mitverschuldens“ nicht feststellbar ist (20). Er glaubt jedoch, aus den Entscheidungen der erörterten Fälle folgende Leitgedanken herauslesen zu können:

Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Haftung aus der *Lex Aquilia* und für die bei Rechtsmängeln im Kaufvertragsrecht bestehenden Klagen wurden als nicht gegeben angesehen, wenn der Geschädigte sich selbst unvorsichtig verhalten hatte²⁶ oder auf seiner Seite eine *culpa* vorlag²⁷. Auf Art und Schwere des Fehlers des Geschädigten im Verhältnis zur Handlung des Schädigers kam es dabei nicht an²⁸, „jedes geringste Versehen“ ließ die Ersatzpflicht ganz entfallen²⁹. Es gab nur „alles oder nichts“³⁰. Lediglich der vorsätzliche Schadensstifter hatte trotz eigener Nachlässigkeit des Verletzten vollen Schadensersatz zu leisten³¹. Im übrigen war der „für die heutige Gestaltung des Mitverschuldens typische Gedanke der beiderseitigen Verursachung“ (18) verdeckt, weil die Juristen die anstehende Frage durch „Verneinung der Tatbestandsvoraussetzungen“ (18) für die Schadensersatzklage lösten³², weil — mit anderen Worten — das „eigene Verhalten des Verletzten die *culpa* des Schädigers“ (6) ausschloß.

²⁶ p. 6, 7, 9, 10, 18, 19.

²⁷ p. 8, 11, 19.

²⁸ p. 20.

²⁹ p. 41, 50, Cf. oben bei Note 20 und Note 25.

³⁰ Cf. Kaser, *JUS* 1967, p. 342 bei Note 32. Dieter MEDICUS, *Id quod interest*, Köln, Graz 1962, p. 322: „Ein nur anteilmäßiger Ersatz des *quod interest* (zur Hälfte, zu drei Vierteln usw.) kommt überhaupt nicht vor.“

³¹ p. 9, 17, 20.

³² p. 6, 7, 18, 19 Note 1.

Der Grundsatz „alles oder nichts“ griff jedoch dann nicht ein, wenn sich bestimmte Folgeschäden unterscheiden ließen, die nicht durch das Tun des Schädigers, sondern erst durch falsches Verhalten des Geschädigten entstanden waren. Fälle dieser Art erschienen nur im Vertragsrecht. Aumann sieht allerdings mit Medicus in diesen Fällen keine ganz generell geltende Regel³³.

Dazu kommen zweitens Fälle aus dem klassischen Recht, in denen beide Parteien zugleich schuldhaft handelnd Schadenstifter und Verletzer waren³⁴. Ohne Ausbildung einer festen Regel wurde hier üblicherweise jeder Anspruch verneint³⁵. Dies ist der Ausgangspunkt des später so wichtigen Gedankens der *compensatio culpa*³⁶, der im nachklassischen Recht ausgebaut und auch bereits auf einen Fall von „Mitverschulden“ angewendet wurde³⁷.

Die dritte römischrechtliche Grundlage für die mittelalterliche Behandlung des Mitverschuldens bildet der erst durch die Kompilatoren aufgestellte Satz³⁸

Pomp. D. 50.17.203: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

Auf die Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser Regel hat schon Lange hingewiesen³⁹. Neben der selbstverständlichen Regel, daß man einen selbst verschuldeten Schaden auch selbst tragen muß, besagt sie nach Lange und Aumann zusätzlich, daß eigenes Verschulden einen an sich gegebenen Ersatzanspruch ausschließen kann.

In zwei Punkten sind gegen dieses Ergebnis von Aumann Bedenken geltend zu machen.

Erstens geht Aumann zu weit in der Annahme, die römischen Juristen hätten, wie besonders D. 9.2.11 pr. ergebe, die Möglichkeit eines beiderseitigen Verschuldens gar nicht in Erwägung gezogen (6). Bei dieser Stelle handelt es sich um den Fall des Sklaven, der sich unvorsichtigerweise auf offener Straße von einem Barbier rasieren ließ und dabei zu Tode kam, als ein Ball die Hand des Barbiers traf, die das Rasiermesser hielt. Aus den Worten *est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur* ergibt sich deutlich, daß Ulpian abwägte, wen die Verantwortung treffe, den Barbier oder den Skla-

³³ Aumann p. 14—16. Medicus p. 322.

³⁴ p. 21—24.

³⁵ p. 24.

³⁶ p. 23 Note 4. Medicus p. 324 Note 17.

³⁷ p. 29, 31.

³⁸ Aumann p. 30, 31. Medicus p. 323.

³⁹ Lange, Schadensersatz (cf. oben Note 15), p. 71.

ven. Beider Verschulden stand also zur Sprache. Es ging um das Problem des „konkurrierenden Verschuldens“⁴⁰. Gegen die Verwendung dieses Begriffes spricht auch nicht der Umstand, daß Ulpian zu einem Entweder-Oder kommen mußte. Denn das bedeutete nur, daß Ulpian im Ergebnis nach Abwägung der konkurrierenden Beiträge zu dem Unfall das Verhalten einer Seite für allein maßgeblich erklären mußte, nicht aber, daß er die Schuld der einen oder der anderen Seite übersah oder übersehen wollte.

Das zweite Bedenken betrifft die Frage, nach welchen Grundsätzen diese Abwägung im römischen Recht zu erfolgen hatte. Um wieder von D. 9.2.11 pr. auszugehen: Fragte Ulpian mit den Worten „*quamvis* . . .“ überhaupt nach einem vielleicht ganz geringen Fehler des Sklaven, der zwangsläufig den Anspruch hätte entfallen lassen, oder fragte er danach, ob der Sklave einen so erheblichen Fehler gemacht habe, daß man sagen müsse, er habe sich über sich selbst zu beklagen? Und wann schließlich wurde solch ein Fehler angenommen? Ulpians Stellungnahme ist aus dem Text nicht zu rekonstruieren⁴¹. Aumann hat sich generell für die erste Möglichkeit entschieden. Ich neige eher zu der zweiten. Für das Verhältnis von Vorsatz zu Fahrlässigkeit ist die Frage eindeutig zu beantworten. Dafür erkennt Aumann — als Ausnahme — an, daß die schwerere Schuld entscheidend war: Der dolose Schadenstifter haftete trotz Mitverschuldens^{41a}. Aber auch für den Fall beiderseitiger Fahrlässigkeit, scheinen mir die anderen einschlägigen Stellen zu zeigen, daß die römischen Juristen weniger Wert auf die Feststellung legten, daß dem Geschädigten ein gewisses Versehen zur Last falle, als vielmehr darauf, daß man angesichts des Fehlers des Geschädigten nicht mehr von einer Schuld des Schädigers sprechen könne⁴². Damit ist zugleich gesagt, daß ein erheblicher, die Haftung ausschließender Fehler dann angenommen wurde, wenn der Geschädigte den für den Eintritt des Unfalls wesentlichen, den überwiegenden und ausschlaggebenden Fehler gemacht hatte. Der Text von

⁴⁰ So Wolfgang KUNKEL, Exegetische Studien zur aquilischen Haftung, SZRom 49 (1929) 158 ss., hier 177—179. Nach Kunkel ist diese Stelle im justinianischen Text nur verstümmelt überliefert. Insbesondere fehlt die eigene Stellungnahme Ulpians. Kunkel hält es aber für sicher, daß Ulpian die Frage nach dem Mitverschulden angeschnitten hat (bes. p. 178 bei Note 2).

⁴¹ Cf. das Zitat von Kunkel in Note 40.

^{41a} Aumann p. 9, 17, 20. D. 9.2.9.4 (qui tamen data opera); D. 9.2.31 (quod si nullum); D. 9.2.52.1 (nisi data opera); D. 19.1.45.1 (in omnibus tamen).

⁴² D. 9.2.9.4.; D. 9.2.28.1 *si evitare periculum poterit* D. 9.2.31 *ut casus eius evitari possit*; D. 9.1.1.11; wohl auch D. 9.1.2.1. Auch das *de se queri* enthält das Moment der Vorwerfbarkeit. Eine rein kausale Deutung genügt wohl nicht, insbes. angesichts von D. 9.2.9.4 (cf. aber Buckland-Stein, Roman Law, p. 587).

D. 9.2.11 pr. bestätigt dieses Ergebnis jedenfalls für das justinianische Recht. Denn die Worte „*quamvis . . . dicatur*“ lassen die Möglichkeit offen, daß man bei einer anderen Wertung des Verhaltens des Barbiers, das seinen Fehler größer erscheinen läßt, ohne daß sich dadurch etwas an der Bedeutung der Unvorsichtigkeit des Sklaven ändert, zu einer Bejahung der Haftung gelangt. In diesem Sinne hat in der Tat Hagiotheodorita in dem von Kunkel erörterten Scholion zu Bas. 60.3.11 (Heimbach V, p. 272)⁴³ trotz des Fehlers des Sklaven den Barbier für verantwortlich erklärt, weil von ihm die größere Gefahr ausging⁴⁴. Für das Vertragsrecht kann auf D. 13.6.23 verwiesen werden. Es geht um die Verletzung des geliehenen Pferdes auf dem Stück des Weges, das für das Pferd bereits zu langer Weg ist. Der Text sagt, daß der Entleiher nur dann nicht haften sollte, wenn er ohne Schuld war. Demnach sollte er haften ohne Rücksicht auf den Fehler des Verleihers, der sein Pferd aus eigener Schuld für einen zu anstrengenden Ritt verliehen hatte, wenn er das durch den zu langen Ritt überanstrengte Pferd zusätzlich noch falsch behandelte. In diesem Fall würde also trotz eigener Schuld des geschädigten Verleihers ein Ersatzanspruch gegeben sein, weil die Schuld des Entleihers ausschlaggebend wäre⁴⁵. Schließlich wird die hier vertretene Ansicht auch dadurch gestützt, daß die Kulpakompensation „*paria delicta*“ voraussetzte⁴⁶. Die Klage wurde dem nicht versagt, der das geringere Delikt begangen hatte.

Hiermit habe ich meine Bedenken gegen Aumanns Deutung der römischen Quellen aufgezeigt. Nur nach erneuter Diskussion aller einschlägigen Quellen ließe sich die Frage abschließend beantworten⁴⁷. Ich werde das Problem hier für die weitere Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter und Neuzeit verfolgen.

⁴³ Kunkel (oben Note 40) p. 178, 179. Mit englischer Übersetzung bei Lawson p. 180 bis 183.

⁴⁴ Hagiotheodorita stellte nicht nur auf die Gefahr für den einen Sklaven ab, sondern allgemein für die öffentliche Sicherheit (Kunkel 179).

⁴⁵ Coppa-Zuccari p. 49 (oben Note 25) hat allein aus dieser Stelle seine Theorie von der Unbeachtlichkeit des Mitverschuldens im Vertragsrecht entwickelt.

⁴⁶ Aumann p. 23 Note 4.

⁴⁷ Sachlich mit demselben Ergebnis wie die Darstellung hier BUCKLAND and McNAIR, *Roman Law and Common Law*, Second Ed. by F. H. Lawson, Cambridge 1965, p. 372, 373, die für das römische Recht eine dem englischen Recht ähnliche Lösung annehmen. Für das englische Recht stehen sie aber auf dem Standpunkt, daß nicht schon jede zum Schaden nur beitragende Nachlässigkeit den Anspruch ausschließe [“much more than a contribution was required”].

§ 3 Deutsches Recht vor der Rezeption

Nach den Feststellungen Aumanns hat das deutsche Recht vor der Rezeption das Mitverschulden ebenso behandelt wie das römische Recht: eigenes mitwirkendes Verschulden schloß die Haftung vollständig aus⁴⁸. Das beigebrachte Material scheint mir jedoch zu zeigen, daß das nur galt, wenn das Verhalten des Verletzten der wesentliche Beitrag zur Entstehung des Schadens gewesen war. Das wird durch ein von Gudian behandeltes Urteil aus dem Ober-Ingelheimer Haderbuch vom 23. Febr. 1426 bestätigt. Hier wurde der Klägerin, die einen Ölkrug an einer gefährdeten Stelle aufgestellt hatte, allein die Schuld daran gegeben, daß der Beklagte den Krug beim Verlassen des Raumes unabsichtlich umgestoßen hatte⁴⁹, obwohl nach Ingelheimer Recht grundsätzlich eine objektiv schädigende Handlung (hier Umstoßen des Kruges) haftbar machte. Bei dem von Aumann aus dem Wendisch-Rügianischen Landgebrauch zitierten Fall von Halbteilung⁵⁰ wäre eine etwaige Verbindung zu der entsprechenden Stelle des mosaischen Rechts zu erwägen⁵¹. Ein Fall der Herabsetzung des Bußgeldes wegen Mitverschuldens an Stelle von völligem Versagen des Anspruchs — wie es der Theorie Aumanns entsprochen hätte — erscheint auch in der Gesetzgebung Liutprands^{51a}.

§ 4 Überleitung zum *ius commune*

Nach der Darstellung des römischen Rechts und des deutschen Rechts vor der Rezeption geht Aumann zur Lehre des Vernunftrechts über (38). Erst danach behandelt er den jüngeren *Usus modernus* in Deutschland (50). Für diese Zeit werden Lauterbach (50), Leyser (52) und Eisenbach (53) vorgestellt,

⁴⁸ p. 31—37, bes. p. 35. Die von Aumann zitierte Stelle Sachsenspiegel II 48 (p. 32) ist von den Kommentatoren des Sachsenspiegels durchaus auch als Ausdruck des Rechtsgedankens aus D. 50. 17. 203 angesehen worden. So Hieronymus Christoph MECKBACH, Anmerkungen über den Sachsen-Spiegel, Jenae s. a., doch ausweislich des Vorwortes 1764, Anm. zu Ssp. II 48, p. 528: „... der nachlässige, der das Geträide (sic!) allein im Felde stehen lassen, empfindet durch seine eigene Schuld den Schaden, welcher nicht dem Hirten, sondern dem nachlässigen zuzurechnen ist.“ Die Anlehnung an D. 50. 17. 203 und Reg. 86, VI. de Reg. Iur. (5.12) ist unverkennbar, obwohl der Germanist Meckbach diese Texte natürlich nicht zitierte.

⁴⁹ Gunter GUDIAN, Ingelheimer Recht im 15. Jahrhundert, Aalen 1968, § 19, p. 270.

⁵⁰ p. 35.

⁵¹ Cf. Lange (oben Note 15) p. 73 Note 10, p. 70 zum Auftreten dieses Grundsatzes im kanonischen Recht. Es handelt sich um folgende Stellen: 2. Moses 21, 35—36; X. 5.36.3.

^{51a} Nach Conrad (oben Note 10) I, p. 163: Liutprand c. 136.

in deren Lehren Aumann den Beginn eines neuen Verständnisses der römischen Quellen unter dem Einfluß des Vernunftrechts erkennt⁵². Das Mittelalter und den älteren *Usus modernus* behandelt Aumann nicht. In dieser Zeit sind nach seiner Feststellung die Regeln des römischen Rechts unverändert weiter angewendet worden, nach denen unter Verkennung der Eigentümlichkeit des beiderseitigen Verschuldens „jedes auch noch so geringe eigene Verschulden des Verletzten ein volles Entfallen der Haftpflicht zur Folge“⁵³ hatte.

Diese Annahme ist nicht haltbar. Meine Bedenken gegen Aumanns Deutung des römischen Rechts habe ich bereits dargelegt. Ich glaube aber auch nicht, daß die römischen Quellen im Laufe der Geschichte jemals in dem von Aumann angenommenen Sinne interpretiert worden sind. Das ergibt sich für Teilbereiche der Entwicklung schon aus den genannten Arbeiten von Lange⁵⁴ und Kaufmann⁵⁵, die sowohl die Vorstellung eines konkurrierenden Verschuldens als auch die Abwägung der verschiedenen Schwere des Verschuldens beobachtet haben. Da aber Lange und Kaufmann das mitwirkende Verschulden nur als eines von vielen dogmatischen Problemen und auch nur für einen zeitlichen und räumlichen Teilbereich behandelt haben, scheint es nicht überflüssig, auf die gesamte Entwicklung noch einmal einzugehen. Die Aufmerksamkeit soll insbesondere auf die Frage nach der Bedeutung der Schwere des beiderseitigen Verschuldens gerichtet sein, da es für die Überwindung des Prinzips „Alles oder Nichts“ nur wenige Ansatzpunkte gibt. Dabei ergibt sich folgendes:

Das *ius commune* fand als gesetzliche Grundlage zur Lösung des Problems des Mitverschuldens in den römischen Quellen die *culpae compensatio* und die Regel D. 50.17.203 vor. Beide Rechtssätze wurden einzeln oder gemeinsam als Entscheidungsgrundlage angeführt. Die überwiegende Bedeutung hatte die Regel des Pomponius. Außerdem diente oft ohne Nennung oder neben den genannten Grundsätzen das Fragment D. 9.2.11 pr. als Grundlage für die Entscheidung eines Falles von Mitverschulden.

Die Frage nach der größeren oder kleineren Mitschuld wurde von den Legisten nur insofern behandelt, als man von dem Übergewicht des *dolus* über die *culpa* ausging. Ich habe keinen Beleg dafür gefunden, daß an irgendeiner Stelle einmal ausdrücklich die Ansicht vertreten wurde, daß jedes geringe Mitverschulden den Anspruch ausschließe. Aber auch für das

⁵² p. 50, 54, 55, 57, 58.

⁵³ p. 50; cf. auch p. 38.

⁵⁴ Oben Note 15. Bei Lange p. 71—73.

⁵⁵ Oben Note 16. Bei Kaufmann p. 77—79, insbes. Noten 33—35.

Gegenteil finden sich in den Schriften der Glossatoren und Konsiliatoren keine ausdrücklichen Stellungnahmen, obwohl die Benützung der Figur der Kulpakompensation für das Bestehen einer solchen Überzeugung spricht. Eine Theorie, die die unterschiedliche Bedeutung der beiderseitigen Tatbeiträge berücksichtigte, hat jedoch das kanonische Recht entwickelt. In der kanonistischen Literatur finden sich auch bereits Anklänge an die Ansicht, daß die größere Schuld maßgebend sei. Der ältere *Usus modernus* übernahm zunächst die Lehren der Glossatoren und Konsiliatoren. Im Laufe der Zeit bildete sich jedoch dann in Anlehnung an die Theorie von der Kompensation gleichen Verschuldens, an die Regel vom Übergewicht des *dolus* aus D. 9.2.9.4, an D. 9.2.11 pr. und an Fälle von Provokation und Notwehr-exzess eine Theorie aus, nach welcher der Schadensersatzanspruch nur bei gleichem oder überwiegendem Eigenverschulden entfiel. Auf diesem Standpunkt stand wohl die Mehrzahl der Juristen des europäischen *Usus modernus* des 18. Jahrhunderts. Diese Feststellung kann sich weniger auf die oft indifferenten Stellungnahmen in der theoretischen Literatur stützen als vielmehr auf Urteile und Gutachten. Letztere ließen sich ohne Rücksicht auf ihre theoretischen Ausführungen daraufhin untersuchen, ob sie bei einer Verneinung des Anspruchs von einer nur geringen oder der überwiegenden Mitschuld ausgingen, oder ob sie trotz Vorliegen eines gewissen Mitverschuldens zu einer Bejahung des Anspruchs gelangten. Als besten Beleg für die Richtigkeit meiner These habe ich dabei die Urteile und Konsilien angesehen, die trotz Annahme eines gewissen Mitverschuldens dem Geschädigten einen Ersatzanspruch zuerkannten.

§ 5 Glossatoren

Nach Lange hat bereits die Glosse die Regel 203 aus D. 50.17 so verstanden, als besage sie, eigenes Verschulden hebe fremdes auf⁵⁶. Für diese Behandlung des Mitverschuldens durch die Glosse ist zusätzlich der von Lange nicht erwähnte Gedanke der Kulpakompensation von Bedeutung. Das ergibt sich aus

Gl. quia non debuit ad D. 9.2.9.4: ergo culpa culpa dissolutura ut infra de compen. si ambo. et infra so. ma. viro. Ioan.

Beide Gedanken setzen die Erkenntnis voraus, daß bei beiden Parteien gleicherweise ein Verschulden vorliegen kann. Diese Vorstellung haben

⁵⁶ p. 72 und die Zitate in Note 5.

somit nicht Lauterbach und Eisenbach als erste gehabt⁵⁷. Mit der *compensatio culpa* haben die Glossatoren zudem den übergeordneten Begriff für das Mitverschulden gefunden, der nach Aumann⁵⁸ zuerst bei Eisenbach erscheint. Er wurde nicht nur bei der Kompensation von gegenseitigen Beleidigungen oder Ehebruch (D. 24.3.39) angewendet, sondern auch bei Fällen von Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB. Dabei vertraten auch schon die Glossatoren die Ansicht, daß der vorsätzliche Schädiger durch eine Fahrlässigkeit des Verletzten nicht entlastet werde⁵⁹:

Gl. tenebitur ad D. 9.2.9.4: Quia dolus praeponderat. Azo. Et sic non, quod hoc casu solus dolus venit in Aquil. non culpa ut . . . Et est ratio ut dixi, quia culpa culpam abolet, sed non dolum.

Aber nicht nur im Verhältnis von Vorsatz zu Fahrlässigkeit, sondern ganz allgemein wurde die Kulpakompensation nur innerhalb gleicher Verschuldensgrade für möglich gehalten⁶⁰. Auch ohne ausdrückliches Zeugnis dafür ist anzunehmen, daß dies auch galt, wenn die Kulpakompensation auf Fälle von Mitverschulden angewendet wurde. Damit würde aber schon für die Glosse feststehen, daß nicht ein geringeres Mitverschulden zur Kompensation und somit zum Verlust des Schadensersatzanspruchs führte. Eine Ausnahme von der generellen Regel der Kompensation nur bei gleichen Verschuldensgraden mußte allerdings für das Gebiet des Mitverschuldens bei überwiegender Schuld des Geschädigten anerkannt werden, welche sicher zum Verlust des Anspruchs führte. Dazu findet sich jedoch in der Glosse noch keine Stellungnahme.

Hier ist auch zu erwähnen, daß — soweit ersichtlich — die Anwendung der Kulpakompensation auf Fälle von Mitverschulden zu keiner Zeit zu der Annahme geführt hat, das selbstschädigende Verhalten des Verletzten müsse „culpa“ im technischen Sinne sein, ein Eingriff in fremde Rechte. Auch der im Laufe der Geschichte beginnend mit Hagiotheodorita bis zu Hedemann⁶¹ wohl am meisten diskutierte Fall D. 9.2.11 pr. wurde von den Glossatoren erörtert. Johannes Bassianus suchte eine Erklärung dafür, warum der Sklave sich über sich selbst beklagen müsse: weil er sich wissentlich in Ge-

⁵⁷ Aumann p. 51 und 57.

⁵⁸ p. 56, 57. Auf p. 29 hatte Aumann übrigens mit D. 18.1.57.3 eine Stelle genannt, in der ausnahmsweise die *compensatio* auf einen Fall von Mitverschulden im modernen Sinne angewendet wurde.

⁵⁹ Auch das findet Aumann (57) zuerst bei Eisenbach.

⁶⁰ Gl. *dolo compensando* ad D. 2.10.3.3.

⁶¹ Oben bei Note 43, zu Hagiotheodorita. Hedemann (cf. oben Note 25) p. 102.

fahr begeben hat. Demnach kann der Vorwurf nicht erhoben werden, wenn der Sklave blind oder ortsfremd war. Diese Ansicht wurde von Azo⁶² und Accursius übernommen:

Gl. queri debere ad D. 9.2.11 pr.

cum ipse hoc scivit, non ita si ignoravit, caecus forte vel peregrinus. Io. Nota etiam hic quod imputatur ei, qui se posuit in periculum, ut infra (D. 13.6.23).

Für den Fall der Blindheit sollte danach wohl der Barbier haften. Dessen Schuld wurde also nicht übersehen. Sie hatte lediglich keine Bedeutung gegenüber der Schuld des „wissenden“ Sklaven. Die Frage, ob letztere als schwerwiegender angesehen wurde, ist nicht ausdrücklich beantwortet. Die bejahende Antwort ergibt sich jedoch meiner Ansicht nach aus dem Zusammenhang.

§ 6 Konsiliatoren

Nach Lange⁶³ haben die Konsiliatoren die Doktrin des Mitverschuldens nicht weiter entwickelt. Es lohnt sich jedoch, folgendes zu erwähnen: In den Consilien von Marianus (des Älteren) und Bartholomaeus Socinus⁶⁴ findet sich eine Stelle, an der das Fehlen der Schuld des Geschädigten zur Voraussetzung seines Schadensersatzanspruchs erklärt wird. Im gleichen Textzusammenhang, aber eigentlich schon in anderer sachlicher Verbindung, ist von *culpa admixta* die Rede. Von da aus ist dieser Begriff in einer Kette von Zitaten im Zusammenhang mit der Regel D. 50.17.203 oder der entsprechenden Regel aus dem *Liber Sextus*⁶⁵ und der Kulpakompensation bis in das 18. Jahrhundert nachweisbar⁶⁶. Die Verwendung dieses Terminus zeigt, daß man auch bei Anwendung der Stelle aus den *Regulae Iuris* nicht

⁶² Azo, Apparatus maior ad Dig. vet. zu „queri debere“ in D. 9.2.11 pr. [Stockholm Kungliga Biblioteket B 680].

⁶³ p. 73.

⁶⁴ Consiliorum seu potius responsorum Mariani SOCINI ac Bartholomaei filii Senensiur Volumen secundum, Francisci Pepii solitis appendicibus ornatum, et Hieronymi Magii . . . Venetiis 1571, Cons. 156 nr. 21 fol. 9 r. (Nicht bei Savigny VI 353).

⁶⁵ Dazu unten bei Note 83.

⁶⁶ Aymon CRAVETTA, Consiliorum sive Responsorum Aymonis Cravettae Primus et Secundus Tomus, Venetiis 1568, Cons. 119 nr. 11 fol. 105 v. Martio VENTURINI, Decisiones Rotae Florentinae, Florentiae 1709, Decis. 45 nr. 19. Johann STUCK, Consiliorum sive Responsorum . . . Volumen, Francofurti ad Moenum 1666.

übersah, daß es sich um ein Problem des beiderseitigen Verschuldens handelte. Aus der gleichen Vorstellung heraus ist der ebenfalls viel verwendete Begriff der *culpa communis* entstanden⁶⁷.

§ 7 Kanonisches Recht

Im kanonischen Recht finden sich zum ersten Mal Texte, die ganz deutlich Ausdruck der Vorstellung sind, daß nicht schon ein ganz geringes, sondern nur das überwiegende Mitverschulden (oder Mitverursachung) die Verantwortlichkeit des Schädigers aufhob.

In den Dekretalen erscheint eine Reihe von Fällen, in denen der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und dem eingetretenen Schaden durch das Hinzutreten des Verschuldens anderer einschließlich des Verletzten selbst unbeachtlich gemacht wurde⁶⁸. Diese Fälle waren die Grundlage der Kausallehre der Kanonisten, nach der nur die *causa proxima* oder *propinqua* im Gegensatz zur *causa remota* verantwortlich machte⁶⁹. Mit Hilfe dieser Theorie konnten auch Fälle des Mitverschuldens — gesehen als Mitverursachung — gelöst werden, indem man nämlich feststellte, ob Schädiger oder Geschädigter die *causa proxima* gesetzt hatten⁷⁰. Ein geringer Fehler des Verletzten begründete nur eine unbeachtliche *causa remota*. Allerdings machte bei bösem Willen auch die *causa remota* verantwortlich⁷¹.

⁶⁷ CYRIACUS, Franciscus Niger: *Controversiarum forensium* lib. 1—4, Venetiis 1664 bis 67, Vol. 1, Controv. 197 n. 21 ss.

⁶⁸ Das Material der folgenden Darstellung ist entnommen: Stephan KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano 1935, p. 193 ss.

⁶⁹ Kuttner p. 195, 196, 190. Emilio BUSSI, *La formazione dei dogmi*, Padova 1937, p. 204. Zur Herkunft dieser Theorie aus der Philosophie: Lange, *Schadensersatz* p. 163 und Feenstra SZRom 73 (1956) 472 s.

⁷⁰ Cf. den Fall des Diebes bei Kuttner p. 194, weiter p. 242.

⁷¹ Kuttner p. 198. Dieser letztere Gedanke zeigt — was für die ganze hier behandelte Zeit gilt —, daß man Verursachung und Schuld nicht trennte. Die Begriffe wurden alternativ zur Kennzeichnung des verantwortlich machenden Verhaltens verwendet. Ich verwende deshalb in Zweifelsfällen den Begriff „Verantwortlichkeit“ (vgl. RGZ 164, 264 [269]). Ein gutes Beispiel für die mangelnde Unterscheidung von *causa* und *culpa* bietet ein zumindest typischer Druckfehler in der Glossenausgabe Lugduni 1627. Dort lautet die Regel D. 50.17.203: *Quod quis ex sua causa . . .* Der dogmatische Fortschritt der Lehre vom Mitverschulden könnte durch diese Vertauschbarkeit der Begriffe insofern aufgehalten worden sein, als es beim Abstellen auf die Verursachung eigentlich nur Bejahung oder Verneinung gab (alles oder nichts), während die Anerkennung verschiedener Schuldgrade auch zu einer Quotelung des Schadensersatzes führen konnte, wie sie es schließlich bei Wolff auch tat. So ist wohl auch die Bemerkung von Kaufmann p. 79 zu verstehen

Zwei weitere Dekretalen Alexanders III.⁷² müßten ebenso wie der Fall des Barbiers aus den Digesten aus heutiger Sicht unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens erörtert werden. In dem ersten Fall machten Kleriker ein Geschicklichkeitsspiel, bei dem der Sieger auf dem Rücken des Besiegten reiten durfte. Bei einer Runde siegte ein mitspielender Laie. Der sprang ungeschickt auf den Rücken des Klerikers und verletzte sich tödlich an der Sichel, die letzterer umgebunden hatte:

X. 5.12.8: . . . Quidam autem laicus . . . incautus in eum equitaturus insiliit, et sic a falce illius diaconi, . . . mortale vulnus accepit.

Trotz der Unvorsichtigkeit des Laien (*incautus*) wurde der Diakon für verantwortlich erklärt und degradiert. Dies ist die erste Stelle der oben erwähnten Art⁷³, in denen trotz Mitverschuldens der Schädiger für verantwortlich erklärt wurde, weil das Mitverschulden geringer war als die Schuld des Verletzers. Die Dekretalisten erörtern die Stelle allerdings nicht unter diesem Gesichtspunkt⁷⁴. Sie steuerten direkt auf die Frage der Schuld des Diakons zu⁷⁵. Dies ist eine in den untersuchten Fällen sehr häufig anzutreffende Erscheinung. Der Grund dafür ist das Fehlen einer Teillösung für Fälle des Mitverschuldens in der gesamten behandelten Zeit vom römischen Recht bis zum Abschluß des *Usus modernus*. Da in dieser Zeit die Juristen nur zu einem Entweder-Oder kommen konnten, neigten sie dazu, der Seite, die ihrer Meinung nach die größere Schuld trug, nun auch gleich die Alleinschuld beizumessen. Die Schuld des Geschädigten wurde jedoch nicht übersehen, wie in vorliegendem Fall das Wort „*incautus*“ zeigt. Das gleiche Bild zeigt eine Bemerkung der *Summa Bambergensis*⁷⁶ zum Dekret aus Anlaß des Falles aus D. 9.2.11 pr.⁷⁷. Die Summe erklärt, der Barbier sei „*ratione loci*“ schuldig⁷⁸. Das in den Digesten erörterte Verschulden des Sklaven wird nicht erwähnt, wohl weil es geringer und somit unbeachtlich war.

Der zweite von Kuttner genannte Fall⁷⁹ bestätigt das gewonnene Ergebnis. Hier wurde wegen der ausschlaggebenden Schuld des Getöteten die Ver-

⁷² Kuttner p. 241, 242. Es handelt sich um: X. 5.12.8 und X. 5.12.9.

⁷³ Cf. oben p. 198.

⁷⁴ So nach dem Bericht Kuttners p. 241.

⁷⁵ Kuttner p. 241 Note 2.

⁷⁶ Zitiert nach Kuttner p. 226 und Note 3.

⁷⁷ Sum. Bamb. ad c. 50, D. 50: nam iste in culpa est non ratione operis aut modi agendi, set (sic!) quia illud opus exercuit, ubi non debebat exercere, D. ad leg. Aquil. Item Mela. (Nach Kuttner p. 226 Note 3).

⁷⁸ Cf. Hagiotheodorita oben bei Note 43.

⁷⁹ X. 5.12.9 (nach Kuttner p. 242).

antwortlichkeit des Verletzers verneint⁸⁰. Abweichend davon sprach allerdings die *Summa Bambergensis* einem Beschuldigten die Würdigkeit zur Ordination ohne Rücksicht auf die Höhe der beiderseitigen Schuld ab:

Sum. Bamb. ad D. 50 c. 50⁸¹:

... at quantum promotionem nunquam dicerem quod culpa compensanda sit culpe. nam et si ille, qui occisus est, fuerit in culpa, et alius fecit homicidium, similiter, etiam forte in minori, numquam deinceps poterit promoveri, extra, de homic. Continebatur.

Immerhin ergibt diese Stelle, daß eben nicht jedes Mitverschulden den Täter entlastete: hier nicht einmal das überwiegende. Ihre besondere Bedeutung liegt aber darin, daß hier zum ersten Male ausdrücklich die Frage nach dem größeren oder geringeren Umfang des Verschuldens, nach der *minor culpa* gestellt wurde⁸².

Das kanonische Recht hat jedoch diese Ansätze nicht ausgebaut. In seiner weiteren Entwicklung hat es üblicherweise die Frage des Mitverschuldens mit Hilfe der Regel aus D. 50.17.203 gelöst, die in veränderter Form als Regel 86 in die Regelsammlung des *Liber Sextus* aufgenommen worden war⁸³:

VI. 5.12.86

Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare⁸⁴.

Wie bereits die *Glossa ordinaria* zu dieser Stelle zeigt⁸⁵, wurde sie ebenso wie die entsprechende Regel aus den Digesten auf eine große Anzahl verschiedener Fallgestaltungen angewendet, die weit über das hinausgingen, was heute dem Problembereich des Mitverschuldens zugerechnet wird⁸⁶. Eine

⁸⁰ Cf. die Zitate bei Kuttner p. 242 und Noten 1—4 dort.

⁸¹ Zitiert nach Kuttner p. 242 Note 2 in fine.

⁸² Cf. Aumann p. 55 bei Note 7, wo dies für Pufendorf und Eisenbach in Anspruch genommen wird.

⁸³ Cf. Lange p. 72. Allgemein zu dem Zusammenhang dieser Regelsammlungen: Peter STEIN, *Regulae Iuris*, Edinburgh 1966, p. 148 s.

⁸⁴ Der Ausdruck *sibi imputare* erscheint auch schon in den Digesten. Er ist nach Medicus, *Id quod interest*, p. 324 bes. bei Note 16 (cf. oben Note 30), ein Lieblingsausdruck Ulpianus gewesen und offensichtlich mit dem *de se queri* verwandt.

⁸⁵ Ed. Lugduni 1554. Vor Gl. *damnum* ad VI. 5.12.86 heißt es dort: Gloss. seq. dicit unde sumpta: et tota instat in exemplis.

⁸⁶ Ich will mich hier aber auf das beschränken, was dem modernen Begriff des Mitverschuldens zuzurechnen ist. Zur Berechtigung einer solchen Beschränkung Feenstra SZRom 73 (1956) 462, Text bei Note 4.

Zu dem weiteren Anwendungsbereich der Regel auch Aumann p. 55. Beispiele dafür bieten alle von Stein (oben Note 83) genannten Kommentare zu den Titeln de Regulis Iuris

theoretische Fortbildung der Lehre vom Mitverschulden auf der Grundlage der genannten Regel ist in der späteren Entwicklung des kanonischen Rechts nicht erfolgt.

§ 8 Alterer *Usus modernus*

Der ältere *Usus modernus* übernahm die Lehren der Glossatoren und Konsiliatoren. Das bedeutet, daß die Mehrzahl der Juristen die Kulpakompensation, die Regel D. 50.17.203 und das Fragment D. 9.2.11 pr. ohne nähere Erläuterungen über das Ausmaß der beiderseitigen Schuld anwenden. Die Darstellungen lassen oft den Schluß zu, der Autor sei von einer Ausschlußwirkung schon eines ganz geringen Verschuldens ausgegangen. Eine ausdrückliche Äußerung dafür habe ich jedoch nicht gefunden. Auch ist es, wie bereits gezeigt, unwahrscheinlich, daß diese Ansicht bei Anwendung der Kulpakompensation bestanden hat. Dieser Standpunkt läßt sich als die traditionelle Lehre des älteren gemeinen Rechts bezeichnen⁸⁷.

Von den italienischen Juristen nenne ich als Beispiele dafür Cravetta⁸⁸ und Venturini⁸⁹:

Cravetta, Cons. 119 n. 10, 11

Praesupposito igitur quod defunctus fuerit in culpa incipiendo rixam, dico quod vulnerans non tenetur pro aliquo damno quia damnificans non tenetur quando damnum habet admixtam culpam damnificati.

Venturini, Decis. 45 n. 19

... et nemo potest cuidam dolum vel culpam imputare, cui ipse causam dedit, ... et damnificans non tenetur de damno quando damnum habet admixtam culpam damnificati.

Für Spanien soll die Erwähnung des Kommentars über den Digestentitel *Ad Legem Aquiliam* (9.2.) von Joannes Suarez de Mendoza⁹⁰ genügen. Die

in Digesten und Liber Sextus. Weiter könnte man nennen: Petrus FABER, *Ad Tit. de Diversis Regulis Iuris antiqui Commentarius*, Coloniae Allobrogum 1618. Johann Jacob WISENBACH, *In Extremum Pandectarum Titulum, De diversis regulis iuris antiqui Exercitationes cathedrae*, Franekerae 1651, p. 739. SANDE (unten Note 93).

⁸⁷ Cf. Aumann p. 50.

⁸⁸ Aymon CRAVETTA, cf. oben Note 66.

⁸⁹ Martio VENTURINI, cf. oben Note 66.

⁹⁰ Joannes SUAREZ DE MENDOZA, *Commentarii ad legem Aquiliam apparatus*, Salamanticae 1640. Dann in: Gerhard MEERMANN, *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Secundus*, Hagae-Comitum 1751, p. 1—260. Hier Cap. II Sectio VII. Suarez war ab 1632 *Professor publicus iuris Caesarum* in Salamanca. Meermann sagt im Vorwort zu Tom. II seines Thesaurus, daß S. nach der Methode des Cuiacius lehrte.

Bedeutung dieser Arbeit wird durch ihren Abdruck in Meermanns Thesaurus unterstrichen. Bei der Erörterung des schon oft erwähnten Barbierfalles stellte Suarez fest, Ulpian habe zunächst gesagt, man müsse dem Barbier einen Schuldvorwurf machen. Mit dem „de se queri debere“ habe Ulpian dieses Urteil nur scheinbar zurückgenommen. Er habe vielmehr sagen wollen: Den Barbier trifft auf jeden Fall eine Schuld. Seine Haftung entfällt jedoch, wenn dem Sklaven auch ein Verschulden entgegengehalten werden kann:

Cap. II Sectio VII n. 20

Sed aliter capiendus est Ulpianus, cujus mens ea esse videtur; ut quoties est, quod imputetur servo, quod periculo se commisit, tonsor non tenetur Lege Aquilia, . . . Sin autem nullam fuisse servi imprudentiam apparuerit, totaque culpa tonsori imputetur: eo casu dicendum est, solum tonsorem teneri Lege Aquilia: veluti si servus peregrinus, atque advena sit, ut ignoret loci consuetudinem; et locum ubi solitum est ludere: vel si caecus sit.

Die Anlehnung an Gl. *queri debere ad D. 9.2.11 pr.*⁹¹ ist offensichtlich. Donellus⁹² steht hier für die französischen Humanisten:

Com. ad Tit. D. ad Legem Aquiliam, Cap. 1 n. 9

Altera defensio est, si in eo, qui laesus est, culpa sit, cur laesus sit: idest, si periculum vitare potuit, neque fecit: quae definitio recte colligitur ex *L. qui foveas, in fn. d. L. si putator*. Huc pertinet regula juris: Qui sua culpa damnus sentit, sentire non videtur. — In hoc genere est is cui denunciatum est tempestive ita, ut casum vitare posset: veluti si regula dejecta sit; es is qui dejecit, tempestive proclamaverit, ut casus vitari posset *L. si putator, § 1 eod.* In hoc genere est praeterea, qui in aliquo loco scivit rem consuetam et licitam fieri, eamque periculosam; idque cum sciret in eum locum venit temere. Si laesus est, culpa eius est, qui cavere potuerit; qui laesit, non tenebitur. Talis est, qui hominibus in campo jaculatorio jaculantibus intempestive eo venit: qui eum laesit non tenebitur, *L. 9 in fn. D. hoc tit.* Talis est, qui in eum locum venit, ubi foveae factae essent, . . . — Talis est quoque, qui tonsori in loco publico tondenti se commisit, si forte tonsor a praetereuntibus impulsus eum laeserit. *L. 11 in pr. eod.*

Aus dem Bereich der Niederlande zitiere ich Sande⁹³:

⁹¹ Oben p. 200.

⁹² Hugo DONELLUS, Commentarius ad Titulum Digestorum ad Legem Aquiliam, in: Hugonis Donelli Opera Omnia Tomus Decimus, Maceratae 1832.

⁹³ Johan de SANDE, Ad titulum Digestorum de diversis regulis iuris antiqui commentarius, Leovardiae 1647.

Com. ad D. 50.17.203

... is non intelligatur damnum sentire, qui damno sua culpa aut negligentia causam vel occasionem dedit, itaque is agere non potest, ut ei damnum ab alio in totum, vel ex parte sarciatur⁹⁴.

Die Reihe der deutschen Autoren beginnt mit Zasius⁹⁵:

Zasius ad D. 9.2. n. 11

Hoc tamen meminisse conveniet, quod si ex utraque parte culpa interveniet, cessare actionem: ut si per campum iaculatorium ...

Belege für diese Lehre enthält auch die Rechtsprechung des Reichskammergerichts⁹⁶. Ausführungen der gleichen Art finden sich bis zum Ende des *Usus modernus* in vielen Lehrbüchern, Kommentaren und Entscheidungssammlungen^{96a}.

§ 9 Jüngerer *Usus modernus*: Die Theorie der *maior culpa*

Seit Beginn des 17. Jahrhunderts etwa entwickelte sich die im *Usus modernus* weit verbreitete und schließlich herrschende Lehre von der Maßgeblichkeit der größeren Schuld (*culpa maior*). Neben ihrer großen Bedeutung in der theoretischen Literatur lag diese Lehre — auch wenn das oft nicht ausdrücklich hervorgehoben wurde — den meisten Gerichtsentscheidungen und Gutachten zugrunde.

Schon in der *Summa Bambergensis* war erwogen worden, daß für die Verantwortlichkeit des Schädigers der Umfang des Mitverschuldens bedeut-

⁹⁴ Wie insbesondere die Worte „*vel ex parte*“ zeigen, lehnte sich Sande hier an den oben Note 86 erwähnten Kommentar von Faber an. Dies sind die beiden ersten Hinweise darauf, daß man wenigstens an die Möglichkeit einer Verminderung der Schadensersatzleistung dachte, die das Prinzip des „Alles oder Nichts“ überwunden hätte.

⁹⁵ ZASIUS, *Opera Omnia*, Francofurti ad Moenum 1590, Vol. 1, Com. ad D. 9.2. n. 11 (nach Kaufmann p. 78 bei Note 31).

⁹⁶ ADRIANUS GILMANNUS, *Decisionum sive rerum in Camera Imperiali iudicatarum libri duo, plane novi et hactenus non visi, collecti et concinnati è nobilissimorum IC Andreae Geillii (sic!) et D. Meissneri, Camerae Assessorum lucubrationibus. Prodeunt opera Adriani Gilmanni IC Germaniae, Liber I—II*, Francofurti 1602—1603. Buch 1, Decis. 5, n. 75: *Nam iuris regula est, quod is qui ex sua culpa sentit damnum nullum intelligatur damnum sentire. I. quod quis. de reg. Iuris. Buch 2. Decis. 41, n. 50: Propterea quando quis ex sua culpa. . I. quod quis ex culpa sua. ff. de regulis iuris. c. damnum eod. tit. in 6.*

^{96a} Belege bei Kaufmann p. 78 Note 32. Außerdem cf. aus den *Consilia Tubingensia* (unten Note 109): I, 12, 88; I, 70, 12; I, 98, 15; II, 66, 15; II, 89, 11; III, 204, 26; III, 205, 36; V, 1, 39.

sam sein könne⁹⁷. Wie gezeigt, ist weiter die Überzeugung, daß es d a r a u f ankomme, mit der Figur der Kulpakompensation verknüpft. In den Ausführungen zur Kulpakompensation von Sebastianus Medicus⁹⁸, Celsus Bargalius⁹⁹ und Johannes Zanger¹⁰⁰ wurde ausführlich die alte Lehre erörtert, daß eine Kompensation nur bei gleichen Verschuldensgraden stattfinden könne. Eine Anwendung dieser Regel auf Fälle von Mitverschulden findet sich in deren Werken aber noch nicht¹⁰¹.

Darauf abzielende Erwägungen stellte zuerst Antoine Faber (1557-1624)¹⁰² an. Faber ging wie üblich von der *culpa compensationis* in Verbindung mit dem Gedanken von VI. 5.12.86 aus:

Rationalia ad Pand. 9.2.9.4, Ratio dubitandi zum Halbsatz „Qui tamen data opera“:

Non potest actio legis Aquiliae ei competere, cui propria culpa imputari potest, licet enim culpa aliqua sit eius qui convenitur, ut pares culpa mutua compensatione tollantur, quomodo de delictis scriptum est in l. viro 39. solut. matrim. (D. 24.3).

In der *Decisio* dazu wird dann klargestellt, daß eine Kompensation nicht in Frage kommt, weil die Schuld des Werfenden größer war:

Dec. Gravior culpa est eius qui data opera iaculatus est . . . — Itaque non tam haec culpa est, quam dolus, qui non potest compensari cum nuda culpa
 . . .

Faber lehnte demnach nicht nur bei Vorsatz, sondern generell bei überwiegendem Verschulden des Schädigers, welches dem Vorsatz gleichgestellt werden konnte eine Kulpakompensation und damit den Wegfall des Anspruchs für den Geschädigten ab. Auch der gegenteilige Fall — überwiegendes Verschulden des Geschädigten — wurde von Faber behandelt. Die Anwendung der Grundregel der Kompensation lediglich bei gleicher Schuld würde hier zum Ausschluß der Kompensation und demnach zur Bejahung

⁹⁷ Oben Text bei Note 82.

⁹⁸ Sebastianus MEDICUS, Tractatus de compensationibus, pars I, quaestio 35 ss., in: Tractatus universi iuris, Venetiis 1584, Tom. VI, Pars II, fol. 258 r.

⁹⁹ Celsus BARGALIUS, Tractatus de dolo, Hanoviae 1604, Liber VI, Regula 15, insbes. n. 61 ss.

¹⁰⁰ Joannes ZANGER, Tractatus de Exceptionibus, Francofurti ad Moenum 1698, pars 3, cap. 6, n. 27. Die in Noten 98—100 genannten Autoren sind von dem unten zu behandelnden Eisenbach für diese Lehre zitiert worden.

¹⁰¹ Cf. oben p. 199.

¹⁰² Antonii FABRI Rationalia in secundam Partem Pandectarum, Coloniae Allobrogum 1626, ad D. 9.2.9.4, p. 861.

des Anspruchs geführt haben. Für diesen Fall verließ jedoch Faber die starre Regel und verneinte ohne Erwähnung der Kompensation einen Anspruch, weil den Sklaven, der zur Unzeit über das Übungsfeld gegangen war, die größere Schuld traf:

Ratio dubitandi zu „Sed cum alii“ in D. 9.2.9.4:

... Potestque imputari ei qui iaculatus est in campo etiam iaculatorio, per quem videt alium transeuntem, ... Dec. Imputari magis potest ei qui per campum iaculatorium intempestive iter fecit, debuit enim ille prior periculum praevidere, nec periculi metu iaculantes a lusu detertere, ...

Dies ist die erste Darstellung der hier sogenannten *maior culpa*-Lehre, nach der ein geringes Mitverschulden unbeachtlich war, gleiches oder überwiegendes Mitverschulden aber einen Schadensersatzanspruch — und zwar ganz — ausschloß. Jedoch ist einschränkend zu bemerken, daß Faber hier nicht wie z. B. der eben behandelte Donellus seine Ausführungen ausdrücklich unter das Stichwort Berücksichtigung des Mitverschuldens gestellt hat.

1. Deutschland

Später löste auch Besold¹⁰³ das Problem mit Hilfe der Kulpakompensation. Anders als Faber hatte er aber offensichtlich kein Bedenken, abweichend von der allgemeinen Regel die Kompensation auch bei verschiedenen Verschuldensgraden dann zuzulassen, wenn das größere Verschulden auf der Seite des Geschädigten lag, sodaß die größere Schuld des Verletzten die geringere des Verletzers kompensierte, nicht aber umgekehrt:

Consilia Vol. VI, cons. 290 n. 43, 44:

Unnd abermal gesetzt, es solte einige Culpa dem Reo imputirt werden: so ist doch der Entleibte als provocans in majori culpa. Itaque culpa cum culpa et delictum cum delicto compensandum.

Nachdem diese notwendige Modifikation einmal in die Theorie der Kompensation gleichartiger Delikte aufgenommen worden war, bestand keine Schwierigkeit mehr bei der Lösung der Fälle von Mitverschulden unter Berücksichtigung des verschiedenen Ausmaßes der Schuld auf beiden Seiten.

Besold versagte also an der genannten Stelle demjenigen, der einen Streit provoziert hatte, den Schadensersatzanspruch, weil er dessen Schuld als überwiegend ansah, und nicht schon weil den Provokateur ein gewisses,

¹⁰³ Christophorus BESOLD, Consiliorum Tubingensium ... Volumina VI., Tubingae 1661, Pars VI, Cons. 290, n. 43, 44, p. 183.

vielleicht geringes Mitverschulden traf. Betrachten wir von dieser Erkenntnis aus den oben¹⁰⁴ zitierten Satz Cravettas im Zusammenhang des ganzen Gutachtens, so wird deutlich, daß auch für Cravetta die *culpa admixta* des Geschädigten nicht irgendein Versehen war, sondern die größere Schuld. Das gleiche gilt für eine große Anzahl von ähnlichen Provokationsfällen, die die größte Gruppe von Fällen bilden, in denen das Kriterium der *maior culpa* verwendet wurde. Meistens wurde das in die Frage nach dem *auctor rixae* gekleidet. Ein Teil dieser Fälle wäre möglicherweise vom Standpunkt des modernen Rechts aus mit Hilfe der Vorschriften über das Notwehrrecht zu lösen. Obwohl hier nun vom modernen Begriff des Mitverschuldens ausgegangen wurde, habe ich keine Bedenken, auch diese Fälle zu erwähnen, weil auch heute noch die Grenzen zwischen einer Provokation, einem Reizen mit Worten und Tätlichkeiten, die eine Mitschuld begründen können, und einem zur Notwehr berechtigenden Angriff fließend sind^{105, 106}.

Die Rechtsausführungen der einschlägigen Urteile und Gutachten enthalten oft nur die traditionellen Formeln. Deswegen hat Kaufmann¹⁰⁷ einige Fälle mit Zurückhaltung als Ausdruck der älteren Lehre gewertet, die das Maß der beiderseitigen Beteiligung nicht ausdrücklich abwägte. Ausgehend von dem, was oben bei der Erwähnung von Besold ausgeführt worden ist, läßt sich jedoch zeigen, daß alle hierher gehörenden Entscheidungen die Überzeugung zur Grundlage haben, daß derjenige, der eine Auseinandersetzung provoziert hatte, wegen einer dabei erlittenen Verletzung keinen Schadensersatzanspruch hatte, weil er der maßgeblich Schuldige war, und nicht nur, weil er in gewissem Umfange mitschuldig war.

In diesem Sinne heißt es bei Carpzov¹⁰⁸:

Def. 4.10.4: . . . nempe quod provocans huic damno ipsemet causam dederit, adeoque sibi id imputare debeat.

Ein Tübinger *Consilium*¹⁰⁹ behandelt einen Fall, in dem der nächtliche Dieb vom Beklagten erschossen worden war. Die Fakultät verneinte einen

¹⁰⁴ Oben Note 88.

¹⁰⁵ u. ¹⁰⁶ Staudinger Nr. 47 zu § 254 BGB.

¹⁰⁷ KAUFMANN p. 78 Note 32. Von den dort genannten Fällen sind hier gemeint das Tübinger *Consilium* und das *Responsum* von Hertius. Zu den Fällen von Rittershusius und Struben wird weiter unten Stellung genommen werden (Noten 115, 121). Auch sie werden hier als Ausdruck der Doktrin von der *maior culpa* angesehen. Bez. Lauterbach und Müller ist Kaufmann zuzustimmen.

¹⁰⁸ Benedict CARPZOV, *Jurisprudentia forensis Romano-saxonica*, Lipsiae 1694.

¹⁰⁹ *Inclytæ Facultatis iuridicæ Tubingensis . . . consilia et responsa*, Vol. 1—7, Tubingae, Francofurti et Giessae 1731—1737, Vol. 5, Cons. 78, p. 755. Dazu Kaufmann 78 Note 32.

Schadensersatzanspruch der Hinterbliebenen. Der angezogene Rechtssatz lautet im Sinne der herkömmlichen Lehre:

Nr. 35

Ubi vero culpa patientis concurrat, Actio l. Aquiliae . . . locum haud invenit.

Der entscheidende Satz der Begründung zeigt jedoch, daß eine Haftung deswegen abgelehnt wurde, weil das Verschulden des Getöteten als überwiegend angesehen wurde:

Nr. 34

. . . massen der Sauter durch seine Dieberei zu dem Unglück Anlaß und Ursache gegeben . . .

Ebenso ist ein bei Hertius abgedrucktes *Responsum* zu verstehen¹¹⁰. Der Anspruch wurde hier nicht verneint, weil der Getötete nicht ganz unschuldig war, sondern weil er der Urheber des Streites war:

n. 4, 5 . . . des Entleibten Wittib aber und Kinder können nicht praetendieren, weil ex actis erhellet, daß der entleibte Fischer autor rixae gewesen, actio autem ex lege Aquilia locum non habet, si patientis culpa concurrat.

Eine Bestätigung der hier geäußerten Ansicht sind die von Kaufmann¹¹¹ als Beleg für die Lehre vom überwiegenden Verschulden angeführten Fälle. Sie zeigen, daß der Angreifer oder Provokant trotz seines konkurrierenden Verschuldens nicht klaglos war, wenn aus besonderen Gründen der Angegriffene die größere Schuld an der Verletzung des Provokanten trug. Das war dann der Fall, wenn der Angegriffene sich eines Exzesses schuldig gemacht hatte. Diese Rechtsregel geht zurück auf X. 2.13.12¹¹². Zu den Autoren dieser Lehre gehört auch der von Aumann (52) im Prinzip der älteren Lehre zugerechnete Leyser. Es handelt sich hier um Fälle, in denen trotz Mitverschuldens dem Geschädigten ein Anspruch zuerkannt wurde. Sie sind, wie erwähnt, der deutlichste Beleg für die Behauptung, daß nicht jedes geringe Mitverschulden des Geschädigten den Schädiger entlastete. Sehr oft wurde dieser Grundsatz jedoch auch ganz deutlich ausgesprochen. Ein gutes Beispiel dafür bietet eine von Wolfgang Adam Schoepff überlieferte *Decisio*

¹¹⁰ Johann Nikolaus HERTIUS, Responsa et Consilia, Francofurti 1729, Resp. 399. Dazu Kaufmann p. 78 Note 32.

¹¹¹ Kaufmann p. 79 Note 35.

¹¹² Diese Stelle ist zitiert bei LEYSER, Meditationes ad Pandectas, Med. 112 ad D. 9.2, § 2.

der Tübinger Fakultät¹¹³, in der ausdrücklich die Frage nach der Anwendung von D. 50.17.203 und der Kulpakompensation unter Hinweis auf die Maßgeblichkeit der *maior culpa* gelöst worden ist:

Dec. 192, n. 13—17

dieses machet den grösten Zweifel, daß der Erstochene pro authore rixae realis zu halten, . . ., et damnum quod quis sua culpa sentit, non sentire videatur. — allein hätte doch H. [einer der beiden Beklagten] . . ., und weilen keine Proportion ist, gegen eine Ohrfeigen, . . ., sich mit einem Metzger-Messer heimlich zu wehren, zumahlen in einer Stuben, da viele Leute zum abwehren gewesen, und auch nachdeme dem Erstochenen würcklich abgewehret, . . ., so müssen nur beede . . . condemniret werden, licet enim si ob alapam quis alterum vulneret, actio L. Aquil. denegetur, . . ., tamen etiam ad circumstantias facti simul respiciendum et quis sit author rixae et in maiori haereat culpa? . . . nunquam enim culpa maior cum minori compensari potest, . . .

Als Gegenstimme ist nur der auch von Aumann erwähnte (50) Lauterbach zu nennen. Für den Grundfall stand Lauterbach¹¹⁴ zwar auf dem Boden der herrschenden Lehre: Der Provokant hat keinen Anspruch. Abweichend davon wollte Lauterbach dem verletzten Aggressor den Anspruch aber auch bei Exzess des Gereizten versagen. Bezüglich dieser Frage stellt Aumann also zu Recht fest, daß Lauterbach das Ausmaß des Mitverschuldens nicht berücksichtigte — allein das war nicht der Standpunkt der gemeinrechtlichen Praxis.

Die Maßgeblichkeit der *maior culpa* bei Mitverschulden war aber keine nur in Provokationsfällen auftretende Besonderheit. Noch vor Besold hatte in Deutschland der Cuiacius-Schüler Marquard Freher (1565-1614)^{114a} bei der Besprechung des Barbier-Falles aus D. 9.2.11 pr. den größeren Schuldteil für allein maßgeblich erklärt. Freher verwendete allerdings nicht die Kulpakompensation. Nach der Ansicht von Freher traf den Sklaven zwar ein Mitverschulden, der Barbier sollte aber trotzdem haften, da seine Schuld größer sei^{114b}:

¹¹³ Wolfgang Adam SCHOEPP, *Selectae Decisiones et Resolutiones Tubingenses*, nomine inclytæ Facultatis Juridicæ conscriptæ, Tubingæ 1726, Dec. 192, p. 1072.

¹¹⁴ Wolfgang Adam LAUTERBACH, *Collegii theoretici-practici Pandectarum . . . Partes III*, 2. Aufl. 1706—1711, Exerc. 19, Th. 10, ad D. 9.2. § 7. Ebenso die Aufl. 1736.

^{114a} Dazu STINTZING, *Geschichte d. dt. Rechtswiss.* I, 680, 736.

^{114b} Marquard FREHER, *Parergon* (im Orig. in griech. Buchstaben) seu verisimilium libri duo — opus postumum — studio et opera Johan Bosch, Norimbergæ 1622; dann in: Everardus OTTO, *Thesaurus Juris Romani*, Tomus I., juxta exemplar Lugduni Batavorum, Basileæ 1741, col. 853 ss.

Lib. I Cap. VIII Col. 870:

. . . culpa quidem aliquae est servi, qui se in loco periculi pleno tondendum praebuit, ut *l. 52 in fine D. ad l. Aquil.* Tonsoris tamen maior. Ideoque Aquilia tenetur domino ex Proculi sententia *l. 11 in pr. eod.*

Ein weiterer Fall bestätigt, daß die Gerichte trotz oft anders lautender oder nicht eindeutiger Rechtsausführungen doch stets auf die größere Schuld abstellten.

Es handelt sich um das von Kaufmann ebenfalls für die ältere Lehre zitierte Erkenntnis der königlich Hannoverschen Justizkanzlei aus dem Jahre 1762, welches Gegenstand eines der rechtlichen Bedenken von Struben ist¹¹⁵: Eine Magd hatte das Pferd ihres Dienstherrn zur Tränke geritten. Dabei war das Pferd zu Tode gestürzt. Der Dienstherr forderte Schadensersatz von der Magd. Struben berichtet:

Daß nun in oberwehntem Fall die Beklagtin aus Muthwillen gejaget und das Pferd bändigen können, war unerwiesen, auch das Gegentheil zu vermuten, und der Kläger nicht ausser aller Schuld, da er seine Magd ein unbändiges Pferd reiten lassen, obwohl von ihr nicht zu glauben war, daß sie es gleich einem Kerl im Zaum halten können. Die Actio ex L. Aquilia fällt aber hinweg, wenn dem Kläger gleichfalls einige Schuld beyzumessen, daher die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley 1762 von ihm bessern Beweis des muthwilligen Jagens forderte.

Aus der Zulassung dieses Beweises ergibt sich, daß die Justizkanzlei trotz Zitates des Rechtssatzes „Die Actio . . . einige Schuld beyzumessen“ auf die überwiegende Schuld abstellte. Hätte nämlich nach Ansicht der Justizkanzlei wirklich schon ein geringes Mitverschulden zum Verlust des Anspruchs geführt, so wäre die Klage ohne weitere Beweisaufnahme abweisungsreif gewesen, da bereits festgestellt war, daß der Kläger „nicht außer aller Schuld“ war. Die Kanzlei durfte den Beweis des mutwilligen Jagens nur zulassen, wenn sie bereit war, für den Fall der Bestätigung des Beweisthemas der Klage des Dienstherrn stattzugeben. Das setzt aber voraus, daß sie der Ansicht war, das bereits festgestellte eigene Verschulden des Klägers (Überlassen des unbändigen Pferdes) führe im Vergleich mit dem nachzuweisenden größeren Verschulden der Magd (mutwilliges Jagen) nicht zum Wegfall des Schadensersatzanspruchs¹¹⁶.

¹¹⁵ David Georg STRUBEN, *Rechtliche Bedenken*, Dritter Teil, Neueste Ausgabe, Darmstadt 1788, 61. Bedenken, p. 149—151. Kaufmann p. 78 Note 32.

¹¹⁶ Cf. den verwandten Fall in D. 13.6.23, der von Peter Faber als Fall des Mitverschuldens aus Anlaß der Regel D. 50.17.203 behandelt worden ist (zu Faber oben Note 86). Zu D. 13.6.23 cf. oben p. 195.

Weitere Stellungnahmen für die Lehre von der *maior culpa* finden sich bei Böhmer¹¹⁷ und Hommel¹¹⁸. Böhmer würdigte diese Frage allerdings nur einer kurzen Bemerkung:

Doctr. act. Sect. 2 Cap. 11 § 25

Exceptiones contra actionem damni iniuria dati hae utiles sunt

1) . . .

5) laesum in maiori culpa esse. D. 9.2.11 pr.

Hommel dagegen wies ausdrücklich die nach seiner Ansicht üblicherweise auf D. 9.2.11 pr. gestützte Lehre von der anspruchsvernichtenden Wirkung jeden Mitverschuldens zurück. Die Verwendung der *compensatio culpa* führte ihn dazu, in seinem Gutachten vorzuschlagen, trotz Mitverschuldens der Klägerin der Klage stattzugeben, weil das Verschulden des Beklagten größer und bei verschiedenen Graden von Verschulden die Kompensation unzulässig sei:

Obs. 792

. . . immaassen dieses bei Klägerin eine geringe Unachtsamkeit, hingegen [auf der Seite des Beklagten] unverantwortliches und äußerstes Vergehen . . . licet enim ex L. 11 pr. ff. ad L. Aquil. doctores exculpant, actionem legis Aquiliae cessare, cum culpa patientis concurrat.

Mit diesem Gutachten aus dem Jahre 1779 stand Hommel auf dem gleichen Standpunkt wie die ein Jahr zuvor erschienene Dissertation Eisenbachs, die Aumann (53) ausführlich gewürdigt hat. Für eine Abhängigkeit Hommels von Eisenbach besteht kein Anhaltspunkt. Beide folgten also der weitverbreiteten Lehre, nach der bei Mitverschulden nur dann eine Kulpa-kompensation eintrat, wenn das Verschulden des Geschädigten ebenso groß oder größer war als das des Schädigers.

Auf etwas andere Weise hatte Mevius¹¹⁹ versucht, dem verschiedenen Ausmaß der Schuld auf beiden Seiten Rechnung zu tragen. Seine Ausführungen erinnern an die Unterscheidung der Kanonisten zwischen *causa proxima* und *causa remota*. Mevius setzte aber *culpa* an Stelle von *causa*:

Pars 1, Decis. 221, n. 7

Si utrinque est aliqua [sc. culpa] nocet eius quae fuit ultima et casui proximior; l. si per emptorem 51 ff. de action. empt. (D. 19.1.51).

¹¹⁷ Justus Henning BÖHMER, *Doctrina Actionum*, 6. Aufl. Francofurti 1738. Im gleichen Sinne angeführt bei Kaufmann p. 78 Note 34.

¹¹⁸ Carolus Ferdinand HOMMEL, *Rhapsodia*, I—VII, Lubecae 1782—1787.

¹¹⁹ David MEVIUS, *Decisiones*, zuerst 1664, Pars 1, Decis. 221, n. 7. Im gleichen Sinne bei Kaufmann p. 78.

Da das gemeine Recht für die Fälle von Mitverschulden nur ein Entweder-Oder vorsah, wurden solche Fälle oft auch ohne jede Erwähnung des Problems des mitwirkenden Verschuldens gelöst, indem man nämlich die überwiegend schuldige Partei für alleinschuldig erklärte. Ein gutes Beispiel dafür bietet Brunnemanns Kritik an der von Mevius überlieferten Entscheidung¹²⁰:

Com. ad D. 9.2.31, n. 2 und 3

Ex hac lege probatur, aurigam in platea supervehendo puerum occidentem extra culpam esse, si exclamando praemonuerit. *Dn. Mev. p. 1. dec. 221.* Putarim tamen, debere sistere cursum, animadverso periculo, et committendum ipsius iuramento, si dixerit, se sistere non potuisse; nam si potuit sistere, animadverso periculo, utique in culpa est, si non pepercit homini, et quidem puero.

Deutlicher als Mevius schloß sich Rittershusius der *causa-proxima*-Lehre des kanonischen Rechts an¹²¹. Als Rechtsgrundlage seiner Entscheidung zitierte er zwar unter Berufung auf Zasius die ältere Theorie, aus der Erörterung wird aber klar, daß der Beklagte nicht haften sollte, weil im Verhältnis zu dem, was der Kläger sich selbst zuzuschreiben hatte, sein Verhalten nicht *causa proxima* gewesen war:

Nr. 2

. . . so hat er (sc. der Kläger) doch weder in erster noch in andrer Instanz-Acten nirgends wie recht ausgeführet, daß Beklagter solcher Tortur etc. Ursach zu geschweigen, daß er *causa proxima* sey. Nun ist aber in Rechten klärlich versehen, *neminem damnum praestare, nisi qui causam, et quidem proximam damno dedit.*

Da auch die naturrechtlichen Schriften von Pufendorf und Thomasius wie Lehrbücher des gemeinen Rechts verwendet wurden, kann bereits hier vermerkt werden, daß Pufendorf wenigstens an einer Stelle¹²² und nach dessen Vorbild auch Thomasius¹²³ sich für die Maßgeblichkeit des schwereren Verschuldens ausgesprochen haben.

¹²⁰ Johann BRUNNEMANN, *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, ed. Samuel Stryk, Wittenbergae 1731. Dazu auch oben p. 202.

¹²¹ Conradus RITTERSHUSIUS, *Consilia sive responsa iuris Altdorfina*, Noribergae 1602, Pars 1, Resp. 45. Anders gewürdigt von Kaufmann p. 78 Note 32 wegen des Zitates von Zasius in n. 5. dieses Responsums.

¹²² Samuel PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672, III, 1 § 6. So Aumann p. 40 bei Note 3.

¹²³ Christian THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, II, 5 § 30: *Similiter considerandum est, annon damnum per consequentiam meae potius culpae annumerandum sit.*

Wie ordnen sich nun in dieses Bild die von Aumann (50) für den jüngeren deutschen *Usus modernus* genannten Juristen ein? Nur Lauterbach kann für die ältere Lehre in Anspruch genommen werden¹²⁴. Für Leyser hat bereits Kaufmann¹²⁵ gezeigt, daß die Fakultät den Schadensersatzanspruch in Übereinstimmung mit der — auch nach Ansicht Kaufmanns jedenfalls für diese Frage — herrschenden Doktrin von der Maßgeblichkeit des schweren Verschuldens bejaht hat, weil die Provokation im Verhältnis zum Notwehrexzess als das geringere Verschulden angesehen wurde.

Nach alle dem stellte Eisenbachs Monographie nicht, wie Aumann meint, einen Neuanatz dar, sondern war eigentlich nur eine Bestätigung für die Herrschaft der *maior culpa*-Lehre. So hat Eisenbach selbst seinen Beitrag offensichtlich auch eingeschätzt. Die entscheidenden Sätze Eisenbachs¹²⁶ lauten:

Verum et extra contractum fieri potest, ut utriusque culpa concurrat circa unum idemque damnum datum, et tum, sicut in casu damni in contractu dati non debitum cum debito, sed culpa cum culpa compensabitur. Ponere igitur casum . . . — Et ita de damno dato in genere agere numquam licebit ei, qui in eadem vel maiori, quam alter, culpa versatur, veluti si quis in loco periculoso servum suum tonderi passus est . . . ; vel si . . . — Omnibus quippe hisce casibus obligatio et actio ad damnum resarciendum non nascitur, licet alius laesioni concurrat, quia maior laesi ipsius culpa extinguit perimitque minorem vel parem alterius culpam, adeoque culpa cum culpa compensatur, . . . — Annon vero hisce in casibus . . . graduum culpa ratio habenda sit? difficilis quaestio est, quam legibus decisam non reperimus. Credimus tamen, iudicis arbitrium in aestimando culpa gradu non omnino excludendum esse, qui sc. pro ratione circumstantiarum compensationem interdum denegare poterit, ubi multo levior laesi, quam alterius culpa fuit. Et ita intellige eos, qui passim docent¹²⁷, quod culpa lata unius cum levi alterius, vel levis unius cum levissima alterius compensari haud possit, . . .

Demnach ist eine der Voraussetzungen der modernen Lehre der verhältnismäßigen Teilung des Schadens, nämlich die Abwägung des beiderseitigen

¹²⁴ Dazu oben bei Note 114.

¹²⁵ p. 78, 79 und Note 35. Kaufmann bezieht sich allerdings auf § 2 von Spec. 112, während Aumann § 3 zitiert.

¹²⁶ Ioannes Fridericus EISENBACH, De compensatione circa maleficia, vel quasi, occasione legis XXXVI. Dig. de dolo malo (Praeses: Sixtus Iacobus KAPFF), Tubingae 1778, § 10, p. 23—25. Zu Kapff (1735—1821) ADB 15, 99.

¹²⁷ Von mir gesperrt.

Verschuldens, bereits Bestandteil der Doktrin des *Usus modernus* gewesen.

Bisher war immer nur davon die Rede, daß das geringere oder überwiegende Mitverschulden zu einer vollständigen Bejahung oder vollständigen Verneinung des Schadensersatzanspruchs führten. Eine Schadensteilung, wie sie heute in § 254 BGB verankert ist, hat das gemeine Recht nicht gekannt. Sie ist, wie Aumann (42) gezeigt hat, erst durch Christian Wolff in die juristische Dogmatik eingeführt worden. Solange man grundsätzlich bei der Geltung des römischen Rechts blieb, konnte das Prinzip des „Alles oder Nichts“ nicht aufgegeben werden, da die *compensatio culpa*, die Aufrechnung des beiderseitigen Verschuldens, zur Vernichtung des Anspruchs führte. Das gleiche galt auch dann, wenn man dem Mitschuldigen entgegenhielt, der Schaden sei „*culpa sua*“ entstanden. Trotzdem scheinen mir wenigstens drei Fälle, die sich sicher bei weiterer Suche noch vermehren ließen, zu zeigen, daß der Gedanke der Verminderung des Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens dem gemeinen Recht nicht ganz fremd war. Einen schwachen Anhaltspunkt für die Existenz eines solchen Gedankens bieten die oben angeführten Stellen aus den Kommentaren zum Digestentitel *De Regulis Juris* von Peter Faber und Johann a Sande¹²⁸. Einen deutlicheren Beweis liefert die von Aumann (52) behandelte Stelle aus Leysers *Meditationes*, der ein *Responsum* der Helmstädter Fakultät aus dem Jahre 1715 zugrunde lag^{128a}. Wäre diese Stelle wirklich eine Einzelfall gebliebene Abweichung von der Regel, so ließe sie sich vielleicht mit der „eigenwilligen Billigkeitsjurisprudenz“^{128b} Leysers erklären. Die beiden weiteren Fälle bestätigen jedoch, daß häufig das den Anspruch nicht ausschließende geringere Mitverschulden wenigstens bei der Festsetzung des Schadens berücksichtigt wurde. Es handelt sich zunächst um die erwähnte Entscheidung aus der Sammlung von Schoepff^{128c}. Bei der Schätzung der Höhe des entgangenen Unterhalts heißt es dort:

Weilen jedoch die Beklagte auch nicht von denen Reichsten, und die andere Kosten auch was erlauffen, zudem der Erstochene auch gefehlet, so ist diese Summ denen Umständen nach vor billich geachtet worden, . . .

¹²⁸ Oben Noten 86 und 94. Cf. auch Liutprand (oben Note 51a).

^{128a} Augustin LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Vol. II, Edit. tertia, Lipsiae, Brunsvigiae et Guelpherbyti 1774, ad D. 9.2. Spec. 112, Med. 3. Die Fakultät sprach die Heilungskosten zu, versagte dem Geschädigten aber wegen Mitverschuldens einen Anspruch auf Verdienstaustausch und Schmerzensgeld.

^{128b} Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*² p. 221.

^{128c} Oben Note 113.

Der dritte Fall ist das bereits erwähnte Gutachten aus Hommels *Rhapsodia*, in dem er vorschlug, wegen des Mitverschuldens der Klägerin die Gerichtskosten zu teilen^{128d}. Somit lassen sich auch schon im Bereich des gemeinen Rechts Ansätze zu einer Verteilung des Schadens feststellen, die auf dem richterlichen Recht der Schadensschätzung beruhen.

2. Frankreich

Die Doktrin von der überwiegenden Schuld war auch in den anderen europäischen Ländern des *ius commune* weit verbreitet.

In Frankreich scheint man allerdings im allgemeinen mit den Regeln D. 50.17.203 und VI. 5.12.86 ausgekommen zu sein. Außer bei Faber¹²⁹ habe ich für Frankreich keine ausdrückliche Stellungnahme im Sinne der *maior culpa*-Lehre feststellen können. Domat behandelte das Deliktsrecht nicht¹³⁰. Der Fortfall der Tierhalterhaftung für den Fall, daß der Verletzte das Tier gereizt hatte, wurde aber mit einer Erwägung begründet, die offensichtlich auf VI. 5.12.86 beruht¹³¹. In der Zusammenstellung der *Regulae Iuris* von Pothier¹³² erscheint D. 50.17.203 als Regel 13. Darunter stellte Pothier Anwendungsfälle aus den Digesten zusammen. Die Frage des überwiegenden Verschuldens wird hier nicht gestellt. Schließlich erwähnte der *Recueil de Jurisprudence Civile* von Combe¹³³ in seiner ersten Auflage unter dem Stichwort „dommage“ keinen Fall von Mitverschulden. In der 5. Auflage¹³⁴ wurde an dieser Stelle ohne Erläuterung und ohne Beispiel die Regel D. 50.17.203 abgedruckt.

3. Italien

Nicht viel anders war die Lage in Italien. Die meisten Äußerungen zu unserem Problem finden sich in Fällen, in denen ein Ersatzanspruch des Geschädigten unter Berufung auf D. 50.17.203 und VI. 5.12.86 verneint

^{128d} Oben Note 118.

¹²⁹ Oben bei Note 102.

¹³⁰ Jean DOMAT, *Les loix civiles*, ed. Paris 1777, Liv. II, Tit. VIII pr.: Car les crimes et les délits ne doivent pas être mêlés avec les matières civiles.

¹³¹ Liv. II, Tit. VIII, Sect. II § 10.

¹³² Robert Joseph POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Nova ed. I—III, 1782.

¹³³ Guy du ROUSSEAUD de la Combe, *Recueil de Jurisprudence Civile du Pays de Droit Ecrit et Coutumier par ordre alphabetique*, Paris 1736, 5. ed. Paris 1769.

¹³⁴ Paris 1769.

wurde. Es gibt keine ausdrückliche Bemerkung des Inhalts, daß diese Konsequenz schon bei einem geringen Mitverschulden eintrete. Auch führte die materielle Prüfung der einschlägigen Fälle zu dem Ergebnis, daß kaum einmal die Haftung wegen eines Mitverschuldens verneint wurde, das aus heutiger Sicht weniger als 50 Prozent ausmachen würde. Trotzdem habe ich nur zwei erklärte Stellungnahmen für die Theorie der *maior culpa* in Urteilen der *Rota Romana* aus dem 18. Jahrhundert gefunden:

Rezzonico, Vol. 3 Decis. 325 n. 11¹³⁵

. . . vel damnum si quod adest, propriae culpa potius debet imputare, . . .

Olivatius, Vol. 3 Decis. 352 n. 16¹³⁶

Maior est culpa impediens diuturnum possessorem, quam possessoris non experientis alias vias, aliasque transeundi rationes, proindeque impediens tenetur ad refectionem damnorum.

Zudem kann man als Beleg für die Maßgeblichkeit der *maior culpa* eine Stelle aus dem *Theatrum veritatis et iustitiae* des Kardinals de Luca werten¹³⁷:

De credito pp., Disc. 58 n. 22

Summarium: In concursu culparum, quae valeat.

. . . Hinc proinde in isto culparum concursu maior absque dubio erat illa . . .

Schließlich läßt der das Mitverschulden betreffende Abschnitt in dem ministeriellen Bericht für den Codice Civile von 1942 darauf schließen, daß die gemeinrechtliche Theorie in Italien — der Codice von 1865 hatte keine Regelung dieser Frage enthalten — jedenfalls zum Teil davon ausgegangen ist, daß grundsätzlich ein konkurrierendes Verschulden des Geschädigten den Schädiger nicht entlastete. In dem Bericht ist nämlich ausgeführt, daß in der Literatur diskutiert worden sei, ob bei Mitverschulden voller oder verhältnismäßig verminderter Schadensersatz zu leisten sei¹³⁸. Aus dieser Sicht konnte die Frage aber nur angegangen werden, wenn im Prinzip nicht schon jedes geringe Mitverschulden einen Anspruch ausschloß.

¹³⁵ Carolus REZZONICO, Decisiones Sacrae Rotae Romanae, Vol. I—V, Romae 1749 bis 1752, Vol. 3, Decis. 325 n. 11, p. 244.

¹³⁶ Bartholomaeus OLIVATIUS, Decisiones Sacrae Rotae Romanae, Vol. I—VIII, Romae 1784, Vol. III Decis 352 n. 16.

¹³⁷ Io. Baptista DE LUCA, Theatrum veritatis et iustitiae, Liber octavus: De credito et debito pp., Neapoli 1758, Disc. 58, n. 22.

¹³⁸ Relazione ministeriale n. 572: Si è sempre discusso se, nel caso di concorso di colpa del creditore nella produzione del danno, sia dovuto l'intero risarcimento o se l'importo del danno debba ridursi proporzionalmente. (Zitiert nach Ferdinando Umberto DI BLASI,

4. Niederlande

Den Begriff der *maior culpa* verwendeten die niederländischen Juristen Gerard Noodt (1647-1725) und Johannes Voet (1647-1713) zur Lösung des Barbier-Falles. Wie schon Freher¹³⁹ führte die Anwendung dieses Kriteriums beide Juristen zu dem Ergebnis, daß der Barbier haftete.

Noodt breitete in seinem eleganten Kommentar zum Digestentitel *Ad Legem Aquiliam*¹⁴⁰ den Fall mit Zitaten von Martial und Ovid vor dem Leser aus. Den entscheidenden Satz analysierte er unter Berufung auf die Auslegungsregeln Quintilians:

Noodt, ad leg. Aquil., Cap. VII p. 147, 148

Sic primum Ulpianus: sed mox subjicit, *Quamvis nec illud . . . Utrum ergo placet, quamvis non male dicatur, servum de se queri debere, tamen tonsoris culpam esse? an, tonsoris quidem culpam aliquam videri; sed majorem esse servi, qui, ubi potuit, sibi non satis cavet? Hoc patitur usus voculae, quamvis: . . . Sed neque illud vetat usus eiusdem vocis, . . . Quid igitur est? Amphibolia: in qua quid eligendum sit, si quaeres, a Quintiliano accipies: qui lib. 7. Inst. orat. c. 9. sic inquit *Amphiboliae omnis in his erit quaestio, aliquando uter sit secundum naturam magis sermo, semper utrum sit aequius, utrum is, qui sic scripsit ac sic dixit, sic voluerit*. Hactenus Quintilianus: *cujus si placet tibi definitio; idem tibi sedibit, quod mihi, priorem Ulpiani sententiam esse: quia utilior est, et bonis moribus convenientior: praeterea hanc suadet usus voculae, quamvis, maxime naturalis et proprius.**

Zu dem gleichen Ergebnis, daß nämlich der Schädiger hafte, wenn seine Schuld größer sei, gelangte Voet in seinem mehr praktisch ausgerichteten Pandektenkommentar¹⁴¹:

Com. ad Pand. 9.2. n. 17

Etsi enim non male dicatur, eum qui se tonsori periculoso in loco sellam habenti commiserit, de se queri oportere. Non tamen inde excusata videri potest maior illa tonsoris culpa ac imprudentia, in loco non tuto artem profitentis; dum novum non est, ut in concurrente duorum culpa is teneatur, cuius culpa maior conspicitur. arg. l. lectos 12 et 13 ff. de peric. et commod.

Commento al nuovo Codice Civile Italiano, Milano 1950, ad Art. 1227, p. 100 Note 1.) Diese Annahme wird bestätigt durch die Ausführungen von Bianca p. 336. Dazu unten Note 225. Siehe auch Coppa-Zuccari (oben Note 25).

¹³⁹ Oben bei Note 105.

¹⁴⁰ Gerard NOODT, *Ad legem Aquiliam liber singularis*, ed. quarta, in *Opera Omnia* Vol. I—II, Lugduni Batavorum 1724, Vol. I p. 135 ss.

¹⁴¹ Johannes VOET, *Commentarius ad Pandectas I—II, Coloniae Allobrogum 1738.*

rei vend. (D. 18.6.13 [12] und 14 [13]), l. 1 § ult. l. 2 ff. ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat (D. 2.7.1.2 und D. 2.7.2). neque etiam culpa in totum caret, qui se imperito dedit medico curandum; quem tamen ex imperitia male curantem habiturus esset sibi hac lege devinctum, ut alibi dictum.

Diese Lehre ist vom südafrikanischen Recht übernommen worden. Dort ist sie bis heute in Gebrauch¹⁴². Daneben sind in Südafrika allerdings auch Einflüsse der im Prinzip ähnlichen Auffassung des englischen common law¹⁴³ spürbar¹⁴⁴.

5. Schottland

In der Zeit des *Usus modernus* nahm auch Schottland teil an der auf dem römischen Recht beruhenden kontinentalen Rechtskultur¹⁴⁵. Die moderne rechtsgeschichtliche Forschung in Schottland ist sich insbesondere darüber einig, daß die *Actio Legis Aquiliae* in Schottland rezipiert worden ist¹⁴⁶. Thomas Craig, der erste der schottischen „Institutional Writers“ des 17. und 18. Jahrhunderts¹⁴⁷ lehnte sich in seinem „*Jus Feudale*“¹⁴⁸ bei der Behandlung des Mitverschuldens eng an die kontinentale Literatur zum römischen Recht an. Er löste das Problem mit der Figur der Kulpakompensation, die er bei gleichem oder überwiegendem Verschulden des Geschädigten eintreten ließ. Der sachliche Zusammenhang für die Erläuterung dieser Frage in Craigs Lehnrechtslehrbuch ist das Recht des Lehnsherrn, wegen eines Vergehens des Vasallen das Lehen einzuziehen. Dieses Recht besteht nicht, wenn der Lehnsherr Anlaß zu dem Delikt gegeben hat:

¹⁴² Percival GANE, *The selective Voet being the Commentary on the Pandects* [Paris Edition of 1829] by Johannes Voet and the Supplement to that Work by Johannes van der Linden, Translated with explanatory notes and notes of all South African reported cases by Percival Gane, Vol. II, Durban 1955, p. 576, 577.

¹⁴³ Dazu weiter unten.

¹⁴⁴ Davon geht aus: R. W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, 5th ed., Oxford 1961, p. 325.

¹⁴⁵ Peter STEIN, *The Influence of Roman Law on the Law of Scotland*, in: *The Juridical Review* 1963, p. 205—245; *Roman Law in Scotland* (IRMAE V 13b), insbes. p. 49—51.

¹⁴⁶ Hector McKECHNIE, *Delict and Quasi Delict*, in: *An Introduction to Scottish Legal History*, hg. The Stair Society, Edinburgh 1958, Vol. 20 der Reihe der Stair Society, p. 265—279, hier p. 277.

¹⁴⁷ Stein, *Influence* p. 218. A. C. BLACK, *The Institutional Writers*, in: *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*, hg. The Stair Society, Edinburgh 1936, Vol. 1 der Reihe der Stair Society, p. 59—69, hier p. 61.

¹⁴⁸ Sir Thomas CRAIG OF RICCARTON, *Jus Feudale*, London und Edinburgh 1655, hier wurde benutzt: *Editio Tertia, Opera et Studio Jacobi Baillie, Edinburgi 1732*.

Lib. 3, Tit. 3, § 7

Non amittit ob delictum vassallus suum feudum, si vassallus dolo aut culpa domini sui ad delinquendum erat inductus; quis enim ei poterit dolum aut culpam obijcere, cum dominus in pari dolo et culpa fuerit, aut fortasse auctor culpa? dolo enim dolo pensatur, et paritas delicti exceptionem in jure parit: ut si maritus uxorum adulterii accuset, illa de lenocinio replicet (Curt. p. 5 n. 7)¹⁴⁹.

Daß es im schottischen Recht für den Wegfall des Anspruchs darauf ankam, daß der Geschädigte der Urheber des Unfalls, seine wesentliche Ursache war, ergibt sich auch aus dem von Kames¹⁵⁰ vorgetragenen Beispiel, wofür er sich auf das Vorbild einer Digestenstelle¹⁵¹ und deren Interpretation durch Cuiacius¹⁵² berief:

But as to cases of this kind it is a good defence against a claim of reparation, that the claimant suffered by his own fault: Si quis aliquam . . .

If a fierce bull of mine get loose and wound a person I am liable; but if a man break down my fence, and is hurt by the bull in my enclosure, I am not liable: for by an unlawfull act, he himself was the occasion of the hurt he suffered¹⁵³.

Außer Craig hat keiner der schottischen Institutionalisten unser Problem behandelt¹⁵⁴. Aus der Rechtsprechung des obersten Gerichts von Schottland,

¹⁴⁹ Der mit *quis* beginnende Satz enthält Craigs generelle Stellungnahme zum Mitverschulden. Er geht über das hinaus, was Craig zu der hier aufgeworfenen Frage des Verlusts des Lehens wegen eines Deliktes sagen müßte, da nach seiner zuvor geäußerten Ansicht nur vorsätzliche Vergehen des Vasallen zum Verlust des Lehens führen konnten. Diese Angabe der generell geltenden Grundsätze ist für Craig typisch und von ihm beabsichtigt.

¹⁵⁰ Henry Home LORD KAMES, Principles of Equity, zuerst 1760, hier ed. 1825, p. 42.

¹⁵¹ D. 9.1.2.1.

¹⁵² Jacobus CUIACIUS, In libros Pauli ad Edictum commentarii, ad lib. XXII (Op. Omn. V, Sp. 316): Itaque si quis forte cum evitaret magistratum . . . pone exemplum in aleatore vel in negotiatore vitiosarum mercium aedilem fugiente, qui se in proximam tabernam immiserit, ibique a cane feroce, qui solutum erat, laesus fuerit in dominum canis ei competit actio noxalis: sed si vinctus fuerit canis, dominus eo nomine non tenetur, maxime, si cave pro taberna inscripserit „cave canem“: quod veteres inscribere solitos in janua aedium suarum Petronius ostendit . . .

¹⁵³ Aus dem „for by an unlawful act“ kann man wohl nicht entnehmen, daß die ein Mitverschulden darstellende Handlungsweise nach der Ansicht von Kames rechtswidrig sein mußte. Dafür findet sich in der gesamten Literatur kein Anhaltspunkt. Allenfalls Pufendorfs „in officio suo versatus“ (De Jure Naturae et Gentium III, 1 § 7) könnte man so verstehen. Pufendorf dachte dabei aber an die Pflichten des Menschen gegen sich selbst (cf. Buch 2, Kap. 4). Zur modernen Diskussion über die Natur des „vorwerflichen Verhaltens“, ESSER, Schuldrecht I, (1968) p. 327 s. Siehe auch unten Note 208 und oben p. 199.

¹⁵⁴ Stair Society Vol. 20 (cf. oben Note 146) p. 277 unter Nr. 34.

des Court of Session, sind zwei Fälle von mitwirkendem Verschulden überliefert, die die These bestätigen, daß ein geringes Verschulden nicht zum Verlust des Anspruchs führte:

In einem im Jahre 1610 entschiedenen Fall¹⁵⁵ war ein gemietetes Pferd entgegen der Verabredung mit einer Last von 20 stone statt mit höchstens 16 stone beladen worden und dann unter der Last eingegangen. Das Gericht sprach dem klagenden Eigentümer Schadensersatz in Höhe des Wertes des Pferdes zu, obwohl er selbst das Pferd beladen und geführt hatte, wie es in dem Prozeßbericht heißt¹⁵⁶. Das Gericht hat demnach den Umstand, daß der Eigentümer das Pferd selbst beladen hatte, nicht als so großes Mitverschulden gewertet, daß sein Anspruch ausgeschlossen war. In dem zweiten Fall aus dem Jahre 1775 wurde einem Beauftragten, obwohl er durch eigene Unvorsichtigkeit¹⁵⁷ zu hohe Aufwendungen machen müssen, Ersatz dafür zugesprochen — allerdings kein Schmerzensgeld für die Schuldhaft¹⁵⁸. In beiden Fällen ist zwar die Frage nach dem Mitverschulden nicht unter einem bestimmten Terminus angeschnitten worden, das Gericht hat aber jedesmal den eigenen Fehler des Geschädigten gewürdigt und doch zu seinen Gunsten erkannt, weil er nicht als ausschlaggebend angesehen wurde. Demnach wurde in Schottland in der Zeit des *Usus modernus* das Mitverschulden in einer der *maior culpa*-Lehre entsprechenden Weise behandelt, wenn sich auch eine theoretische Äußerung dafür nur bei Craig findet. Im 19. Jahrhundert begann man in Schottland im Zuge einer allgemeinen Annäherung an das englische Recht¹⁵⁹ auch die Frage des Mitverschuldens unter Berufung auf englische Fälle, allerdings in sachlich gleicher Weise, zu lösen¹⁶⁰.

6. Die Lehre des common law

Oft wird dem englischen common law die gleiche Regelung zugeschrieben, wie sie Aumann für das römische Recht und das gemeine Recht glaubte fest-

¹⁵⁵ William Maxwell MORISON, *The Decisions of the Court of Session . . . in the Form of a Dictionary*, Vol. I—XXII, Edinburgh 1801—1815, hier Vol. IV, p. 3148.

¹⁵⁶ The Lords sustained the summons (albeit the owner of the horse laid on the packs and drove the horse) for the price of the horse, but not the profit; . . .

¹⁵⁷ Morison IV, p. 3161.

¹⁵⁸ Zu diesem Punkt cf. den von Leyser geschilderten Fall bei Aumann p. 53 und den Fall von Hommel (oben p. 213, 217).

¹⁵⁹ T. B. SMITH, *A Short Commentary on the Law of Scotland*, Edinburgh 1962, p. 23.

¹⁶⁰ *Encyclopaedia of the Laws of Scotland*, Vol. 1—16, Edinburgh 1926—1951, s. v. negligence, Vol. 10, p. 286 ss., Nr. 594 s. Obwohl nun die englischen Fälle zitiert wurden, handelte es sich um „a native principle in this country long before“.

stellen zu können¹⁶¹. In Wirklichkeit war jedoch der Standpunkt des common law in der hier behandelten Zeit und bis 1945 in der Sache nicht weit von dem des kontinentalen Rechts, wie es hier geschildert wird, entfernt.

Im englischen Recht des Mittelalters galt nach der Darstellung von Holdsworth¹⁶² der Grundsatz: "When the plaintiff's own act is the effective cause of the damage which he has suffered, he cannot recover"¹⁶³. Diese Regel ist im Zusammenhang mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts dieser Zeit zu sehen. Der Schädiger wurde nach der Regel behandelt: "A man acts at his peril"¹⁶⁴. Aber, wie besonders bei Fragen des Mitverschuldens (oder der Mitverursachung) deutlich wurde: "It is the immediate and not the remote consequences of his act which imperil him"¹⁶⁵. Dieser Standpunkt des mittelalterlichen common law war offensichtlich von der kanonistischen Distinktion zwischen *causa proxima* und *causa remota* beeinflusst. Nachdem nun in der späteren Entwicklung des Deliktsrechts nicht mehr nur die Verursachung haftbar machte, sondern auch das Moment der Schuld zu beachten war, wurden auch beim „Mitverschulden“ Verursachung und Schuld maßgebend¹⁶⁶. Dadurch änderte sich die alte Regel. Holdsworth¹⁶⁷ formuliert für die Zeit ab Beginn des 17. Jahrhunderts: "If a plaintiff suffered damage by reason of his own negligence, he could not recover." Der Geschädigte hatte also keinen Anspruch, wenn sein eigenes fehlerhaftes Verhalten unmittelbare Ursache des Schadens war. Ein Fehler des Geschädigten, der nur *causa remota* war, führte nicht zum Verlust des Schadensersatzanspruchs.

Demnach ist wohl Salmonds¹⁶⁸ Feststellung unrichtig, nach welcher der Ausgangspunkt des englischen Rechts folgender gewesen sei: "The rule of law is that if there is blame causing the accident on both sides, however

¹⁶¹ Z. B. ESSER, Schuldrecht (Auf. 1960) p. 277.

¹⁶² W. S. HOLDSWORTH, A History of English Law, Third Edition, Vol. III, London 1923, p. 378.

¹⁶³ Diese Regel ist bei Holdsworth III, 378 mit einem Fall belegt, der auch im mittelalterlichen schottischen Recht in der gleichen Weise entschieden worden ist (Stair Society, Vol. 20, p. 267).

¹⁶⁴ Holdsworth III, 375, 379.

¹⁶⁵ Holdsworth III, 379.

¹⁶⁶ Holdsworth VIII, 459.

¹⁶⁷ Holdsworth VIII, 459.

¹⁶⁸ SALMOND, On the Law of Torts, 14th Edition by R. F. V. Heuston, London 1965, p. 324. So allerdings auch: David M. WALKER, The Law of Delict in Scotland I—II, Edinburgh 1966, Vol. I p. 359: A pursuer found to be himself in the smallest degree at fault lost his action altogether.

small that blame may be on one side, the loss lies where it falls." Diese Frage kann hier nicht weiter verfolgt werden.

Auf jeden Fall ist aber seit Beginn des vorigen Jahrhunderts durch eine Reihe von Fällen belegt, daß oft dem Kläger trotz eines gewissen Mitverschuldens ein Ersatzanspruch zuerkannt wurde. Zum Teil erklärten die Gerichte den Mitschuldigen für schuldlos¹⁶⁹. Darüber hinaus nahmen sie offen auf den Umstand Rücksicht, daß in vielen Fällen von Mitverschulden ein solcher Unterschied zwischen der Lage der beiden Parteien bestand, daß es, obwohl das Unglück nicht ohne die Nachlässigkeit des Geschädigten geschehen wäre, nicht billig oder vernünftig (fair or reasonable) gewesen sein würde, ihm deswegen den Schadensersatzanspruch zu versagen¹⁷⁰. In solchen Fällen wendeten die Gerichte den Gedanken der später von Salmond¹⁷¹ formulierten "last opportunity rule" an, wie durch den Fall *Radley v. London and North Western Railway Co.*¹⁷² illustriert wird: Der Richter des Untergerichts hatte die Jury dahingehend instruiert, daß die Klage nur zugesprochen werden könne, wenn sich der Unfall ereignet habe "by the negligence of the defendants' servants, and without any contributory negligence of their own; in other words, that it was solely by the negligence of the defendants' servants." Das House of Lords hielt das für eine falsche Instruierung (misdirection) der Jury. Sie hätte richtigerweise belehrt werden müssen, "that not every negligence on the part of the plaintiff which in any degree contributes to the mischief will bar him of his remedy, but only such negligence that the defendant could not by the exercise of ordinary care have avoided the result"¹⁷³.

Aus diesem und den Parallelfällen ergibt sich, daß die englischen Gerichte den in erster Linie für den Schaden Verantwortlichen, den maßgeblich Verantwortlichen herauszufinden suchten. Dieser hatte dann allerdings den ganzen Schaden zu erleiden oder zu ersetzen. So beraubte ein mitwirkendes Verschulden den Geschädigten nur dann seines Anspruchs, wenn sein fehlerhaftes Verhalten „proximate cause“, „decisive cause“ oder „immediate cause“ des

¹⁶⁹ Walker I, 359.

¹⁷⁰ Salmond p. 325 (fast wörtlich).

¹⁷¹ Salmond p. 326, 327. Salmond formulierte im Jahre 1912 als Quintessenz einer Reihe von Urteilen: When an accident happens through the combined negligence of two persons, he alone is liable to the other who had the last opportunity of avoiding the accident by reasonable care, and who then knew or ought to have known of the danger caused by the other's negligence.

¹⁷² (1876) 1 App. Cas. 754. Dazu: Frederick POLLOCK, *The Law of Torts*, Twelfth Edition, London 1923, p. 466.

¹⁷³ Zitiert nach Pollock 467. Cf. auch Pollock p. 464.

Unfalls war¹⁷⁴. Damit galt im common law eine Regel, die der Ansicht von der Maßgeblichkeit der *maior culpa* im jüngeren *Usus modernus* entsprach.

7. Seerecht

Es bleibt zu prüfen, ob die Regeln des gemeinen Rechts oder ähnliche Regeln auch auf dem Sondergebiete des Seerechts in der Zeit des *Usus modernus* angewendet worden sind.

Aumann berichtet¹⁷⁵, im Seerecht habe seit dem Mittelalter ohne Änderung durch die Rezeption der auf dem altdeutschen Gedanken der genossenschaftlichen Schadensgemeinschaft beruhende Grundsatz gegolten, daß beim Zusammenstoß zweier Schiffe der Schaden geteilt werden sollte, wenn keiner Seite ein Verschulden nachgewiesen werden konnte. Aumann meint nun aus einer Stelle in Grotius' Inleidinge schließen zu können, daß diese Halbteilung im Seerecht in der Zeit des *Usus modernus* auch bei beiderseitigem Verschulden angewendet worden sei¹⁷⁶.

Grotius führte an der angezogenen Stelle aus, daß der Schiffer, der gegen ein festliegendes Schiff ansegelte, den halben Schaden ersetzen mußte, wenn er seine Schuldlosigkeit beschwor, wenn er aber schuldig war, mußte er den ganzen Schaden bezahlen. Daraus kann man aber nicht durch Umkehrschluß für den Fall des Mitverschuldens des festliegenden Schiffes (etwa mangelhafte Beleuchtung) auf die Halbteilung schließen, solange es noch die weiteren Möglichkeiten gibt, daß jeder seinen eigenen oder der vorwiegend Schuldige den ganzen Schaden tragen mußte.

In der Tat läßt sich mit einiger Sicherheit nachweisen, daß Grotius den von Aumann unterstellten Umkehrschluß nicht gezogen hätte. Zwar könnten für diese Auslegung Grotius' Ausführungen in *De iure belli et pacis*¹⁷⁷

¹⁷⁴ Diese und weitere Termini bei: CHARLESWORTH, *On Negligence*, Fourth Edition by R. A. Percy, London 1962, Nr. 1116. Die *last opportunity rule* und diese Begriffe sollten aber nicht darauf hinweisen, daß es auf die zeitlich letzte Gelegenheit, sondern auf die größere oder geringere Nachlässigkeit (*negligence*) ankam. So Holdsworth VIII, 462, Pollock 469 und Salmond p. 326—330, wo dies an Hand der verschiedenen Modifikationen der *last opportunity rule* erläutert wird. Charlesworth formuliert die entscheidende Frage: *Whose negligence was the real or substantial cause of the accident?* (Nr. 1116 a. E.).

¹⁷⁵ p. 157 ss.

¹⁷⁶ Aumann p. 158, Hugo GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, s'Graven-Hage 1631; hier wurde benützt: . . . met aantekeningen van S. J. Fockema Andreea, door L. J. van Apeldorn, Deel I—II, Arnhem 1939. Bei Grotius: Buch 3, Tit. 38, § 18.

¹⁷⁷ Hugo GROTIUS, *De iure belli et pacis*, 2.17.21: . . . qui in culpa non est natura ad nihil tenetur. ut nec is cuius navis sine ipsius culpa navi alterius damnum dedit; quamquam multorum populorum legibus, ut et nostra damnum tale dividi solet ob culpae probandae difficultatem. Zu dieser Stelle Aumann p. 158.

sprechen, wo er die in den Seegesetzen vorgeschriebene Halbteilung mit Schwierigkeiten beim Beweise der Schuld begründete. Aus der Erwähnung der Beweisschwierigkeiten der Schuld läßt sich jedoch nicht auf die Anwendung der Halbteilung bei Mitverschulden schließen, da in der Regel die Schuldlosigkeit beschworen werden mußte¹⁷⁸. Allerdings entschied trotzdem in dem von Aumann als Grotius' Meinung angenommenen Sinne der Hohe Rat von Holland, Seeland und Westfriesland auf Appellation gegen ein gleichlautendes Urteil der *Curia* von Holland in einem von Neostadius¹⁷⁹ überlieferten Urteil:

Decis. 49

Curia, cum de culpa auctore non constaret, vel quod utrobique culpa par erat, damnum commune ad utrumque spectare censuit, condemnavitque Reum, ut damni semissem praestaret, . . .

Aber auch dieses Urteil kann man nicht zur Grundlage einer Theorie machen, nach der bei Mitverschulden im Seerecht der Schaden zur Hälfte geteilt wurde. Das zeigt insbesondere die Besprechung des Urteils durch Bynkershoek¹⁸⁰. Dort führte er aus, daß die Seegesetze die Halbteilung nur für den Fall vorschrieben, daß beide Seiten ohne Schuld seien. In allen anderen Fällen gelte das gemeine Recht, bei Mitverschulden also die Regel D. 50.17.203, wonach keiner einen Anspruch gegen den anderen habe, wenn beide Schädiger und Geschädigter seien¹⁸¹. Der Zusammenhang zwischen dieser Urteilskritik und unserer Grotius-Stelle wird dadurch hergestellt, daß Bynkershoek den Umkehrschluß aus der von Grotius dargestellten Regelung der Seegesetze — wie ihn Aumann zieht und wie ihn unausgesprochen wohl auch der Hof von Holland und der Hohe Rat in dem

¹⁷⁸ Grotius, Inleidinge, 3.38.18. Anders allerdings bei den Fallgestaltungen der §§ 16 und 17. Hanseatisches Seerecht von 1614, Tit. 10, Art. 1 (nach Reinold KURICKE, *Jus Maritimum Hanseaticum* p. 671, in: *Scriptorum de iure nautico et maritimo fasciculus*, mit Vorwort von Johann Gottlieb Heineccius, Halae Magdeburgicae 1740, p. 637 ss.). Kuricke in der Erläuterung zu diesem Art. *ibid.* p. 801 mit weiteren Zitaten. Ioannes LOCCENIUS, *De iure maritimo et navali libri tres*, p. 1041 (in der soeben genannten Sammlung von Heineccius). Franc. STYPMANNUS, *Ius maritimum*, Pars 4, Cap. 19, p. 579 (in der Sammlung von Heineccius).

¹⁷⁹ Cornelius NEOSTADIUS, *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque, Curiae Decisiones*, Hagae-Comitis 1667, Decis. 49.

¹⁸⁰ *Quaestionum iuris privati libri IV*, Buch 4, Kap. 12, in: Cornelii van BYNKERSHOEK, *Opera Omnia*, Tomus Quartus, Neapoli 1767, p. 305—306.

¹⁸¹ Die Möglichkeit des überwiegenden Verschuldens auf der einen oder der anderen Seite erwähnte Bynkershoek abweichend von den oben genannten Noodt und Voet nicht.

Urteil bei Neostadius gezogen hatten — ausdrücklich¹⁸² mit der Begründung ablehnte, daß ein *argumentum e contrario* im Statutarrecht unzulässig sei¹⁸³:

Ex Ictorum Romanorum scriptis saepe ita recte disputamus, sed ubi parem prudentiam invenire est? In legibus posterioribus non satis tutam esse a contrario disputationem Interpretes observarunt ad l. 1. pr. ff. de offic. eius cui madata est iurisdictio [D. 1.21.1 pr.]. — Sed cum ne iure quidem Romano semper recte argumenteris a contrario, noli id exspectare a iurisprudencia posterioris aevi. —

Damit stellte sich Bynkershoek auf den von der Theorie des *Usus modernus* aus betrachtet zutreffenden Standpunkt. Denn die in den Seegesetzen enthaltenen Vorschriften über den Schiffszusammenstoß sind nach der Rezeption stets vor dem Hintergrund der *Actio Legis Aquiliae* gesehen worden¹⁸⁴. Sie waren somit als Statuten nach der bereits im Mittelalter aufgestellten Theorie strikt zu interpretieren, so daß sie vom römischen Recht möglichst nicht abwichen. Nach dieser Regel war ein Umkehrschluß aus einer statutarrechtlichen Vorschrift unzulässig¹⁸⁵. Deshalb ist mangels anderer Anhalts-

¹⁸² Bynkershoek bezog sich dort allerdings nicht auf die von Aumann zitierte Grotius-Stelle, sondern auf die Seegesetze von Karl V. und Philipp II., sowie ein friesisches Seegesetz, deren Vorschriften offensichtlich dem bei Neostadius abgedruckten Urteil zugrundegelegen hatten und deren Inhalt Grotius wiedergegeben hatte. Es handelt sich bei diesen Gesetzen um die Ordonnanzen Karls V. von 1551 und Philipps II. von 1563 und um die mit der Ordonnanz von 1563 identischen friesischen Statuten von 1602 (cf. Rudolf WAGNER, Handbuch des Seerechts, Vol. 1, Leipzig 1884, p. 80—81; Grotius, Inleidinge, ed. Fockema Andreae — oben Note 176 — II, p. 278). Zum Ganzen: Fockema Andreae, Inleidinge II, p. 315.

¹⁸³ Bynkershoek p. 306.

¹⁸⁴ GROENEWEGEN, De legibus abrogatis, ad D. 9.2.29.4. Ed. Lugduni Batavorum 1649. Reinhold Kuricke, Ius Maritimum Hanseaticum, p. 801, in: Scriptorum de iure nautico et maritimo fasciculus, mit Vorwort von Johann Gottl. Heineccius, Halae Magdeburgicae 1740, p. 637 ss.

¹⁸⁵ Baldus Nr. 61 ad D. 1.1.9, wo er den Umkehrschluß für unzulässig erklärt, wo er zu einem von ausdrücklichen Vorschriften des römischen Rechts abweichenden Ergebnis führe (ed. Basel 1589 p. 44); ebenso Nr. 16 ad D. 1.21.1 pr. (ibid. p. 151), die von Bynkershoek angeführte Stelle. Zu Baldus' Lehre cf. Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus, Köln und Graz 1968, § 8 p. 76. Allg. zur *interpretatio stricta*: Wieacker, Privatrechtsgeschichte² p. 83, 138; Engelmann, Wiedergeburt p. 140 ss., insbes. p. 164, 165; für Deutschland Coing, SZRom 56 (1936) 264—277, hier p. 268, 269. Coing nennt D. 12.4.6 und D. 28.2.10 als Sitz der Lehre. Weite Stellen sind: X. 1.4.8 und C. 3.41.2 (nach Johann Peter LUDWIG, Opuscula miscella, Vol. I—II, Halae Magdeburgicae 1720, Vol. II, Sp. 986 ss.: Liber IV Differentiarum iuris Romani et Germanici Opusculum 1, in Titulo Imperiali, Sp. 987, 988.). Zur späteren Überwindung der Theorie der *interpretatio stricta* bes. im Deutschen Privatrecht cf. LUG, Ius Commune 1 (1967) p. 197; p. 198 Note 22 wurde die hier zitierte Arbeit von Ludwig übersehen.

punkte anzunehmen, daß auch Grotius ebenso wie Bynkershoek in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre den Umkehrschluß nicht gezogen hätte. Man kann somit jedenfalls nicht auf Grund der von Aumann verwendeten Stelle davon ausgehen, daß im Seerecht bei Mitverschulden der Schaden geteilt wurde. Zudem lassen sich für die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Schadensersatzrechts bei Mitverschulden im Seerecht außer Bynkershoek für die Niederlande¹⁸⁶ für das deutsche Seerecht Martens¹⁸⁷, das russische Recht¹⁸⁸, das englische Recht¹⁸⁹ und das italienische Recht¹⁹⁰ anführen. Die genannten Ordonnanzen von Karl V. und Philipp II. galten auch in Spanien: dort herrschte mithin die gleiche Regelung¹⁹¹. Von den englischen Seegerichten wurde allerdings seit dem Ende des 18. Jahrhunderts die Halbteilung mehr und mehr auch bei Mitverschulden angewendet, bis diese Praxis durch den *Judicature Act* von 1873 für Fälle von Schiffskollisionen allen Gerichten vorgeschrieben wurde¹⁹². Das gleiche ist für Schottland durch zwei Fälle aus 1824 und 1827 belegt¹⁹³. Das Urteil von Neostadius ist ein Zeichen für den Beginn einer solchen Praxis in den Niederlanden. Für die Lehre von der *maior culpa* ist mir aus dem Bereich des Seerechts keine ausdrückliche Stellungnahme bekannt geworden. Allerdings verwendeten die englischen Common Law Courts selbstverständlich auch im Seerecht die Regel der „immediate cause“¹⁹⁴.

8. Ergebnis

Damit komme ich für Theorie und Praxis des *Usus modernus* zu dem Ergebnis, daß nach der wohl herrschenden, wenn auch nicht immer klar ausgedrückten Lehre, bei beiderseitigem Verschulden der Anspruch des Geschädigten nur entfiel, dann allerdings vollständig, wenn sein Beitrag zur

¹⁸⁶ So auch Leslie F. SCOTT, Collisions at Sea where both ships are in fault, *Law Quarterly Review* 13 (1897) 17.

¹⁸⁷ Georg Friedrich von MARTENS, *Grundriß des Handelsrechts*, Dritte verbesserte Aufl. Göttingen 1820, § 190, p. 203.

¹⁸⁸ Nach Martens § 190, p. 203: Russ. O. Th. II H. XII n. 262.

¹⁸⁹ W. ENDEMANN, *Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Vierter Band, Erste Abteilung: Das Seerecht, Leipzig 1884, p. 288 Note 9. Scott in dem oben Note 186 zitierten Aufsatz p. 19, 20.

¹⁹⁰ Scott p. 17.

¹⁹¹ Scott p. 17.

¹⁹² Scott p. 19, 20. Zur weiteren Geschichte des englischen Rechts unten § 12.

¹⁹³ *Stair Society* Vol. 20, p. 277.

¹⁹⁴ Scott p. 21.

Entstehung des Schadens der ausschlaggebende gewesen war. Diesen Stand hatte die Behandlung des mitwirkenden Verschuldens schon vor Christian Wolff erreicht, von dem die vernunftrechtliche Theorie der proportionalen Schadensteilung stammt. Daher halte ich es für gerechtfertigt, erst jetzt den Bericht über das Buch Aumanns wiederaufnehmend auf die Naturrechtsschule einzugehen, obwohl man dabei mit Hugo Grotius zeitlich zurückgreifen muß.

§ 10 Naturrecht

Für das Naturrecht zitiert Aumann¹⁹⁵ die Werke von Hugo Grotius, Samuel Pufendorf und Christian Wolff. Er kommt zu dem Ergebnis, daß Grotius und Pufendorf im wesentlichen der gemeinrechtlichen Lehre folgten¹⁹⁶. Christian Wolff wird demgegenüber ausführlich als der Vater der modernen Lehre der Schadensteilung im Verhältnis der beiderseitigen Schuld gewürdigt¹⁹⁷.

Meiner Ansicht ist die von Aumann benützte Stelle aus Grotius' *De iure belli et pacis* nicht einschlägig. Grotius führte dort aus¹⁹⁹, wer „*dolo vi aut metu iniusto*“ einen anderen zum Vertragsschluß oder zu einem Versprechen²⁰⁰ veranlasse, schulde Schadensersatz. Das gleiche gelte für die, die für die Erfüllung einer Pflicht zu Unrecht Geld angenommen hätten. § 18 lautet dann:

At qui causam dedit cur vim pati, aut metu cogi debeat habet quod sibi imputet. nam involuntarium ex voluntario ortum habens moraliter pro voluntario habetur²⁰¹.

Aumann (39) nimmt an, daß Grotius hier das Bestehen eines Ersatzanspruches für einen Fall verneine, in dem der Geschädigte selbst Anlaß dazu gegeben hat, daß er durch Gewalt oder Drohung zum Abschluß eines Vertrages gebracht worden ist. Demgegenüber schlage ich folgende Übersetzung vor:

¹⁹⁵ p. 38—50.

¹⁹⁶ p. 39, 40, 48.

¹⁹⁷ p. 42—50.

¹⁹⁸ —

¹⁹⁹ *De iure belli et pacis*, 2.17.17.

²⁰⁰ Aumann p. 38, 39: „Verbrechen“.

²⁰¹ Zitiert nach ed. Amstelodami apud Joannem Janssonium 1651 (Ter Meulen et Diermanse Nr. 576).

Wer Anlaß dazu gibt, daß er mit Gewalt etwas zulassen oder durch Drohung zu etwas gezwungen werden muß, soll sich das selbst zuschreiben; denn ein unfreiwilliger Akt, der seinen Ursprung in einem freiwilligen Verhalten hat, wird im Bereich des Sittlichen als freiwillig behandelt.

Wie im letzten Satz des vorhergehenden Paragraphen nahm also Grotius auch in diesem § 18 jemanden an, der eine bestehende Pflicht nicht erfüllen wollte. Wer aus diesem Grunde mit Gewalt oder durch Drohung zur Pflichterfüllung gebracht werden muß, hat nicht den üblicherweise bei *vis*, *dolus* und *metus* bestehenden Anspruch. Und das nicht wegen Mitverschuldens, sondern weil der also Genötigte von der Rechtsordnung als freiwillig handelnd betrachtet wird. Ein Verschulden des Nötigers ist in diesem Falle nicht unbeachtlich, sondern gar nicht vorhanden.

Die Richtigkeit dieser Interpretation der Stelle wird durch einen Vergleich mit Lessius bestätigt, dessen Gedanken Grotius hier verwendet hat²⁰². Bei Lessius hieß es²⁰³:

Moraliter tamen loquendo, is qui iuste cogitur, non censetur involuntarie consentire: quia voluntarie causam metus et coactionis dedit: . . .²⁰⁴.

Pufendorf folgte an der Hauptstelle zu unserem Thema²⁰⁵ der Linie des älteren gemeinen Rechts. An anderer Stelle²⁰⁶ verlangte er jedoch eine Abwägung der beiderseitigen Schuld, so daß nicht jedes geringste Versehen des Geschädigten zum Verlust des Anspruchs führte. Damit stellte sich

²⁰² Der Hinweis auf Lessius ist in der eben genannten Ausgabe als Randnote neben § 19 enthalten. Krause, Die Naturrechtslehrer des 16. Jahrhunderts, Diss. iur. Göttingen 1949, p. 64 Note a, nahm diese Hinweise erst in den von Gronovius annotierten Ausgaben an.

²⁰³ Leonhard LESSIUS (1554—1623), *De iustitia et iure . . . libri quatuor*, Leuven 1605, hier: Editio septima, Antverpiae 1632, Lib. II, Cap. 17, Dub. 6, Rdn. 43, p. 203.

²⁰⁴ In dem hier dargelegten Sinne ist § 18 auch von den Grotius-Kommentatoren verstanden worden. GRONOVIVS [zit. nach der Ausg. Lausanne 1751—1752 (Ter Meulen et Diermanse Nr. 608)] erklärte die Worte „*qui causam dedit*“ mit „*negando scilicet quod iure ab eo petebatur*“. Seine Note zu „*involuntarium ex voluntario*“ lautet: „*Coactio, quam quis meruit recusando, quod omnino illi faciendum erat, non putatur invito inhibita, sed ipsum cogi voluisse existimatur.*“ BARBEYRAC [Ed. Basel 1746 (Ter Meulen et Diermanse Nr. 656), Vol. 2 p. 7 Note 2 zu § 18] erläuterte: *L'Auteur veut dire, qu'une contrainte, dont on avoit droit d'user envers quelcun, n'empêche pas que son consentement, quoique forcé, ne passe pour libre, . . .* Barbeyrac erwähnte dort allerdings auch die Interpretation von VITRIARIUS, der die Stelle eher als Ausdruck des Gedankens *volenti non fit iniuria* verstanden hatte, ein Gedanke, der oft mit der Regel D. 50.17.203 in Verbindung gebracht worden war.

²⁰⁵ Samuel PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672, 3.1.7. Aumann p. 40. Zu Pufendorf cf. auch oben Note 153 „*in officio suo versatus*“.

²⁰⁶ So in 3.1.6. Nach Aumann p. 40 bei Note 3. Dazu oben Note 122.

Pufendorf auf die Seite der Anhänger der Lehre von der überwiegenden Schuld. Da Aumann die Autoren des *Usus modernus* nicht weiter berücksichtigt hat, hält er Pufendorf für den Urheber des als typisch naturrechtlich bezeichneten Gedankens der Abwägung (41). Der Ansicht Pufendorfs schloß sich später auch Christian Thomasius²⁰⁷ an.

Aumann mißt der Idee der Abwägung der beiden Schuldanteile jedoch mit Recht nicht die entscheidende Bedeutung für die Entwicklung der vernunftrechtlichen Theorie des Mitverschuldens bei. Es ist das große Verdienst von Aumanns Arbeit, Christian Wolff als den Urheber der naturrechtlichen Theorie der Schadensteilung nach dem Verhältnis der Schuld herausgestellt und dann gezeigt zu haben, daß die weitere Dogmengeschichte trotz einiger Rückschläge ein Siegeszug der Wolffschen Idee war (50).

Wolffs Theorie hat das Alles-oder-Nichts-Prinzip überwunden, dem auch noch die Lehre von der Maßgeblichkeit der höheren Schuld bis auf die wenigen oben erwähnten Ausnahmen verhaftet war. Wolff erlegte demjenigen, der in höherem Maße schuldig war, nicht mehr den ganzen Schaden auf, sondern nur einen seiner höheren Schuld entsprechenden, größeren Anteil²⁰⁸. Zu dem Gedanken der Schadensteilung war Wolff von der Vorstellung her gelangt, daß jeder nur nach dem Maße seines Verschuldens für einen Schaden einzutreten habe. Dieser Gedanke führte ihn bei beiderseitigem Verschulden zur Teilung des Schadens (47). Die Vorstellung einer Schadensgemeinschaft spielte demgegenüber keine Rolle (159).

²⁰⁷ Oben Note 123.

²⁰⁸ Aumann p. 42—50. Außer der bei Aumann p. 42 Note 3 und p. 43 Note 1 zitierten Stellen cf. auch Wolff, Pars IV §§ 590, 591. Weiter: Christian Freyherr von WOLFF, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts . . . Auf Verlangen aus dem Lateinischen ins Teutsche übersetzt, Halle im Magdeburgischen 1754, § 283 a. E., p. 176.

Wolffs zentralen Begriff „ratio culpaee“ übersetzt Aumann mit „Art“ oder „Beschaffenheit“ (45) der Schuld. Diese Übersetzung wäre dann angemessen, wenn Wolff die Abwägung der Schuld und damit die Teilung des Schadens nur in den festen Stufen der von ihm entwickelten *species culpaee* (Aumann p. 45 Note 2), nicht aber in jedem beliebigen Verhältnis hätte zulassen wollen. Das hat aber Wolff — wie auch Aumann im Ergebnis annimmt (49) — nicht gewollt: Von den *species culpaee* ist im Zusammenhang mit dem Mitverschulden nicht die Rede (cf. Pars II §§ 629 ss., Pars IV § 591). Vielmehr bezeichnete Wolff die *culpa* dessen, dem das Mitverschulden zur Last fiel, als *imprudencia* (Pars IV § 590). Dieser Begriff bezeichnete keine *culpa* im technischen Sinne und ließ sich nicht unter eine der *species culpaee* einordnen (cf. Aumann p. 45 Note 2, nach Wolff, Institutiones §§ 13, 23). Erfolgte somit die Abwägung nicht nur in den bestimmten Stufen der *culpa*, würde man *ratio* besser mit „Verhältnis“ oder „Maß“ wiedergeben. In diesem Sinne heißt es in der deutschen Übersetzung der Institutiones „Proportion der Schuld“ (§ 283, p. 176).

§ 11 19. Jahrhundert

Die weitere Darstellung Aumanns ist im wesentlichen der allerdings durch die Pandektenwissenschaft gehemmt und durch andere Einflüsse relativierter Ausbreitung der Wolffschen Lehre gewidmet bis zu dem Punkt, an dem er feststellen kann, daß nur auf der Grundlage dieser Lehre eine künftige Rechtsangleichung in Europa erfolgen könne (209).

Von den Kodifikationen der Aufklärungszeit²⁰⁹ folgte der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756 ganz dem gemeinen Recht, und zwar der älteren Doktrin (58-60). Aumann versucht nachzuweisen, daß das gleiche im Prinzip für die sehr differenzierte Lösung des ALR gilt (60-68). Wie jedoch insbesondere ALR I 6 § 20 zeigt (60), stellte es das ALR im Grunde auf die *maior culpa* ab. Der Code Civil regelt das Mitverschulden nicht ausdrücklich (68). Zum ersten Male fand das vernunftrechtliche Prinzip der Schadensteilung in § 1304 des österreichischen ABGB auf den Einfluß von Martini und Zeiller hin gesetzliche Anerkennung²¹⁰.

Was die deutsche Rechtslehre des 19. Jahrhunderts anbelangt²¹¹, so beachtete die historische Schule das Problem des Mitverschuldens relativ wenig und stand im wesentlichen auf dem Standpunkt, den Aumann als Stellung des klassischen römischen Rechts charakterisiert hat (80-85). Die praktische Literatur der ersten Jahrhunderthälfte, insbesondere v. Wening-Ingenheim, folgte der *maior-culpa*-Lehre des jüngeren Usus modernus (87). Das hat Aumann, was er von seinem Ausgangspunkt her auch gar nicht konnte, nicht genügend hervorgehoben.

Das Verdienst dieser Literaturgattung ist im übrigen, daß sie ganz allgemein nach den in D. 19.1.11.12 und D. 19.1.45.1 enthaltenen Prinzipien einzelne Schadensfolgen, für die der Geschädigte verantwortlich war, dem Schädiger nicht zurechnete. Hier führte das Mitverschulden also nicht mehr in jedem Falle zur vollen Klagabweisung, sondern nur zum Verlust des Ersatzanspruchs hinsichtlich selbstverschuldeter Folgeschäden (90). Damit war das alte Alles oder Nichts auch auf dem Boden der romanistischen Doktrin selbst überwunden worden. Dieser Gedanke ging in der Pandektenwissenschaft nicht mehr verloren. Er stellte die wichtigste praktische Änderung der gemeinrechtlichen Theorie gegenüber dem Rechtszustand des *Usus modernus* dar und war vielleicht eine Frucht des Bruchs der Historischen Schule mit

²⁰⁹ Hauptteil C, p. 58—79.

²¹⁰ p. 70—79, Lawson p. 56.

²¹¹ Hauptteil D, p. 80—140.

der im Mittelalter begründeten gemeinrechtlichen Tradition. Daß dieser Bruch in unserer Lehre aber nicht so vollständig war, wie ganz generell oft angenommen wird²¹², beweist das Überleben der *maior culpa*-Regel des *Usus modernus* im 19. Jahrhundert. Die Pandektenwissenschaft bemühte sich im übrigen im wesentlichen nur um neue dogmatische Begründungen für den Wegfall des Ersatzanspruchs (125). Alle Theorien bewegten sich dabei in der Hauptsache um den Gedanken der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bei *überwiegendem*²¹³ Mitverschulden (101—129)^{213a}.

Die gleiche Linie etwa hielten auch die Darstellungen des preußischen Rechts von Koch (95-97) und Förster (129, 130). Bornemann (91-95) ging einen Schritt weiter und wollte nicht nur für die Folgeschäden, sondern auch für das „schädliche Ereignis“ selbst berücksichtigen, wie weit der Geschädigte sich den erlittenen Schaden selbst zuzurechnen hatte. Damit gelangte er für die praktische Konsequenz zur gleichen Lösung wie das österreichische ABGB. Sehr ähnlich war Dernburgs Stellungnahme zum preußischen Recht: Der Schadensteil, für den das Verhalten des Verletzten die Hauptursache bildete, wurde dem Schaden, für den der Schadensstifter verantwortlich war, nicht zugerechnet (131). Mit dem Begriff der Hauptursache knüpfte Dernburg an die *maior culpa* des *Usus modernus* an, dessen Auffassung sich auch im ALR niedergeschlagen hatte²¹⁴.

Die Stellungnahmen von Bornemann und Dernburg zeigen noch deutlicher als die Anwendung der Prinzipien aus D. 19.1.11.12 und D. 19.1.45.1²¹⁵, daß der Gedanke der Schadensteilung sich durchzusetzen begann. Aumann unterstreicht aber zu Recht, daß die romanistische Doktrin, die einzelne Schadensteile und Schadensfolgen der einen oder der anderen Partei auferlegen wollte, gegenüber der Lösung des ABGB, die auf der Teilung eines einheitlich berechneten Schadens beruht, im Nachteil war (137-140). Allerdings ist zu beachten, daß die österreichische Rechtsprechung trotz dieses

²¹² Insbes. die Wertschätzung von Donellus wird belegt durch die Ausgabe der Commentarii, Nürnberg 1826, durch Bucher und der Opera Omnia, Maceratae 1832. Dazu auch: Savigny, Methodenlehre (ed. Wesenberg), p. 63.

²¹³ „Überwiegend“ nach Hedemann p. 103 Note 17.

^{213a} Die Pandektenwissenschaft war also mit Rücksicht auf die Quellenlage des römischen Rechts nicht bereit, die „vernünftige“ Theorie Wolffs zu übernehmen [cf. die entsprechenden Beobachtungen zur Zession bei: Luig, Zessionslehre p. 40, 46 ss.; dazu Wieacker, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, in: Juristenjahrbuch 9 (1968/69) 13, 20]. Der Fortschritt kam schließlich von Seiten der Rechtsprechung und Gesetzgebung (dazu unten).

²¹⁴ Oben S. 232.

²¹⁵ Diese Stellen werden von Aumann (83 et passim) als „römischrechtliche Ausnahmenscheidungen“ bezeichnet.

Vorteils mangels geeigneter Abwägungsmaßstäbe die an sich nur subsidiäre Halbteilung zur Regel gemacht hatte (138).

Für die Rechtsprechung in Deutschland²¹⁶ hat Aumann zunächst eine starke Abhängigkeit von der Pandektenwissenschaft beobachtet. Um unbillige Lösungen zu vermeiden, stellte die Praxis aber in zunehmendem Umfang auf die überwiegende Verantwortlichkeit einer der beiden Seiten ab, folgte also der Lehre von der *maior culpa* wie etwa v. Wening-Ingenheim und Dernburg. Da Aumann die Bedeutung dieser Lehre für den *Usus modernus* nicht genügend gewürdigt hatte, erscheint das für ihn als der erste Schritt hin zur Anwendung des Prinzips von Wolff (171). Der Grundsatz der richterlichen Schadensschätzung gemäß § 260 RCPO (§ 287 ZPO) erlaubte dann dem Reichsgericht, in der praktischen Konsequenz die vernunftrechtliche Regel der Verteilung des Schadens voll anzuwenden (172 ss.). Das Reichsgericht war der Ansicht, daß der Richter bei Mitverschulden den Betrag des zu ersetzenden Schadens unter Benutzung des ihm durch § 260 RCPO gewährten Ermessensspielraums festsetzen könne (173). Für Aumann ist das der Sieg der Lehre von Christian Wolff. Betrachtet man dieses Ergebnis aber im Lichte der hier besonders betonten Erkenntnis, daß die gemeinrechtliche Lehre von der *maior culpa* im wesentlichen auch das 19. Jahrhundert beherrscht hat, so kann das Urteil des Reichsgerichts^{216a} auch als Vollendung einer Entwicklung angesehen werden, deren Anfänge in den oben genannten Entscheidungen von Schoepff und Leyser lagen.

Ein Ausblick auf das französische Recht rundet die Darstellung von Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts ab (132-136). Im französischen Vertragsrecht wurden die Probleme des Mitverschuldens mit Hilfe der Frage nach der Vorhersehbarkeit des Schadens gelöst (132-133). Für das Deliktsrecht hat Lawson²¹⁷ beobachtet, daß die französischen Gerichte vor dem Erlaß des Code Civil gelegentlich die vernunftrechtliche Schadens- teilung angewendet hatten. Lawson hat diese Beobachtung nicht belegt. Aumann ist offensichtlich kein Beispiel dafür bekannt geworden. Er kommt im übrigen wie Lawson zu dem Ergebnis, daß sich in Frankreich nach anfänglichem Festhalten an dem gemeinrechtlichen Prinzip — und zwar, wie man ergänzen muß, dem Prinzip des überwiegenden Verschuldens²¹⁸ —

²¹⁶ Hauptteil F, p. 168—174.

^{216a} RGZ 10, 74 (80).

²¹⁷ p. 56.

²¹⁸ Lawson p. 56: proximate cause rule. Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, Tome 10, Paris 1810, Teil 2, p. 138 (Turin 26. 8. 1809): ... doit plutôt se reprocher son imprudence, que rejeter la faute sur M. O.

die der vernunftrechtlichen Lösung entsprechende Lehre von der „faute commune“ durchgesetzt hat (135). Die Entwicklung war vor 1850 abgeschlossen²¹⁹. Ein unmittelbarer Einfluß von Wolff hat nach den Forschungen Aumanns (136) offenbar nicht bestanden²²⁰. Die Entwicklung ist in Frankreich ebenso wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes angestoßen worden durch die Anerkennung des richterlichen Ermessens bei der Beurteilung der Frage nach dem Schuldigen und der Festsetzung des Schadensersatzes²²¹. Die Wirkung der Wolffschen Theorie war demnach für die Entwicklung der Lehre von der Schadensteilung nicht so ganz allein entscheidend, wie es nach Aumann (50, 191) zunächst der Fall zu sein scheint.

In den Entwürfen für Kodifikationen für die deutschen Länder Hessen, Sachsen und Bayern im 19. Jahrhundert²²² ist noch das vernunftrechtliche Prinzip der Teilung des einheitlich berechneten Schadens mit der auf den „römischrechtlichen Ausnahmeentscheidungen“²²³ beruhenden Unterscheidung einzelner Schadensfolgen verbunden worden. Das sächsische BGB kodifizierte dann jedoch vollständig die von der Pandektenwissenschaft erarbeitete Lösung (152-155), während der Dresdener Entwurf sich noch stärker an der älteren gemeinrechtlichen Doktrin orientierte (155-157). Dieser Lösung folgte auch das ADHGB für den Fall der Kollision zweier Schiffe in Art. 737 (160).

Standen somit die deutschen Kodifikationsbewegungen unter dem zunehmenden Einfluß der Pandektenwissenschaft, so triumphierte in der Gesetzgebung der Schweiz unter dem Einfluß des ABGB von Österreich und der französischen Rechtslehre die vernunftrechtliche Regelung (161-168).

Das deutsche BGB übernahm dann nach dem Vorbild der Schweiz und unter dem Einfluß der Rechtsprechung in vollem Umfange die Regelung des Vernunftrechts²²⁴.

²¹⁹ Lawson p. 56.

²²⁰ Dazu allg. etwa: Marcel THOMANN, Influence du philosophe-juriste allemand Christian Wolff (1679—1754) sur la pensée politique et juridique du XVIIIe siècle français, in RHD 45 (1967) 733.

²²¹ Aumann p. 135. Außerdem bes. deutlich Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, I—VIII Paris 1869—1878, Vol. IV § 446 p. 755 bei Note 5.

²²² Hauptteil E, p. 140—152.

²²³ Zu diesem Begriff p. 143, 147, 149, 152. Cf. oben Note 215.

²²⁴ Hauptteil G, p. 175—190.

§ 12 Rechtsvergleichung: Das moderne englische Recht

In einem rechtsvergleichenden Abschnitt (199–208) weist Aumann zur Stützung seiner rechtspolitischen These nach, daß sich die vernunftrechtlichen Gedanken außer in den bereits im historischen Teil der Arbeit behandelten Ländern (Österreich, Frankreich, Schweiz) auch in anderen europäischen Ländern durchgesetzt haben. Er berichtet über das Schweizer Obligationenrecht von 1911 (199), Griechenland (200), Italien (201), England (203), Rußland (204) und die skandinavischen Länder (207). Hier hätte man — in einer vorwiegend historischen Arbeit — die entwicklungsgeschichtlichen Abhängigkeiten der einzelnen Rechtsordnungen noch deutlicher herausstellen können²²⁵. Zur Ergänzung läßt sich anführen, daß das Prinzip der Schadensteilung nach dem Grade der beiderseitigen Schuld nach französischem Vorbild von Quebec rezipiert worden ist, von wo es auf andere kanadische Provinzen übergriff²²⁶. Auch einige Staaten der USA haben es inzwischen adoptiert²²⁷.

Aumann hat allerdings übersehen, daß dieses Prinzip heute auch im englischen und schottischen Recht verankert ist. Dabei wäre diese Übernahme ein zusätzliches Argument für die Annahme Aumanns, daß nur auf der Grundlage des Prinzips der Schadensteilung eine europäische Rechtsanglei-

²²⁵ Das gilt insbesondere für die italienische Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert. Hier waren Einflüsse des Code Civil und der französischen Rechtslehre, des österreichischen Rechts und später der Pandektenwissenschaft wirksam. Die meisten Gesetzbücher der Einzelstaaten trafen keine gesetzliche Regelung des Problems. In den zu Österreich gehörenden Territorien wurde teilweise die Vorschrift des § 1304 öABGB eingeführt [So für die Lombardei und Venetien durch den Codice Civile universale Austriaco pel Regno Lombardo-Veneto, Edizione Ufficiale, Milano 1815. Nicht in Parma, cf. Codice Civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalia, Parma 1820]. Der Codice Civile von 1865 enthielt keine Bestimmung. Rechtsprechung und Lehre verwendeten unter der Geltung dieses Gesetzbuches das Prinzip der Kulpakompensation [Commentario del Codice Civile a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Bologna — Roma 1967, zu Art. 1227 p. 335 (erläutert von Massimo BIANCA)]. Auf der Grundlage dieses Prinzips wurde im Laufe der Zeit die Schadensteilung im Verhältnis der Schuld mehr und mehr anerkannt und schließlich durch Art. 1227 des Codice Civile von 1942 sanktioniert [Bianca p. 336]. Zu wichtigen Stufen in der Entwicklung cf. die Urteilsbesprechungen von B. Brugi in Riv. di Diritto Commerciale VI 2 (1908) 13—18 und G. Valeri ibid. 262—275.

²²⁶ Lawson p. 57.

²²⁷ Reginald PARKER, Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960, p. 179, 180. Das amerikanische Recht verwendet die Bezeichnung „comparative negligence“. William L. PROSSER, Handbook of the Law of Torts, Third Edition, St. Paul (Minn.) 1964, p. 443 ss. Gegen Lawsons Annahme (p. 57) gilt vermutlich in Louisiana in diesem Punkte nicht „oddly enough“ common law, sondern *ius commune*, wie es in Frankreich vor dem Code Civil galt.

chung erfolgen könne (209). Die frühere Behandlung des Mitverschuldens im common law ist oben erwähnt worden: Die „proximate cause rule“ entsprach im Ergebnis der im *Usus modernus* vorherrschenden Theorie der *culpa maior*. Die Teilung des Schadens entsprechend dem Verhältnis der Schuld wurde durch den Maritime Conventions Act von 1911²²⁸ zuerst in das Seerecht Englands und Schottlands eingeführt. Nach dessen Vorbild ist sie schließlich im Jahre 1945, ebenfalls mit Geltung für England und Schottland, auch im allgemeinen Schadensersatzrecht verankert worden²²⁹.

Die für das common law erarbeiteten Grundsätze der Abwägung der maßgeblichen Verantwortlichkeit haben jedoch die gesetzliche Einführung des modernen Prinzips überdauert. Auch heute noch kommen die britischen Gerichte in klaren Fällen nach den alten Leitgedanken statt zur Schadens- teilung zur Verurteilung oder Abweisung der Klage in vollem Umfange²³⁰. Dies ist ein Beispiel für das von Coing beobachtete Phänomen, daß sich gegenüber Kodifikationen immer wieder auch Gedanken des älteren Rechts erhalten²³¹. Ähnliche Regeln, die dazu führen, daß ein nur in ganz geringem Maße sachwidriges Verhalten des Geschädigten nicht seinen Schadensersatzanspruch mindert, lassen sich auch im französischen²³² und deutschen²³³ Recht beobachten. Im Zusammenhang mit der rechtspolitischen These Aumanns ist darauf hinzuweisen, daß diese Regeln, soweit sie revisibles Recht darstellen²³⁴, bei einer etwaigen künftigen Rechtsangleichung zu berücksichtigen wären.

§ 13 Schlußbemerkung

Die moderne Regelung, bei Mitverschulden den Schaden nach dem Maße der beiderseitigen Verantwortlichkeit zwischen Schädiger und Geschädigtem zu verteilen, beruht nach allem auf zwei Grundsätzen: zum ersten auf der

²²⁸ 1 + 2 Geo. 5, c. 57. Salmond p. 330. Smith, Short Com. p. 700.

²²⁹ Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, 8 + 9 Geo. 6, c. 28. Salmond p. 333. Smith, Short Com. p. 700.

²³⁰ Schwankend in der Beurteilung noch Lawson p. 57. Entschieden in dem im Text dargelegten Sinne: Charlesworth Nr. 1124, Salmond p. 330, 344—349, Smith p. 703. Gegen einen Zusammenhang der modernen Abgrenzungsregeln mit den alten Leitgedanken Walker (oben Note 168) I p. 365 s.

²³¹ COING, *RabelsZ* 32 (1968) 1, hier 19.

²³² Nach Lawson p. 57, der auf PLANIOL et RIPERT VI Nr. 540 (ed. 1930) verweist.

²³³ Staudinger § 254 Rdn. 44 ss., Esser (Aufl. 1960) p. 277. Der Bundesgerichtshof ist jedoch sehr zurückhaltend im Aufstellen fester Regeln für diese Frage (BGHZ 34, 355, 364).

²³⁴ Dazu Staudinger § 254 Rdn. 42 und 77.

Abwägung des beiderseitigen Beitrages zum Eintritt des Schadens, zum zweiten auf dem Gedanken der Teilbarkeit des gesamten entstandenen Schadens, so daß jeder Partei nach ihrer Schuld ein bestimmter Teil zugewiesen werden kann.

Beide Gedanken hat Aumann als Schöpfungen des Vernunftrechts erklärt. In Wahrheit ist aber das Prinzip der Abwägung, wenn nicht schon im römischen Recht, so doch dann im *Usus modernus* allmählich herausgearbeitet worden und war vor Wolff fester Bestandteil von Theorie und Praxis des europäischen *ius commune*. Was den zweiten Gedanken anbelangt, so hat Aumann überzeugend den Siegeszug des Prinzips der Schadensteilung nach dem Verhältnis der Schuld in der Rechtsgeschichte seit Christian Wolff dargestellt. Dabei ist die Verbreitung dieses Instituts mehr durch die Gesetzgebung als durch die Rechtswissenschaft gefördert worden. Die Bedeutung Wolffs für die Entwicklung dieser Theorie wird nur wenig dadurch geschmälert, daß man teilweise auch auf der Grundlage der freien richterlichen Schadensschätzung zu dem gleichen Ergebnis gelangte.