

WYDZIAŁY POLITECHNICZNE KRAKÓW

BIBLIOTEKA GŁÓWNA

II
L. nrw.

2454

Biblioteka Politechniki Krakowskiej



10000297253

入
2721

Vis maior

und

Betriebsgefahr.

Von

Dr. Erich Volkmar.

7. Nr. 23545



Berlin 1900.
Verlag von E. Ebering.

2721
X

BIBLIOTEKA POLITECHNICZNA
KRAKÓW

II 2454

Akc. Nr. 1420/49

Seinem hochverehrten Lehrer

dem

Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Pernice

in Dankbarkeit.

Einleitung.

Die Haftung bis zur höheren Gewalt ist, seit sie zuerst in Labeos Zeit im römischen Recht entwickelt wurde, für die Juristen bis heute Gegenstand zahlreicher Zweifel und Streitfragen gewesen.

Deutete einerseits der Name „vis maior“ darauf hin, dass es sich dabei um eine über die Culpahaftung weit hinausgehende besondere Haftung handle, so getraute man sich andererseits doch nicht, die Möglichkeit einer solchen offen anzuerkennen, da die ganzen Schadensersatzlehre des späteren römischen Rechts vom Prinzip der Ersatzpflicht für Verschulden beherrscht ist.

Deshalb betrachten schon die Römer, am meisten aber zahlreiche moderne Juristen die vis maior-Haftung als einen Störenfried in der einheitlich gegliederten Schadensersatzlehre. Sie geben sich Mühe, der vis maior-Haftung eine möglichst subjektive Färbung zu verleihen, um sie der Culpahaftung ähnlicher zu machen, ja einige unter den neusten wollen sie ganz beseitigen.¹

Trotzdem ist die vis maior-Haftung im gemeinen Recht beibehalten, ist sogar ihr Anwendungsgebiet im Laufe der Zeit noch bedeutend erweitert worden, und unsere neuen Gesetze haben sie gleichfalls aufgenommen. Die Jurisprudenz wird also auch in Zukunft nicht aufhören dürfen, auf diesem vielumstrittenen Gebiete nach Klarheit zu suchen.

1. So Goldschmidt u. Gerth.

Dabei wird man eins besonders bedenken müssen. Die Haftung bis zur höheren Gewalt kann erst dann für die moderne Rechtssprechung praktisch wertvoll sein, wenn es gelingt, ihr unter voller Wahrung ihrer sie von der Culpahaftung unterscheidenden Eigentümlichkeit einen festen Platz in unserem Rechtssystem anzuweisen, sie nicht mehr als einen Fremdkörper, sondern als ein nützliches Glied des Ganzen anzusehen.

Wäre dies möglich, so müssten schon im römischen Recht, von dem unser Institut ausgegangen ist, Spuren zu entdecken sein, die auf ein allgemeines Rechtsprinzip hindeuten, aus dem sich die vis maior-Haftung ausreichend erklären lässt. Freilich dürfen wir uns nicht verhehlen, dass das corpus iuris hierüber nur Andeutungen enthält, die verstreut und oft sich widersprechend nur zu leicht den Suchenden auf falsche Fährte lenken.

Mit Unrecht halten viele² ein solches Suchen für wenig fruchtbringend. Gerade das Fehlen eines festen Prinzips, aus dem die vis maior-Haftung sich theoretisch rechtfertigen liesse, hat die grosse Unsicherheit in der Abgrenzung des Begriffes der vis maior hervorgebracht.

Wir müssen bei unserer Untersuchung zwei Gruppen von Fällen unterscheiden.

1. Diejenigen, bei denen es sich handelt um die Haftung eines Unternehmens für Schaden, den jemand innerhalb seines Betriebes erlitten hat. (Dahin gehört die Haftung der Gastwirte, der Eisenbahnen u. a.)

2. Solche, wo einem Privatmann gegenüber die an das Unterlassen einer bestimmten Handlung geknüpften Rechtsnachteile dann nicht eintreten, wenn er an der Vornahme der betreffenden Handlung durch höhere Gewalt

2. So namentlich Fischer in seiner Schrift: „vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung.“ Iherings Jahrbücher Bd. 37 S. 225, 278 f.

verhindert worden ist. (Dahin gehören die hauptsächlich im modernen Recht ausgebildeten Regeln über die Restitution gegen die Versäumung einer Notfrist, den Ablauf der Verjährung u. a.)

Da der Begriff der höheren Gewalt bei der ersten Gruppe ausgebildet und erst von dort auf die Fälle der zweiten Gruppe übertragen ist, scheint es ratsam, jene zuerst und abgesondert zu behandeln.

Vis maior bei Haftung der Gastwirte, Schiffer etc.

A. Historischer Teil.

I. Römisches Recht.

1. Historische Entwicklung.

Die Haftung bis zur höheren Gewalt steht in ihrer historischen Entwicklung unleugbar im Zusammenhang mit einer im älteren römischen Recht häufigen, unbedingten Haftung für custodia im technischen Sinne.³ Was allerdings dieser Custodiabegriff zu bedeuten habe, darüber herrscht noch heute keine Einigkeit. Jedenfalls wird man, wie Pernice (a. a. O. S. 350 ff.) ausführt, folgendes als sicher annehmen dürfen: Der Custodiahaftung waren unterworfen der Walker,⁴ der Kommodatar,⁴ der Pfandgläubiger⁵ und der horrearius,⁶ sowie auch der Verkäufer hinsichtlich der noch

3. So Pernice, *Labeo* Bd. II 1. A. S. 346 ff. fr. 1 § 8 *naut. caup.* 4, 9; fr. 5 *pr. h. t. . .*, fr. 1 § 4 *furti adv. naut.* 47, 5 fr. 14 § 17 *d. f.* 47, 2. Hiernach ist der historische Zusammenhang zwischen custodia und vis maior nicht gut zu bezweifeln. Auch Baron „*Archiv für Civ. Praxis*“ Bd. 52 Nr. 2 Bd. 78 Nr. 7 und Bruckner, „*custodia nebst Beziehung zur vis maior*“, *Brinz Pandekten* Bd. II §§ 268, 269 gehen davon aus, ebenso Biermann, *Cust u. v. m. Zeitschrift der Savignystiftung* Bd. 12 Nr. 3. Dagegen Fischer a. a. O. S. 218 und Stintzing über vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung. *Archiv für civ. Pr.* Bd. 81 S. 431–438.

4. *Gaius Inst.* III § 206, § 16 *d. obl. ex d.* 4, 1; *c.* 22 § 1 *de f.* 6, 2.

5. *Fr.* 13 § 1 *d. pig. act.* 13, 7; *c.* 19 *de pig.* 8, 13.

6. *Fr.* 60 § 9 *loc.* 19, 2, *fr.* 55 *pr. h. t. c.* 1 *de loc.* 4, 15.

nicht tradierten Sache.⁷ Alle diese Personen wurden für gewisse Schäden, die die ihrer Obhut anvertrauten Sachen erlitten,⁸ unbedingt, ohne Rücksicht auf Verschulden verantwortlich gemacht.

In den meisten dieser Fälle aber bildete sich die unbedingte Haftung im Laufe der Zeit zur einfachen Culpa-haftung um.⁹ Es hatte sich eben das Princip Bahn gebrochen, „dass bei nicht zu beschaffender Leistung die Verschuldung die Voraussetzung der vollen Haftung sei.“¹⁰ Diesem Grundsatz konnte eine von dem Verschulden des Verpflichteten unabhängige Haftung nicht Stand halten.

Dennoch hat sich das Culpaprinzip nicht überall durchgerungen. In einer kleinen Gruppe von Fällen finden wir noch im justinianischen Recht eine mit der alten Custodiahaftung im Wesentlichen übereinstimmende Verpflichtung: die der Gastwirte, Schiffer und Stallhalter.

Diese haften den Reisenden im Gegensatz zum gewöhnlichen locator¹¹ für die Integrität aller Sachen, die

7. Fr. 15 § 1 de per c. c. 18, 6. — Baron u. Brinz fassen diese Fälle unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammen. Baron a. a. O. Bd. 78 S. 277: „Wer von einem Geschäfte Vorteil hat und kraft dieses Geschäfts eine fremde bewegliche Sache in seine Hände bekommt, prästiert bezüglich ihrer die technische custodia;“ u. Brinz a. a. O. S. 267 sagt, wer eine fremde Sache mit Wissen u. Willen ihres Herrn habe, hafte für custodia.

8. Namentlich, wenn die Sachen gestohlen worden waren.

9. So ausser Pernice auch Biermann a. a. O. Baron u. Bruckner a. a. O. übersehen die historische Entwicklung, die hier stattgefunden hat, gänzlich. Vgl. fr. 41 loc. 19, 2; fr. 5 §§ 5 u. 13; fr. 10 com. 13, 6; § 4 quib. mod. 3, 14; fr. 35 § 4 de contr. cmpt. 18, 1; fr. 2 § 1 de per. 18, 6, vgl. a. Ihering, Schuldmoment, S. 40.

10. Ihering, Schuldmoment S. 49.

11. Fr. 3 § 1 h. t. 4, 9.

sie oder ihre Leute übernommen haben, unbedingt.¹² Sie haben die custodia (das periculum,¹³ das periculum custodiae¹⁴) mit der Annahme der Sachen übernommen. Ausdrücklich wird darauf aufmerksam gemacht, dass sie nicht nur für Verschulden ihrer Angestellten, sondern auch für das der Mitreisenden einzustehen haben.¹⁵ Dies soll, wie besonders betont wird, auch dann gelten, wenn von einer culpa des Wirtes oder Schiffers nicht die Rede sein kann (etiamsi sine culpa eius res perit). Nur in den Fällen höherer Gewalt, wie Schiffbruch, Ueberfall von Seeräubern u. a. soll Befreiung von der Haftung erfolgen (si quid damno fatali contingit fr. 3 § 1 h. t.)¹⁶

12. Fr. 1 pr. §§ 6 u. 8, fr. 3 pr. h. t.

13. Fr. 3 pr. fr. 4 pr. h. t.; fr. 14 § 17 de furt. 47, 2.

14. Fr. 1 § 4 furt. adv. naut. 47, 5.

15. Fr. 1 § 8 fr. 2 h. t. Hieraus hat Goldschmidt, „Zeitschrift für Handelsrecht“ Bd. 3 S. 96 den Schluss gezogen, dass für Handlungen Dritter der Wirt nicht zu haften brauche. Eine solche Auslegung scheint aber bedenklich, da wir sonst keinen Anhalt für die Annahme einer derartigen Einschränkung der Haftung haben. Wahrscheinlich wollte Ulpian mit seiner Aufzählung die Ausdehnung der Haftung aus dem receptum nicht erschöpfen, sondern nur besonders hervorheben, dass die Haftung der Gastwirte ex recepto auch für Handlungen der Reisenden galt, vielleicht im Gegensatz zu ihrer Haftung aus der Diebstahlsklage, die nur bei Diebstählen des Personals, nicht aber bei Diebstählen der Reisenden gegeben wurde. Vgl. fr. 1 § 6 f. a. n. 47, 5.

16. Wie der Wortlaut des prätorischen Edikts zeigt, war auch diese Beschränkung der Haftung ex recepto ursprünglich fremd. (Ait praetor: nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.) Erst zu Labeos Zeit wurde aus Billigkeitsrücksichten die vis maior-Grenze eingeführt, und zugleich die ausserordentliche Haftung der Gastwirte der geläufigen Custodiahaftung möglichst angenähert. Als dann später die Custodiahaftung zur einfachen Culpahaftung wurde, verharrte die Haftung ex recepto weiter in dem zu Labeos Zeit begründeten Zustand.

Aehnlich wie die Gastwirte haftet auch der horrearius.¹⁷

Ausserdem ist von der höheren Gewalt noch die Rede bei der Remission des Pachtzinses¹⁸ und beim Werkvertrag hinsichtlich des Gefahrüberganges.¹⁹

In allen diesen Fällen ist der Gegensatz, in dem die Haftung bis zur vis maior zu dem sonst fast überall siegenden Culpaprinzip steht, durchaus unlegbar.

Allerdings wird vielfach behauptet, worauf wir noch später zurückkommen werden, dass auch hier die Haftung keine unbedingte, sondern eine auf die Verpflichtung zur allergrössten Sorgfalt beschränkte sei. Hierfür werden auch zahlreiche Pandektenstellen angeführt. Sie beziehen sich aber sämtlich nicht auf den Wirt und Schiffer, sondern auf den Kommodatar, Pfandgläubiger etc., können daher für die Haftung der Gastwirte nicht massgebend sein. Ist doch, wie schon erwähnt, die Stellung der Gastwirte einerseits und des Kommodatars, Pfandgläubigers etc. andererseits, im späteren römischen Recht eine durchaus verschiedene.²⁰

2. Theoretische Stellung der römischen Juristen zur vis maior-Haftung.

Die römischen Juristen empfanden auch die Ausnahmestellung, die die Haftung der Schiffer und Gastwirte im System ihres Rechts einnahm, sehr lebhaft. Daher die, wie eine Entschuldigung klingende Erklärung Ulpians, eine so strenge Haftung sei nötig, um den Betrügereien

17. Fr. 55 pr. fr. 60 § 9 loc. 19, 2; c. 1 loc. 4, 65.

18. Fr. 15 § 2 fr. 25 § 6 loc.

19. Fr. 62, fr. 59, fr. 37 h. t. 19, 2 vgl. hierüber unten.

20. Dies verkennt namentlich Huber, „zum Begriff der höheren Gewalt,“ Berner Inauguraldiss. S. 35 ff.

dieser Leute zu steuern²¹ und der etwas naiv anmutende Satz, sie brauchten ja gar keine Geschäfte mit Reisenden einzugehen, wenn sie nicht wollten.²² Ein anderer Jurist, Gaius, macht den Versuch, das Exceptionelle, das in der Haftung bis zur höheren Gewalt liegt, möglichst zu verwischen. So stellt er sie z. B. mit der Haftung des *fullo*

21. Fr. I § I h. t. 4, 9. Diese schon von Pernice a. a. O. S. 348 Note 9 und Exner in seinem Aufsatz über die *vis maior* in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 nicht ernst genommene Bemerkung Ulpians sucht neuerdings wieder zu Ehren zu bringen Fischer a. a. O. S. 279. Doch wird man ihm schwerlich Recht geben können. Es wäre auch sehr unpraktisch vom Prätor gewesen, mit einem solchen Gesetz die Gastwirte bessern zu wollen; denn wie Ulpians eigne Worte, „*cum ne nunc quidem abstineant huius modi fraudibus*“ zeigen, stand die angeblich heilsame Wirkung nach dieser Richtung nur auf dem Papier, vgl. auch die Glosse „*etiam post hoc edictum huius modi flagitiis non abstinebant*“.

22. Fr. I § I h. t. Diesen Ausspruch verteidigt lebhaft Huber a. a. O. S. 17. Sollte er aber in Wahrheit zutreffen? Hatte der Sohn des Gastwirts, den der Vater nichts anderes lernen liess als sein eignes Gewerbe, wirklich die freie Wahl, ob er nach dem Tode des Vaters die Wirtschaft übernehmen oder einen anderen Beruf ergreifen wollte? — Das Unlogische, das in diesem Ausspruch liegt, wenn man ihn wörtlich nimmt, veranlasste Ude (Zeitschrift der Savignystiftung röm. Abt. Bd. 12 Nr. 4) nach einem verborgenen tiefen Sinn zu suchen. Er kam zu der Ansicht, dass das *recipere* nur „ein compendiöser Ausdruck“ sei für „*salvum fore recipere*“ und dass die im prätorischen Edikt aufgestellte Haftpflicht der Gastwirte nicht schlechthin gegolten habe, im Gegenteil nur für den Fall, dass sie die Sachen der Reisenden „*recipiert*“ d. h. also mit dem Versprechen aufgenommen hatten, sie unversehrt zurückzugeben. So hätte dann allerdings Ulpians Wort, „*nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant*“, einen guten Sinn. Dennoch ist die Vermutung Udes nicht genügend begründet. Ist es doch sogar streitig, ob überhaupt die Haftpflicht der Gastwirte aus dem prätor. Ed. auf ein besonderes, in früheren Zeiten übliches Haftungsversprechen zurückzuführen ist. (Vgl. Dernburg Pand. Bd. II § 39 Anm. 3; Fischer

und sarcinator auf eine Linie,²³ die doch zu seiner Zeit bereits in die einfache Culpahaftung übergang.²⁴ Charakteristisch ist auch eine andere, nicht auf den nauta bezügliche Stelle, in der auch von vis maior die Rede ist, fr. 1 § 4 de obl. e. act. 44,7 .. „is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest vel incendio, ruina, naufragio rem amiserit, securus est, alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur.“²⁵ Die Heranziehung der vis maior ist hier ganz überflüssig, da Gaius nachher selbst sagt, auch wenn nicht vis maior vorliegt, könne der Schuldner doch noch befreit werden, sofern er nur die grösste Sorgfalt angewendet habe.²⁶

Es zeigt sich eben auch hier das Bestreben möglichst zwischen der alten strengen vis maior-Haftung und dem zu Gaius's Zeiten bereits vorherrschenden Diligenzprinzip eine Verbindung zu finden. So ist es auch wohl zu erklären, dass in vielen Fällen, in denen bereits das Prinzip keine Haftung ohne culpa gesiegt hatte, dennoch der Begriff der vis maior weiterverwendet und so in diesen Stellen als gleichbedeutend mit gewöhnlichem casus gebraucht wurde, obwohl er doch bei der Haftung der Schiffer und

a. a. O. S. 260). Aber selbst wenn man dies fest annimmt, kann man nicht soweit gehen, dass man sagt, auch nach dem Edikt müsse der Gastwirt die Haftung erst ausdrücklich bei Aufnahme der Sachen übernehmen. (Vgl. Windsch. Pand. Bd. II § 384 Anm. 4, Pernice a. a. O. S. 347 ff.) Dagegen spricht besonders fr. 1 § 8 h. t.

23. Fr. 5 pr. h. t.

24. Fr. 41 loc. 19, 4.

25. Ebenso § 2 qu. mod. 3, 14.

26. Diese Stelle ist infolgedessen von Goldschmidt als Beweis dafür angesehen worden, dass die Haftung bis zur höheren Gewalt nur eine gesteigerte Deligenzpflicht sei, obwohl dies gerade nicht daraus hervorgeht.

Wirte nach wie vor eine ganz andere Bedeutung hatte.²⁷ Selbst, wo sie eine Haftung ohne Verschulden thatsächlich anerkennen, suchen die römischen Juristen wenigstens durch die äussere Formulierung ihrer Aussprüche einen Schein von Uebereinstimmung mit dem Culpaprinzip zu erzielen, so z. B. durch den oft wiederkehrenden Ausdruck *vis maior* sei eine *vis, cui resisti non potest*; sie gebrauchen ihn auch dann, wenn die von ihnen selbst angeführten Beispiele ergeben, dass es in Bezug auf die Entscheidung, ob ein Ereignis als *vis maior* anzusehen sei oder nicht, durchaus nicht auf die Abwendbarkeit oder Unabwendbarkeit ankomme, dass vielmehr auch ein schlechthin unabwendbarer Zufall oft nicht als *vis maior*, sondern als einfacher *casus* anzusehen sei.²⁸

II. Gemeines Recht und deutsches Partikularrecht.

I. Die älteren Theorien.

Wenn nun auch die römischen Juristen dem Wortlaut des prätorischen Edikts gegenüber trotz ihres Bestrebens, das Culpaprinzip überall zur Geltung zu bringen, nicht soweit gegangen sind, dass sie auch der *vis maior*-Haftung der Gastwirte offen den objektiven Charakter absprachen, so waren die erwähnten Bemerkungen doch für die Folgezeit von grosser Bedeutung; denn sie lieferten die ersten Bausteine zu der bekannten, sogenannten subjektiven Theorie. Wie Exner in seiner Schrift „Begriff der höheren Gewalt“ entwickelt, haben schon die Glossatoren an die erwähnten Bemerkungen angeknüpft. Ausdrücke wie *casus, cui humana infirmitas resistere non potest*, wurden zu festen Prinzipien

27. Fr. 2 § 1 de per. c. com. 18, 6; §§ 2 u. 4 q. m. r. c. 3, 14; fr. 30 de p. a. 13, 7; fr. 18 pr. com. 13, 6.

28. Namentlich fr. 15 § 2 loc. 19, 2. Diese Stelle ist später eingehender besprochen.

erhoben. Was zunächst nur eine Eigenschaft der als Beispiele für Fälle höherer Gewalt angeführten Ereignisse war, die Unüberwindlichkeit (daher *vis maior, vis divina, damnum fatale, Θεοῦ βία*) wurde zum Grund der Befreiung von der Haftpflicht gestempelt. So kam man schliesslich dahin, zu behaupten, dass, wenn trotz allergrösster Sorgfalt der angerichtete Schaden für den Gastwirt oder Schiffer unvermeidlich war, der Schuldner befreit werden sollte. So sagt Bartolus: „quando caupo adhibuit diligentiam, quam debuit adhibere quilibet pater familias (et sic cessat levis culpa) de eo quod contingit postea non tenetur.“ Kurz, man führte jetzt auch die Haftung der Wirte mehr oder weniger ausdrücklich auf culpa zurück.²⁹

Allerdings erhob sich schon bei den Glossatoren gegen diese Ansicht Widerspruch. Eine andere, objektive Theorie betonte zwar auch noch die Unüberwindlichkeit der als *vis maior* zu bezeichnenden Ereignisse, wollte aber, dass nicht untersucht werden sollte, ob das Ereignis im konkreten Fall, sondern ob es an sich in abstracto unvermeidlich sei — „quidam tamen dicunt quod licet non adhibeat levissimam culpam . . . quod tunc tenetur.“ Am klarsten spricht später Donellus das objektive Haftungsprinzip aus, indem er sagt, der Schuldner werde nur befreit durch Ereignisse „ut ventorum turbinum plurium ceterarum calamitatum, quae a coelo ingruunt . . . ab hominibus incursus hostium praedonum impetus.“

2. Die neueren Theorien.

a) Die subjektiven Theorien.

Die objektive Auffassung der *vis maior* ist in späterer Zeit wieder verlassen worden. Man konnte absolut kein

29. „Intra culpam et casum fortuitum nihil est medium“, sagt die Glosse an einer Stelle und an einer anderen, es gebe doch noch ein Mittelding, aber dies sei ebenfalls eine Art culpa, nämlich culpa levissima: et sic de levi culpa agitur locati at hic (d. h. beim caupo) de levissima.

Prinzip finden, aus dem sich eine Haftung ohne culpa hätte erklären lassen. So begann man trotz der positiven Bestimmungen im Titel *nautae cauponae* 4,9 die in manchen anderen Pandektenstellen hervortretenden Versuche der römischen Juristen, auch die Haftung bis zur *vis maior* dem Culpaprinzip anzupassen, selbst bei der Haftung der Gastwirte fortzusetzen. Dennoch konnte man den positiven Aussprüchen der Quellen gegenüber die *vis maior* nicht ganz im *casus* aufgehen lassen und die Ausnahmestellung, die die Haftung der Gastwirte dem allgemeinen Haftungsprinzip gegenüber einnimmt, und die im *corpus iuris* besonders betont wird (fr. 3 § 1 h. t.), nicht ganz leugnen.

Ueber den dadurch gegebenen Zwispalt suchen die verschiedenen Vertreter der subjektiven Theorie in verschiedener Weise hinwegzukommen. So sagte man zuerst, das Eigentümliche der Haftung bis zur *vis maior* liege in der Verteilung der Beweislast. Beim *receptum* müsse der Gastwirt beweisen, dass ihn keine Schuld treffe, während sonst, *ex locato*, der Geschädigte die Schuld des Unternehmers beweisen müsste. Diese Ansicht hat schon Goldschmidt zurückgewiesen,³⁰ und sie ist seitdem allgemein verlassen worden,³¹ ebenso die alte Glossatorentheorie von der culpa *levissima*.

Goldschmidt selbst giebt (a. a. O. S. 369) folgende Lösung: „*ex locato*“ haftet der Frachtführer nur für *diligentia in custodiendo* nach dem Massstabe des *diligens pater familias*; dagegen „*ex recepto*“ ist er, vermöge der noch besonders übernommenen *custodia*, zur Anwendung auch

30. A. a. O. S. 82 „nicht nur ist der quellenmässige Gegensatz ein ganz anderer, sondern auch *ex locato* trifft die Beweislast hinsichtlich des Zufalls stets den Schuldner.“

31. Doch scheint sie in den Motiven zum B. G. B. wiederzukehren S. 584: Der Fremde würde „regelmässig den Beweis einer dem Gastwirte zur Last fallenden Verletzung einer kontraktlichen Pflicht zu führen haben.“

ausserordentlicher, durch die Umstände irgend indicierter Vorsichtsmassregeln verpflichtet und haftet schlechthin, sofern nur die Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat.“³²

Nach der Ansicht einer zweiten, namentlich von Baron und Stucki vertretenen Gruppe ist die Haftung bis vis maior mit der Custodiahaftung völlig identisch; ihr sind also auch, selbst in späterer Zeit noch, der Kommodatar, Pfandgläubiger u. a. unterworfen. Diese Haftung soll über die gewöhnliche Culpahaftung insofern weit hinausgehen, als der Massstab dafür nicht das Verhalten eines bonus pater familias, sondern das eines besonders geschickten ausserordentlich vorsichtigen Mannes ist.³³ Nur ein auch von diesem diligentissimus unabwendbares Ereignis ist als vis maior aufzufassen.

Eine dritte schon in der Glosse auftauchende neuerdings von Gerth (Begriff der vis maior) lebhaft verteidigte Ansicht endlich leugnet einen Unterschied zwischen der

32. Aehnlich Hahn (Kom. zum H. G. B. A. 395 S. 436 ff.), der besondere Vorkehrungsmassregeln verlangt, sofern diese in irgend einem Verhältnis zu dem dadurch zu erreichenden Erfolg stehen; vgl. auch Dernburg Pand. Bd. II § 39 u. bei Grünhut Bd. XI S. 335 ff.; Windscheid Pand. Bd. II § 384 fordert von den Schiffen und Wirten eine spezielle Beaufsichtigung, wie man sie nicht von jedem bonus pater familias verlangen kann. Das auch dadurch nicht Abwendbare nennt er vis maior.

33. So meint Stucki (Begriff der höheren Gewalt, Berner Inauguraldissertation) S. 45, es müsse ein Unterschied gemacht werden zwischen Sorgfalt und der menschenmöglichsten alleräussersten Sorgfalt. Diese Theorie nähert sich dadurch den objektiven, dass behauptet wird, in der Versäumung der alleräussersten Sorgfalt liege keine culpa, da jeder nur zur gewöhnlichen Sorgfalt verpflichtet sei.

Haftung *ex recepto* und *ex locato* gänzlich und sagt, *vis maior* stehe dem *casus* völlig gleich.³⁴

Wenn auch die Gerthsche Ansicht nicht viele Anhänger gefunden hat, so ist doch in ihren übrigen Formen die subjektive Theorie noch heute die herrschende.³⁵

Die so in Wissenschaft und Praxis gleich mächtige Strömung ist auch nicht ohne Einfluss auf die Gesetzgebung geblieben. Dies zeigt sich bereits im A. L. R. Teil II, Tit. 8, § 447, wo bestimmt wird, dass Gastwirte von der Haftung für die Sachen der Reisenden nur befreit sind, „wenn der Schade durch äussere Gewalt und Zufälle, die der Wirt bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hätte vorhersehen noch verhüten können, hervorgerufen wird.“ Während hier das preussische Landrecht direkt auf einen Zusammenhang der Haftung mit subjektivem Verschulden hinweist, lässt der *code civil* die Frage offen, indem er zwar von einer Haftung der Gastwirte für Beschädigungen und Verlust des Gepäcks der Reisenden bis zur *force majeure* spricht, aber eine Erklärung darüber, was man darunter verstehen soll, vermeidet, sodass es von der Auslegung abhängt, ob man die Haftung an das Culpaprinzip anlehnen oder als eine unbedingte hinstellen will: A 1954 „ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure“. Die Praxis schloss sich auch hier, wie Exner a. a. O. S. 505 ausführt, der subjektiven Auffassung an. Aehnlich stellt sich zum Begriff der höheren Gewalt das preussische Gesetz von 1838, das die

34. S. 210: „Der Begriff der *vis maior* als einer vom *casus* verschiedenen Erscheinung entspricht aber nicht bloß nicht den Vorstellungen der röm. Juristen, sondern ist auch in sich ohne Halt.“

35. Vgl. *Entscheid. d. Reichsger.* Bd. 14 S. 82 u. bei Eger *Entsch.* Bd. I S. 230, S. 360, Bd. II S. 116 ff., S. 29, Bd. III S. 86, 416, 448.

gleiche Haftung auch den Eisenbahnunternehmungen aufbürdet: „dieselben können sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, dass der Schaden entweder durch eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist.“

b) Die objektiven Theorien.

Die Reaktion gegen die herrschende Ansicht blieb nicht aus. Schon um die Mitte des 19. Jahrhunderts wird der objektive Standpunkt und zwar zuerst in der Gesetzgebung wieder energisch vertreten. Von besonderer Bedeutung sind hier die Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches von 1862, dessen § 395 die Haftung der Schiffer bis zur höheren Gewalt auch auf den Landtransport ausdehnt. Bei der Erläuterung dieses § verbreiten sich die Protokolle des längeren über Umfang und Begründung der vis maior-Haftung.³⁶ Es wird hervorgehoben, dass von verschiedenen Seiten darauf gedrungen worden sei den Frachtführer nur für Diligenz haften zu lassen, dass eine solche Haftung aber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genüge. Es müsse dem Frachtführer, der Sachen, die er zur Beförderung übernommen hat, nicht unbeschädigt abliefert, gar nicht erst erlaubt werden, den Beweis der Sorgfalt anzutreten, da der Geschädigte, der der Ware nicht folgen und nicht kontrollieren könne, auf welche Weise sie verunglückt ist, fast niemals die Möglichkeit habe, den Unschuldsbeweis des Frachtführers zu entkräften, selbst dann nicht, wenn wirklich eine Fahrlässigkeit des Frachtführers vorliege. Darum dürfe, was den Verfechtern der subjektiven Theorie gegenüber noch

36. Die verschiedenen Entwürfe des H. G. B. spiegeln deutlich den Kampf wieder, den die subj. und obj. Ansicht über den Begriff der vis maior führten. Näheres bei Goldschmidt a. a. O. S. 375 ff., wo eine sehr interessante Gegenüberstellung der einschlägigen Stellen aus den verschiedenen Entwürfen gegeben ist.

besonders betont wird, die Haftung des Frachtführers nicht darauf abgestellt werden, ob er in concreto die grösste Sorgfalt angewandt habe oder nicht. Der Frachtführer müsse vielmehr schlechthin haften und nur durch solche Ereignisse befreit werden, denen menschliche Kräfte in abstracto nicht zu widerstehen vermöchten. Diese Ereignisse fasse man zusammen unter dem Ausdruck „höhere Gewalt“.³⁷

Auch in der Wissenschaft zeigt sich bald ein Widerspruch gegen die subjektive Theorie. So hebt Pernice schon 1872 in seinem *Labeo* hervor, dass die Haftung der Gastwirte und Schiffer durchaus nicht in Beziehung zur culpa stand,³⁸ und giebt die schon erwähnte Erklärung dieser Haftpflicht, indem er, auf den Custodiabegriff hindeutend, ihre natürliche historische Entwicklung klarlegt. Er hebt auch zuerst hervor, dass auf die Unabwendbarkeit bei der höheren Gewalt kein allzu grosses Gewicht zu

37. Protokoll S. 794, 4692, 4697 im Auszuge abgedruckt bei Koch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch § 395. — Eine weitere Anwendung findet die Haftung bis zur höheren Gewalt in dem Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches vom 28. Okt. 1871 und im Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Allerdings vermeiden es beide Gesetze eine Erklärung des Begriffes höhere Gewalt zu geben: Reichshaftpflichtges. § 1: „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.“ Und in § 11 Nr. 2 des Postgesetzes heisst es: Die Post leistet Ersatz „für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten im Falle der körperlichen Beschädigung eines Reisenden, wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist.“

38. A. a. O. S. 349. Auch Brinz a. a. O. S. 276 giebt das zu. Ebenso der Theorie nach Baron u. Stucki a. a. O. (vgl. oben S. 19 Anm. 33), wenn auch ihre praktischen Resultate andere sind.

legen ist, dass die Ausdrücke „*damnum cui humana infirmitas resistere non potest*“ und „*dannum fatale*“ etc. bei den Römern weniger auf ein klar ausgebildetes Prinzip, als auf ein vorsichtiges Tasten nach einem solchen hindeuten.

Die ausführlichste Verteidigung des objektiven Standpunktes giebt Exner in der mehrfach citierten Monographie. Während Pernice das Hauptgewicht auf den historischen Zusammenhang der *vis maior* mit der Custodiahaftung des älteren römischen Rechts legt, macht Exner den Versuch, die *vis maior* rational zu erklären und damit auch den systematischen Bedenken entgegenzutreten, die schon seit den römischen Juristen einer objektiven Auffassung der höheren Gewalt im Wege standen. Dabei knüpft er an die citierten Stellen aus den Protokollen zum Handelsgesetzbuch an, die die Beweisnot als Grund der strengeren Haftung bezeichnen. Die Kompliziertheit und Unkontrollierbarkeit eines grossen Fracht-, Gastwirts- und Eisenbahnbetriebes etc. mache es, wenn innerhalb des Betriebes ein Schaden verursacht sei, für den Richter unmöglich ein ungetrübtetes Bild des Sachverhalts zu gewinnen; zu leicht könne eine vorgekommene Fahrlässigkeit verdeckt werden. Darum, sagt Exner, verbiete es die Sicherheit des Verkehrs, hier in jedem einzelnen Falle eine Prüfung des konkreten Thatbestandes zu veranstalten. Vielmehr müsse man in allen Fällen, wo ein Zweifel möglich bliebe, den Gastwirt etc. haften lassen und ihn nur dann befreien, wenn das schädigende Ereignis derart auftrete, dass *prima facie* sein kasueller Charakter evident sei, und zugleich die Möglichkeit eines Verschuldens auf Seite des Unternehmers ausgeschlossen erscheine.

Hiernach ist also das gesetzgeberische Motiv der Haftung des Gastwirts zwar die Vermutung einer Schuld auf seiner Seite, im einzelnen Anwendungsfalle aber wird die Fahrlässigkeit nicht untersucht und festgestellt. Aus dem

so gefundenen Prinzip leitet Exner dann feste Merkmale ab, an denen man allein „aus den äusseren Umrissen des Thatbestandes,“ ohne auf Einzelheiten einzugehen, sofort erkennen könne, ob vis maior vorliege oder nicht: Das fragliche Ereignis muss ein aussergewöhnliches offenkundiges sein (damit die Möglichkeit einer falschen Vorspiegelung desselben durch den Unternehmer ausgeschlossen ist) und es muss mit ausserordentlicher Wucht auftreten (damit die Möglichkeit einer Abwehr prima facie ausgeschlossen erscheint).

An diese rationelle Begrenzung des Begriffs der vis maior schliesst Exner eine formelle an, die ihr entsprechen soll, indem er sagt, den obigen Merkmalen genügten nur die von aussen in den Betrieb hineingreifenden Ereignisse wie Blitz, Feuersbrunst³⁹ und sonstige Elementarereignisse, ferner räuberischer Ueberfall, Feindeseinbruch u. a., nicht aber diejenigen, die innerhalb des Betriebes ihren Ursprung haben.

Er erläutert seine Unterscheidung an folgendem Beispiel: Ein Zug entgleist dadurch, dass der Lokomotivführer vom Blitzstrahl getötet wird und die Maschine in Folge dessen ihre Leitung einbüsst: Hier liegt vis maior vor; denn der Blitzstrahl hat seinen Ursprung ausserhalb des Betriebes und greift von aussen in denselben hinein. Wird aber der Lokomotivführer vom Herzschlag getroffen und entgleist der Zug deswegen, so liegt nicht vis maior vor; denn das schädigende Ereignis hatte seinen Ursprung im Lokomotivführer selbst, also im Inneren des Eisenbahnbetriebes.

Eine andere Wendung giebt der objektiven Theorie Stintzing in seinem Aufsatz: „Ueber vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung,“ Archiv für civ. Praxis Bd. 81 S. 427 ff.

39. Sofern sie nicht innerhalb des Betriebes selbst entstanden ist.

Er legt auf die Abwendbarkeit des Schadens kein Gewicht, sondern auf die Voraussehbarkeit. Auf das Voraussehbare, meint er, könne sich der Unternehmer einrichten, indem er entweder die nötigen Vorkehrungen zur Abwehr treffe oder, wenn dies unmöglich, die entstehenden Unkosten von vorherein als Betriebsunkosten in Anschlag bringe. Darum müsse er für alle voraussehbaren Unfälle einstehen. Das nicht Voraussehbare aber, auf das er sich in keiner Weise einrichten könne, sei vis maior und mache ihn ersatzfrei.

Einen neuen Gedanken trägt M. Rümelin, „Der Zufall im Recht“, in die Untersuchung über vis maior hinein, nämlich den Begriff der Betriebsgefahr. Er lässt den Unternehmer für alle Unfälle haften, die aus den „durch den Betrieb begünstigten Gefahren“ hervorgehen.⁴⁰ Was darüber hinaus liegt, ist höhere Gewalt.

Doch führt Rümelin diesen Gedanken nicht ganz streng durch. Ihn beeinflusst die Ansicht, dass die vis maior-Haftung lediglich bezwecke den Unternehmer zur Schaffung der denkbar tüchtigsten Betriebseinrichtungen anzuspornen. Dieser Auffassung zur Liebe bezeichnet er auch Betriebsgefahren dann als höhere Gewalt, wenn sie nicht voraussehbar sind und selbst durch die tüchtigsten Betriebseinrichtungen nicht abgewendet werden können. Damit stellt er wieder das Moment der Unabwendbarkeit als das eigentlich Entscheidende für den Begriff der höheren Gewalt hin. (S. 30 ff.)

Der neueste Verfechter der objektiven Theorie ist Fischer (a. a. O.). Er macht in sehr überzeugender Weise darauf aufmerksam, dass eine Haftung ohne Verschulden nichts Aussergewöhnliches sei. Durchaus nicht in allen

40. Er nennt darum die vis maior-Haftung sehr bezeichnend „Gefährdungshaftung.“

Obligationen werde der Schuldner befreit durch den Nachweis, ohne jedes Verschulden seine Verbindlichkeit nicht erfüllt zu haben. Casus sei nicht immer mit Abwesenheit von culpa identisch. Es sei vielmehr in allen Obligationen, die weniger auf ein subjektives Verhalten des Schuldners als vielmehr auf Erreichung eines objektiven Erfolgs abzielen, erst dann ein den Schuldner befreiender casus anzunehmen, wenn die geschuldete Leistung nicht allein für den Schuldner, sondern objektiv unmöglich geworden sei. Dennoch deckt sich, nach Fischer, die objektive Unmöglichkeit nicht mit vis maior, im Gegenteil, auch neben der Haftung bis zur objektiven Unmöglichkeit nimmt die Haftung bis vis maior (gleichsam einer qualifizierten Unmöglichkeit) eine Ausnahmestellung ein. Hierfür aber eine für das antike und moderne Recht gleich treffende einheitliche Begründung zu finden, hält Fischer für unmöglich. Das äussere Unterscheidungsmerkmal zwischen vis maior und gewöhnlichem casus sieht er in der abstrakten Unabwendbarkeit. Nicht was für den betreffenden Unternehmer, sondern was überhaupt für normale Menschenkraft unüberwindlich sei, müsse als vis maior bezeichnet werden.⁴¹

In dieser Zeit fortwährender Kämpfe um die Motivierung und Begrenzung der vis maior-Haftung hat es nicht an Juristen gefehlt, die den Begriff der höheren Gewalt aus dem modernen Recht ganz verbannen wollten. Sie sind namentlich im Lager der subjektiven Theorie zu suchen. Besonders kämpfte Goldschmidt gegen die vis maior-Haftung, weil er meinte „die Grenze zwischen der beschränkten und der umfassenden Haftung“ sei „überaus schwankend“ und man könne mit der einfachen Diligenz-

41. Hierin nähert sich Fischer offenbar der älteren schon von Donellus vertretenen Theorie (vgl. oben S. 17).

pflicht auskommen. Ein ähnliches Gutachten gab auch der XXII. deutsche Juristentag ab.⁴²

Dennoch ist die vis maior-Haftung auch in der neuesten Gesetzgebung beibehalten worden. Das neue H. G. B. lässt zwar, dank der Autorität Goldschmidts, den Frachtführer und Schiffer nur noch für culpa haften (§§ 429, 606), legt aber der Eisenbahn bei Beförderung von Gütern Haftung bis zur höheren Gewalt auf (§ 456 vgl. auch § 453 Abs. 1 No. 3). Auch die Gastwirte haften im B. G. B. nach wie vor bis vis maior (§ 701). Endlich findet der Begriff der höheren Gewalt noch Anwendung in den §§ 203 u. 1996 des B. G. B. u. in § 233 der C. P. O. u. § 44 der St. P. O., wovon weiter unten eingehender die Rede sein wird.

Alle diese Gesetze vermeiden es weislich Fingerzeige über die Bedeutung des Ausdrucks „höhere Gewalt“ zu geben, überlassen vielmehr die weitere Ausbildung dieses Begriffs der Wissenschaft.

B. Begründung und Abgrenzung der Haftung bis zur vis maior.

I. Vorbemerkung.

Wie die vorstehende Uebersicht ergibt, erscheint, äusserlich betrachtet, die vis maior-Haftung lediglich als letzter Ueberrest einer früher allgemeineren, strengen Haftung, der von der Umbildung, die die Lehre von der Ersatzpflicht auf allen übrigen Gebieten im römischen Recht erfuhr, unberührt blieb.

Auf der anderen Seite stehen wir vor der schon im Anfang erwähnten überraschenden Beobachtung, dass trotz dieser scheinbaren Zurückgebliebenheit die vis maior-Haftung der Gastwirte durch die Gesetzgebung in der

42. Vgl. Verhandlungen des XXII. deutschen Juristentages Bd. 4 S. 121.

zweitausendjährigen Entwicklung nicht beseitigt, im Gegenteil noch auf zahlreiche andere Unternehmungen zur Anwendung gebracht ist.

Es ist offenbar, dass sich diese Thatsache nicht allein aus dem historischen Beharrungsvermögen erklären lässt, kraft dessen ein einmal eingebürgerter Gedanke nicht so leicht wieder verschwindet. Reichte doch bei den übrigen Fällen einer ehemals strengeren Haftung im römischen Recht dieses Beharrungsvermögens nicht aus. Schon in vorjustinianischer Zeit mussten sie dem neuen Gedanken, *damnum ex culpa fit*, weichen. Der wahre Grund für die durch 2000 Jahre unveränderte Beibehaltung der Haftung der Gastwirte kann vielmehr nur in einem dringenden praktischen Bedürfnis liegen. Nur indem wir diesem nachspüren, können wir später bei der theoretischen Untersuchung zu einem befriedigenden positiven Ergebnis gelangen.

Vorerst aber gilt es, sich mit den vorhandenen Theorien auseinanderzusetzen. Dies soll in der Weise geschehen, dass wir die einzelnen, bei Untersuchung der *vis maior*-Haftung aufzuwerfenden Fragen gesondert behandeln.

II. Auseinandersetzung mit den vorhandenen Theorien.

1. Verhältnis der *vis maior* zur *culpa* und zur Unabwendbarkeit in concreto.

Die erste und wichtigste Frage ist, in welcher Beziehung steht die Haftung bis zur höheren Gewalt zur *culpa*?

Die Antwort hierauf kann mit Rücksicht auf die garnicht misszuverstehenden Worte Ulpian's „*tenetur etiamsi sine*

culpa eins res perit vel damnum datum est,⁴³ für das römische Recht nur lauten; sie ist ganz unabhängig von einem Verschulden des Haftpflichtigen.⁴⁴ Auch für die modernen Gesetze ist es klar, dass der Gesetzgeber nicht hochtrabend von einer Haftung bis zur höheren Gewalt reden wird, wenn er die einfache, selbstverständliche Culpahaftung meint.⁴⁵

Ulpian kennt in der citierten Stelle offenbar 3 Hauptarten der kontraktlichen Haftung.

1. Die bis zum dolus (Beispiel depositum).
2. Die bis zur culpa (Beispiel locatio conductio).
3. Die bis zur vis maior (Beispiel das receptum).

Danach ist klar, dass der Anfang der vis maior nicht mit dem Ende der culpa zusammenfällt, sondern jenseits der Culpagrenze liegt, derart, dass zwischen culpa und vis maior sich noch ein weites Gebiet befindet, nämlich das des einfachen casus.

Damit ist zugleich klar, dass in dem ganzen Gebiet der culpa weder von casus noch von vis maior die Rede sein kann.

43. Fr. 3 § 1 *naut. comp.* 4, 9. Hierzu bemerkt Glück in seinem Pandektenkommentar Bd. VI S. 119: „Mir ist es unbegreiflich, wie Ulpian hier an eine culpam levem in concreto habe denken können, da schon die Verbindlichkeit aus dem Mietskontrakt, die doch der Prätor durch sein Edikt zum Vorteil der Reisenden erweitern wollte, die Praestation einer culpa levis in abstracto zur Folge hat; und überdem eine culpa levis in concreto nur immer Ausnahme von der Regel ist.“

44. Vgl. Pernice a. a. O. S. 348. Anderer Ansicht ist Gerth, steht aber dabei mit den Quellen in Widerspruch; vgl. Unger: Handeln auf eigene Gefahr S. 419 Anm. 150.

45. Vgl. auch Verhdl. des XXII. deutsch. Juristent. Bd. 4 S. 107: „Bei der Haftung der Wirte, überhaupt in allen Fällen, wo es sich um die Ersatzpflicht für eingetretenen Schaden bis zur Grenze der höheren Gewalt handelt, ist das eine sicher, dass eine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln des Obligationenrechtes beabsichtigt ist.“

Dennoch wird vielfach (schon von Exner, S. 572, dann auch von Stucki, namentlich von Fischer a. a. O. S. 292 ff.) darauf aufmerksam gemacht, dass neben casus und vis maior ganz gut culpa oder gar dolus herlaufen können; z. B. ein Schiff rennt in Folge eines heftigen Sturmes auf ein Riff und wird dadurch leck. Anstatt dass nun der Schiffer schleunigst in einen nur wenige Meilen entfernten Hafen fährt, meint er unbedachter Weise, sein weit entferntes Ziel trotz der Beschädigung seines Schiffes noch erreichen zu können und fährt in die offene See hinaus. Seine Erwartungen täuschen ihn, und das Schiff sinkt. Hier müsste man nach der von Exner und Fischer vertretenen Meinung annehmen, dass der Sturm durchaus vis maior sei, dass aber zugleich von einer culpa des Schiffers gesprochen werden müsste, durch die letzterer trotz des Vorhandenseins der vis maior haftpflichtig würde.

So behauptet Fischer (a. a. O. S. 266): „casus ist ein schädigendes Ereignis, dessen Ursachen unabhängig von dem Willen des Schuldners begründet liegen, dessen schädigende Richtung auf sein Kontraktionsverhältnis aber von dem Schuldner dolos oder culpos herbeigeführt werden kann.“ Wäre dies richtig, so müsste es natürlich auch für die vis maior gelten. Allein eine solche Formulierung ist wenig empfehlenswert. Erstens beweist ein grosser Teil der von Fischer herangezogenen Pandektenstellen durchaus nicht, dass die Römer casus und culpa als bei demselben Ereignis gleichzeitig möglich auffassten, sondern das Gegenteil. Dies gilt besonders von fr. 23 de R. J. (citiert bei Fischer S. 265): Hier werden nicht schlechthin fugae servorum als casus hingestellt, sondern nur fugae servorum, qui custodiri non solent, bei deren Entweichen also von einem Verschulden des Herrn keine Rede sein kann. Ferner damna, quae imprudendibus accidunt, in

fr. 5 2 § 3 pro soc. 17,2 (cit. S. 265) bedeuten nur unverschuldete Schäden.

fr. 96 de V. O. fr. 53 § 3 de leg. I fr. 33 § 1 de sol. 46,3, die Fischer S. 266 heranzieht, sprechen m. E. überhaupt nicht von dem Verhältnis zwischen culpa und casus.

Noch am meisten Beweiskraft hat auf den ersten Blick das bei Fischer S. 259 citierte fr. 1 § 4 de obl. 44,7. Dort heisst es „et in maioribus casibus si culpa eins interveniat tenetur.“ Daraus scheint hervorzugehen, dass man wirklich bei einem schädigenden Ereignis von casus sprechen könne, auch wenn die culpa des Ersatzpflichtigen zu seinem Eintritt beigetragen hat. Allein eine nähere Prüfung der Stelle wird diese Vermutung nicht bestätigen.

Gaius giebt für den oben citierten Satz folgendes Beispiel. Jemand hat sich Silbergeschirr geliehen, um seine Freunde damit zu bewirten. Der Abrede zuwider reist er mit dem Silber über Land; dabei geht das Silber durch einen räuberischen Ueberfall oder in Folge eines Schiffbruchs verloren. Nach diesem Thatbestand ist der Verlust des Silbers keineswegs zugleich durch den Ueberfall (oder Seesturm) und daneben durch das Verhalten des Kommodatars hervorgerufen. Windscheid meint zwar,⁴⁷ das Silber wäre ohne den ungehörigen Gebrauch nicht von dem Zufalle betroffen worden, und insofern liege eine indirekte Verursachung des eingetretenen Verlustes durch das Verhalten des Kommodatars vor. Allein, wie Pernice (Bd. 2, 2A. Teil. 2 S. 133 Anm. 3) hervorhebt, hat „diese indirekte Verschuldung ihre Grenze an der selbständig und unerwartet von aussen eingreifenden neuen Ursache. Und eine solche ist hier vorhanden.“⁴⁴

47. Pand. Bd. 2 § 375.

48. Ausserdem kann in dem bewusst vertragswidrigen Gebrauch des geliehenen Silbers niemals culpa, sondern nur dolus liegen, Pernice S. 133, 156.

Kurz, der Verlust des Silbers ist lediglich durch Zufall, ohne Mitwirkung einer culpa des Kommodatars erfolgt. Eine trotzdem eintretende Ersatzpflicht des letzteren ist aus ganz anderen Gesichtspunkten zu erklären:

In dem vertragswidrigen Gebrauch einer kommodierten Sache liegt nämlich ein eigenes Delikt, ein *furtum usus*. Wegen dieses *furtum* hat der Kommodatar die missbrauchte Sache schlechthin zu ersetzen, auch wenn sie ohne sein Verschulden untergegangen ist, wie dies fr. 16 de cond. furt. 13,1 ganz klar ausspricht. Wenn trotzdem Gaius in fr. 1 § 4 cit. sagt, der Kommodatar hafte wegen seiner culpa, so ist dieser Ausdruck eben vollkommen ungenau und hat nur den Zweck, die besondere Behandlung, die der Fall des vertragswidrigen Gebrauchs der geliehenen Sache erfährt, mit den allgemeinen Grundsätzen des Kommodats, die den Entleiher nur für culpa haften lassen, wenigstens äusserlich in Einklang zu bringen. (Vgl. Pernice S. 133.)

Die Quellenargumente Fischers beweisen danach seine Auffassung des casus nicht.

Auf der andern Seite aber zeigt uns fr. 9 § 3 l. 19,2 klar und bestimmt, dass die römischen Juristen den casus in dem oben S. 29 verteidigten Sinne als Gegensatz zu culpa behandelten,⁴⁹ dass sie seine juristische Bedeutung lediglich in der Befreiung von der Ersatzpflicht sahen.⁵⁰

49. Dem unzweideutigen Ausspruch von fr. 9 § 3 loc. gegenüber kann der viel unbestimmter gehaltene § 4 derselben Stelle, den Fischer S. 266 anführt, nicht zu seinen Gunsten in Betracht kommen. Dort heisst es: *si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari . . . casum praestare non cogaris*. Nun könnte man allerdings aus § 4, wenn man ihn für sich betrachtet, folgendes herauslesen. „Haben die Räuber ohne *dolus* deinerseits die Ziegen fortgeschleppt, so haftest du für den casus nicht.“ Wäre dies richtig, dann könnte man glauben § 4 unterscheide casus, bei dem Verschulden des Ersatzpflichtigen mitspiele, und casus, der ohne solches

Auch der Begriff der vis maior kommt in fr. 3 § 1 n. c. 4,9 allein in Betracht unter dem Gesichtspunkt der Entlastung von aller Verantwortlichkeit, ist also ebenfalls nur unter Ausschluss der culpa denkbar.

Auch ist die von Fischer vorgeschlagene Auffassung des casus nicht, wie er meint, die unumgängliche Voraussetzung für eine objektive Behandlung der vis maior.⁵¹ Dazu ist nötig, dass der Unterschied zwischen vis maior und gewöhnlichem casus lediglich auf rein objektive Gesichtspunkte gegründet wird, nicht aber, dass der casus selbst objektiv gefasst wird.

Ferner ist nicht einzusehen, wie Fischer durch die objektive Auffassung des casus die Erklärung der vis maior irgendwie erleichtern will. Dem eigentlichen Problem der vis maior-Haftung — weshalb dabei immer nur bestimmte, nicht alle Fälle der objektiven Unmöglichkeit befreiend wirken — kommen wir dadurch nicht näher.

Endlich ist noch Folgendes hervorzuheben: Die schuldhaftige Handlungsweise eines Menschen kann nie ohne Mitwirkung zufälliger Umstände einen Schaden direkt aus dem Nichts erzeugen.⁵² Selbst der verschlagenste Ver-
Verschulden eintrete. Allein ebensogut kann auch § 4 einen ganz anderen Sinn haben, etwa folgendermassen: „Wenn die Räuber die Ziegen ohne dolus auf deiner Seite fortgeschleppt haben, so brauchst du den Unfall, weil casus vorliegt, nicht zu vertreten.“ Diese Auffassung erscheint sogar dem § 3 gegenüber, in dem Ulpian seine Ansicht vom casus deutlich genug darlegt, als die einzig annehmbare.

50. Pernice formuliert dies schärfer mit den Worten: „Deutlich aber scheint mir . . . hervorzugehen, dass casus das negative Element, Mangel an Diligenz in sich schliesst . . . Nicht weil etwas casus ist, wird nicht gehaftet, sondern weil nicht gehaftet wird, spricht man von casus.“ . . . „Was ohne Pflichtverletzung geschehen ist, das wird als casus bezeichnet.“ (S. 376.)

51. Fischer S. 263, auf demselben Standpunkt steht auch Exner S. 577.

52. Vgl. a. v. Liszt Strafrecht S. 125 Abs. 1.

brecher kann immer nur die gegebenen zufälligen Verhältnisse zu seinen Zwecken nützen, nicht sie schaffen. Wollte man daher annehmen, dass *dolus* und *culpa* das Vorhandensein des *casus* nicht ausschliessen, so müsste man sich vorstellen, dass bei jeder einzigen schuldhaften Handlung *casus* und *culpa* ineinandergreifen. Es ist offenbar, dass damit keine Klärung, sondern nur eine unnötige Komplizierung der ganzen Haftungslehre erzielt wird.

Kurz, es ist nicht abzusehen, warum wir nicht die bei weitem praktischere und in den Quellen gut begründete herrschende Meinung, die den *casus* subjektiv und relativ fasst, beibehalten wollen. Danach dürfen wir von *casus* nur dann sprechen, wenn ein zufälliges Ereignis die Ursache eines schädigenden Erfolges geworden ist, ohne dass *culpa* oder *dolus* des Schuldners den Kausalzusammenhang unterbrochen haben. Entsprechendes gilt selbstverständlich auch für die *vis maior*.

Kehren wir jetzt zu unserem Beispiel zurück, so müssen wir sagen: Der Untergang des Schiffes ist nicht durch den Sturm verursacht. Vielmehr ist der Kausalzusammenhang unterbrochen durch die *culpa* des Schiffers. Der Sturm hatte das Schiff nur beschädigt; erst das unvorsichtige Vorgehen des Schiffers hat ihm den Untergang gebracht. Für den Untergang des Schiffes also kommt juristisch die *culpa* des Schiffers nicht neben der *vis maior*, sondern allein in Betracht.

Allerdings könnte man nun fragen, wie, wenn die *culpa* des Schiffers nicht in einer Handlung, wohl aber darin bestand, dass er nicht sein möglichstes that, um das allein durch den Sturm verursachte Unglück abzuwenden? Hier kann doch unmöglich eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges vorliegen? Demgegenüber ist hervorzuheben, dass wir uns hier nicht auf einen abstrakt logischen Standpunkt stellen dürfen. Schon indem

wir überhaupt von einem durch culpa in non faciendo „bewirkten“ Schaden sprechen, begehen wir einen logischen Fehler.⁵³ Dennoch können wir ihn nicht vermeiden.⁵⁴ Z. B. mir will ein Freund ein Buch leihen, er bringt es mir selbst, trifft mich auf meinem Balkon sitzend und legt das Buch dort auf einen Tisch. Ich vergesse hernach das Buch ins Zimmer zu nehmen. Als ich wieder daran denke, hat es inzwischen geregnet, und ich finde es auf dem unbedeckten Balkon gänzlich verdorben.

Hier muss man, obwohl der Schaden lediglich durch die Lage des Buches, in die es mein Freund gebracht hat, und den Regen verursacht worden ist, doch sagen, ich habe den Schaden bewirkt, da ich unter diesen Umständen verpflichtet war, das Buch in meine Obhut zu nehmen, und man wird mich haftbar machen.

Wenn man demnach, wie wohl es logisch ungenau ist, vom juristischen Standpunkt aus zugeben muss, dass man durch blosses Unterlassen einen Schaden bewirken kann, warum soll man nicht mit demselben Recht sagen dürfen, man kann durch schuldhaftes Unterlassen einen Kausalzusammenhang unterbrechen? Falls daher im vorher erwähnten Beispiel zwar kein Hafen in der Nähe war, aber für den Schiffer die Möglichkeit bestand, durch sorgfältiges Verstopfen des Lecks das Schiff zu retten, so wird man ungescheut von unserem eben nicht rein logischen Standpunkte aus annehmen dürfen, dass der Untergang des Schiffes nicht durch vis maior, sondern durch das schuldhaftes Unterlassen der Rettungsversuche verursacht worden ist.

Unser Resultat ist also: culpa schliesst die vis maior stets aus, da beide nur als Ursachen eines angerichteten Schadens in Betracht kommen können, durch die culpa aber jeder

53. Vgl. a. v. Liszt Strafrecht S. 129.

54. Vgl. a. Pernice Labeo II 2. Aufl. S. 5.

anderweitige Kausalzusammenhang unterbrochen erscheint.

Wie wenig empfehlenswert die entgegengesetzte Auffassung ist, erkennt man besonders deutlich, wenn man sich den Verlauf eines Prozesses praktisch vorstellt, bei dem der wegen eines Schadens in Anspruch genommene Unternehmer vis maior (im Sinne Exners und Fischers) nachweist, aber dennoch den Eintritt des fraglichen Schadens verschuldet hat. Soll hier dem Beklagten noch der Beweis auferlegt werden, dass er im konkreten Fall den Schaden nicht überwinden konnte, obwohl er doch bereits nachgewiesen hat, dass jener Schade durch einen Zufall hervorgerufen ist, „der mit überwältigender Wucht eintrat und schlechthin durch Menschenkraft unabwendbar war?“ Dann wäre ja der Nachweis der vis maior nur die Vorstufe zu dem Beweise, dass den Unternehmer kein Verschulden treffe. Exner scheut auch vor dieser Konsequenz zurück und sucht sich durch folgende Erörterung zu helfen (S. 575): „Immerhin führt die erwiesene „höhere Gewalt“ nur einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Unternehmers, keineswegs aber die völlige Gewissheit mit sich; es bleibt möglich, dass gerade im vorliegenden Falle ausnahmsweise einmal die schädigende Wirkung des *damnum fatale* hinsichtlich des betreffenden Gutes durch pflichtmässigen Gebrauch hätte abgewendet werden können, dass also mitwirkende *neglegentia* (oder gar *dolus*) den fraglichen Schaden erst ermöglicht hat. Die thatsächlichen Anhaltspunkte dafür wird allerdings der Kläger aufsuchen und beibringen müssen, denn es liegt in der Natur der Sache, dass bei erwiesener vis maior bis auf weiteres die völlige (!) Unabwendbarkeit⁵⁵ als das überwiegend Wahr-

55. Also an sich beweist das Vorhandensein der höheren Gewalt im Exnerschen Sinne noch nicht die „völlige“ Unabwendbarkeit des eingetretenen Schadens, sondern giebt nur eine Vermutung dafür.

scheinliche vorweg anzunehmen ist.“ Aber wie soll man diese eigentümliche Verteilung der Beweislast rechtfertigen? Dadurch stellt ja Exner den Unternehmer bei der vis maior-Haftung, die doch die strengere sein soll, unter Umständen weit günstiger als bei der Haftung ex locato! Würde der Unternehmer nur ex locato haften, so müsste er, auch wenn bei einem Unfall die äusseren Voraussetzungen der vis maior vorlägen, dennoch seinerseits nachweisen, dass ihm keinerlei Verschulden dabei zur Last fiel. Auf Grund der vis maior-Haftung aber legt Exner, wie wir sahen, in diesem Falle dem Publikum den schweren Beweis einer culpa des Unternehmers auf.⁵⁶

Geradezu absurd aber gestalten sich die praktischen Konsequenzen jenes Satzes „culpa der Haftpflichtigen schliesst die Annahme der vis maior nicht aus“ in einer Entscheidung eines schweizerischen Gerichts. Es handelte sich, wie Fischer S. 296 mitteilt, dabei um folgenden Thatbestand: „Ein Baumeister hatte sich vertragsmässig verpflichtet eine Festhütte in bestimmter Zeit abzubauen. Das geschah nicht. Verklagt, erhob er den Einwand der höheren Gewalt. Sein Anwalt erklärte, auf die Schuldfrage sei überhaupt nicht einzugehen. Ein Orkan habe die Festhütte niedergerissen und dadurch das Wegräumen

56. Freilich ganz so scharf drückt Exner dies nicht aus. Er meint, es genüge, dass der Kläger die Thatsachen anführe, die eine Vermutung für das Verschulden des Beklagten rechtfertigen, und es müsse dann der Beklagte den Nachweis führen, dass er trotzdem nicht in culpa sei. Allein bei der Kompliziertheit und Unkontrollierbarkeit grösserer Gewerbebetriebe ist gerade, wie Exner an anderer Stelle (vgl. oben S. 23) selbst hervorhebt, die Auffindung solcher Thatsachen für das Publikum vielfach sehr schwer, ja mitunter unmöglich. Dazu kommt noch, dass gerade in dem Vorbringen dieser Thatsachen der ganze Culpabeweis schon enthalten ist; denn die Wertung der angeführten thatsächlichen Vorgänge ist ja stets Sache des Richters.

und Abbrechen der Hütte in der kontraktlich festgesetzten Zeit unmöglich gemacht. Dadurch sei die *exc. vis maioris* gerechtfertigt. Thatsächlich lag aber *culpa lata* vor. Der Architekt war an das Abbrechen der Festhütte schon vor dem Herannahen des Orkans gegangen. Dabei war gegen alle Regeln der Kunst verfahren worden, indem zunächst die Stützbalken weggenommen waren. So wurde es dem Winde leicht, die Hütte umzuwerfen.“ Das Gericht war der Meinung, bei der Frage nach der *vis maior* sei es ganz unwesentlich, ob den Unternehmer ein Verschulden treffe oder nicht; es nahm allein der äusseren Umstände wegen *vis maior* an und wies die Klage gegen den Architekten ab. Freilich, Fischer verwirft diese Entscheidung gänzlich, und auch Exner würde anders entscheiden; er würde dem Kläger den Nachweis der *culpa lata* des Architekten begründenden Thatsachen gestatten, und dieser Beweis würde sogar in dem vorliegenden Falle verhältnismässig leicht sein. Dennoch kann nicht hinweggeleugnet werden, dass die erwähnte Entscheidung nur möglich war auf Grund der von Exner und Fischer gebilligten Anschauung, wonach man von *vis maior* auch dann sprechen darf, wenn der in Rede stehende Unfall vom Unternehmer verschuldet ist.

Nach der von uns vertretenen Auffassung würde eine derartige Entscheidung niemals vorkommen können. Der Unternehmer wäre noch nicht befreit durch den Nachweis, dass überhaupt zur Zeit und am Orte des Unglücks, für das er verantwortlich gemacht wird, ein Ereignis stattfand, welches die Merkmale der *vis maior* an sich trägt. Er müsste vielmehr noch beweisen, dass dieses Ereignis auch wirklich, ohne dass seine *culpa* den Kausalzusammenhang untertrach, den in Redestehenden Unglücksfall verursacht hat; denn nur dann liegt juristisch betrachtet *vis maior* vor. Kurz der Beweis der höheren Gewalt muss

stets implicite den Nachweis enthalten, dass den Unternehmer keine Schuld trifft.⁵⁷

Nun erklären sich auch die in den Quellen so häufig wiederkehrenden Ausdrücke *vis, cui resisti non potest etc.* Nach dem eben Angeführten ist es selbstverständlich, dass immer, wenn wir von *vis maior* reden wollen, das betreffende Ereignis für den verantwortlichen Unternehmer unabwendbar sein muss. Wenn man sich daher damit begnügt,⁵⁸ festzustellen, dass die Unabwendbarkeit eine sehr wichtige Eigenschaft sämtlicher als *vis maior* qualifizierten Ereignisse ist, so ist das durchaus richtig. Geht man aber darüber hinaus und zieht man aus dem Satze, jede *vis maior* ist unabwendbar, den Schluss, alles Unabwendbare ist *vis maior*, so ist das eben vollkommen unbegründet⁵⁹; denn mit Goethe zu reden, „nicht überall, wo Wasser ist, sind Frösche, aber wo man Frösche hört, ist Wasser.“ (Sprüche in Prosa, zweite Abteilung.)

Der Satz, jedes unabwendbare Ereignis ist *vis maior*, muss ferner auch deshalb verworfen werden, weil er uns

57. Unter diesem Gesichtspunkt sind die von Huber a. a. O. S. 19 gegen die Möglichkeit einer objektiven Auffassung der *vis maior* gerichteten Angriffe grundlos. Ebenso die aus A. 53 des schweiz. Ges. über Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875 herangezogenen Gegenargumente. Er beweist damit nur die im Text vertretene Ansicht, dass die Frage, ob *vis maior* vorliegt, erst aufgeworfen werden kann, wenn wir uns schon jenseits der Culpagrenze befinden.

58. So Pernice a. a. O. S. 347.

59. Daran ändert nichts, dass die Römer selbst bisweilen in diesen Fehler verfielen; denn meistens widerlegen sie ihn wider Willen selbst durch die Beispiele, die sie anführen, und die deutlich zeigen, dass manches schlechthin Unabwendbare doch nicht *vis maior* ist. Vgl. die später besprochene *lex 15 § 2 D. 19, 2.*

Aus der Unabwendbarkeit der *vis maior* erklären sich auch die Ausdrücke *vis maior, vis divina, vis naturalis, damnum fatale*, aber man wird auch in diesen nur Eigenschaften der höheren

stets zur einfachen Culpahaftung zurückführt. Allerdings geben die Anhänger der subjektiven Theorie dies nicht zu. Es ist aber nicht schwer, sie zu widerlegen. Goldschmidt sagt, *vis maior* sei nur, was durch Anwendung „aller, durch die Umstände irgend indicierter Vorsichtsmassregeln nicht zu überwinden war.“ Hahn a. a. O. S. 436 formuliert: der Frachtführer hafte nur für die Gefahren nicht,

„deren Vermeidung, wenn er sein Frachtgeschäft nach vernünftigen Verkehrsregeln betreibt und gegen den Verlust und die Beschädigung diejenigen Vorkehrungen trifft, welche im Verhältnis zu den durch dieselben zu erreichenden Erfolgen stehen, an sich unmöglich ist, hinsichtlich deren er mithin als reiner Versicherer dastehen würde.“ — Beide Fassungen führen augenscheinlich auf die einfache Culpahaftung zurück: Schon aus der gewöhnlichen Diligenzpflicht versteht es sich von selbst, dass der Unternehmer seine Vorsichtsmassregeln den Umständen anpassen muss, dass er sich bei einem komplizierten, schwierigen Unternehmen nicht mit derselben Sorgfalt begnügen darf, die bei einem weniger entwickelten ausreichen würde. Wenn es z. B. gilt, einen Eisenbahnwagen auf seine Tauglichkeit zu prüfen, so muss er genauer hinsehen, als wenn es sich um einen kleinen Handwagen handelt.⁶⁰

Nur eine der Theorien, die die *vis maior* einem in concreto unabwendbaren Zufall gleichsetzen, scheint auf den ersten Blick sich dennoch von dem Culpaprinzip fern-

Gewalt hervorhebenden Beiworten nicht tiefsinnige Prinzipien suchen und gar die ganze Haftung bis v. m. daraus erklären dürfen. — Ähnliches meint wohl auch Pfersche Verhdl. d. XXII. Juristent. Bd. 4 S. 110, wenn er sagt, der Begriff der höheren Gewalt (genauer wohl das Wort höhere Gewalt) stehe mit dem Zweck des Rechtsatzes in gar keiner Verbindung.

60. Eingehender legt diesen Gedanken dar Stucki a. a. O. S. 21 ff.

zuhalten. Es ist dies die zuerst von Baron angebahnte Theorie, die den diligentissimus als Massstab für die Unabwendbarkeit annimmt. Man meint nämlich, dass zwischen der Sorgfalt eines diligentissimus und der eines diligens oder bonus pater familias ein grosser Unterschied bestehe. So könne ein Unternehmer bei besonderer Sachkenntnis (als diligentissimus) viele Gefahren überwinden, denen ein Mensch von der für die gewöhnliche Diligenz massgebenden Durchschnittsqualität machtlos gegenüber stehen würde. Huber macht das besonders drastisch, indem er sagt (S. 58), ein Bauer könne ein noch so guter pater familias sein und doch als Unternehmer an fachmännischer Umsicht etwas fehlen lassen. Unter diesen Umständen könne man ihm den Mangel an Umsicht nicht als Verschulden anrechnen, wenn man ihn also trotzdem in einem solchen Falle haften lasse, so gehe diese Haftung wegen der geforderten besonderen Sachkenntnis weit über die gewöhnliche Culpahaftung hinaus!

Dagegen ist aber mancherlei einzuwenden. Nehmen wir an, jeder Unternehmer hafte nur für culpa. Würde es einem Richter einfallen, vom Standpunkte der Culpahaftung aus einen Bauern freizusprechen, der ohne Sachkenntnis die Leitung eines verwickelten Unternehmens in die Hand nimmt und in Folge seiner Unerfahrenheit so schlecht führt, dass das Publikum Schaden dadurch erleidet? Würde der Richter hier wirklich sagen, ein diligens pater familias von Durchschnittsqualität besitzt auch keine grössere Sachkenntnis, culpa liegt also nicht vor? Ist nicht gerade darin eine culpa zu erblicken, dass der Bauer ohne jede Sachkenntnis einen Betrieb übernimmt, der unbedingt besondere Fähigkeiten verlangt, die das Publikum bei jedem derartigen Unternehmen voraussetzt? Wollte man die Frage verneinen, so müsste man auch sagen, ein Arzt brauche vom Standpunkt der Culpahaftung aus nicht für Kunstfehler aufzukommen. Wir werden im Gegenteil sagen, ein bonus pater familias übernimmt nur

solche Dinge, denen er gewachsen ist. Wer ein Unternehmen ohne die nötige Sachkenntnis auf sich nimmt, handelt fahrlässig, mag es ihm auch nach Massgabe seiner geistigen Fähigkeiten völlig unmöglich gewesen sein, die Schwierigkeit des betreffenden Unternehmens zu ermessen. Es ist eben der Diligenzmasstab in konkraktlichen Verhältnissen nicht vom einzelnen Individuum herzunehmen, sondern völlig abstrakt zu fassen. Dies bezeugen zahlreiche Quellenstellen. So sagt Celsus: *etiam imperitiam calpae adnumerandam* (fr. 9 § 5 loc. 19,2)⁶¹ und nach Servius in fr. 12 de per 18,6 muss jeder Mensch für diejenige *diligentia* aufkommnn, *quam debent homines frugi et diligentes praestare*; „von individueller Schätzung der aufzuwendenden Sorgfalt ist keine Rede.“⁶²

Kurz, schon vom Standpunkt der einfachen Culpahaftung aus muss jeder Unternehmer nicht nur für die Gefahren eintreten, die er bei seinen individuellen Fähigkeiten, sondern für alle, die überhaupt ein tüchtiger, mit der nötigen Sachkenntnis begabter Unternehmer hätte vermeiden können.

Nur dann würde man mit der Konstruktion „des *diligentissimus*“ über die gewöhnliche Culpahaftung hinausgehen, wenn man auch solche Unfälle für vermeidlich erklärte, die nur durch einen unverhältnismässigen Aufwand

61. Vgl. a. fr. 8 § 1 a. l. Aqu. 9, 2; fr. 25 § 4 loc. 19, 2; Pernice a. a. O. S. 338.

62. So Pernice S. 330, vgl. a. fr. 31 a. l. Aqu. 9, 2; fr. 1 § 5 s. qu. 9, 1; Dernburg Pand. Bd. 1 S. 202, ferner Rümelin a. a. O. S. 22 ff.: „Das Civilrecht stellt für die culpa einen Durchschnittstypus auf und bezeichnet jede Abweichung von demselben, gleichgiltig ob sie auf mangelnder Willensanspannung oder mangelnder Intelligenz oder physischer Kraft beruhen, als Schuld.“

von Kosten verhütet werden könnten.⁶³ Soweit ist aber nur Stucki gegangen a. a. O. S. 48. Er meint, der Unternehmer hafte „selbst dann, wenn . . . ihm kein Vorwurf gemacht werden kann, er kann sich von seiner Haftung nur befreien durch einen Fleiss, den man gar nicht verlangen kann, durch ein Benehmen, über das man sich lustig macht“. Doch auch dagegen lässt sich vieles einwenden. Einmal, praktisch kommt man hier ins Grenzenlose. Soll man von der Eisenbahn verlangen, dass sie zur besseren Bewachung der Schienen soviel Beamte am Bahnkörper anstellt, dass alle zehn Schritt einer postiert ist? Dies wäre doch in der That ein Benehmen, „über das man sich lustig macht“. Vor allem aber ist diese merkwürdige Theorie in den Quellen, auf die sie sich stützen will, durchaus nicht begründet. Allerdings kommen öfter bei der Custodiahaftung Superlative zur Bezeichnung der Diligenz vor. Aber einmal finden sich diese nicht nur, wie Stucki meint, bei der Custodiahaftung, vielmehr ebenso bei der Verpflichtung aus der *locatio conductio operis*,⁶⁴ die doch Stucki selbst für eine einfache Culpa-haftung hält. Und zweitens, mit welchem Recht geben wir den Superlativen im Lateinischen dieselbe scharfe Betonung, die sie im Deutschen haben würden, da doch erwiesenermassen die Römer den Superlativ oft ganz anders gebrauchten?⁶⁵ Wenn bei Haftung des Kommodatars

63. Denn einen zu dem in Aussicht stehenden Gewinn im Verhältnis stehenden Aufwand muss der Unternehmer schon kraft einfacher Diligenzpflicht machen, soweit er zum Schutz des Publikums nötig ist.

64. Fr. 25 § 7 loc. 19, 2, *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*.

65. Vgl. Glosse zu fr. 25 § 7 h. t. „*diligentissimus i. diligens ut ponatur superlativus pro positivo*.“ — So heisst auch die *exactissima diligentia* in fr. 1 § 4 d. obl. e. a. 44, 7 nur: alle durch die Umstände gebotene Sorgfalt. Vgl. Pernice S. 335.

Ausdrücke wie *diligentissimus quisque* gebraucht werden, so heisst das nicht „ein Idealmensch an Sorgfalt“, sondern „jeder sorgfältige Mensch“⁶⁶.

Das Endresultat ist demnach folgendes: Wenn man einen Unfall als höhere Gewalt bezeichnen will, so ist einerseits unerlässliche Voraussetzung, dass er für den Haftpflichtigen in *concreto* unabwendbar war; andererseits kann die Erfüllung dieser Voraussetzung allein niemals ausreichen.

2. Das Verhältnis der *vis maior* zur objektiven Unabwendbarkeit.

Nach Erledigung dieser ersten tritt uns sofort eine zweite Hauptfrage entgegen, nämlich, wie haben wir uns der schon in der Glosse auftauchenden und bis heute vertretenen Meinung gegenüber zu verhalten, die nicht danach fragt, ob in *concreto* der haftpflichtige Unternehmer, sondern ob überhaupt Menschenkraft den Unfall verhindern konnte?

Mit anderen Worten: ist der Begriff der Unabwendbarkeit in *abstracto* für die Abgrenzung der *vis maior*-Haftung von Wert?

Schon Friedrich Mommsen hat darauf eine verneinende, Antwort gegeben, indem er hervorhob, dass es fast gar keine Ereignisse gebe, die schlechthin unabwendbar wären.

Diesen Einwand widerlegt aber der neueste Verfechter der Unabwendbarkeit in *abstracto*, Fischer, dadurch, dass er sagt,⁶⁷ den absolut unabwendbaren Unfällen stünden

66. An diese Bedeutung des Superlativs in Verbindung mit *quisque* scheint auch Fischer nicht gedacht zu haben, wenn er S. 251 A. 76 von einer Verschärfung der Haftung durch Erweiterung des Culpabegriffes spricht.

67. A. a. O. S. 273 ff.

diejenigen gleich, bei denen eine Abwendbarkeit möglich wäre, nur durch Schaffung derartig komplizierter Verkehrseinrichtungen, dass der dadurch erforderlich gemachte Aufwand in gar keinem Verhältnis mehr steht zum Betribe und dessen Ertragnissen“. Während er aber damit einer Schwierigkeit entgeht, hat er sich andere, neue geschaffen. Er fühlt selbst, dass er, indem er dem absolut Unabwendbaren das durch normale Menschenkraft nicht Abzuwendende gleichstellt, dem Standpunkt der subjektiven Theorien sehr nahe gekommen ist; denn schon durch die einfache Pflicht zur Diligenz eines *bonus pater familias* ist jeder Unternehmer haftbar für alle Vorkehrungen, die man „normaler Weise von einem Menschen verlangen kann.“ Darum betont Fischer auf der anderen Seite ausdrücklich, man dürfe, um die Annäherung an das Culpaprinzip zu vermeiden, die Unüberwindlichkeit nicht „individuell fassen“.

Zieht man aus diesen Behauptungen die Konsequenzen, so stösst man auf entschiedene Widersprüche und auch, was die praktische Verwertung anlangt, auf Schwierigkeiten.

Die Entscheidung, ob ein Ereignis unüberwindlich ist, oder nicht, richtet sich sowohl nach dem Ereignis selbst, als nach den Fähigkeiten des Menschen, der es überwinden soll. Hinsichtlich der letzteren wird schon bei der einfachen Culpahaftung regelmässig kein individueller, sondern ein abstrakter Massstab benutzt. Wenn also Fischer es als eine Besonderheit der *vis maior*-Haftung hervorhebt, dass man die Unüberwindlichkeit nicht individuell fassen dürfte, so muss sich dies auf das abzuwendende Ereignis selbst beziehen.

Hier entsteht sofort eine Unklarheit. Wie soll der Richter, dem ein individuelles Ereignis vorliegt, entscheiden,

ob es, seiner Individualität entkleidet, für normale Menschen überwindlich war oder nicht? Was bleibt denn übrig, wenn man einem Ereignis seine individuellen Merkmale nimmt? Nach ihnen bestimmt es sich doch gerade, ob Menschenkräfte es überwinden können oder nicht.

Die Schwierigkeiten, die sich hier ergeben, zeigt der von Fischer selbst angeführte Fall.⁶⁹

Ein Schienenstrang ist oben ordnungsmässig vom Bahnwärter untersucht, als ein Verbrecher „ein mittelgrosses, durch die Kräfte eines normalen Menschen“ transportierbares Felsstück auf die Schienen legt. Der Zugführer konnte unter den obwaltenden Verhältnissen den Felsblock nicht entdecken. Der Zug entgleist. Wie soll man dieses Ereignis seiner Individualität entkleiden? Es ist interessant zu sehen, wie sich Fischer hilft. Er nimmt sehr wohl Rücksicht auf das Gewicht des Felsblocks und sagt, da ihn die Kraft eines normalen Menschen fortbewegen könne, solle das Ereignis nicht als *vis maior* gelten. In dieser Hinsicht also fasst Fischer das Ereignis durchaus individuell, auf alle anderen konkreten Thatumstände aber nimmt er keine Rücksicht, sieht also insofern das Ereignis ganz abstrakt an, gewissermassen „erhaben ob Raum und Zeit.“ Womit soll man aber diese Willkür rechtfertigen? So gut wie die Schwere des Felsblocks ist die Beschaffenheit des Ortes, an dem er lag, und die Zeit, zu der der schlaue Verbrecher den Stein auf die Schienen legte, bei Beurteilung der Abwendbarkeit zu berücksichtigen.⁷⁰ Thut man dies, so muss man sagen, dass für jede normale Eisenbahn die Folgen eines so angelegten Verbrechens „an sich“

69. A. a. O. S. 276.

70. Will man dies vermeiden, so darf man gerechterweise auch auf die konkrete Beschaffenheit des Felsblocks keine Rücksicht nehmen und muss auch diesen abstrakt fassen. Das ist natürlich unmöglich, wie es überhaupt unmöglich ist, ein konkretes Ereignis „nicht individuell“ zu fassen.

unvermeidlich sind.⁷¹ Noch unpraktischer beweist sich die Theorie von Fischer an einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall.⁷² Ein Weichensteller wird an den Augen dadurch beschädigt, dass ihm Kohlenstaub von einer vorüberfahrenden Lokomotive in die Augen dringt. Kann man sich auch nur in abstracto vorstellen, dass die Einwirkung des Lokomotivenqualms auf die Augen eines bei der Bahn Angestellten vermeidlich ist? Nein, und doch hat das Reichsgericht mit Recht einen solchen Unfall nicht für vis maior erklärt.

Auch der Begriff der Unabwendbarkeit in abstracto lässt uns im Stich, wenn es gilt die Haftung bis vis maior genau zu begrenzen, schon deshalb, weil er paradox ist. An die Fähigkeiten des zur Abwendung Verpflichteten kann man einen abstrakten Massstab legen. Hinsichtlich des in Frage stehenden Ereignisses aber kann man nur unter Berücksichtigung seiner Individualität⁷³ von Abwendbarkeit oder Unabwendbarkeit reden, wobei man dann

71. Damit kommt man natürlich sofort zu der im vorigen Abschnitt behandelten Unabwendbarkeit in concreto und somit zum Culpaprinzip zurück.

72. Entsch. Bd. II S. 147. Vgl. auch die weiter unten besprochene Entscheidung.

73. Vgl. Stucki a. a. O. S. 19. „Die Unabwendbarkeit richtet sich weder theoretisch, noch praktisch nach einem einzigen objektiven Merkmal, sie ergibt sich aus einer Vergleichung des objektiven mit dem subjektiven Thatbestande, der Gewalt des schädigenden Ereignisses mit den zu ihrer Abwendung vorhandenen Kräften, und erst dann ist ein Ereignis als unabwendbar zu betrachten, wenn es nach Lage des einzelnen Falles für den Betreffenden unvermeidlich und unwiderstehlich war. Vgl. a. Gerth a. a. O. „Die Unwiderstehlichkeit wohnt nur den Ereignissen in concreto bei. Abstrakt genommen und als bloß möglich in eine Regel gefasst, seiner blossen Art nach, kann kein Ereignis als unbedingt unvermeidlich behandelt werden.“

stets, wie im vorigen Abschnitt behandelt ist, auf die einfache Culpahaftung hinauskommt.

Kurz, mit der abstrakten Unabwendbarkeit können wir in der Lehre von der *vis maior* auch nichts anfangen, da sie etwas Unfassbares ist.

Nicht viel anders steht es mit der *prima facie* Unabwendbarkeit, die nach Exner das Kriterium der als *vis maior* zu bezeichnenden Ereignisse sein soll. Dies fühlte Exner auch wohl selbst heraus und begrenzt deshalb den vagen Begriff schärfer durch Hinzufügung der oben erwähnten formalen Unterscheidung: *prima facie* unabwendbar ist alles, was von aussen in den Betrieb als ein aussergewöhnliches Ereignis mit überwältigender Wucht hineinbricht; *prima facie* unabwendbar ist nicht, was im Innern des Betriebes entstanden ist.

Diese Unterscheidung ist nun zwar scharf und klar, erschien aber den meisten zu äusserlich und unmotiviert.⁷⁴ Warum sollte man die Grenze zwischen *vis maior* und *casus* nach einem im Grunde doch nur lokalen Gesichtspunkt bestimmen? Ob der Unfall seinen lokalen Ausgangspunkt im Betriebe nimmt oder von aussen kommt, darin ist ein prinzipieller Unterschied nicht zu sehen. Denn die von Exner gegebene Motivierung, dass alle im Innern des Betriebes entstandenen Unfälle nicht *prima facie* unabwendbar wären, trifft durchaus nicht immer zu. Man vergleiche nur das schon erwähnte Beispiel von dem durch Lokomotivenrauch verletzten Weichensteller. Hier ist es, wie auch die beklagte Eisenbahnverwaltung zu ihrer Verteidigung hervorhob, *prima facie* unmöglich, den Weichensteller irgendwie vor den Einwirkungen des Kohlenstaubs auf seine Augen zu schützen. Andererseits aber rührte

74. Ueber das Verhältnis der Theorie Exners zu den Quellen vgl. Fischer a. a. O. S. 211 ff.

das schädigende Ereignis von der Lokomotive her, hatte also seinen Ursprung innerhalb des Eisenbahnbetriebes. Das Beispiel zeigt, dass durchaus nicht immer das lokale Moment, die Entstehung des Ereignisses im Innern des Gewerbebetriebes, und das rationelle Moment, seine *prima facie* Unvermeidlichkeit, Hand in Hand gehen.

Auch mit der, den bisher besprochenen objektiven Theorien verwandten Theorie von Stintzing, nach der alles auf die Voraussehbarkeit des in Frage stehenden Ereignisses ankommt,⁷⁵ ist uns nicht geholfen. Sie ist schon deshalb nicht haltbar, weil viele durchaus voraussehbare Ereignisse trotzdem als Fälle höherer Gewalt allgemein anerkannt sind, so namentlich der Seesturm. Diesen Widerspruch sucht Stintzing vergebens zu beseitigen.⁷⁶

3. Die Verwertung der culpa bei der legislatorischen Motivierung der vis maior-Haftung.

Kann demnach bei der Untersuchung, ob in einem konkreten Falle höhere Gewalt vorliegt, das Culpaprinzip für uns in keiner Weise, weder direkt, noch verkappt als Frage nach der Unabwendbarkeit entscheidend sein, so müssen wir uns auch hüten, es in die legislatorische Motivierung der Haftung bis vis maior hineinzuziehen. Ein Gesetz, welches Schiffer und Wirte auch trotz Anwendung aller nötigen Diligenz haften lässt, kann sich logischer Weise nicht aus einer Verpflichtung derselben zur Sorgfalt ausreichend motivieren lassen.

Darum ist es nicht einleuchtend, wenn man behauptet,⁷⁷ die vis maior-Haftung habe nur den

75. Vgl. oben S. 24 u. 25.

76. A. a. O. S. 463. Vgl. Fischer (a. a. O. S. 283 Anm. 27), dessen Ausführungen über die Theorie Stintzings wir uns nur anschliessen können.

77. So Rümelin a. a. O. S. 30.

Zweck, den Unternehmer zu größtmöglicher Vorsicht anzustacheln. Denn demgegenüber erscheint es durchaus ungerecht, ihn auch dann zu verpflichten, wenn er es an Umsicht und Aufmerksamkeit in keiner Weise fehlen liess.

Darum ist es ferner nicht überzeugend, wenn Exner meint, durch die Haftung des Unternehmers für alle Unfälle, die nicht vis maior sind, solle verhindert werden, dass sich dieser in zweifelhaften Fällen, dank der Kompliziertheit seines Gewerbebetriebs und der Unmöglichkeit genau kontrolliert zu werden, auch dann herausrede, wenn er in Wahrheit doch nicht die nötige Sorgfalt angewendet hat. Auch diese Auffassung ist nicht immer zutreffend, wie das S. 47 angeführte Beispiel von dem Weichensteller, und ferner ein am Schlusse unseres ersten Teiles erwähnter, ebenfalls vom Reichsgericht entschiedener Fall zeigen. Hier ist sofort jeder Zweifel an der Unvermeidlichkeit des Unfalles ausgeschlossen, und doch lässt Exner selbst aus den S. 48 genannten formalen Gründen den Unternehmer haften. Auch insofern ist die Exnersche Meinung hier abzulehnen, als Exner damit den von ihm verschmähten Ausspruch Ulpians, dass der Schlechtigkeit der Gastwirte vorgebeugt werden müsse, wenn auch in sehr verfeinerter Form, in die Lehre von der vis maior wieder hineinbringt.⁷⁸

78. Vgl. Huber a. a. O. S. 44. „Exner spricht hier durch die Blume das nämliche aus, wie die ältere Lehre mit ihrem ‚schwächlichen Argument‘, nur dass jene gerade heraus sagten, hoc genus hominum, Exner hingegen: es ist ein Heer von Hilfspersonen, welche ein Interesse haben, dass eine sie entlastende Erklärung gefunden werde, zu dem Ende unterstützen sie die natürliche Tendenz des Direktors durch die Mittel der Verschweigung relevanter That-sachen.“

III. Positive Ergebnisse.

Freilich irgend ein Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und demjenigen, der es vertreten soll, muss immer vorhanden sein, wenn anders wir überhaupt an eine Begründung seiner Haftung denken wollen. So bleibt denn nach völliger Aufgabe des subjektiven Zusammenhangs nur noch eine Erklärung übrig:

Die Gastwirte, Schiffer u. a. haften nicht, weil sie den Schaden verschuldet haben, auch nicht, weil sie ihn vielleicht trotz des scheinbar gelungenen Gegenbeweises verschuldet haben könnten, sondern einfach, weil sie ihn objektiv verursacht haben, d. h., weil er infolge des von ihnen betriebenen Unternehmens entstanden ist. In der That hängt dabei ihre Verpflichtung mit der Kompliziertheit des von ihnen geleiteten Betriebes zusammen.⁷⁹ Doch liegt der Zusammenhang nicht darin, dass — wie Exner meint⁸⁰ — der Richter wegen der Unkontrollierbarkeit des verwickelten Betriebes vom Unternehmer über den wahren Sachverhalt leicht getäuscht werden könnte, und dass man deshalb dem Unternehmer nicht gestatten dürfte, sich durch den Beweis der Sorgfalt zu rechtfertigen.

Vielmehr ist der Grund folgender: Es ist unmöglich, in einem Gastwirts- oder gar Eisenbahnunternehmen das Publikum vor allen Gefahren, die dieser Betrieb mit sich bringt, zu schützen, auch wenn der Gastwirt oder die Eisenbahn noch soviel Sorgfalt anwenden. Träfe in solchen Fällen den Unternehmer nur die einfache Culpa-haftung, so müsste jeder Anspruch des Geschädigten ab-

79. Davon spricht auch Stucki a. a. O. S. 86.

80. Vgl. oben S. 50.

gewiesen werden. Darin läge aber eine Ungerechtigkeit,⁸¹ da der Unternehmer auch allen aus seinem Betriebe fließenden Gewinn einstreicht und das Publikum meistens gezwungen ist, sich ihm anzuvertrauen. Wer kann heutzutage es vermeiden, mit der Eisenbahn zu fahren? Welcher Kaufmann könnte umhin, Waren mit der Eisenbahn zu versenden?⁸²

Deshalb ist es ein dringendes Bedürfnis des Verkehrs, dass der Unternehmer dem Publikum nicht nur für Verschulden, sondern für alle Schäden hafte, die durch die Gefährlichkeit seines Unternehmens hervorgerufen sind.⁸³

Wo aber ein Ereignis mit der Eigenart des Unternehmens in gar keinem Zusammenhang steht, da treffen obige Erwägungen nicht zu. Deshalb ist in einem solchen Falle der Unternehmer frei von aller Ersatzpflicht; es liegt vis maior vor.

Dieses Prinzip der Haftung des Unternehmers für Betriebsgefahren ist hinsichtlich der Ersatzpflicht der Eisenbahnen schon vielfach anerkannt.⁸⁴ Am glänzendsten

81. So Rümelin a. a. O. S. 31: „es erscheint billig, bei grösseren und komplizierteren Unternehmungen, die wegen der Unübersehbarkeit des Betriebes durch den Unternehmer und wegen der vollständigen Machtlosigkeit des Gegenkontrahenten diesem und dem Publikum leicht Schaden bringen, auf der anderen Seite aber einen leichten und erheblichen Gewinn abzuwerfen pflegen, gewisse Gefährdungen zu den Betriebsunkosten des Unternehmers zu rechnen. Dieser Gesichtspunkt macht sich in hervorragendem Masse geltend beim Gastwirts- und Schiffbetrieb.“

82. Diesen Gesichtspunkt hebt auch Huber a. a. O. S. 17 hervor und erklärt daraus die strenge Haftung der Unternehmer, doch meint er, dass die Haftung nur soweit gehe, als die Gefahren durch technische Vorkehrungen abwendbar wären, und kehrt damit, ohne es zu wollen, zum Culpaprinzip zurück.

83. Dass eine solche Haftung wünschenswert sei, giebt auch Stucki a. a. O. S. 87 zu.

84. Soweit stimmt auch Fischer zu a. a. O. S. 283 Anm. 126.

hat es hier verteidigt Unger:⁸⁵ „Der Unternehmer muss für die Folgen des Betriebes eintreten und somit für jene Betriebsunfälle aufkommen, deren Entstehungsursache in dem Betrieb selbst liegt (innere Betriebsunfälle), die aus der Schuld (im obj. Sinne) des Betriebs entstehen.“ (Hierzu rechnet Unger die durch die Bahnanlagen, das Betriebsmaterial, das Betriebspersonal u. s. w. hervorgerufenen Unfälle.)

Giebt nun aber dieser bei der Haftung der Eisenbahnen massgebende Grundsatz uns nicht zugleich einen Aufschluss über die Haftung bis zur vis maior überhaupt, auch für die römische, da doch gerade der Ausdruck „höhere Gewalt“ aus dem Haftpflichtgesetz dem römischen Ausdruck „vis maior“ nachgebildet ist? Unger freilich lehnt einen solchen Vergleich rundweg ab (Anmerk. 150). Er nennt die Haftung der Eisenbahnen und die der Gastwirte etwas prinzipiell Verschiedenes.

Hinsichtlich der ersteren hält er, wie schon bemerkt, vis maior für das Gegenteil der inneren Betriebsgefahr; hinsichtlich der letzteren aber ist ihm vis maior alles objektiv Unabwendbare.

Deshalb missbilligt er auch im Anschluss an Westerkamp die Uebertragung des Begriffs der höheren Gewalt von der Haftung der Gastwirte auf die der Eisenbahnen sehr, da beide Fälle ganz verschieden lägen: „In einem Falle handelt es sich um die Sicherung anvertrauter Effekten gegen Unfälle, welche dieselben treffen können, in dem anderen Falle um Schutz von Personen gegen Unfälle, welche aus einem gefährlichen Gewerbebetrieb entstehen. Dort wird Garantie für die Integrität einer

85. Unger hat diesen Gedanken nicht neu eingeführt. Er citirt bereits die Worte Lönnings: „die Gesellschaft, die solche gefahrvollen Betriebe gestattet, kann und muss verlangen, dass der Unternehmer auch die damit verbundene Gefahr trägt.“

Sache (*rem salvam fore recipere*), hier Garantie für die Unschädlichkeit des Betriebes übernommen.“

Allein der von Unger und Westerkamp so betonte Unterschied verliert seine Bedeutung, wenn man, wie das schon Rümelin⁸⁶ und Pfersche⁸⁷ gethan haben, hervorhebt, dass auch bei dem Gastwirts- und Schiffahrtsbetrieb bestimmte, diesen Betrieben eigentümliche Gefahren in Betracht kommen können, gegen welche die von den Reisenden eingebrachten Sachen geschützt werden sollen. Insofern kann auch hier genau so wie bei den Eisenbahnen von einer „Garantie für die Unschädlichkeit des Betriebes“ gesprochen werden. Endlich ist zu beachten, dass die Eisenbahnen, sofern sie auf Grund des H. G. B. § 456 als Frachtführer ebenfalls bis *vis maior* haften, den Gastwirten und Schiffern vollkommen gleich stehen, indem auch sie als Frachtführer die Sachen der Reisenden „*salvas fore recipiunt*.“ Dennoch wird man schwerlich annehmen dürfen, dass die Haftung der Eisenbahnen „prinzipiell verschieden“ sei, je nachdem sie *ex locato* oder aus dem Reichshaftpflichtgesetz verantwortlich gemacht werden.

Kurz, es ist durchaus nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die *vis maior* bei der Haftung der Eisenbahnen und die bei der Haftung der Gastwirte und Schiffer vollkommen identisch sind. Jedenfalls lässt sich die Haftung der Schiffer und Wirte, was das praktische Resultat anlangt, unter den für die Ersatzpflicht der Eisenbahnen massgebenden Gesichtspunkten logisch sehr gut erklären. Ob allerdings eine solche Auffassung quellenmässig ist, ist eine andere Frage und soll später untersucht werden.

Der Wirt müsste also für alle Unfälle aufkommen,

86. In der S. 52 Anm. 81 citierten Stelle.

87. A. a. O. S. 108.

die aus der Eigenart seines Gewerbebetriebes hervorgehen. Worin besteht aber diese? Offenbar darin, dass im Gegensatz zu einem Privathaushalte⁸⁸ im Gasthofs viele Leute ein und ausgehen, dass viele Reisende mit vielem Gepäck aufgenommen werden müssen. Die Folge davon ist, dass eine Kontrolle über die einzelnen, die die Gastwirtschaft betreten, bedeutend schwerer ist als in einem Privathaus, dass ferner eine spezielle Beaufsichtigung des zahlreichen Gepäcks fast undurchführbar ist.⁸⁹ Infolgedessen stellt sich als dasjenige Ereignis, das den Reisenden in einem Gasthofs am häufigsten bedroht, heraus der Diebstahl und die Sachbeschädigung, mögen sie nun durch Angestellte des Hôtels oder durch Mitreisende oder durch Dritte, die aus und eingehen (Wäscherinnen, Schornsteinfeger, Kommissionäre) verschuldet sein. Vor diesen Gefahren kann der Wirt die Reisenden auch durch allergrösste Sorgfalt nicht in allen Fällen schützen. Infolgedessen reicht hier die Culpahaftung nicht aus; die Bedürfnisse des Verkehrs fordern einen billigen Ausgleich, und so legt das Gesetz dem Wirt für alle durch seinen Betrieb verursachten Unfälle eine unbedingte Haftung auf.

Hierbei wird es auch klar, warum beim Kommodat die dort früher ebenso strenge Haftung sich nicht erhalten hat. Wenn das mir geliehene Buch bei mir einen Schaden erleidet, den es bei dem Verleiher nicht hätte erleiden

88. Rümelin a. a. O. S. 31 ff. nimmt, um die dem Gastwirtsbetrieb eigentümlichen Gefahren festzustellen, als Vergleichungspunkt nicht den Privathaushalt, sondern dem Gastwirtsbetrieb verwandte Betriebe, kommt aber dabei zu ganz ähnlichen Resultaten.

89. Vgl. Pfersche a. a. O. S. 108: „als wesentliches Beispiel der Betriebsgefahr wäre die Beschädigung durch Mitreisende zu betrachten, denn gerade im Zusammenwohnen vieler Unbekannter liegt eine der wesentlichen Gefahren für Person und Eigentum der Reisenden.“

können, so liegt regelmässig culpa meinerseits vor.⁹⁰ Der Gastwirt aber ist aus den angegebenen Gründen nicht in der Lage, den fremden Koffer so zu behüten, wie der Besitzer ihn im eigenen Hause behüten könnte.⁹¹

Nun ist auch leicht zu verstehen, weshalb für einen Ueberfall durch Strassenräuber der Gastwirt nicht aufzukommen hat. Man kann eben nicht sagen, dass die Eigenart des Gastwirtsbetriebes die Gelegenheit zum Ueberfall geboten oder ihn erleichtert habe. Dies gilt auch dann, wenn Räubereien in der Gegend, wo das Wirtshaus liegt, keineswegs ungewöhnlich⁹² und deshalb voraussehbar⁹³ sind.

90. Aus diesem Grunde wird man de lege ferenda die Ausdehnung der vis maior-Haftung auf das Kommodat nicht — wie Rümelin a. a. O. — befürworten können, wohl aber eine Ausdehnung auf das Frachtgeschäft.

91. Vgl. Biermann in den Verhdl. des XXII. deutsch. Juristent. Bd. 4 S. 117. „Was die Haftung der Wirte anbetrifft, so muss sie m. E. allerdings über die gewöhnliche Haftung für Verschulden hinausgehen. Es muss der Reisende durch das Gesetz ein Aequivalent erhalten für die ungünstige Position, in der er sich im Gasthause befindet, ungünstig insofern, als sie ungünstiger ist als seine Lage daheim.“

92. Hierin unterscheidet sich unser Prinzip wesentlich von dem durch Exner aufgestellten. Nach E. nämlich ist es von grosser Bedeutung, ob der fragliche Unfall im gewöhnlichen Leben zu gewärtigen war oder nicht. Gewiss wird es der durch die Eigenart des Betriebes hervorgerufene fast immer sein und umgekehrt, doch giebt es auch Ausnahmen und man muss sich hüten, eine notwendige Bedingung für die Befreiung des Unternehmers in der Ausserordentlichkeit des in Frage stehenden Unfalls zu sehen. — Ein weiterer Unterschied von der Theorie Exners besteht darin, dass die Frage, ob ein Unfall aus dem Betriebe hervorging oder nicht, nicht nach lokalen, sondern nach kausalen Gesichtspunkten entschieden wird. In dem Beispiel Exners mit dem vom Schlage getroffenen Lokomotivführer würden wir fragen, ob der Schlaganfall des letzteren im

Im Gegenteil, ein mit Personal und Gästen reichlich besetztes Wirtshaus können die Räuber weit schwerer bewältigen als eine einsame Villa.

Allerdings für die Haftung des Schiffers scheint auf den ersten Blick unser Prinzip nicht anwendbar. Ist denn, so könnte man sagen, der Schiffbruch (ein Hauptfall der vis maior) nicht recht eigentlich ein durch den Schiffsbetrieb bedingter Unfall? Dies scheint aber nur so. Es kommt für die Haftung in Betracht nur der gewerbmässige Schiffer, der Waren und Reisende befördert.⁹⁴ Die seinem Betrieb eigentümlichen Gefahren sind nicht diejenigen, die überhaupt einen jeden Seemann bedrohen, ebenso wenig, wie zu den dem Gastwirtsbetrieb eigentümlichen Gefahren nicht die jeden Hauswirt bedrängenden gerechnet werden können (z. B. Feuersbrunst).

Wie beim Gastwirt müssen daher auch beim Frachtschiffer die seinem Betrieb eigentümlichen Gefahren aus dem Umfang, aus der Kompliziertheit seines Unternehmens hervorgehen. Der Schiffer, der viele Reisende und Waren befördern muss, kann nicht jedem einzelnen Gepäckstück oder Frachtgut diejenige Sorgfalt widmen, die der Reisende selbst verwenden könnte, wenn er im eigenen Bote führe. Charakteristisch ist hier gerade das von Fischer citierte Beispiel⁹⁵ von dem Thee, der bei seiner Versendung per

kausalen Zusammenhang mit dem Betrieb der Eisenbahn stand (etwa die Folge übergrosser Ermüdung des Lokomotivführers im Dienste war) oder nicht. Ergiebt sich, dass von solchem Zusammenhang keine Rede sein kann, so ist der Schlaganfall, obwohl er im Inneren des Betriebes entstanden, gerade wie ein Blitzstrahl als vis maior anzusehen.

93. Die gegen die Theorie Exners und Stintzings von Fischer a. a. O. S. 283 erhobenen Einwände treffen deshalb auf unser Prinzip nicht zu.

94. So ausdrücklich fr. 1 § 2 h. t. 4, 9.

95. A. a. O. S. 276.

Schiff dadurch verdorben wurde, dass Apothekerwaren neben ihm lagen. Es ist eben unmöglich für den Schiffer, jedem einzelnen Stücke, das er verfrachten soll, einen seiner Beschaffenheit entsprechenden Extraplatz anzuweisen. Ein Unfall wie die Beschädigung des Thees war deshalb unvermeidlich, und es entsteht das Bedürfnis, gegen derartige durch die Eigenart der Massenverfrachtung hervorgerufene und durch die Culpahaftung nicht genügend gedeckte Gefährdungen der Waren⁹⁶ die Versender zu versichern. Deshalb statuierte auch hier das Gesetz eine unbedingte Haftung der Schiffer für Sachbeschädigung und Diebstahl.

Dahingegen stehen die Gefahren der Stürme und der Klippen mit dem Massenbetrieb eines Personen- oder Frachtschiffes in gar keinem Zusammenhange. Vielmehr ist ihnen ein grosses Personen- oder Frachtschiff weit eher gewachsen als ein kleineres Privatfahrzeug. Es hätte deshalb keinen Sinn, die Reisenden auch dagegen zu versichern.

IV. Verhältnis unserer Ergebnisse zu den Quellen.

Auf die von den römischen Juristen gegebenen Beispiele der vis maior-Haftung passt also bei der praktischen Anwendung unser Prinzip genau. Es fragt sich jetzt noch, ob man auch einen theoretischen Anhalt in den Quellen dafür finden kann.

Natürlich werden wir es vergeblich als Prinzip in den Digesten suchen. Erstens lieben die römischen Juristen derartige theoretische Grübeleien überhaupt nicht und zweitens ist der Gedanke der „Gefährdungshaftung“ in dieser Form wohl der antiken Welt ebensowenig geläufig wie der der direkten Stellvertretung. Aber ebenso wie

⁹⁶. Der Diebstahl gehört selbstverständlich (aus ähnlichen Gründen wie beim Gastwirtsbetrieb) auch hierher,

Ansätze zur direkten Stellvertretung schon hier und da festzustellen sind, z. B. im Besitz- und Eigentumserwerb, so ist auch den Römern eine Haftung ohne Verschulden in dem S. 51 ff. angedeuteten Sinne nicht völlig fremd geblieben. Viele der hierher gehörigen Rechtssätze, namentlich die Bemerkungen älterer Schriftsteller über die unbedingte Haftung des Kommodatars und Pfandgläubigers, lassen sich allerdings — wie wir oben S. 10 u. 11 gesehen haben — als letzte Ausläufer einer früheren roheren Haftung erklären, die bei feinerer Ausbildung des römischen Rechts der Culpahaftung weichen mussten. Viele aber sind zum grossen Teil spätere Entwicklungen, die keineswegs einen veralteten, sondern Spuren eines neuen, dem antiken Recht sonst fremden Gedankens aufweisen.

Eine ausführliche Besprechung der hierher gehörigen Rechtssätze findet sich bei Pernice (a. a. O. S. 248 ff.)⁹⁷ und bei Unger (a. a. O. S. 398 ff.)⁹⁸. Danach ist unverkennbar der polizeiliche Gesichtspunkt in dem prätorischen Edikt de his qui effuderint vel deiecerint und dem über die posita und suspensa, endlich auch in dem über das Halten gefährlicher Tiere⁹⁹ massgebend gewesen.

Eine culpa des Haftpflichtigen ist zur Klage aus dem Edikt nicht erforderlich. Es genügt ein rein objektiver Kausalzusammenhang, dass nämlich aus dem Stockwerk des Ersatzpflichtigen etwas auf eine begangene Strasse geworfen oder gegossen worden ist (oder, dass vor einem Hause über dieser Strasse etwas aufgestellt ist, gefährliche

97. In der kürzlich erschienenen neuen Auflage des II. Bandes bildet die „Haftung ohne Verschulden“ einen besonderen Abschnitt (S. 50—57). Im Folgenden ist diese II. Auflage citiert.

98. Freilich bringen beide sie keineswegs in Verbindung mit der Haftung bis zur höheren Gewalt.

99. Vgl. fr. 1 § 1 h. t. 9, 3: publice enim utile est sine metu ac periculo per itinera commeari und § 2 eod. Vgl. a. Pernice S. 50, Unger S. 411 ff.

Tiere an ihr gehalten sind) und dass jemand infolge dessen Schaden erlitten hat, um den habitator caenaculi etc. haftbar zu machen.¹⁰⁰ Auch um eine Präsomption oder eine Fiktion der culpa kann es sich hier nicht handeln,¹⁰¹ vielmehr liegt vor eine reine Erfolgshaftung¹⁰² „aus polizeilicher Fürsorge“.

Wenn daher nach Anrichtung des Schadens ein Wechsel der Stockwerksinhaber erfolgte, so ist immer derjenige der Ersatzpflichtige, der zur Zeit, wo der Schaden eintrat, das Stockwerk bewohnte.¹⁰³

Ein wichtiger Fall des „Handelns auf eigene Gefahr“ ist ferner die Haftung eines Unternehmers für seine Gehilfen. Als allgemeiner Satz (wie im B.G.B. § 278) aller-

100. Vgl. fr. I § 4 § 8 de eff. 9, 3; fr. 40 § 1; fr. 42 de aed. ed. 21, 1.

101. Vgl. Pernice S. 50, wo nachgewiesen wird, dass, wenn auch hier die römischen Juristen den schon oben S. 14 ff. bei anderer Gelegenheit beobachteten Versuch machen, ein subjektives Moment in die Haftung hineinzubringen, dies nur eine Denkform ist, mit der die Juristen „das Institut ihrem Fachwerke einzuordnen suchen,“ ihrer Grundanschauung entsprechend, „dass jeder Ersatzanspruch eine culpa des Verpflichteten verlange.“

102. suo nomine tenetur, vgl. Pernice S. 51, S. 56.

103. Anders liegt es bei der a. de pauperie. Dort sind für die Bestimmung des Ersatzpflichtigen massgebend die Eigentumsverhältnisse zur Zeit der Klageerhebung: adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit, cum noceret, sed cuius nunc est (fr. I § 12 h. t.), vgl. a. Bekker actiones Bd. I S. 188. Der Grund ist folgender: Bei der a. de pauperie macht nicht wie in dem oben erwähnten Edikt das Halten des Tieres verantwortlich, sondern das Tier selbst wird in Anspruch genommen, der Herr nur als Eigentümer des Tieres herangezogen. Deshalb geht auch ursprünglich die Klage nur auf Auslieferung des Tieres (vgl. Burckhard, die cautio damni infecti S. 5 Anm. 3) und hat stets zur Voraussetzung auf Seiten des Tieres ein Verhalten contra naturam (fr. I § 7 h. t.), das der culpa beim Menschen entspricht.

dings hat sie im römischen Rechte nie gegolten, und ob fr. 25 § 7 loc. 19,2 darauf schliessen lässt, dass wenigstens beim Werkvertrag eine unbedingte Haftung für Gehilfen bestanden hat,¹⁰⁴ ist zweifelhaft. Sicher aber trifft die Schiffer und Wirte eine objektive Haftung wegen der Diebstähle und Sachbeschädigungen ihrer Leute gegenüber den Sachen der Reisenden.¹⁰⁵ Der Grund für diese strenge Haftung liegt natürlich in der Sorge für die Sicherheit der Reisenden.¹⁰⁶ Culpa in eligendo ist nicht erforderlich.¹⁰⁷ Daran ändert, wie Pernice S. 54 hervorhebt, nichts, dass „die Juristen . . . die selbständige Fahrlässigkeit des Geschäftsherrn auch hier ausfindig machen, die in der bei Auswahl der Kellner und der anderen Hausgenossen bewiesenen Unaufmerksamkeit liegen soll.“¹⁰⁸ Es ist dies eben auch hier nur eine Denkform.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Haftung der Publikenen für Gewaltthätigkeiten und Diebstähle ihrer Untergebenen.¹⁰⁹ Die juristische Denkform, dass in der Auswahl eine culpa liegt, taucht auch hier auf,¹¹⁰ zeigt sich aber als völlig inhaltslos.

Gleichfalls sind an dieser Stelle zu erwähnen die ädilischen Klagen gegen den Verkäufer von mangelhaften Sklaven oder Vieh.¹¹¹ Sie sind ursprünglich Pönalklagen gewesen, dann Kontraktsklagen geworden.¹¹² Ihre Vor-

104. Vgl. Unger a. a. O. S. 385. Dernburg Pand. II S. 107 Anm. 8.

105. Fr. un. pr. furti adv. naut. 47, 5.

106. Pernice S. 54.

107. Vgl. a. Unger S. 390.

108. Fr. 7 § 4 naut. comp. 4, 9; — fr. 5 § 6 de ob. e. a. 44, 7; fr. I § 6 f. a. n. 47, 5; fr. I § 2 de ex. a. 14, 1.

109. fr. I pr. fr. 12 § 1 de publ. 39, 4.

110. fr. 3 pr. h. t. fr. 13 § 2 h. t. Vgl. a. Pernicé S. 55.

111. Vgl. a. Pernice S. 51.

112. Fr. 23 § 4 de aed. ed. 21, 1.

aussetzung ist nur das objektive Vorhandensein eines verborgenen Mangels, ob ihn der Käufer kannte oder hätte kennen müssen oder nicht, ist gleichgültig.¹¹³ Ohne Zweifel war der Zweck des ganzen Instituts die Sicherung des Marktverkehrs. Der Verkäufer sollte den Schaden, der in seiner ihm gehörenden Sache schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden war, billiger Weise selbst tragen und ihn nicht auf den Käufer abwälzen.

Unger zieht noch herein die Lehre vom Irrtum. Doch dies ist nur für das moderne Recht anzuerkennen. Im B.G.B. § 122 muss allerdings derjenige, der eine unwirksame Willenserklärung abgibt, auf deren Gültigkeit der Empfänger vertraut, den dadurch entstandenen Schaden ersetzen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft.¹¹⁴ Allein für das römische Recht wird man einen ähnlichen Satz schwerlich aufstellen können.

Endlich ist von Unger den Fällen der polizeilichen Haftung noch die *cautio damni infecti* eingereicht. Es fragt sich, ob dies mit Recht geschah, denn Unger steht hier in Widerspruch mit Bekker (a. a. O. S. 194 ff.) und Pernice, die die Verpflichtung zur *cautio damni infecti* nicht als polizeiliche Haftung, sondern als Defensionspflicht des Eigentümers für seine quasi in eigener Schuld befindliche Sache — analog der *a. de pauperie* — auffassen.

Es kommt bei der *cautio damni infecti* namentlich in Betracht die Inanspruchnahme des Hauseigentümers für Schaden, der seinem Nachbar infolge der fehlerhaften Be-

113. So auch Dernburg Pand. Bd. 2 S. 278. Natürlich fehlte auch hier nicht der bekannte Versuch einer subjektiven Färbung der Mängelhaftung. Vgl. fr. 1 § 2 de aed. 21, 1. Ihering a. a. O. S. 46 Anm. 88. Vgl. aber Pernice S. 53.

114. Selbstverständlich ist der Gedanke der Haftung ohne Verschulden aus Billigkeitserwägungen im B. G. B. überhaupt viel weiter durchgeführt als im gemeinen Recht. Es sei hier nur noch erinnert an § 829.

schaffenheit seines Hauses (*vitio aedium*) droht, bzw. schon geschehen ist, ohne dass diese Haftung *culpa* des Hauseigentümers voraussetzte.

Wie Gaius Buch IV § 31 erwähnt, ist dieses Institut sehr alt; es gab ursprünglich wegen *damnum infectum* eine *legis actio*. Burckhard nimmt deshalb an, dass es bis auf die XII Tafeln zurückgehe (a. a. O. S. 73). Schon aus diesem Grunde scheint die Ansicht Ungers, hier liege eine polizeiliche Haftung vor, bedenklich. Hat sich doch letztere sicherlich erst im prätorischen und namentlich im ädilischen Recht ausgebildet.

Freilich ist auch ungewiss, ob die entgegenstehende Ansicht von Bekker und Pernice unbedingt richtig ist. Danach haben wir es hier mit einer Haftung für die *culpa* der Sache zu thun: Das zur Inanspruchnahme des Hauseigentümers erforderliche *vitium aedificii* entspricht dem Handeln *contra naturam* beim Tier und der *culpa* beim Menschen.¹¹⁵

Für diese Auffassung kann man geltend machen, dass auch bei der *cautio damni infecti* sich der Eigentümer des Hauses seiner Verpflichtung zur Kautio durch Preisgabe des Hauses entziehen kann,¹¹⁶ ebenso, wie der

115. So Bekker a. a. O. S. 194: „auch hier erwächst dem Verletzten ein Anspruch wider die verletzende Sache, der zu seiner Entstehung ein die Zurechnung begründendes Moment voraussetzt: Der Schuld beim Menschen und dem Verleugnen der Natur beim Tier entspricht bei dem Immobile die vitiöse Beschaffenheit.“ Vgl. Pernice a. a. O.

116. Fr. 7 u. 9 pr. fr. 15 §§ 11, 12 h. t. 39, 2. Hat er dagegen kaviert, so überdauert „die einmal begründete Verhaftung den Fortfall des die Bestellungspflichtigkeit begründeten [Eigentums]verhältnisses“ (Bekker S. 196, vgl. a. Burckhard S. 495 ff.). Der für die Noxalklage unbedingt giltige Satz, dass der Schade immer den jeweiligen Eigentümer der schädigenden Sache und nur diesen treffe, ist also in seiner Allgemeinheit auf die *cautio damni infecti* nicht anzuwenden.

mit der a. de pauperie Belangte ersatzfrei ist, wenn er das schädigende Tier ausliefert.

Gegen die Annahme, dass in dem vitium aedium eine culpa des Hauses liege, und dass aus diesem Gesichtspunkt die cautio damni infecti zu erklären sei, spricht Folgendes:

In denjenigen Fällen der cautio damni infecti, bei denen der Schade nicht durch ein Haus, sondern durch ein opus (ein facere in suo oder in alieno) droht, ist ebenfalls von vitium (vitium operis)¹¹⁷ die Rede, selbst wenn dabei eine Fehlerhaftigkeit des opus gänzlich gemeint sein kann wie in fr. 43 § 2 h. t. 39,2, wo, wie Burckhard sagt,¹¹⁸ „vitium operis und propter opus nebeneinander als gleichbedeutend gebraucht werden.“ Deshalb kann hier die Erklärung Bekkers, vitium ersetze die culpa der Sache, keine Anwendung finden; überhaupt ist immer dort, wo bei der cautio damni infecti nur von einem schaden drohenden facere die Rede ist,¹¹⁹ die ganze Konstruktion von der Defensionspflicht des Eigentümers der Sache hinfällig. Und dennoch sind alle diese Fälle von den römischen Juristen mit dem vorbesprochenen Fall der cautio für ein vitium aedium völlig gleichbehandelt. So wird namentlich in fr. 24 § 12 eod. zwischen dem durch ein opus und dem durch aedes entstandenen Schaden nicht der leiseste Unterschied gemacht. Infolgedessen kann die Auffassung von Bekker, die nur einen Teil der von den römischen Juristen ganz einheitlich aufgefassten Fälle der cautio damni infecti erklärt, unmöglich richtig sein. Auch die Thatsache, dass nur der Eigentümer als solcher zur Kautio verpflichtet ist und sich durch Preisgabe des Hauses befreien kann, ist nicht von derselben Bedeutung bei der c. d. inf. wie

117. Z. B. fr. 24 § 12 h. t. 39,2.

118. A. a. O. S. 137 ff., vgl. auch die übrigen dort citierten Stellen.

119. Z. B. fr. 15 ad exh. 10, 4; fr. 3 § 11 de it. act. 43, 19.

die entsprechende Vorschrift bei der *a. de pauperie*. Dort nämlich handelt es sich um einen bereits eingetretenen Schaden. Wird für diesen auch derjenige in Anspruch genommen, in dessen Eigentum das Tier nachträglich gelangt, so ist dies allerdings nicht daraus zu erklären, dass der nunmehrige Eigentümer den Schaden verursacht habe, sondern nur daraus, dass das Tier selber in culpa ist. Anders liegt es bei der *cautio damni infecti*. Hier handelt es sich um einen drohenden Schaden,¹²⁰ und dass für diesen immer der jedesmalige Eigentümer eintreten muss, ist selbstverständlich, gerade von ihm d. h. aus seinem Vermögen droht ja der Schade; der Kausalzusammenhang ist gegeben. Aus demselben Grunde ist es nur natürlich, dass Preisgabe des Hauses den Eigentümer von aller Verpflichtung befreit, und wir sind durchaus nicht gezwungen, hieraus auf eine Defensionspflicht des Hauseigentümers zu schliessen. Auch ist nicht anzunehmen, dass jemals die Dereliction des Hauses gleich der Preisgabe des Tieres bei der *a. de pauperie* die principale Verpflichtung gewesen wäre. Es wird deshalb die Pflicht zur *cautio* für *damnum vitio aedium* ebenso wie die zur *cautio* für *damnum vitio operis* lediglich auf den objektiven Kausalzusammenhang zwischen dem Eigentümer des Hauses (bezw. Verfertiger des opus) und dem Schaden zurückzuführen sein.

Freilich eine polizeiliche Gefährdungshaftung im Ungerschen Sinne kann deshalb nicht angenommen werden — aus den oben erwähnten Gründen, vielmehr wird man sich der Ansicht von Burckhard, als der natürlichsten, anschliessen müssen, wonach die Haftung für *damnum infectum* mit der

120. Denn, dass auch im Falle der Veräusserung des Hauses nach Eintritt des Schadens der neue Erwerber die Haftung mit übernahm, wird niemand behaupten.

alten Anschauung, „dass jedes objektive Unrecht Genugthuung heischt“, zusammenhängt.¹²¹

Ist somit die Entstehung der Haftung für *damnum infectum* auch erklärt, so ist damit doch noch nicht die eigentliche Frage gelöst. Warum wurde denn dieses alte, vielleicht aus den XII Tafeln stammende Institut durch den Prätor fortentwickelt und weiter ausgedehnt, warum ist es gerade in dem justinianischen Rechtsbuch (39,2) so eingehend und ausführlich durchgebildet? War doch der dem ganzen Institut zu Grunde liegende Gedanke, „jedes objektive Unrecht heischt Genugthuung“, schon längst überwunden und in sein Gegenteil verkehrt. Warum begnügte man sich nicht auch hier mit der *Culpa*-Haftung aus der *a. negatoria*¹²² oder *a. legis Aquiliae* und liess das alte Institut fallen? Hierin liegt doch der Kern der ganzen Frage!

Die Antwort kann nur lauten: die Gründe, die sonst massgebend waren, subjektives und objektives Unrecht zu trennen, trafen gerade bei der *cautio damni infecti* nicht zu. Hier forderte die Billigkeit, namentlich da in Rom das Einstürzen von Häusern ein recht häufiges Ereignis

121. A. a. O. S. 7: „bei leblosen Sachen blieb der alte Satz bestehen: ‚wer schadet muss entgelten,‘ von einer Verschuldung oder einem Surrogat derselben kann hier keine Rede sein.“

122. Allerdings wird von Ihering S. 26, Dernburg Pand. Bd. I § 256 Anm. 13 und von Burkhard a. a. O. S. 238 bestritten, dass überhaupt ein Schadensersatzanspruch mit der *a. negatoria* geltend gemacht werden könne. Anderer Ansicht aber ist Windscheid Bd. I § 198 Anm. 5, und seine Begründung wird durch die Bedenken der citierten Schriftsteller nicht widerlegt. Näher auf diese Frage einzugehen, ist hier nicht der Ort. Vgl. noch Pernice a. a. O. S. 260. „Mindestens seit Prokulus war auch eine an die aquillische Klage anlehrende *a. in factum* zulässig. Darum ist nicht zu zweifeln, dass der Ersatzanspruch auch gleich in die *negatoria* hineingezogen werden dürfte.“

war,¹²³ den Nachbar gegen jede derartige Gefahr schlechthin zu sichern¹²⁴ und demjenigen die Last eines etwa eintretenden Schadens aufzubürden, dessen Haus rein objektiv den Schaden verursacht hatte. Hatte also das Institut der *cautio damni infecti* historisch einen ganz anderen Ursprung, so sehen wir trotzdem im Resultat schliesslich doch eine auf Billigkeitsrücksichten beruhende objektive Gefährdungshaftung vor uns. Mit dieser Einschränkung sind daher auch die Bemerkungen Ungers über die *cautio damni infecti* zu rechtfertigen.

Ein näheres Eingehen auf die Ausgestaltung, die die *cautio damni infecti* im *Corpus iuris* gewonnen hat, wird diese Behauptungen erklären.

Da ist, wie Burckhard hervorhebt,¹²⁵ an die Spitze „der Satz zu stellen, dass die Kautio nur dann gefordert werden kann, wenn ein formellrechtlich ganz erlaubtes Verhalten vorliegt und lediglich die Billigkeit einen Schutz gegen die daraus hervorgehenden nachteiligen Wirkungen erheischt“. *Quod alia actione quaeri potest, id in stipulationes damni infecti omnino non deducitur.*¹²⁶

Einzig positive Voraussetzung der *c. d. i.* ist daher der objektive Zusammenhang zwischen dem Hause (bzw. dem *opus*) des Haftpflichtigen und dem drohenden bzw. eingetretenen Schaden. Dies drücken die Römer so aus:

123. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 72 und die dort Citierten.

124. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 45: „Ueberall . . . beruht die *cautio damni infecti* auf dem Prinzip der *aequitas*, auf dem Bestreben, die Rechtskonsequenz mit den Forderungen der Billigkeit in Einklang zu bringen.“

125. A. a. O. S. 193.

126. Fr. 18 § 9 h. t. 39, 2; fr. 32 in fine u. 33 eod. — Wo daher infolge der *culpa* des Hauseigentümers eine *a. neg.* oder *a. l. Aqu.* gegeben ist, wird die *c. d. i.* nicht gewährt. Vgl. Burckhard S. 253 ff.

Der Schade muss vitio aedium, operis¹²⁷ drohen (bzw. geschehen sein). Wann dieses vitium gegeben ist, wird für den Fall, dass der Schade durch ein Haus oder einen Baum droht, besonders genau auseinandergesetzt. Hier ist ein vitium immer dann vorhanden, wenn die fehlerhafte Beschaffenheit des Hauses (Baufälligkeit) oder Baumes (vetustas) den Schaden herbeigeführt hat, wobei es ganz gleichgültig ist, ob diese fehlerhafte Beschaffenheit dem Eigentümer zuzurechnen ist oder nicht.¹²⁸ Im Gegensatz dazu steht der durch Naturgewalten hervorgerufene Schade, für den nicht gehaftet wird.¹²⁹ Dabei wird aber eine Verursachung durch das Haus auch dann angenommen, wenn — um in der Ausdrucksweise der modernen Kausalitätslehre zu sprechen — durch die Beschaffenheit des Hauses auch nur eine Bedingung gesetzt ist, die zur Herbeiführung des schädigenden Erfolges notwendig war. War daher das Haus zwar durch eine Ueberschwemmung beschädigt aber nicht direkt zerstört, sondern stürzte es erst später infolge seiner — allerdings durch den Fluss hervorgerufenen — Baufälligkeit ein, so haftet der Eigentümer doch.¹³⁰ Ebenso, wenn zwar ein Sturm das Haus oder den Baum umwarf aber vetustate arborum hoc fiebat,¹³¹ oder ita vitiosae . . . aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint.¹³² — Wird dagegen das Haus durch die Wassermassen direkt eingerissen,¹³³ oder stürzt es

127. Das in den Quellen immer gleichzeitig erwähnte vitium loci ist hier fortgelassen, weil es für den Zusammenhang unwesentlich und ausserdem sehr bestritten ist. Sicher ist, dass mit vitium loci nicht die natürliche Beschaffenheit des Bodens gemeint ist. Näheres bei Burckh. S. 146 ff.

128. Fr. 24 §§ 5, 11 h. t.

129. Fr. 24 §§ 3, 4, 9, 10 h. t.

130. Fr. 24 §§ 5, 11 h. t.

131. Fr. 24 § 9 h. t.

132. Fr. 24 § 10 h. t.

133. Fr. 24 § 5 h. t.

infolge der natürlichen Beschaffenheit des Bodens ein,¹³⁴ so ist der Schade nicht vitio aedium entstanden, die Kautio verfällt nicht.

Es ist demnach mit vollkommener Klarheit der Grundsatz durchgeführt: Der Kavent muss für jeden Schaden eintreten, der in der Beschaffenheit seines Hauses irgendwie seinen Ursprung hat. Ist der Schade hierauf in keiner Weise zurückzuführen, sondern durch die natürliche Beschaffenheit des Bodens oder andere ausserhalb des Hauses liegende Ursachen (Sturm etc.), die das Haus direkt zerstörten, bewirkt, so ist der Kavent frei. Die Aehnlichkeit dieses Grundsatzes mit dem oben (S. 52) für die vis maior-Haftung festgestellten ist überraschend. Und wirklich sind die Fälle, in denen die Verpflichtung aus der caut. d. inf. aufhört, sowohl von Labeo¹³⁵ als auch von Servius¹³⁶ zusammengefasst als casus fortuitus, vis divina, also als vis maior.¹³⁷ Es ist demnach klar, dass den römischen Juristen die erwähnte Auffassung des Begriffs der höheren Gewalt durchaus nicht ganz fremd war. Selbstverständlich ist nicht schon von vornherein die Beschränkung bis zur vis maior der Haftung aus der cautio damn. infecti eigentümlich gewesen, sondern erst später — etwa seit Labeo — ausgebildet, ein Beweis dafür, dass, wie bereits erwähnt, die Lehre von der cautio damn. inf. in späterer Zeit eine Umbildung erfuhr. Während anfangs lediglich der äussere Erfolg ersatzpflichtig machte, liessen die Römer in späterer

134. Fr. 24 § 2 h. t.

135. Fr. 24 § 3 h. t.

136. Fr. 24 § 4 h. t.

137. Interessant ist auch, dass, wie nach heutigem Recht die Haftung der Gastwirte und der Eisenbahnen bei Kostbarkeiten beschränkt ist (B. G. B. § 702, H. G. B. § 462), so schon die Römer mit der cautio damni infecti, wenn eine fremde Mauer zerstört war, für kostbare Wandbekleidungen keinen vollen Ersatz gewähren. Vgl. fr. 40 pr. d. i. 39, 2. Vgl. a. Ihering a. a. O. S. 56 Anm. 108.

Zeit auf Grund des inneren Kausalzusammenhanges zwischen Haus und Schaden den Eigentümer des Hauses haften.

Begreiflicher Weise haben es auch hier die römischen Juristen nicht an den oft besprochenen Versuchen fehlen lassen, ein subjektives Moment in die Haftung hineinzuschmuggeln. So sagt Cassius in fr. 24 § 8 h. t. . . . quod contra ea damnum datum est cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere. Im Anschluss daran sagt Burckhard a. a. O. S. 139, es brauche zwar keine culpa vorzuliegen, wohl aber dürfe dem Eigentümer nicht der gerechte Entschuldigungsgrund der „gänzlichen“ Unmöglichkeit einer Abwendung des Schadens zur Seite stehen. Aber auf dieses subjektive Moment ist kein Gewicht zu legen,¹³⁸ da ja die Juristen selbst an anderer Stelle die Forderung irgendwelcher subjektiven Verschuldung ablehnen und in ihren praktischen Entscheidungen auch immer nur den rein objektiven Zusammenhang betonen.¹³⁹ Es ist hier wie so oft. Meistens wird, da ein Haus Menschenwerk ist, eine Schadhaftheit des Hauses durch Menschenkraft zu beseitigen sein, insofern läuft zufällig fast immer ein subjektives Moment neben dem objektiven her. Nichts berechtigt uns aber anzunehmen, dass dies in jedem einzelnen Falle notwendig sein müsse.¹⁴⁰

138. Wohl aber ist es ein Beweis, dass der Vergleich der cautio damni infecti mit der a. de pauperie nicht ganz zutrifft, denn, wie Pernice S. 55, 56 ausführt, wird „bei noxaler Haftung bekanntlich niemals dem Herrn zur Erläuterung seiner Haftung eine culpa (in custodiendo oder dergleichen) untergeschoben.“ Hier aber geschieht dies doch, ein Grund mehr, anzunehmen, dass es sich bei der cautio damni infecti nicht um eine noxale sondern — wenigstens in späterer Zeit — um eine polizeiliche Haftung handelt.

139. Fr. 18 § 4; fr. 24 § 5 h. t. 39, 2.

140. Das B. G. B. dagegen vertritt hier einen subjektiven Standpunkt. § 836 Abs. 1. Der Grund ist leicht ersichtlich: Bei unseren strengen baupolizeilichen Vorschriften wird ein nicht durch vis maior entstandener Hauseinsturz schwerlich ohne culpa des Eigentümers denkbar sein. Die Culpahaftung reicht also heutzutage vollkommen aus.

Sollten nun nicht die angeführten Fälle einer rein objektiven polizeilichen Haftung die obenerwähnte Vermutung, dass auch die Verpflichtung der Gastwirte *ex recepto* unter ähnliche Gesichtspunkte fällt, bestätigen? Auch die *a. ex recepto* ist wie die oben erwähnten keine *civile* Klage, sondern eine vom Prätor eingeführte *a. honoraria* (fr. 3 § 1 h. t. 4,9). Es ist ausdrücklich gesagt, dass sie weit über die *a. locati* hinaus selbst dann eingreift, wenn von einer *culpa* des Ersatzpflichtigen keine Rede sein kann; ähnlich wie die *cautio damni infecti* auch dann wirksam ist, wenn ein Verschulden des Hauseigentümers nicht vorliegt, die *a. negatoria* oder *legis Aquiliae* also keinen Ersatzanspruch gewähren würde. Auch widerspricht unserer Vermutung nicht, dass Ulpian in der citierten Stelle ein subjektives Moment zur Erklärung der Haftung heranzuziehen bemüht ist: „*miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte inquit, ideo, ut, innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum.*“ Im Gegenteil, diese Wendung spricht für unsere Vermutung, denn, wie wir gesehen haben, findet sich derselbe Versuch, die Verpflichtung aus den prätorischen Eidikten auf ein subjektives Moment zurückzuführen, bei allen vorher besprochenen Fällen einer rein objektiven im öffentlichen Interesse begründeten Haftung, da eben die römischen Juristen stets bemüht sind, jede Haftung unter ihre eine Culpaschablone zu bringen. Endlich kann uns auch nicht stutzig machen, dass wir der *vis maior*-Grenze nicht in allen Fällen der prätorischen Haftung begegnen, denn dass sie beim *interdictum de his quis effuderint vel deiecerint* oder bei den Kaufklagen etc. nicht vorkommen kann, versteht sich von selbst, und wo sie angebracht werden konnte, wie bei der *c. d. inf.* — ist sie genau in der vermuteten Bedeutung eingeführt worden.

Deshalb wird es nicht allzu kühn, vielmehr im Sinne der römischen Juristen gesprochen sein, wenn man

behauptet: Wie bei der *cautio damni infecti* im Interesse der öffentlichen Sicherheit der Nachbar gegen das schaden drohende Nachbarhaus schlechthin durch einen Ersatzanspruch gegenüber dem Eigentümer geschützt werden sollte, so sollte der Reisende gegen die Gefahren, die sein Aufenthalt im Gasthof für seine Sachen etc. mit sich bringt, schlechthin geschützt werden. Und wie bei der *caut.* d. i. alles *vis maior* ist und von jeder Haftung befreit, das mit der Beschaffenheit des Hauses nicht zusammenhängt, so ist auch bei der *a. ex recepto* jeder Unfall *vis maior*, der mit der Eigentümlichkeit des Schiffahrts- oder Gastwirtsbetriebs in keinem Kausalzusammenhang steht. (*si quid naufragio aut per vim piratarum perierit etc.*)

Allerdings, dies eine muss von vornherein zugegeben werden, dass aus dem Titel *nautae caupones* 4,9 allein diese Bedeutung der *vis maior* nicht so bestimmt wie aus dem Titel über die *cautio damni infecti* 39,2 herauszulesen ist. Man wird vergeblich unter dem *receptum* nach einem klaren dem *vitio aedificii* entsprechenden Prinzip für den Gastwirts- und Schiffsbetrieb suchen. Auch das öffentliche Interesse ist bei der *a. ex recepto* nicht so hervorgehoben wie etwa bei der *a. de effusis et deiectis*.

Aber diese Verschiedenheit wird ihre natürliche Erklärung in Folgendem finden: Während vor Bestellung der *cautio damni infecti* und entsprechend in allen anderen Fällen der polizeilichen Haftung zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten gar kein rechtliches Band besteht, stehen der Recipient und der Reisende beim *receptum* von vornherein in einem Kontraktsverhältnis.¹⁴¹ Als nun zu Labeos Zeit die anfangs unbeschränkte Haftung aus nahe-

141. Wenigstens zur Zeit Labeos. Ursprünglich ist vielleicht die *a. ex recepto*, da sie sich nur auf die Thatsache der Aufnahme der Sachen durch den Gastwirt stützt, reine Pönklage gewesen und erst später, ganz ähnlich den ädilicischen Kaufklagen, zur Kontraktsklage geworden.

liegenden Billigkeitsrücksichten¹⁴² durch Einführung der vis-maior-Grenze gemildert wurde, war es ganz natürlich, dass sich die Verpflichtung aus dem receptum als kontraktliche bei der Weiterbildung des Rechts anders entwickelte als die aus der cautio damni infecti. Bei der ersten lag es zu nahe, die ausserordentliche prätorische Haftung trotz ihres verschiedenen Ursprungs möglichst eng an die bekannte und damals gleichfalls noch objektive Custodia-Haftung anzuschliessen.¹⁴³ Auch bei dieser handelt es sich ja ebenso wie beim receptum stets um die Haftung für die Integrität einer fremden Sache, die der Schuldner in seinen Gewahrsam genommen hat. Als dann später die alte objektive Custodiahaftung zur subjektiven Culpahaftung verfeinert wurde, musste diese Umbildung auch auf die nah verwandte vis maior-Haftung der Gastwirte eine bedeutende Reflexwirkung ausüben, wenigstens in Bezug auf ihre theoretische Behandlung. Bei der cautio damni infecti dagegen war ein Anschluss an die Custodiahaftung unmöglich. Man war gezwungen, auf den objektiven Zusammenhang zwischen dem auffälligen Haus und dem angerichteten Schaden sein Hauptaugenmerk zu richten. Daher finden wir hier, wie oben erwähnt, diesen objektiven Zusammenhang so eingehend dargestellt.

Ist es demnach durchaus verständlich, weshalb die Römer bei der Haftung ex recepto den Begriff der Betriebsgefahr nicht erwähnen, so haben wir doch auf der andern Seite Beweise dafür, dass ihnen die Gegenüber-

142. Man hatte wohl die Empfindung, es hiesse über das Ziel hinausschiessen, wenn man, um den Nachbar gegenüber dem auffälligen Hause oder den Reisenden gegenüber den Gefahren des Gastwirtsbetriebes recht sicher zu stellen, auch dann noch eine Haftung eintreten liesse, wenn der angerichtete Schade mit dem Gastwirtsbetriebe oder der Auffälligkeit des Hauses in gar keinem inneren Zusammenhang stände.

143. Vgl. Pernice a. a. O. S. 349.

stellung von Betriebsgefahr und höherer Gewalt durchaus nicht gar zu fern lag.

In einigen Stellen im Titel *locati conducti* 19,2 finden wir unverkennbare Hinweise darauf. Es handelt sich dabei um etwas von der Haftung der Gastwirte völlig Verschiedenes. Der bis *vis maior* Verpflichtete soll nämlich hier nicht den Schaden tragen, den ein anderer erlitten hat, vielmehr gilt es umgekehrt, ihm den eigenen Vermögensschaden, den er eigentlich stets tragen müsste, in Ausnahmefällen, wo es sich um *vis maior* handelt, aus Billigkeitserwägungen abzunehmen und auf einen anderen abzuwälzen. Es ist begreiflich, dass hier die Römer das Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr viel ungezwungener ausbilden konnten als beim *receptum*; denn der Satz *casum sentit dominus* stand hier nicht hindernd im Wege. Es mag auf die betreffenden Stellen näher eingegangen werden. Es sind zwei Gruppen zu unterscheiden.

In der ersten ist davon die Rede, dass dem Pächter eines Grundstücks, wenn er durch höhere Gewalt einen schweren Schaden erlitten hat, ein Teil seiner Pacht erlassen werden soll: *fr 15 § 2 h. t.*

Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse . . . sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum. si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse.

Aehnlich *fr 25 § 6 h. t.* *vis maior, quam Graeci*

Deō βlav appellat, non debet conductori damnosam esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.

Allerdings begegnen wir auch in den hier citierten Stellen Anklängen an eine subjektive Auffassung, z. B. in den Worten *omnem vim, cui resisti non potest*; aber ein Blick auf die gleich darauf angeführten Beispiele beweist, dass diese Worte ohne prinzipielle Bedeutung sind, dass Servius eine Eigenschaft der *vis maior*, die Unabwendbarkeit in übereilter Weise der *vis maior* selbst gleich setzt und damit in Gegensatz zu den nachher erwähnten praktischen Resultaten tritt. Das Missraten der Weinernte, die Zerstörung des Getreides durch Ungeziefer und viele andere nicht *extra consuetudinem* eintretende Ereignisse sind für den Landmann schlechthin unabwendbar und werden doch ausdrücklich nicht als höhere Gewalt betrachtet.

Das eigentliche Prinzip, das mit den angeführten Beispielen in Einklang steht und dem „*vitio aedium*“ bei der *cautio damni infecti* vollkommen entspricht, giebt uns Ulpian, indem er die Frage, wann der Pächter Remission des Pachtzinses fordern darf, danach entscheiden will, ob *vitia ex re ipsa oriantur* (wir würden sagen, ob der Schade aus der Eigenart des landwirtschaftlichen Betriebes selbst hervorgegangen ist) oder nicht. Ist diese Frage zu bejahen, so liegt einfacher *casus* vor, den der Pächter allein zu tragen hat. Im umgekehrten Falle liegt *vis maior* vor, und der Pächter kann Remission des Pachtzinses verlangen.

Also auch hier das natürliche Gefühl, die Schäden, die nun einmal stets mit dem landwirtschaftlichen Betrieb verknüpft sind, wie Missernten, gehen auf Risiko des Pächters, bei Unglücksfällen aber, die mit der Eigenart des Landbaues nichts zu thun haben, wie Einbruch eines

feindlichen Heeres, Erdbeben, Ueberschwemmungen und auch ganz ungewöhnlich ungünstige Ernten, erfordert es die Billigkeit, dem Pächter einigen Ersatz zu verschaffen.¹⁴⁴

Die zweite Gruppe von Stellen betrifft den Gefahrübergang beim Werkvertrag. Hier soll der Unternehmer, wenn das bestellte Werk vor der Ablieferung zu Grunde ging, nur dann einen Anspruch auf Bezahlung haben, wenn der Untergang durch vis maior verursacht wurde. Es wird dabei ein dem vitio aedium — ex re ipsa — entsprechendes Prinzip aufgestellt. fr 62 h. t: si soli vitio id accidit locatoris erit periculum, si operis vitio accidit tuum erit damnum. Aehnlich fr 59 h. t. Es kommt also nicht darauf an, ob der Unternehmer schuld daran war,¹⁴⁵ dass er sein Werk nicht vollendete, auch nicht darauf, ob der Unfall, der es zerstörte, abwendbar war; vielmehr wird lediglich gefragt, ging der Unfall, der das Werk zerstörte, aus diesem selbst hervor (Betriebsunfall), dann trägt allein der Unternehmer die Gefahr — oder aber, wurde das Werk durch die Wirkung eines mit ihm gar nicht zusammenhängenden Ereignisses (vis maior) vernichtet — dann soll der Schade den Besteller treffen.

144. Dass im übrigen die Stellung des Gastwirts und des Pächters völlig verschieden ist, kann uns nicht stören. Es kommt hier nur darauf an, festzustellen, dass den Römern (wo die für die Ausbildung der vis maior beim receptum massgebenden Umstände nicht hindernd im Wege standen) die Erklärung: vis maior sind diejenigen Unfälle, quae non ex re ipsa oriuntur, durchaus geläufig war.

145. Die Glosse bemerkte zwar zu operis vitio: „et sic culpa artificis,“ dass aber der Ausdruck vitio ohne Beziehung zur culpa gebraucht wird, beweist das schon oben S. 70 erwähnte fr. 18 § 4 de damn. inf. 39, 2.

V. Resultat.

Fassen wir das, was uns die Betrachtung der Quellen gelehrt hat, zusammen, so ergibt sich:

Der Satz, „dass nur die innere Verursachung, nicht schon die objektive Veranlassung des schädigenden Erfolges verantwortlich macht,“ dessen konsequente Durchführung nach Jhering die schönste That der römischen Juristen war, konnte doch nicht auf jedem Gebiete zur unbedingten Herrschaft gelangen.¹⁴⁶

Es bildete sich an einigen Punkten, vom Prätor und den kurulischen Aedilen ausgehend, eine Gegenströmung, der die Juristen, wenn auch widerwillig, nachgeben mussten. Teils wie bei der *cautio damni infecti* an uraltes Recht anknüpfend, teils neu entwickelte sich eine auf den blossen Erfolg gegründete vom subjektiven Verhalten unabhängige Haftung.

Aber es hiesse das Wesen dieser Entwicklung verkennen, wenn man hierin nur Trümmer jener alten Zeit erblicken wollte, die, wie Jhering so treffend sagt, das „Unrecht noch würdigte, nicht nach seiner Ursache, sondern nach seiner Wirkung, die subjektives und objektives Unrecht noch nicht zu unterscheiden vermochte.“ Es ist vielmehr der Gedanke an die öffentliche Sicherheit, an das Wohl des Ganzen, der den Prätor und die Aedilen das Culpaprinzip durchbrechen liess.

Sie sahen ein, dass das Recht nicht alle seine Aufgaben erfüllen könne, wenn es allein auf dem Gedanken von Schuld und Sühne beharrte. Gegen einen das Publikum gefährdenden Gewerbebetrieb, gegen ein den Nachbar bedrohendes baufälliges Haus gewährte das Culpaprinzip den Beteiligten nicht immer genügenden Schutz. Hier musste es der Rücksicht auf das öffentliche

146. Vgl. Ihering selbst S. 45.

Wohl weichen. So entstanden die erwähnten prätorischen Edikte.

Die praktischen Konsequenzen aus ihren Bestimmungen haben die römischen Juristen, wie wir gesehen haben, thatsächlich stets gezogen. Sie befreien den caupo oder den Kaventen bei der cautio damni infecti nicht schon beim Fehlen subjektiver Verschuldung, sondern nur beim Fehlen eines objektiven Kausalzusammenhanges zwischen dem baufälligen Haus, bezw. dem Gastwirtsbetrieb und dem angerichteten Schaden. Dass trotzdem der den Prätor und die Aedilen leitende Gedanke in Bezug auf seine theoretische Ausbildung immer nur Unterströmung blieb, von den Juristen nur hie und da angedeutet, nirgends aber als Prinzip hingestellt wurde, kann uns nicht Wunder nehmen. Das eben erst zur Alleinherrschaft gelangende Culpaprinzip hielt die Juristen zu sehr im Bann, als dass sie ein anderes daneben anerkennen mochten.

Dieser historische Grund kann aber für uns heute nicht mehr massgebend sein. Uns hindert nichts, die vis maior-Haftung als eine aus polizeilichen Rücksichten hervorgegangene rein objektive Haftung hinzustellen und für ihre einzelnen Anwendungsfälle ein einheitliches Prinzip aufzustellen, das etwa folgendermssen lauten würde:

Der Unternehmer gewisser Betriebe (Beispiel: Gastwirts-, Schifffahrts- [Eisenbahnbetrieb]), die für das Publikum, das sich ihnen anvertrauen muss, [oder auch für Dritte]¹⁴⁷ mit bestimmten Gefahren verknüpft sind, muss für alle daraus hervorgehenden Unfälle dem Verletzten einstehen, auch wenn es ganz unmöglich war, den eingetretenen Schaden abzuwenden.

Unfälle, die mit der Eigenart des Betriebes in keinem ursächlichen Zusammen-

147. Hiervon kann natürlich nur bei Eisenbahnen und anderen unter das Reichshaftpflichtgesetz fallenden Unternehmungen die Rede sein.

hang stehen (höhere Gewalt), braucht der Unternehmer nicht zu vertreten.

Da der Begriff der höheren Gewalt im Reichshaftpflichtgesetz im H. G. B. u. B. G. B. dem des gemeinen Rechts gleich ist,¹⁴⁸ so würde dasselbe Prinzip auch für das heutige Recht gelten.

Unzweifelhaft hätte an diesem Prinzip der Richter einen festen Massstab dafür, ob er ein Ereignis als vis maior ansehen soll oder nicht. Allerdings müsste er dabei stets die Einzelheiten des konkreten Thatbestandes und die Eigenart des in Frage stehenden Gewerbebetriebes genau berücksichtigen. Fischer (a. a. O. S. 238) hält das für einen grossen Fehler. Doch wird man ihm hierin schwerlich beipflichten können. Was bei der Untersuchung, ob vis maior vorliegt oder nicht, unbedingt vermieden werden muss, ist die alleinige Berücksichtigung des subjektiven Verhaltens auf Seite des Beklagten. Deshalb soll hier in letzter Linie nur der objektive Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der Eigenart des betreffenden Betriebes geprüft werden. Aber der Individualität des Einzelfalles muss trotzdem eine gerechte Entscheidung sich stets anpassen. Mit Recht sagt Huber a. a. O. S. 9 „wo es infolge der Natur des Rechts eine Unmöglichkeit ist wie bei der vis maior, sind die Schablonen gefährlich dem sicheren Verkehr, verderblich der Wissenschaft.“

Ferner ist hervorzuheben, dass es bei der Entscheidung, ob ein Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb und dem eingetretenen Schaden vorhanden ist, natürlich nicht darauf ankommt, ob allein die Eigenart des Betriebes den Schaden verursacht hat. Es genügt, dass durch sie eine der Bedingungen gesetzt ist, auf die wir den Schaden zurückführen müssen, und dass gerade diese dem Richter

148. Vgl. Motive zum B. G. B. Bd. I S. 317 ff.

als besonders wichtig erscheint.¹⁴⁹ Hierhin würde gehören auch das von Fischer herangezogene Beispiel von dem Kinde, das an einer Weiche spielt und diese dadurch umstellt, sodass der später darüber fahrende Zug entgleist. Hier hat nicht das Kind den Zug umgeworfen, sondern nur die Eigenart des Eisenbahnbetriebes hat es ermöglicht, dass eine so winzige Kraft ein so furchtbares Unglück heraufbeschwören konnte. Deshalb liegt hier nicht vis maior vor.

Auf der anderen Seite wird eine Verpflichtung des Unternehmers dann immer ausgeschlossen sein, wenn zwar das schädigende Ereignis mit dem Betriebe im Zusammenhang stand, aber ein eigenes Handeln des Verletzten (verschuldet oder unverschuldet) den Kausalzusammenhang unterbrach.¹⁵⁰ Es ist natürlich in solchen Fällen nicht angebracht, von „höherer Gewalt“ zu reden. Das beweist schon deutlich § 701 des B.G.B. „die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entsteht.“¹⁵¹

149. Rümelin a. a. O. S. 32 ff.: „es kommt nichts mehr darauf an, ob die Betriebsthätigkeit zunächst zu einer Begünstigung weiterer schädlicher Bedingungen führte, oder ob die durch den Betrieb gesetzten Bedingungen sich mit anderen selbständig gegebenen zu dem schädlichen Erfolg verbinden.“

150. Vgl. Rümelin a. a. O. S. 40: „Hier zeigt sich, . . . dass das spontane Eingreifen dritter Personen so sehr in den Vordergrund der Betrachtung rücken kann, dass man eine Zurechnung nach anderer Seite hin für ausgeschlossen erachtet, oder, wie man sich in der Schadensersatzlehre auszudrücken pflegt, den Kausalzusammenhang mit dem ursprünglich zum Ersatz verpflichtenden Ereignis für abgebrochen erklärt.“

151. Vgl. a. H. G. B. §§ 456, 459 No. 2 u. 4.

Es müssen also drei Fälle unterschieden werden: Die Beschädigung ist verursacht:

1. Durch die Eigenart des Gewerbebetriebes.
2. Durch den Verletzten selbst (eventuell durch seine Sachen, seine Begleiter etc.).
3. Durch höhere Gewalt.

Die Klarstellung dieses Unterschiedes ist sehr wichtig; denn es werden dadurch die zahlreichen Angriffe gegen den Ausdruck „höhere Gewalt“, die ihn als einen ganz unpassenden bezeichnen, da ja der juristische Begriff durchaus nicht immer etwas Gewaltiges voraussetze, sämtlich hinfällig. Sie stützen sich darauf, dass man alle Ereignisse, für die der Unternehmer nicht zu haften braucht, auch die durch den Verletzten selbst verursachten, als höhere Gewalt bezeichne.¹⁵²

Es wäre nun noch zu erwähnen, dass sich natürlich auch hier Grenzfälle konstruieren lassen, bei denen es schwer fällt, zu entscheiden, ob höhere Gewalt vorliegt oder nicht, z. B. das von Fischer benützte schon S. 46 erwähnte Beispiel.

Hier muss sich der Richter fragen, ob bei Untersuchung des Kausalzusammenhanges die Schwere des Felsblocks oder die Eigenart des Eisenbahnbetriebs mehr in Betracht kommt, die auf eine verhältnismässig geringe

152. So konnte denn Pfersche a. a. O. S. 114, in der Meinung, dass ein Selbstmörder, der sich vom Eisenbahnzug überfahren liess, auch als höhere Gewalt anzusehen sei, in die Worte ausbrechen: „wenn man von höherer Gewalt spricht, so muss man doch etwas Gewaltiges im Sinne haben, und wenn man von höherer Gewalt redet, so muss man doch an etwas besonders Gewaltiges denken, an etwas Uebermenschliches, Unentrinnbares, an ein Ereignis, das, wie Otto Bähr sagt, gleichsam mit Blitz und Donner in die Erscheinung tritt.“ — Der darin liegende Tadel verliert seine Begründung, wenn man alle Fälle, in denen der Verletzte selbst Ursache des Schadens ist, nicht zur höheren Gewalt rechnet.

Störung ein so unermessliches Unglück folgen liess. Gewiss ist es sehr leicht möglich, dass dabei verschiedene Richter verschieden urteilen würden. Diese Missstände führt aber jedes Prinzip mit sich, und es wäre das kein genügender Grund, das hier vertretene zu verwerfen.¹⁵³ Es sei nur an die aquilische Haftung erinnert. Hier heisst das allgemein anerkannte Prinzip: die Haftung ist bedingt durch den Kausalzusammenhang zwischen einer schuldhaften Handlung des Beklagten und dem eingetretenen Schaden. Es ist bekannt, wie schwer es in vielen Fällen ist, festzustellen, ob der Kausalzusammenhang im konkreten Falle unterbrochen ist oder nicht. Trotzdem wird man an dem Prinzip festhalten.

Was nun die Stellung der Praxis betrifft, so herrscht hier, wie schon erwähnt, die subjektive Anschauung vor. Dennoch finden sich schon vereinzelt Entscheidungen, die mit der hier vertretenen Theorie im wesentlichen übereinstimmen. (Allerdings beziehen sie sich sämtlich nur auf das Reichshaftpflichtgesetz.)¹⁵⁴

So steht in einer Entscheidung des R.G. Bd. 19 S. 41 „es liegt nahe, in genereller Weise den Unterschied zwischen den zu vertretenden Zufällen und der höheren Gewalt dahin festzustellen, dass unter den ersteren diejenigen Zufälle, welche im Verlaufe des Gewerbeunternehmens als diesem eigentümlich mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen, auf die der Unternehmer gerüstet und gefasst sein muss . . . zu verstehen sind.“ Hier deuten noch die Worte

153. Vgl. Gerth a. a. O. S. 7: „Der Umstand allein, dass die Grenze zwischen dem vertretbaren casus und der nicht vertretbaren vis maior in der Anwendung nicht immer genau zu bestimmen wäre, und dass es zahlreiche an der Grenze liegende Fälle geben könnte, die der eine auf diese, der andere auf jene Seite zu ziehen geneigt sein möchte, würde den theoretischen Wert des Begriffs der vis maior nicht notwendig beeinträchtigen.“

154. Vgl. a. oben S. 52.

„gerüstet und gefasst sein muss“ auf die subjektive Theorie und die Worte „mehr oder minder häufig“ auf Exnersche und Stintzingsche Auffassungen hin. Klarer drücken den Gedanken des rein objektiven Kausalzusammenhanges zwischen Betrieb und Unfall aus die Entscheidung in Bd. 12 S. 107: „die Haftung erstreckt sich auf alle dem Betrieb eigentümlichen Gefahren“, und die in Bd. 11 S. 147 „Auch wenn, wie der Beklagte behauptet, es technisch undurchführbar ist, auch nur die Bediensteten der Eisenbahnen gegen die Einwirkung der Kohlenstaubausströmung zu schützen, so kann deshalb doch der Unfall nicht als auf höherer Gewalt beruhend angesehen werden . . . Der Beklagte sagt nur, dass solche Ausströmung starker Kohlenstaubmengen natürliche Wirkung des Eisenbahnbetriebes ist. . . . Deshalb muss er auch für deren schädigende Folgen aufkommen.“

Endlich ist anzuführen eine sehr interessante Entscheidung über folgenden Fall: Ein Eisenbahnunfall wird dadurch hervorgerufen, dass an einem Rade infolge plötzlich eintretender Kälte ein Radreifen bricht. Vorher war das betreffende Rad vorschriftsmässig untersucht, und es war kein Fehler daran zu entdecken. Hier folgt das Reichsgericht deutlich dem Prinzip des objektiven Kausalzusammenhanges¹⁵⁵: „Es mag sein, dass dem Beklagten in Beziehung auf den eingetretenen Bruch des Radreifens überall kein Verschulden zur Last gelegt werden kann, dass derselbe also lediglich als unabwendbarer Zufall angesehen werden muss. Allein es fehlt an dem Nachweis eines äusseren, d. h. auch von objektiven (unverschuldeten) Betriebsfehlern unabhängig wirkenden Zufalls. Wenn in einem Eisenbahnzuge in Folge plötzlichen Temperaturwechsels ein einzelner Radreifen bricht, weil

155. Entscheidung vom 30. Juni 1883 (bei Eger Bd. III S. 86).

ihm die Fähigkeit des erforderlichen Widerstandes mangelt, während alle übrigen Radreifen desselben Zuges diese Fähigkeit besitzen, so kann jenem Mangel, also einer unregelmässigen Beschaffenheit des einzelnen Reifens, an sich die Eigenschaft eines objektiven Fehlers nicht abgesprochen werden.¹⁵⁶ Dann aber beruht der infolge des fraglichen Naturereignisses jedoch nur unter Mitwirkung dieses Fehlers¹⁵⁷ eintretende Nachteil nicht auf einem äusseren von dem letzteren unabhängigen Zufall.“

Auf demselben Standpunkt steht eine kürzlich erschienene Entscheidung des R. G. Bd. 44 S. 30. Es handelt sich dabei um das Ueberfahren eines Kindes durch eine Strassenbahn. Das R. G. entscheidet: Höhere Gewalt liegt nicht vor, „wenn der Unfall auf die eigentümlichen mit dem Betriebe der elektrischen Strassenbahn in den Strassen der verkehrsreichen Stadt notwendig verbundenen Gefahren zurückzuführen ist.“

Daraus ergibt sich, dass auch mit der vorhandenen Praxis die hier vertretene Begründung und Abgrenzung der vis maior-Haftung durchaus nicht im Widerspruch steht, sondern im Gegenteil durch sie schon vorbereitet ist.

156. Ganz ungerechtfertigt ist der Einwand von Stucki a. a. O. S. 75, dass es gar keine objektiven Fehler gäbe. Fehler ist eben alles, was der Norm widerspricht, jede „unregelmässige Beschaffenheit.“

157. Vgl. oben S. 70.

Vis maior bei der Fristversäumung, Verjährung und ähnlichen Fällen.

A. Uebersicht über die einzelnen Anwendungsfälle.

In vorstehenden Ausführungen sind, wie bereits hervorgehoben worden ist, nicht alle Gesetze erwähnt, in denen die vis maior eine Rolle spielt. Sie sollen jetzt behandelt werden, da sie leichter zu verstehen sind, wenn man über die anderen schon im Klaren ist. Sie gehören sämtlich der neusten Zeit an.¹⁵⁸

Das älteste ist das Reichsgesetz vom 25. Okt. 1867 § 16.^{158a}

Für unser neues Recht ist besonders wichtig § 233 der C. P. O., wo von der Versäumung einer Notfrist die Rede ist: „einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine

158. Das vielleicht hierhergehörende fr. 137 § 4 V. O. 45, 1 scheint doch in dem impedimentum naturale nicht den eigentlich technischen Begriff der vis maior zu enthalten, vielmehr nur den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit hervorzuheben, der ja durchaus nicht identisch ist mit dem Unterschied zwischen casus und vis maior.

158a. Es handelt sich dabei um Folgendes: wird ein ausländisches Schiff von einem Bundesangehörigen erworben und dadurch von diesem das Recht die Bundesflagge zu führen erlangt, so kann die Eintragung in das Schiffsregister und das Certifikat durch ein von dem zuständigen Bundeskonsul darüber ausgestelltes Attest ersetzt werden „jedoch nur für die Dauer eines Jahres; seit dem Tage der Aussstellung des Attestes und über dieses Jahr hinaus nur für die Dauer einer durch höhere Gewalt verlängerten Reise.“

Notfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen.“

Ganz Entsprechendes bestimmt § 44 der St. P. O. für den Strafprozess.

Endlich sind noch einige §§ des B. G. B. hervorzuheben: § 203 „die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird.“

§ 1996 „Ist der Erbe durch höhere Gewalt verhindert worden, das Inventar rechtzeitig zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Inventarfrist zu beantragen, so hat ihm auf seinen Antrag das Nachlassgericht eine neue Inventarfrist zu bestimmen.“

B. Verhältnis des Begriffs „höhere Gewalt“ in diesen Fällen zu dem in den bisher behandelten Gesetzen.

Es ist klar, dass in allen hier citierten Stellen der Gesetzgeber den Begriff „höhere Gewalt“ durchaus im technischen Sinne gebraucht hat, auch da, wo er den Ausdruck selbst vermeidet und wie in § 233 C. P. O. von unabwendbaren Zufällen spricht.¹⁵⁹

Dennoch ist nicht zu leugnen, dass die in den bisher besprochenen Fällen gegebene Begründung und Begrenzung der vis maior-Haftung hier nicht recht passt. Vor allem muss der Begriff der Betriebsgefahr ganz aufgegeben werden. Wie sollte man ihn auf den Privatmann anwenden, der einen Prozess versäumt.¹⁶⁰

159. Vgl. auch Fischer a. a. O. S. 289, 290; ferner Struckmann u. Koch, Kommentar zur C. P. O. Anm. 2 zu § 233.

160. Namentlich Rümelin a. a. O. S. 27. Deshalb meint er S. 17 Anm. 24 „auch wenn unsere Prozessordnungen bestimmen,

Aus diesem Grunde ist die Anwendung des Begriffs höhere Gewalt in den soeben citierten Gesetzes-Stellen von vielen Seiten als ein schwerer Missgriff des Gesetzgebers bezeichnet worden.¹⁶¹

Endemann meint sogar, dass der Ausdruck „höhere Gewalt“ in § 701 und § 203 des B. G. B. ganz verschiedene Begriffe bedeute. Für § 701 schliesst er sich ganz der Theorie Goldschmidts an (vgl. oben S. 18, 19), in Bezug auf § 203 aber bestimmt er den Begriff ganz objektiv, ähnlich der Lehre Exners. Infolge dieser Auffassung hält Endemann „die Verwendung des Begriffes ‚höhere Gewalt‘ im doppelten Sinne zweifellos für einen Uebelstand.“ Allein gegen diese tadelnden Urteile ist mancherlei einzuwenden:

Zunächst ist hervorzuheben, dass trotz ihrer scheinbaren Verschiedenheit die so heftig angegriffenen Gesetze mit den Bestimmungen über die Haftung der Wirte und Eisenbahnen manches Gemeinsame haben. In beiden soll innerhalb der unverschuldeten Zufälle zwischen solchen niederer und höherer Art unterschieden werden, und nur die letzteren sollen als Befreiungsgründe gelten. In beiden lässt sich die Strenge des Gesetzgebers nicht anders erklären als durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl.

Die Schnelligkeit und Sicherheit der Prozessabwicklung verlangen es, dass die Parteien schlechthin an die Innehaltung einer Notfrist gebunden sind; die Durchsichtigkeit des Rechtszustandes fordert es, dass die Verjährung schlechthin eintritt, wenn der Berechtigte von seinem

dass bei unabwendbaren Zufällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf von Fristen gewährt werden soll, so dürfte der Begriff des unabwendbaren Zufalls nicht anders als durch den Gegensatz zum Verschulden bestimmt werden können.“ Vgl. auch Fischer a. a. O. S. 289 ff., ferner Verhandlungen des XXII. deutschen Juristentages 4 S. 112.

161. Vgl. auch v. Schey citirt bei Fischer a. a. O. S. 290 Anm. 137 u. Fischer selbst S. 291.

Rechte keinen Gebrauch macht, ohne dass danach gefragt werden kann, ob sich die Benächteligung des Betreffenden auch durch ein Verschulden auf seiner Seite rechtfertigen lasse oder nicht. Wie also die Haftpflicht der Gastwirte zu Gunsten der Sicherheit des Verkehrs gesteigert ist, so wird ganz ähnlich auch bei der Fristversäumung, Verjährung etc. der Einzelne im öffentlichen Interesse benachteiligt.

Diese Aehnlichkeit zwischen der Haftung der Eisenbahnen und Gastwirte einerseits und den Vorschriften über die Fristversäumung, Verjährung etc., andererseits scheint v. Schey in der bei Fischer a. a. O. citierten Stelle ganz zu übersehen, indem er sagt: „dort fragt es sich, in wie weit man aus Verkehrsrücksichten über sein Verschulden hinaus eine Verantwortung übernehmen müsse, hier, ob gewisse nachteilige Rechtsfolgen aus Billigkeitsrücksichten abgewendet werden sollen.“ Die Rechtsnachteile müssten eben, wie auch Fischer S. 291 ausführt, eigentlich nur Strafe sein und deshalb nur bei Verschulden des Benachteiligten eintreten. Dass aber die Rechtsnachteile auch ohne Verschulden eintreten und nur höhere Gewalt als Befreiungsgrund gilt, lässt diese Gesetze den Vorschriften über die Haftung der Eisenbahnen u. s. w. durchaus verwandt erscheinen.

Wenn wir nun auch, wie schon erwähnt, hier die eine Haftung begründenden Ereignisse nicht Betriebsgefahren nennen können, so findet sich doch eine durchaus analoge Charakterisierung dafür. Es bilden nämlich diejenigen Ereignisse keinen Entschuldigungsgrund, die sich um die Person des Benachteiligten gruppieren, in seiner eigenen menschlichen Unvollkommenheit¹⁶² und der Unzulänglichkeit

162. Indem er z. B. das Recht, das er nicht geltend machte, gar nicht kannte.

der von ihm benutzten Hilfsmittel¹⁶³ ihren Ursprung haben. Und ebenso, wie es bei der Haftung der Eisenbahnen unbillig erscheint, auch über die Betriesgefahren hinaus eine Haftung zu begründen, so erscheint es auch hier unbillig, durch solche Ereignisse den Betreffenden schädigen zu lassen, die in gar keinem Zusammenhang mit ihm und seiner Umgebung stehen, wie Stillstand der Rechtspflege; Ueberschwemmungen, die ihm den Zutritt zum Gericht unmöglich machen; etc.

Vergleicht man jetzt die zuletzt erwähnten Gesetze mit den früheren, so erkennt man, dass die hier entwickelten Prinzipien im Grunde auch für die Haftung des Unternehmers passen würden, nur dass sich beim Unternehmer die Ereignisse, die in der Person des Verpflichteten oder seiner Umgebung ihren Ursprung haben, zu Betriebsgefahren spezialisieren.

Mit anderen Worten, der in § 203 B. G. B., § 233 C. P. O etc. verwendete Begriff „höhere Gewalt“ ist der weitere, der in § 701 B. G. B., § 456 H. G. B. etc. verwendete der engere, der auf eine besondere Gruppe von Fällen angewandte und darum auch schärfer begrenzte Begriff der höheren Gewalt. Allerdings ist diese Auffassung keineswegs in der Litteratur die herrschende. Nur mit der von Planck in seinem Kommentar vertretenen würde sie sich ungefähr decken: „Nicht berücksichtigt werden Hindernisse, welche ihren Grund lediglich in der Person des Berechtigten haben“ (Anm. 1 zu § 203 S. 255). Aehnlich stellt sich auch der Kommentar von Struckmann und Koch zu § 233 C. P. O. Ganz anderer Ansicht ist dagegen Hölder in seinem Kommentar zum B. G. B. (bei § 203). Für ihn ist höhere Gewalt ein Ereignis, das so aussergewöhnlich ist, dass man unter Anwendung der

163. Indem z. B. der von ihm aufgegebene das Revisionsgesuch enthaltende Brief verloren geht.

„nach den Regeln des Lebens erforderlichen Aufmerksamkeit nicht darauf gerüstet zu sein braucht.“¹⁶⁴ Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Will man sie konsequent durchführen, so muss man bei jeder unverschuldeten Fristversäumnis etc. einen „unabwendbaren Zufall“ annehmen. Das hat aber der Gesetzgeber unmöglich gewollt. § 233 Abs. 2 der C. P. O. lautet: „Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat“. Daraus ergibt sich, dass die C. P. O. unverschuldete Unkenntnis von einer Zustellung nicht als höhere Gewalt betrachtet. Die St. P. O. rechnet zwar in § 44 diesen Fall ausdrücklich unter die „unabwendbaren Zufälle“, dennoch beweist die besondere Hervorhebung dieses einen Falls einer unverschuldeten Fristversäumung, dass auch sie nicht jede unverschuldete Versäumung als vis maior angesehen wissen will.

Freilich steht Hölder in seinen praktischen Entscheidungen auf einem ganz ähnlichen Standpunkte. So meint er z. B., wenn jemand eine Forderung nicht geltend macht, weil er sie nicht kennt, so liege keine höhere Gewalt vor, auch wenn seine Unkenntnis ganz unverschuldet war. Allein damit setzt er sich mit seiner eigenen Theorie in Widerspruch. Zwar behauptet er, dass „meine Unkenntnis von einer mir zustehenden Forderung zu den Umständen gehört, auf die ich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gefasst sein muss“, [doch das ist paradox: Solange ich von der Existenz meiner Forderung überhaupt noch keine Ahnung habe, kann ich auch noch nicht gefasst darauf sein, dass ich sie nicht kenne.

Nur in einer Beziehung ist bei der Fristversäumung etc. den Vertretern der subjektiven Theorie nachzugeben.

164. Aehnlich Fitting Reichscivilprozess S. 145 Anm. 14.

Es wird thatsächlich hier im Gegensatz zu der Haftung der Eisenbahnen sehr selten vorkommen, dass jemand ohne sein Verschulden einen Rechtsnachteil erfährt. Während es sich nämlich bei den Eisenbahnen etc. um einen komplizierten Betrieb handelt, der zahlreiche unvorausehbare und unabwendbare Gefahren mit sich bringt, kommen bei der Fristversäumung u. s. w. nur die kleinen Gefahren des täglichen Lebens in Betracht, die in der Regel jeder ordentliche Mensch voraussehen kann, z. B. Verspätung eines Eisenbahnzuges u. a.¹⁶⁵

C. Schluss.

Mag man nun schliesslich über die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt bei der Verjährung, Fristversäumung etc. denken, wie man will, soviel wird man zugeben können, dass darin nicht ein „völliger Missgriff“, eine gänzliche Inkonsequenz liegt, dass vielmehr allen Gesetzen, in denen der Begriff der höheren Gewalt verwandt wird, ein einheitliches Prinzip trotz scheinbarer Unterschiede zu Grunde liegt. Immer handelt es sich um eine unverdiente Benachteiligung des Einzelnen im öffentlichen Interesse. Darin liegt keine Ungerechtigkeit. Nur für das Strafrecht kann der Grundsatz „keine Verurteilung ohne subjektives Verschulden“ auf Seite des Beklagten massgebend sein. Das bürgerliche Recht kann sich nicht damit begnügen, nur Schuldige für ihre Schuld haften zu lassen, es muss auch sozialen Zwecken dienen, ausgleichend wirken und dem Einzelnen oft etwas nehmen, wo ihm kein Verschulden zur Last fällt, wo aber das Wohl der Gesamtheit dies erfordert.

Wird die Haftung bis zur höheren Gewalt in diesem Sinne angesehen, so muss es durchaus gerecht und

165. Vgl. a. R. G. Bd. 4 S. 385, Bd. 8 S. 376, Bd. 12 S. 375, Bd. 17 S. 390 ff.

vernünftig erscheinen, sowohl, wenn der Unternehmer dem Publikum, das sich ihm anvertraut, ganz unverschuldete, aber durch seinen Betrieb hervorgerufene Schäden ersetzen muss, als auch, wenn zum Heile der Klarheit des Rechtszustandes jemand sein Recht verliert, weil er ohne sein Verschulden eine Notfrist nicht einhielt oder die Verjährung nicht rechtzeitig unterbrach.

Berichtigungen.

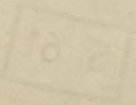
S. 7 Z. 9 statt die ganzen lies: die ganze. — S. 8 Z. 7 v. u. statt eines Unternehmens lies: eines Unternehmers. — S. 15 Z. 7 v. u. statt Gaius' Zeiten lies: Gaius' Zeiten. — S. 28 Z. 9 statt Beherrungsvermögens lies: Beharrungsvermögens. — S. 29 Z. 1 statt culpa eins lies: culpa eius. S. 42 Z. 6 statt in kontraktlichen lies: in kontraktlichen. — Z. 9 statt calpae lies: culpae. — Z. 12 statt aufkommnn lies: aufkommen. — S. 46 Z. 8 statt oben lies: eben. — S. 48 Z. 9 statt fühlte lies: fühlt.

BIBLIOTEKA POLITECHNICZNA
KRAKÓW

Einteilung.

	Seite
I. Einleitung	7
II. Vis maior bei Haftung der Gastwirte, Schiffer, Eisenbahnen.	
A. Historischer Teil.	
I. Römisches Recht.	
1. Historische Entwicklung der vis maior- Haftung.	10
2. Theoretische Stellung der römischen Juristen zur vis maior-Haftung. . .	13
II. Gemeines Recht und deutsches Partikular- recht.	
1. Die älteren Theorien	16
2. Die neueren Theorien,	
a) Die subjektiven	17
b) Die objektiven.	21
B. Begründung und Abgrenzung der Haftung bis vis maior.	
I. Vorbemerkung	27
II. Auseinandersetzung mit den vorhandenen Theorien.	
1. Das Verhältnis der vis maior-Haftung zur culpa und zur Unabwendbarkeit in concreto	28
2. Das Verhältnis der vis maior-Haftung zum Begriff der objektiven Unab- wendbarkeit	44

3. Die Verwertung der culpa für die legislatorische Motivierung der vis maior-Haftung.	49
III. Positive Ergebnisse.	51
IV. Verhältnis der positiven Ergebnisse zu den Quellen	58
V. Resultat	77
III. Vis maior bei der Fristversäumung, Verjährung und ähnlichen Fällen.	
A. Die einzelnen Anwendungsfälle	85
B. Verhältnis des Begriffes der höheren Gewalt in diesen Fällen zu dem in den bisher be- handelten Gesetzen	86
C. Schluss.	91



Druck von E. Ebering, Berlin NW., Mittelstrasse 29.

S-96

Biblioteka Politechniki Krakowskiej



10000297253