

Literatur

I. Buchbesprechungen

Loacker, Leander D.: Haftpflicht und Billigkeitskorrektiv. Ein Beitrag zu den Härtefallklauseln im Recht der unerlaubten Handlungen. (Zugl.: Zürich, Univ., Habil.-Schr., 2016.) – Zürich: Schulthess 2023. XXXIX, 666 S. – ISBN 978-3-7255-9828-1.

Besprochen von **Mark Makowsky***

I. Bei dem Werk handelt es sich um die Zürcher Habilitationsschrift des Verfassers, der im Jahr 2018 – nach kurzen Zwischenstationen, u. a. als Vertretungsprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt a. M. – an die Universität Zürich zurückgekehrt ist und dort seither den Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung innehat. In seiner ebenso grundlagenwie anwendungsorientierten Arbeit untersucht *Loacker* die Bedeutung, Funktion und (korrektive) Wirkung von Billigkeit bzw. Billigkeitserwägungen im schweizerischen Haftpflichtrecht. Hauptgegenstand sind die deliktischen Härtefallklauseln, die es dem Gericht erlauben, aus Billigkeit eine nach der gesetzlichen Grundregel bestehende Haftung zu reduzieren (so die Reduktionsklauseln der Artt. 43 Abs. 1, 44 Abs. 2 OR) oder eine – mangels Verschuldensfähigkeit – an sich nicht bestehende Haftung erst noch zu begründen (so die Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR). Der Erkenntniswert der Untersuchung ist indessen nicht auf das schweizerische Zivilrecht begrenzt.¹ Vielmehr stellen sich die vor allem im 1. Teil behandelten Grundsatzfragen der Billigkeit in gleicher oder vergleichbarer Weise auch in anderen Privatrechtsordnungen, namentlich im deutschen² und österreichischen Recht. Die grundlegenden methodischen Überlegungen des Verfassers zur Einordnung, Funktion, Wirkungsweise und Konkretisierung der Billigkeit sind folglich von allgemeinem Interesse. Nicht zuletzt liefert die auf derart breitem theoretischen Fundament vorgenommene Untersuchung der Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR (sowie ihrer analogen Anwendung i. R. d. Mitverschuldens gem. Art. 44 Abs. 1 OR) zahlreiche wichtige Impulse für die – an vielen Stellen rechtsvergleichend herangezogenen – Parallelbestimmungen in § 829 BGB (i. V. m. § 254 BGB) und § 1310 ABGB.

* Dr. iur., Professor an der Universität Mannheim; makowsky@uni-mannheim.de.

- 1 Zum Werk aus schweizerischer Sicht *Pascal Grolimund*, Buchbesprechung: L.D. Loacker, Haftpflicht und Billigkeitskorrektiv – Ein Beitrag zu den Härtefallklauseln im Recht der unerlaubten Handlungen, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 143 (2024) 477–480.
- 2 Zum Werk aus deutscher Sicht auch *Hans-Jürgen Ahrens*, Leander D. Loacker, Haftpflicht und Billigkeitskorrektiv – Ein Beitrag zu den Härtefallklauseln im Recht der unerlaubten Handlungen, *Versicherungsrecht (VersR)* 2025, 147–150.

II. Das umfangreiche Werk gliedert sich in vier Teile. Im 1. Teil („Grundlagen, Ausgangs- und Bezugspunkte“, S. 1–180) werden zunächst einige zentrale (insbesondere methodische) Grundfragen der Billigkeit behandelt.

1. Nachdem einleitend das gegenwärtige Verständnis der Billigkeit als eines integralen Bestandteils des positiven Rechts („Inklusionsmodell“) historisch nachgezeichnet wurde (S. 10 ff.), geht *Loacker* der Frage nach, weshalb dennoch eine allgemeine Skepsis gegenüber Billigkeitsregelungen herrscht (S. 27 ff.). Eine wesentliche Ursache wird darin gesehen, dass die Billigkeit ein Türöffner für Rechtspolitik (vor allem Verteilungsüberlegungen) sei; Billigkeit impliziere „richterliches Farbe-Bekennen“ (S. 29). Die hohe Ideologie- und Missbrauchsanfälligkeit des richterlichen Spielraums bei der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Generalklauseln und Billigkeitstatbeständen³ wird ebenso pointiert wie eindrücklich am – im deutschen Schrifttum bereits ausgiebig diskutierten⁴ – (Schreckens-)Beispiel des Nationalsozialismus dargelegt (mit speziellem Fokus auf die Rolle *Hedemanns*, S. 44 ff.). Trotz dieser historischen Erfahrungen bekennt sich der Verfasser ausdrücklich zur „genuinen Relativität des Rechts“ sowie zur „Notwendigkeit relativierender Elemente“, von denen das schweizerische Privatrecht besonders stark durchdrungen sei. Zugleich warnt *Loacker* jedoch vor „allzu großer Unbekümmertheit im Umgang mit normativen Zielbestimmungen“ (S. 55) wie jener der Billigkeit; denn gerade die sehr offene, flexible und auf idealtypische Richterkompetenzen abstellende Konzeption des schweizerischen Privatrechts böte in Umsturzsituationen zahlreiche Angriffsflächen für Umdeutungsbestrebungen. *Loacker* verweist hier vor allem auf die Grundnorm des Art. 1 Abs. 2 ZGB, an der sich die NS-Juristen explizit orientiert haben (S. 56 ff.).

Der gegen Billigkeitsentscheide vorgebrachte Vorwurf des Subjektivismus bzw. Entscheidens nach „Rechtsgefühl“ wird von *Loacker* mit Blick auf das Erfordernis einer gesetzes- sowie methodengeleiteten Entscheidungsfindung relativiert (S. 58–59). Den grundsätzlich für berechtigt gehaltenen Einwand mangelnder Rechtssicherheit will er durch Aufzeigen von gangbaren Lösungswegen ebenfalls relativieren (S. 62). Es sei auch nicht gerechtfertigt, die Billigkeit im Haftpflichtrecht mit einer „Haftung für Reichtum“ gleichzusetzen. Die ökonomische Tragfähigkeit spiele für die Härtefallklauseln zwar eine überragende, jedoch keine exklusive Rolle; vielmehr sei hier das Zusammenspiel mit anderen anspruchsrelevanten Umständen kennzeichnend (S. 63). Dem weiteren Vorwurf der Ergebnisorientiertheit (S. 67 ff.) stimmt *Loacker* insoweit zu, als die Billigkeit ein Musterbeispiel ergebnisorientierter Auslegung sei; jede Billigkeitskontrolle nehme ihren Ausgangspunkt beim gesetzlichen *Erstergebnis* und hänge somit vom richterlichen „Ergebnis-Vorverständnis“ ab (S. 67–68). Demgegenüber sei der Vorwurf, die maßgeblichen Sachverhaltselemente würden nach Belieben herangezogen und gewichtet, insofern zu entschärfen, als die Beliebigkeit durch verfassungsrechtliche Vorgaben und sonstige Abwägungsgrundsätze begrenzt werde.

3 Prägnant: „Flexibilität wagen heisst gleichzeitig [...] Instrumentalisierung riskieren“; S. 55.

4 Statt vieler *Bernd Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus⁹ (2022).

2. Um der Offenheit und Vielgestaltigkeit der Billigkeit (sie wird plastisch als „Gestaltwandlerin des Rechts“ bezeichnet) zu begegnen, schlägt *Loacker* eine „dichotomische Typologisierung“ der Billigkeitsfunktionen im Deliktsrecht des OR vor (S. 76 ff.). Danach erfüllen die Billigkeitstatbestände im Haftpflichtrecht zwei Kernfunktionen, indem sie entweder substitutiv (determinativ) oder korrektiv wirken. Eine Substitutionsfunktion erfülle die Billigkeit namentlich bei Inkommensurabilität (so bei der Bemessung der Entschädigung nach Artt. 47, 49 OR) sowie dort, wo die Billigkeitserwägungen – mangels anderweitiger Regelung – selbst die gesetzliche Grundregel bilden (so etwa bei den Rückgriffsnormen der Artt. 50 Abs. 2, 51 Abs. 1 OR). Soweit die Billigkeitserwägungen dagegen eine bestehende gesetzliche Grundregel abändern könnten, komme ihnen eine Korrekturfunktion zu.⁵ In diesem Sinne erlaube die Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR eine Korrektur der Grundregel des Art. 18 ZGB, wonach der Urteilsunfähige nicht haftet. Ebenso stehe bei den Reduktionsklauseln der Artt. 43 Abs. 1, 44 OR die korrektive Natur in Bezug auf den vollen Schadensersatz im Vordergrund. *Loacker* grenzt seine Untersuchung auf diesen korrektiven Wirkungsbereich der Billigkeit ein, u. a. deshalb, weil sich hier (anders als im substitutiven Bereich) bei transparenter Entscheidungsbegründung weitgehende Nachvollziehbarkeit und im Grundsatz auch eine beschränkte Verallgemeinerbarkeit herstellen ließen.

Dieser thematischen Eingrenzung entspricht es, dass es *Loacker* explizit ablehnt, ein geschlossenes System von Billigkeitsgrundsätzen zu entwickeln (S. 85 ff.). Vielmehr solle sich die Arbeit darauf beschränken, Systematisierungsmöglichkeiten für bewusst ausgewählte Konkretisierungsfaktoren im Rahmen von ausgewählten Haftpflichttatbeständen (Artt. 54, 43 Abs. 1, 44 Abs. 2 OR) aufzuzeigen. Ausdrücklich abgelehnt wird auch eine (abschließende) begriffliche Definition der Billigkeit, deren Bedeutungsgehalt nur situativ bestimmt werden könne (S. 91 ff.). Stattdessen legt *Loacker* den Fokus auf den (Entscheidungs-)Prozess, die Struktur sowie die Begründung (mithin das „Wie“) der richterlichen „Billigkeitsbehauptung“, mit der eine bestimmte Qualität eines Ergebnisses, nämlich „Ergebnisangemessenheit“, behauptet werde. Überzeugend legt der Verfasser dar, dass die insoweit maßgeblichen Wertungen und Abwägungsmaximen bzw. -mechanismen durch den Richter selbst gebildet und dem Billigkeitsbegriff bloß „zuschrieben“ werden („Normbildungsmacht des Richters“); die Billigkeitstatbestände würden dabei aber kein freies, sondern nur gebundenes Ermessen i. w. S. begründen, das heißt, die Billigkeitsentscheidung i. S. d. Art. 4 ZGB müsse innerhalb des von Gesetz und Verfassung gesetzten Rahmens und zudem *modo legislatoris* getroffen werden (so bereits S. 88 ff., 108). In diesem Zusammenhang plädiert der Verfasser nachdrücklich dafür, dass auch dem einzelfallbezogenen Billigkeitsentscheid ein auf gleichgelagerte, ebenso spezifische Fälle beschränktes Generalisierungsanliegen innewohne und damit entgegen gängiger Auffassung die Möglichkeit zur Regelbildung bestehe (S. 90–91, 94–95, 123).

3. *Loacker* grenzt den Billigkeitsentscheid von der bloßen richterlichen Auslegungstätigkeit i. e. S. ab und ordnet ihn der (weit verstandenen) rechtsfortbildenden Tätigkeit

5 Zu korrektiven gesetzlichen Billigkeitstatbeständen vgl. auch *Christoph-Eric Mecke / Winfried Huck*, Billigkeit im Recht oder Billigkeit versus Recht?, Archiv für die civilistische Praxis 220 (2020) 861–892, 877 ff.

zu (S. 97 ff.). Tatbestandliche Billigkeitselemente fungierten insofern als „bewusster Platzhalter“ für richterliche Normergänzung (S. 101). Die befürwortete Einordnung als Richterrecht müsse erst recht für die untersuchten Tatbestände gelten, die ihre Anwendung nicht nur von der Billigkeit abhängig machen, sondern dies teilweise auch noch mit einem Rechtsfolgeermessen kombinieren („Koppelungsvorschriften“). Die Billigkeit selbst wird als „offen normatives Tatbestandsmerkmal“ klassifiziert, welches besonders wert(ungs)ausfüllungsbedürftig sei (S. 106 ff.). Auf der Grundlage dieses konzeptionellen Verständnisses übt der Verfasser eingehende Kritik an der übermäßigen Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der gerichtlichen Überprüfung von Billigkeitsentscheiden i. S. d. Art. 4 ZGB und moniert das insoweit fehlende klare Gesamtkonzept (S. 118 ff.). Dabei überzeugt namentlich der Gedanke, dass „besondere Gestaltungsmacht grundsätzlich besonderer Kontrolle bedarf“ (S. 141 und bereits S. 121). *Loacker* plädiert dafür, die bundesgerichtliche Zurückhaltung allein auf die „Quantität der Ergebniskorrektur“ zu beschränken; die „Qualität oder Quantität der richterlichen Überprüfung selbst“ sollte dagegen nicht beschnitten werden (S. 126). Bei den deliktischen Härtefallklauseln, die der Verfasser als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begreift (dazu II.4.), sei demnach insbesondere die erste Stufe der Erforderlichkeit (mithin die Frage, ob ein Härtefall vorliegt und damit die Härtefallklausel eröffnet ist) uneingeschränkt kontrollfähig. Dagegen bestünden auf der zweiten Stufe der Proportionalität (also der Frage der konkreten Rechtsfolgengestaltung) Ermessensspielräume der Vorinstanz (vor allem in Bezug auf die Gewichtung der Umstände), die jedoch ihre – wiederum voll überprüfbare – Grenze in der Zumutbarkeit des Ergebnisses gegenüber den Beteiligten fänden (S. 148).

4. Aus dem Allgemeinen Teil der Untersuchung sind insbesondere zwei weitere Aspekte hervorzuheben, nämlich die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie das Verhältnis von Billigkeit und Ermessen.

Die Kernthese und zugleich wichtigste Weichenstellung der Arbeit liegt darin, dass die billigkeitsbasierten deliktischen Härtefallklauseln als spezialgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeordnet werden (vor allem S. 19 ff.). Bei den Härtefallklauseln geht es nach Ansicht *Loackers* darum, im Sinne der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine unzumutbare Härte zu verhindern („Überdruckventil“). Billigkeit im Allgemeinen und deliktische Härtefallklauseln im Speziellen seien ein Signal für den richterlichen Auftrag, auf der Grundlage von (dem Billigkeitsbegriff zuzuschreibenden, s. o. II.2.) Wertungen und Abwägungsmaximen Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall und damit „Ergebnisangemessenheit“ herzustellen (S. 95–96). Billigkeitsbasiertes Ermessen finde in den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit zugleich seinen Ausgangspunkt und seine äußerste Grenze. Die Ersatzpflichten sollen so festgesetzt werden, dass sie sowohl einer Erforderlichkeits- als auch einer Proportionalitätskontrolle (Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit) standhalten. Auf der ersten Stufe (Erforderlichkeit) sei zunächst im Wege der Normkonkretisierung zu klären, ob die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls vorliegen. Auf der zweiten Stufe (Proportionalität) sei sodann in Ausübung eines Ausmaßermessens zu bestimmen, in welchem Umfang eine Rechtsfolge (Höhe des Ersatzanspruchs) eintritt. Von dieser verfassungsrechtlich orientierten Auslegung verspricht sich der Verfasser

insbesondere eine bessere Strukturierung und Nachvollziehbarkeit der Begründung der Billigkeitsentscheidung – ein Versprechen, welches sich im Besonderen Teil der Arbeit als berechtigt erweisen soll.

An zahlreichen Stellen befasst sich die Arbeit mit der zentralen Frage des richterlichen Ermessens im Rahmen des Billigkeitsentscheids. Aus methodischer Sicht lässt sich bei den untersuchten Billigkeitstatbeständen zwischen dem unbestimmten Rechtsbegriff bzw. „offen normativen Tatbestandsmerkmal“ der Billigkeit (z. B. Art. 54 OR: „Aus Billigkeit“) und dem (Rechtsfolge-)Ermessen *i. e. S.* (z. B. Art. 54 OR: „kann der Richter“) unterscheiden; aufgrund dieser Verbindung von Billigkeitsbegriff und Ermessen *i. e. S.* ist von „Kopplungsvorschriften“ die Rede. Allerdings begründet bereits die Normkonkretisierung bzw. Auslegung des Billigkeitsbegriffs einen Entscheidungsspielraum bzw. ein „wertendes Ermessen“ (S. 16) des Richters, und zwar nicht nur hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Härtefalls, sondern auch hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen. In diesem Sinne versteht *Loacker* die Billigkeit als „einzelfallzentriertes Abwägungsermessen“, mithin als Kombination aus Interessenabwägung und Ermessenskomponente (vgl. S. 20–21, 159–160, 174). Demnach seien Billigkeitsentscheide immer auch Ermessensentscheide *i. w. S.* (S. 89, 159).

III. Im 2. Teil der Arbeit („Korrekturgegenstand Vorwerfbarkeitsmanko“, S. 181–472) wendet sich *Loacker* drei zentralen Billigkeitskorrektiven des Deliktsrechts zu.

1. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt dabei auf der Billigkeitshaftung *i. e. S.*, mithin der Haftung des Verschuldensunfähigen (S. 183 ff.). Den Normzweck des Art. 54 Abs. 1 OR erblickt der Verfasser in der Lösung eines Risikotragungs- bzw. Interessenkonflikts zwischen dem – wegen seiner Verschuldensunfähigkeit vorrangig schützenswerten und privilegierten – Schädiger und dem ausnahmsweise schützenswerten Geschädigten zwecks Vermeidung von Härtefällen (S. 191 ff.). Abweichend von der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach der die Billigkeitshaftung als Kausalhaftung einzuordnen ist, und entgegen anderen dogmatischen Einordnungen (modifizierte Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung) spricht sich *Loacker* überzeugend dafür aus, die Billigkeit *i. R. d. Art. 54 Abs. 1 OR* als eigenständigen Zurechnungsgrund und damit die Billigkeitshaftung als Haftungstyp *sui generis* anzuerkennen (S. 209 ff.).⁶

Die Subsidiarität der Billigkeitshaftung begründet der Verfasser stichhaltig mit ihrer Einordnung als Härtefallklausel bzw. Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, aus der sich ein besonderer Erforderlichkeitsvorbehalt ergebe (S. 213 ff.).⁷ Die Subsidiarität müsse etwa in Fällen der Schuldnermehrheit im Innen- und Außenverhältnis (keine undifferenzierte Gesamthaftung) beachtet werden (S. 204 ff., 215). Der Erforder-

⁶ Ähnlich zur Parallelbestimmung des § 829 BGB *Gerhard Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁹, Bd. VII (2024) § 829 BGB Rn. 1 ff., der ebenfalls eine Ausnahme von den üblichen Zurechnungsprinzipien annimmt und stattdessen die effiziente Risikotragung bzw. bessere Schadenstragungsfähigkeit für maßgeblich hält; ähnlich auch *Gerald Spindler/Christian Förster*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (Stand: 1.11.2024) § 829 BGB Rn. 1: „reine Ausfallhaftung in besonders gelagerten Ausnahmefällen ist einer Verteilungsgerechtigkeit“; eingehend zur umstrittenen dogmatischen Einordnung des § 829 BGB *Jürgen Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2021) § 829 BGB Rn. 14 ff.

⁷ Vgl. § 829 BGB: „als die Billigkeit [...] eine Schadloshaltung *erfordert*“ (Hervorheb. d. Verf.).

lichkeitsvorbehalt erkläre außerdem die Subsidiarität der Billigkeitshaftung sowohl gegenüber dem „gelinderen Mittel“ einer (wirksamen bzw. durchsetzbaren) Aufsichtshaftung gem. Art. 333 ZGB (S. 216 ff.) als auch gegenüber anderen (realisierbaren) Haftungsansprüchen (S. 219). Diese generelle Nachrangigkeit („reine Ausfallhaftung“) erscheint auch für das deutsche Recht überzeugend,⁸ obwohl § 829 BGB allein die Subsidiarität gegenüber § 832 BGB ausdrücklich benennt.⁹

Im Folgenden thematisiert *Loacker* eingehend die Frage der Verschuldensunfähigkeit (S. 220 ff.), der eine „Stellschraubenfunktion“ für den (analogen) Anwendungsbereich der Billigkeitshaftung zukomme (S. 249, 255). Die Verschuldensfähigkeit setze, abweichend von der deutschen Doktrin, weder ein Unrechtsbewusstsein noch eine Verantwortlichkeitseinsicht (i. S. d. § 828 Abs. 3 BGB) voraus (S. 235 ff.). Neben der Einsichtsfähigkeit in die Gefährlichkeit des Verhaltens (intellektuelles Element) sei allerdings auch Steuerungsfähigkeit erforderlich; der Verzicht auf diese volitive Komponente der Verschuldensfähigkeit in § 828 Abs. 3 BGB¹⁰ wird vom Verfasser deutlich als eine haftungsverschärfende „Rumpf-Subjektivierung“ kritisiert (S. 241 ff.).¹¹ Entsprechende Kritik erfährt die deutsche Rechtslage auch insoweit, als es für die Verschuldensfähigkeit nach § 828 Abs. 3 BGB – jedenfalls nach Ansicht der h. L.¹² – lediglich auf die Einsichtsfähigkeit in die abstrakte (und nicht die konkrete) Gefährlichkeit des Verhaltens ankommen soll (S. 245 ff.). Der Verfasser spricht sich ferner für die Anerkennung gradueller Abstufungen der Verschuldensfähigkeit aus (S. 261 ff.).¹³ Die möglichen Ausschlussgründe für die Verschuldensfähigkeit, namentlich (Kindes- oder hohes) Alter, (dauerhafte) geistige Behinderungen und schwerwiegende psychische Störungen sowie temporäre Störungen (S. 283 ff.), werden in der gebotenen Kürze erörtert und veranschaulicht.

Von den weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen der Billigkeitshaftung werden insbesondere die Widerrechtlichkeit und der hypothetische Verschuldensvorwurf näher

-
- 8 Der Erforderlichkeitsvorbehalt ist im Wortlaut des § 829 BGB unmittelbar verankert, siehe Fn. 7.
- 9 Vgl. § 829 BGB: „[...] sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann“; dazu Staudinger/*Oechsler* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 39 ff.; MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 12.
- 10 Vgl. BGH 10.3.1970 – VI ZR 182/68, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1970, 1038, 1039; BGH 28.2.1984 – VI ZR 132/82, NJW 1984, 1958; MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 11; *Christoph Kern*, in: *Jauernig, BGB*⁹⁹ (2023) § 828 BGB Rn. 3; BeckOK BGB/*Spindler/Förster* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 13.
- 11 Kritisch zum deutschen Recht auch *Lothar Kuhlen*, *Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger?*, *Juristenzeitung* 1990, 273–279, 276–277; *Dirk Loo-schelders*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der deliktischen Haftung Minderjähriger – Grundsatz der Totalreparation und Übermaßverbot*, *VersR* 1999, 141–151, 148; befürwortend dagegen MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 11.
- 12 Vgl. etwa *Jauernig/Kern* (Fn. 10) § 828 BGB Rn. 3; BeckOK BGB/*Spindler/Förster* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 13; kritisch zu diesem Verständnis der Rechtsprechung des BGH MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 13.
- 13 Das deutsche Zivilrecht kennt dagegen keine verminderte Zurechnungsfähigkeit („Alles-oder-nichts-Prinzip“); vgl. BGH 28.2.1984 (Fn. 10) 1958; MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 827 BGB Rn. 2.

betrachtet. Hinsichtlich der Widerrechtlichkeit¹⁴ befasst sich der Verfasser mit den auch im deutschen Recht kontrovers diskutierten¹⁵ Fällen unbeherrschbaren Verhaltens und betrachtet diese aus der Perspektive der verschiedenen Rechtswidrigkeitskonzeptionen (S. 308 ff.). Ohne Weiteres überzeugend ist der Standpunkt, dass nur ein beherrschbares Verhalten (das heißt ein Verhalten im Rechtssinn) widerrechtlich sein kann. Die Widerrechtlichkeit des Verhaltens sei indes keine konstitutive Voraussetzung der Billigkeithaftung, vielmehr habe der Gesetzgeber die Möglichkeit einer billigkeitsbasierten Haftung gerade für diese Fälle vorgesehen. Das gängige Diktum, der Verschuldensunfähige könne nicht strenger haften als der Verschuldensfähige, sei daher zumindest in dieser Allgemeinheit nicht richtig.¹⁶ Jenem Diktum folgt *Loacker* in Übereinstimmung mit der (auch in Deutschland¹⁷) h. M. wiederum insoweit, als die Billigkeithaftung einen hypothetischen Verschuldensvorwurf voraussetze. Das konkrete Verhalten des Verschuldensunfähigen müsse also, gedacht als Verhalten eines Verschuldensfähigen, diesem gegenüber zu einem Verschuldensvorwurf führen. Soweit der Verfasser die Billigkeithaftung außerhalb ihres unmittelbaren Anwendungsbereichs beleuchtet (S. 340 ff.), gerät insbesondere das deutsche Recht in den Fokus, denn § 829 BGB wird bekanntlich analog angewendet, wenn der minderjährige oder hochbetagte Schädiger zwar verschuldensfähig bzw. einsichtsfähig i. S. d. § 828 Abs. 3 BGB ist, ihm jedoch altersgruppenbedingt kein Verschulden vorzuwerfen ist, namentlich bei mangelnder Steuerungsfähig-

-
- 14 Zum Erfordernis der Widerrechtlichkeit bei § 829 BGB vgl. Staudinger/*Oechsler* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 24; BeckOK BGB/*Spindler/Förster* (Fn. 6) § 828 BGB Rn. 2.
- 15 Dazu BGH 15.1.1957 – VI ZR 135/56, BGHZ 23, 90, 98; BGH 1.7.1986 – VI ZR 294/85, BGHZ 98, 135, 137 ff.; Staudinger/*Oechsler* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 28 ff.; MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 11; BeckOK BGB/*Spindler/Förster* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 3.
- 16 Nach hier vertretener Ansicht sollte dem genannten Diktum allerdings auch in den Fällen eines unbeherrschbaren Verhaltens Geltung verschafft werden. Zur Vermeidung einer strengeren Haftung bzw. Schlechterstellung des Verschuldensunfähigen sollte daher jedenfalls ein *hypothetischer Rechtswidrigkeitsvorwurf* verlangt werden. Eine Billigkeithaftung scheidet demnach aus, wenn das konkrete Verhalten hypothetisch – gedacht als das Verhalten eines Verschuldensfähigen – selbst für diesen nicht beherrschbar wäre (z. B. Reflex, *vis absoluta*), sodass auch eine Verschuldenshaftung mangels rechtswidriger Handlung abzulehnen wäre (für eine Billigkeithaftung in solchen Fällen gleichwohl MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 827 BGB Rn. 7). Anders verhält es sich dagegen und die Billigkeithaftung ist eröffnet, wenn das betreffende Verhalten gerade aufgrund des zur Verschuldensunfähigkeit führenden Zustands (vor allem Bewusstlosigkeit) unbeherrschbar ist, jener Zustand also nicht nur die Deliktsfähigkeit nach § 827 BGB, sondern bereits die Handlungsfähigkeit überhaupt beseitigt. In diesen Fallkonstellationen ist das konkrete Verhalten hypothetisch – gedacht als Verhalten eines (nicht bewusstlosen!) Verschuldensfähigen – nämlich ohne Weiteres als rechtswidrig zu beurteilen. Insoweit ist *Loacker* darin zuzustimmen, „dass man sich den Verschuldensfähigen abstrakt und nicht ebenfalls im Zustand der Unbeherrschbarkeit denkt“ (S. 336).
- 17 Vgl. BGH 21.5.1963 – VI ZR 254/62, BGHZ 39, 281, 284; Staudinger/*Oechsler* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 28 ff.; MüKo BGB/*Wagner* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 7; Jauernig/*Kern* (Fn. 10) § 829 BGB Rn. 2; BeckOK BGB/*Spindler/Förster* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 2.

keit oder Erkennbarkeit der konkreten Gefährlichkeit.¹⁸ Uneingeschränkte Zustimmung verdient insoweit das einleuchtende Plädoyer, bei jeglicher Billigkeitshaftung, das heißt bei direkter sowie analoger Anwendung, stets die Sorgfalt eines durchschnittlichen Erwachsenen als Grundlage des hypothetischen Vergleichsmaßstabs heranzuziehen (S. 351).

Für die praktische Rechtsanwendung sind die von *Loacker* entwickelten Fallgruppen zur Billigkeitshaftung (S. 367 ff.) von besonderem Wert. Die relevanten Billigkeitserwägungen werden in verteilungspolitische, verhaltens-, schadens- sowie sachverhaltenskontextbezogene Aspekte unterteilt, wobei den erstgenannten (hier allein erörterten) verteilungspolitischen Aspekten im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine vorrangige Bedeutung attestiert wird (vgl. auch § 829 BGB: „insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten“). *Loackers* Verständnis der Billigkeitshaftung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erweist sich auch in dieser Hinsicht als überaus fruchtbar.

Auf der Grundlage dieses Konzepts wird vorgeschlagen, die (versicherungsbasierte) Tragfähigkeit – stets vorrangig die des Geschädigten – auf der ersten Stufe der Erforderlichkeit zu prüfen; alle weiteren Aspekte seien dagegen erst auf der zweiten Stufe der Proportionalität zu prüfen, indem danach gefragt werde, „ob die durch den Richter angestrebte Härtefallvermeidung (als *Zweck*) die jeweilige Ersatzverpflichtung und ihr konkretes Ausmass (als *Wirkung*) rechtfertigen kann“ (S. 371). Auf der ersten Stufe der Erforderlichkeit leitet der Verfasser – wiederum aus dem Erforderlichkeitsvorbehalt – das „Primat der Deckungsrealisierung gegenüber der Vermögensrealisierung“ (S. 372) ab, dem zufolge die Geltendmachung von Versicherungsansprüchen als milderes Mittel der Verwertung eigenen Vermögens bzw. Einkommens vorgehe. Die Frage der vermögens- bzw. einkommensbasierten Tragfähigkeit sei deshalb i. d. R. erst auf der zweiten Stufe zu berücksichtigen. Hiervon ausgehend gelangt der Verfasser u. a. zu folgenden (in der Sache überzeugenden) Ergebnissen: Wenn und soweit der Geschädigte schadenskompensierende Versicherungsleistungen erhalte, schließe diese (versicherungsbasierte) Tragfähigkeit eine Billigkeitshaftung von vornherein aus, ohne dass es noch auf die Tragfähigkeit des Schädigers ankomme (keine Erforderlichkeit bzw. kein Härtefall).¹⁹ Damit scheidet zugleich ein Rückgriff des Privat- oder Sozialversicherers des Geschädigten beim Schädiger auf der Grundlage des (nicht drittschützenden) Art. 54 Abs. 1 OR aus. Soweit dagegen ein vorrangiger Versicherungsschutz des Geschädigten fehle, sei eine Haftpflichtversicherung des Schädigers haftungsbegründend zu berücksichtigen,²⁰ und zwar auch dann, wenn der Geschädigte vermögend oder einkommensstark ist (Vorrang der versicherungsbasierten Tragfähigkeit). Bestehe auf beiden Seiten keine versicherungsbasierte Tragfähigkeit, komme es (auf zweiter Stufe) auf einen Vergleich der

18 Vgl. BGH 21.5.1963 (Fn. 17) 286; *Hartwig Sprau*, in: Grüneberg, BGB⁸⁴ (2025) § 828 Rn. 7, § 829 Rn. 2a; MüKo BGB / *Wagner* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 8.

19 So zum deutschen Recht auch *Mark Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz auf die außervertragliche Haftung (2013) 227 ff., m. w. N.

20 Zu dieser Diskussion bei § 829 BGB sowie zur kritikwürdigen Rechtsprechung des BGH eingehend *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 194 ff.; vgl. auch MüKo BGB / *Wagner* (Fn. 6) § 829 BGB Rn. 20 ff.

konkreten Vermögens- und Einkommensverhältnisse an. Eine Billigkeitshaftung scheidet hiernach aus, wenn nur der Geschädigte vermögend ist, während im umgekehrten Fall eine Haftung i. d. R. zu bejahen sei. Seien beide Parteien vermögend, führe dies i. d. R. zu einem teilweisen Ersatz, bei beidseitiger Vermögenslosigkeit sei eine Haftung dagegen zu verneinen.

Entsprechende Leitlinien stellt der Verfasser *mutatis mutandis* für die Berücksichtigung von Versicherungsschutz bei der analogen Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR i. R. d. Mitverschuldens nach Art. 44 Abs. 1 OR auf (S. 382 ff.).²¹ Eine billigkeitsbasierte Anspruchskürzung zulasten des schuldlosen Geschädigten scheidet insbesondere aus, wenn der Schädiger haftpflichtversichert sei (keine Erforderlichkeit bzw. kein Härtefall);²² umgekehrt soll aber eine Anspruchskürzung vorzunehmen sein, wenn allein der schuldlose Geschädigte Versicherungsschutz genieße.²³ Dem Argument bloßer Versicherbarkeit könne im Bereich der Billigkeitshaftung hingegen keinerlei Bedeutung zukommen, weil der unterlassene Erwerb von Deckungsschutz einem Verschuldensunfähigen nicht vorgeworfen werden könne und es immer nur auf die tatsächliche (nicht aber potenzielle) Tragfähigkeit ankomme. Dem ist insoweit zuzustimmen, als es um die bloße Versicherbarkeit aufseiten des schuldlosen Schädigers (bei direkter Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR) bzw. des schuldlosen Geschädigten (bei analoger Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR i. R. d. Mitverschuldens) geht.²⁴ Dies sollte es nach hier vertretener Ansicht aber nicht ausschließen, zulasten der jeweils anderen Partei unter Umständen zu berücksichtigen, dass diese eine verpflichtende oder verkehrsbübliche Versicherung nicht genommen hat.²⁵

Dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen Schlüssel für sachlich überzeugende und ausdifferenzierte Lösungen im konkreten Einzelfall liefert, stellt der Verfasser auch für die weiteren Fallgruppen unter Beweis. So ergebe sich aus der verhältnismäßigkeitsbasierten Prüfungsstruktur etwa die Differenzierung, dass eine Haftungsmilderung zugunsten des altruistisch handelnden Verschuldensunfähigen nur bei Inanspruchnahme des eigenen Vermögens, nicht aber bei bestehendem Deckungsschutz zu berücksichtigen sei (S. 401 ff.); ferner seien der Erforderlichkeitsvorbehalt und damit das Vorliegen eines

21 Zu dieser Problematik aus deutscher Perspektive *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 236 ff.

22 So auch die h.M. zum deutschen Recht; vgl. *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 236 ff., m. w. N.

23 Zum deutschen Recht a. A. *Dirk Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999) 371–372: keine Berücksichtigung des Versicherungsschutzes des Geschädigten; differenzierend *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 240 ff.: Anspruchskürzung nur in extremen Ausnahmefällen (zum Beispiel ruinöse Ersatzpflicht bei weit überwiegender Mitverursachung des schuldlosen, aber versicherten Geschädigten).

24 So auch für das deutsche Recht *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 235–236, 244.

25 Vgl. zum deutschen Recht *Makowsky*, Der Einfluss von Versicherungsschutz (Fn. 19) 233 ff. (Berücksichtigung der Versicherbarkeit zulasten des Geschädigten bei § 829 BGB), 243–244 (Berücksichtigung der Versicherbarkeit zulasten des Schädigers bei analoger Anwendung des § 829 BGB i. R. v. § 254 BGB).

korrekturbedürftigen Härtefalls zu verneinen, wenn das Selbstverschulden des Geschädigten hinreichend erheblich ist; die Billigkeitshaftung setze ein erhebliches Gefälle zwischen dem Schadensverursachungsanteil des Verschuldensfähigen und demjenigen des Geschädigten voraus (S. 423 ff.).

Bemerkenswert ist noch, dass es der Verfasser aufgrund der flexiblen Ausgestaltung der Billigkeitshaftung für möglich hält, in besonderen Grenzfällen die Grundsätze der Verschuldenshaftung zu modifizieren, insbesondere das Adäquanzkriterium großzügiger zu handhaben und damit den Verschuldensunfähigen strenger haften zu lassen (S. 428 ff., 436 ff.); dies lässt sich nach hier vertretener Ansicht nicht auf § 829 BGB übertragen.

2. Im 3. Teil („Korrekturgegenstand Haftungsumfang“, S. 473–528) untersucht *Loacker* die hinsichtlich des Haftungsumfangs existierenden Billigkeitskorrektive, namentlich die besondere Ersatzreduktion nach Art. 43 Abs. 1 OR (S. 475 ff.), die analoge Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR i. R. d. Art. 44 Abs. 1 OR (S. 505 ff.) sowie die Notlagenregelung des Art. 44 Abs. 2 OR (S. 520 ff.). Insoweit können hier nur einige wenige Ergebnisse angerissen werden.

Erwähnenswert erscheint insbesondere, dass der Verfasser zwar auch die Artt. 43 Abs. 1, 44 Abs. 2 OR als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begreift; dessen Fruchtbarmachung lasse deshalb auch hier einen Gewinn an Rechtsklarheit und eine bessere Strukturierung der Urteilsbegründung erwarten. Anders als im Bereich des Art. 54 Abs. 1 OR gehe es bei jenen Normen aber nicht um die Herstellung vollständiger Verhältnismäßigkeit, sondern nur um die Anwendung eines „Grobfilters“, der unerträglichen Härten des Prinzips der Totalreparation die Spitze nehmen soll. Da die Normen nicht auf eine optimale Schadensverteilung und Suche nach dem besten Schadensträger zielten, sei auch der Aspekt der Tragfähigkeit nicht so gewichtig wie im Bereich der Billigkeitshaftung. Eine Ersatzreduktion nach Art. 43 Abs. 1 OR könne ebenso wie bei Art. 44 Abs. 2 OR auch in Fällen mittlerer Fahrlässigkeit erfolgen, allerdings sei stets (auch bei leichtem Verschulden) das Hinzutreten weiterer Umstände erforderlich. Eine generelle Herleitung der Selbstverschuldensregelung des Art. 44 Abs. 1 OR aus einem allgemeinen Billigkeitsprinzip bzw. Treu und Glauben lehnt *Loacker* überzeugend ab; eine Zurechnungswirkung erzeuge die Billigkeit hier nur insoweit, als Art. 54 Abs. 1 OR analog zur Anwendung gelange. Hierbei sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip in gleichem Umfang zu berücksichtigen wie bei direkter Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR. Im Hinblick auf die Notlagenregelung des Art. 44 Abs. 2 OR stellt der Verfasser dessen Bedeutung für solche (insbesondere jugendliche oder nicht vermögende) Schädiger heraus, denen ein Festhalten am Prinzip der Totalreparation jede ökonomisch sinnvolle (Lebens-)Perspektive nehmen würde. Das Vorliegen einer Notlage (i. S. e. eines Härtefalls) sei entgegen der h. M. keine Ermessens-, sondern reine Rechtsfrage. Abweichend von der h. M. bleibe Art. 44 Abs. 2 OR auch bei Insolvenz des Schädigers eröffnet.

IV. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass *Loacker* eine grundlegende, innovative sowie überaus gedanken- und thesenreiche Arbeit zu Grundsatzfragen der Billigkeit und des Haftungsrechts vorgelegt hat. Die gewonnenen (auch rechtsvergleichend abgesicherten) Erkenntnisse machen an den Grenzen des schweizerischen Privatrechts nicht halt, sondern sind für den gesamten deutschen Rechtskreis von hohem Interesse. Die

konzeptionelle Grundidee, die Billigkeitskorrektive des Haftpflichtrechts als spezialgesetzliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu begreifen und entsprechend auszulegen, erlaubt eine in sich stimmige Systematisierung der maßgeblichen Kriterien und Konkretisierungsfaktoren und hat sich insoweit für die Lösung verschiedenster Rechtsprobleme als fruchtbar erwiesen. Die Arbeit leistet damit einen wertvollen Beitrag zu dem erklärten Ziel, die maßgeblichen Erwägungen einer Billigkeitsentscheidung transparent und nachvollziehbar zu machen und auf diese Weise auch eine (eingeschränkte) Regelbildung zu ermöglichen.

Tamcke, Gesa: Vertragliche Gläubigermehrheiten im deutschen und englischen Recht. (Zugl.: Freiburg i.Br., Univ., Diss., 2020/21.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2022. XVI, 195 S. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. 85.) – ISBN 978-3-16-161374-6 | DOI 10.1628/978-3-16-161375-3.

Besprochen von **Gerhard Dannemann***

Der Titel ist so klar und präzise wie der Inhalt dieses Buchs. Es beleuchtet umfassend das Recht von vertraglichen Gläubigermehrheiten im englischen und im deutschen Recht, einschließlich prozessualer Fragen wie Klagebefugnis und Insolvenz eines Gläubigers.

1. Tamcke gliedert das Buch in fünf Teile. Nach einer kurzen Einführung (Teil A, S. 1–7) präsentiert sie unter „B“ (S. 9–31) einen Überblick zu Grundtypen von Gläubigermehrheiten und die Zuordnung von *joint creditors*, *several creditors*, *joint and several creditors*, Gesamtgläubiger, Mitgläubiger und Teilgläubiger. Als praktisch besonders relevante Form der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft wird zudem das sogenannte Und-Bankkonto behandelt, über das die Inhaber nur gemeinsam verfügen können. In Teil C (S. 33–160), der etwa drei Viertel des Haupttextes umfasst, schichtet die Verfasserin einzelne „Sachprobleme“ ab. Eine „[a]bschließende vergleichende Betrachtung“ findet man in einem kurzen Teil D (S. 161–167), gefolgt von einem noch kürzeren „Fazit“ in Teil E (S. 169–171).

2. Die Liste der behandelten einzelnen Fragen zu Gläubigermehrheiten in Teil C ist umfassend. Methodisch geht die Verfasserin dabei wie folgt vor: Für jeden der insgesamt acht Abschnitte präsentiert sie zunächst das englische Recht, wie sie es einschließlich des jeweiligen Fallrechts und, soweit vorhanden, der einzelgesetzlichen Regelungen aus der englischen Fachliteratur erschlossen hat. Dabei untergliedert sie jeweils nach *joint creditors*, *joint accounts* und *several creditors*. Viele Besonderheiten erklärt sie sinnvoll aus der historischen Entwicklung des englischen Rechts. Sie macht auch explizit, wo Fragen bisher noch nicht geklärt wurden, diskutiert diese aber nicht weiter. Danach folgen entsprechende Ausführungen zum deutschen Recht, die jeweils in Gesamtgläubiger, Mitgläubiger, Und-Konten und Teilgläubiger untergliedert sind. Beim deutschen Recht

* Dr. iur., MA (Oxon), Professor am Großbritannien-Zentrum der Humboldt-Universität zu Berlin; gerhard.dannemann@hu-berlin.de.