



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Handeln auf eigene Gefahr“

*Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen  
Haftung „pro utilitate communi“*

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Michael Alexander Mathiaschitz, BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2017 / Vienna, 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /

A 783 101

degree programme code as it appears on the student  
record sheet:

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /

Rechtswissenschaften

field of study as it appears on the student record sheet:

Betreut von / Supervisor:

Univ. Prof. Dr. iur. Franz-Stefan Meissel

*Mein Dank gilt insbesondere meinem Dissertationsbetreuer Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel  
für die Betreuung und tatkräftige Unterstützung dieser Arbeit.*

*Ebenso möchte ich meinen Eltern, Dr. Maria-Luise Mathiaschitz-Tschabuschnig und Dr.  
Klaus Mathiaschitz, für die großzügige Unterstützung meiner gesamten universitären Studien  
aufrichtig danken.*

Abstract:

„Handeln auf eigene Gefahr“-

Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“

Die Arbeit behandelt das rechtspolitische Wirken Joseph Ungers. Sie gibt Einblick in seine umfangreiche Biographie und widmet sich ausführlich seiner dogmatischen Ausrichtung.

Zunächst wird seine beeindruckende Laufbahn skizziert, welche ihn bis zum Herrenhausmitglied auf Lebenszeit, zum Sprechminister des Kabinetts Auerspergs (1871-1879) sowie zum Reichsgerichtspräsidenten führte. Im rechtswissenschaftlichen Bereich war Unger eine der dominierenden Größen im Österreich der Belle Époque, dessen Reputation auch über die Grenzen der Donaumonarchie hinaus reichte.

Anschließend wird die dogmatische und methodische Ausrichtung seiner rechtswissenschaftlichen Schriften untersucht. Auf dem Prüfstand ist hierbei primär die Einordnung Ungers als "Pandektisten" sowie der Pandektistik generell.

In der Folge wird vor dem dogmatischen Hintergrund seine individuelle Adaption und Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung dargestellt. Nach anfänglicher Abneigung gegenüber der verschuldensunabhängigen Haftung in seiner Frühzeit, begründet Unger in seiner Spätzeit eine eigene Konzeption selbiger, welche in erster Linie auf dem Grundsatz "Handeln auf eigene Gefahr" beruht. "Handeln auf eigene Gefahr" im Verständnis Unger beinhaltet die grundsätzliche Überlegung einen Ausgleich widerstreitender und mitunter konträrer Interessen zu erzielen. Beispielsweise wird der Vorteil einer erfolgten Handlungserweiterung mittels der verschuldensunabhängigen Haftung beschwert um somit ein der *aequitas* entsprechendes Ergebnis zu erzielen. Als konkrete Anwendungsfälle werden das Eisenbahn- und Nachbarrecht, die Gehilfen- und Tierhalterhaftung sowie der Ersatz für ungerechtfertigten Arrest untersucht.

Der letzte Teil der Arbeit untersucht Ungers Einfluss auf die erfolgten Veränderungen im Bereich der Neugestaltung des Schadenersatzrechts des ABGB im Zuge der Teilnovellen (194, 1915 und 1916), an dessen Vorarbeiten Unger in wesentlichem Ausmaß beteiligt war.

# Inhaltsverzeichnis

<b>EINLEITUNG</b>	<b>1</b>
<b>I. JOSEPH UNGER: BIOGRAPHIE UND RECHTSPOLITISCHES WIRKEN</b>	<b>5</b>
1) Elternhaus und Kindheit	5
2) Studienjahre und 1848	8
3) Tätigkeit als Bibliothekar	12
4) Wissenschaftliche Karriere als Jurist bis hin zum „Lehrer der österreichischen Rechtswissenschaft“	15
Exkurs: Von der Exegetik zur Historischen Rechtsschule in Österreich ausgehend	
von der Thun- Hohensteinschen Reform	16
a) Ungers rechtswissenschaftliche Studien und Habilitation	20
b) Unger – Begründer der Pandektistik in Österreich?	25
5) Politische Anfänge bis hin zur Ernennung zum Mitglied des Herrenhauses auf Lebenszeit	35
6) Tätigkeit als „Sprechminister“	41
a) Ungers Position im Kabinett: Minister ohne Portefeuille, „Regierungssprecher“ und „Preßleitung“	43
b) Wahlreform 1873	46
c) Strafprozessordnung 1873	48
d) Verwaltungsgerichtshof 1875	50
e) Universitätsbereich	60
ea) Universitätsorganisation: „Doctorencollegien“	60
eb) Jesuitenfakultät Innsbruck	62
ec) Kollegengelder	64
f) „Garantierte Eisenbahnen“	67
g) Goldrente	69
h) Ungarischer Ausgleich	71
i) Berliner Kongress: Besetzung von Bosnien-Herzegowina	75
7) Rückkehr ins Herrenhaus und Reichsgerichtspräsident	79
a) Herrenhaus	80
aa) Sprachenpolitik	81
ab) „Civilproceßordnung“	82
b) Reichsgerichtspräsident ab 1881	88
8) Tod und Würdigung als Person	90
<b>II. JOSEPH UNGER: METHODISCHE EINORDNUNG SEINER SCHADENERSATZRECHTLICHEN SCHRIFTEN</b>	<b>93</b>

### **III. JOSEPH UNGER UND DIE VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE HAFTUNG 105**

A) Historischer Abriss: Entwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im 19. Jahrhundert	107
1) Etablierung des Verschuldensprinzips im 19. Jahrhundert	108
a) Ideengeschichtlicher Hintergrund des Verschuldensprinzips	109
aa) Liberalismus	109
ab) Pandektistik?	111
b) Einflussreiche juristische Werke	113
ba) Die Geburt der Verschuldensdoktrin: Johann Christian Hasse und „Die Culpa des Römischen Rechts“ (1815)	113
bb) Die verschuldensunabhängige Haftung als „primitives Recht“: Rudolf von Jhering und „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ (1867)	114
2) Zweifel und Probleme bezüglich des Verschuldensgrundsatzes	118
a) Allgemeine Entwicklung	118
b) Österreichische Entwicklung im späten 19. Jahrhundert	121
B) Ungers Frühzeit: Unauffälliger Vertreter des Verschuldensprinzips	127
1) „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen“ (1853)	127
2) „System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Band II“ (1864)	130
3) „Das Schuldmoment im römischen Recht“ – Besprechung der Monographie Rudolf von Jherings (1867)	134
4) „Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 5.3.1869: Ungers Reden im Herrenhaus“ (1869)	135
5) „Beiträge zur Lehre von Schadenersatz nach österreichischem Recht“ (1881)	143
C) Ungers entwickelte Konzeption: Verschuldensunabhängige Haftung aufgrund der Interessenslage	148
1) Die „Gefahr“- Haftung aufgrund des Interesses	149
a) Natur und Rechtfertigung	149
b) Dogmatische Einordnung und Unterteilung hinsichtlich des Entstehungsgrundes	152
ba) Ursprung im Schuldverhältnis	152
bb) Eigenständiges Fundament	153
c) Zusammenfassung	155
2) Abgrenzung gegenüber dem Zufall	157
3) Handeln auf fremde Gefahr – verschuldensunabhängige Ersatzpflicht des Nichthandelnden	160
D) Ausgewählte Anwendungsfälle: Eisenbahnrecht, Nachbarrecht, Gehilfenhaftung, Tierhalterhaftung und Ersatz für ungerechtfertigten Arrest	163
1) Eisenbahnrecht	163
a) Historischer Hintergrund	163

b) Ungers Position und Konzept in „Handeln auf eigene Gefahr“ (1891 /1893)	169
Exkurs: Unfallversicherungsausdehnungsgesetz vom 20. Juli 1894 & Automobilhaftpflichtgesetz vom 9.8.1908	177
a) Unfallversicherungsausdehnungsgesetz – Ungers Rede im Herrenhaus (1894)	177
b) Automobilhaftpflichtgesetz – Ungers Rede im Herrenhaus (1907)	181
2) Nachbarrecht	186
a) Historischer Hintergrund	186
b) Ungers Position und Konzept	190
ba) Immissionen	190
bb) Verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht	193
3) Tierhalterhaftung	207
a) Historischer Hintergrund	207
b) Ungers Position und Konzept	209
ba) „Wilde oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere“	210
bb) „Zahme Thiere“	211
4) Gehilfenhaftung	215
a) Historischer Hintergrund	215
b) Ungers Position und Konzept	220
ba) „Erfüllungsgehilfenhaftung“	220
bb) „Besorgungsgehilfenhaftung“	224
5) Ersatz für ungerechtfertigten Arrest sowie Ersatz des immateriellen Schaden für den zu Unrecht Verurteilten	229
a) Historischer Hintergrund	229
b) Ungers Konzept und Position	230
ba) Ungerechtfertigter Arrest nach §§ 275 ff AGO 1781	230
bb) Schadenersatz für „ungerechtfertigt verurteilte Personen“: verschuldensunabhängiger Ersatz immaterieller Schäden	233

#### **IV. JOSEPH UNGERS EINFLUSS AUF DAS SCHADENERSATZRECHT**

<b>DER TEILNOVELLEN DES ABGB</b>	<b>239</b>
1) Unger und die Frage einer allgemeinen Revision des ABGB	239
a) „Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches“ (1855)	240
b) Rede im Herrenhaus zu den „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“ (1891)	244
c) „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ (1904)	245
2) Ungers Einfluss auf die Teilnovellierung (1914, 1915 und 1916) des ABGB im Bereich des Schadenersatzrechts	248
a) Ausdehnung eisenbahnrechtlicher Gefährdungshaftung auf Industrie (§ 1317 ABGB)?	250
b) Schadenersatzumfang (§ 1324 ABGB)	251

c) Notstandshandlungen (§ 19 ABGB)	251
d) Gehilfenhaftung (§ 1313a ff ABGB)	252
e) Bauwerkehaftung (§ 1319 ABGB)	253
f) Tierhalterhaftung (§ 1320 ABGB)	256
3) Conclusio	258
<b>SCHLUSSBETRACHTUNGEN</b>	<b>260</b>
<b>ANHANG</b>	<b>262</b>
1) Joseph Unger im Herrenhaus	262
a) Reden, Berichterstattungen und Petitionseinbringungen im Herrenhaus	262
Als Minister	262
Als Mitglied	262
b) Mitglied von Kommissionen	266
2) Literaturverzeichnis	268
Schriften von Joseph Unger	268
Monographien, Beiträge/Aufsätze in Sammelbänden, Zeitschriften und Kommentaren	
sowie Zeitungsartikel mit bekanntem Autor	270
Zeitungsartikel mit unbekanntem Autor	288
Sonstige Quellen (Archive, Gesetzesmaterialien und Internetquellen)	289

# Einleitung

Die vorliegende Arbeit soll einen Einblick in das umfassende Schaffen Joseph<sup>1</sup> Ungers (1828 – 1913), eines der bedeutendsten österreichischen Juristen des 19. Jahrhunderts, geben. Sie gilt primär der Erforschung seiner allgemeinen Auffassung und späteren Konzeptualisierung einer verschuldensunabhängigen Haftung.

Die Untersuchung gliedert sich in vier Teile. In Teil I wird ein biographischer Überblick gegeben. Diese Untersuchung fällt umfangreicher aus, da im Gegensatz zur bereits gut relative umfangreich erfolgten Aufarbeitung der Jugendjahre Ungers<sup>2</sup>, bis dato insbesondere bezüglich Ungers Aktivitäten als Minister hinsichtlich der einschlägigen Literatur nur eine genauere Untersuchung aus der NS- Zeit<sup>3</sup> vorliegt und somit in diesem Bereich Aufholbedarf herrscht.

Teil II bietet daraufhin eine Analyse hinsichtlich Methodik, unter besonderer Berücksichtigung seiner schadenersatzrechtlichen Schriften. Hierbei wird die oftmals zitierte Einordnung Ungers als Vertreter der Pandektistik genauer untersucht, insbesondere vor dem Horizont neuerer Forschungsergebnisse hierzu.<sup>4</sup>

Teil III behandelt Ungers Haltung bezüglich der verschuldensunabhängigen Haftung, wobei seine Position bezüglich der Thematik im Laufe seiner Karriere stark variierte. Nach anfänglichem Desinteresse bzw gar Negation gegenüber verschuldensunabhängigen Haftungsansätzen, verdichtete sich seine Ansicht diesbezüglich in späteren Jahren unter dem Schlagwort „Handeln auf eigene Gefahr“, was auch der Titel seiner Hauptschrift zur verschuldensunabhängigen Haftung ist<sup>5</sup>, welche er im Rahmen der Vorarbeiten zum

---

<sup>1</sup> Es finden sich sowohl „Josef“ als auch „Joseph“ Unger als Schreibformen.

<sup>2</sup> Insbesondere durch S(alomon) Frankfurter in der 1917 erschienenen Biographie „Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre“ (Frankfurter, S(alomon): Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre (1917) (idF Frankfurter, Jugendjahre (1917)).

<sup>3</sup> Sixta, Waltraute: Joseph Unger als Sprechminister 1871-1879 (1941) (idF Sixta, Sprechminister (1941)). Jene Dissertation ist jedoch vielfach in NS-Jargon verfasst.

<sup>4</sup> Vgl insbesondere Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“ (erscheint in FS Luig) Manuskript 19 Seiten (2016) (idF Meissel, Pandektistik (2016)).

<sup>5</sup> Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 363 ff (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891)); Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, 3.unveränderte Auflage (erneute Auflage der 2. vermehrten Auflage (1893)) (1904) (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904)).

deutschen BGB verfasste. Hierbei wird auch genauer untersucht inwieweit Ungers Ansätze im BGB aF umgesetzt wurden.

Der Begriff des „Handelns auf eigene Gefahr“ unterliegt hierbei jedoch einer spezifischen, individuellen Interpretation Ungers und divergiert in entscheidendem Maß vom modernen Verständnis dieser Begrifflichkeit. Unger benutzt die Formulierung „Handeln auf eigene Gefahr“ in gänzlich unterschiedlicher Weise als sie heute im Rahmen der zeitgenössischen Terminologie verstanden wird.

Unter dem Fachausdruck „Handeln auf eigene Gefahr“ versteht der moderne Jurist in Österreich in erster Linie einen Rechtfertigungsgrund. Handeln auf eigene Gefahr bedeutet in der modernen juristischen Fachsprache „wenn sich jemand einer ihm bekannten oder zumindest erkennbaren Gefahr, die ein anderer geschaffen hat, aussetzt.“<sup>6</sup>

Von einem „echten“<sup>7</sup> Handeln auf eigene Gefahr wird dann gesprochen, wenn „dem Gefährder keine Schutz- bzw Sorgfaltspflichten gegenüber jenen obliegen, die die Gefahr kannten oder erkennen konnten und denen daher eine Selbstsicherung zumutbar war.“<sup>8</sup> Das echte Handeln auf eigene Gefahr „setzt daher dort ein, wo die Schutzpflichten und Schutzgarantien des Gefährders aufhören.“<sup>9</sup> Bei Vorliegen des echten Handelns auf eigene Gefahr „kann auf Grund einer Interessensabwägung die Rechtswidrigkeit des Handelns des Gefährdenden verneint werden“<sup>10</sup>, wobei jedoch nach wie vor geprüft werden muss, „wie weit durch das Handeln auf eigene Gefahr Sorgfaltspflichten anderer aufgehoben werden.“<sup>11</sup> So können etwa „gezielte Verletzungshandlungen“<sup>12</sup> grundsätzlich nicht mittels Handeln auf eigene Gefahr gerechtfertigt werden. Daher werden oftmals „nur Verhaltensweisen gerechtfertigt sein, die sonst als leichter Verstoß gegen die objektiven Sorgfaltspflichten

---

<sup>6</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd 1: Allgemeiner Teil, 3. Auflage (1997) (idF Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997)), 156, Rz 4/38; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 46.

<sup>7</sup> Unechtes Handeln auf eigene Gefahr liegt vor „wenn den Gefährder Schutzpflichten gegenüber der sich selbst gefährdenden Person treffen“ (Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38). Fehlende Einhaltung dieser Schutzpflichten führt zur Rechtswidrigkeit des Handelns seitens des Gefährders, die Selbstgefährdung der geschädigten Person spielt lediglich im Rahmen eines Mitverschuldens (§ 1304 ABGB) und der damit verbundenen Haftungseinschränkung eine Rolle (vgl Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38).

<sup>8</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 46.

<sup>9</sup> Stoll, Hans: Handeln auf eigene Gefahr . Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1961) (idF Stoll, Handeln auf eigene Gefahr (1961)) 252 ff und 366; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38

<sup>10</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/39.

<sup>11</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/39.

<sup>12</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/39.

aufzufassen wären.“<sup>13</sup> In der Regel werden nur Schädigungen im Rahmen „typische[r] Gefährdungs- und Verletzungsrisiken“<sup>14</sup> durch echtes Handeln auf eigene Gefahr gerechtfertigt.<sup>15</sup> Die Rechtfertigung durch echtes Handeln auf eigene Gefahr spielt insbesondere im Rahmen von sportlichen Veranstaltungen und Wettkämpfen, verbotenen Zutritt von Anlagen sowie Schwarzfahrten eine Rolle.<sup>16</sup> Eine gesetzliche Normierung erhielt das Handeln auf eigene Gefahr insbesondere in § 176 Abs 1 ForstG<sup>17</sup> sowie in der Wegehalterhaftung von § 1319a ABGB<sup>18</sup>, welche jedoch erst 1976 in Kraft trat.<sup>19</sup>

Ungers Verwendung des Begriffs divergiert entscheidend und lässt sich demgegenüber in der modernen Rechtssprache besser mit „Handeln auf eigenes Risiko“ umschreiben. Jedenfalls deckt sein Verständnis des „Handelns auf eigene Gefahr“ einen viel breiteren Bereich ab und verkörpert vielmehr ein grundsätzliches Prinzip als einen bloßen Rechtfertigungsgrund.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/39.

<sup>14</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 46.

<sup>15</sup> „Unechtes“ Handeln auf eigene Gefahr bietet hingegen keinen Rechtfertigungsgrund. Es liegt vor „wenn den Gefährder Schutzpflichten gegenüber der sich selbst gefährdenden Person treffen“ (Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38). Fehlende Einhaltung dieser Schutzpflichten führt zur Rechtswidrigkeit des Handelns seitens des Gefährders, wobei die Selbstgefährdung der geschädigten Person lediglich im Rahmen eines Mitverschuldens zur Haftungseinschränkung führt (vgl Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38).

<sup>16</sup> Vgl Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156, Rz 4/38. Für eine weiterführende Kasuistik bezüglich der Rechtfertigung mittels Handeln auf eigene Gefahr siehe Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 46.

<sup>17</sup> § 176 ForstG. (1) Wer sich im Wald abseits von öffentlichen Straßen und Wegen aufhält, hat selbst auf alle ihm durch den Wald, im besonderen auch durch die Waldbewirtschaftung drohenden Gefahren zu achten.

In Abs 4 wird zudem auf § 1319a ABGB verwiesen.

<sup>18</sup> § 1319a. (1) Wird durch den mangelhaften Zustand eines Weges ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet derjenige für den Ersatz des Schadens, der für den ordnungsgemäßen Zustand des Weges als Halter verantwortlich ist, sofern er oder einer seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Ist der Schaden bei einer unerlaubten, besonders auch widmungswidrigen, Benützung des Weges entstanden und ist die Unerlaubtheit dem Benützer entweder nach der Art des Weges oder durch entsprechende Verbotsschilder, eine Abschränkung oder eine sonstige Abspernung des Weges erkennbar gewesen, so kann sich der Geschädigte auf den mangelhaften Zustand des Weges nicht berufen.

(2) Ein Weg im Sinn des Abs 1 ist eine Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen für den Verkehr jeder Art oder für bestimmte Arten des Verkehrs benützt werden darf, auch wenn sie nur für einen eingeschränkten Benützerkreis bestimmt ist; zu einem Weg gehören auch die in seinem Zug befindlichen und dem Verkehr dienenden Anlagen, wie besonders Brücken, Stützmauern, Futtermauern, Durchlässe, Gräben und Pflanzungen. Ob der Zustand eines Weges mangelhaft ist, richtet sich danach, was nach der Art des Weges, besonders nach seiner Widmung, für seine Anlage und Betreuung angemessen und zumutbar ist.

(3) Ist der mangelhafte Zustand durch Leute des Haftpflichtigen verschuldet worden, so haften auch sie nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

§ 1319 a Abs 1 Satz 2 ordnet hierbei eine Rechtfertigung aufgrund von Handeln auf eigene Gefahr an (Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1319a ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at) insbesondere Rz 19, 24a, 24c, 24e. ebenso Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1319 a ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) insbesondere Rz 21).

<sup>19</sup> BGBl 416/1975.

<sup>20</sup> Siehe hierzu ausführlich III. C) (148 ff) sowie III. D) (163 ff).

Teil IV befasst sich abschließend mit dem Einfluss Ungers schadenersatzrechtlicher Überlegungen auf die Teilnovellen des ABGB (1914, 1915 und 1916). In diesem Kontext wird analysiert ob und gegebenenfalls inwieweit eine legislative Umsetzung Ungers rechtspolitischer Forderungen erfolgt war.

Im Allgemeinen versucht diese Arbeit den Leser einerseits auf Aspekte aus dem wissenschaftlichen Oeuvre Ungers, andererseits jedoch auch auf die spannende Vita des „Lehrers der österreichischen Rechtswissenschaft“<sup>21</sup> aufmerksam zu machen.

---

<sup>21</sup>Schrutka von Rechtenstamm, Emil: „Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft“ in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913, 2.

# I. Joseph Unger: Biographie und rechtspolitisches Wirken

## 1) Elternhaus und Kindheit<sup>22</sup>

Joseph Unger wurde am 2. Juli 1828 in Wien geboren.<sup>23</sup> Er entstammte einem Elternhaus des jüdischen Bildungsbürgertums. Seine Eltern waren Flora und Martin Unger. Weiters hatte er zwei Geschwister, Emilie und Eduard, welche jedoch beide innerhalb dreier Monate Anfang 1852 verstarben.<sup>24</sup>

Josef Ungers Vater, Martin Unger, stammte ursprünglich aus Ungarn und emigrierte in jungen Jahren nach Russland, wo er als „Optikus sich ein namhaftes Vermögen erwarb.“<sup>25</sup> Nach der Rückkehr in die Habsburgermonarchie siedelte Martin Unger sich in Wien an, was aufgrund seiner jüdischen Herkunft und der damaligen Politik hinsichtlich „tolerierter Israeliten“ nicht ohne Schwierigkeiten möglich war.<sup>26</sup> Nach einer anfänglichen Tätigkeit als Kommiss für den Handelsmann David Semler<sup>27</sup> arbeitete Martin Unger als „Fabrikgesellschafter“ für den Niederländer Josef v. Saurimont, welcher bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Wien weilte.<sup>28</sup> Im Zuge dieser Tätigkeit erwarb Martin Unger schließlich durch kaiserliche Entschließung am 27. April 1821 die dreijährige Toleranz, verbunden mit der Auflage der finanziellen Unterstützung der Unternehmung Saurimonts.<sup>29</sup>

In der Folge heiratete Martin Unger, nun ein vermögender „Tolerierter“<sup>30</sup>, am 2. März 1822 die am 13. September 1807 in Böhmen geborene Flora Porias.<sup>31</sup>

---

<sup>22</sup> Die Jugendjahre Ungers werden ausführlich von S(alomon) Frankfurter in der 1917 erschienenen Biographie „Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre“ behandelt (Frankfurter, S(alomon): Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre (1917) (idF Frankfurter, Jugendjahre (1917)).

<sup>23</sup> Vgl Frankfurter, Jugendjahre (1917), (1917) 6.

<sup>24</sup> Vgl Frankfurter, Jugendjahre (1917), (1917) 6 f.

<sup>25</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 8.

<sup>26</sup> Vgl hierzu ausführlich Frankfurter, Jugendjahre (1917), 9 f.

<sup>27</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 9.

<sup>28</sup> Vgl Frankfurter, Jugendjahre (1917), 10 f; zu den Unternehmungen Saurimonts siehe Frankfurter, Jugendjahre (1917), 11 ff.

<sup>29</sup> Vgl Frankfurter, Jugendjahre (1917), 15 f.

<sup>30</sup> Der Ausdruck „Tolerierter“ geht auf das Toleranzpatent Joseph II. aus 1782 zurück und wurde für Juden mit vorübergehender Aufenthaltsbewilligung gebraucht. Mitunter wurde der Titel „Tolerierter“, in uns heute

Martin Unger erhielt jedoch zunächst lediglich eine dreijährige Toleranz. Sein anschließender Kampf für eine dauerhafte Toleranz sowie um wirtschaftlichen Erfolg steht als Beispiel für die prekäre Situation jüdischer Menschen im Wien des 19. Jahrhunderts.<sup>32</sup> So brachte einerseits das Engagement mit Saurimont, welcher sich, nach diversen Verfehlungen im Bereich des Managements der Unternehmung, schließlich aus Wien absetzte<sup>33</sup>, herbe finanzielle Verluste ein und auch anderen Unternehmungen, namentlich der Donau-Dampfschiffahrtsgesellschaft sowie der „k.k. privilegierten Holzverkleinerungsanstalt Phorus“<sup>34</sup>, welche Martin Unger gemeinsam unter anderem mit dem Grafen Ferdinand Palffy lancierte, war kein dauerhafter Erfolg beschieden.<sup>35</sup>

Neben dieser ökonomischen Problematik versuchte Martin Unger verzweifelt die zeitlich begrenzte Toleranz zu verlängern bzw in eine unbegrenzte Toleranz umzuwandeln. Trotz der Fürsprache einflussreicher Persönlichkeiten, wie etwa der seines Geschäftspartners, des Grafen Ferdinand Palffy, blieben seine Versuche eine dauerhafte Toleranz zu erringen ohne Erfolg.<sup>36</sup> Nachdem ihm zwischenzeitlich sogar „die Entfernung aus Wien drohte“<sup>37</sup>, trat schließlich seine Frau Flora Unger in Aktion. Sie ersuchte den Kaiser zunächst um die Bewilligung der Toleranz für sie selbst „zum Betrieb eines Putzhandels.“<sup>38</sup> Nach der Abweisung des Antrags<sup>39</sup> erschien Flora Unger ein zweites Mal vor dem Kaiser. Diesmal stellte sie ein Gesuch zur „Errichtung einer Erziehungsanstalt für die weibliche israelitische Jugend und um die Erneuerung der Toleranz für ihren Gatten.“<sup>40</sup> Erst mittels dieses neuerlichen Versuchs gelang es nunmehr der Familie Unger sich den Weg zum „unentgeltlichen lebenslänglichen Aufenthalt“ zu ebnen, welcher, nach erneuten Schwierigkeiten und zwischenzeitlichen Befristungen<sup>41</sup>, am 1. August 1845 per Hofdekret gestattet wurde.<sup>42</sup>

---

befremdlicher Weise, mit Stolz geführt und diente sogar „als Eigenschaftsbezeichnung auf den Grabsteinen“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 10).

<sup>31</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 16; Flora war die Tochter des „vermöghlichen Militärverpflegers und Handelsmannes Lazar Porias und seiner Frau Anna“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 16).

<sup>32</sup> Ausführliche Beschreibung in Frankfurter, Jugendjahre (1917), 17 ff.

<sup>33</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 20 f.

<sup>34</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 29.

<sup>35</sup> Vgl hierzu Frankfurter, Jugendjahre (1917), 21 ff.

<sup>36</sup> Ausführlich schildert Frankfurter den Kampf Martin Ungers die dauerhafte Toleranz zu erwerben (siehe Frankfurter, Jugendjahre (1917), 21 ff).

<sup>37</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 21.

<sup>38</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 34.

<sup>39</sup> Siehe hierzu Frankfurter, Jugendjahre (1917), 34 ff.

<sup>40</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 36.

<sup>41</sup> Vgl Frankfurter, Jugendjahre (1917), 36 ff.

<sup>42</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 41. Wie wichtig den jüdischen Bürgern jedoch der Status eines „Tolerierten“ zu jener Zeit war, verdeutlicht das 1848 von Martin Unger eingebrachte Gesuch „um die Umwandlung der

Die diversen Bemühungen von Joseph Ungers Eltern um eine dauerhafte Toleranz wurden wie erwähnt von finanziellen Problemen begleitet: „Nach dem schweren Verlust, den Unger [Vater] durch das unaufrechte Verhalten seines ehemaligen Kompagnons Saurimont [...] erlitten hatte, kamen andere noch schwerere an der Börse, und der frühere Wohlstand war geschwunden, als Josef noch ein Kind war.“<sup>43</sup> Nur dank des außergewöhnlichen Einsatzes<sup>44</sup> von Flora Unger war es möglich „die Existenz der Familie aufrechtzuerhalten.“<sup>45</sup> Die Dankbarkeit, welche Martin Unger für den Einsatz und die Hingabe seiner Frau empfand, lässt sich in seinem Testament ablesen, in welchem er seine Frau zur Universalerbin seines nunmehr bescheidenen Vermögens einsetzte.<sup>46</sup> Er starb am 19. September 1850.<sup>47</sup>

Bereits zuvor trat der im Hauptmünzamt tätige Alois Czaslawski in das Leben des jungen Joseph und übernahm „die Mitvormundschaft der minderjährigen Kinder.“<sup>48</sup> Czaslawski legte eine glänzende Karriere als Beamter hin<sup>49</sup> und nahm auch auf die Erziehung des jungen Joseph Unger erheblichen Einfluss<sup>50</sup>. Die Kinder begannen bereits zu Lebzeiten ihres Vaters in Alois Czaslawski „ihren zweiten Vater zu sehen“<sup>51</sup>. So erscheint es auch nicht verwunderlich, dass Flora Unger nach erfolgter Konvertierung zum katholischen Glauben<sup>52</sup>, den ca. zwei Jahre jüngeren Alois Czaslawski am 12. Februar 1852 heiratete.<sup>53</sup> Joseph Unger hatte ein sehr inniges Verhältnis zu seinem Stiefvater.<sup>54</sup>

Die Kindheit Joseph Ungers war gekennzeichnet von Kränklichkeit<sup>55</sup>, was ihm zum „Sorgenkind der Mutter“<sup>56</sup> machte. Im Laufe seines Lebens blieb Ungers Gesundheit anfällig. Der Arzt Joseph Breuer formulierte hierzu später: „Denn wir sehen alle Tage, wie vollständig endogen, unmotiviert aus den tiefsten Quellen der Individualität und darum unentrinnbar wie

---

Bewilligung des lebenslänglichen Aufenthalts in eine Toleranz“. Jenes Gesuch wurde jedoch seitens der Polizeioberektion nicht mehr erledigt. Wien befand sich in den Wirren der Märzrevolution, in welchen eine neue Ära ihren Anfang nahm (vgl. Frankfurter, Jugendjahre (1917), 41).

<sup>43</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 41.

<sup>44</sup> Neben der „Erziehungsanstalt für die weibliche israelitische Jugend“ lukrierte Flora Unger auch mittels Entäußerung „ihres ganzen reichen Schmuckes“ Einnahmen (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 42).

<sup>45</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 41.

<sup>46</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 41 ff.

<sup>47</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 44.

<sup>48</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 44.

<sup>49</sup> Zur Laufbahn Czaslawskis siehe Frankfurter, Jugendjahre (1917), 44 ff.

<sup>50</sup> Unter anderem brachte er Joseph Unger das Klavierspiel bei- Frankfurter, Jugendjahre (1917), 45.

<sup>51</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 46.

<sup>52</sup> Gemeinsam mit ihrem Sohn Joseph Unger – siehe unten I. 4) (15 ff).

<sup>53</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 46.

<sup>54</sup> „An seinem Stiefvater hing Josef Unger mit großer Verehrung und wie innig das Verhältnis war, beweist schon der Umstand, daß er mit ins Münzamt übersiedelte und dort auch als Professor und Minister bis zum Mai 1880 wohnen blieb.“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 46).

<sup>55</sup> Er litt in seiner Kindheit etwa an einem „Wasserkopf“ und an einer Hirnhautentzündung. Zeit seines Lebens wurde er immer wieder von Krankheiten heimgesucht (siehe etwa Frankfurter, Jugendjahre (1917), 47 f).

<sup>56</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 47.

ein Fatum dieser Wechsel des inneren Lebens sich vollzieht. Dabei ist z.B. Excellenz Unger nicht maniakalisch, wenn er im Wellenberg unbegrenzt arbeitsfähig, sprühend geistreich war.<sup>57</sup>

Neben der kränklichen Veranlagung traten jedoch auch seine geistigen Fähigkeiten bereits früh zu Tage – unter anderem soll er eine „besondere musikalische Begabung“<sup>58</sup> besessen und im Zuge dessen sogar bei Franz Liszt vorgespielt haben.<sup>59</sup>

Die Volksschulbildung erhielt Joseph Unger zuhause und erledigte die notwendigen „Privatistenprüfungen an der Hauptschule zu Sankt Anna“<sup>60</sup>. Er besuchte anschließend das Akademische Gymnasium, wo er sich durch exzellente Noten hervortat.<sup>61</sup> Am Akademischen Gymnasium war zu dieser Zeit bereits der Piaristenpater Wilhelm Podlaha, der spätere erste Direktor<sup>62</sup>, als Lehrer tätig.<sup>63</sup> Podlaha sollte für die Zukunft Ungers noch von besonderer Bedeutung sein.<sup>64</sup>

## **2) Studienjahre und 1848**

Nach Abschluss des Gymnasiums besuchte Unger, „wie es damals üblich war“<sup>65</sup>, einen zweijährigen Kurs aus Philosophie an der Universität, wobei er die Prüfungen bei Prof. Lichtenfels mit Auszeichnung absolvierte.<sup>66</sup>

In der Folge war sich Unger lange unschlüssig, welche Fakultät er besuchen sollte, was Prof. Lichtenfels zu der Aussage verleitet haben soll, dass sich jede Fakultät gratulieren könne,

---

<sup>57</sup> Zitiert aus Rossbacher, Karlheinz: Literatur und Bürgertum (2003) (idF Rossbacher, Literatur und Bürgertum (2003)), 172.

<sup>58</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 49.

<sup>59</sup> Vgl Hanslick, Eduard: Aus meinem Leben in: Deutsche Rundschau 77 (1893), 200 ff (idF Hanslick, Leben (1893)), 225 sowie Frankfurter, Jugendjahre (1917), 49.

<sup>60</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 48.

<sup>61</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 48: „...in der ersten Grammatikklasse war er *Secundus*, in allen anderen und in den beiden Humanitätsklassen *Primus scholae praemiser* (erster und zweiter *Prämiant*); seine Noten waren durchwegs I. Eminenz.“

<sup>62</sup> Zuvor oblag die Leitung einem Präfekten, siehe Winter, Robert: Das Akademische Gymnasium in Wien. Vergangenheit und Gegenwart (1996) (idF Winter, Akademische Gymnasium (1996)), 93 f.

<sup>63</sup> Zu Podlaha siehe etwa Winter, Akademische Gymnasium (1996), 95 ff.

<sup>64</sup> Im Zusammenhang mit dessen Konvertierung zum Katholizismus, aber auch bezüglich der zukünftigen Karriere Ungers – siehe unten I. 3) (12 ff; insb. 14 ).

<sup>65</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 5.

<sup>66</sup> Vgl Sixta, Sprechminister (1941), 5.

welcher Unger sich zuwende.<sup>67</sup> Schließlich immatrikulierte er 1847 an der der juristischen Fakultät der Universität Wien.<sup>68</sup>

Von herausragender Bedeutung für die Entwicklung Ungers waren in der Folge die Ereignisse des Jahres 1848. Den hohen Stellenwert dieser Erfahrungen im Revolutionsjahr bestätigt Unger durch den Ausspruch: „Ich bin im Jahre 1828 geboren, das Licht der Welt habe ich aber erst im Jahre 1848 erblickt.“<sup>69</sup>

Symptomatisch für Ungers Charakter ist sein tiefgehendes Pflichtbewusstsein, welches auch während der Wirren des Jahres 1848 zu Tage trat. So absolvierte er „am 21. März 1848, mitten im Sturmwehen des Völkerfrühlings [...] noch eine Prüfung aus Statistik“<sup>70</sup>. Dennoch beteiligte sich Unger in der Folge rege an den revolutionären Vorgängen in Wien, welche ihren „Brennpunkt“<sup>71</sup> auf der Universität hatten. Seine Tätigkeit während der Proteste fasst Meissel wie folgt zusammen:

„Bei der Revolution 1848 findet sich der Joseph Unger im Aktivistenkreis rund um Adolph Fischhof (1816–1893) im Zentrum des Geschehens. Er war im Studentenkomitee, im Zentralkomitee der Akademischen Legion und fungierte als zweiter Schriftführer des Ausschusses der Studierenden sowie Mitglied des Ende Mai 1848 gebildeten sogenannten ‚Sicherheitsausschusses‘. Unger gehörte auch zur Deputation, die am 16. Mai 1848 dem Minister Pillersdorf (1786–1862) eine Änderung des Wahlgesetzes vorschlug und formulierte den von Pillersdorf angeregten schriftlichen Entwurf der Studentenschaft. Der, anlässlich der Abreise des Kaisers an die Arbeiter gerichtete, Aufruf vom 18. Mai 1848, sich wieder dem Tagewerk zuzuwenden ist von Unger nicht nur mitunterfertigt, sondern vermutlich von ihm selbst verfasst worden.“<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 5.

<sup>68</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 5.

<sup>69</sup> Unger, Joseph: Mosaik, 3. vermehrte Auflage (1911) (idF Unger, Mosaik (1911)), 18.

<sup>70</sup> Zweig, Egon: Unger, Joseph in: Biographisches Jahrbuch und Deutscher Nekrolog XVIII (1913), 187 ff (idF Zweig, Unger Nekrolog (1913)), 188.

<sup>71</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 188.

<sup>72</sup> Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger. Der Jurist als „politischer Professor“ in: Universität – Politik – Gesellschaft (hrsg. von Ash, Mitchell G. / Ehmer, Josef ) (2015), 209 ff (idF Meissel, Politischer Professor (2015)) 211 f; ausführliche Übersicht bezüglich Ungers Aktivitäten während der 1848- Revolutionen in Frankfurter, Jugendjahre (1917), 50 ff.

Bereits damals fiel Unger neben seine Scharfsinnigkeit und Bildung durch seine besondere Rednerbegabung<sup>73</sup> auf – ein Umstand welcher im Laufe seiner Karriere immer wieder zum Vorschein trat und diese auch wesentlich beeinflusste bzw gar erst möglich machte.

Im Allgemeinen ist anzumerken, dass Unger trotz der regen Beteiligung an den Vorgängen wohl stets eine moderate Grundhaltung beibehalten hatte: „Aber seine ganze Art sträubte sich gegen Übertreibungen, durch welche die Bewegung gleich von Anbeginn kompromittiert wurde.“<sup>74</sup> Jene Charakterisierung Ungers von Egon Zweig im Nekrolog des Jahres 1913 scheint in Anbetracht der späteren Schriften und Zeugnisse in der Tat gerechtfertigt und keine posthume „Reinwaschung“ Ungers hinsichtlich seiner Verwicklungen in die Märzrevolution. Wie sich auch in seinem schadenersatzrechtlichen Schriften klar verdeutlicht, scheute Unger die Extreme und war stets bemüht einen ruhigen und friedlichen Ausgleich widerstreitender Forderungen zu finden. So scheint es durchaus plausibel, dass Unger bereits 1848 versucht habe, seine studentischen Mitstreiter „von radikalen Maßnahmen und Schriften abzubringen, die er von vornherein als nutzlos und zweckwidrig erkannte.“<sup>75</sup> Jedoch blieben seine Einwände ungehört: „Der Lärm der Straße war stärker als die Stimme der Vernunft.“<sup>76</sup>

Für seine grundsätzliche Ruhe und umsichtige Mäßigung während des allgemeinen Trubels der Bewegung spricht auch, „ dass er nur wenige Jahre später auch von Konservativen wie Leo Graf Thun-Hohenstein (1811–1888) und dem frühen Savigny-Schüler Anton von Salvotti (1789–1866) protegiert und maßgeblich gefördert wurde.“<sup>77</sup> Leo Graf Thun-Hohenstein<sup>78</sup> sowie Anton von Salvotti<sup>79</sup> waren für die Karriere Ungers von besonderer Bedeutung.<sup>80</sup>

Das Frühjahr 1848 hielt jedoch auch hinsichtlich zukünftiger Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft „einen köstlichen Gewinn“<sup>81</sup> bereit: Unger lernte, „inmitten der

---

<sup>73</sup> Siehe etwa Zweig, Unger Nekrolog (1913), 189.

<sup>74</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 188.

<sup>75</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 189.

<sup>76</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 189.

<sup>77</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), (2015), 212 (siehe hierzu ausführlich unten I. 3) (12 ff), 4) (15 ff) & 5) (35 ff). Dennoch musste Unger aufgrund seiner Beteiligung an der Revolution später die Hofbibliothek verlassen, an welcher er 1850 als „Amanuensis“ tätig war, und zur Wiener Universitätsbibliothek wechseln (Unger, Mosaik (1911), 82; siehe hierzu unten I. 3) (12 ff).

<sup>78</sup> Vgl Thuns Verteidigung Ungers gegen die Angriffe der konservativ-katholischen „Augsburger Postzeitung“ in der Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4 („Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4). Zu Thun-Hohenstein allgemein siehe etwa Frankfurter, S(alomon): Thun-Hohenstein, Graf Leo in: Allgemeine Deutsche Biographie (ADB) 38 (1894), 178 ff.

<sup>79</sup> Zu Salvotti siehe Hugelmann, Karl: Salvotti, Anton in: Allgemeine Deutsche Biographie (1890), [Onlinefassung]; URL: <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116767782.html>.

<sup>80</sup> Siehe unten I. 4) (15 ff).

<sup>81</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 189.

stürmischen Bewegung<sup>82</sup> Julius Glaser kennen, mit welchem ihn eine lebenslange Freundschaft verbinden sollte<sup>83</sup>. Gemeinsam mit Rudolf von Jhering sollten der Strafrechtler Julius Glaser und Joseph Unger später als das „glänzende Dreigestirn der Wiener Juristenfakultät“<sup>84</sup> gerühmt werden, welches sich „persönlich ebenso wie wissenschaftlich nahestand.“<sup>85</sup> Der Grundstein der Freundschaft Ungers und Glasers wurde in jenen „Lenztagen von Achtundvierzig“<sup>86</sup> gelegt. Die entstehende Freundschaft Ungers mit Glaser „hatte seine Wurzel vor allem in der gemeinsamen Bildungsgrundlage, die sich beiden in der Philosophie Hegels bot.“<sup>87</sup>

Die Philosophie Hegels dominierte auch die Dissertationsschrift Ungers, „Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung“, mit welcher er 1850 zum Doktor der Philosophie promovierte. Der Titel wurde ihm von der Universität Königsberg, welcher er aufgrund der hervorragenden Reputation der Hochschule sowie des dortigen Professors Karl Rosenkranz die eherechtliche Abhandlung als Dissertation geschickt hatte, verliehen.<sup>88</sup> Jener „Ehe-Essay“<sup>89</sup> erreichte jedoch noch nicht das wissenschaftliche Niveau spätere Tage. Mit Lentzes Worten ist sie „nicht tief wissenschaftlich, eher in journalistischer Manier, sodass sich alles plastisch zu einem Gesamtbild rundet“<sup>90</sup>. Unger selbst beschrieb sie später wie folgt:

„Im Jahre 1850 erschien meine, im Banne von Hegel und seinem Jünger Eduard Gans (dem geistvollen Gegner Savignys) verfaßte Abhandlung: ‚Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung‘. Sie war der erste Versuch eines noch im Dunkeln seinen Weg mühsam suchenden einundzwanzigjährigen Anfängers. Noch ungeübten Auges, verwendete ich nicht die erforderliche Aufmerksamkeit auf die Korrektur. So kam es, daß die insbesondere in einer philosophischen Abhandlung unvermeidlichen, unzähligemal wiederkehrenden Ausdrücke ‚abstrakt‘ und ‚konkret‘ bald mit ‚k‘, bald mit ‚c‘ gedruckt waren. Da befragte mich ein Studienkamerad, der mit scheuer Bewunderung zu meiner philosophischen Höhe emporblickte, welche esoterische Bewandnis es habe und welchen philosophischen Unterschied der abwechselnde

---

<sup>82</sup> Unger, Joseph: Julius Glaser : Ein Nachruf von Joseph Unger (1885) (idF Unger, Nachruf (1885)), 11.

<sup>83</sup> Etwa Unger, Nachruf (1885), 11 f. Siehe hierzu auch unten bez. der Strafprozessordnung von 1873 in I. 6) c) (48 f).

<sup>84</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3.

<sup>85</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), 213. Ausführlich dazu Losano, Mario G.: Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser (1996) (idF Losano, Briefwechsel (1996)).

<sup>86</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 189 .

<sup>87</sup> Zweig, Unger Nekrolog (1913), 190.

<sup>88</sup> Zu den Umständen hierzu siehe Frankfurter, Jugendjahre (1917), 59 ff.

<sup>89</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 6.

<sup>90</sup> Lentze, Hans: Joseph Unger – Leben und Werk, in: FS Franz Arnold (1963), 219 ff (223).

Gebrauch jener beiden Lautzeichen bedeute. Dies war die erste ‚bunte‘ Bemerkung, die ich über mein mit keckem Jugendmut veröffentlichtes (von der Universität Königsberg *referente* prof. Karl Rosenkranz mit der Doktorwürde gekröntes) *Opuskulum* zu hören bekam.“<sup>91</sup>

Seine juristischen Studien beendete Unger 1852.<sup>92</sup>

### **3) Tätigkeit als Bibliothekar**

„Wäre ich nicht ein Mann der Wissenschaft geworden, so wäre ich wahrscheinlich Bibliothekar geworden (1850 war ich Amanuensis in der Hofbibliothek und, als ich dieselbe wegen meiner Beteiligung an der 48er Revolution verlassen mußte, Amanuensis in der Wiener Universitätsbibliothek) oder vielleicht Buchhändler: eine solche Freude habe ich an Büchern, die ich gierig verschlinge (*mangeur de livres, a bookish man*).“<sup>93</sup>

Zu Beginn des Jahres 1851 trat Joseph Unger, nach Fürsprache des „ersten Kustos der Hofbibliothek Dr. Eligius Freiherr von Münch Bellinghausen“<sup>94</sup> seinen Dienst „zur vorläufigen unentgeltlichen zweimonatigen prüfungsweisen Verwendung bei der Hofbibliothek“<sup>95</sup> an. Doch bereits am 7. März 1851 beantragte er, wohl nicht ganz freiwillig, seine Entlassung.<sup>96</sup>

Die kurze Dauer des Engagements lag in der Tatsache begründet, dass Unger „1848 Mitglied des Sicherheitsausschusses gewesen“<sup>97</sup> war. Seine revolutionären Aktivitäten schienen ihn für eine Beschäftigung in der Hofbibliothek untragbar zu machen, sehr „zum Leidwesen Münchs“<sup>98</sup>. Unger wechselte daraufhin als Amanuensis, jedoch ohne Adjutum<sup>99</sup>, in die

---

<sup>91</sup> Unger, Mosaik (1911), 112. Fremdsprachlichen Ausdrücke wurden in der gesamten Arbeit aus Gründen der Lesbarkeit *kursiv* gesetzt.

<sup>92</sup> Siehe hierzu unten I. 4) a) (20 ff).

<sup>93</sup> Unger, Mosaik (1911), 82.

<sup>94</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 62.

<sup>95</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 63.

<sup>96</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 63.

<sup>97</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 63; bemerkenswerterweise schien „die Tatsache, dass Unger Jude war kein Hindernis für seine Aufnahme“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 64) gewesen zu sein.

<sup>98</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 63.

<sup>99</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 13.

Universitätsbibliothek Wien.<sup>100</sup> Im Gegensatz zu seiner Tätigkeit an der Hofbibliothek blieb diese Beschäftigung nicht bloß Episode. Unger verweilte längere Zeit und behielt die Tätigkeit auch stets „in bester Erinnerung; er fühlte sich zeitlebens zugehörig zum Stande und zu diesem Amt und die Bibliothekare Österreichs durften ihn stolz den Ihrigen nennen.“<sup>101</sup>

Aus finanzieller Sicht war die Lage jedoch prekär, da Unger ohne Adjutum auskommen musste. Er hoffte eine freigewordene Stelle als Skriptor übernehmen zu können, was sich jedoch nicht erfüllte.<sup>102</sup> Ein wesentlicher Grund, warum Unger keine Aussicht auf eine angemessen entlohnte Stelle hatte, lag wohl auch in der Tatsache begründet, dass er „Israelit“ war.<sup>103</sup> In der Ablehnung bezüglich der Skriptorenstelle wurde jedoch lediglich angeführt, dass Unger „sehr kurzsichtig ist“<sup>104</sup> sowie „von schwächlicher Leibeskonstitution ist und seine Gesundheit bereits dergestalt gelitten hat, daß er genötigt war, gleich nach seiner Ernennung zum Amanuensis eine Badekur in Gastein zu gebrauchen.“<sup>105</sup>

Angesichts mangelnder Aufstiegschancen, finanzieller Notwendigkeiten sowie privater Schicksalsschläge (Unger erwähnt auch den Tod seines Bruders Anfang 1852, welcher seiner Gesamtsituation eine „ungünstige Wendung“<sup>106</sup> gegeben habe), reichte er am 20. Januar 1852 per Brief sein Gesuch um Enthebung aus dem Dienst der Universitätsbibliothek ein, welches ihm umgehend gewährt wurde.<sup>107</sup>

Bereits am 27. September 1852 bat Unger jedoch wiederum um Aufnahme als Amanuensis der Universitätsbibliothek. Direktor Josef Diemer nahm das Ansuchen entgegen und empfahl Unger durch die Auflistung von acht Punkten, welche ihn besonders hervorhoben. Unger wurde schließlich auch erneut als Amanuensis eingestellt und erhielt im Gegensatz zur

---

<sup>100</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 64. Die Möglichkeit jenes Wechsels soll durch die Freiwilligkeit seines Ausscheidens begründet liegen welche auf die wohlwollende Intervention Münchs zurückgehen soll: „Die einzige, vermutlich durch Münch erwirkte Milderung war, daß Unger nicht strafweise sondern scheinbar aus seinen eigenen Wunsch entlassen wurde. Dadurch hielt man ihm den Weg offen, Amanuensis der Universitätsbibliothek zu werden.“(Frankfurter, Jugendjahre (1917), 64). Bereits Frankfurter bezeichnet jene Passage als „nicht sehr wahrscheinlich“. Tatsächliche verlief jene Neubestellung als Amanuensis der Universitätsbibliothek wohl wie folgt ab: „Man wird es begreiflich finden, daß die Hofbehörde auf die Kunde von Ungers Beteiligung an den 48er Ereignissen - und die konnte sie leicht erfahren - es nicht für angängig hielt, ihn an der Hofbibliothek anzustellen. Ihn strafweise zu versetzen, lag aber kein Grund und keine Möglichkeit vor, daher brauchte auch Münch keine Milderung zu erwirken. Die Hofbehörde dürfte selbst Münch geraten haben, Unger nahezulegen, freiwillig auszuschneiden und zu versuchen, in die Universitätsbibliothek einzutreten.“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 64 Fn 40 (109)).

<sup>101</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 65.

<sup>102</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 13; Frankfurter, Jugendjahre (1917), 69.

<sup>103</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 67 f.

<sup>104</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 70.

<sup>105</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 70.

<sup>106</sup> Brief an den Direktor der Universitätsbibliothek Josef Diemer, zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 68.

<sup>107</sup> Frankfurter, Jugendjahre 68 f; Sixta, Sprechminister (1941), 13.

vorherigen unentgeltlichen Beschäftigung „ein Diurnum von 1 fl. Konventionsmünze“<sup>108</sup>. Neben der Hingabe zur Wissenschaft und Ungers Bildung hebt Diemer auch besonders folgenden Umstand in Punkt sechs hervor: „6. Werde er, nun Israelit, in kurzer Zeit, wie er beabsichtigt, zur katholischen Kirche übertreten.“<sup>109</sup> Hier wird klar, dass im Wien des 19. Jahrhunderts die Zugehörigkeit zum jüdischen Glauben ein alltägliches Motiv zur Diskriminierung und Zurücksetzung bildete. Ob dieser Umstand in Ungers Entschluss zum Katholizismus zu konvertieren eine wesentliche Rolle spielte, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Frankfurter meint<sup>110</sup> ein Übertritt aus „opportunistischen“ Gründen hätte nicht vorgelegen: „Mit diesen zweifellos richtigen Worten Burckhards ließe sich das Charakterbild eines Mannes nicht vereinbaren, der um des äußeren Vorteils willen etwas bekennt, was seiner inneren Überzeugung nicht entspricht.“<sup>111</sup> Auch sei eine wissenschaftliche Karriere schließlich auch als Jude möglich gewesen<sup>112</sup> – obgleich, angesichts bekannter Diskriminierungen, dies zweifelsohne die Erfolgssausichten reduzierte. Sixta bemerkte, dass karrieretechnische Überlegungen sehr wohl eine Rolle gespielt haben dürften<sup>113</sup> – ihre Dissertation wurde jedoch im Jahre 1941 in Wien eingereicht und „z.T. in unerträglichem NS-Jargon“<sup>114</sup> verfasst, welcher hierbei klar hervortritt. Frankfurter berichtet weiters, „daß glaubhaft eine Äußerung Ungers aus späterer Zeit mitgeteilt wird, er habe sich lange den Übertritt, der ihm auch vielfach verübelt wurde, nicht verzeihen können, und daß er aus seiner jüdischen Abkunft nie Hehl gemacht und später über das Wesen des Judentums anders gedacht hat als in seiner Erstlingsschrift.“<sup>115</sup> Andererseits widmete Unger seine kurz nach 1853 erschienene Habilitationsschrift<sup>116</sup> „Den Manen meines Lehrers und Freundes Wilhelm Podlaha“<sup>117</sup>. Wilhelm Podlaha hatte Joseph Unger sowie seine Mutter Flora Ungers „in der katholischen Kirche unterrichtet“<sup>118</sup> und scheint, wie die angesprochene Widmung indiziert,

<sup>108</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 73.

<sup>109</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 72.

<sup>110</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 75 mit Verweis auf Max Burckhard (Burckhard, Max: „Der achtzigste Geburtstag Josef Ungers“ in: Neue Freie Presse vom 28. Juni 1908 (Morgenblatt) 2 f).

<sup>111</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 75.

<sup>112</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 75 ff.

<sup>113</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 13 f.

<sup>114</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), 210, Fn 1.

<sup>115</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 79 – in Ungers Erstlingsschrift „Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung“ (1850) wird das Judentum nicht besonders positiv geschildert (vgl Unger, Joseph: Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung: Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte (1850), 31 ff).

<sup>116</sup> Unger, Joseph: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen (1853) (idF Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853)).

<sup>117</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 2.

<sup>118</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 74. Podlaha war bereits in Ungers Gymnasiastenzeit Lehrer am Akademischen Gymnasium – siehe oben I. 1) (5 ff, insb. 8) sowie zu Podlaha speziell in Winter, Akademische Gymnasium (1996), 95 ff.

Joseph Unger auch persönlich nahegestanden zu sein. Podlaha starb am 20. Februar 1853<sup>119</sup> – kurz vor dem Erscheinen der ihm gewidmeten Habilitationsschrift. Ungers tatsächliche Beweggründe seiner religiösen Ausrichtung, seine Haltung zur katholischen Kirche etc sind somit nicht abschließend zu klären. Das folgende Zitat Ungers lässt jedoch tief blicken und reiche Interpretationsmöglichkeiten zu: „ ‚Geistig‘ und ‚Geistlich‘ – welche Gemeinsamkeit der Wurzel, welche Verschiedenheit der Frucht!“<sup>120</sup>

In jedem Fall trat er gemeinsam mit seiner Mutter zum katholischen Glauben über und wurde „mit Bewilligung des fürsterzbischöflichen Konsistoriums in der Pfarrkirche in der Josefstadt (Piaristenkirche) am 6. Oktober 1852 getauft.“<sup>121</sup>

Die Bekanntschaft mit Podlaha dürfte jedoch eine weitere wesentliche Entwicklung im Leben Ungers ausgelöst haben: „Wilhelm Podlaha [...] scheint es gewesen zu sein, der die Aufmerksamkeit des Ministers Grafen Leo Thun, der Podlaha besonders schätzte, auf das junge aufstrebende Talent [Unger] gelenkt und bewirkt hat, daß der Minister ihm seine Fürsorge zuwandte“<sup>122</sup>. Die Verbindung mit Leo Graf Thun-Hohenstein sollte für die Karriere Joseph Ungers von überragender Bedeutung sein.

#### **4) Wissenschaftliche Karriere als Jurist bis hin zum „Lehrer der österreichischen Rechtswissenschaft“<sup>123</sup>**

Die steile und beeindruckende wissenschaftliche sowie generell juristische Karriere Joseph Ungers, welche ihn vom, zunächst sogar unbezahlten, Amanuensis der Universitätsbibliothek hin zum „strahlenden Vorbild für alle Rechtsbeflissenen“<sup>124</sup> führte, ist nicht ohne den historischen Kontext der Thun-Hohensteinsche Reform im universitären Bereich verständlich. Sie schuf die erstaunlichen Umstände der Zeit, in welchen „ausgerechnet dem liberalen, aus jüdischer Familie stammenden Unger der Part zugebracht war, im Sinne der historischen Rechtsschule ein wissenschaftliches, zugleich aber auch konservatives

---

<sup>119</sup> [https://www.wien.gv.at/wiki/index.php/Wilhelm\\_Albert\\_Podlaha](https://www.wien.gv.at/wiki/index.php/Wilhelm_Albert_Podlaha).

<sup>120</sup> Unger, Mosaik (1911), 54.

<sup>121</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 74.

<sup>122</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 79.

<sup>123</sup> Schrutka von Rechtenstamm, Emil: „Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft“ in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913, 2.

<sup>124</sup> NN: „Josephs Unger's sechzigjähriges Doktorjubiläum“ in: Juristische Blätter vom 10.November 1912, 1.

Fundament der Juristenausbildung zu schaffen.“<sup>125</sup> Die Vorgänge dieses „universitätspolitischen Top-Down-Prozess“<sup>126</sup> und dessen Auswirkungen auf die österreichische Jurisprudenz bilden die Bühne, auf welcher sich Ungers Karriere entfaltete und müssen daher kurz überblickshaft dargestellt werden, bevor auf Ungers persönliches Schicksal eingegangen werden kann.

### **Exkurs: Von der Exegetik zur Historischen Rechtsschule in Österreich ausgehend von der Thun- Hohensteinschen Reform**

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die österreichische Privatrechtswissenschaft von der Exegetischen Schule beherrscht, deren naturrechtlich geschulten Vertreter das ABGB scheinbar „textgetreu und sogar buchstabengetreu interpretierten.“<sup>127</sup> Besondere Bedeutung erlangten hierbei Joseph Ritter von Winiwarter (1780-1848) und Franz Xaver Nippel von Weyerheim (1782-1862).<sup>128</sup>

Den eigentlichen Beginn der exegetischen Schule in Österreich markierte das Buch „Gründliche Anleitung zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche“ von Josef Leonards von Banniza aus 1787.<sup>129</sup> Der Name stammt von der Methode, welche „ausdrücklich die – bisherige – Exegetik des *Ius Romano-Germanicum*, wie sie letztlich auf die Legistik zurückgeht“<sup>130</sup> blieb und somit „keine Neuerung“<sup>131</sup> brachte. Die Neuerung lag vielmehr im veränderten Rechtsquellenfundus, welcher sich durch die Schaffung des ABGB und seiner unmittelbaren Vorläufer grundlegend verändert hatte.<sup>132</sup> Das ABGB stellte die exklusive Rechtsquelle dar, unterstützt durch Verweisungen des Gesetzgebers, womit das Recht in nunmehr entschieden kompakterer Form und systematischer Geschlossenheit festgelegt

---

<sup>125</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4.

<sup>126</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4.

<sup>127</sup> Hamza, Gabor: Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa (2007) (idF Hamza, Entwicklung des Privatrechts (2007)), 94.

<sup>128</sup> Hamza, Entwicklung des Privatrechts (2007), 94.

<sup>129</sup> Brauner, Wilhelm: Europäische Privatrechtsgeschichte (2014) (idF Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014)), 127. Zur Exegetik vgl auch Brauner, Wilhelm: Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich, in: ZNR 1983, 22ff.

<sup>130</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 127.

<sup>131</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 128.

<sup>132</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 128.

war.<sup>133</sup> Juristische Problemstellungen mussten nun anhand dieses exklusiven Bereichs gelöst werden.<sup>134</sup>

Die Anwendung der exegetischen Methode wurde (angeblich) in §§ 6 und 7 ABGB<sup>135</sup> normiert und auch „die Wissenschaft wandte sich begreiflicherweise fast völlig dem Text des ABGB zu.“<sup>136</sup> Die Studienordnung von 1810 folgte ebenfalls jener Ausrichtung am gesetzten Recht, wobei das Römische Recht<sup>137</sup> als Vorbereitung für das Bürgerliche Recht dienen sollte.<sup>138</sup>

Im Ergebnis befand sich nunmehr eine Rechtswissenschaft welche ihr Heil in der weitgehenden Fokussierung auf den Wortlaut des ABGB suchte.<sup>139</sup> Es ist hierbei jedoch anzumerken, dass die exegetische Methode gemäß der neueren Forschung durchaus weitergehende Möglichkeiten kannte, als die alleinige und ausschließliche Konzentration auf den Wortlaut.<sup>140</sup>

In Deutschland etablierte sich parallel zur Exegetik in Österreich die Historische Rechtsschule. Rückert umschreibt dies wie folgt: „Geschichtliche Schule der

---

<sup>133</sup> Vgl Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 128.

<sup>134</sup> Vgl Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 128.

<sup>135</sup> „Sie [die Exegetik] wurde schließlich gesetzlich fixiert, und zwar in den Anwendungsregeln der §§ 6 und 7 ABGB“ (Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 127).

§ 6. *Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.*

§ 7. *Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

Siehe hierzu jedoch Ungers Sicht, dass § 7 die „systematische Methode“ anordnen würde – unten I. 4) b) (25 ff; insb. 28 ).

<sup>136</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 127.

<sup>137</sup> Welches vom Umfang her dennoch eine ähnliche Gewichtung erhielt wie das Zivilrecht.

<sup>138</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 127 f.

<sup>139</sup> Vgl hierzu auch die Definition der Exegetik von Unger (siehe hierzu I. 4) b) (25 ff, insb. 26 f); siehe ebenso II. (93 ff) sowie IV. 1) a) (240 ff)).

<sup>140</sup> Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 128: „Der Exegetik wurde späterhin vorgeworfen, der Gesetzestext sei ihr ‚Alpha und Omega‘ gewesen; dies trifft nicht zu: Freilich stellte das ABGB, das endlich die Rechtseinheit und Rechtsbereinigung gebracht hatte, den Ausgangspunkt der Wissenschaft dar, durchaus aber nicht deren Endpunkt. In den Erläuterungen des ABGB spielten nicht nur seine Beziehungen zur Gesamtrechtsordnung eine Rolle, sondern auch Kenntnisse des ausländischen Recht Entgegen der älteren Meinung konnte ‚von einer geistigen Absperrung Österreichs im Vormärz keine Rede sein‘ (Lentze). Zudem fand man – ebenso wie übrigens die höchstgerichtliche Rechtsprechung dieser Zeit – im ABGB eher nur einen Rahmen niedergelegt, sodass man durchaus nicht enge am Gesetzesbuchstaben hing.“ Ein Beispiel hierfür stellt etwa die letztlich rechtsschöpferische „Verdeckte Rechtsfortbildung“ dar (siehe hierzu etwa Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 129 f).

Rechtswissenschaft, also nicht Historisch, sondern bewusst deutsch, nennt sich 1815 eine kleine Gruppe von Berliner Juristen um Friedrich Carl von Savigny und Karl Friedrich Eichhorn. Sie bescherte dem 19. Jh. eine säkulare jur. Blüte. Die allgemeine und methodische Richtung war zentral, aber nicht einhellig klar. Entsprechend variieren die Deutungen, die Zuordnungen der Personen und Phasen, das Lob und die Kritik.<sup>141</sup> Sie „liegt eingebettet in die zeitgenössische geisteswissenschaftliche Strömung des Historismus, die unter anderem auch die Nationalökonomie, Architektur und selbst die Medizin erfasst hatte: Das Gegenwärtige gilt als Gewordenes, bestimmte historische Epochen als stilprägend, vor allem wird die Antike als Zeitalter eines universellen und geschlossenen Wissenschaftsbildes vorbildhaft.“<sup>142</sup> Den tatsächlichen Antrieb zu ihrer Gründung gab „der Kampf gegen das Naturrecht“<sup>143</sup>. Eine genaue und abschließende Definition der Historischen Rechtsschule ist jedoch wie erwähnt nicht möglich – zu disparat gestalteten sich die verschiedenen Ansätze ihrer Vertreter.<sup>144</sup>

Der Kernpunkt der historischen Methode nach Savigny war jedenfalls, dass „das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Character [hat], dem Volk eigenthümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Daseyn, es sind nur einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden, und nur unsrer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend. Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt.“<sup>145</sup> Das Recht entstammt dem „Volksgeist“.<sup>146</sup> Der Gesetzgeber ist zweitrangig,

---

<sup>141</sup> Rückert, Joachim: Historische Rechtsschule in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd II (2012), 1048 ff (idF Rückert, Historische Rechtsschule in HRG II<sup>2</sup> (2012)), 1048. Zur Historischen Rechtsschule allgemein vgl etwa Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. neubearb. Auflage (1967) unveränderter Neudruck (1996), 348 ff; Schlosser, Hans: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext. 10. Auflage (2005), 143 ff; Brauneder, Privatrechtsgeschichte (2014), 133 ff.

<sup>142</sup> Brauneder, Privatrechtsgeschichte (2014), 133.

<sup>143</sup> Meder, Stephan: Rechtsgeschichte, 5. Auflage (2014) (idF Meder, Rechtsgeschichte (2014)), 295: „Warum [ist] überhaupt die Rede von historischer Schule oder Methode, da doch das historische nur eine von mehreren notwendigen Bedingungen ist? ‘ Friedrich Carl von Savigny (1779 – 1861), der Begründer und führende Kopf der Schule, antwortete auf diese von ihm selbst gestellte Frage, ‚daß in der unmittelbar vor hergehen den Zeit die historische Behandlung vor zugswise vernachlässigt worden, daß die Wiedereinführung dieser Methode das Charakteristische der folgenden Zeit ward‘. Diese dem Nachlass entnommenen und nicht zur Veröffentlichung gedachten Aussagen sind in doppelter Hinsicht aufschlussreich: Sie zeigen nämlich, dass der Kampf gegen das Naturrecht den eigentlichen Anstoß zur Gründung der historischen Schule gab und dass ‚historisch‘ zur Umschreibung ihrer Ziele allein nicht ausreicht.“

<sup>144</sup> Siehe hierzu Rückert, Historische Rechtsschule in HRG II<sup>2</sup> (2012), 1052 ff – zur romanistischen Richtung der historischen Rechtsschule siehe unten I. 4) b) (25 ff) und II. (93 ff).

<sup>145</sup> Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) (idF Savigny, Beruf (1814)), 8.

durch eine umfassende Kodifizierung des Rechts würden „die Werke der Vorzeit verstümmelt“<sup>147</sup> und in ihrer weiteren Entwicklung gehemmt.<sup>148</sup>

Die Universitätsreform des seit 1849 amtierenden Minister für Cultus und Unterricht Graf von Thun und Hohenstein<sup>149</sup> sollten nunmehr der Historischen Rechtschule auch in Österreich zum Durchbruch verhelfen, da man einerseits die naturrechtliche Ausrichtung der Exegetik als Nährboden für die, im wesentlichen Ausmaß von der Studentenschaft dominierten, revolutionären Vorkommnisse von 1848 betrachtete.<sup>150</sup> So vermuteten konservative kaisertreue Kräfte, dass die 1848 zu Tage getretenen rege Bereitschaft der Studentenschaft zum revolutionären Aufruhr in der naturrechtlichen Ausrichtung der exegetischen österreichischen Rechtswissenschaft mitbegründet lag.<sup>151</sup> Meissel bemerkt in diesem Zusammenhang treffend: „Dass ausgerechnet der obrigkeitlich unterdrückten und kümmerlichst ausgestatteten Rechtswissenschaft des Vormärz dieser Vorwurf gemacht wurde, entbehrt nicht der Ironie.“<sup>152</sup> Die propagierte Verbindung von Naturrecht und revolutionärer Bereitschaft<sup>153</sup> sollte nun mittels der Etablierung der historischen Methode gekappt werden und somit die revolutionäre Energie der Studentenschaft durch Beseitigung

---

<sup>146</sup> Vgl Lahusen, Benjamin: Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft (2012) sowie Rückert, Joachim: Savigny-Studien (2011).

<sup>147</sup> Savigny, Beruf (1814), 22.

<sup>148</sup> Vgl Brauner, Privatrechtsgeschichte (2014), 134: „Nach Savigny entsteht wie jeder Kulturzweig auch das Recht aus dem Volk, wachse in diesem allmählich, dem Einzelnen unbewusst, jedoch in gemeinsamer Wahrnehmung heran: Der Volksgeist erzeuge das Recht, und zwar komplexe Rechtsinstitute wie Kauf, Pfand. Der Gesetzgeber spiele eine zweitrangige Rolle, er könne das vom Volksgeist erzeugte Recht ergänzen oder in bestimmte Formen gießen. Jedenfalls dürfe das Recht nicht bloß logisch konstruiert und durch eine Kodifikation eingefangen werden: Ein derartiger Akt widerspräche dem Volksgeist und verhindere das organische Weiterwachsen des Recht.“

<sup>149</sup> Vgl Zu den Reformen insbesondere Simon, Thomas: Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich, in: Juristenausbildung in Osteuropa bis zum 1. Weltkrieg (hrsg. von Pokrovac, Zoran) (2007), 1 ff; Lentze, Hans: Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1962); Ogris, Werner: Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1999) neu abgedruckt in: Ogris, Werner Elemente europäischer Rechtskultur (hrsg. von Olechowski, Thomas) (2003), 333 ff. Vgl auch Thun und Hohenstein, Lars von: Bildungspolitik im Kaiserreich: Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform insbesondere am Beispiel der Juristenausbildung in Österreich (2014) (idF Thun und Hohenstein, Universitätsreform (2014)).

<sup>150</sup> Thun und Hohenstein, Universitätsreform (2014), 147 ff. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich jedoch ein differenziertes Bild, welches die Zusammenhänge in ein breitgefächertes Licht stellt – vgl Thun Hohenstein, Universitätsreform (2014), 147 ff. Zur Haltung Thun-Hohensteins bezüglich der vormärzlichen österr. Jurisprudenz bzw dem Konflikt selbiger mit den Reformen siehe Oberkofler, Gerhard: Die österreichische Juristentradition des Vormärz im Widerstreit mit den Reformen des Ministers Grafen Thun, in: FS Ernst Helbing (1981), 613 ff.

<sup>151</sup> Vgl Meissel, Pandektistik (2016), 4 ff.

<sup>152</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4 Fn 13.

<sup>153</sup> Ein ähnlicher Zusammenhang wurde bereits im Zuge der Französischen Revolution verbreitet.

der naturrechtlichen Elemente im Keim ersticken. Eine „rechtshistorische Pandektenkur“<sup>154</sup> sollte die Studentenschaft gegenüber revolutionären Agitationen „immunisieren.“<sup>155</sup>

Neben den repressiven Motiven trachtete man jedoch simultan hierzu ebenso einen „Modernisierungsschub der Wissenschaft“<sup>156</sup> auszulösen, indem man sich an den progressiveren, unter den Einfluss der Humboldt’schen Reformen stehenden, deutschen Hochschulen orientierte.<sup>157</sup>

Anders als das Ziel „der Schaffung eines konservativen, antiprogressiven Bollwerks“<sup>158</sup>, welches mittels der die Thun-Hohensteinsche Reform nicht erreicht werden konnte, gestaltete sich die erhoffte Modernisierung der Universitäten als weit erfolgreicher. Die Reformen hatten einen äußerst positiven Effekt auf die universitäre Wissenschaft in Österreich. Sie brachten „den Anschluss an die internationale Forschung [...], methodische Offenheit und nicht zuletzt eine größere Selbständigkeit und Prestige universitärer Tätigkeit.“<sup>159</sup>

Die Umgestaltung universitärer Lehre und Forschung durch die Thun-Hohensteinschen Reform brachte Joseph Unger ungeahnte Karriereöglichkeiten ein, da ihm hierbei eine wesentliche Rolle zugeordnet war.<sup>160</sup> Sein rasanter Aufstieg soll nun kurz skizziert werden.

### **a) Ungers rechtswissenschaftliche Studien und Habilitation**

Während seiner Tätigkeit als Amanuensis der Universitätsbibliothek beendete Joseph Unger im Spätherbst 1852 sein rechtswissenschaftliches Studium.<sup>161</sup> Die Rigorosen absolvierte er mit Auszeichnung.<sup>162</sup> Kurz darauf erschien 1853 seine Habilitationsschrift „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen: mit besonderer Rücksicht auf das

---

<sup>154</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4.

<sup>155</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4.

<sup>156</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 4.

<sup>157</sup> Vgl Meissel, Pandektistik (2016), 4 f.

<sup>158</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 5.

<sup>159</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 5.

<sup>160</sup> Von besonderer Bedeutung hierbei ist jedoch die Tatsache, dass Unger später in einer Rede im Abgeordnetenhaus bezüglich der Kollegengelder (siehe hierzu unten I. 6) e) ec) (64 ff)) vermerkte „zu den entschiedensten Gegnern dieses Staatsmannes [Thun], sowohl was politische Fragen als auch kirchliche Fragen betrifft“ zu gehören, obgleich er gleichzeitig erwähnte „welchen unvergänglichen Dank die österreichischen Universitäten gerade seinen reformatorischen Bestrebungen schuldig sind; er ist es, der die Universitäten auf den modernen Fuß gestellt hat, und so sehen wir den seither die Universitäten in Österreich einer neuen Periode des Aufschwunges, einer neuen Periode des Glanzes entgegengehen.“ (Unger, Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses–177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6106).

<sup>161</sup> „Am 4. November 1852 wurde Josef Unger zum Doktor der Rechte an der Wiener Universität promoviert“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 80).

<sup>162</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 15.

österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch<sup>163</sup>, welche wie erwähnt Wilhelm Podlaha gewidmet war. Mit ihr beantragte Unger „die *venia legendi* an der Universität Wien, und zwar für ‚das österreichische allgemeine Gesetzbuch in vergleichender Darstellung mit dem römischen, germanischen und altösterreichischen Rechte und mit den Gesetzgebungen des Auslandes‘.“<sup>164</sup> In der Formulierung „spiegelt sich bereits Ungers Programm: eine auf der Höhe der Zeit stehende, wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem geltenden österreichischen Privatrecht, die sowohl die historischen Grundlagen als auch die Rechtsvergleichung fundamental einbezieht.“<sup>165</sup>

Er richtete das Habilitationsgesuch an das Ministerium, welches es an die rechtswissenschaftliche Fakultät weiterleitete, wo es sehr positiv aufgenommen wurde: „Deshalb konnte das Professorenkollegium darüber nicht im Zweifel sein, daß, sowie die beabsichtigten Vorlesungen ihrer Wissenschaftlichkeit nach der juristischen Fakultät angehören, so auch der Bewerber nach seiner Befähigung und dem wissenschaftlichen Wert der literarischen Arbeiten zur Habilitierung zuzulassen sei.“<sup>166</sup>

Beantragt wurde jedoch neben der Aufnahme an die rechtswissenschaftliche Fakultät auch die Befreiung „von der Abhaltung einer wissenschaftlichen Besprechung und einer Probevorlesung“<sup>167</sup>. Die Abhandlung dieses Antrags gestaltete sich in der Folge weit umkämpfter. Es fand sich hierbei lediglich eine knappe bejahende Mehrheit (acht zu sechs Stimmen).<sup>168</sup> Einerseits führten die verneinenden Stimmen ins Feld, „daß die Nachsicht von dem Kolloquium nach dem Gesetz [...] ausdrücklich nur wissenschaftlichen Zelebritäten gewahrt werde, unter welche der Kandidat noch nicht gehöre.“<sup>169</sup> Des Weiteren wurde von Prof. Theodor von Pachmann, welcher seit 1850 als Professor für Kirchenrecht an der Wiener Fakultät tätig war und zusätzlich auch römisches Recht lehrte<sup>170</sup>, die „Sittlichkeit und Ehrenhaftigkeit des Charakters des Bewerbers“<sup>171</sup> aufs Tableau gebracht. Prof. Pachmann beanstandete, dass Unger in seinem Erstlingswerk, „Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung“, „die Grundsätze der Hegelschen Philosophie vertrete, ja, auf die Spitze treibe, daß die dort kundgegebene Ansicht über die Ehe mit denen der katholischen Kirche in

---

<sup>163</sup> Beachte hierzu auch die euphorische Rezension des Werkes von Wilhelm Emil Wahlberg in der Beilage zur Wiener Zeitung vom 11. Juli 1853 (Wahlberg, Wilhelm Emil: „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen“ (Rezension) in: Wiener Zeitung vom 11. Juli 1853 (Beilage: Oesterreichische Blätter für Literatur und Kunst), 1 f). Die Rezension befindet sich auch im Teilnachlass Ungers.

<sup>164</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 4.

<sup>165</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), 212.

<sup>166</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>167</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>168</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>169</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>170</sup> [http://www.biographien.ac.at/oebl/oebl\\_P/Pachmann\\_Theodor\\_1801\\_1881.xml](http://www.biographien.ac.at/oebl/oebl_P/Pachmann_Theodor_1801_1881.xml).

<sup>171</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

Opposition stehe und daß darin mehrere frivole Stellen vorkommen, die dem Verfasser keine Ehre machen.<sup>172</sup> Dem wurde jedoch entgegengehalten, „daß jene Abhandlung zu einer Zeit geschrieben wurde, als der Verfasser noch dem mosaischen Glauben angehörte.“<sup>173</sup> Obgleich der Einwand zu Ungers Verteidigung eingebracht wurde, ist er ein klares Zeugnis für die bestehenden Ressentiments gegenüber Juden in der damaligen Zeit.

Schließlich wurde dem Antrag jedoch wie erwähnt mit knapper Mehrheit stattgegeben, auch weil „über die politische Gesinnung und das frühere politische Verhalten des Kandidaten Dr. Unger [...] nichts Näheres und Zuverlässiges bekannt“<sup>174</sup> war. Die Rolle Ungers während der Revolution 1848<sup>175</sup> scheint demnach unbekannt gewesen zu sein. Dies überzeugt nicht, da Unger seine Stellung als Amanuensis in der Hofbibliothek ja wegen seiner Rolle in den Revolutionsjahren verloren hatte. Warum demnach nunmehr keinerlei Kenntnis diesbezüglich vorgelegen haben soll, erscheint nicht plausibel.<sup>176</sup> Wahrscheinlicher ist, dass Unger aufgrund der ihm zugedachten Rolle in der Thun-Hohensteinschen Reform bereits Protektion erfahren hatte.<sup>177</sup>

Wlassak bemerkt hierzu jedenfalls treffend: „Hiernach war die Fakultät gewiß eifrig bestrebt dem jungen Gelehrten die Bahn zum Aufstieg möglichst frei zu machen.“<sup>178</sup>

In der Folge zeigt sich die Protektion Ungers deutlich. So musste Unger nicht „die Warte- und Leidenszeit des Privatdozenten“<sup>179</sup> an der Wiener Fakultät absolvieren. Dieser eigentlich übliche Karriereweg wurde für Unger verkürzt, indem man ihn jene „Vorstufe“<sup>180</sup> ersparte und er direkt zum außerordentlichen Professor der juristischen Fakultät in Prag bestellt wurde. Die Gründe hierfür liegen insbesondere in der wohlwollenden Gesinnung<sup>181</sup> des Ministers

---

<sup>172</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>173</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 82.

<sup>174</sup> Zitiert aus Frankfurter, Jugendjahre (1917), 83.

<sup>175</sup> Siehe oben I. 2) (8 ff).

<sup>176</sup> Insbesondere da Minister Thun-Hohenstein genauestens informiert war (siehe unten sogleich).

<sup>177</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Legende zu erwähnen, dass „man Unger habe durchfallen lassen bei der Prüfung, oder abgelehnt habe, als er sich habilitieren wollte, und daß der Freund Savignys, Freiherr von Salvotti sich als Retter in der Not erwiesen habe“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 83). Jenes Gerücht hielt sich jedoch hartnäckig und wurde mitunter auch in der wissenschaftlichen Literatur vertreten (etwa in Landsberg, Ernst: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt.3, Halbband 2, (1910), unveränderter Nachdruck aus 1957 (idF Landsberg, Rechtswissenschaft (1910), 927 – jedoch mit dem Argument Unger habe das ABGB zu heftig kritisiert). Ob jene Legende mit der auffallenden Unkenntnis bezüglich Ungers Rolle in der Revolution von 1848 zusammenhängt ist jedoch reine Spekulation.

<sup>178</sup> Wlassak, Moriz: Joseph Unger. Ein Nachruf in: Almanach der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften 1913, 485 ff (1913) (idF Wlassak, Nachruf (1913)), 488 – aA Frankfurter, Jugendjahre (1917), 83 Fn 58 (117 f).

<sup>179</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 84.

<sup>180</sup> Wlassak, Nachruf (1913), 488.

<sup>181</sup> Siehe hierzu auch die zweimalige großzügige Gewährung von Urlaub (jeweils ein Jahr) für Unger um das „System des allgemeinen oesterreichischen Privatrechts“ zu vollenden – siehe unten I. 4) b) (25 ff, insb. 31).

Thun-Hohenstein<sup>182</sup> sowie des Savigny-Schülers und seit 1851 amtierenden Reichsrats<sup>183</sup> Anton (Antonio) von Salvotti<sup>184</sup> gegenüber Unger: „Gestützt auf die überaus günstigen Urteile von drei juristischen Professoren des Auslandes: Mittermayer in Heidelberg, Bluntschli in Zürich und Weiske in Leipzig, die in Briefen an den Verfasser ihre „ungeheuchelte Anerkennung“ der Schrift über den sächsischen Entwurf ausgesprochen hatten, und auf die besondere Teilnahme eines der bedeutendsten Juristen Österreichs, des Staatsrats Freiherrn von Salvotti, beantragt der Minister die Ernennung Josef Ungers zum außerordentlichen Professor in Prag“<sup>185</sup>, welche ihm mit „kaiserlicher Entschliebung vom 2. August 1853“<sup>186</sup> gewährt wurde. Jene Ernennung hatte „scharfe Angriffe auf die Universitätsverwaltung in reichsdeutschen klerikalen Zeitungen zur Folge“<sup>187</sup>. Die Augsburger Postzeitung unterstellte Unger in dem Artikel „Zur Studienfrage in Österreich“, ebenso wie Pachmann im Professorenkollegium, mit Verweis auf Ungers Dissertation „geringe Bürgschaft für den religiösen Sinn der künftigen Lehrvorträge“<sup>188</sup>.

Dennoch sollte Joseph Unger in den Augen von Minister Thun-Hohenstein zur Galionsfigur der neuen historischen Methode in der Rechtswissenschaft werden. Dies scheint auf den ersten Blick befremdlich: „Aus verschiedenen Gründen schien er keine naheliegende Wahl für die Rolle als Champion einer antirevolutionär und national-konservativ ausgerichteten Rechtswissenschaft mit Savigny als Leitstern.“<sup>189</sup> Neben der soeben beschriebenen Kritik von katholisch-konservativer Seite sprach insbesondere seine Rolle während der Märzrevolution dagegen, ihn in eine nicht zuletzt zumindest in der Theorie „revolutionspräventive“ Reform einzubinden. Mögliche konservative Ressentiments wurden jedoch nicht berücksichtigt, er wurde vielmehr protegiert. Der Grund liegt, wie Meissel meint, wohl in den herausragenden intellektuellen Fähigkeiten Ungers als Juristen: „Für Unger sprach dabei nicht nur, dass er mittlerweile zum Katholizismus konvertiert war, sondern vor allem, dass er mit außergewöhnlicher geistiger Beweglichkeit, brillantem Intellekt und großer Redebegabung ausgestattet war und damit in der Lage schien, gerade auf die anzusprechende akademische

---

<sup>182</sup> Das Wohlwollen von Thun-Hohenstein gegenüber Unger geht laut Frankfurter auf Wilhelm Podlaha zurück (siehe oben I.3) (12 ff, insb. 14).

<sup>183</sup> <http://www.deutsche-biographie.de/sfz77657.html>.

<sup>184</sup> Unger schreibt hierzu in seinem am 16. April 1911 erschienen Aufsatz „Meine Erinnerungen an Salvotti“: „Durch seine spontane Vermittlung wurde ich ohne Privatdozent gewesen zu sein, noch in demselben Jahre zum außerordentlichen Professor in Prag ernannt“ (Neue Freie Presse vom 16. April 1911, 31 (Osterbeilage)).

<sup>185</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 84.

<sup>186</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 86.

<sup>187</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 87.

<sup>188</sup> NN „Zur Studienfrage in Österreich“ in: Beilage zur Augsburger Postzeitung vom 28. August 1853, 1. Minister Thun-Hohenstein verfasste angesichts dieser Kritik eine anonyme Replik in der Wiener Zeitung – siehe unten sogleich (24 f).

<sup>189</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 5, Vgl bereits Stagl, Jakob: Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger in: ZEuP 2007, 37 ff.

Elite einzuwirken.“<sup>190</sup> Über die revolutionären Ausflüge des jungen Unger sah man angesichts seiner intellektuellen Befähigung wohl auch aus pragmatischen Gründen hinweg bzw deutete diese äußerst wohlwollend. Einen anschaulichen Beleg hierfür bietet die im Abendblatt der Wiener Zeitung<sup>191</sup> veröffentlichte Replik von Minister Thun-Hohenstein<sup>192</sup> auf die Kritik der Augsburger Postzeitung an der Ernennung Ungers zum außerordentlichen Professor in Prag. Eingangs behandelt Thun-Hohenstein Ungers Rolle während der Proteste 1848. Im Gegensatz zur Angabe des Professorenkollegs, welches wie erwähnt „keinerlei nähere und zuverlässige Kenntnis“<sup>193</sup> von Ungers Tätigkeit während der Revolution gehabt haben will, ist Thun-Hohenstein genau informiert. Er vermerkt jedoch, dass Unger „von seinen Mitschülern, seiner bekannten Fähigkeiten wegen, in den Ausschuß gewählt wurde“<sup>194</sup> und insbesondere dass er „weit davon entfernt“<sup>195</sup> war „die anarchischen Tendenzen, die in jenem Ausschusse sich geltend zu machen suchten, zu fördern.“<sup>196</sup> Vielmehr war Unger „bei mehreren Anlässen nachdrücklichst, und nicht ohne momentanen Erfolg bemüht, denselben entgegenzutreten und namentlich die Studierenden von der Betheiligung an der politischen Bewegung zu entfernen. Nachdem aber eine kurze Erfahrung und die Ereignisse des 16. Mai ihm bewiesen hatten, daß seine Bemühungen im Wesentlichen vergeblich seien, so zog er sich gänzlich zurück, entfernt sich von Wien und widmete sich anschließend den Studien“<sup>197</sup>. Ebenso lobt Thun-Hohenstein in der Folge Ungers Entwicklung, welche ihn von der noch in seiner Dissertation vertretenen Ansicht, in welcher die „falsche Richtung“<sup>198</sup> der Philosophie Hegels zum Ausdruck kommt, durch „fortgesetzte ernste Studien“<sup>199</sup> zum Christentum habe finden lassen. Seine Habilitationsschrift enthalte hierfür „die deutlichen Beweise seiner geänderten und gereiften Lebensanschauung“<sup>200</sup>. Thun-Hohenstein rechtfertigt abschließend die Professur Ungers in Prag mit folgenden Worten:

„Die Berufung des Dr. Unger nach Prag ist kein Beweis dafür, daß die österreichische Regierung das protestantische System unbedingter Freiheit der Forschung einführen und jede Ansicht, auch wenn sie mit den Lehren des Christentums unvereinbar ist, vertreten

---

<sup>190</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 7.

<sup>191</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>192</sup> Seine Autorenschaft wurde jedoch nicht angegeben.

<sup>193</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 83.

<sup>194</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>195</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>196</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>197</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>198</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>199</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

<sup>200</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4.

lassen wolle; sie ist vielmehr ein Beweis, daß sie die historische Behandlung der Rechtswissenschaft im Gegensatze zu der hergebrachten rationalistischen zu fördern und daß sie hoffnungsvolle inländische Talente zu ermuntern sich angelegen sein läßt.<sup>201</sup>

Auch Freiherr von Salvotti war der Ansicht, wie Unger in seinem Aufsatz „Meine Erinnerungen an Salvotti“ vermerkte, in Unger „den Mann gefunden zu haben, der im Stande die Lehren der rechtshistorischen Schule nach Österreich zu verpflanzen.“<sup>202</sup>

Die Rechtswissenschaft sollte sich demnach im Zuge der Thun-Hohensteinschen Reform auch in Österreich der historischen Rechtsschule zuwenden – und Unger war aus genannten Motiven der hierfür erkorene Mann der Stunde.

### **b) Unger – Begründer der Pandektistik in Österreich?**<sup>203</sup>

Ungers Bekanntschaft mit der historischen Rechtsschule, was ihn laut Wlassak gar dazu bewog der Rechtswissenschaft seine Zukunft zu widmen, ereignete sich aufgrund einer zufälligen Entdeckung auf der Hofbibliothek, wo er nach „einer Verkettung mehrere Zitate von einem englischen auf einen deutschen Autor, der das System von Savigny zitierte“<sup>204</sup> traf. Dies dürfte sein Interesse geweckt haben, da er sich anschließend das System Savignys selbst vornahm: „Nur durch einen Zufall gelangte Savignys ‚System‘ auf der Hofbibliothek in Ungers Hände, und so mächtig war der Zauber, den das Meisterwerk der historischen Schule: seine Methode, der Gedankenreichtum und die edle Form auf den begeisterten Leser ausübte, daß er jetzt zum Entschlusse kommt, Jurist zu bleiben und für das österreichische Recht die Arbeit zu leisten, welche Savigny am gemeinen Recht vollbracht hatte.“<sup>205</sup> So nimmt Unger

---

<sup>201</sup> „Wien“ in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4– auf jene Replik verfasste Dr. Haas in der Augsburger Postzeitung („Wien“ in: Beilage zur Augsburger Postzeitung vom 27. September 1853, 1 f) wiederum eine Replik, welche gegenüber Thun-Hohensteins Aufsatz „scharf und nicht ungeschickt polemisiert“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 91).

<sup>202</sup> „Meine Erinnerungen an Salvotti“ in: Neue Freie Presse vom 16. April 1911, 31 (Osterbeilage)

<sup>203</sup> Unger selbst nennt Stubenrauchs „Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche“, welcher erstmals 1854 erschienen war, als am „Wendepunkt“ stehend zwischen der exegetischen sowie rechtshistorischen Methode (Unger, Joseph: Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in: Schletters Jahrbuch der deutschen Rechtswissenschaft I (1855), 355 ff neu abgedruckt in: Anhang von System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd I, 5 unveränderte Auflage (1892), 635 ff (idF Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I), 647). Siehe hierzu auch unten IV. 1) a) (240 ff).

<sup>204</sup> Losano, Briefwechsel (1996), 46.

<sup>205</sup> Wlassak, Nachruf (1913), 486 f.

zunächst Savignys achtbändiges Mammutwerk „System des heutigen römischen Rechts“<sup>206</sup> „ohne besondere Erwartung zur Hand - und liest die acht Bände durch ,wie einen Roman“<sup>207</sup>, was laut Losano „ziemlich genau Ungers eigene Worte“<sup>208</sup> wiedergibt. In der Folge entwickelte Unger eine persönliche Adaption der historischen Rechtsschule. Er wurde daher von der Forschung zum Begründer der Pandektistik stilisiert. Jene Klassifikation ist jedoch zunehmend fragwürdig.<sup>209</sup>

Am 8. Oktober 1853 hielt Unger an der Prager Hochschule seine Antrittsrede<sup>210</sup>, welche den Titel „Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts“<sup>211</sup> trägt. In ihr gibt Unger einen Einblick in sein methodisches Verständnis bzw. seine Interpretation der historischen Schule.<sup>212</sup> Seine Vorlesungen hatte er als: „Vorlesungen über das österreichische Privatrecht in systematischer Darstellung und in Vergleichung mit dem römischen, dem älteren österreichischen Rechte und den Gesetzgebungen des Auslandes“<sup>213</sup> angekündigt. Jene Ankündigung beinhaltet bereits die Ausrichtung seiner Lehre und Forschung, welche ein Abgehen von der auf den einzelnen Paragraphen fokussierten Exegetik<sup>214</sup> mit sich brachte, denn die „exegetische Methode vermag jedoch für sich alleine den Anforderungen der Wissenschaft auf die Dauer nicht zu genügen.“<sup>215</sup> Die

---

<sup>206</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände (1840-49).

<sup>207</sup> Landsberg, Rechtswissenschaft (1910), 918.

<sup>208</sup> Losano, Briefwechsel (1996), 47, Fn 13.

<sup>209</sup> Siehe unten II. (93 ff).

<sup>210</sup> Es war sein erster Vortrag (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 94).

<sup>211</sup> Welche 1853 auch gedruckt und veröffentlicht wurde. Beachte hierzu auch die sehr wohlwollende Rezension in der Beilage zur Wiener Zeitung vom 16. Jänner 1854 (NN „Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts“ in: Wiener Zeitung vom 16. Jänner 1854 (Beilage: Oesterreichische Blätter für Literatur und Kunst), 1 ff). Die Rezension befindet sich auch im Teilnachlass Unger

<sup>212</sup> Vgl hierzu ebenso die einander sehr ähnlichen Ausführungen in Ungers Aufsatz „Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches“ aus 1855 (siehe unten IV. 1) a) (240 ff)), das Vorwort zum „System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts“, Bd I (1856) (Unger, System I (1856)), III ff) sowie Ungers Replik auf die Kritik Bergers (siehe hierzu unten 32 ff) „Die gegenwärtige Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 18.10.1856, 1 ff; vom 21.10.1856, 1ff; vom 23.10.1856, 1 ff.

<sup>213</sup> Unger, Joseph: Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts (1853) (idF Unger, Behandlung des Privatrechts (1853)), 7.

<sup>214</sup> Unger erläutert die exegetische Methode wie folgt: „Der Exeget schreitet von einer gesetzlichen Verfügung, von einem Gesetzesparagraphen zum andern fort, und sucht den Sinn desselben dadurch zu gewinnen, daß er die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang erforscht und auf alle aus der bezüglichen Gesetzesstelle sich ergebenden Umstände achtet, welche auf den Willen des Gesetzgebers einen Einfluss haben konnten, woraus also mit Anwendung der Regeln der Logik auf den Willen, auf die klare Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden kann. Der gewonnene Sinn wird mit Worten, welche von denen der Gesetzesstelle verschieden sind, dargestellt, die Absicht des Gesetzgebers hervorgehoben und durch practische Beispiele die nothwendige Erläuterung verschafft. Bei dieser Methode wird daher nach der Weise des Gesetzbuches Schritt für Schritt fortgegangen, jeder Paragraph seinem ganzen Umfange nach erklärt und in der Regel nur dasjenige gesagt, was unmittelbar dahin gehört. Diese Methode eignet sich besonders dazu, schnell mit einem erst bekannt gewordenen oder eben erst erschienenen Gesetzeswerke vertraut zu werden, und dasselbe für die Erfordernisse der täglichen Praxis zurecht zu legen.“ (Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 7 f).

<sup>215</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 8.

reine Exegetik müsse daher durch die systematische Methode ergänzt werden, da die isolierte Betrachtung eines einzigen Paragraphen, ohne dessen Stellung im Gefüge der Rechtsordnung zu beachten, für die Eruierung seiner wahrhaften Bedeutung unzulänglich sei – der wahre Inhalt einer Rechtsvorschrift lässt sich nicht ohne deren Stellung im Gesamtgebilde der Rechtsordnung sowie im Besonderen im Zusammenhang bzw Kontext ähnlicher Anordnungen ermitteln.<sup>216</sup>

Was versteht Unger jedoch genau unter der „systematischen Methode“?

Unger erläutert hierzu, dass „jedes positive bürgerliche Recht“<sup>217</sup> aus „Rechtsinstituten und Rechtsregeln“<sup>218</sup> besteht. Die Anwendung der Rechtsregeln erfolgt bei „der Beurtheilung der zwischen bestimmten Menschen bestehenden Rechtsverhältnisse, welche sie bestimmen und beherrschen.“<sup>219</sup> Jene Rechtsverhältnisse wiederum umschreibt Unger, mit Verweis auf Puchta<sup>220</sup>, als „die rechtlichen Beziehungen, in welchen Menschen zu einander stehen“<sup>221</sup>, welche ebenso wie die sie ordnenden Rechtsregeln in einem „inneren Zusammenhang“<sup>222</sup> zueinander stehen. Jene Rechtsregeln, dh die Beurteilung der Rechtsverhältnisse akkumulieren sich zu größeren Gruppen welche ihrerseits Rechtsinstitute bilden. Unger zitiert hierbei abermals Puchta<sup>223</sup>. Als Beispiel führt Unger hierbei das Rechtsinstitut der Ehe an: „So z. B. bilden alle Rechtsregeln, durch welche die rechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten bestimmt werden, das Rechtsinstitut der Ehe.“<sup>224</sup> Weiters verweist er hierbei hinsichtlich der Definition von Rechtsinstituten auf Savigny<sup>225</sup>, Böcking<sup>226</sup> und Gaupp<sup>227</sup>.

---

<sup>216</sup> Vgl Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 8 ff.

<sup>217</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>218</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>219</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>220</sup> Puchta, Georg Friedrich: *Cursus der Institutionen*, Bd 1 (1841) (idF Puchta, *Cursus der Institutionen I* (1841)), 50 ff.

<sup>221</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>222</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>223</sup> Puchta, *Cursus der Institutionen I* (1841), 12: „Die Rechtsätze, die das Recht eines Volks bilden, sammeln sich in gewisse Massen, nach den Verhältnissen, die sie bestimmen, solche Massen von Rechtssätzen heißen Rechtsinstitute.“ (Ungenau zitiert in Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9).

<sup>224</sup> Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9.

<sup>225</sup> Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen römischen Rechts*, Bd I (1840) (idF Savigny, *System I* (1840)), 9 f: „Denn auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitenden Entwicklung. Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel.“ (Ungenau zitiert in Unger, *Behandlung des Privatrechts* (1853), 9).

<sup>226</sup> Böcking, Eduard: *Institutionen*, Bd 1 (1843), § 29, 178, Fn 1: „Rechtsinstitute nennen wir das mit dem ganzen Volksleben im Zusammenhang stehende Allgemeine der besonders gestalteten Arten von Verhältnissen der Rechtssubjecte zu einander und zu den Rechtsobjecten“.

Die alleinige Anwendung der exegetischen Methode, zumindest nach dem Verständnis Ungers derselben, limitiere in ihrer isolierten Betrachtung die Erkenntnis daher empfindlich, indem sie lediglich Rechtsregeln betrachte ohne das eigentliche Rechtsinstitut zu erfassen: „Bei der exegetischen Methode hält man sich stets an den einzelnen Paragraphen und bekommt daher nie etwas Ganzes, sondern stets nur Bruchtheile. Man hält sich lediglich an die Rechtsregeln, ohne sie zum Bilde des organischen Rechtsinstituts zu verweben.“<sup>228</sup> Unger zitiert hierbei Goethes Faust (Studierzimmer): „Dann hat er die Teile in seiner Hand, Fehlt, leider! nur das geistige Band.“<sup>229</sup> Jenes geistige Band knüpfe die systematische Methode.<sup>230</sup> Die Rechtsregeln „bildet der Gesetzgeber nur durch Abstraction aus dem ihm vorschwebenden Rechtsinstitute“<sup>231</sup>. Es gelte daher seitens der Jurisprudenz „aus den einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches jedes Rechtsinstitut nach allen Seiten und Besonderheiten zu reconstruiren, wie es vor den Augen des Gesetzgebers stand.“<sup>232</sup> Im Gegensatz zum Gesetzgeber, welcher „aus der Idee des von ihm gewollten Rechtsinstituts heraus die einzelnen Begriffe und Sätze durch Abstraction gewinnt, muß umgekehrt der wissenschaftliche Jurist synthetisch verfahren, indem er durch die Zusammenstellung und organische Gruppierung der einzelnen Gesetzesstellen das Rechtsinstitut selbst wieder herstellt.“<sup>233</sup> Jene Herangehensweise stellt für Unger die systematische Methode dar, welcher er auch durch § 7 ABGB<sup>234</sup> gedeckt bzw angeordnet sieht<sup>235</sup> sowie in der Folge mittels mehrerer Zitate Savignys untermauert.<sup>236</sup>

---

<sup>227</sup> Gaupp, Ernst Theodor: Ueber die Zukunft des deutschen Rechts (1847), 7: „[Rechtsinstitute] bilden die allgemeinen Typen, die Grundformen für die rechtlichen Gedanken, welche im Bewusstsein des Volkes leben.“

<sup>228</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 11.

<sup>229</sup> Zitiert in Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 11.

<sup>230</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 11.

<sup>231</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 10.

<sup>232</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 10.

<sup>233</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 10.

<sup>234</sup> § 7. *Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

<sup>235</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 12.

Bereits 1818 und 1819, also zu einer Zeit „wo die Rechtswissenschaft in Deutschland noch ferne von der hohen Ausbildung stand, auf welche sie die systematischen Arbeiten Puchta’s und Savigny’s und ihre Anhänger brachten“ habe Prof. Schuster „die Nothwendigkeit der systematischen Methode“ erkannt (Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 13).

<sup>236</sup> Etwa: „Außer dem Inhalt des Gesetzes, von welchem bisher die Rede war, ist nun auch noch die Form desselben insbesondere Erwägung zu ziehen. Diese wird eben sowohl durch sein Hervorgehen aus der höchsten Gewalt, als durch die absolute Macht, womit es wirken soll, bestimmt. Jener Entstehung und dieser Wirkung kann Nichts angemessener seyn, als die abstracte Form der Regel und des Gebot Alles Andere, was damit verbunden werden könnte, Entwicklung, Darstellung, Einwirkung auf die Überzeugung, ist der Natur des Gesetzes fremd und gehört anderen Sphären der Mittheilung an. Dadurch entsteht indessen ein Misverhältniß zwischen dem Gesetz und dem Rechtsinstitut, dessen organische Natur in jener abstracten Form unmöglich

Die systematische Methode ist nach Unger demnach, „daß man sich über die Rechtsregeln zur Erkenntnis und Verarbeitung der Rechtsinstitute erhebt.“<sup>237</sup> Aufgrund der Tatsache, dass verschiedene Rechtsinstitute wegen der variierenden Regelungsmaterie „untereinander ebenso in einem organischen Zusammenhang“<sup>238</sup> stehen, plädiert Unger in der Folge<sup>239</sup> dafür, die Rechtsinstitute nicht in derselben Ordnung darzustellen wie das Gesetzbuch, also der „Legalordnung“, da hierbei die wechselnde Verbundenheit der Rechtsinstitute nicht berücksichtigt wird. Vielmehr sollten die Rechtsinstitute in abweichender Form zusammengefasst werden, welche „die einzelnen Rechtsinstitute in ihrer inneren Verwandtschaft darstellt.“<sup>240</sup> Jenes Ordnungssystem, welches die Rechtsinstitute dem Sinne nach strukturiert, ist „im Großen und Ganzen jenes [...], welches Puchta und Savigny aufgestellt haben und ihre Anhänger befolgt haben“<sup>241</sup>. Es handelt sich hierbei um die Gliederung des Bürgerlichen Rechts nach dem Pandektensystem: „Ich werde daher demnach einen allgemeinen Theil geben, und diesem Vorträge über das dingliche Sachenrecht, das Obligationenrecht, das Familien- und Erbrecht folgen lassen.“<sup>242</sup> Erst das Pandektensystem erlaube es, „den Organismus des Rechts“<sup>243</sup> vollständig begreiflich zu machen und das römische Recht „als ein fremdes“<sup>244</sup> zu überwinden und „zum eigenen“<sup>245</sup> zu verarbeiten.<sup>246</sup>

Die Rechtsinstitute und Rechtsregeln selbst haben nunmehr jedoch „wie alles Zeitliche, ihre Geschichte.“<sup>247</sup> Die systematische Methode könne daher die wahre Beschaffenheit des Rechts nicht ohne die Untersuchung der historischen Komponente erfassen: „Da nun alles gewordene nur aus seinem Wesen begriffen werden kann, so müssen wir, um die Rechtsinstitute und Rechtsregeln des österreichischen Gesetzbuches gründlich zu verstehen, ihre historische

---

erschöpft werden kann. Dennoch muß dem Gesetzgeber die vollständigste Anschauung des organischen Rechtsinstituts vorschweben, wenn das Gesetz seinem Zweck entsprechen soll, und er muß durch einen künstlichen Prozeß aus dieser Totalanschauung die abstracte Vorschrift des Gesetzes bilden: eben so muß derjenige, der das Gesetz anwenden soll, durch einen umgekehrten Prozeß den organischen Zusammenhang hinzufügen, aus welchem das Gesetz gleichsam einen einzelnen Durchschnitt darstellt. “(Savigny, System I (1840), 43 f zitiert (ungenau) in Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 11).

<sup>237</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 13.

<sup>238</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 15.

<sup>239</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 13 ff.

<sup>240</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 14.

<sup>241</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>242</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>243</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>244</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>245</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>246</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>247</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

Entstehung in's Auge fassen – d.h. wir müssen das geschichtliche Element im Rechte berücksichtigen.<sup>248</sup> ,

In der Folge entspinnt sich ein Plädoyer Ungers für die historische Methode – jedoch in seiner individuellen Rezeption.<sup>249</sup> Zunächst zitiert er noch die klassische Definition jener Schule savignyischer Deszendenz als Gegenpol zum Vernunftrecht: „ Nach der entgegengesetzten Ansicht – und ihre Begründer und Hauptvertreter sind Hugo, Savigny und Puchta – ist das Recht nur ein Erzeugnis des innersten geheimnisvoll wirkenden Volksgeistes, eine Seite des gesammten Volkslebens gleich der Sprache, der Sitte, der Religion. Diese Schule bezeichnet man gewöhnlich als die historische [...]“.<sup>250</sup> Unger gibt daraufhin jedoch einen Einblick, wie er die historische Schule interpretiert. Er argumentiert, dass durch die Beschäftigung mit der Herkunft eine Regelung zum tieferen Verständnis zwar beiträgt, wobei jedoch unbedingt ein „Zurückromanisieren“<sup>251</sup> einer geltenden Rechtsvorschrift römischer Herkunft vermieden werden sollte, denn „so beginne man einen großen Verstoß gegen die Grundsätze der historischen Schule selbst.“<sup>252</sup> Selbiges gelte auch für Vorschriften deutschrechtlicher Abstammung.<sup>253</sup> Unger erkennt die verschiedenen Entwicklungsstadien des Rechts an und fordert hierbei progressiv: „Wir werden uns also bei zweifelhaften Fragen weder auf das römische Recht als solches (*in dubio pro jure romano*) noch auf das deutsche Recht als solches berufen, sondern wir werden stets aus dem österreichischen Civilrechte heraus entscheiden. Das ältere Recht soll uns zwar Erklärungs-, nimmermehr aber als Entscheidungsquelle dienen.“<sup>254</sup>

---

<sup>248</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 17.

<sup>249</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 18 ff.

<sup>250</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 18.

<sup>251</sup> Unger verweist hierbei auf Bornemann (Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig: Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 2. vermehrte und verbesserte Ausgabe, Bd I (1842), § 1, 1 ff (Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 21).

<sup>252</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 21.

<sup>253</sup> Vgl Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 24.

<sup>254</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 27. Über 30 Jahre später erwähnt Unger in einer Rede im Herrenhaus nochmals seine Auffassung von der Aufgabe des Römischen Rechts im Lehrplan des rechtswissenschaftlichen Studiums sowie im Verständnis des österreichischen Zivilrechts per se und gibt so einen guten Überblick seiner allgemeinen Haltung diesbezüglich: „Wer unser heutiges bürgerliches Gesetzbuch verstehen will, muss vor allem im römischen Recht zuhause sein, der muss im deutschen Rechte, und so groß meine Begeisterung für das römische Recht ist, so habe ich es doch immer in meinen Vorlesungen betont – ich habe selbst über Pandecten gelesen – dass alles nur eine propädeutische Bedeutung für unser österreichisches Rechtsstudium hat. In dem Pandectenkollegium soll der Student denken lernen und diese Kunst des Denkens, diese Kunst der juristischen Methode soll er dann auf das österreichische Recht übertragen. Allerdings ist auch das Naturrecht nothwendig, der Student muss Naturrecht studieren. Aber da will ich nicht missverstanden werden; das Naturrecht , nämlich das ehemalige Naturrecht, das Naturrecht des vorigen Jahrhunderts muss der Student hören, aber nicht dogmatisch, so dass man ihm das etwa so vortragen würde: So ist das Eigenthum, so ist die Lehre vom Finden u. – das alles ist ohnehin aus den Thatsachen des Lebens genommen und nicht aus der eigenen Vernunft – das wäre eine große Selbsttäuschung. Der Studierende muss dieses Naturrecht studieren, wie

Des Weiteren fordert Unger für die wissenschaftliche Behandlung des Rechts neben der Betrachtung der historischen Entwicklung auch den Rechtsvergleich ein: „Es sollen daher auch bei der wissenschaftlichen Behandlung des österreichischen Gesetzbuchs die übrigen Gesetzbücher berücksichtigt, d.h. das vergleichende Element ausgebildet werden.“<sup>255</sup>

Unger stellt hiermit in seine Antrittsrede bereits wesentliche Aspekte seiner beabsichtigten Methode und seiner Adaption der historischen Methode vor. Zeit seines Lebens wird er rechtshistorisch sowie rechtsvergleichend in seinen Schriften argumentieren, obgleich er sein Spektrum nicht auf diese Komponenten limitieren wird.<sup>256</sup>

Joseph Unger blieb nicht lange in Prag. Bereits am 10. Februar 1856 wurde er außerordentlicher Professor in Wien.<sup>257</sup> Zur selben Zeit erschien der erste Band seines „Systems des allgemeinen oesterreichischen Privatrechtes“. Es gliedert sich als erstes Lehrbuch des Zivilrechts in Österreich nach dem Pandektensystem. Für die Vollendung des Werkes hatte er großzügig „zweimal, für ein Jahr, Urlaub erhalten“<sup>258</sup>, wofür er Unterrichtsminister Thun-Hohenstein in der Vorrede des System ausdrücklich dankte.<sup>259</sup>

Das System, welches er 1864 um einen zweiten Band sowie das Erbrecht ergänzte, wurde mehrfach neuaufgelegt und entwickelte sich zu einem vielgerühmten Standardwerk: „Das Werk ist epochenmachend geworden, darum, weil durch dasselbe die Wissenschaft des österreichischen Privatrechtes sozusagen erst geschaffen wurde.“<sup>260</sup> Andererseits sah es sich in der zeitgenössischen Analyse auch beachtlicher Kritik ausgesetzt.<sup>261</sup> Von besonderer

---

es im vorigen Jahrhundert gelehrt wurde, weil in diesem Naturrechte die Verfasser unseres bürgerlichen Gesetzbuches gebildet worden sind; darum muss er das Naturrecht lernen einen Zweig innerhalb der ganzen Geschichte der Rechtsphilosophie. Das Naturrecht ist ein wichtiges Glied der Rechtsphilosophie. Kommt er dann mit dieser Ausrüstung an das bürgerliche Gesetzbuch, da wird er wissen wie es wissenschaftlich darzustellen ist“ (Sten. Prot. des Herrenhauses –7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 64). Jener Auszug ist ein Beispiel für die zum Teil überraschende Modernität Ungers, seine Ansicht hinsichtlich rechtswissenschaftlicher Grundlagenbildung sowie seiner grundsätzlichen Flexibilität in der Anwendung verschiedenen Zugänge zum geltenden Recht (vgl auch unten II. (93 ff)).

<sup>255</sup> Unger, Behandlung des Privatrechts (1853), 25.

<sup>256</sup> Siehe hierzu insbesondere unten II. (93 ff).

<sup>257</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 94.

<sup>258</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), Fn 64 (119).

<sup>259</sup> Unger, Joseph: System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd I (1856) (idF Unger, System I (1856)), XIII; ebenso dankte Unger hierbei Salvotti.

<sup>260</sup> Schrutka von Rechtenstamm, Emil: „Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft“ in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913, 2.

<sup>261</sup> Siehe Frankfurter, Jugendjahre (1917), 96 ff für einen Überblick der Kritiker.

Bedeutung ist hierbei einerseits die Kritik des angesehenen Anwalts<sup>262</sup> Johann Nepomuk Bergers<sup>263</sup>.

Berger hatte in der umfangreichen Monographie eine „Recension des Werkes Ungers“<sup>264</sup>, nämlich dessen ersten Bandes des Systems, herausgebracht. Zum einen betont Berger hierin Unger auf dem Weg der Kritik an der wissenschaftlichen Behandlung des österreichischen Privatrechts zu folgen<sup>265</sup> und lobt ausdrücklich Ungers Abgang vom bloßen Gesetzeskommentar, wie er in der Zeit der Exegetik üblich war.<sup>266</sup> Zum anderen beanstandet Berger in seiner Abhandlung jedoch sowohl die Wortwahl der teils untergriffenen Kritik Ungers an der bisherigen Lehre<sup>267</sup> als auch „die Dürftigkeit der von dem Verfasser entwickelten philosophischen Anschauungen“<sup>268</sup> sowie „die Brüchigkeit der Systematik und den Mangel ihrer logischen Begründung“<sup>269</sup>. Insbesondere hält Berger diesbezüglich fest, dass „nur dogmatische Gläubigkeit“<sup>270</sup> dazu verleiten könne dem Gedanken zu verfallen, dass im System der deutschen Rechtswissenschaft das österreichische Zivilrecht „ohne weiters [...] unterzubringen sei“<sup>271</sup> und des Weiteren hierbei in Kauf genommen werde, dass der Rechtstoff „einige Verunglimpfungen und bis zur Unkenntlichkeit führende Metamorphosen erleiden sollte“<sup>272</sup>. Im Allgemeinen befürchtet Berger ein gänzliches Aufgehen der österreichischen Rechtswissenschaft in seinem deutschen Pendant und hiermit einhergehend den „Beginn der Auflösung der österreichischen Codification in ihrem bisherigen Zustand“<sup>273</sup>. Unger unterstellt er hierbei kein System des österreichischen Privatrechts entworfen zu haben, sondern in seinem wissenschaftlichen Schaffen die „kritische Reduction der österreichischen

---

<sup>262</sup> „eines der Meistbeschäftigten unter unseren Praktikern“ (NN „Ueber Dr. J. U. Berger‘ s kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 16.10.1856, 1).

<sup>263</sup> Berger, Johann Nepomuk: Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts, (1856) (idF Berger, Kritische Beiträge (1856)). Siehe hierzu ebenso NN „Ueber Dr. J. U. Berger‘ s kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 16.10.1856, 1 f.

<sup>264</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), IV.

<sup>265</sup> Vgl Berger, Kritische Beiträge (1856), III.

<sup>266</sup> Vgl Berger, Kritische Beiträge (1856), 2. Berger betonte in diesem Zusammenhang ebenfalls: „Die echte Kritik reißt nicht nur nieder, sie baut auch auf, und es war mir nicht allein um die Kritik der Leistung Ungers‘ sondern auch um kritische Förderung derjenigen Lehren zu thun, welche in den vorliegenden Blättern behandelt werden.“ (Berger, Kritische Beiträge (1856), IV).

<sup>267</sup> Vgl Berger, Kritische Beiträge (1856), 3 f.

<sup>268</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 5.

<sup>269</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 5.

<sup>270</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 5.

<sup>271</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 5.

<sup>272</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 5 f.

<sup>273</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 8. Berger führt diesbezüglich weiter aus, dass Österreich noch nicht bereit für eine eigene Systematisierung sei und nicht den Fehler begehen sollte diversen deutschen Versäumnissen zu verfallen (Berger, Kritische Beiträge (1856), 8 ff).

Jurisprudenz auf deutsche<sup>274</sup> zu betreiben. Berger negiert hierbei zwar nicht die Verbindung deutscher und österreichischer Rechtswissenschaft seit geraumer Zeit (vgl. Berger, Kritische Beiträge (1856), 12), betont jedoch die problematische Situation der österreichischen Staatlichkeit aufgrund ihres Vielvölkercharakters. Die Reformierung des österreichischen Zivilrechts sei laut Berger zwar notwendig, sie müsse jedoch aufgrund der Gegebenheiten nicht anhand eines Systems, wie Unger dies argumentiert hatte, sondern „durch den kritischen Commentar und durch Monographien“<sup>275</sup> vorangebracht werden. Unger reagierte auf die Kritik Bergers mit dem Aufsatz „Die gegenwärtige Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz“ in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung<sup>276</sup>, in welcher er einen erneuten Einblick in sein Verständnis der historischen Schule und der wissenschaftlichen Behandlung des Privatrechts gibt.<sup>277</sup>

Ebenso hervorzuheben ist die Reaktion des Anwalts und Jugendfreunds<sup>278</sup> Ungers, Heinrich Jaques. Die beiden hatten sich jedoch zunehmend voneinander entfremdet und waren im Laufe der Zeit „grimmige Gegner“<sup>279</sup> geworden. Jaques publizierte in der Zeitschrift „Gerichtshalle“ am 15. Juni 1857 den Aufsatz „Die zweite ordentliche Professur des österreichischen Civilrechtes an der Wiener Universität“, welcher Ungers System behandelte.

---

<sup>274</sup> Berger, Kritische Beiträge (1856), 9. Berger negiert hierbei zwar nicht die Verbindung deutscher und österreichischer Rechtswissenschaft seit geraumer Zeit (vgl. Berger, Kritische Beiträge (1856), 12), betont jedoch die problematische Situation der österreichischen Staatlichkeit und ihres Vielvölkercharakter. Es müsse somit zuerst die Lage bewältigt werden, welche durch die voranschreitende „großartige Centralisation“ (Berger, Kritische Beiträge (1856), 12) und damit einhergehend „durch die Ausdehnung der alt-österreichischen Codification auf einen großen, bisher ganz anderen Bedingungen der Rechtsentwicklung unterworfenen Theil des Reichs“ (Berger, Kritische Beiträge (1856), 12) hervorgerufen wurde. Es müsse somit erst der „in der Codification [ABGB] selbst enthaltene Stoff aufgenommen und assimilirt werden, es muß das unmittelbare Verständnis des Gesetzes, aber auch zugleich nicht vom überholten Standpunkte der bloß exegetischen Jurisprudenz, sondern mit dem Apparate der vorgeschrittenen Wissenschaft angebahnt werden. Dies kann aber das fertige, jene Arbeit bereits voraussetzende System nicht leisten. Das wissenschaftliche System des Rechts ist nicht ausführbar vor der exegetisch-kritischen Erschöpfung, es hat diese zu seiner unabweislichen Voraussetzung. Die simultane Vereinigung beider Factoren, des alt-exegetischen und des modern-wissenschaftlichen, ist nur in der rein kritischen Methode zu erringen.“ (Berger, Kritische Beiträge (1856), 12 f).

<sup>275</sup> NN „Ueber Dr. J. U. Berger's kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 16.10.1856, 2.

<sup>276</sup> Unger, Joseph: „Die gegenwärtige Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 18.10.1856, 1 ff; vom 21.10.1856, 1ff; vom 23.10.1856, 1 ff

<sup>277</sup> Die Argumente Ungers sind weitgehend deckungsgleich mit jenen seiner weiteren Schriften und Reden hierzu – siehe daher I.4) b) (25 ff) sowie ebenso II. (93 ff).

<sup>278</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 97: „Josef Unger war mit Heinrich Jaques in jüngeren Jahren eng befreundet gewesen. In Jacques Hause spielten sie häufig in Quartetten- Jacques Violoncell – und durch ihn, dessen Mutter eine geborene Wertheimstein war, wurde Unger bei Josefine Wertheimstein 1850 eingeführt.“

<sup>279</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 97; Unger vermerkte über Jaques später: „Ich hatte einen Jugendfreund, dessen Eitelkeit eine seiner vier Achillesfersen war: er ist an unbefriedigtem parlamentarischen Ehrgeiz zugrunde gegangen.“ (Unger, Mosaik (1911), 67). Jaques wurde auch vorgeworfen nur aus „Perfidie und Neid gegen den schnellen Ruhm des Autors“ in Gegnerschaft zu Unger getreten zu sein, was er mit den Worten dementierte: „Würde wohl irgendjemand den beneiden, der in einem prächtigen, aber so morschen und baufälligen Ruhmespalast wohne, daß jeder Windhauch diesen Palast umstürzen und in Trümmer schlagen könne?“ (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 98).

Er würdigte ausdrücklich die Belesenheit Ungers, kritisierte jedoch die Methode heftig: „[...] zu dem Resultate kommen müssen, daß dieses Werk der festen philosophischen Grundlage und ebenso auch der selbstständigen Quellenforschung im Gebiete des gemeinen und älteren österr. Rechts entbehrt, daß es also somit nicht sowohl ein System im wissenschaftlichen Sinne des Wortes als vielmehr eine vergleichende Zusammenstellung der Bestimmung des römischen, deutschen und österreichischen Rechts enthält, so wird es doch wegen der umfassenden Belesenheit des Verfassers in den modernen Bearbeitungen dieser Rechtsmaterien und wegen der überaus emsigen Compilatorenfleißes, mit welchem die anerkannten Schriftsteller, ein Savigny, Puchta, Gerber, Thöl u. A., insbesondere aber Wächter, darin benützt sind, seinen Werth behaupten.“<sup>280</sup>

Trotz der Feindschaft von Unger und Jaques beinhaltet die Kritik meines Erachtens durchaus legitime Punkte<sup>281</sup>, welche Ungers Methode charakterisieren. Ungers Ansatz ist nicht der eines „klassischen Pandektisten“, seine Arbeit fußt, trotz des wiederholten Anspruchs der historischen Schule anzugehören, keinesfalls exklusiv auf der historischen Methode. Unger agiert weit flexibler, als die ältere Forschung es einem Pandektisten zugestanden hatte. Er wandte sich jedenfalls von der exegetischen Methode ab und beruft sich auf die historische Schule – ungeachtet dessen ist seine Einordnung als reinen Vertreter der Pandektistik durchaus zweifelhaft bzw divergiert seine Auffassung von der pandektistischen Methode stark vom rechtshistorischen „Genusbegriff“<sup>282</sup> Pandektistik. Ob er tatsächlich als „Begründer der Pandektistik“<sup>283</sup> in Österreich gelten kann hängt von der jeweiligen Definition der Pandektistik ab. Die Gliederung des Systems nach dem Pandektensystem alleine reicht jedoch keinesfalls aus, um eine derartige Einordnung zu rechtfertigen. Das Werk Ungers ist in seiner methodischen Vielfalt schwer fassbar bzw lässt sich kaum in das enge Korsett einer einheitlichen Linie zwängen.<sup>284</sup> Es ist jedoch sicherlich dem Bestreben Ungers zu verdanken, dass die Rechtswissenschaft in Österreich Fahrt aufnahm, obgleich das Diktum Egon Zweigs, welcher die juristischen Studiengänge in der Zeit vor Unger als „Treibhäuser für Beamte“<sup>285</sup>

---

<sup>280</sup> Jaques, Heinrich: Die zweite ordentliche Professur des österreichischen Civilrechtes an der Wiener Universität in: Gerichtshalle vom 15. Juni 1857, 5.

<sup>281</sup> Vgl unten II. (93 ff).

<sup>282</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 2.

<sup>283</sup> Etwa Brauneder, Privatrechtsgeschichte (2014), 138: „Die endgültige Ablöse der Exegetik erfolgte jedoch durch die Pandektistik insbesondere um 1850 durch Joseph Unger (1828-1913).“

<sup>284</sup> Siehe hierzu unten II. (93 ff).

<sup>285</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 191.

bezeichnete, in dessen „Beamtenschematismus“<sup>286</sup> der „Forschergeist keine Stätte“<sup>287</sup> hatte, sicherlich als zu hart erscheint.<sup>288</sup>

Unger wurde schließlich zirka ein Jahr nach dem Erscheinen des ersten Bandes des Systems am 21. Mai 1857 „zum ordentlichen Professor des österreichischen Zivilrechtes mit dem Gehalt von 1200 fl. Konventionsmünze an der Wiener Universität ernannt.“<sup>289</sup> Es wurde eine neue Lehrkanzel für ihn geschaffen.<sup>290</sup> Im selben Jahr publizierte er eine Abhandlung zur rechtlichen Natur von Inhaberpapieren.<sup>291</sup> In der Folge widmete er sich intensiv der Wissenschaft. „Damals wirkte er nicht über den Hörsaal hinaus. Er begnügte sich damit der Wissenschaft zu dienen. Er entfaltete eine sehr erfolgreiche akademische Tätigkeit. Zahlreiche Arbeiten entstanden in dieser Zeit. Er hatte das ‚österreichische Erbrecht‘ unter der Feder. Es war als letzter Teil des Privatrechts gedacht, erschien aber schon vorher.“<sup>292</sup> Jene Zeit, welche Unger als „bloßer“ Rechtswissenschaftler verbrachte, endete jedoch zu Beginn der 1860er Jahre, in welchen er sich politisch engagieren sollte.

## **5) Politische Anfänge bis hin zur Ernennung zum Mitglied des Herrenhauses auf Lebenszeit**

Unger soll laut Sixta oft mit Humboldt verglichen worden sein, da „beide nicht gegen, aber ohne ihren Willen in den Staatsdienst berufen“<sup>293</sup> wurden. Dieser Vergleich überzeugt nicht. Zum einen war Unger ja bereits im Revolutionsjahr 1848 politisch tätig geworden.<sup>294</sup> Zum anderen nahm Unger aktiv Anteil an der politischen Entwicklung. So veröffentlichte er gemeinsam mit Adolf Fischhof<sup>295</sup> im März des Jahres 1861<sup>296</sup> die Flugschrift „Zur Lösung der

---

<sup>286</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 191.

<sup>287</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 191.

<sup>288</sup> Vgl jedoch auch Unger: „Zu diesem Sinken der Rechtswissenschaft trug insbesondere der Studienplan vom Jahr 1840 bei. Die Tendenz dieses Studienplanes ging nicht so sehr dahin, die Universitäten zu Pflanzschulen der fortschreitenden Wissenschaft, als vielmehr zu Instituten zu machen, in welchen brauchbare Justiz- und Verwaltungsbeamte gebildet würden.“ (Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 641 f).

<sup>289</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 95.

<sup>290</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 20.

<sup>291</sup> Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere: eine civilistische Untersuchung (1857).

<sup>292</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 20.

<sup>293</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 20.

<sup>294</sup> Siehe oben I. 2) (8 ff).

<sup>295</sup> Welcher einer der Protagonisten der 1848 Unruhen war und sich so bereits gemeinsam mit Unger im innersten Zirkel der revolutionären Studentenschaft befunden hatte. Vgl zu Fischhof etwa Charmatz, Richard:

ungarischen Frage. Ein staatsrechtlicher Vorschlag<sup>297</sup>. In der Schrift, welche bereits kurz nach dem ersten Erscheinen neuaufgelegt wurde, vertraten die Verfasser die Ansicht, dass angesichts der politischen Lage die dringendste Frage des Staates Österreich nicht die Einführung einer Verfassung sondern schlichtweg der Fortbestand des Gesamtstaates selbst wäre: „Die große und schwere Aufgabe, welche Oesterreichs Genius gegenwärtig zu lösen hat, ist zunächst nicht die Frage der Freiheit, sondern die der Existenz. Es handelt sich vor allem nicht darum, daß Oesterreich endgiltig in die Reihe der constitutionellen Staaten trete, sondern daß es überhaupt als Gesamtstaat fortbestehe.“<sup>298</sup> Nach einer kurzen Erläuterung der Situation Ungarns im Gesamtstaat<sup>299</sup> kommen die Autoren zu dem Schluss, dass die Personalunion die Problematik nicht lösen kann<sup>300</sup> und sie daher „im Interesse beider Hälften der Monarchie auf das Dringlichste vor dem Aufbau Oesterreichs auf solcher Grundlage warnen.“<sup>301</sup> Stattdessen fordern die Verfasser eine dualistische Lösung zwischen der östlichen (Ungarn) und westlichen Reichshälfte (Österreich): „Beide Theile müssen auf gleichen Boden stehen, wenn eine dauerhafte Verständigung möglich sein soll.“<sup>302</sup> Das entworfene Konzept<sup>303</sup> bietet Ungarn „staatliche Selbständigkeit und territoriale Integrität auf Grund und innerhalb der Grenzen der Einheit des Ganzen.“<sup>304</sup> Jener staatsrechtliche Vorschlag Ungers und Fischhofs aus 1861 beinhaltet somit bereits Überlegungen, welche schließlich 1867 in Form des Ausgleichs tatsächlich umgesetzt wurden.<sup>305</sup>

Nach dieser frühen politischen Flugschrift konzentrierte sich Unger jedoch lange Zeit weiterhin auf seine rechtswissenschaftliche Forschungstätigkeit.

---

Adolf Fischhof - Das Lebensbild eines österreichischen Politiker (1910); Graetz, Michael: Adolf Fischhof – ein jüdischer Akademiker an der Spitze der Revolution von 1848 in: FS Eike Wolgast (2001), 296 ff.

<sup>296</sup> Unger, Joseph (gem mit Adolf Fischhof): Zur Lösung der ungarischen Frage. Ein staatsrechtlicher Vorschlag. (1861) (idF Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861)), 1: „Ende März 1861“.

<sup>297</sup> Auf dem Titel nannten die Verfasser ihre Namen jedoch nicht.

<sup>298</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 1, obgleich die Verfasser einräumen, dass im Bereich von Freiheit und Verfassungsmäßigkeit viel Handlungsbedarf besteht (Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 2 ff).

<sup>299</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 6 ff.

<sup>300</sup> „Eine Personal-Union ist unter den gegenwärtigen staatlichen Verhältnissen geradezu eine Unmöglichkeit.“ (Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 9). Erläuterungen hierzu Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 9 ff.

<sup>301</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 9.

<sup>302</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 12.

<sup>303</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 13 ff.

<sup>304</sup> Fischhof/Unger, Zur Lösung der ungarischen Frage (1861), 26.

<sup>305</sup> Vgl hierzu auch unten I.6)h) sowie allgemein zum Ausgleich 1867 etwa: Olechowski-Hrdlicka, Karin: Die gemeinsamen Angelegenheiten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie: Vorgeschichte; Ausgleich 1867; staatsrechtliche Kontroversen (2000/2001); Forschungsinstitut für den Donauraum, Wien (Hg): Der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867 (1967); Mayer, Theodor (Hg): Der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867 (1968).

Dies änderte sich im Jahre 1867, in welchem Unger vom Wahlbezirk „Klosterneuburg Hernals Tulln“ in den niederösterreichischen Landtag<sup>306</sup> und von diesem in das Abgeordnetenhaus des Reichsrats gewählt wurde.<sup>307</sup> Die Motivation zu diesem Schritt soll das Januarpatent und die hierin vorgesehene Formierung des außerordentlichen Reichstags gewesen sein.<sup>308</sup> Seine politische Heimat fand Unger in der liberalen „Verfassungspartei“<sup>309</sup>.

Innerhalb der Verfassungspartei gehörte er dem „altliberalem“<sup>310</sup>, deutschösterreichischem Flügel an.<sup>311</sup>

Ungers Wahlrede wurde in der liberalen Zeitschrift der „Neuen Freien Presse“ veröffentlicht und gibt einen guten Einblick in seine politische Orientierung. Er beginnt mit einer dramatischen Analyse der politischen Situation:

---

<sup>306</sup> NN „Kleine Chronik“ in: Neue Freie Presse 31. Januar 1867 (Abendblatt), 15.

<sup>307</sup> Hartmeyer, Hans: Die führenden Abgeordneten des Liberalismus in Österreich. 1861–1879 (1949) (idF Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949)), 68.

<sup>308</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 21.

<sup>309</sup> Die Verfassungspartei stellte die „erste große liberale Gruppierung“ (Gärtner, Reinhold / Pallaver, Günther: Liberale Parteien im 19. und 20. Jahrhundert in: Der deutsche und österreichische Liberalismus (hrsg. von Reinalter, Helmut / Kluetting, Harm) (2010), 161 ff (idF Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010)), 168) Österreichs dar. Sie wurde in ihrer Gründung und Ausrichtung wesentlich vom Februarpatent 1861 beeinflusst und entstand durch den Zusammenschluss deutschliberaler Gruppierungen (der Großösterreicher, Unionisten und Autonomisten) (vgl. Kammerhofer, Leopold: Studien zum österreichischen Liberalismus in der Ära Adolf Auersperg (1871- 1879) (1983) (idF Kammerhofer, Studien zum österreichischen Liberalismus (1983)), 60 ff). Nach ihrer Zusammenfindung zur Verfassungspartei lösten sich diese drei Gruppierungen allerdings wiederum in kleinere Fraktionen auf, so dass die dominante Unterscheidung in den kommenden Jahren innerhalb der liberalen Bewegung in Österreich zwischen Alt- und Jungliberalen zu treffen ist (siehe Fn 310 sogleich). Das deutsche Element spielte generell eine wichtige Rolle, wie an den liberalen Programmen ablesbar (vgl. Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010)), 162 ff; Kammerhofer, Studien zum österreichischen Liberalismus (1983) 63 ff). Zentral in den Programmen sind auch ein klares Bekenntnis zur Verfassung von 1867 sowie etwa die Absage an föderalistische Bestrebungen (vgl. Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010), 163). Auch eine Reform des Wahlrechts hinsichtlich der einzuführenden Direkt- und Unmittelbarkeitswahl, wie es dann schließlich in der Regierung Auersperg 1873, unter Beteiligung Ungers (siehe unten I. 6) b) (46 ff)), auch umgesetzt wurde, war bereits 1870 Teil des liberalen Programms. Zu der liberalen Bewegung der Zeit siehe allgemein Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010), 163) sowie Kammerhofer, Studien zum österreichischen Liberalismus (1983)), 59 ff.

<sup>310</sup> Wesentlich für die liberale Bewegung zur Zeit Joseph Ungers war die Kluft zwischen Alt- und Jungliberalen, welche sich bereits in den 1870er bemerkbar machte (vgl. Kammerhofer, Studien zum österreichischen Liberalismus (1983), 65 ff; Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010), 168). Die Jungliberalen betonten ihrerseits das deutschnationale Element gegenüber der deutschösterreichischen Staatsidee, welche andererseits von den Altliberalen und somit auch vom regierenden Teil der Verfassungspartei unter Ministerpräsident Adolf von Auersperg, dessen Kabinett Unger angehören sollte (siehe ausführlich unten I.6) (41 ff)), vertreten wurde (vgl. hierzu Gärtner/Pallaver, Liberale Parteien (2010), 161 ff; Kammerhofer, Studien zum österreichischen Liberalismus (1983), 59 ff).

Das „altliberale“ Verständnis Ungers kommt in folgendem Zitat zum Ausdruck: „Ist es nicht bezeichnend, daß die Deutschen in Österreich sich Deutschösterreicher nennen. Während Slawen und Italiener sich bestenfalls österreichische Slawen, österreichische Italiener nennen? Für jene ist eben Österreich die Hauptsache und Deutschtum nur eine Färbung, eine Qualifikation desselben – für diese ist die Nationalität das Essentielle und das Österreichertum nur ein leidiges Akzidens“ (Unger, Mosaik (1911), 87).

<sup>311</sup> Unger entwickelte im Laufe seines Lebens jedoch gewisse Sympathien für die Sozialdemokratie, was ihm die Bezeichnung „Salonsozialdemokrat“ eingebracht haben soll (siehe hierzu unten in I. 7) b) (89, Fn 677)). So sollen auch linke Kräfte ihn später im Rahmen seiner Ernennung zum Reichsgerichtspräsidenten für sich reklamiert haben (siehe I. 7) b) (88)). Auf jeden Fall zeigen seine Schriften eine besondere Sensibilität gegenüber sozialen Problematiken (siehe II. (93 ff) sowie III. C) (148 ff) & D) (163 ff)).

„Das Vertrauen geschwunden – die Hoffnung gesunken – der Verkehr gedrückt – die Arbeit gelähmt – das Heer geschlagen – das Reich geschmälert – die Finanzen zerrüttet – der Wohlstand gestört – das Recht gebeugt – die Verfassung gefährdet – die Völker in Zwietracht – der Staat im Zusammenbrechen und zu all dem das Bitterste, was am brennendsten und tiefsten schmerzt: Österreich aus seinem tausendjährigen Verband mit dem deutschen Gesammt-Vaterland hinausgestoßen – das ist mit wenig Strichen das Bild der Lage, in der wir uns befinden.“<sup>312</sup> I

n der Folge kritisierte er, unter dezidierter Ausnahme des Kaiser von der Kritik<sup>313</sup>, den außerordentlichen Reichsrath des Januarpatents<sup>314</sup>: „Der Reichsrath des Januar-Parentes ist nicht so sehr ein außerordentlicher, als vielmehr ein ordnungswidriger: er ist nicht außer der Ordnung, sondern wider die Ordnung, nicht außer Recht und Gesetz, sondern wider Recht und Gesetz. Wenn wir dem Rufe des Januar-Parentes folgen und den außerordentlichen Reichrath beschicken, so unterschreiben wir mit eigener Hand unser Todesurtheil, wir begehen einen juristischen und politischen Selbstmord!“<sup>315</sup> Die Kritik fußt auf der schwachen Stellung des damaligen Reichsraths, da dieser Versammlung, „die vom Reichsrath nur den Namen, die Form, den Schein trägt, der aber das Wesen, die Sache, der Kern fehlt.“<sup>316</sup> Unger kritisiert einerseits, dass der außerordentliche Reichsrath nur eine „beratenden“<sup>317</sup> und keine „beschließende Versammlung“<sup>318</sup> sei. Andererseits beanstandet er jedoch auch den angesichts des Februarpatents modifizierten Wahlmodus des Januarpatents, denn dieser „läßt in Böhmen, Mähren und Galizien den Czechen und Polen die willkommene Möglichkeit, die Deutschen und Ruthenen vollständig zu überstimmen und zu verdrängen“<sup>319</sup>.

---

<sup>312</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6. 1866 hatte Österreich und seine Verbündeten die Schlacht bei Königgrätz verloren und partizipierte somit nicht mehr am deutschen Einigungsprozess.

<sup>313</sup> „...scheint es mir zwecklich, ausdrücklich hervorzuheben, daß die erhabene Person des Monarchen außerhalb der Discussion bleibt. Es ist einer der schönsten Fundamentalsätze des constitutionellen Staatsrechtes, daß der Monarch kein Unrecht thun kann. Umsomehr Unrecht können in constitutionellen Staaten die Minister thun“ („Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6).

<sup>314</sup> Das „Grundgesetz über die Reichsvertretung“ vom 26. Februar 1861 (das Februarpatent) wurde durch Kaiserliches Patent vom 2. Januar 1867 teilweise sowie modifiziert wieder in Kraft gesetzt.

<sup>315</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>316</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>317</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>318</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>319</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

Hier zeigt sich eine generelle Grundhaltung Ungers (sowie der liberalen Bewegung im Allgemeinen) – die Ablehnung des Föderalismus<sup>320</sup>, welcher wie er später vermerkte „den österreichischen Reichsapfel zu einer [...] Artischoke“<sup>321</sup> machen würde:

„Wir können das Band nicht lodern lassen, welches der engere Reichsrath um die Länder diesseits der Leitha geschlungen hat. Einer der schwersten Vorwürfe, den man dem jetzigen Ministerium machen muß, besteht darin, daß unter seinem Patronat der Föderalismus sein Haupt so hoch erhebt. Aber der Föderalismus hat nur dort seine Berechtigung, wo bisher frei und unabhängig für sich dastehende Völkerschaften zu einem Bündnis zusammentreten. Wo dagegen Länder schon jahrhundertlang durch Einheit der Staatsgewalt, Einheit der Gesetzgebung, Einheit der Justiz und Verwaltung mit einander eng vertraut sind, dort bedeutet der Föderalismus nicht Verbindung, sondern Entbindung, nicht Vereinigung, sondern Trennung, nicht Verbrüderung, sondern Auflösung.“<sup>322</sup>

Die Frage des Ausgleichs mit Ungarn nennt er „die brennendste Frage in Österreich“<sup>323</sup> und führt fort: „So lange die Zauberformel nicht gefunden ist, welche die beiden Hälften des Reiches versöhnt und vereint, ist an inneren Frieden im Lande nicht zu denken. Ich habe zu allen Zeiten die ehrliche und offene Verständigung mit Ungarn für die erste und wichtigste Aufgabe der liberalen deutschen Partei in Oesterreich gehalten.“<sup>324</sup> Hierbei kritisiert er, in typischer metaphorischer Sprache, das Ministerium Schmerling, welches „diese Cardinalsfrage nicht mit der erforderlichen Energie in Angriff genommen“<sup>325</sup> habe, denn „Herr v. Schmerling vergaß, daß die Zeit eine Seidenraupe ist: will man Seide spinnen, so darf man nicht warten, bis die Raupe Schwingen bekommt und als Schmetterling lustig davonfliegt.“<sup>326</sup>

---

<sup>320</sup> Etwa in Unger, Mosaik (1911), 190: „In Österreich gibt es viel zu viel Nationalitätsgefühl und viel zu wenig Staatsgefühl. Wenn die Nationalitätsidee nicht durch die Humanitätsidee geadelt und durch die Staatsidee mit Schranken gehalten wird, sprengt sie wie Dynamit alle sozialen und politischen Bande. Das haben nunmehr auch unsere Sozialdemokraten erfahren.“

<sup>321</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–5. Sitzung der V. Session am 14.1.1870, 39.

<sup>322</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6 f. Besonders negativ stand Unger einer Stärkung „slawischer“ Bevölkerungsgruppen gegenüber: „Von allen Seiten tritt der Slavismus kühn hervor. Ich besorge allerdings nicht, daß die slavischen Massen den deutschen Geist ersticken werden: vor der tausendjährigen deutschen Cultur werden sich all diese himmelstürmenden Versuche brechen“ („Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 7). Vgl hierzu auch unten I. 7) a) aa) (81 f).

<sup>323</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>324</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>325</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

<sup>326</sup> „Ungers Wahlrede“ in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6.

Unger musste sein Mandat jedoch nach kurzer Zeit niederlegen, da er an einer schweren Nervenkrankheit laborierte.<sup>327</sup>

Nach erfolgter Genesung wurde er am 20. Januar 1869 lebenslängliches Mitglied des Herrenhauses.<sup>328</sup> Gleich in seiner ersten Sitzung ergriff er das Wort mit einer Rede zum Eisenbahnhaftpflichtgesetz, auf welche er sich zeit seines Lebens immer wieder beziehen wird.<sup>329</sup> In der Folge etablierte sich Unger als aktives Mitglied des Herrenhauses und trat im Verlaufe der verschiedenen Legislaturperioden und Sessionen immer wieder als Berichterstatter, Redner und Überreicher von Petitionen sowie als Mitglied von Kommissionen auf.<sup>330</sup> Neben seinen Reden zur Eisenbahnhaftpflicht ist in jener frühen Phase besonders die Berichterstattung bezüglich der „Coalitionsgesetze“ hervorzuheben.<sup>331</sup> Zweig betonte, dass Unger in seinen frühen Reden im Herrenhaus bereits seinen „sozialpolitische Überzeugungen“<sup>332</sup> Ausdruck verliehe habe – was im Laufe seiner Karriere ein bestimmendes Thema bleiben sollte, insbesondere im Schadenersatzrecht.<sup>333</sup>

Sein rhetorisches Talent wusste Unger zum Leidwesen seiner Gegner in den Debatten des Herrenhauses auch immer wieder zu nutzen.<sup>334</sup> Die Wirkung auf sein Publikum lässt sich in den stenographischen Protokollen anhand der Anmerkungen innerhalb vieler seiner Ansprachen seitens des Protokollanten gut nachvollziehen.<sup>335</sup> Sein Stil war garniert mit

---

<sup>327</sup> Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949), 68; Rossbacher, Literatur und Bürgertum (2003), 171.

<sup>328</sup> Stourzh, Gerald: Die Mitgliedschaft auf Lebensdauer im österreichischen Herrenhaus 1861-1918 in: Mitteilungen des Instituts für Geschichtsforschung 73 (1965), 63 ff (104) sowie NN „Politische Übersicht“ in: Neue Freie Presse vom 22.1.1869 (Abendblatt), 1. Weiters war Unger bereits in seiner ersten vollständigen Session Mitglied dreier Kommissionen (siehe unten Anhang 1) b) (266 ff)).

<sup>329</sup> Wenige Tage nach seiner ersten Rede (19.1.1869) sprach er erneut zu dem Thema (1.2.1869) – siehe hierzu unten III. B) 4) (135 ff).

<sup>330</sup> Für eine Liste von Ungers Tätigkeiten als Redner, Berichterstatter, Einbringer von Petitionen sowie Kommissionsmitglied während seiner gesamten Zeit im Herrenhaus siehe unten Anhang 1) (262 ff).

<sup>331</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses –15. Sitzung der V. Session am 24.3.1870, 206, 211 f, 214 (Bericht in XL der Beilage).

<sup>332</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 209.

<sup>333</sup> Vgl hierzu unten II. (93 ff) sowie III. B) (127 ff), C) (148 ff) und D) (163 ff).

<sup>334</sup> Als Beispiel hierfür kann die Debatte bezüglich des Unfallversicherungsausdehnungsgesetzes aus 1894 (siehe hierzu unten III. D). Exkurs a) (177 ff)) angeführt werden. Graf Chorinsky lieferte sich hierbei ein regelrechtes „Rededuell“ mit Unger. Chorinsky eröffnete seine Gegenrede auf Ungers Einwände bezüglich Chorinskys erster Rede mit einem Seitenhieb auf dessen Redegabe: „Nach den geradezu brillanten Argumenten, welche seine Excellenz der Herr Reichsgerichtspräsident Dr. Unger angeführt hat, fällt es mir eigentlich schwer, noch einmal das Wort zu ergreifen. Ich muss es aber dennoch thun und muss mit einigen Worten die Entgegnung einleiten. Hätte ich von Gott eine Gabe zu erbitten, so wäre es die Gabe der Beredsamkeit nicht, denn diese involviert außerordentliche viele Gefahren, namentlich die, zu vertheidigen, was im Moment gerade zu vertheidigen beliebt wird, das Gegentheil aber anzugreifen. In diesem Sinne wünsche ich mir die Gabe der Beredsamkeit nicht.“ (Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 541 f).

<sup>335</sup> Reaktionen des Publikums während, sowie am Ende der Reden Ungers reichten gemäß dieser Anmerkungen von „Lebhafter Heiterkeit“ (etwa in seiner Rede zum Automobilgesetz (Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.3.1907, 1630 ff)) bis hin zu „Bravo Bravo“ Rufen (etwa in seiner Rede zum EHG 1869 (Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510 ff)).

teilweise durchaus untergriffigen Angriffen und Spitzen gegenüber seinen Gegnern. Losano fasst Ungers Talent als Redner treffend zusammen: „Ungers Stil war zwar geistreich, aber manchmal begleitete den Scherz ein Schmerz. Bei Vorlesungen oder Auftritten im Parlament pflegte er seinen Vortrag mit gefürchteten Bonmots zu würzen, um dann ungerührt in seiner wissenschaftlichen oder politischen Argumentation fortzufahren.“<sup>336</sup> Bettelheim schrieb: „Sein souveräner, epigrammatischer Witz schlug gelegentlich selbst im gesellschaftlichen Verkehr mörderische Wunden.“<sup>337</sup> Rossbacher vermerkt: „Seine Sprachfertigkeit, im privaten wie in der Öffentlichkeit, war stadtbekannt“<sup>338</sup> sowie dass ihm öffentlich bescheinigt wurde „ein großer Rhetor zu sein“<sup>339</sup>. Ungers Redebegehung war wohl von entscheidender Bedeutung bezüglich des nächsten Karrieresprungs – seiner Tätigkeit im Kabinett Auersperg (1871 – 1879) als „Sprechminister“. Des Weiteren wurde Unger am 9. Juni 1869 an sechster Stelle zum Mitglied des Reichsgerichtes ernannt.<sup>340</sup> In diesem Zusammenhang ist noch festzuhalten, dass Unger zeitgleich ebenso Mitglied des Staatsgerichtshofes wurde.<sup>341</sup>

## **6) Tätigkeit als „Sprechminister“<sup>342</sup>**

Ungers umfassende Bildung sowie sein rhetorisches Talent erregten bald die Aufmerksamkeit der politischen Elite. Bereits 1870 versuchte der cisleithanische Ministerpräsident Alfred Józef Potocki Unger für sein Kabinett zu gewinnen, was Unger jedoch „entschieden zurück wies.“<sup>343</sup> Nach den Misserfolgen der Regierung Potocki<sup>344</sup> und ihrer Demission<sup>345</sup>,

---

<sup>336</sup> Losano, Briefwechsel (1996), 53.

<sup>337</sup> Bettelheim, Anton: Ein Jugendbrief Joseph Ungers in: Biographenwege. Reden und Aufsätze von Anton Bettelheim (1913), 193 ff (194).

<sup>338</sup> Rossbacher, Literatur und Bürgertum (2003), 346.

<sup>339</sup> Rossbacher, Literatur und Bürgertum (2003), 347.

<sup>340</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–75. Sitzung der IV. Session am 23.5.1869, 2112; Vgl auch Neschwara, Christian: Verfassungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Monarch und Parlament: Österreichs Reichsgericht von 1869 bis 1918 in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte 123 (2006), 310ff (idF Neschwara, Reichsgericht (2006)) 316, 337. Unger stellte die Mitgliedschaft für die Dauer seines Ministerposten ruhend (vgl Neschwara, Reichsgericht (2006), 323, Fn 82).

<sup>341</sup> Neschwara, Reichsgericht (2006), 321, Fn 71. Der Staatsgerichtshof bestand von 1867 bis 1919, wurde jedoch nie tätig (vgl Heller, Kurt: Der Verfassungsgerichtshof (2010) (idF (Heller, Verfassungsgerichtshof (2010)), 113 f sowie kurze Übersicht auf <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>).

<sup>342</sup> Vgl hierzu ausführlich Sixta, Sprechminister (1941), 23 ff.

<sup>343</sup> Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949), 68. Neben einer Neuordnung kirchenrechtlicher Bereiche bemühte sich Potocki besonders um einen föderalistischen Ausgleich in Cisleithanien (vgl hierzu Scharf, Christian: Ausgleichspolitik und Pressekampf in der Ära Hohenwart. Die Fundamentalartikel von 1871 und der deutsch-tschechische Konflikt in Böhmen (1996) (idF Scharf, Ära Hohenwart (1996)), 75) – was wohl ein Mitgrund für die Ablehnung Ungers gewesen sein dürfte, da dieser sich zeit seines Lebens gegen föderalistische Tendenzen ausgesprochen hatte.

<sup>344</sup> Vgl Kneidinger, Michaela Christina: Die böhmischen Ausgleichsversuche 1871 und 1890 (2008), 10 ff.

beauftragte Kaiser Franz Joseph zunächst Carl Siegmund Graf Hohenwart als Ministerpräsident, wodurch die föderalen Kräfte, insbesondere in Bezug auf die Stellung Böhmens, kurzzeitig wieder Auftrieb erhielten. Die Bemühungen Hohenwarts einen böhmischen Ausgleich zu erwirken scheiterten jedoch.<sup>346</sup> Daraufhin entließ der Kaiser Hohenwart und ernannte mit Fürst Adolf von Auersperg einen Vertreter der liberalen Verfassungspartei zum neuen Ministerpräsidenten Cisleithaniens, dessen Kabinett 25. November 1871<sup>347</sup> seinen Dienst antrat.<sup>348</sup> Das Kabinett Auersperg verwirklichte einige äußerst bedeutende legislatorische Akte und Reformen, deren Wirkungen auch im Österreich des 21. Jahrhunderts nach wie vor von immenser Relevanz sind.<sup>349</sup>

---

<sup>345</sup> Scharf, *Ära Hohenwart* (1996), 75: „...Graf Potocki war mit seiner Ausgleichspolitik bereits im Oktober 1870 gescheitert und hatte um seine Demission nachgesucht“. Siehe auch [http://www.biographien.ac.at/oeb1\\_8/230.pdf](http://www.biographien.ac.at/oeb1_8/230.pdf).

<sup>346</sup> Vgl hierzu etwa Scharf, *Ära Hohenwart* (1996), 75 ff.

<sup>347</sup> Vgl zum Kabinettsantritt auch *Neue Freie Presse* (Morgenblatt) vom 26. November 1871, 1 f sowie 3 ff wo das Kabinett, inklusive Unger (4 f) vorgestellt wird (NN „Wien. 25. November“ sowie „Inland. Wien 25. November“ in: *Neue Freie Presse* vom 26. November 1871 (Morgenblatt), 1 f sowie 3 ff).

<sup>348</sup> Vgl hierzu Olechowski, Thomas: *Die Lassersche Wahlrechtsreform. Der Kampf um die Einführung der Volkswahl des cisleithanischen Abgeordnetenhauses 1871–1873*, in: *Parliaments, Estates and Representation* 22, (2002), 147 ff (idF Olechowski, *Lassersche Wahlrechtsreform* (2002)) 152 f: „Der Sturz des Bürgerministeriums gab eine Zeit lang den Föderalisten in Cisleithanien Auftrieb. Kaiser Franz Joseph stellte am 29. Juli 1870 sogar seine Krönung zum König von Böhmen und eine Neugestaltung der Stellung Böhmens in der Habsburgermonarchie in Aussicht, lediglich unter der Bedingung, daß die derzeit geltende Verfassung als gemeinsamer Ausgangspunkt dienen müsse. Davon jedoch wollte der böhmische Landtag nichts hören und weigerte sich, den für September einberufenen Reichsrat zu beschicken, worauf das Notwahlgesetz zur Anwendung kam und direkte Reichsratswahlen in Böhmen stattfanden. Daß die direkt gewählten tschechischen Abgeordneten Böhmens (ebenso wie die vom mährischen Landtag gewählten tschechischen Abgeordneten) den Reichsratssitzungen fernblieben, konnte freilich nicht verhindert werden. Der Kaiser war bereit, noch weitergehende Konzessionen zu machen: Am 6. Februar 1871 betraute er Carl Siegmund Graf Hohenwart mit dem Vorsitz im Ministerrat, und dieser begann, mit den Tschechen in Verhandlungen zu treten. Gleichzeitig gelang es ihm, bei Neuwahlen in acht Landtagen jene von Mähren und Oberösterreich auf seine Seite zu ziehen, womit die Verfassungstreue Partei nicht nur dort, sondern plötzlich auch im AH ihre Mehrheit verloren hatte. Das Förderungspaket des böhmischen Landtages, die böhmischen Fundamentalartikels stellte sich jedoch für den Kaiser als unannehmbar heraus, und der Widerstand, den die Deutschliberalen gegen diese völlige Revision des Ausgleichs von 1867 erhoben, fand in Ungarn eine mächtige Stütze. Hohenwart musste am 30. Oktober 1871 zurücktreten, und Franz Joseph sah sich genötigt, die Deutschliberalen an die Regierung zurückkehren zu lassen.“

<sup>349</sup> Zu nennen sind hierbei zuvorderst sicherlich die Strafprozessordnung aus 1873 (siehe hierzu I. 6) c) (48 f) sowie die Schaffung des Verwaltungsgerichtshofes 1875 (siehe hierzu I. 6) d) 50 ff)).

## a) Ungers Position im Kabinett: Minister ohne Portefeuille, „Regierungssprecher“ und „Preßleitung“

Im Kabinett Auersperg wirkte Unger „als Minister ohne Portefeuille mit der speziellen Aufgabe, als sog Sprechminister (eine Art Regierungssprecher im Ministerrang) die von der Regierung ausgearbeiteten Reformen gegenüber dem Parlament zu vertreten.“<sup>350</sup>

Unger selbst beschrieb seine Amtsauffassung im Ministerrat folgendermaßen:

„Er glaube der Regierung besser zu nützen, wenn er Seine Reden nur auf das Maß der Nothwendigkeit beschränkt. Deshalb gedenke Er so wenig als möglich, und nur dann zu sprechen, wenn Er hierzu entweder durch einen in offizieller oder vertraulicher Conferenz gefaßten Ministerrathsbeschluß bestimmt worden ist, oder wenn bei unerwarteter Wendung der Debatte sein Eintreten für nothwendig gehalten wird und ihm ein diesfälliger Wink von Seite des Ministerpräsidenten zukömmt. Die Ressortgegenstände hätten die Ressortminister in der Regel selbst zu vertreten.“<sup>351</sup>

Gleich zu Beginn der Amtsperiode verfasste Unger die Thronrede, welche Franz Joseph am 28. Dezember 1871 vor den neugewählten Abgeordneten im Ceremoniensaal der Hofburg verlas.<sup>352</sup>

Die Neue Freie Presse beschrieb das Amt Ungers wie folgt: „Wie wir hören, wird Minister Unger dasselbe Ressort wie seinerzeit Minister Berger erhalten; derselbe wird neben der Entwerfung und Begutachtung von legislativen Elaboraten und Vertretung derselben im Reichsrathe auch die Functionen eines obersten Chefs der Preßleitung zu versehen haben.“<sup>353</sup>

Unger war demnach auch Chef der „Preßleitung“. Als neubestelltes Herrenhausmitglied hatte er bereits 1869 eine Rede gehalten, in welcher er die Geschworenengerichtsbarkeit bei Pressedelikten forderte<sup>354</sup>, welche dann auch per Gesetz erfolgte.<sup>355</sup> Zuvor hatte er bereits

---

<sup>350</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), 214.

<sup>351</sup> Ministerratsprotokolle 139 vom 26. 12 1871. Weiters schien ihm als „Chef der Preßsachen“ auch die Beobachtung der Medienlandschaft anheimgefallen zu sein. So schnitt er etwa im Ministerrat den Leitartikel der Neuen Freien Presse vom 23. Juni 1872 an, welcher einen angeblichen Auszug der an den Unterrichtsminister gerichteten Denkschrift der Wiener Bischofskonferenz verarbeitet und „die Regierung in ziemlich unerfreulicher Weise angreift“ (Ministerratsprotokolle 79 vom 24.6.1872, 2). Er betonte hierbei auch, dass „er die Denkschrift nie gesehen habe, und daß sie aus dem Preßbureau der Neuen Freien Presse nicht zugekommen sein kann“ (Ministerratsprotokolle 79 vom 24.6.1872, 2).

<sup>352</sup> Olechowski, Lassersche Wahlrechtsreform (2002), 154. Der Kaiser nahm persönlich an den Beratungen teil und wünschte einige Änderungen – siehe Ministerratsprotokolle 138 und 139 vom 25. und 26.12.1871 sowie Sixta 29 ff. Thronrede in Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 1. Beilage der VII. Session.

<sup>353</sup> NN „Politische Übersicht“ in Neue Freie Presse vom 27. November 1871 (Morgenblatt), 1 f.

<sup>354</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–60. Sitzung der IV. Session am 30.1.1869, 1524 ff.

gemeinsam mit Glaser 1864 ein Gutachten zum Preßgesetz 1862 erstellt, welches die Trennung von Eigentümer und Herausgeber argumentierte und zu einer Kontroverse mit Lienbacher führte.<sup>356</sup>

In seiner Zeit als Sprechminister schien Unger jedoch weit weniger aktiv in Presseangelegenheiten gewesen zu sein bzw ist seine Arbeit aufgrund der dürftigen Quellenlage schwer fassbar.<sup>357</sup> Einerseits war seine Zuständigkeit begrenzt: ihm oblag zwar die „Preßleitung“, Leiter des „Preßbureaus“, welches 1873 in „Preßdepartment“ unbenannt wurde, war jedoch Ferdinand Ritter von Erb.<sup>358</sup> Des Weiteren scheint<sup>359</sup> die von Georg Bösel herausgegebene „Politische Korrespondenz“<sup>360</sup>, welche 1875 ins Leben gerufen wurde, weitgehend ohne wesentliche Beteiligung Ungers funktioniert zu haben. Die in ihrer Errichtung auf Ministerpräsident Auersperg, welchem nachgesagt wurde „sehr empfindlich auf Angriffe in Zeitungen zu reagieren“<sup>361</sup>, zurückgehende „Politische Korrespondenz“ war über deren Leiter Ludwig Hirschfeld mit dem Korrespondenz Bureau verbunden, welches sich de facto zu einem eigenen Amt entwickelte, obgleich es verwaltungstechnisch im Handelsministerium angesiedelt war.<sup>362</sup> Unger taucht hierbei trotz der Pressethematik nicht auf. Ebenso trat er beispielsweise auch nicht in der intensiven Debatte<sup>363</sup> im Abgeordnetenhaus bezüglich der „Preßgesetzreform“ (ausgehend von den Abgeordneten Foregger und Umlauf) in Erscheinung.

Einen Einblick in Ungers praktische Tätigkeit als Chef der „Preßleitung“ gibt die Diskussion im Herrenhaus vom 21. März 1872. Hinsichtlich kritischer Stimmen<sup>364</sup> bezüglich der

---

<sup>355</sup> „Gesetz, betreffend die Einführung von Schwurgerichten für die durch den Inhalt einer Druckschrift verübten Verbrechen und Vergehen“ (RGBl 32/1869).

<sup>356</sup> Siehe Olechowski, Thomas: Die Entwicklung des Preßrechts in Österreich bis 1918. Ein Beitrag zur österreichischen Medienrechtsgeschichte (2004), 589 ff.

<sup>357</sup> Siehe hierzu auch Sixta 83 ff (viel Spekulation, kaum Quellenangaben). Leider fielen viele Ministerratsprotokolle, welche einen Einblick in die Arbeit Ungers in Presseangelegenheiten geboten haben dürften, dem Brand des Justizpalastes 1927 zum Opfer.

<sup>358</sup> Nagl, Johann Willibald / Zeidler, Jakob / Castle, Eduard (Hgg): Deutsch-Österreichische Literaturgeschichte, Bd III. Von 1848 bis 1890 (1935), 891 sowie Dörfler, Edith / Pensold, Wolfgang: Die Macht der Nachricht (2001) (idF Dörfler/Pensold, Macht der Nachricht (2001)), 178 f.

<sup>359</sup> Die relevanten Ministerratsprotokolle sind wie erwähnt leider verbrannt.

<sup>360</sup> Mit ihrer Hilfe trachtete die Regierung die Verbreitung eigener Nachrichten zu forcieren, um den opponierenden Zeitungen entgegen zu treten- Vgl hierzu Dörfler/Pensold Macht der Nachricht 205 ff.

<sup>361</sup> Dörfler/Pensold, Macht der Nachricht (2001), 205.

<sup>362</sup> Dörfler/Pensold, Macht der Nachricht (2001), 208 f.

<sup>363</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 243. Sitzung der VIII. Session am 9. sowie 10.3.1877, 8273 ff.

<sup>364</sup> In diesem Falle eine Rede im Herrenhaus von Ritter von Schmerling ua bezüglich des Notwahlgesetzes – Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 114 ff, insbesondere 117 f: „Ich habe nun in einem Blatte, von dem es allgemein heißt, daß es in freundschaftlichen Beziehungen zur Regierung steht – ich nenne es gleich, in der „Neuen freien Presse“ – einen Artikel gelesen, welcher die Zugeständnisse enthält, welche an die Deputierten aus Dalmatien als Preis dafür, daß sie für das Nothwahlgesetz gestimmt haben, gemacht worden sind. Wenn ich sage, daß die „Neue freie Presse“ ein Journal ist, welches in allen Beziehungen

wohlwollenden Berichterstattung seitens der Neuen Freien Presse betonte Unger in seiner Rede<sup>365</sup>, „daß die ‚Neue freie Presse‘ zwar eigentlich kein sogenanntes Regierungsorgan sei, aber doch mit der Regierung in nahen freundschaftlichen Beziehungen stehe. Ich werde das Letzte keinen Augenblick leugnen. Ja, ich gestehe, daß die Regierung auf die Unterstützung, die ihr durch die ‚Neue freie Presse‘ zu Theil geworden ist, einen großen Werth legt und mit Dankbarkeit, ich sage es ganz offen, die große Unterstützung anerkennt, welche ihr von diesem Blatte und überhaupt von der ganzen verfassungstreuen Presse geliehen worden ist. Alleine man würde sich den Zusammenhang, in dem die Regierung mit der ‚Neuen freien Presse‘ steht, gar eigenthümlich vorstellen, wenn man glaubte, daß die Unterstützung, die der Regierung durch die ‚Neue freie Presse‘ gewährt wird, irgend einen anderen Charakter habe, als den einer durchaus freiwilligen, spontanen, durch keine wie immer geartete Gegenleistung erkaufte Unterstützung.“<sup>366</sup> Des Weiteren betont er: „Es genießt nämlich auch die ‚Neue freie Presse‘ nicht etwa die Begünstigung, daß man ihr früher Mittheilungen von Thatsachen macht, als anderen Blättern. Es gilt in der Preßleitung der Grundsatz, daß Alles, was überhaupt mittheilenswerth ist, allen Blättern zugleich mitgetheilt wird, so daß in dieser Beziehung keinerlei Bevorzugung stattfindet.“<sup>367</sup> Bezüglich der Arbeitsauslegung Ungers als Minister mit Zuständigkeiten im Pressebereich gibt der folgende Auszug einen Eindruck: „Freilich ist die Regierung mit allen Mittheilungen dieser Art ziemlich sparsam, und es wird der Preßleitung in den journalistischen Kreisen nicht selten der Vorwurf gemacht, daß sie eben mit Mittheilungen von Thatsachen, Vorgängen und Absichten im Schooße der Regierung viel eher zu sparsam als zu freigiebig sei: allein die Regierung hält sich, gewißigt durch Erfahrungen mancherlei Art, an das Wort Göthe’s: ‚Das Geheimnis ist die Bürgschaft des Erfolges.“<sup>368</sup> Unger schließt mit den Worten: „Es wird Sache der Journale sein, Angriffe, die gegen einzelne Artikel erhoben worden sind, in der Weise zu beantworten, die nach

---

zur Regierung steht, so fällt mir dabei durchaus nicht ein zu glauben, daß sie ein sogenanntes Regierungsorgan sei, daß das Blatt von der Regierung subventioniert werde, da ich ganz gut weiß, daß das nicht der Fall ist; ich fasse das vielmehr so auf, daß dieses Blatt im Ganzen und Großen, wie ich mich auch dessen freue, die Politik der Regierung unterstützt. Aber ich weiß doch aus Erfahrung, daß das am Ende nicht gerade der schönen Augen der Minister wegen geschieht (Heiterkeit), sondern daß auch einiges dagegen gegeben werden muß, und zwar dadurch, daß man mit dem Blatte oder mit den hervorragenden Leitern desselben in Beziehungen sei, daß man sie doch zum Theile von der Tendenz der Regierung unterrichte, daß man dem Blatte den Vortheil zuwende, gewisse Dinge früher zu erfahren als andere Blätter, was immerhin für jenes angenehm sein mag.“

<sup>365</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 125 ff.

<sup>366</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 125 f.

<sup>367</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 126.

<sup>368</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 126.

meiner Meinung die einzig richtige ist: auf journalistische Angriffe gehört eine journalistische Abwehr, kein parlamentarischer Angriff.“<sup>369</sup>

Obgleich Unger neben der Preßleitung und seiner Tätigkeit als „Regierungssprecher im Ministerrang“ demnach kein spezifisches Ressort zugeteilt wurde „war er an allen wichtigen Aktionen des Ministeriums in hohem Grade beteiligt gewesen.“<sup>370</sup> So hatte „Unger im Cabinet eine hervorragende und führende Stellung eingenommen.“<sup>371</sup> Er entwickelte sich zu einem aktiven Redner im Ministerrat und trat im Laufe seiner Ministerzeit immer wieder mit teils aufsehenerregenden Reden in den Häusern des Reichsrates hervor. Jellinek formuliert hierzu: „Seine tief durchdachten, künstlerisch abgerundeten, nicht nur die eigene Position vertheidigenden, sondern scharf pointirten, häufig sogar den Gegner bekehrenden Reden sind wohl die vollendetsten oratorischen Leistungen gewesen, die man jemals von der Ministerbank des österreichischen Reichsrathes gehört hat.“<sup>372</sup>

## **b) Wahlreform 1873**

Von besonderer Bedeutung ist die „die von Unger politisch mitentworfen und erfolgreich durchgesetzte Reichstagswahlreform 1873, die eine Direktwahl der Abgeordneten (allerdings noch in einem Zensuswahlssystem) vorsah und damit der Verweigerung der Entsendung von Abgeordneten durch Landtage (einer nationalistisch motivierten Boykottmaßnahme) entgegenwirken sollte.“<sup>373</sup> Die Reichstagswahlreform, welche nach dem federführenden Innenminister Josef Lasser von Zollheim auch die Lassersche Wahlrechtsreform genannt wird, ist „nicht zum geringsten Teil Ungers Werk.“<sup>374</sup> In den komplexen Verhandlungen sowie dem langwierigen politischen Prozess inklusive der Adaptionen des Notwahlgesetzes<sup>375</sup> trat Unger immer wieder hervor. Er ergriff des Öfteren im Ministerrat hierzu das Wort. Zumeist äußerte er sich Innenminister Lasser unterstützend<sup>376</sup>, brachte jedoch mitunter auch

---

<sup>369</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 127.

<sup>370</sup> Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949), 69.

<sup>371</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3.

<sup>372</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3. Ebenso Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949), 69.

<sup>373</sup> Meissel, Politischer Professor (2015), 215. Zur Wahlreform siehe Olechowski, Die Lassersche Wahlrechtsreform (2002) sowie Simon, Thomas (Hg): Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in (2010).

<sup>374</sup> Hartmeyer, Führende Abgeordnete (1949), 69 sowie Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3. Sixta, Sprechminister (1941), 63: „Unger hatte eine grössere Rolle in der Vorgeschichte dieses Entwurfs gespielt.“ Zur Rolle Ungers siehe ausführlich Sixta, Sprechminister (1941), 62 ff.

<sup>375</sup> Zur Genese hierzu siehe Olechowski, Lassersche Wahlrechtsreform (2002), 147 ff.

<sup>376</sup> Etwa in Ministerratsprotokolle 10 vom 14.1.1872, 21 f.

eigene Vorschläge hinsichtlich der technischen Abwicklung der legislativen Akte ein<sup>377</sup>. Hinsichtlich der unmittelbaren Wahlreform war Unger war etwa an der „Ministerbesprechung“ des Kaisers (zusammen mit Ministerpräsident Auersperg, Innenminister Lasser sowie Ackerbauminister Chlumecky und dem galizischen Statthalter Goluchowski,) am 7. Februar 1873 beteiligt, in welcher der Kaiser seine grundsätzlichen Bedenken<sup>378</sup> bereits aufgegeben hatte und nur noch zu verhindern suchte „daß wenn die direkten Wahlen zu Stande kommen, der Reichsrath aus Galizien entweder nicht oder in einer Weise beschickt würde, die nicht nur dem Interesse der allerhöchsten Krone und höheren staatlichen Interessen, sondern dem eigenen Interesse des Ministeriums selbst nicht entsprechen würde.“<sup>379</sup> Weiters gehörte Unger dem Ministerkomitee an, welches die Reform in eine Gesetzesvorlage fasste, welche am 15. Februar 1873 seitens der Regierung im Abgeordnetenhaus eingebracht wurde.<sup>380</sup> Unger hatte bereits im Vorfeld hinsichtlich der Vorlage erwirkt, „dass die Bestimmung weggelassen wurde, die besagt, wenn ein Abgeordneter dauernd verhindert aus dem Reichsrath ausscheidet, soll er für sechs Jahre seine Wählbarkeit verlieren. Diese Bestimmung hatte für die Regierung wenig Wert, machte aber bei den föderalistischen Elementen einen unnötig schlechten Eindruck.“<sup>381</sup>

Die tatsächliche Rolle Ungers während der Wahlreform ist nur schwer zu rekonstruieren. Viele Ministerratsprotokolle aus jener Zeit fielen bereits dem Justizpalastbrand 1927 zum Opfer. Es ist relativ wenig Greifbares überliefert. Die erhaltenen Ministerratsprotokolle zeigen Unger zuvorderst als Unterstützer Lassers, ohne dass ihm hierbei eine gewichtige eigene Tätigkeit zugefallen wäre. Viele seiner Aktivitäten spielten sich hinter den Kulissen der Öffentlichkeit ab: „Doch als das Gesetz in das Blickfeld der Öffentlichkeit kam, tat Unger nichts mehr in dieser Angelegenheit.“<sup>382</sup> In der Frage der Wahlberechtigung „geistlicher *Beneficiaten*“, einem Nutznießer eines kirchlichen *Beneficiums*, welche die Politik noch lange nach der Verabschiedung der Wahlreform beschäftigte<sup>383</sup>, trat Unger als „Rechtsanwalt der Regierung“<sup>384</sup> nochmals im Bereich der Wahlreform im Abgeordnetenhaus in Erscheinung.<sup>385</sup> Es ging hierbei um die Annullierung der Reichsratswahlen in Oberösterreich (Österreich ob

---

<sup>377</sup> Beispielsweise geht die Änderung des § 18 StGG über die Reichsvertretung (RGBl 24/1872) auf eine Initiative Ungers zurück (Ministerratsprotokolle 17 vom 24.1.1872, 4 ff).

<sup>378</sup> Olechowski, Lassersche Wahlrechtsreform (2002), 161: „So war es noch Anfang 1873 unsicher, ob der Kaiser überhaupt seine Zustimmung geben würde.“

<sup>379</sup> Olechowski, Lassersche Wahlrechtsreform (2002), 161.

<sup>380</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 62.

<sup>381</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 63 f.

<sup>382</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 64.

<sup>383</sup> Siehe Sixta, Sprechminister (1941), 64 ff.

<sup>384</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 65.

<sup>385</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3573 ff.

der Enns), wo die geistlichen *Beneficiaten* in der Kurie der Großgrundbesitzer zugelassen worden waren, wobei geistliche *Beneficiaten* von den Landtagswahlen in Oberösterreich ausgeschlossen waren. In seiner kontrovers rezipierten Rede<sup>386</sup> betonte Unger, dass es sich hierbei zuvorderst um eine Rechtsfrage und nicht um eine politische Frage handelte.<sup>387</sup> So erläuterte Unger ausführlich den Nießbrauch sowie die juristische Person bzw die Position des „geistlichen *Beneficiaten*“ und kommt schlussendlich zum Ergebnis, „daß sich der geistliche *Beneficiat* in der rechtlichen Stellung eines Vasallen befindet, daß er nicht Nutznießer, sondern Nutzungseigenthümer ist und daß er im streng juristischen Sinne des Wortes Besitzer des landtäflichen Gutes ist.“<sup>388</sup> Als Konsequenz dieser Rechtsposition schließt Unger damit „dem hohen Hause die Agnoscirung der Wahlen aus dem Großgrundbesitze in Oberösterreich auf das Wärmste zu empfehlen.“<sup>389</sup> Dennoch wurde der Minoritätsantrag zur Annullierung der Wahl angenommen – wenn auch nur mit sehr knapper Mehrheit (120 zu 116).<sup>390</sup>

### c) Strafprozessordnung 1873

Eine weitere wesentliche Entwicklung während der Amtszeit der Regierung Auersperg, an welcher Unger sich beteiligte, war die auf Justizminister Julius Glaser zurückgehenden Strafprozessordnung, welche, obgleich mehrfach novelliert und dreimal wiederverlautbart (1945, 1960 und 1975), grundsätzlich noch heute gilt.<sup>391</sup>

---

<sup>386</sup> Im Abgeordnetenhaus wurde seine Rede teils mit „Bravo“- Rufen und „lebhaftem Beifall“ aber auch mit „lebhaftem Widerspruch und Murren“ von Links bedacht. Weiters führte der Inhalt jener Rede gar zu einer Verstimmung Jherings gegenüber Unger. Jhering hatte die Rede in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung vom 12.1.1875 gelesen, wo diese in einer eigenen Beilage abgedruckt wurde. Der Grund für die Verstimmung lag in Ungers Ausführungen zum Nießbrauch, besonders der Auszug in welchem er Jhering, „den berühmten Juristen“ als zu materialistisch bezeichnete, obgleich er grundsätzlich dessen Meinung folgte (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3579). Jhering verfasste hierzu einen (nicht erhaltenen) Brief an Glaser, welcher diesen Unger vorlegte. Unger replizierte seinerseits Jhering per Brief am 31.1.1875, in welchem er klar stellte, dass er Jhering nicht verletzen wollte- siehe hierzu ausführlich Losano, Briefwechsel (1996), 53 ff sowie der Brief Ungers an Jhering, abgedruckt in Losano, Briefwechsel (1996), 174 ff.

<sup>387</sup> Etwa in Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3582: „Die Frage ist, wie gesagt, keine Frage des Liberalismus, sie ist keine Frage des Klerikalismus, sie ist einfach eine Rechtsfrage.“

<sup>388</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3582.

<sup>389</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3583.

<sup>390</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 100. Sitzung der VIII. Session am 18.12.1874, 3585. Aber: „Die feudalen Großgrundbesitzer erwirkten bei der Statthalterei eine Ersatzwahl aus dem oberösterreichischen Großgrundbesitz. Diese zweite Wahl wurde nicht angefochten.“ (Sixta, Sprechminister (1941), 66)).

<sup>391</sup> Zur StPO 1873 siehe Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1, (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 9 : Th. 4) (1883) sowie Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. II, (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 9 : Th. 4) (1885); Zum Entwicklungsgang der StPO siehe Liebscher, Viktor (Hg.), Festschrift 100 Jahre österreichische Strafprozeßordnung 1873-1973 (1973).

Unger hatte ein inniges Verhältnis zu Glaser.<sup>392</sup> Die beiden gaben etwa gemeinsam mit Joseph von Walther ab 1859 die „Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des K.k. Obersten Gerichtshofes“<sup>393</sup> heraus. Nach dem Tod Glasers am 26. Dezember 1885 verfasste Unger einen Nachruf auf seinen Freund.<sup>394</sup> Er schrieb auch die Vorrede zu dem von Glasers Witwe Wilhelmine zusammengetragenen bibliographischen Verzeichnis ihres verstorbenen Gatten.<sup>395</sup> Bezüglich der StPO bemerkte Unger: „Julius Glaser verfasste in anderthalb Jahren die allgemein als musterhaft anerkannte Strafproceßordnung und brachte sie innerhalb dieses Zeitraums in beiden Häusern des Reichsrats zur Annahme – eine große, nicht nur legislatorische, sondern auch parlamentarische Leistung.“<sup>396</sup>

Des Weiteren schrieb er im Nachruf auf Glaser:

„Die Leistungen Glaser’s auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafprocesses zu würdigen, muß ich einem ihm ebenbürtigen Fachgelehrten überlassen. Zwei Momente aber darf ich hervorheben. Die Strafproceß-Ordnung, die er geschaffen hat, wird nicht nur in Deutschland, sondern auch in Frankreich und Italien als ein Meister und Musterwerk, als die beste Codifikation anerkannt. Als die hervorragendsten Gelehrten Deutschlands sich zusammenfanden, um ein systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft herauszugeben, da wendeten sie sich an den österreichischen Gelehrten und übertrugen ihm die Darstellung des deutschen Strafprocesses. Eine größere Anerkennung ist einem österreichischen Rechtsgelehrten nicht zu Theil geworden: in ihm und durch ihn hat die österreichische Jurisprudenz ihren größten Triumph gefeiert.“<sup>397</sup>

Noch beinahe eine Dekade nach dem Tode Glasers nahm Unger in seiner Rede zur neugeschaffenen ZPO Bezug auf Glasers StPO. Die neue ZPO sei „ein würdiges Seitenstück zu der berühmten Strafproceßordnung des unvergeßlichen Justizministers Glaser“<sup>398</sup>.

---

<sup>392</sup> Die beiden hatten sich im Zuge der Revolutionswirren 1848 kennengelernt (siehe oben I.2) (8 ff, insb. 10)).

<sup>393</sup> Die Sammlung wurde auch nach dem Tod Glasers (1885) sowie Ungers (1913) weitergeführt. Weitere Herausgeber waren somit später Leopold Pfaff, Josef von Schey sowie Vincenz Krupský.

<sup>394</sup> Unger schließt den Nachruf mit einem Zitat aus Ludwig Uhlands berühmtem Gedicht „Der gute Kamerad“: „Ich hatt’ einen Kameraden, einen bessern findst du nicht.“ (Unger, Nachruf (1885), 12).

<sup>395</sup> Glaser, Wilhelmine (Hg): Julius Glaser, Bibliographisches Verzeichnis seiner Werke, Abhandlungen, Gesetzesentwürfe und Reden (1888).

<sup>396</sup> Unger, Mosaik (1911), 194 f.

<sup>397</sup> Unger, Nachruf (1885), 5.

<sup>398</sup> Unger, Joseph: Unger, Civilproceßordnung (1895) (idF Unger, Civilproceßordnung (1895)), 12. Zur ZPO (CPO) siehe unten I. 7) a) ab) (82 ff).

Ungers Tätigkeit bei der Schaffung der StPO beschränkte sich jedoch auf Glaser unterstützende Meldungen im Ministerrat. Er trat mit keinerlei Reden hierzu im Reichsrat in Erscheinung. Die Hauptlast, insbesondere die Verteidigung und Rechtfertigung der StPO im Abgeordneten- sowie Herrenhaus, trug Glaser selbst.<sup>399</sup>

So limitiert Ungers Rolle bei der StPO blieb, umso entscheidender war sein Einsatz bei der zweiten Hauptleistung des Kabinetts Auersperg im Bereich der Rechtsprechung und Rechtsverfolgung, deren Konsequenzen bis in die Gegenwart von gehöriger Bedeutung sind: der Schaffung des Verwaltungsgerichtshofes (1875).

#### **d) Verwaltungsgerichtshof 1875<sup>400</sup>**

Bereits in der von Unger verfassten Thronrede vom 28. Dezember 1871 hatte der Kaiser folgendes angekündigt: „Meine Regierung ist mit der Vollendung eines Gesetzesentwurfes über den Wirkungskreis und die Bildung eines Verwaltungsgerichtshofes beschäftigt. (Bravo! Rufe im Publikum), wodurch eine Bestimmung des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt zur Ausführung gebracht wird.“<sup>401</sup>

Unger war der Ansicht, dass die Schaffung des VwGH bereits in der Thronrede aufzugreifen sei, wofür er zwei Gründe anführte. Zum einen „sei in beiden Häusern des Reichsrathes und namentlich im Herrenhaus die Regierung wiederholt zur Einbringung einer solchen Vorlage aufgefordert worden und hätten mehrere Mitglieder des jetzigen Ministeriums für diese Aufforderung an die Regierung gestimmt. Die Minister würden nun in eine schiefe Position gerathen, wenn in dieser Richtung nichts geschähe.“<sup>402</sup> Zum zweiten führte Unger seine persönliche Erfahrung an, „die er als Mitglied des Reichsgerichtes zu machen in der Lage war (und) in ihm die Ueberzeugung befestigt (hatte), daß so lange nicht der Verwaltungsgerichtshof ins Leben gerufen wird, das Reichsgericht nicht aufhören werde, Fälle der Verwaltungsjustiz an sich heranzuziehen, wozu das Reichsgericht nach seiner

---

<sup>399</sup> Vgl hierzu Kaserer (Hg): Die Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873 und deren Einführungsgesetz mit Materialien, Bd II (1873).

<sup>400</sup> Zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe die umfangreiche Aufarbeitung in Olechowski, Thomas: Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) (idF Olechowski, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1999)) (hier zu Unger etwa 103 ff) sowie allgemein Olechowski, Thomas: Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (2001).

<sup>401</sup> Thronrede in Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses–1. Beilage der VII. Session, Absatz 8 (bezugnehmend auf Art 15 StGG über die richterliche Gewalt- RGBI 144/1867).

<sup>402</sup> Ministerratsprotokolle 138 vom 25.12.1871, 9 f.

Zusammenstellung gar nicht geeignet sei. Er sei dieser Ausdehnung der Kompetenz des Reichsgerichtes jederzeit entgegen getreten, er sei aber immer überstimmt worden; namentlich vertrete auch der Präsident Baron Krauss das gewissermassen substitutorische Eintreten des Reichsgerichtes in Verwaltungsjustizsachen.<sup>403</sup>

In der Entwicklung der gesetzlichen Umsetzung der Ankündigung, welche schließlich im „Gesetz vom 22. Oktober 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes“<sup>404</sup> gipfelte, spielen insbesondere zwei Personen<sup>405</sup> eine herausragende Rolle: der Verwaltungsjurist Karl von Lemayer<sup>406</sup>, zum damaligen Zeitpunkt Beamter im Unterrichtsministerium<sup>407</sup>, sowie Joseph Unger. Von all den gesetzgeberischen Akten und Reformen der Regierung Auersperg war Unger bei der Schaffung des VwGH am intensivsten involviert. Jellinek umschreibt Ungers Tätigkeit im Rahmen der Etablierung des VwGH wie folgt: „Von bleibenden Neuschöpfungen, die sich an seinen [Unger] Namen knüpfen seien nur erwähnt die Reform der österreichischen Universitäten [...], sowie die Schöpfung des Verwaltungs-Gerichtshofes, dieses wichtigen Institutes zur Verwirklichung des modernen Rechtsstaates, das er von dem Reichsrathe gegen staatsrechtliche und technische Bedenken verschiedenster Art erkämpfte. Als parlamentarischer Redner hat er in dieser Zeit die reichsten Lorbeern errungen.“<sup>408</sup>

Unger selbst schilderte seine Tätigkeit allerdings folglich:

„Es drängt mich einmal öffentlich auszusprechen, daß das Hauptverdienst an der Abfassung des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof dem allzufrüh verstorbenen, hochbegabten, charakterfesten Lemayr zukommt, an dessen krankem Herzen der tiefe Kummer nagte, daß er sowohl in der Unterrichtsverwaltung wie am Verwaltungsgerichtshof nicht an die leitende Stelle gelangte, die ihm von Talents- und Verdienstwegen gebührt hätte. Nachdem wir die Prinzipien, auf denen das Gesetz aufgebaut werden sollte, gemeinsam beraten und festgestellt hatten, entwarf er in kurzer

---

<sup>403</sup> Ministerratsprotokolle 138 vom 25.12.1871, 10. Die Gegner des Gesetzes zur Errichtung des VwGH forderten wiederholt, dass dessen Aufgaben dem Reichsgericht zugeteilt werden sollten (siehe hierzu sogleich).

<sup>404</sup> RGBI 36/1876.

<sup>405</sup> Natürlich waren an der Schaffung des Gesetzes sowie den Diskussionen mehrere Personen aktiv. Für Überblick über alle in wesentlichem Ausmaß beteiligten Personen siehe Olechowski, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1999), 101 ff.

<sup>406</sup> Siehe hierzu Ogris, Werner: Karl Freiherr von Lemayer – Leben und Wirken (1976), neu abgedruckt in Ogris, Werner: Elemente europäischer Rechtskultur (hrsg. von Olechowski, Thomas) (2003), 285 ff (idF Ogris, Lemayer (1976) in Elemente).

<sup>407</sup> Eintritt 1869. Tätigkeit im Unterrichtsministerium bis 1881; anschließend Karriere am Verwaltungsgerichtshof.

<sup>408</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3.

Zeit mit Meisterhand die achtundvierzig Paragraphen, aus denen das Gesetz besteht, das sich so trefflich bewährt hat. Mir kommt höchstens das Verdienst zu, das Gesetz im Ministerrat gegen die zähe Abneigung einiger Verwaltungsminister (ich mußte zu wiederholten Malen meine Demission in Aussicht stellen) und in beiden Häusern des Reichsrats gegen widerstrebende Strömungen glücklich durchgebracht zu haben.<sup>409</sup>

Die genaue Arbeitsverteilung zwischen Lemayer und Unger ist jedoch diffuser, als es das obige Zitat vermuten lässt.

In der Tat nahm Lemayer erheblichen Anteil an einem der „legislatorischen Kardinalprobleme der frühen siebziger Jahre, der Aktivierung des Verwaltungsgerichtshofes.“<sup>410</sup> Es war jedoch Joseph Unger, wie Lemayer selbst berichtet, welcher die Initiative ergriff und ihn im Dezember 1871 mit der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfes betraute: „[Ich erhielt] von dem Minister Dr. Joseph Unger, der sich diese legislative Arbeit speziell vorbehalten hatte, den Auftrag, den Gesetzesentwurf über die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes auszuarbeiten.“<sup>411</sup>

Lemayer konzipierte daraufhin in Rekordzeit, „bis Ende Januar 1872“<sup>412</sup>, den gewünschten Entwurf. Er nennt diesen jedoch einen „unter den *Auspicien* des Ministers Unger ausgearbeiteten Entwurf.“<sup>413</sup>

1872 führte Unger den Vorsitz einer veranstalteten Enquete bezüglich des Entwurfs, welchen Lemayer referierte.<sup>414</sup> Lemayer verfasste auch den Motivenbericht der Regierungsvorlage.<sup>415</sup>

Die zentrale und sicherlich wichtigste Aufgabe Ungers lag weniger in der fachlichen Ausarbeitung des Verwaltungsgerichtshofgesetzes – wie er in zitierter Analyse selber einräumt – als in dessen politischer Durchsetzung. Es war nicht zuletzt Ungers vielgerühmtem Redetalent zu verdanken, dass das Gesetz schlussendlich angenommen wurde, obgleich es in den Häusern des Reichsrats<sup>416</sup> (wie auch in der Lehre<sup>417</sup>) auf teils harsche

---

<sup>409</sup> Unger, Mosaik (1911), 124 f.

<sup>410</sup> Ogris, Lemayer (1976) in Elemente, 292.

<sup>411</sup> Lemayer, Karl: Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (1902) (idF Lemayer, Begriff des Rechtsschutzes (1902)), 206 f.

<sup>412</sup> Ogris, Lemayer (1976) in Elemente, 292.

<sup>413</sup> Lemayer, Begriff des Rechtsschutzes (1902), 214.

<sup>414</sup> Ogris, Lemayer (1976) in Elemente, 293.

<sup>415</sup> Vgl Ogris, Lemayer (1976) in Elemente, 293; Motivenbericht abgedruckt in Gautsch von Frankenthurn, Paul: Die Gesetze v. 22.10.1875, Nr.36 u. 37/1876 über den VwGH mit Materialien (1876), 1 ff.

<sup>416</sup> Insbesondere Anton Hye von Glunek, Franz von Hein (beide Herrenhaus) sowie Abg. Kronawetter und Ernst von Plener (Abgeordnetenhaus) – siehe unten sogleich.

Kritik stieß. Insbesondere die Eigenschaft des VwGH, als „Cassationshof“ zu fungieren, wurde heftig beanstandet.

Der Gesetzesentwurf wurde, zum Wohlwollen Ungers<sup>418</sup>, im Herrenhaus eingebracht, wo sich eine leidenschaftliche Debatte hierüber entwickelte. So verteidigte Unger den Entwurf am 22. Jänner 1875 mit einer ausführliche Rede<sup>419</sup>. Er reagierte hierbei auf die Kritik seines Vorredner, des Freiherrn Anton Hye von Glunek.<sup>420</sup> Die Rede ist ein Beispiel für die Begabung Ungers und gibt einen guten Einblick in die multiplen politischen Widerstände welche sich gegenüber der Errichtung des Verwaltungsgerichtes regten. Hye kritisierte primär, dass der VwGH in seiner umfassenden Konzeption an den realen Begehren der Bevölkerung vorbeigehe, da selbige im Verwaltungsbereich primär steuerlicher Natur wären: „Die Beschwerden des Volkes im Großen bestehen vor allen Anderen in Beziehung auf die Entscheidung der Finanzbehörden in Steuer- und Gebührensachen...“<sup>421</sup>. Er beschuldigte die Regierung einen Verwaltungs- sowie insbesondere einen Verfassungsbruch anhand des besprochenen Gesetzes zu begehen<sup>422</sup>, in erster Linie angesichts des Art 15 StGG über die richterliche Gewalt<sup>423</sup>, welcher dem durch Verwaltungsentscheidung „in seinen Privatreechten Benachtheiligten“<sup>424</sup> freistellt, „Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen.“<sup>425</sup>

Hye beantragte daher die „Zurückleitung an die Specialcommission“<sup>426</sup> und eine Abänderung des Entwurfes dahingehend, dass der Verwaltungsgerichtshof nur für Steuer- und Gebührensachen zuständig sein soll und alle anderen Bereiche grundsätzlich dem Reichsgericht zuzuteilen seien.<sup>427</sup> In der Funktion eines „Steuergerichtshof“ habe der VwGH „nicht bloß als Cassationshof zu fungieren, sondern über die streitigen Rechtspunkte

---

<sup>417</sup> Etwa Koller, Peter : Bedenken gegen die Anträge der Regierung zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und die Einführung der Rechtsprechung in die österreichische Verwaltung (1874).

<sup>418</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 68: „Der Kaiser gestattete die Einbringung des Gesetzesentwurfs. Es erhob sich die Frage, in welchem der beiden Häuser die Vorlage eingebracht werden sollte. Unger stimmte gerne zu, als das Herrenhaus vorgeschlagen wurde. Dieses Haus sei mit keiner größeren Frage Außer der Strafprozessordnung beschäftigt, sodass das Schicksal dieses Entwurfs sicherer erscheine als im Abgeordnetenhaus, wo er vom liberalen Standpunkt beurteilt werde. Er wolle ihn vom technischen Standpunkt aus beurteilt wissen.“

<sup>419</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442 ff, 464, 473 ff, 484 ff.

<sup>420</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 432 ff.

<sup>421</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 433.

<sup>422</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 432 ff.

<sup>423</sup> Artikel 15. In allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstrebende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung in seinen Privatreechten Benachtheiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen. (StGG über die richterliche Gewalt (RGG 144/1867)).

<sup>424</sup> Art 15 StGG über die richterliche Gewalt- RGG 144/1867.

<sup>425</sup> Art 15 StGG über die richterliche Gewalt- RGG 144/1867.

<sup>426</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442.

<sup>427</sup> Vgl Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442.

meritorische Erkenntnisse zu fällen“<sup>428</sup>, da ein bloßer Cassationshof wirkungslos gegenüber der Verwaltung sei.

Unger wies hierauf in einer seiner leidenschaftlichsten Reden jene Kritiken zurück: „Ich wüßte in der That kaum, welcher dieser Vorwürfe schwerer, welcher ärger ist, ob auf der einen Seite der unter der Gestalt von Anführungszeichen genannte ‚Verfassungsbruch‘ oder die direct der Regierung vorgeworfene Zerstörung, Lähmung, Untergrabung der gesammten Verwaltung, also ein ‚Verwaltungsbruch‘.“<sup>429</sup>

Er griff seinen Vorredner scharf an und bezichtigte dessen Forderung selbst als Verfassungsbruch hinsichtlich Art 15 StGG über die richterliche Gewalt 1867.<sup>430</sup> In der Folge rechtfertigt Unger das Vorgehen der Regierung als verfassungskonform in Bezug auf Art 15 StGG über die richterliche Gewalt und liefert ein Plädoyer für die Sonderstellung der Gerichte des Öffentlichen Rechts<sup>431</sup>. Insbesondere betont er:

„Es ist klar, daß hier Gerichte und Verwaltung einander gegenüber gestellt werden, daß dem in seinen Rechten Verletzten durch das Gericht gegen die Verwaltung geholfen werden soll, daß also der Verwaltungsgerichtshof nicht als Berufungsinstanz innerhalb der Verwaltung an der Spitze derselben stehe, sondern daß er, außerhalb der Verwaltung stehend dem Verletzten noch ein ganz außerordentliches, besonderes Schutzmittel gewähren soll gegen die Uebergriffe der Verwaltung. Dies ergibt sich, wie gesagt schon

---

<sup>428</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442.

<sup>429</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442.

<sup>430</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 443: „Ich bedauere, daß Seine Excellenz Herr Baron Hye seine heutige Rede nicht im Jahre 1867 gehalten hat. Damals, glaube ich, wäre der richtige Augenblick gewesen. Die gegenwärtige Regierung führt das Staatsgrundgesetz aus oder sucht es wenigstens auszuführen, jenes Gesetz, unter dem sich wie seine Excellenz es selbst hervorgehoben hat, sein Name als Unterschrift befindet. Gewiß erkennt Niemand mehr als ich an, daß man seine Ansicht im Laufe der Zeit ändern kann und darf, daß es eine Sache moralischen Muthes ist, dies offen zu bekennen; allein ich glaube, der Regierung kann doch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie es für ihre Pflicht hält, soweit es nur irgend möglich ist, die Staatsgrundgesetze auszuführen, nicht aber die Staatsgrundgesetze aufzuheben, sei es nun direct oder indirect. Denn im Grunde auf nichts Anderes als auf directe oder indirecte Aufhebung des Staatsgrundgesetzes kommt der ganze Vorschlag des geehrten Herrn Vorredner hinaus. Ich würde aber, ich muss es offen sagen, noch viel mehr Muth darin finden – und wenn ich mich in der Lage des Vorredners befände, würde ich auch so weit gehen – geradezu zu sagen: Ich beantrage die Abänderung des Artikels 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt. Denn wenn die Finanzsachen einem eigenen Steuer- und Gebührengerichtshofe zugewiesen werden und wenn andererseits alle übrigen Angelegenheiten dem Reichsgerichte zugewiesen werden sollen- das ist der Hauptantrag des geehrten Herrn Vorredners, auf den ich noch zurückkommen werde- oder wenn auch nicht dem Reichsgerichte zugewiesen, überhaupt gar keinem Gerichte zugewiesen werden sollen, dann heißt das mit anderen Worten, den Artikel 15 des Staatsgrundgesetzes aufheben, denn es ist dann ein Verwaltungsgerichtshof eben nicht zu errichten.“

<sup>431</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 443 ff.

aus dem Wortlaute des Staatsgrundgesetzes, aus der grammatikalischen Auslegung desselben.“<sup>432</sup>

Eine Unterordnung der Verwaltung unter die Justiz, also unter die Jurisdiktion des Reichsgerichtes, „würde die Lähmung der Verwaltung zur Folge haben, das hieße die ganze staatliche Ordnung den Rechten der Einzelnen und den Rechtstreiten mit diesen Einzelnen preiszugeben.“<sup>433</sup> Unger bekräftigt somit die Sonderstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit: „Der Verwaltungsgerichtshof darf niemals unter keinerlei Umständen ein Anklagetribunal der Verwaltung sein.“<sup>434</sup> Aus dieser Konstellation, dh der Tatsache, dass der VwGH keine „administrative Berufungs- und Entscheidungsinstanz bilden kann“<sup>435</sup> und andererseits „außerhalb der Verwaltung stehend, nicht ein Anklagetribunal der Verwaltung sein darf“<sup>436</sup>, folgt laut Unger „die einzige und naturgemäße Antwort: er hat die Function eines Cassationshofes“<sup>437</sup>. Dies sei der „Cardinalpunkt“<sup>438</sup>. Seine Aufgabe ist es nicht Fragen der Verwaltungstätigkeit an sich, sondern Rechtsfragen der Verwaltung zu entscheiden.<sup>439</sup>

Die Effektivität des VwGH als Kontrollinstanz hängt laut Unger auch richtigerweise, wie bei allen rechtsstaatlichen Kontrollinstrumenten, zuvorderst von der staatlichen Reife ab und nicht von seiner Eigenschaft als „Cassationshof“ oder als Gerichtshof mit meritorischer Entscheidungsbefugnis: „Man mag noch so viele Garantien gegen den Mißbrauch der Verwaltung schaffen: aber alle gesellschaftlichen und staatlichen Einrichtungen lassen sich nicht auf das Fundament des Mißtrauens, sondern immer nur auf das ethische Fundament des Vertrauens basieren. Und darum schreckt mich auch jene Einwendung der Frucht- und Wirkungslosigkeit der cassatorischen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes nicht.“<sup>440</sup>

Des Weiteren sei ein meritorisches, reformatorisches Urteil des VwGH, dh der VwGH als Revisionsinstanz, grundsätzlich „staatsrechtlich unzulässig und praktisch unausführbar.“<sup>441</sup>

Die staatsrechtliche Unzulässigkeit des VwGH als Revisionsinstanz ergäbe sich aus der Struktur der Verwaltung<sup>442</sup> – insbesondere angesichts autonomer Verwaltungsbehörden, in

---

<sup>432</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 444 f.

<sup>433</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446.

<sup>434</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446.

<sup>435</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446.

<sup>436</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446.

<sup>437</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446.

<sup>438</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446 .

<sup>439</sup> Vgl Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 446 f.

<sup>440</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 447.

<sup>441</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 448.

<sup>442</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 448 f.

deren autonomen Wirkungsbereich der VwGH keine meritorische Entscheidungskompetenz haben kann: „Wollten sie aber dem Verwaltungsgerichtshofe statt einer cassatorischen eine Revisionsfunction geben, dann setzen Sie ihn an die Stelle der autonomen Behörde und er entscheidet dann statt ihrer in ihrem Wirkungskreise, was staatsrechtlich nicht zulässig erscheint: die autonome Behörde würde zu einem Vollzugsorgane des Verwaltungsgerichtshofes.“<sup>443</sup>

Praktisch unausführbar sei eine meritorische Entscheidungskompetenz des VwGH, da ein einzelner VwGH niemals die weitreichenden, verzweigten Sachentscheidungen der Verwaltung in einem Flächenstaat bewältigen könne:

„Sollte der Verwaltungsgerichtshof auch meritorisch entscheiden, so müßte man vielleicht von ihm sogar verlangen [...] daß er auch über die Thatsachen, über die *quaesti facti*, entschiede. Denn – sagt man – eine Entscheidung, die nicht auf einer selbstständigen Prüfung der Thatfragen beruht, sei keine Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis. Soll nun ein einziger Verwaltungsgerichtshof in Wien alle Thatsachen, die sich auf dem ungeheuren Gebiete der Verwaltung in ganz Österreich ergeben untersuchen, oder - wie man in ziemlich naiver Weise vorgeschlagen hat – in jedem Falle Delegirte an Ort und Stelle entsenden? Wieviel solcher Delegirten müßte er wohl haben, um den Thatbestand überall zu constatieren?!“<sup>444</sup>

Des Weiteren sei für den Fall der mangelhaften Tatsachenerhebung der Verwaltungsbehörde bereits im Gesetzesentwurf Vorkehrung getroffen, welche „wohl unter den gegenwärtig bestehenden Verhältnissen die einzig mögliche ist. Er gestattet nämlich dem Verwaltungsgerichtshofe die Cassation des administrativen Verfahrens, selbst wenn er sich davon überzeugt, daß wesentliche Formen des administrativen Verfahrens vernachlässigt wurden oder daß der Thatbestand einer Ergänzung bedarf.“<sup>445</sup>

Hinsichtlich der Forderung, den Reichgerichtshof für die für den VwGH beabsichtigten Belange zuständig zu machen, antwortet Unger, dass dies kontraproduktiv wäre:

„Das Reichsgericht ist, ich kann sagen, ein Verfassungs- Gerichtshof; das ist auch in den Motivenberichten des Abgeordnetenhaus anerkannt worden. Das Reichsgericht ist ein politischer Gerichtshof, der Verwaltungsgerichtshof muß ein rein administrativer,

---

<sup>443</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 449.

<sup>444</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 449.

<sup>445</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 449.

ein rein fachmännischer Gerichtshof sein. Da dürfen politische Gedanken, politische Erwägungen bei der Wahl der betreffenden Personen nicht den Ausschlag geben. Aus diesem Grunde ist es also unzulässig und ganz undenkbar, die Funktionen des Verwaltungsgerichtshofes mit jenen des Reichsgerichtes zu verbinden.“<sup>446</sup>

Der VwGH sei als Garant der beiden Grundsäulen staatlicher Ordnung, der Gerechtigkeit und der Stabilität, innerhalb der Verwaltung konzipiert worden.<sup>447</sup>

Schlussendlich widerspricht Unger noch der Behauptung Hyes, dass die Bevölkerung zuvorderst einen Steuergerichtshof verlangen und benötigen würde:

„Auch die Vertheilung der Verwaltungsagenden ist statistisch nicht so richtig, wie dies der Herr Vorredner behauptet hat; es ist nicht das Verhältnis von einem Zehntel zu neun Zehntel; die Steuer- und Gebührensachen machen nach meinen Ausstellungen, die sich auf ziemliche authentische Daten beziehen, ungefähr ein Drittel aller, und die übrigen Agenden zwei Drittel aus.“<sup>448</sup>

Die Debatte prolongierte sich am nächsten Tag. Insbesondere Freiherr von Hein<sup>449</sup> sowie Freiherr von Hye<sup>450</sup> forderten die Umwandlung des VwGH in einen Revisionsgerichtshof, dh mit meritorischer Entscheidungskompetenz, anhand zweier separater Anträge. Unger replizierte beiden mit einer weiteren ausführlichen Rede<sup>451</sup>, in welcher er gleich zu Beginn festhielt, „daß ich nicht in der angenehmen Lage bin, auch nur einem der beiden Anträge beizustimmen.“<sup>452</sup> Er verteidigt erneut die Cassationseigenschaft des VwGH und verwehrt sich auch gegenüber der erneut eingebrachten Forderung, den VwGH zur „bloßen Steuerbemessungsbehörde“<sup>453</sup> verkommen zu lassen. In der Folge brachte Baron Haerdtl den Antrag ein, dass die Besetzung nach § 6 des Entwurfs um den Zusatz „wenigstens die Hälfte dieser Mitglieder muß die Qualifikation zum Richteramte haben.“<sup>454</sup> erweitert werden solle. Unger zeigte sich hiermit einverstanden<sup>455</sup>, widersprach jedoch erneut vehement Hye, welcher im Anschluss an Haerdtl gefordert hatte auch bei § 11 oder § 15 hinzuzufügen, dass bei jedem

---

<sup>446</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 452.

<sup>447</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 451.

<sup>448</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 453.

<sup>449</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 462 ff.

<sup>450</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 467 ff.

<sup>451</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 473 ff.

<sup>452</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 474.

<sup>453</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 475.

<sup>454</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 480.

<sup>455</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 484: „Im Namen der Regierung glaube ich die Zustimmung erklären zu können zu dem Antrage, den Baron v. Haerdtl gestellt hat.“

Senat des VwGH der Vorsitzende und die Hälfte der stimmführenden Mitglieder dem Richterstand angehören müssen und zuvor mindestens fünf Jahre das Richteramt selbständig ausgeübt hatten.<sup>456</sup> Der Antrag Haerdtls wurde angenommen, sämtliche Anträge Hyes sowie Heins wurden nicht berücksichtigt. Das Gesetz gelangte demnach, mit Ausnahme der Änderung des § 6, unverändert zur Annahme im Herrenhaus.

Die Neue Freie Presse, welche die Beratungen des Herrenhauses genau verfolgte und die Reden auch wortgetreu abgedruckt hatte, berichtete: „Allein die Beredsamkeit des Ministers Unger blieb auch heute in dieser Frage siegreich.“<sup>457</sup>

Nach den intensiven Verhandlungen im Herrenhaus wurde das Gesetz dem Abgeordnetenhaus vorgelegt und am 17. und 18. März 1875 debattiert.

Am 18. März ergriff Unger das Wort. Er replizierte zunächst auf die Kritik des Abg. Kronawetter vom Vortag<sup>458</sup>, welcher eine mangelnde Umsetzung des Staatsgrundgesetzes angemerkt hatte und im Zuge dessen erneut die Forderung nach meritorischer Entscheidungskompetenz aufgestellt hatte.<sup>459</sup> Unger erwiderte, zunächst in durchaus polemischer Weise, indem er die nötige Kompetenz des Abg. Kronawetter in jenen Belangen anzweifelte.<sup>460</sup> Intensiver widmete er sich der Kritik des Abg. von Plener.<sup>461</sup> Plener hatte nach rechtsvergleichenden Ausführungen ins englische und deutsche Recht grundsätzlich angeführt, dass zuerst eine Verwaltungsreform stattfinden müsse, als Vorbedingung, ehe eine adäquate Verwaltungsgerichtsbarkeit installiert werden könne: „Wenn wir eine Codification der Verwaltungsgesetze, wenn wir bestimmte Normen für das administrative Verfahren, wenn wir ein Gesetz über die Vollzugsgewalt der administrativen Behörden, wenn wir die collegiale Organisation der Verwaltungsbehörden besitzen: dann erst werden wir gewisse Elemente der rechtsprechenden Verwaltung einführen können, dann wird dies eine Verwaltung nach Recht und Gesetz sein und wird den Grundlagen des eines Rechtsstaates entsprechen.“<sup>462</sup> Des Weiteren kritisierte Plener ebenso erneut die

---

<sup>456</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 482.

<sup>457</sup> NN: „Oesterreichischer Reichsrath“ in: Neu Freie Presse vom 24. Januar 1875 (Morgenblatt), 1.

<sup>458</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 132. Sitzung der VIII. Session am 17.3.1875, 4660 ff.

<sup>459</sup> Bereits der Abg. Sturm kritisierte hierbei im Anschluss die Forderungen und Schlussfolgerungen des Abg. Kronawetter (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 132. Sitzung der VIII. Session am 17.3.1875, 4666 ff).

<sup>460</sup> Kronawetter hatte wiederholt aus einem Lehrbuch Lorenz von Steins zitiert (insb. Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 132. Sitzung der VIII. Session am 17.3.1875, 4665 f). Unger reagierte hierauf indem er Schiller zitierte: „Was sie gestern gelernt, das wollen sie heute schon lehren; Ach! Was haben die Herren doch für ein kurzes Gedärm.“ (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4682).

<sup>461</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4675 ff.

<sup>462</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4678.

Kassationseigenschaft des VwGH.<sup>463</sup> Unger replizierte, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das StGG 1867 vorgegeben wurde und dieses Unterfangen keinen Aufschub durch einer Reformierung der gesamten Verwaltung duldete.<sup>464</sup>

Die Reformierung der Verwaltung sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt schlichtweg noch zu diffus und ungenau in ihrer Ausgestaltung, als dass eine zeitnahe Umsetzung zu erwarten wäre.<sup>465</sup>

In der Folge verteidigt Unger erneut die kassatorische Wirkung der Erkenntnisse des VwGH:

„Ein einziger Gerichtshof, der alle einzelnen concreten Rechtsfälle und Rechtstreitigkeiten, die sich erheben können, untersuchen und entscheiden müsste, ein solcher Verwaltungsgerichtshof könnte nimmermehr seine Aufgabe erfüllen. Man könnte sich nicht helfen mit einer Unterscheidung der Thatfrage und Rechtsfrage. Denn wie unendlich bei Entscheidungen des einzelnen Rechtsfalles die Trennung der That- und Rechtsfrage ist, und wie wenig es der Jurisprudenz bisher gelungen ist, dafür eine Formel zu finden, was in einem solchen Falle die Rechts- und Thatfrage sei, das werden mir alle Juristen in diesem hohen Haus zugeben. Was bleibt übrig? Nichts als die Cassation, die Lösung der Rechtsfrage *in abstracto*.“<sup>466</sup>

Des Weiteren führt Unger aus, dass auch die Kassation „ein Rechtsmittel zum Schutz des Einzelnen [ist], denn er wird gerade dadurch geschützt, daß jener Act, der ihn verletzt hat, aufgehoben und beseitigt wird.“<sup>467</sup>

Erneut liefert Unger ein flammendes Plädoyer für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zusammenfassend hält er fest: „Was ist denn also die Aufgabe, die der Verwaltungsgerichtshof, wie er als Cassationshof gedacht ist, zu lösen hat? Man kann sie kurz

---

<sup>463</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4680 f.

<sup>464</sup> „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Regierung vorgezeichnet durch das Staatsgrundgesetz, welches seiner Ausführung seit dem Jahre 1867 harrt. Von allen Seiten, in beiden Häusern des Reichsrathes sind wiederholt Petitionen an die Regierung gekommen, dahin gerichtet, endlich einmal den Verwaltungsgerichtshof ins Leben zu rufen. Die Regierung hat, um es gerade heraus zu sagen, einen Ehrenpunkt d’reingesetzt, dieses nicht leichte Gesetz abzufassen und beiden Häusern zur Behandlung vorzulegen. Hätte sie hier vielleicht warten sollen, bis erst die Reform der Verwaltungen durchgeführt worden ist? Welche jahrelange Arbeit, wie bereits gestern und heute hervorgehoben wurde, welche principielle Umgestaltung unserer Landes- und Reichsgesetzgebung da würde erst in Anspruch genommen werden müssen. Darüber würden Jahrzehnte vergehen! Und noch immer stünde die Bevölkerung ohne jeden Schutz, dessen sie doch, wie ich glaube, dringend bedarf.“ (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4683) .

<sup>465</sup> Vgl Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4683 f.

<sup>466</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4685; Unger verweist hier auf das „leuchtende Vorbild in Frankreich auf dem Gebiete des Civilprozesses“, den französischen Kassationshof.

<sup>467</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4686.

und, wie ich glaube, ziemlich scharf dahin aussprechen: Seine schöne und große Mission ist es, die gesammte Verwaltung, die autonome wie die Staatsverwaltung, in den gesetzlichen Bahnen zu erhalten.<sup>468</sup>

Nach den heftigen Debatten und Ungers unermüdlichen Engagement wurde das Gesetz schließlich auch vom Abgeordnetenhaus angenommen und am 2. April 1876 im Reichsgesetzblatt als „Gesetz vom 22. Oktober 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes“<sup>469</sup> kundgemacht.

Viele Jahre später war Unger nochmals als Berichterstatter des Herrenhauses bezüglich der „Änderung des Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes“ tätig.<sup>470</sup>

### e) Universitätsbereich<sup>471</sup>

Bereits 1853 veröffentlichte Unger einen Aufsatz mit dem Titel „Die Universitätsfrage in Oesterreich. Beleuchtet vom Standpunkte der Lehr- und Lernfreiheit“<sup>472</sup>. In seiner Zeit als Minister befasste Unger sich vor allem mit drei Themen des universitären Bereichs: den Doctorencollegien, der Jesuitenfakultät Innsbruck sowie den Kollegengeldern.

#### ea) Universitätsorganisation: „Doctorencollegien“

In der Genese des „Gesetzes, betreffend die Organisation der Universitätsbehörden“ vom 27. April 1873<sup>473</sup> spielte Unger eine wesentliche Rolle. Er trat hierbei für eine voranschreitende Unabhängigkeit der Universitäten ein. Insbesondere die Ausgliederung (§§ 23 f) der

---

<sup>468</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 133. Sitzung der VIII. Session am 18.3.1875, 4687.

<sup>469</sup> RGBI 36/1876.

<sup>470</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–36. Sitzung der XI. Session am 9.12.1893, 438 (Bericht in 282 der Beilage).

<sup>471</sup> Im Bereich universitärer Angelegenheiten hielt Unger nach seiner Zeit als Sprechminister am 1. Juni 1891 auch eine ausführliche Rede zu „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 61 ff). In ihr gibt er neben seinen teils sehr studentenfrendlichen Ansichten („Er [Graf Belcredi] verlangt also vom Studierenden, er solle auch Völkerrecht hören und eventuell daraus examiniert werden. Gewiss wäre es schön, wenn das alle wissen würden, aber das von jedem einzelnen Studenten zu verlangen, das geht zu weit“ (Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 63)) auch einen Einblick in seine Haltung zum ABGB (siehe unten IV. 1) b) (244 ff) sowie zur Aufgabe des Römischen Rechts als rechtswissenschaftliche Grundlagenbildung (vgl auch oben I. 4) b) (25 ff)).

<sup>472</sup> Die Autorenschaft ist nicht eindeutig belegt. Die Abhandlung erschien anonym, wird aber zumeist Unger zugerechnet (NN (Unger, Joseph?)): Die Universitätsfrage in Oesterreich. Beleuchtet vom Standpunkte der Lehr- und Lernfreiheit. (1853).

<sup>473</sup> RGBI 63/1873. Vgl hierzu auch Winkler, Günter: Die Rechtspersönlichkeit der Universität (1988) (idF Winkler, Universität (1988)), 242 ff.

„Doctorenkollegien“, welche an der Universität Wien und Prag bestanden, erfolgte auf sein Betreiben.<sup>474</sup> Die Doctorenkollegien waren in multiplen Bereichen in die Universitätsstruktur eingebunden. Diese umfassten sowohl vermögensrechtliche Belange als auch das Recht an Doktoratsprüfungen und Promotionen mitzuwirken.<sup>475</sup> Die Doctorenkollegien bestanden aus den graduierten Doktoren der Universität sowie aus den auswärtigen Doktoren, welche sich erfolgreich um die Aufnahme bemüht hatten.<sup>476</sup> Unger kritisierte hierbei die mangelnde Qualität der Kollegien, da oftmals Personen mit unzureichenden Kenntnissen prüfen würden, sowie die Tatsache, dass durch die Doctorenkollegien politische Streitereien im universitären Bereich ausgefochten werden würden.<sup>477</sup>

Mehrere kirchliche Vertreter, unter anderem Kardinal Schwarzenberg, hatten die Abschaffung kritisiert und den Erhalt der Doctorenkollegien in Wien und Prag als Teil der Universität gefordert. Unger verteidigte den Entwurf der Regierung im Herrenhaus.<sup>478</sup> Er sprach sich insbesondere dafür aus, die Universität von politischen Einflüssen unabhängig zu machen:

„Ich kann es mit voller Beruhigung aussprechen, die Doctorenkollegien sind längst schlafen gegangen und es ist nicht mehr für uns die Veranlassung vorhanden, sie zu neuem Leben wieder aufzuwecken. Wenn Seine Eminenz der Herr Cardinal Schwarzenberg hervorgehoben hat, die Doctorenkollegien brächten neues Leben an die Universitäten, so mag dieses Leben ein sogenanntes politisches Leben, namentlich an der Prager Universität sein. Aber für die Universitäten ist nichts gefährlicher als das politische und nationale Element. Von diesem Tempel, von dieser Stätte der Wissenschaft darf Nichts ferngehalten werden als solche vom Standpunkte der Wissenschaft aus fremdartige Elemente, und wenn irgendwo der Ausspruch: *„Odi profanum vulgus et arceo“* gilt, so gilt er von der Tempelstätte der Universitäten. Aus diesem Grunde wird es politisch und national nur zweckmäßig sein, wenn man die Universitäten in ihrer vollständigen Reinheit erhält.“<sup>479</sup>

---

<sup>474</sup> Zu Unger siehe Sixta, Sprechminister (1941), 74, allgemein siehe Ferz, Sascha: Ewige Universitätsreform. Das Organisationsrecht der österreichischen Universitäten von den thesesianischen Reformen bis zum UOG 1993, (2000) (idF Ferz, Universitätsreform (2000)), 263 ff.

<sup>475</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 74 sowie § 23 des Gesetzes, betreffend die Organisation der Universitätsbehörden (RGBl 63/1873). Winkler klassifiziert die Doctorenkollegien lediglich als „Randphänomene“ (Winkler, Universität (1988), 23).

<sup>476</sup> Vgl auch Staudigl-Ciechowicz, Kamila: Zwischen Aufbegehren und Unterwerfung. Politik und Hochschulrecht 1848–1945 in: Universität – Politik – Gesellschaft (hrsg. von Ash, Mitchell G. / Ehmer, Josef) (2015), 429 ff (432).

<sup>477</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 76.

<sup>478</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 290 f.

<sup>479</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 291.

Die Kirche hatte immer wieder vorgebracht, dass die Doctorencollegien eine privatrechtliche Angelegenheit wären, insbesondere aufgrund der vermögensrechtlichen Dimension, dh des Anspruches auf Geldleistungen selbiger, und somit dem Zugriff der Regierung entzogen wäre.<sup>480</sup> Dies negierte Unger, da die Wiener und Prager Universität eine „öffentlich-rechtliche Corporation“, also eine „Staatsanstalt“ sei: „Nun kann nach meiner Überzeugung kein Zweifel darüber sein, daß seit vielen Jahrhunderten, wie bereits wiederholt ausgeführt worden ist, die Wiener und Prager Universität den Charakter einer Staatsanstalt angenommen haben. Ist sie aber einmal eine Staatsanstalt geworden, so ist sie dem Kreise der privatrechtlichen Corporationen entrückt und in den Kreis der öffentlichen Corporationen übergegangen.“<sup>481</sup> Aufgrund dieser Tatsache sei der Anspruch auf Geldbeträge kein privatrechtlicher Anspruch, da der Titel hierfür „immer nur ein im öffentlichen Rechte der Corporation begründeter“<sup>482</sup> sei.

Der Entwurf der Regierung wurde auch weitgehend in der eingebrachten Form angenommen – die Einwände der Kirche erhielten keinen Zuspruch.<sup>483</sup> Die Doctorencollegien waren fortan „von jeglicher Beteiligung an der Leitung und Verwaltung der Angelegenheiten der Fakultät oder Universität, insbesondere die Teilnahme an der Wahl des Rektors, den Doktoratsprüfungen und Promotionsakten sowie der Bezug von Taxen für dieselben“<sup>484</sup> ausgeschlossen.

#### eb) Jesuitenfakultät Innsbruck

Auch zur katholisch-theologischen Fakultät der Universität Innsbruck hielt Unger eine ausführliche Rede im Abgeordnetenhaus. Jene Fakultät wurde einst ausschließlich von Mitgliedern des Jesuitenordens besetzt, dh die Professoren gehörten dem Orden an und wurden auch von diesem und nicht vom Kaiser ausgewählt sowie ernannt.

Im November des Jahres 1873 wurde die Fakultät für katholische Theologie weitgehend den allgemeinen Regelungen für Universitäten unterworfen, was insbesondere die Ernennung ausschließlich österreichischer Professoren durch den Kaiser als auch den auf die Verfassung

---

<sup>480</sup> So etwa Kardinal Schwarzenberg (Sten. Prot. des Herrenhauses–21. Sitzung der VII. Session am 27.1.1873, 255 ff sowie Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 288).

<sup>481</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 290 f.

<sup>482</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 291.

<sup>483</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 291 ff.

<sup>484</sup> Ferz, *Universitätsreform* (2000), 264.

zu leistenden Eid der Professoren beinhaltete.<sup>485</sup> In der Folge stand jedoch im Abgeordnetenhaus im Zuge der Budgetdebatte entgegen der Regierungslinie zur Diskussion, ob die katholische Theologie der Universität Innsbruck gänzlich geschlossen werden sollte (liberale Stimmen hatten die Einstellung der Fakultät verlangt) oder ob die Jesuiten aus der Fakultät entfernt werden sollten, jedoch unter Beibehaltung der Fakultät selbst auf Staatskosten.<sup>486</sup> Ebenso kritisiert wurde der Umstand, dass auch weiterhin nur Jesuiten an der Fakultät als Professoren beschäftigt waren.<sup>487</sup> Nachdem auch Unterrichtsminister Karl von Stremayr hierzu gesprochen hatte<sup>488</sup>, meldete sich Unger zu Wort.<sup>489</sup>

Er widersprach der Unterstellung, dass die Regierung durch Erhalt der Fakultät auf Seiten der Jesuiten stünde<sup>490</sup>: „Wenn ich mir in meinem innersten Inneren sagen müßte, daß, indem ich hier jetzt für die Aufrechterhaltung der theologischen Facultät in Innsbruck das Wort ergreife, ich damit einen Schritt thue zu Gunsten der Jesuiten, im Interesse der Jesuiten, im Dienste der Jesuiten, dann würden meine Lippen verstummen.“<sup>491</sup> Es sei vielmehr eine „Frage der Legalität oder Illegalität, eine Frage der Correctheit oder Incorrectheit“<sup>492</sup>. Es sei demnach zwar zutreffend, dass temporär nur Jesuiten als Professoren tätig seien, allerdings wird die Regierung „eifrig darauf bedacht sein auch Professoren anderen geistlichen Standes an der theologischen Facultät in Innsbruck anzustellen und somit nicht bloß rechtlich, sondern auch factisch die vollständige Parität in Innsbruck herzustellen“<sup>493</sup>. Der benannte Zustand an der Fakultät sei damit „nur factisch ein solcher, aber nicht rechtlich.“<sup>494</sup> Unger verstieg sich hierbei gar zu folgendem, provokantem Ausspruch:

„Es erben sich die Jesuiten an der theologischen Facultät in Innsbruck wie eine gewisse Krankheit fort, die wir aber doch nach und nach endlich einer gesunden Cur zu unterziehen hoffen und dies zu thun begonnen haben.“<sup>495</sup> Allgemein gesprochen habe die Regierung „endlich jenes, wie es mit Recht genannt worden ist, ominöse Pachtverhältniß mit den Jesuiten in Innsbruck zur Auflösung gebracht; [...] den

---

<sup>485</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 77.

<sup>486</sup> Redner pro und contra siehe Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1400 ff.

<sup>487</sup> Insbesondere Abgeordneter Herbst kritisierte dies (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1423 ff).

<sup>488</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1436 ff.

<sup>489</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1439 ff.

<sup>490</sup> Ungers grundsätzliche Haltung gegenüber dem Jesuitenorden verdeutlicht wohl anschaulich folgender Ausspruch: „Loyalität‘ stammt von *Loi*, nicht von *Loyola*, her.“ (Unger, Mosaik (1911), 177).

<sup>491</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1439.

<sup>492</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1440.

<sup>493</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1440.

<sup>494</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1440.

<sup>495</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1440.

anormalen Zustand beseitigt, daß die Professoren an der theologischen Facultät in Innsbruck durch den Jesuitenorden ernannt werden; [...] das staatliche Ernennungsrecht auch auf diesem Gebiete zur Geltung gebracht und [...] die Exklusivität auf diesem Gebiete, daß nämlich nur Jesuiten angestellt werden dürfen, vollständig beseitigt.“<sup>496</sup>

Gegenüber den radikalen Umformungsforderungen bezüglich der organisatorischen Gestaltung der Fakultät replizierte Unger: „Es ist gewiß klüger, Schritt für Schritt vorzugehen und nach und nach das Ziel zu erreichen, als gleich mit einem Sprunge zum Ziele gelangen zu wollen, wobei man bekanntlich mehr über das Ziel schießt, als in das Ziel hinein trifft.“<sup>497</sup>

Seine Ansprache wurde mit Beifall im Zentrum goutiert.<sup>498</sup> In der Folge wurden beide Anträge abgelehnt und die von der Regierung implementierte Regelung somit bestätigt.<sup>499</sup>

### ec) Kollegiangelder

Der Abgeordnete Kopp forderte mittels einer Resolution die Abschaffung des Bezuges von Kollegiangeldern an den Universitäten für Professoren sowie Rigorosen als Berufsvoraussetzung aufzuheben.<sup>500</sup> Entgegen der „Art der Regierung“<sup>501</sup> äußerte sich Unger aus „persönlichen Motiven“<sup>502</sup> zu der Resolution und hielt eine ausführliche Rede, in welcher er gegen den Antrag und insbesondere für die Beibehaltung der Kollegiangelder argumentierte. Die Kollegiangelder, welche mit dem Revolutionsjahr 1848 eingeführt wurden, ermöglichte es den Lehrenden Bezüge für weitergehenden Lehrveranstaltungen, Kollegien, zu beziehen, welche nicht Teil des verpflichtenden Lehrplans bzw der bestehenden Lehrverpflichtung waren. Der Unterricht würde einerseits „in quantitativer Beziehung einen nicht unwesentlichen Abbruch“<sup>503</sup> erleiden, da durch Wegfall der Kollegiangelder die Professoren in Abhaltung der Lehre sich auf das Minimum der Lehrverpflichtung limitieren würden und weiterführende Lehrveranstaltungen aufgrund des Wegfall der finanziellen Zusatzvergütung durch die Kollegiangelder nicht mehr stattfinden würden. Wichtiger war für Unger jedoch, dass auch in qualitativer Hinsicht der Unterricht leiden würde:

---

<sup>496</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1440.

<sup>497</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1441.

<sup>498</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1441.

<sup>499</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 41. Sitzung der VIII. Session am 24.3.1874, 1442 ff.

<sup>500</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– VIII. Session, Beilage, 406.

<sup>501</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6102.

<sup>502</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6103.

<sup>503</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6103.

„Zunächst bleibt es immerhin eine Gefahr, die man ins Auge fassen muß, daß, wenn der materielle Erfolg der Lehrtätigkeit für den Lehrer vollkommen gleichgiltig ist, daß er vielleicht denn doch dem Unterrichte nicht jene Hingebung und jenen ungetheilten Eifer zuwendet, wie dies sonst der Fall sein würde. Es ist möglich, daß der Lehrer sich überwiegend der Forschung hingibt und den Unterricht darüber vernachlässigt. Es ist möglich, daß er zwar den Unterricht ordentlich fortführt und dagegen die Forschung vernachlässigt, es ist aber auch möglich, daß er sogar Beides vernachlässigt.“<sup>504</sup>

Der wesentliche qualitative Nachteil, welchen die Abschaffung der Kollegiangelder nach sich ziehen würde, liegt allerdings für Unger darin begründet, dass dies „zu einer Beschränktheit und Einseitigkeit des Unterrichts, zu einer Exklusivität der bestimmten Richtung, zu einer Alleinherrschaft einer bestimmten Lehre“<sup>505</sup> führt. Der Grund hierfür liegt laut Unger in Folgendem begründet:

„Der Unterricht und die Forschung verkörpert und krystallisiert sich ausschließlich in dem bestimmten Kreise der vom Staate zu ordentlichen Professoren bestellten Personen. Neben ihrer Richtung, neben ihrer Methode, neben ihrer Schule kann eine andere nicht aufkommen, außer wenn die Unterrichtsverwaltung von oben es für zweckmäßig findet, für diese andere Richtung, für diese andere Methode wieder einen neuen Professor zu bestellen. Ebenso wenig wird bei diesem System sich der Unterricht, die Lehrtätigkeit den fortwährenden wechselnden Bedürfnissen des Unterrichts spontan anpassen, da jedem Lehrer von vornherein seine bestimmte Aufgabe, seine bestimmte Stelle zugewiesen ist. Und am allerwenigsten werden sich dann jüngere, tüchtigere Kräfte finden können, die als Pioniere der Wissenschaft neue Pfade, neue Wege suchen und die die Konkurrenz mit den vom Staate bestellten Professoren zu bestehen im Stande wären.“<sup>506</sup>

Unger sah demnach in der Abschaffung der Kollegiangelder eine Gefährdung der wissenschaftlichen Vielfalt der Universität – sowohl im Bereich der Forschung selbst, als auch in Bezug auf die personelle Strukturierung. Im Personalbereich erläuterte Unger speziell die Position des Privatdozenten. Diese sollten nach der Resolution weiterhin Kollegiangelder beziehen dürfen. Allerdings mahnte Unger, dass dieses von den Studenten zu bezahlen wäre und daher ärmeren Studierenden weitere Kosten auferlegen würde:

---

<sup>504</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6103 f.

<sup>505</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

<sup>506</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

„Es ist wahr, den Privatdocenten wird es auch künftig freistehen, Collegiengelder zu beziehen. Doch wohl unter der Bedingung, daß sie ihnen gezahlt werden von irgend Jemand. Aber gerade an der Erfüllung dieser wesentlichen Bedingung wird es nach meiner Ansicht fehlen. Wie soll, wenn der Student das Unterrichtsgeld bezahlen soll und diese Fächer gratis hören kann, wie soll er, wenn er etwa auch noch in ärmlichen Verhältnissen befangen ist, sich bereit finden können, auch noch das Collegiengeld an die jungen Männer zu zahlen, die ohnehin schon einen schweren Stand haben gegenüber den concurrirenden durch Stellung, Ansehen Namen in der Wissenschaft bevorteilten ordentlichen Professoren?“<sup>507</sup>

Diese Problematik errichte laut Unger „geradezu ein Prohibitivsystem gegen die Privatdocenten“<sup>508</sup> und induziere somit de facto die „Aufhebung der Privatdocentur“<sup>509</sup>. Eine Umsetzung der Resolution beinhalte daher eine Abschottung der Universität in materieller und personeller Hinsicht und führe so zu einer „Monotonie des geistigen Lebens, zu einer Starrheit in dem Unterrichte und in der Forschung aus Mangel an geistiger Reibung [...] zu einem Stillstand des geistigen Lebens und hiermit zu dem Verfall unseres Universitätslebens.“<sup>510</sup> In der Folge plädierte Unger anhand einer kurzen Erläuterung der universitäre Entwicklung, insbesondere im 19. Jahrhundert, für die Beibehaltung der Collegiengelder, welche „bewegliche Aktivitätszulagen“<sup>511</sup> und für die Professoren „eine adäquate Belohnung [...] für ihre Anstrengung und Arbeit“<sup>512</sup> seien. Er argumentierte leidenschaftlich gegen die Resolution und ging hierbei mit gewohnt scharfer Zunge auf die Aussagen seiner Vorredner ein.

Die Abschaffung der Collegiengelder greife ohne Notwendigkeit in das innere Gefüge der Universität ein und zerstöre somit innere Regulative, wobei die Universität vielmehr möglichst wenig in ihren inneren Abläufen behindert werden solle.<sup>513</sup> Er schloss seine mit „lebhaftem Beifall auf allen Seiten das Hauses“<sup>514</sup> bedachte Rede mit zwei Savigny Zitaten: „Die Regierungen können leicht die Universitäten zerstören, aber dem, was sie an ihre Stelle setzen, ebenso Leben zu verleihen, steht nicht in ihrer Macht“<sup>515</sup> sowie „Die Universitäten

---

<sup>507</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

<sup>508</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

<sup>509</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

<sup>510</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6104.

<sup>511</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6107.

<sup>512</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6107.

<sup>513</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6107 f.

<sup>514</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6109.

<sup>515</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6109.

sind als ein edles Erbstück aus früheren Zeiten auf uns gekommen, für uns ist es eine Ehrenpflicht, sie wo möglich vermehrt, wenigstens unverkümmert den kommenden Generationen zu überliefern.“<sup>516</sup> In der Folge beschloss das Abgeordnetenhaus nach einigen weiteren Reden, insbesondere des Abgeordneten Kopp, Initiator der Resolution und somit gegen Unger argumentierend<sup>517</sup>, mit großer Mehrheit zur Tagesordnung überzugehen.<sup>518</sup> Die Forderungen der Resolution wurden in der Folge nicht verwirklicht.

### f) „Garantierte Eisenbahnen“

Unger wurde immer wieder im Bereich der Eisenbahn aktiv. Nachdem er bereits als neues Herrenhausmitglied mehrere Reden zum Thema der Eisenbahnhaftung<sup>519</sup> gehalten hatte, spielte er auch als Minister eine Rolle in Eisenbahnangelegenheiten. Bereits 1872 beschloss etwa der Ministerrat, auf Ungers Anregung hin, die Sequestration der Lemberg–Czernowitzer Eisenbahn.<sup>520</sup>

Ein bedeutenderer Vorgang im Eisenbahnbereich war jedoch das „Gesetz vom 14. December 1877 die garantierten Eisenbahnen betreffend“<sup>521</sup>.

Es behandelte Eisenbahngesellschaften, welche ein vom Staat garantiertes Reinerträgnis genossen. Viele der Unternehmungen bemühten sich hierbei nicht um einen Gewinn, sondern beschränkten sich auf die Abschöpfung staatlicher Gelder. Das Gesetz sollte nunmehr diese unwirtschaftliche Lage verbessern, indem der Staat unter bestimmten Voraussetzungen das Recht besitzen sollte, die Eisenbahngesellschaft mit garantiertem Reinertrag selbst zu führen.<sup>522</sup> Insbesondere § 4<sup>523</sup> wurde hierbei im Abgeordnetenhaus intensiv debattiert.

Namentlich der Abgeordnete Gomperz wandte sich gegen diese Anordnung und forderte den Verbleib der Eisenbahn in der Privatverwaltung, welche der Kontrolle der Generalinspektion

---

<sup>516</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6109.

<sup>517</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6120 ff.

<sup>518</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 177. Sitzung der VIII. Session am 28.1.1876, 6128.

<sup>519</sup> Siehe III. B) 4) (135 ff).

<sup>520</sup> Vgl. Ministerratsprotokolle 98, 1872 sowie Sixta, Sprechminister (1941), 87 f.

<sup>521</sup> RGBI 112/1877.

<sup>522</sup> Das Gesetz beschäftigte das Abgeordnetenhaus in mehreren Sitzungen im Juni 1877, besonders heftig wurde die Debatte am Schlusstag der Debatte, in welcher auch Unger das Wort ergriff (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8885 ff).

<sup>523</sup> § 4. *Die Regierung ist berechtigt, den Betrieb garantirter Eisenbahnen, welche für die letzten fünf Jahre mehr als die Hälfte des garantirten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen haben, selbst zu führen. Diese Berechtigung der Regierung erlischt, wenn die Unternehmung durch drei aufeinanderfolgende Jahre nicht die Hälfte des garantierten Reinerträgnisses jährlich in Anspruch genommen hat.*

unterworfen sei. Die Überführung der Eisenbahnunternehmung in die öffentliche Verwaltung würde keinerlei Besserung mit sich bringen.<sup>524</sup> Daraufhin ergriff Handelsminister Chlumecky das Wort, um die Zweckmäßigkeit des Entwurfs zu.<sup>525</sup> Anschließend übernahm Unger die Rolle des Gesetz hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit zu verteidigen.<sup>526</sup> In seiner ausführlichen Rede trat ein weiteres Mal sein rhetorisches Talent hervor. Die Rede ist auch ein klares Zeugnis für die juristische Grundüberzeugung Ungers, in welcher die Billigkeit stets von gehobener Bedeutung war.<sup>527</sup> Er räumte zunächst ein, dass die Regelung des § 4 auf „den ersten Blick den Eindruck des willkürlichen Eingreifens in bestehende Rechtsverhältnisse macht, daß sie wie ein wirtschaftlicher Gewaltact erscheint, wie eine eigenmächtige Selbsthilfe, die der Staat mit seiner gesetzgebenden Gewalt, dem Staate also sich selbst zur Erleichterung seines Garantieverhältnisses leistet, vielleicht, um es am schärfsten auszudrücken, daß diese Maßregel erscheint wie eine einseitige nachträgliche Korrektur eines Vertrages zu Gunsten des bedrängten Contrahenten.“<sup>528</sup> Bei genauerer Betrachtung erläuterte Unger sei es jedoch so, dass es zu einer gänzlichen Umkehrung der ursprünglich intendierten Verhältnisse gekommen sei:

„Aus einer gelegentlichen, transitorischen Beitragsleistung ist eine regelmäßige und constante Garantielast geworden; aus einer subsidiären Garantiepflcht ist eine primäre Zahlungspflicht des Staates geworden; der Charakter der Leistung hat sich umgewandelt, indem die Leistung nicht mehr, wie schon ihr Name andeuten sollte, eine accessorische Beitragszahlung ist, sondern sie hat sich in die principielle Leistung des Hauptbetrages verwandelt. Das Verhältniß hat sich also vollständig geändert. Es ist ein Rollenwechsel eingetreten. Der Staat, der mit seiner Leistung principiell im Hintergrund bleiben sollte, ist im Laufe der Dinge mit seiner Leistung in den Vordergrund getreten; die Gesellschaft welche bei Aufbringung der garantierten Summe mit ihrer Leistung im Vordergrund stehen sollte, ist in den Hintergrunde getreten.“<sup>529</sup>

Pointiert hielt Unger fest, „daß in diesem Falle der Staat es ist, der die garantierte Summe aus seinen Mitteln aufbringt, und daß ihm die Gesellschaft dazu nur einen Zuschuß leistet“<sup>530</sup>. Doch ungeachtet der Tatsache, dass der Staat die Hauptlast der Finanzierung übernommen

---

<sup>524</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8888 ff.

<sup>525</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8894 ff.

<sup>526</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8897 ff.

<sup>527</sup> Siehe hierzu unten II. (93 ff) sowie III. B) (127 ff), C) (148 ff) & D) (163 ff).

<sup>528</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8897.

<sup>529</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8897.

<sup>530</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8897.

hat, verblieb die Verwaltung der Eisenbahn in privater Hand.<sup>531</sup> Für Unger stellt somit der Übergang defizitärer Eisenbahngesellschaften in die staatliche Verwaltung eine Forderung der Billigkeit dar: „Die Billigkeit fordert, daß Derjenige, der für den Ausgang der Dinge verantwortlich ist, auch den Gang der Dinge zu bestimmen habe, die aequitas fordert, daß Derjenige, der das größte Interesse an dem finanziellen Ergebnisse einer Verwaltung hat, auch auf die Führung der Verwaltung den entscheidenden Einfluß haben müsse.“<sup>532</sup> § 4 stelle somit eine Billigkeitsregel dar: „Der Grundgedanke der Bestimmung ist also die Billigkeitsregel: Wer das Hauptinteresse an der Verwaltung hat, hat auch den Hauptanspruch auf die Führung der Verwaltung.“<sup>533</sup>

Nach weiteren Ausführungen, welche den Billigkeitsstatus der Bestimmung untermauerten und gewisse Details der Regulierung behandelten, schloss Unger seine Rede mit folgender Aufforderung an die Abgeordneten: „Üben Sie Gerechtigkeit in dem Sinne der *ars boni et aequi*, verhelfen Sie der Billigkeit zu ihrem guten Rechte gegen das strenge Recht! Mit diesen Worten empfehle ich den § 4 Ihrer Annahme.“<sup>534</sup> Seine Rede wurde mit „Lebhaftem Beifall“ bedacht. § 4 wurde in derselben Sitzung mit überwältigender Mehrheit angenommen.<sup>535</sup>

### **g) Goldrente**

Diverse Ausgaben, insbesondere Kosten im Eisenbahnbereich<sup>536</sup> sowie Nachtragskredite, hatten das allgemeine Staatsdefizit anwachsen lassen.<sup>537</sup> Die Regierung versuchte daher ein neues System im Bereich der Staatsrente zu installieren, was zum Beschluss des „Gesetzes vom 18. März 1876 betreffend die Ausgabe von verzinslichen Rente-Obligationen der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“<sup>538</sup> führte. Artikel I<sup>539</sup> dieses Gesetzes ermächtigte den Finanzminister, angesichts des Defizits 48 Millionen Gulden österreichischer

---

<sup>531</sup> Vgl Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8898.

<sup>532</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8898.

<sup>533</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8898.

<sup>534</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8903.

<sup>535</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 264. Sitzung der VIII. Session am 15.6.1877, 8908.

<sup>536</sup> Vgl hierzu oben I. 6) f) (67 ff).

<sup>537</sup> Vgl Bericht des Berichterstatters Kaiser im Abgeordnetenhaus (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6742 f).

<sup>538</sup> RGBI 35/1876.

<sup>539</sup> *Art I. Der Finanzminister wird ermächtigt, zur Bedeckung des Abganges an die Staatseinnahmen im Jahre 1876, soweit hierfür nicht schon durch Artikel VIII des Finanzgesetzes vom 26. December 1875 (R.G.Bl. Nr 159) Vorsorge getroffen erscheint, ferner zum Behufe der Betheiligung des Staates an Eisenbahn-Unternehmungen durch Begebung von, sei es in Gold, sei es in Silber, oder in Noten österreichischer Währung verzinslichen Rente-Obligationen, einen Vertrag von achtundvierzig Millionen Gulden österreichischer Währung zu beschaffen.*

Währung zu beschaffen, „sei es in Gold, sei es in Silber, oder in Noten österreichischer Währung verzinslichen Rente-Obligationen“. Die Opposition wandte sich mit scharfen Worten gegen das Gesetz und kritisierte die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung unter der Regierung Auersperg.<sup>540</sup> Der mährische Abgeordnete Fanderlik<sup>541</sup> erhob die Abstimmung über jenes Gesetz gar zum Misstrauensvotum gegenüber der Regierung und konstatierte angesichts der allgemeinen ökonomischen Lage, dass „die hohe Regierung [...] nicht im Stande ist, die Ordnung im Staatshaushalte aufrecht zu erhalten“<sup>542</sup>. Im Zuge der hitzigen Debatte ergriff auch Unger, Finanzminister von Pretis-Cagnodo unterstützend, das Wort.<sup>543</sup> Er attackierte Fanderlik mit den Worten: „[...] ich muss aber sogar hinzufügen, daß, wenn es wirtschaftlich der Regierung je zustoßen sollte, das Vertrauen dieses Redners und seiner Partei zu gewinnen oder zu finden, daß, wie ich fürchte, die Regierung das Vertrauen zu sich selbst verlieren müßte.“<sup>544</sup> Seine „glänzende“<sup>545</sup> Rede gerierte sich in der Folge primär als eine Verteidigungsrede der Regierung allgemein ohne profunde Ausflüge in die Goldrente selber zu machen. Er rechtfertigte das Vorgehen der Regierung in den Verhandlungen bezüglich des Ausgleichs mit Ungarn<sup>546</sup> und verteidigte die Politik der Regierung allgemein, welche in jüngster Zeit massiven Angriffen ausgesetzt war. In gewohnt blumiger Sprache, mittels multipler literarischer Einschübe – von Dante bis Shakespeare – sowie teilweise in die Polemik ableitende Angriffe gegenüber individueller Abgeordneter der Opposition, legte Unger sein gesamtes rhetorisches Talent in die Waagschale. Seine Rede gestaltete sich als Streifzug durch die Errungenschaften der Regierung, welche „das Reich immer auf festere und solidere Basis gestellt“<sup>547</sup> habe. Die Regierung werde daher „die Leitung des Reiches in gefesteten und geordneten Verhältnissen seiner Zeit ihrem Nachfolger mit gutem Gewissen und ruhigem Gemüt [...] überlassen können.“<sup>548</sup> Am Ende seiner Rede wurde selbige mit „lebhaftem lange anhaltenden Beifall und Händeklatschen“ bedacht und Unger selbst wurde „von vielen Abgeordneten auch von der rechten Seite, insbesondere vom Abgeordneten Weiss

---

<sup>540</sup> Vgl etwa die Rede des Abgeordneten Oelz (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6748 f).

<sup>541</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6743 f.

<sup>542</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6744.

<sup>543</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6751 ff.

<sup>544</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6751.

<sup>545</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3.

<sup>546</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6751 f. Siehe hierzu sogleich I. 6) h) (71 ff).

<sup>547</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6755.

<sup>548</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6755.

v. Starckenfels beglückwünscht.<sup>549</sup> Noch am selben Tag wurde das Gesetz schließlich angenommen.<sup>550</sup>

### **h) Ungarischer Ausgleich**

Nach dem staatsrechtlichen und einem ersten wirtschaftlichen Ausgleich<sup>551</sup> zwischen Österreich und Ungarn 1867, kam es während der Amtszeit des Kabinetts Auersperg zu einem zweiten wirtschaftlichen Ausgleich.<sup>552</sup> Die Verhandlungen hierzu währten von 1875 bis 1878 und gestalteten sich äußerst intensiv und langwierig.<sup>553</sup> Das Kabinetts Auersperg sah sich, mit den Worten Ungers, in seiner Verhandlungsführung „ziemlich scharfer Kritik“<sup>554</sup> ausgesetzt. Von besonderer Bedeutung war die Bankfrage<sup>555</sup>. So hatte die österreichische Nationalbank, welche lediglich der österreichischen Gesetzgebung gegenüber gebunden war sowie primär als österreichische Institution und nicht als gemeinsame Einrichtung betrachtet wurde (insbesondere aufgrund der Verknüpfungen von Bankvorstand mit der österreichischen Politik), als einzige das Recht, Papiergeld in Umlauf zu bringen<sup>556</sup>, wobei dieses Privileg mit 31.12.1876 ausgelaufen war und von ungarischer Seite als nicht bindend erachtet wurde.<sup>557</sup> Ungarn trachtete nach wirtschaftlichen Problemen der 1870er Jahre nicht mehr zuvorderst nach der Einführung einer eigenen Währung<sup>558</sup>, sondern nach einem gesteigerten Einfluss in der Notenbank.<sup>559</sup>

Schlussendlich schlug sich die dualistische Struktur dann auch in der Notenbank nieder (Umgestaltung von der „österreichischen privilegierten Nationalbank“ zur „österreichisch-

---

<sup>549</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6755.

<sup>550</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 195. Sitzung der VIII. Session am 1.3.1876, 6759.

<sup>551</sup> Unger hatte bereits in der 1861 erschienenen Flugschrift „Zur Lösung der ungarischen Frage. Ein staatsrechtlicher Vorschlag“ gemeinsam mit Adolf Fischhof ein dualistisches Konzept verfochten (siehe hierzu oben I. 5) (35 ff)).

<sup>552</sup> Die Ausgleichsfrage beschäftigte die Monarchie bis zu ihrem Ende 1918. Ua befasste sich ein naher Verwandter des Ministerpräsidenten Adolf von Auersperg, Leopold von Auersperg, ca. 30 Jahre nach dem zweiten Ausgleich erneut mit der Thematik und publizierte hierüber auch eine Schrift (Auersperg, Leopold von: Der Ausgleich mit Ungarn (1907)).

<sup>553</sup> Vgl hierzu insbesondere Schmied-Kowarzik, Anatol: Die Verhandlungen zum zweiten wirtschaftlichen Ausgleich von 1878 zwischen Österreich und Ungarn (1996) (idF Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996)).

<sup>554</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10175.

<sup>555</sup> Vgl Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996), 46 ff.

<sup>556</sup> Die Nationalbank bezog sich hierbei auf ein Privilegium aus dem Jahr 1862 (Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996), 46).

<sup>557</sup> Vgl Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996), 46.

<sup>558</sup> Jene sollte erst installiert werden wenn die wirtschaftliche Potenz dies gestatten würde.

<sup>559</sup> Vgl Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996), 51

ungarischen Bank“), obgleich der österreichische Teil aufgrund der Aktionärsstruktur (es handelte sich primär um Österreicher) weiterhin dominierte.<sup>560</sup>

Im Zuge der zähen Verhandlungen bzw der Besprechungen des Regierungsentwurfes bezüglich dieser Bankenfrage im Reichsrat trat am 19. November 1877 nach Finanzminister von Pretis auch Unger<sup>561</sup> im Abgeordnetenhaus mit einer Rede in Erscheinung. Das Echo dieser Rede war geteilt: Einerseits lobte Egon Zweig die Rede Ungers, welche „der Regierung in der Bankfrage den Sieg gebracht“<sup>562</sup> hätte, andererseits berichtet das „Vaterland“<sup>563</sup>, dass der Finanzminister „mit viel mehr Geschick und Glück“ agierte als Unger, „den wir noch nie so schwach und matt sprechen hörten wie heute, und der sich wiederholt im Laufe seiner Rede die Rufe: Zur Sache! Und Laut! Laut! gefallen lassen mußte.“<sup>564</sup>

Unger rechtfertigte hierbei das von der Regierung ausgehandelte Bankstatut und warb für dessen Zustimmung. In der Rede spielte die Bankenfrage jedoch de facto eine untergeordnete Rolle gegenüber dem eigentlichen Kern der Ansprache, welcher die allgemeine dualistische Ausgestaltung der Habsburgermonarchie zum Inhalt hatte: „Die Debatte über die Bankvorlage hat im Laufe dieser mehrtägigen Verhandlung, wie bereits der Herr Finanzminister bemerkte, einen allgemeinen Charakter angenommen, sie ist aus einer Bankdebatte zu einer sogenannten Ausgleichsdebatte geworden.“<sup>565</sup>

Die teils heftige innenpolitische Kritik an der Regierungsposition in der Ausgleichsfrage fasste Unger in drei Gruppen zusammen:

„Die erste Kategorie [...] betrifft die Taktik, welche die Regierung in ihren Ausgleichsverhandlungen mit der ungarischen Regierung beobachtet hat; der zweite schwere Vorwurf betrifft den Umstand, daß die Regierung überhaupt die Ausgleichsverhandlungen bis zu dem gegenwärtigen Zeitpunkte in ihren Händen behalten hat, daß sie nicht früher zurückgetreten ist, um anderen berufeneren Männern zur Führung der Ausgleichsverhandlungen Platz zu machen; und der dritte, und wie mir scheint, schwierigste und wichtigste Vorwurf geht dahin, daß die Regierung die scheinbar so günstige Gelegenheit verabsäumt hat, bei der Erneuerung des

---

<sup>560</sup> Vgl hierzu Schmied-Kowarzik, Wirtschaftlicher Ausgleich (1996), 140.

<sup>561</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10174 ff.

<sup>562</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 203.

<sup>563</sup> NN „Abgeordnetenhaus“ in: Vaterland vom 20. November 1877, 2.

<sup>564</sup> NN „Abgeordnetenhaus“ in: Vaterland vom 20. November 1877, 2. Die Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses berichten jedoch nichts von derartigen Zwischenrufen. In den Protokollen dominiert die Anmerkung „Heiterkeit“.

<sup>565</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10174 f.

wirtschaftlichen Ausgleiches die sogenannte politische Ausgleichsseite einer neuen Revision zu unterziehen, daß sie die scheinbar günstige Gelegenheit versäumt hat, die Einheit des Reiches, welche der Regierung nicht weniger am Herzen liegt, als dem hohen Hause, zu stärken, die Gefahr zu beseitigen, die der Dualismus mit sich bringt und überhaupt für eine neue politische Gestaltung dieses Reiches eine neue Bahn zu ebnen.“<sup>566</sup>

In der Folge verteidigte Unger die Vorgehensweise der Regierung gegenüber den erwähnten Kritikpunkten. Insbesondere verteidigte er jedoch allgemein die dualistische Staatsform. Er argumentierte, dass bereits das Österreich vor 1848 dualistisch geprägt gewesen sei: „Das alte Österreich – und man kann doch darunter immer nur das vormärzliche Österreich verstehen – das alte Österreich war kein centralistisches Österreich, das alte Österreich war ein dualistisches Österreich. Die dualistische Grundform der österreichischen Monarchie ist die Configuration des österreichischen Staates, wie sie sich unter der großen, von uns Allen verehrten Kaiserin Maria Theresia ausgebildet hat.“<sup>567</sup> Gedanken und Überzeugungen, welche „den Einheitsstaat als den eigentlichen Staat der paradiesischen Urzeit“<sup>568</sup> darstellen und „den Dualismus als den Sündenfall, als unsere Vertreibung aus dem Paradiese“<sup>569</sup> charakterisieren, sieht er historisch nicht fundiert. Der Dualismus sei zwar entgegen der Absicht der Kaiserin entstanden, jedoch durch deren Reformen herbeigeführt worden: „...es war die nothwendige Folge der Reformen, die sie eingeführt hat. Gerade dadurch, daß die große Kaiserin Maria Theresia in der westlichen Hälfte des Reiches centralisierend auftrat, daß sie hier die Einheit der Cultur, die Einheit des Zollgebiets herbeiführte, gerade dadurch trat der Gegensatz zwischen dieser westlichen Reichshälfte mit ihrem mehr modernen Staatswesen und der östlichen Reichshälfte mit ihrem mehr mittelalterlichen Staatswesen erst recht stark und grell hervor. Die Vermittlung war hin und wieder durch die Person des einzelnen wohlwollenden Monarchen gegeben.“<sup>570</sup> Die Geschichte Österreichs sei diesbezüglich von zwei Strömungen geprägt: „einerseits aus dem Streben Österreichs, Ungarn zu incorporiren [...] und aus der Gegenbestrebung Ungarns [...] sich von Österreich zu isolieren, sich von Österreich loszutrennen“<sup>571</sup>. Daher verortet Unger „einen Fortschritt in dem Ausgleich des Jahres 1867 in politischer Beziehung“<sup>572</sup>, da dieser den „Kampf auf der einen Seite nach Incorporirung

---

<sup>566</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10175.

<sup>567</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

<sup>568</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

<sup>569</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

<sup>570</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

<sup>571</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

<sup>572</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179.

und auf der anderen Seite nach Separierung, wie ich hoffe, ein- für allemal gründlich abgethan und erledigt hat.“<sup>573</sup> Der Ausgleich mit Ungarn sei daher der richtige Weg: „... so erscheint er mir als der Ausgangspunkt einer neuen und glücklicheren Gestaltung der Verhältnisse. Denn ich glaube, daß dies der richtige Weg ist, um zu dem Ziele zu gelangen, das unser Aller innigster Wunsch ist.“<sup>574</sup> Sein allgemeines Plädoyer für den Dualismus schloss er mit den Worten:

„Stimmen Sie für die Bankenvorlage, so haben Sie den wirtschaftlichen und staatsrechtlichen Frieden; verwerfen Sie die Bankvorlage, so haben Sie den wirtschaftlichen Krieg und, wie ich fürchte, im Gefolge desselben auch den staatsrechtlichen Krieg. Die Regierung hat gethan, was in ihren schwachen Kräften lag. An Ihnen, hohes Haus, ist es, zu thun, was Sie im Interesse des Vaterlandes thun zu müssen glauben, was Sie vor Gott und ihrem Gewissen rechtfertigen können.“<sup>575</sup>

Die Frage des zweiten Ausgleichs zog sich noch über Monate hin. Neben der Bankenfrage spielte auch die Aufteilung von 80 Millionen Kronen Staatsschuld<sup>576</sup> eine gewichtige Rolle. Erst im Juni 1878 wurde der zweite Ausgleich beschlossen. In der Bankenfrage hatte sich weitgehend die Vorlage der Regierung durchgesetzt.<sup>577</sup>

Die mühevollen Ausgleichsverhandlungen hatten die Regierung jedoch nachhaltig geschwächt. Zweig bezeichnet das Ergebnis als das „Testament eines sterbenden Ministeriums“<sup>578</sup>. Konflikte innerhalb der liberalen Verfassungspartei sowie gefährdete Mehrheiten im Reichsrat führten auf Anraten Ungers<sup>579</sup> zum Rücktrittsangebot der Regierung zu Beginn des Jahres 1878. Nach einem fruchtlosen Versuch des Kaisers die Opposition mit der Aufgabe zu betrauen, wurde das Kabinett Auersperg jedoch wieder „ins Amt berufen, doch galt es als gewiß, daß das Ministerium nach Bewilligung des Ausgleichs den Junioren der liberalen Partei den Platz zu räumen habe.“<sup>580</sup>

Folgerichtig bot Unger nach dem erfolgreichen Abschluss des Ausgleichs im Sommer 1878 seinen Rücktritt an, „welches die Krone mit Widerstreben und unter den Bedingung

---

<sup>573</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10179 f.

<sup>574</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10180.

<sup>575</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 307. Sitzung der VIII. Session am 19.11.1877, 10181.

<sup>576</sup> Vgl. Schmied-Kowarzik, *Wirtschaftlicher Ausgleich* (1996), 59 ff, 105 ff, 122 ff.

<sup>577</sup> Vgl. Schmied-Kowarzik, *Wirtschaftlicher Ausgleich* (1996), 137 ff, insb. 140.

<sup>578</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 203.

<sup>579</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 203.

<sup>580</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 203.

genehmigte, daß er erst im Herbst aus dem Amt scheiden sollte.<sup>581</sup> Sixta bemerkt hierzu: „Unger hatte genug von der Politik, er sehnte sich nach seinem Lehrstuhl zurück.“<sup>582</sup> Es kam jedoch vorerst nicht zum Rücktritt. Der Todesstoß für das Kabinett Auersperg erfolgte erst mit den dem Berliner Kongress nachfolgenden Verhandlungen und Debatten.<sup>583</sup>

### **i) Berliner Kongress: Besetzung von Bosnien-Herzegowina**

Die auf dem Berliner Kongress von den europäischen Großmächten ausverhandelte Neustrukturierung Südosteuropas hatte weitreichendste Konsequenzen für das späte 19. und insbesondere das 20. Jahrhundert.

Es wurde unter anderem vereinbart, dass Österreich-Ungarn Bosnien-Herzegowina besetzen dürfe – mit bekannten Folgen. Eine unmittelbare, zeitnahe Konsequenz dieser Entwicklung war der Rücktritt der Regierung Auersperg Anfang 1879.

In der innenpolitischen Debatte dominierte die Frage, ob der Berliner Vertrag vom Reichsrat bewilligt, oder, wie die Regierung argumentierte, lediglich zur Kenntnis genommen werden müsse.<sup>584</sup> So legte die Regierung den Vertrag zur Kenntnisnahme dem Abgeordnetenhaus vor. Es wurden jedoch seitens des Abgeordnetenhauses Anträge bezüglich Genehmigung und Ablehnung eingebracht, was entgegen der rechtlichen Auffassung der Regierung erfolgte. Unger hatte in der Debatte die undankbare Aufgabe<sup>585</sup>, die Position der Regierung zu verteidigen, und hielt am 18. Januar 1879 im Abgeordnetenhaus hierzu eine ausführliche Rede<sup>586</sup> – es sollte seine Letzte im Abgeordnetenhaus werden.

Wie erwähnt hatte die Regierung bereits Anfang 1878 ihre Demission erklärt<sup>587</sup> und Unger selbst hatte im Sommer 1878 sein Rücktrittsgesuch eingereicht, welches ihm unter Auflage bewilligt wurde.<sup>588</sup> Er eröffnete somit seine Rede mit folgender Bemerkung: „Ich hatte nicht

---

<sup>581</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 203.

<sup>582</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 96.

<sup>583</sup> Hierzu sogleich I. 6) i) (75 ff).

<sup>584</sup> Die Annexion der Insel Spizza bedurfte jedenfalls der Zustimmung des Reichsrat Streitpunkt war ob auch der restliche Vertrag der Einwilligung bedurfte.

<sup>585</sup> Sixta, Sprechminister (1941), 97: „viel Ärger und wenig Dank“.

<sup>586</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13303 ff.

<sup>587</sup> Sie wurde jedoch kurz danach erneut bestellt – siehe oben I. 6) h) (71 ff).

<sup>588</sup> Siehe oben I. 6) h) (71 ff).

gedacht, daß mir noch einmal die Aufgabe und die Ehre zu Theil werden sollte, in diesem hohen Hause das Wort zu ergreifen, um die Sache der Regierung zu vertreten.“<sup>589</sup>

Unger versuchte die Frage, ob es der Zustimmung des Reichsrates bedürfe, als Rechtsfrage zu behandeln, obgleich ihm bewusst war, dass juristische Fragen in der hitzigen und eigentlich politischen Debatte tatsächlich aus dem Fokus verschwunden waren:

„Es ist eine staatsrechtliche Discussion, die ich zu führen habe, es ist nicht das große politische Gebiet, das Gebiet der politischen Debatte, das ich zu betreten habe; auf dem trockenen und steinigen Boden der Jurisprudenz habe ich die Erörterung einer rein staatsrechtlichen Frage zu führen, und ich fühle es deutlich, wie mißlich es ist, mitten in einer bewegten Debatte, in welcher politische Anschauungen und Leidenschaften aufeinander platzen, in einer Debatte, in welcher über die wichtigsten Fragen der Monarchie und über die Gestaltung der politischen Zukunft derselben die Würfel fallen, mitten in einer solchen Debatte, nun mit einer trockenen und dünnen juristischen Auseinandersetzung die Geduld des hohen Hauses in Anspruch nehmen zu müssen.“<sup>590</sup>

In der Folge negierte er „mit feinstem juristischen Takt“<sup>591</sup> die Notwendigkeit der Bewilligung völkerrechtlicher Verträge seitens des Reichsrates und strich die verfassungsmäßigen Prärogativen der Krone hervor. Er argumentierte in der vorliegenden „Kompetenzfrage“<sup>592</sup> zunächst, dass Österreich am Berliner Kongress nicht nur berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet worden sei, am Balkan militärisch vorzugehen: „Es ist geltend gemacht worden, daß Österreich nur freie Hand bekommen habe, diese beiden Provinzen zu occupiren und zu administrieren, daß Österreich die Zustimmung der anderen Großmächte dazu erlangt habe, um diese Action vorzunehmen, daß es aber hierzu nur berechtigt sei und sich nicht verpflichtet habe. Ich kann diese Ansicht nicht für richtig halten und gebe unbedingt zu, es sei eine Verpflichtung und Belastung vorhanden.“<sup>593</sup> Österreich habe daher auch kein Mandat, im Sinne des privatrechtlichen *mandatum* erhalten<sup>594</sup>, denn „nichts ist

---

<sup>589</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13303.

<sup>590</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13303.

<sup>591</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 204.

<sup>592</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13304.

<sup>593</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13304. Beachte hierzu ebenso folgende Formulierung Ungers zur Annexion Bosnien-Herzegowinas: „,Das Jahr übt eine heilende Kraft; Sei im Besitze, und du wohnst im Recht. ‘ Diese Worte Wallensteins enthalten eine Art juristischer Rechtfertigung der Annexion Bosniens und der Herzegowina, die jedoch vor der politischen gänzlich zurücktritt. Übrigens: *right or wrong, my country!*“ (Unger, Mosaik (1911), 191).

<sup>594</sup> Unger fügt hierbei ironisch hinzu, dass sofern es ein zivilrechtliches *mandatum* wäre Österreich gar Anspruch auf Kostenersatz gegenüber den anderen Großmächten, den Mandanten, hätte und angesichts mangelnder finanzieller Belastung vom Reichsrat mit Sicherheit keinerlei Zustimmung bedürfen: „, Wäre aber hier von einem

unrichtiger und bedenklicher, als das Staatsleben mit dem engen Maßstabe des Privatrechtes messen zu wollen<sup>595</sup>. Vielmehr erhielt Österreich ein „*officium nobile*, eine civilisatorische Mission“<sup>596</sup>. Österreich könne demnach zwar über die zeitlichen Abläufe und gewählten Modi frei entscheiden, obgleich es in der Sache jedoch verpflichtet sei: „...ich gebe also unbedingt zu, daß wir es hier mit einer Belastung, mit einer materiellen Verpflichtung zu thun haben“<sup>597</sup>.

In der Folge führt Unger an, dass Außenpolitik sowie militärische Maßnahmen Prerogativen der Krone darstellen: „Die auswärtige Politik ist im monarchisch-constituionellen Staate jene Sphäre, innerhalb deren die Krone ohne vorhergehende Zustimmung des Parlaments zu handeln berechtigt ist.“<sup>598</sup> Sie ist ferner zur Kriegserklärung ermächtigt und muss daher „auch berechtigt sein, im vorhinein im gegebenen Falle sich zu verpflichten, Krieg zu führen.“<sup>599</sup> Nach weiteren rechtlichen Details und rechtsvergleichenden Ausführungen kommt Unger schließlich zu dem Schluss, dass „der Vertrag zu seiner Giltigkeit der Zustimmung des Parlamentes nicht bedarf.“<sup>600</sup>

Unger erläutert hierbei den scheinbaren Widerspruch zwischen dem „Gesetz vom 21. Dezember 1867 wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird“<sup>601</sup> sowie dem „Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt“<sup>602</sup>. Im Abänderungsgesetz formuliert § 11 im Abs a)<sup>603</sup>, dass Staatsverträge, welche „eine Gebietsänderung der im Reichsrathe

---

privatrechtlichen Mandate die Rede, dann befände sich Österreich in einer vortrefflichen Lag und ich in einer viel angenehmeren als in der, in der ich mich in diesem Augenblick befinde. Denn dann würde der Berliner Vertrag ganz gewiß zu seiner Gültigkeit der Zustimmung dieses hohen Hauses nicht bedürfen. Wenn es ein Mandat wäre, dann, jeder Jurist weiß es, dass der Mandatar gegen seinen Mandanten den Anspruch auf Ersatz der Kosten habe, welche die Ausführung des Auftrages verursachten. Wäre also Österreich in der That in dieser Position, so könnte es von den anderen Großmächten den Ersatz der Kosten verlangen und dann wäre in der That von einer finanziellen Belastung keine Rede.“ (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13305).

<sup>595</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13304.

<sup>596</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13305.

<sup>597</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13305.

<sup>598</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13307.

<sup>599</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13307; vgl hierzu Art 5 StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt: *Der Kaiser führt den Oberbefehl über die bewaffnete Macht, erklärt Krieg und schließt Frieden.* (RGBI 145/1867).

<sup>600</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13312

<sup>601</sup> RGBI 141/1867.

<sup>602</sup> RGBI 145/1867.

<sup>603</sup> § 11 (*Abänderungsgesetz des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861/ RGBI 141/1867*). *Der Wirkungskreis des Reichsrathes umfaßt alle Angelegenheiten, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die allen im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind, in soferne dieselben nicht in Folge der Vereinbarung mit den Ländern der ungarischen Krone zwischen diesen und den übrigen Ländern der Monarchie gemeinsam zu behandeln sein werden.*

*Es gehören daher zum Wirkungskreis des Reichsrathes:*  
a) die Prüfung und Genehmigung der Handelsverträge und jener Staatsverträge, die das Reich oder Theile

vertretenen Königreiche und Länder zur Folge haben“ der „Prüfung und Genehmigung“ des Reichsrates bedürfen. Andererseits normiert der für Unger „ausschlaggebende und entscheidende Artikel VI“<sup>604</sup> des StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt<sup>605</sup>, dass lediglich für Staatsverträge „die das Reich oder Theile desselben belasten oder einzelne Bürger verpflichten [...] die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich“ ist. Jener Widerspruch beträfe jedoch lediglich die Einverleibung der Insel Spizza in das Königreich Dalmatien – wobei die Regierung dies ohnehin dem Reichsrat vorgelegt habe. Die Tatsache, dass hierbei Auseinandersetzungen stattfanden, inwiefern „Genehmigung“ zu verstehen sei, spricht für den hitzigen Charakter der Debatte, in welcher die sachliche Behandlung der Thematik in den Hintergrund gerückt war.

Zweig fasst die Geschehnisse der Zeit trefflich zusammen:

„In anderem Sinn, als es gemeint war, ist ein Wort aus dieser Debatte in Erfüllung gegangen: Ungers Rede sei das Symptom einer tiefgreifenden Wandlung im staatsrechtlichen Lebensprozeß Österreichs, welche die noch ungekannten Nachfolger der letzten liberalen Regierung zu vollziehen bestimmt waren. Prinz Reuß, damals deutscher Botschafter am Wiener Hof, hat in einem seiner Berichte hervorgehoben, daß in den schleppenden, sachlich gegenstandslosen Debatten des österreichischen Abgeordnetenhauses verletzte Eitelkeiten, getäuschte Hoffnungen auf Portefeuilles und Wahlrücksichten eine erhebliche Rolle spielten. Den Nachlebenden wird es schwer, zu begreifen, wie eine Art doktrinären Taumels im Bunde mit einer bis zur persönlichen Gehässigkeit sich steigernden Erbitterung und berufsmäßiger Besserwisseri alles aufs Spiel setzen mochte, was der österreichische Freisinn in einem jahrzehntelangen Daseinskampf erarbeitet hatte. U(nger) war sich im klaren über die verhängnisvolle Bedeutung des Moments und warnte vergebens vor dem Widerstand gegen eine Politik, welche dem Namen nach die des Grafen Andrassy, in Wahrheit die Politik der Krone war. Ungehört verhallte sein Kassandraruf, daß der Liberalismus in Österreich sein

---

*desselben belasten, oder einzelne Bürger verpflichten, oder eine Gebietsänderung der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder zur Folge haben.*

<sup>604</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 415. Sitzung der VIII. Session am 18.1.1879, 13312

<sup>605</sup> Artikel VI (Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt/ RGBl 145/1867.) Der Kaiser schließt Staatsverträge ab. Zur Giltigkeit der Handelsverträge und jener Staatsverträge, die das Reich oder Theile desselben belasten oder einzelne Bürger verpflichten, ist die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich.

letztes Ministerium begrave. Die wahrhaft brudermörderischen Debatten jener Tage haben nicht nur einer Regierung, sondern einem Gedanken das Leben gekostet.“<sup>606</sup>

Schlussendlich erteilte das Abgeordnetenhaus am 27. Januar 1879<sup>607</sup> dem Berliner Vertrag die „verfassungsmäßige Genehmigung“ – was eine herbe Niederlage der Regierung darstellte, welche wie erwähnt keinerlei Anlass für eine solche Genehmigung sah. Drei Wochen später trat das Kabinett Auersperg endgültig ab. Der Rücktritt der Regierung hatte sich bereits über Monate hingezogen.<sup>608</sup> Im Februar 1879 war es schließlich soweit – Unger kehrte der Spitzenpolitik den Rücken. Zu seinem Abschied erhielt er ein kaiserliches Handschreiben, worin der Kaiser ihm seinen Dank aussprach<sup>609</sup> sowie ankündigte ihm den ö.k. Leopold-Orden (Großkreuz)<sup>610</sup> zu verleihen.

## **7) Rückkehr ins Herrenhaus und Reichsgerichtspräsident**

Nach fast einem Jahrzehnt als Minister begann ein neuer Abschnitt im Leben Ungers. Er setzte einerseits seine politische Karriere als Abgeordneter im Herrenhaus fort und empfing als Reichsgerichtspräsident neue juristische Weihen (hierzu sogleich unten).

1881 spielte Unger auch eine besondere Rolle beim Schiedsspruch von Kaiser Franz Joseph bezüglich der Grenzziehung zwischen Nicaragua und dem britischen Kolonialbesitz, welcher bis heute die Grenzen Nicaraguas festlegt.<sup>611</sup> Unger, welcher hierbei neben Anton von Schmerling und Georg von Mailath als Berater des Kaisers fungierte, soll „das eigentliche Elaborat, Urtheil und Vortrag“ verfasst haben.<sup>612</sup>

---

<sup>606</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 205.

<sup>607</sup> Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses– 421. Sitzung der VIII. Session am 27..1.1879, 13501 ff.

<sup>608</sup> Vgl hierzu Sixta, Sprechminister (1941), 102 f.

<sup>609</sup> Zitiert aus Sixta, Sprechminister (1941), 103.

<sup>610</sup> Unger erhielt im Laufe seines Lebens diverse Orden und Auszeichnungen. Er war etwa Ehrenmitglied der Akademie der Wissenschaften, Honorarprofessor der Universität Wien, Träger des Großkreuzes des Stephansordens (ebenso wie erwähnt des Leopoldsordens), Ritter der Eisernen Krone 1. Klasse sowie Besitzer des Ehrenzeichens für Kunst und Wissenschaft.

<sup>611</sup> Siehe hierzu insbesondere Kahle, Günter / Potthast, Barbara (Hgg): Der Wiener Schiedsspruch von 1881 (1983). Einführend auch NN: „Ein Schiedsspruch des Kaisers von Oesterreich“ in: Juristische Blätter vom 4. Dezember 1881, 1 ff und vom 11. Dezember 1881, 1 ff sowie Drekonja-Kornat, Gerhard: „Magischer Realismus“ in: Die Presse vom 26. August 2016 abgerufen auf <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/5075752/Magischer-Realismus>.

<sup>612</sup> NN: „Ein Schiedsspruch des Kaisers von Oesterreich“ in: Juristische Blätter vom 4. Dezember 1881, 1: „Das eigentliche Elaborat, Utheil und Vortrag, rühren zweifellos von Unger her.“ Dies dürfte tatsächlich so gewesen

Des Weiteren widmete er sich wiederum in erhöhtem Maß der Wissenschaft und brachte etliche Publikation heraus, insbesondere Abhandlungen über das Schadenersatzrecht.<sup>613</sup> Seine Reputation als Jurist reichte weit über die Grenzen der k.u.k. Monarchie hinaus. Bezeichnend hierfür ist der Bericht des hanseatischen Gesandten Friedrich Krüger aus dem Jahr 1888 im Zuge der Vorarbeiten zum deutschen BGB. Krüger berichtet von einer Unterredung mit dem preußischen Justizminister Heinrich von Friedberg, welcher ihm ua anvertraut habe, dass der, für die Revision des Entwurfs des BGB, zu bestellenden zweiten Kommission bisher ein würdiger Nachfolger des Vorsitzenden der ersten Kommission, Heinrich Eduard von Pape, mangle. Für die Besetzung der Position war dem Bericht folglich auch Unger gehandelt worden, welcher jedoch, ebenso wie Jhering, abgelehnt hätte und Friedberg daher an Bernhard Windscheid oder Oscar Küntzel (welcher schließlich auch den Vorsitz übernahm) dachte.<sup>614</sup> Unger beteiligte sich allerdings dennoch an den Vorarbeiten zum BGB, insbesondere anhand seiner Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“, in welcher er die Entwürfe *in puncto* verschuldensunabhängiger Schadenersatzansprüche diskutierte und kritisierte.<sup>615</sup>

In privater Hinsicht brachte das Jahr 1882 eine wesentliche Neuerung mit sich – Unger, mittlerweile Mitte Fünfzig, heiratete die verwitwete Baronin Emmy Worms und wurde damit zum Schwager des Juristen Josef Schey von Koromla, womit er wohl endgültig in den Kreis des liberalen Großbürgertums aufgestiegen war.<sup>616</sup>

### **a) Herrenhaus**

Nach dem Ende der Regierung Auersperg kehrte Unger in das Herrenhaus zurück, wo er auch Mitglied mehrerer Kommissionen war.<sup>617</sup> Sein Motto bezüglich der Tätigkeit im Herrenhaus fasst er im folgendem Diktum zusammen: „Das Abgeordnetenhaus muß sich davor hüten, ein

---

sein, da sich der Zeitungsausschnitt in Ungers Nachlass befindet und die Passage jener Feststellung mit zwei Bleistiftmarkierungen (eventuell von Unger selbst) ausdrücklich hervorgehoben ist.

<sup>613</sup> Siehe hierzu unten II. (93 ff) und III. B) (127 ff), C) (148 ff) & D) (163 ff).

<sup>614</sup> Vgl Schubert, Werner: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einf., Biographien, Materialien (1978), 53 f.

<sup>615</sup> Siehe hierzu unten III. C) (148 ff) und D) (163 ff).

<sup>616</sup> Vgl Meissel, Politischer Professor (2015), 216.

<sup>617</sup> So war Unger beinahe durchgehend Mitglied der juridischen Kommission sowie diverser anderer Kommissionen – siehe hierzu Anhang 1) b) (266 ff).

Haus der Gemeinen zu sein. Das Herrenhaus muß sich davor hüten, ein Trappistenkloster zu sein: nicht immer ist Schweigen Gold.“<sup>618</sup>

Im Herrenhaus nahm Unger somit wiederum eine aktive Rolle ein, was die Vielzahl von Reden beweist, welche er in den Jahren bis zu seinem Tod hielt.<sup>619</sup> Einige dieser Reden hatten einen schadenersatzrechtlichen Bezug und werden daher in den folgenden Teilen behandelt. Seine Äußerung vom 1. Juni 1891 betreffend der „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“<sup>620</sup> und seiner hierin verfochtenen Ansicht bezüglich des ABGB wird im Schlussteil im Zusammenhang mit der Revision bzw den Teilnovellen des ABGB dargestellt.<sup>621</sup> Von den anderen Reden im Herrenhaus nach seiner Zeit als Minister sind insbesondere seine Äußerungen zur Nationalitäten- bzw Sprachenpolitik sowie seine Analyse der Zivilprozessordnung hervorzuheben.

#### aa) Sprachenpolitik

Unger trat auch weiterhin vehement gegen „zentrifugale“ Kräfte innerhalb der Monarchie auf. So fungierte er etwa im Jahre 1882 als Berichterstatter<sup>622</sup> der Majorität bezüglich der Errichtung einer tschechischen Universität in Prag, dh einer Universität mit „böhmischer“ (tschechischer) Unterrichtssprache<sup>623</sup>. Er lehnte die Errichtung ab: „So sprechen nach meiner Meinung, um es kurz zusammenzufassen, wissenschaftliche, staatliche, nationale Gründe gegen die Gründung einer Universität mit exclusiv böhmischer Unterrichtssprache.“<sup>624</sup>

Im Bereich der Sprachenpolitik wurde Unger auch im Rahmen der Sprachenverordnung von Justizminister Alois von Pražák aktiv. Jene Verordnung hatte das Tschechische zur „inneren

---

<sup>618</sup> Unger, Mosaik (1911), 90.

<sup>619</sup> Für eine Liste von Ungers Tätigkeiten als Kommissionsmitglied, Redner, Berichterstatter sowie Einbringer von Petitionen während seiner gesamten Zeit im Herrenhaus siehe Anhang 1) (262).

<sup>620</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 61 ff.

<sup>621</sup> Siehe hierzu unten IV. 1) b) (244 ff).

<sup>622</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 735, 790 ff.

<sup>623</sup> „Gesetz, betreffend die k.k. Karl Ferdinands-Universität in Prag“ (RGLB 24/1882).

<sup>624</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 797. Er kritisierte hierbei den literarischen Bereich, besonders den Mangel an Fachliteratur in tschechischer Sprache (Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 791 ff), in einer etwas seltsam anmutenden Argumentation die mangelnde Eignung der tschechischen Sprache für die Wissenschaft (da der Gelehrte ohnedies bereits einige Sprachen lernen müsse und das Hinzukommen der tschechischen Sprache daher Überforderung mit sich bringen würde) (Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 792) sowie juristisch gesehen die voranschreitenden Zersplitterung des Rechtsprechung bzw des Rechtsraums, sollte eine zusätzliche Sprache in die Judikatur aufgenommen werden (Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 793). Historisch argumentiert Unger, dass die Universitäten „Reichsanstalten“ und keine „Landesanstalten“ seien und somit nicht zur nationalen Zersplitterung beitragen sollen (Sten. Prot. des Herrenhauses–53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 793 ff).

Amtssprache“ in den OLGs Böhmen und Mährens erhoben, wogegen sich im Parlament einiger Widerstand von deutscher Seite regte. Unger war hierbei der „geistige Urheber“<sup>625</sup> des Antrages Anton von Schmerlings, welcher sich gegen diese Sprachenverordnung richtete. Unger hielt hierzu eine ausführliche Rede und argumentierte die gewohnheitsrechtliche Geltung des Deutschen als Amtssprache.<sup>626</sup> Die Verwendung des Deutschen als Amtssprache sei ein „Rechts- und Fundamentalsatz der gesamten österreichischen Verwaltung“<sup>627</sup>. Unger formulierte hierbei eindringlich:

„Wir kämpfen für die Aufrechterhaltung der deutschen Sprache als Amtssprache in Österreich. Wir kämpfen für die Erhaltung der Integrität dieser Sprache. Wir kämpfen für die Einheit der Verwaltung, für die Einheit der Justiz, für die Einheit des Staates. Unser Kampf ist kein aggressiver, er ist ein rein defensiver. Wir wissen recht wohl, dass wir diesen Kampf unter sehr ungünstigen Verhältnissen führen, wir sind von der Aussichtslosigkeit desselben vollkommen überzeugt. Die Regierung kann durch ihre selbst geschaffene, beliebig vermehrbare Majorität uns niederhalten, die Majorität kann durch das Übergewicht ihrer Stimmen uns niederdrücken. Wenn wir dennoch immer und immer wieder diesen Kampf aufnehmen, wenn wir trotz inneren Widerstrebens, trotz persönlicher Unlust immer von Neuem in diesen Kampf uns begeben, so geschieht dies nur, weil wir es einerseits für unsere patriotische Pflicht halten, in diesem Kampfe auszuharren und weil wir andererseits das tröstende und stärkende Bewusstsein haben, dass wir diesen Kampf führen im wahren Interesse von Kaiser und Reich.“<sup>628</sup>

Von den anderen Reden im Herrenhaus nach seiner Zeit als Minister ist insbesondere jene über die Zivilprozessordnung hervorzuheben.

#### ab) „Civilproceßordnung“

Eine wesentliche juristische Neuerung gegen Ende des 19. Jahrhunderts war die Schaffung der „Civilproceßordnung“, welche noch heute in Geltung steht. Ihre Entstehung wurde in ganz erheblichem Maß von Minister Franz Klein gestaltet.<sup>629</sup> Joseph Unger<sup>630</sup> war in dem

---

<sup>625</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 209.

<sup>626</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–34. Sitzung der X. Session am 7.5.1887, 437 ff.

<sup>627</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–34. Sitzung der X. Session am 7.5.1887, 441.

<sup>628</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–34. Sitzung der X. Session am 7.5.1887, 446 f.

<sup>629</sup> Vgl hierzu insbesondere Rechberger, Walter H.: Rechtspolitische Ziele und Gestaltungsanliegen der österreichischen Zivilprozessordnung in: 100 Jahre ZPO (hrsg. von Lewisch, Peter / Rechberger, Walter H.)

Zeitraum der Entstehung der ZPO Mitglied der Juridischen Kommission im Herrenhaus<sup>631</sup> sowie Präsident des Reichsgerichts<sup>632</sup>. In dieser Eigenschaft stellte er der Neustrukturierung des streitigen Verfahrens ein positives Zeugnis aus. Er beabsichtigte zunächst im Herrenhaus hierzu eine Rede zu halten<sup>633</sup>, musste diese jedoch nach kurzer Zeit wegen Unwohlsein und Müdigkeit abbrechen.<sup>634</sup> Nachdem er in der Folge von vielen Seiten dazu gedrängt wurde<sup>635</sup>, veröffentlichte er die geplante Rede wenig später als Monographie.<sup>636</sup> In ihr erläutert er, dass die Ablösung der Josefinischen Gerichtsordnung im Zivilprozess, welche diesen bis dato geregelt hatte, eine Notwendigkeit war, denn die „alte Gerichtsordnung konnte den Bedürfnissen einer neuen Zeit nicht mehr genügen.“<sup>637</sup> Insbesondere ihr Beruhen auf „den Principien der Schriftlichkeit und Mittelbarkeit, der Heimlichkeit und der sogenannten legalen Beweistheorie“<sup>638</sup> unterscheidet sie von einer zeitgemäßen Regelung des Zivilprozesses. „Von allen Seiten ist der Ruf ergangen, eine neue Proceßordnung zu schaffen und dieselbe auf der Grundlage der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, der Oeffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung aufzubauen.“<sup>639</sup>

Die folgenden Ausführungen geben einen Einblick in die Gedankenwelt Ungers, nicht nur bezüglich der Bewältigung des streitigen Verfahrens, sondern auch hinsichtlich seiner ethischen Vorstellungen. Wie in seinem gesamten Werk sind ihm auch bei der Besprechung der Zivilprozessordnung die Praktikabilität sowie der breitere Horizont allgemein ein immenses Anliegen.<sup>640</sup> Die Aufstellung der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, der Öffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung genügt Unger nicht, denn

---

(1998), 53ff sowie Stampfer, Michael: Die Zivilproceßordnung von 1898 vor dem Hintergrund zeitgenössischer sozialer Rechtsgestaltung in: 100 Jahre ZPO ((hrsg. von Lewisch, Peter / Rechberger, Walter H.) (1998), 69 ff.

<sup>630</sup> Bereits in seinen ersten beiden Sessionen im Herrenhaus (Sessionen V und VI) war Unger Mitglied der Kommission zur Civilproceßordnung (Sten. Prot. des Herrenhauses–V. Session, Index 106 sowie Sten. Prot. des Herrenhauses–VI. Session, Index 110) – siehe Anhang 1) b) (266 ff).

<sup>631</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–XI. Session- Index 134. Unger war (beinahe) während seiner gesamten Zeit im Herrenhaus Mitglied der „justiciellen“ bzw juristischen Kommission (siehe Anhang 1) b) (266 ff).

<sup>632</sup> Siehe I. 7) b) (88 f).

<sup>633</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–63. Sitzung der XI. Session am 14.6.1895, 778 f.

<sup>634</sup> „„Ich muss leider heute auf das Wort verzichten, ich bin zu müde und nicht imstande zu sprechen. Ich muss zu meiner Entschuldigung nur sagen, dass ich durch die anstrengende Arbeit der letzten Monate und durch die Hitze der letzten Tage so übermüdet und erschöpft bin, dass es mich wirklich eine große Selbsterwindung gekostet hat, mich überhaupt zu entschließen, diesen Vortrag heute zu halten. Ich bitte also das hohe um Entschuldigung wenn ich diese Absicht, die ich in der That gehabt habe, nicht erfüllen kann.“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–63. Sitzung der XI. Session am 14.6.1895, 779).

<sup>635</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), III: „Ich bin von vielen Seiten angegangen worden, die Rede, welche ich in der Sitzung des Herrenhauses am 14. Juni d.J. begonnen hatte und infolge eines plötzlichen Unwohlseins nicht fortsetzen konnte, niederzuschreiben und zu veröffentlichen.“

<sup>636</sup> Rede über die Civilproceßordnung, Wien 1895.

<sup>637</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 2.

<sup>638</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 2.

<sup>639</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 2.

<sup>640</sup> Siehe hierzu II. (93 ff) und III. B) (127 ff), C) (148 ff) & D) (163 ff).

„es kommt für die Gewinnung praktisch brauchbarer Resultate vielmehr auf die Art der Durchführung dieser Principien, und zwar insbesondere des Principis der Mündlichkeit an.“<sup>641</sup> Mit einem Verweis auf die Schwierigkeiten, welche sich diesbezüglich in der deutschen Zivilprozessordnung aus 1879 ergeben<sup>642</sup>, lobt er den Weg der österreichischen Prozessordnung, denn sie „hat sich die in Deutschland gemachten Erfahrungen zunutze gemacht: sie ist auf denselben Grundlagen aufgebaut wie die deutsche Civilproceßordnung, aber sie ist in freierem Stil gehalten und in praktischerer Weise ausgebaut.“<sup>643</sup>

Unger lobt in besonderem Maße, dass die ZPO „die proceßleitenden Befugnisse des Richters in erheblichem Maße steigert“<sup>644</sup>. Das neue Amtsverständnis der ZPO, der, in moderner Terminologie, „abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz“, wird von Unger ausgiebig behandelt.<sup>645</sup>

Die ZPO „lässt sich nicht von doctrinären Rücksichten leiten, ihr leitendes Princip ist Zweckmäßigkeit und ‚Practicabilität‘.“<sup>646</sup> Hier zeigt sich die generelle Einstellung Ungers, welcher auch in seiner Methode versuchte immer Flexibilität und Zweckmäßigkeit im Hinblick auf die Praxis walten lassen.<sup>647</sup> Jene Zweckmäßigkeit offenbart sich auch im Umgang mit der Mündlichkeit: „Es ist besser, die Mündlichkeit der Zweckmäßigkeit, als die Zweckmäßigkeit der Mündlichkeit zu opfern.“<sup>648</sup> In diesem Zusammenhang hebt Unger insbesondere den, heute abgeschafften, § 492 ZPO aF<sup>649</sup> hervor, welcher einerseits eine Möglichkeit der Parteien beinhaltete, auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung zu verzichten, andererseits jedoch dem Berufungsgericht bei Bedarf die Option lässt, dennoch eine mündliche Verhandlung anzusetzen: „auf diese Art wird gleicherweise dem Interesse der Parteien und der Aufgabe des Gerichtes Rechnung

---

<sup>641</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 4 f.

<sup>642</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 5: „...die Erwartungen und Hoffnungen welche, man auf dieses große Werk gesetzt hat, scheinen nicht in Erfüllung gegangen zu sein.“

<sup>643</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 6.

<sup>644</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 7.

<sup>645</sup> Vgl Unger, Civilproceßordnung (1895), 6 f, 14 f.

<sup>646</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 7.

<sup>647</sup> Allerdings mit wechselndem Erfolg (vgl hierzu insbesondere unten III. C) (148 ff) sowie D) (163 ff)).

<sup>648</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 7.

<sup>649</sup> § 492 aF. *Die Parteien können auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung verzichten. Der Verzicht ist wirksam, wenn er von den Parteien in der Berufungsschrift oder durch einen dem Proceßgerichte erster Instanz oder dem Berufungsgerichte überreichten Schriftsatz ausdrücklich erklärt wurde. In diesem Falle kann die Berufungsschrift auch Rechtsausführungen und Darlegung über Thatsachen und Beweise (§. 78, letzter Absatz) enthalten. Die Entscheidung über die Berufung erfolgt dann in nicht öffentlicher Sitzung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung. Das Gericht kann jedoch, wenn dies im einzelnen Falle erforderlich erscheint, eine mündliche Verhandlung anordnen.*

getragen.“ Ebenso positiv äußert sich Unger über § 509 ZPO<sup>650</sup>, der einerseits anordnet, dass das Revisionsgericht über die Revision in nicht öffentlicher Sitzung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung entscheidet, wobei andererseits auch eine mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgerichte auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet werden kann, wobei Unger vermerkt: „Es ist lebhaft zu wünschen, daß der oberste Gerichtshof von dieser Befugnis insbesondere bei schwierigen Rechtsfällen Gebrauch mache, um den Parteien und ihren Vertretern Gelegenheit zu geben, ihrer Rechtsauffassung in mündlicher Rede und Gegenrede Ausdruck zu geben und ihre Rechtsdeductionen in wirkungsvollere Weise vorzubringen.“<sup>651</sup>

Des Weiteren beurteilt Unger auch die Protokollierung positiv<sup>652</sup>, da selbige den Richtern als Stütze sehr hilfreich sei, insbesondere da der Richter „bisher an das schriftliche Verfahren gewohnt war“<sup>653</sup>. Das Protokoll ist demnach lediglich eine Hilfe: „eine Gefahr, daß das mündliche Verfahren infolge der Protokollierung in ein schriftliches umschlagen könne, ist nicht zu besorgen“<sup>654</sup>, denn „das Protokoll wird nicht eine Erkenntnisquelle des tatsächlichen Vorbringens für den Richter sein, sondern ein Hilfsmittel zur Sicherstellung und Festhaltung des dem Richter mündlich Vorgetragenen bilden. Die Civilproceßordnung (§ 414) schreibt denn auch vor, daß das Urtheil auf Grund der mündlichen Verhandlung, nicht etwa auf Grund des Protokolles, zu fällen ist.“<sup>655</sup>

Trotz der Unabsehbarkeiten, welche sich in der Praxis ergeben könnten, erlaubt sich Unger eine vorläufige Bewertung der Zivilprozessordnung: „...wenn ich die Überzeugung ausspreche, daß die vorliegende Civilproceßordnung wohl nicht die denkbar beste, aber für Oesterreich zur Zeit gewiss die beste ist. Sie gereicht der legislativen Section des Justizministeriums und insbesondere ihrem hochbegabten mit seltener Sachkenntnis und Arbeitskraft ausgestatteten Verfasser zu aller Ehre. Sie bildet ein würdiges Seitenstück zu der

---

<sup>650</sup> § 509. Das Revisionsgericht entscheidet über die Revision in nicht öffentlicher Sitzung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung. Es kann jedoch, wenn dies im einzelnen Falle dem Revisionsgerichte behufs Entscheidung über die eingelegte Revision erforderlich erscheint, auch eine mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgerichte auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet werden. In Bezug auf diese Verhandlung haben die für die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte erlassenen Vorschriften zu gelten. Erhebungen oder Beweisaufnahmen, welche zur Feststellung der im §. 503 Z 1 und 2, angeführten Revisionsgründe nothwendig sind, haben durch einen ersuchten Richter zu erfolgen, welcher die Acten über die stattgefundenen Erhebungen oder Beweisaufnahmen unmittelbar dem Revisionsgerichte vorzulegen hat. Diesen Erhebungen und Beweisaufnahmen sind stets die Parteien zuzuziehen.

<sup>651</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 9.

<sup>652</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 9 f.

<sup>653</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 10.

<sup>654</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 10.

<sup>655</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 10.

berühmten Strafproceßordnung des unvergeßlichen Justizministers Glaser.“<sup>656</sup> Er vermerkt auch positiv, dass „der Entwurf der Civilproceßordnung gleich bei seinem Erscheinen auch in Deutschland mit lebhafter Anerkennung und Zustimmung begrüßt wurde und daß derselbe vielfach als nachahmenswertes Muster für eine Reform der deutschen Civilproceßordnung empfohlen wird.“<sup>657</sup>

Abschließend fasst Unger die Vorteile, welche die ZPO im Bereich der Richter und Anwälte sowie für die Rechtswissenschaft mit sich bringt.

Sie erhöhe zunächst, wie erwähnt, in positivem Maße die Mitwirkungspflicht der Richter. Unger erkannte, dass die Haltung der Richterschaft essentiell für den Erfolg der ZPO sein würde. Die gesteigerte Mitwirkungspflicht, im Rahmen der mündlichen Verhandlung bei der Befragung der Parteien<sup>658</sup>, sowie die nunmehr normierte freie Beweiswürdigung<sup>659</sup>, intensiviere auch die Verantwortung der Richter: „In der Ausübung dieser Befugnisse wird der Richter zwar mit Energie, aber auch mit Discretion vorgehen müssen: eindringlich, nicht aufdringlich: *fortiter in re, sed suaviter in modo*. Der Richter soll die Sache untersuchen, aber nicht zum peinlichen Inquirenten der Parteien werden. Von dem Takt, mit welchem der Richter seine proceßleitenden Macht ausüben wird, wird es zum großen Theile abhängen, ob die rechtsuchende Bevölkerung in dem neuen Verfahren eine Wohlthat oder eine Klage sehen wird.“<sup>660</sup> Angesichts der gesteigerten richterlichen Kompetenzen forderte Unger, pragmatisch und folgerichtig, jedoch auch eine Erhöhung der richterlichen Planstellen sowie eine adäquate Entlohnung, um die erforderliche Qualität der Judikatur gewährleisten zu können.<sup>661</sup> Des Weiteren steigere die ZPO aber auch durch die Mündlichkeit und Öffentlichkeit das Wirkungspotential der Anwälte<sup>662</sup>, womit auch der „gefährliche Präjudiciencultus“<sup>663</sup> der

---

<sup>656</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 11 f.

<sup>657</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 12.

<sup>658</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 14. Unger hatte jedoch (als Präsident des Reichsgerichtes absehbar) auch vollstes Vertrauen in die Fähigkeiten der Richterschaft diesbezüglich: „Wir geben uns der sicheren, wohlbegründeten Hoffnung hin, daß der durch Tüchtigkeit, Gewissenhaftigkeit, Ehrenhaftigkeit und Pflichteifer ausgezeichnete österreichische Richterstand das neue Gesetz mit Freude aufnehmen und mit Liebe und Verständnis ausführen wird.“ (Unger, Civilproceßordnung (1895), 15).

<sup>659</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 14 f.

<sup>660</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 14.

<sup>661</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 15: „Soll aber der Richterstand die neuen großen Aufgaben erfüllen und sich seinem edler, aber auch schwieriger gewordenen Berufe mit Hingebung und Erfolg widmen können, so muß dafür gesorgt werden, daß die Richterstellen in erforderlicher Zahl vermehrt werden, und daß dem Richter eine entsprechende Rangstellung gewährt und eine möglichst sorgenfreie Existenz gesichert werde.“

<sup>662</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 12 f. Die neue Rolle des Anwalt fasst Unger wie folgt zusammen: „Aus dem Dunkeln, in welches ihn das heimliche schriftliche Verfahren gebannt hatte, tritt er an das Licht der Öffentlichkeit, er steht dem Proceßgegner von Angesicht zu Angesicht gegenüber und wirft seine ganze Persönlichkeit in den Kampf ums Recht.“ (Unger, Civilproceßordnung (1895), 13).

<sup>663</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 13.

Richterschaft abnehmen werde „wenn tüchtigen, wissenschaftlich gebildete Advocaten in lebendiger Rede und Gegenrede die Rechtsfrage discutiren werden.“<sup>664</sup>

Jene offene Diskussion rechtlicher Thematiken vor Gericht entfalte wiederum auch für die Rechtswissenschaft positive Wirkung: „Durch diese Rechtsdiscussionen wird die Wissenschaft gefördert werden: alte Theorien werden ihre ungeschwächte Lebenskraft zu erproben, neue Theorien werden die Feuerprobe zu bestehen haben. So wird die neue Civilproceßordnung zur Förderung und Fortbildung des Civilrechtes mächtig beitragen.“<sup>665</sup> Hinsichtlich der Zusammenführung von Theorie und Praxis zum beiderseitigen Vorteil<sup>666</sup> fordert Unger „die Teilnahme von Rechtslehrern an der Rechtsprechung der Gerichte, wie dies in Deutschland häufig der Fall ist.“<sup>667</sup>

Schlussendlich spannt Unger den Bogen noch zu einem ethischen Exkurs. Lobend führt er die Anhaltung zur Ehrlichkeit seitens der ZPO aus:

„Die Bedeutung der neuen Civilproceßordnung beschränkt sich nicht auf das Gebiet des Proceßrechtes, sondern reicht weit darüber hinaus. Die Civilproceßordnung verpflichtet die Parteien, die Wahrheit zu sagen (§§ 178, 182). Allerdings ist an die Pflicht kein unmittelbarer Rechtsnachtheil geknüpft und die gesetzliche Vorschrift eine *lex imperfecta*. Aber es ist schon an und für sich von großem moralischen Werthe, daß das Gesetz eine solche Wahrheitspflicht anerkennt und ausspricht. Die Parteien sollen auch im Kampfe ums Recht sich nur blanker und reiner Waffen bedienen: Lüge und Chicane sollen bei Gericht keine Stätte finden. Das Bestreben, den Proceß zu gewinnen, soll nicht zur Anwendung unlauterer Mittel führen: *virtus ante nummos*. Der Proceß wird dadurch zu einer Schule der Wahrhaftigkeit, der *fides et veritas*, welcher das sittliche Fundament des Verkehrs unter Menschen ist. Hierin liegt die große ethische und volkspädagogische Bedeutung der neuen Civilproceßordnung, deren goldenen Aufschrift lautet: Wahrheit und Recht!“<sup>668</sup>

---

<sup>664</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 13.

<sup>665</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 13 f.

<sup>666</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 16: „Der reine Theoretiker kennt das Recht, aber das Leben nicht genügend; der reine Praktiker kennt das Leben, aber das Recht nicht genügend. Eine Verbindung von Theorie und Praxis kommt beiden zu statten. Die Theorie gelangt dadurch von der öden Haide auf die grüne Weide und wird davor bewahrt, gleichsam im luftleeren Raum zu arbeiten- *travailler dans le vide*, wie es die Franzosen nennen. Die Praxis wird durch die Verbindung mit der Theorie, die ja zum Glück nicht immer grau ist, vor Routine und Schlendrian bewahrt, geistig aufgerichtet und wissenschaftlich belebt.“

<sup>667</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 16.

<sup>668</sup> Unger, Civilproceßordnung (1895), 16 f.

In für ihn typischer Manier offenbart Unger hierbei Einblicke in sein Wesen, welches neben der moralischen Integrität sich zeit seines Lebens durch den „Blick über den Tellerrand“, durch generelle Weltoffenheit und breiten Horizont auszeichnete. Es ist sinnbildlich für das juristische sowie menschliche Format der Person Joseph Ungers, in der ZPO, welche schließlich im selben Jahr wie Ungers Rede erlassen wurde<sup>669</sup>, nicht nur ein trockenes Vehikel zur prozessualen Bewältigung des streitigen Verfahrens zu konstatieren, sondern darüber hinaus in ihr einen Ausdruck des Geflechts menschlicher Interaktion sowie der Gesellschaft selbst zu entdecken. Der Blick für „das große Ganze“, das Gespür für die Interdependenzen und Berührungspunkte verschiedenster Thematiken innerhalb des sozialen Gefüges ist als eine der herausragenden Qualitäten Joseph Ungers zu vermerken.

Am 2. März 1910 verlas Schriftführer Graf Waldstein Ungers Rücktrittserklärung (aus Altersgründen) von der juristischen Kommission des Herrenhauses, welcher Unger beinahe 40 Jahre angehört hatte.<sup>670</sup> Die letzte Rede im Herrenhaus hielt Unger am 20. Dezember 1911 bezüglich der Organisation des Reichsgerichtes.<sup>671</sup> Er forderte hierin eine bis dato unbesetzt gebliebene Ersatzmannstelle baldigst zu besetzen und dass das Parlament bei der „Nominierung von Kandidaten sich lediglich von der Rücksicht auf die richterliche Befähigung leiten“<sup>672</sup> lassen solle.

### **b) Reichsgerichtspräsident ab 1881**<sup>673</sup>

1881 kam es zu einem beeindruckenden Schritt in der Karriere Joseph Ungers: er wurde vom Kaiser zum Präsidenten des Reichsgerichts ernannt. Er übte dieses Amt bis zu seinem Tod im Jahre 1913 aus.<sup>674</sup>

---

<sup>669</sup> RGBI 113/1895.

<sup>670</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–8. Sitzung der XX. Session am 2.3.1910, 164.

<sup>671</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XXI. Session am 20.11.1911, 97 f.

<sup>672</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XXI. Session am 20.11.1911, 97.

<sup>673</sup> Vgl auch Sixta, Sprechminister (1941), 105 f. Allgemein zum Reichsgericht bzw der Verfassungsgerichtsbarkeit im Kaisertum Österreich siehe Neschwara, Reichsgericht (2006); Lehne, Friedrich: Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof in: Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Band II (Verwaltung und Rechtswesen) (hrsg. von Wandruszka, Adam / Urbanitsch, Peter) (1975), 663 ff sowie Heller, Verfassungsgerichtshof (2010).

<sup>674</sup> Er war somit der längst amtierende Präsident des Reichsgericht Außer Unger nahmen noch Carl Krauss (1869–81) sowie Karl Grabmayr (1913–18) die Position des Reichsgerichtspräsidenten ein (Neschwara; Christian: Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit in der österreichischen Monarchie in: Parliaments, Estates and Representation 25, 167 ff (2005), 175).

Ministerpräsident Eduard Taaffe betrieb die Ernennung Ungers und lobte im Ministerrat ausdrücklich dessen juristische Fähigkeiten.<sup>675</sup> Es erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, dass ein Zivilrechtler<sup>676</sup> das Amt des höchsten Gerichtshofs des Öffentlichen Rechts übernahm. Das Reichsgericht gilt als Vorläufer des heutigen Verfassungsgerichtshofs. Jene Ernennung spiegelt jedoch das hohe Ansehen, welches Ungers juristische Fachkenntnis genoss, wieder. Er galt weithin als Koryphäe des Rechts und wurde über das gesamte politische Spektrum hinweg ob seiner juristischen Expertise geschätzt. Die verschiedensten politischen Kräfte konnten sich mit ihm identifizieren. Seine politische Heimat lag zwar zweifelsohne in der liberalen Bewegung, doch reklamierten ihn auch linke Kräfte für sich, wie Ministerpräsident Taaffe bemerkte.<sup>677</sup> Sein Ansehen quer durch das politische Spektrum, seine kaisertreue Grundeinstellung sowie seine unbestrittene juristische Expertise waren demnach wohl ausschlaggebend für die Ernennung zum Reichsgerichtspräsidenten, obgleich er, wie erwähnt, vor allem im Bereich des Zivilrechts gewirkt hatte.<sup>678</sup>

In Amt selbst soll Unger den blumigen Worten Egon Zweigs nach als „ein Priester des Rechts“<sup>679</sup> gewirkt haben.<sup>680</sup> Seine tatsächliche Rolle ist jedoch nur schwer zu rekonstruieren, wie dies bereits Mitteis festhielt: „Was diese dritte Epoche in Unger’s Leben sonst noch an juristischer Thätigkeit in sich schließt, das entzieht sich vielfach der öffentlichen Kenntnis,

---

<sup>675</sup> Vgl. Ministerratsprotokolle 136/1881.

<sup>676</sup> Unger kann durchaus als Zivilist bezeichnet werden (vgl. auch Meissel, *Pandektistik* (2016), 19). Zeit seines Lebens bildete das Zivilrecht den Hauptteil seiner juristischen Publikationen und Forschungen. Unger veröffentlichte allerdings auch Publikationen zum Öffentlichen Recht (etwa bereits mit seiner Flugschrift bezüglich des Ausgleichs mit Ungarn (gem. mit Fischhof – siehe oben I.5) (35 ff)) oder spätere Publikationen wie etwa „Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen“ (Unger, Joseph: *Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen* in: *Grünhuts Zeitschrift* 6 (1879), 349 ff. Trotzdem blieb das Zivilrecht sein wissenschaftlicher Schwerpunkt, was sich klar an seinen multiplen zivilrechtlichen Schriften ablesen lässt. Die Feststellung Hellers, Unger habe sich, nach seiner Ernennung zum lebenslangen Mitglied des Herrenhaus sowie seiner Bestellung zum Reichsgerichtsrichter (beides 1869 – siehe oben I.5) (35 ff, insb. 41)), „fortan dem öffentlichen Recht“ gewidmet (Heller, *Verfassungsgerichtshof* (2010), 103) ist somit nur bedingt richtig. Ungers primäre wissenschaftliche Tätigkeit war auch nach 1869 in erster Linie privatrechtlicher Natur.

<sup>677</sup> Vgl. Sixta, *Sprechminister* (1941), 105. Sixta bemerkt an anderer Stelle, dass er im Herrenhaus aufgrund seines Engagements in sozialen Belangen mit der Bezeichnung „Salonsozialdemokrat“ bedacht wurde (Sixta, *Sprechminister* (1941), 104 – leider ohne Zitierung). Seine Politik und auch seine rechtliche Auffassung zeigen jedoch eine klare Tendenz zum Schutz bzw. der Unterstützung des „Schwächeren“, womit jener Ausdruck eine gewisse Rechtfertigung erlangt. (siehe hierzu unten II. (93 ff) und III. B) (127 ff), C) (148 ff) & D) (163 ff). Vgl. auch Unger, *Mosaik* (1911), 190: „Sozialpolitische Gesetzesvorschläge werden hin und wieder mit der schreckhaften Motivation abgelehnt: sie seien ‚sozialdemokratische Vorstöße‘ – in Wahrheit handelt es sich um Postulate der Gerechtigkeit und der Humanität.“

<sup>678</sup> Oftmals wird Unger auch als Romanist bezeichnet. Jene Einordnung erscheint mir jedoch zweifelhaft, da seine Schriften zumeist im geltenden Recht verankert sind. Die Aufarbeitung und Einbeziehung romanistischer, aber auch anderer historischer Quellen ist zwar Teil seiner spezifischen, wissenschaftlichen Methode – zentraler Fokus seiner Schriften ist die Rechtsgeschichte jedoch nicht (siehe hierzu insbesondere II. (93 ff)).

<sup>679</sup> Zweig, Unger (Nekrolog), 210.

<sup>680</sup> Die gesammelten Erkenntnisse des Reichsgerichts wurden von Anton Hye Freiherr von Glunek herausgegeben und sind online auf der Internetseite der ONB einsehbar: <http://alex.onb.ac.at/rgr.htm>.

und nur die eingeweihten vermögen es zu beurtheilen, welchen Antheil der Präsident des Reichsgerichtes an dessen Judicatur besitzt.“<sup>681</sup>

Zum 25jährigen Jubiläum von Ungers Amtszeit formulierte der Kaiser in einem Handschreiben es „als glückliche Fügung“ über einen langen Zeitraum hinweg einen Mann als Reichsgerichtspräsidenten tätig zu wissen, „der nicht nur die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen Rechtes in neue Bahnen gelenkt und zu reicher Blüte gebracht, sondern auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf der Höhe geläuterter Wissenschaftlichkeit und Gerechtigkeit erhalten hat.“<sup>682</sup>

Wiederholt forderte Unger das Abgeordnetenhaus auf, seiner Nominierungsverantwortung nachzukommen, da das Reichsgericht öfters unterbesetzt bzw mitunter aufgrund der mangelnden Besetzung offener Richterposten gar beschlussunfähig war.<sup>683</sup>

## **8) Tod und Würdigung als Person**

Unger hatte einst bemerkt: „Ich möchte im Frühling sterben: wenn die Natur in voller Blüte steht, wenn die Vögel singen, da mag man sich sanft ins All auflösen.“<sup>684</sup> Dieser Wunsch wurde ihm erfüllt, er starb am 2. Mai 1913 in seiner Wohnung in der Kantgasse 3 im 1. Bezirk Wiens (ca. zwei Monate nach seiner Ehefrau Emmy). Seine letzte Ruhestätte fand er am Wiener Zentralfriedhof in der Familiengruft der Familie Schey von Koromla. Seine Grabschrift lautete: „Nach getaner Arbeit ist gut ruhen“<sup>685</sup>. Auf der Inschrift des Monuments der Gruft findet sich heute ein Zitat Goethes (aus dessen Buch Suleika, West-östlicher Divan), welchen Unger Zeit seines Lebens verehrt und geliebt hatte: „\_ denn das Leben ist die Liebe und des Lebens Leben Geist.“ Seine Bibliothek vermachte Unger der Universitätsbibliothek Wien. Der restliche Teilnachlass des kinderlosen Unger befand sich im Besitz der Familie seiner Ehefrau Emmy, der Familie Schey (von Koromla). 1965 übergab Prof. Hans Lentze nach Übereinkunft mit Herbert Schey, dem Sohn von Ungers Schwager Josef Schey von

---

<sup>681</sup> Mitteis, Ludwig: „Joseph Unger“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 2.

<sup>682</sup> Zitiert aus Zweig, Unger (Nekrolog), 210.

<sup>683</sup> Siehe etwa Ungers Zuschrift an das Abgeordnetenhaus im Jahre 1903 (Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses–243. Sitzung der XVII. Session am 17.11.1903, 22113 f) sowie Ungers letzte Rede im Herrenhaus am 20.11.1911 (Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XXI. Session am 20.11.1911, 97 f).

<sup>684</sup> Unger, Mosaik (1911), 182.

<sup>685</sup> Unger, Mosaik (1911), 208.

Koromla (1853 – 1938), den Teilnachlass an das Archiv der Universität Wien<sup>686</sup>, wo er bis heute eingesehen werden kann. Er umfasst ua Zeitungsausschnitte zum Leben Ungers, Urkunden sowie primär Ungers umfassende Korrespondenz.

Joseph Unger war eine sehr vielseitige Persönlichkeit – ein Gelehrter, ein brillanter Redner und ein erfolgreicher Staatsmann. Eine abschließende Charakteristik seiner Person ist nicht einfach, wie schon das „Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis“ in der Rezension von Ungers „Mosaik. Der „Bunten Betrachtungen und Bemerkungen“<sup>687</sup> konstatierte: „Eine zutreffende Charakteristik seines Wesens zu geben, ist nicht leicht: es ist eine eigenartige Zusammensetzung von Papinianischer Jurisprudenz, Hegelscher Denkkraft und Heineschem Sarkasmus.“<sup>688</sup>

Er beherrschte mehrere Sprachen<sup>689</sup> und glänzte in Reden und Aufsätzen immer wieder mit seiner umfassenden Bildung. Bereits in seiner Jugend besuchte er regelmäßig den Salon der Josephine von Wertheimstein, wo er aufgrund seines Wortwitzes und seiner Bildung ein gern gesehener Gast war. Seine Begeisterung für Literatur führte ihn bereits früh in Literaturklubs.<sup>690</sup> Gefürchtet waren seine Spitzen in seinen Reden, welche nach heutigen Maßstäben jedoch mitunter in die Polemik abglitten. Insbesondere die Zitatensammlung „Mosaik“ gibt einen Einblick in die Geisteshaltung Ungers. Sie offenbart seine Bildung ebenso wie sein humoristisches Talent und lässt seine multiple Interessen sowie seine spitze Zunge zu Tage treten.

Neben seiner Begeisterung für Literatur war Unger auch musikalisch begabt. Er soll in seiner Kindheit wie erwähnt sogar bei Franz Liszt vorgespielt haben.<sup>691</sup> Hanslick berichtet gar Liszt habe ihm „eine glänzende Virtuosenlaufbahn in Aussicht“<sup>692</sup> gestellt.

Besonders bemerkenswert an Ungers juristischem Wirken ist seine Tendenz sich sozialen Problemen anzunehmen. Sein natürlicher Reflex, den Schwächeren zu schützen, war zentraler

---

<sup>686</sup> Übernahmeprotokoll des Archivs der Universität Wien UA 904-1965 (<http://scopeq.cc.univie.ac.at/Query/detail.aspx?ID=24678>).

<sup>687</sup> Unger, Joseph: Mosaik. Der „Bunten Betrachtungen und Bemerkungen“, 3. vermehrte Auflage (1911). Diese als Zitatsammlung konzipierte Publikation wurde oftmals rezensiert. Unger schien hierauf ein besonderes Augenmerk gelegt zu haben, da er viele der durchwegs positiven Rezensionen aufbewahrte. Die von Unger gesammelten Rezensionen hierzu befinden sich heute im Teilnachlass.

<sup>688</sup> Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis, Band 1909, 214 f.

<sup>689</sup> So soll Unger neben Deutsch auch Latein und Griechisch sowie Italienisch, Französisch, Englisch, Spanisch und Hebräisch beherrscht haben. (Frankfurter, Jugendjahre (1917), 61 sowie 71).

<sup>690</sup> Vgl Sixta, Sprechminister (1941), 108.

<sup>691</sup> Frankfurter, Jugendjahre (1917), 49; Hanslick, Leben (1893), 225.

<sup>692</sup> Hanslick, Leben (1893), 225.

Ankerpunkt seines Schaffens, was insbesondere in seinen schadenersatzrechtlichen Schriften klar zu Tage tritt.<sup>693</sup>

Unger entwickelte sich zu einem der angesehensten Juristen Österreichs. Er bildete gemeinsam mit Glaser und Jhering das „glänzende Dreigestirn“<sup>694</sup> der Wiener juristischen Fakultät. Die drei Juristen standen sich auch persönlich nahe, was insbesondere durch den erhaltenen Briefwechsel<sup>695</sup> gut belegt ist. Viele ihrer juristischen Errungenschaften haben dem Zahn der Zeit getrotzt und sind nach wie vor in der juristischen Gegenwart spürbar.<sup>696</sup>

Die vielen Facetten seiner Persönlichkeit können jedoch unmöglich allesamt zum Ausdruck gebracht werden. Allgemein gesprochen erscheint uns Unger als ein interessanter Vertreter der Belle Époque. Die Untersuchung seiner Biographie, das Studium seiner Schriften und Reden geben einen Einblick in das Leben im Wien des Fin de Siècle und lassen jene faszinierende Epoche, jene Glanzzeit dieser Stadt, kurz vor unserem geistigen Auge lebendig werden.

Seinem wissenschaftlichen Oeuvre im Bereich des Schadenersatzrechts und der verschuldensunabhängigen Haftung sind nun die folgenden Abschnitte gewidmet.

---

<sup>693</sup> Siehe unten II. (93 ff) und III. B) (127 ff), C) (148 ff) & D) (163 ff).

<sup>694</sup> Jellinek, Georg: „Unger’s siebzigster Geburtstag“ in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898, 3.

<sup>695</sup> Losano, Mario G.: Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser (1996).

<sup>696</sup> Hervorzuheben ist bei Unger hierbei sicherlich die Schaffung des VwGH einerseits und andererseits die Umstellung der privatrechtlichen Gliederung auf das Pandektensystem (siehe hierzu auch unten sogleich II. (93 ff)).

## II. Joseph Unger: Methodische Einordnung seiner schadenersatzrechtlichen Schriften

Joseph Unger gilt als der Begründer der Pandektistik in Österreich.<sup>697</sup> Die Pandektistik als „der romanistisch ausgerichtete Zweig der Historischen Rechtsschule“<sup>698</sup> ist der „Stil oder die Methode, mit der die deutschen Juristen im 19. Jh. die positive Privatrechtswissenschaft als Exegese der Pandekten Justinians betrieben haben. [...] Als Hauptwerk der pandektistischen Schule gelten die „Pandekten von Georg Friedrich Puchta (1798 bis 1846).“<sup>699</sup> Die pandektistische Methode wurde später polemisch als „Begriffsjurisprudenz“ bezeichnet.<sup>700</sup> Meder definiert die Pandektistik folgend: „Als neuer und eigener Wissenschaftsstil entwickelte sich die ‚Pandektistik‘, die das geltende Recht mit seinen römischen Bestandteilen zu lehren suchte. Nach Maßgabe der Jheringschen Devise ‚durch das römische Recht über das römische Recht hinaus‘ sollte die Pflege des römischen Rechts die Schaffung eines wirklich nationalen Rechts vorbereiten. Die bedeutendsten Repräsentanten der Pandektistik dieser Zeit sind Windscheid und Jhering.“<sup>701</sup>

Was genau ist nun aber die Pandektistik wirklich? Die lang vertretene Lehrmeinung bezüglich der Charakteristik der Pandektistik fasst Meissel treffend zusammen:

„Noch bei Wieacker finden wir demgemäß eine allgemeine Charakterisierung der Pandektenwissenschaft als wissenschaftlich positivistisch, apolitisch und angeblich neutral gegenüber ‚religiösen, sozialen und wissenschaftlichen (sic!) Wertungen‘. Als Beleg dafür dient dabei ein berühmtes Diktum Windscheids, demzufolge ‚ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen ... nicht Sache des Juristen als solchen‘ seien. Im Übrigen aber ist ‚der‘ Pandektist, obgleich typusgemäß ohne metaphysische Inklination, angeblich damit beschäftigt, sich in einer Art

---

<sup>697</sup> Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger: „Souverän im Reich der Jurisprudenz“, in: Die Presse vom 28. April 2013 abgerufen auf [http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1395462/Joseph-Unger\\_Souveraen-im-Reich-der-Jurisprudenz](http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1395462/Joseph-Unger_Souveraen-im-Reich-der-Jurisprudenz).

<sup>698</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 2.

<sup>699</sup> Luig, Klaus: Pandektenwissenschaft in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), III. Band, (1984), 1422 ff (1422 f).

<sup>700</sup> Erstmals taucht der Begriff bei Jhering in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) auf.

<sup>701</sup> Meder, Rechtsgeschichte (2014), 321.

Begriffshimmel zu bewegen; er werkt an einer ‚Begriffspyramide‘, innerhalb welcher ‚der Stellenwert der Begriffe‘ und ‚der logische Systemzusammenhang stets eine folgerechte Füllung positiver Gesetzeslücken durch ‚produktive Konstruktion‘‘ erlaube und dabei die ‚Rechtssätze und ihre Anwendung ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft‘ ableite. Das Material für die Begriffsbildung gewinnt der Pandektist Savignyscher Deszendenz dabei aus dem römischen Recht, der ‚Jurist als solcher‘ ist damit gleichsam ein Geisteszwilling der iuris consulti der Antike.<sup>702</sup>

Die Forschung hatte demnach lange Zeit „den Pandektisten“ als lebensfremden Juristen charakterisiert, welcher Begriffe romanistischer Quellen auf die Gegenwart übertrug und „ausgehend von römischem Digestenmaterial [...] dieses so lange traktiert, bis dann ein den zeitgemäßen Bedürfnissen angemessener dogmatischer Ertrag erzielt werden kann.“<sup>703</sup> Die Begriffe werden dem römischen Recht entnommen und dienen zur Füllung gesetzlicher Lücken bzw zur Rechtsfortbildung um ein scheinbar kohärentes System des Rechts zu schaffen bzw die angebliche systematische Geschlossenheit des Römischen Rechts auf das moderne Recht zu übertragen. Zentrale Kritikpunkte an der pandektistische Methode, bzw der ‚Begriffsjurisprudenz‘, waren „lebensferne Überspitzungen bei der Begriffsbildung (‚Konstruktion‘) und das Verharren in antiken Lösungen (‚Mumiencultus‘).“<sup>704</sup>

Jene ablehnende Haltung ist stark von der Wertung des ausgehenden 19. Jahrhunderts geprägt. Insbesondere die Polemisierungen Jherings, welcher den Begriff der „Begriffsjurisprudenz“ einführte, haben lange Zeit das akademische Denken beherrscht. Die Konstatierung der Lebensferne und Praxisvergessenheit, jener „Götzencultus des Logischen“<sup>705</sup> welcher der „Begriffsjurisprudenz“ innewohne, hat ihren Ursprung in Jherings (Spät-)Werk:

„Die Begriffsjurisprudenz scheint daher durch das Vorbild der römischen Juristen gedeckt zu sein, nur dem Beispiel, das jene ihr gegeben haben, Folge zu leisten. So scheint es. In Wirklichkeit verhält es sich anders. Die römischen Juristen gehen auf dem

---

<sup>702</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 2. Bezüglich Windscheid siehe Windscheid, Bernhard: Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (1884) in: Windscheid, Bernhard: Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. von Oertmann, Paul) (1904), 100 ff (101).

<sup>703</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 15.

<sup>704</sup> Haferkamp, Begriffsjurisprudenz, zitiert aus <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>

<sup>705</sup> Jhering, Rudolf von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, 1. Abteilung, 2. Verbesserte Auflage (1871), 310 Fn 429.

Wege der Konsequenz nur so weit vor, als nicht das praktische Bedürfnis ihnen Einhalt gebietet, sie behalten bei der Rechtslogik stets das Leben im Auge. Die heutige Begriffsjurisprudenz kennt diese Rücksicht nicht, sie geht geradeaus, selbst wenn sie schließlich bei einem Resultate anlangt, das mit Zweck der Anwendung des Rechts völlig unvereinbar ist, sich in seiner eigenen Unmöglichkeit selber vernichtet,- die Rechtslogik ist nicht mehr, wie in Rom, des Lebens sondern das Leben der Rechtslogik wegen da.<sup>706</sup>

Jhering bezog auch kritisch seine eigenen frühen Schriften<sup>707</sup> in die Kritik mit ein und sah neben Puchta und Savigny generell die scholastische Tradition sowie die Romanistik als Verursacher dieser negativen Entwicklung.<sup>708</sup>

Die polemisierende Charakterisierung der pandektistischen Methode bzw. „Begriffsjurisprudenz“, welche sich im Laufe des 20. Jahrhunderts insbesondere angesichts der Etablierung der Interessenjurisprudenz intensivierte, kann heutzutage als überholt angesehen werden.<sup>709</sup> Insbesondere vor dem Horizont, dass „keine genaueren Untersuchungen der Rechtsdogmatik den Befund einer Begriffsjurisprudenz stützten. Jhering persiflierte einzelne Übertreibungen, während er selbst die Bildung neuer dogmatischer Figuren maßgeblich vorantrieb. Aus den von späteren Kritikern einzig analysierten Methodenprogrammen lässt sich nicht sicher auf Gerechtigkeitsdefizite in ihrer Anwendung schließen. Dies wäre ein unzulässiger Schluss von der Form auf den Stoff. Blickt man in die Dogmengeschichte, so lässt sich jedenfalls Lebensferne der Pandektendogmatik nicht bestätigen. Gerade die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts schuf wichtige und weltweit erfolgreiche Grundlagen des modernen Zivilrechts, genannt seien die Lösungsvorschläge dieser Zeit für Besitz, Stellvertretung, Zession, Unmöglichkeit, *actio negatoria*, *culpa in contrahendo* oder Hypothek. Zudem entwickelte sie ein liberales Privatrechtssystem, das nahtlos dem liberalen Credo der Jahre vor 1878 entsprach.“<sup>710</sup>

Insbesondere die Unterstellung der oftmals angeführten und zugunsten der herrschenden Rechtslogik angewandten Lebensferne berühmter als pandektistisch apostrophierter bzw der

---

<sup>706</sup> Jhering, Rudolf von: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) neu herausgegeben von Max Leitner (2009), (idF Jhering, Scherz und Ernst (1884), 362 f.

<sup>707</sup> Siehe hierzu Meder, Rechtsgeschichte (2014), 330 f.

<sup>708</sup> Meder, Rechtsgeschichte (2014), 333.

<sup>709</sup> Siehe hierzu etwa Falk, Ulrich: Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz (1989) sowie Haferkamp, Hans-Peter: Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“ (2004).

<sup>710</sup> Haferkamp, Begriffsjurisprudenz, zitiert aus <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>.

Begriffsjurisprudenz zugeordneter Juristen kann heute als widerlegt angesehen werden: „Neuere Einzeluntersuchungen zur Methode und Dogmatik einzelner ‚Begriffsjuristen‘ ergab denn auch durchweg, dass ‚Lebensnähe‘ juristischer Dogmatik bei diesen Juristen stets thematisiert und angestrebt wurde. Bernhard Windscheid versah seine Dogmatik jederzeit mit einer Gerechtigkeitskontrolle und beließ zudem dem ‚richterlichen Ermessen‘ weit reichenden Spielraum. Auch Georg Friedrich Puchta hatte die ‚praktische Bedürfnisse‘ in seinem Privatrecht stets im Blick. Auch er setzte auf den Richter als Medium. Seine Rechtslehre fußte zudem nicht auf dem Gerechtigkeitswert juristischer Logik, sondern vor allem auf dem des Römischen Rechts.“<sup>711</sup>

Angesichts dieser neuen Entwicklungen in der Einordnung pandektistischer Methodik und ihrer tatsächlichen Beschaffenheit, bleibt nunmehr die Frage, inwiefern Joseph Unger dogmatisch zu verorten wäre. Kann er tatsächlich als Begründer der pandektistischen Schule in Österreich betrachtet werden? Und wenn ja – wie sah seine Definition von Pandektistik aus? Wie pandektistisch war der Pandektist Unger tatsächlich?

Zweifelsohne ist Joseph Unger zunächst historisch in jenen Bereich einzuordnen:

„Versteht man unter Pandektistik zunächst einmal, um auf unseren Genusbegriff zurückzukommen, den romanistisch ausgerichteten Zweig der Historischen Rechtsschule, so ist Unger, den man gerne als Vater/Begründer der historischen Rechtsschule in Österreich apostrophiert, zweifellos darin zu verorten. Er war ja jener Gelehrte, dem im Zuge der Thun-Hohensteinschen Universitäts-Reformen in der Mitte des 19. Jahrhunderts die Rolle zugeordnet war, Savignys Lehren in der Rechtswissenschaft des Habsburgerreiches umzusetzen und zur offiziellen Doktrin zu formen.“<sup>712</sup>

Ungeachtet des historisch-kontextuellen Hintergrunds fällt eine Beurteilung seiner schadenersatzrechtlichen Schriften hinsichtlich der Methode weitaus differenzierter aus, als es der historische Hintergrund bei oberflächlicher Betrachtung vermuten ließe. Benutzt Unger tatsächlich den romanistischen Begriff sowie die Digesten als Vehikel um ein kohärentes System im Schadenersatzrecht zu generieren, ohne hierbei auf die Bedürfnisse der Praxis Rücksicht zu nehmen?

---

<sup>711</sup> Haferkamp, Begriffsjurisprudenz, zitiert aus <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>.

<sup>712</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 3. Vgl auch oben I. 4) b) (25 ff).

In der Tat sind pandektistische Anleihen im Sinne der älteren Lehre und Definition des Begriffs erkennbar. Das römische Quellenmaterial ist präsent, mitunter werden römische Grundprinzipien und Begriffe auf das moderne Recht angewandt bzw dienen zur Erklärung und Rechtfertigung desselben. Oftmals steht zu Beginn der Behandlung einer schadenersatzrechtlichen Thematik der Verweis auf das römische Recht.

Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf, dass es an einer profunden Analyse des Quellenmaterials mangelt. Die Einfügungen aus dem Römischen Recht erscheinen eher zufällig bzw geradezu opportunistisch gesetzt, als dem strikten Korsett einer einheitlichen Methode zu entsprechen. Die Verweise auf die Digesten variieren stark in ihrer Intensität und zeigen selbst in ihrer stärksten Form keine in die Tiefe gehende Untersuchung. In vielen Fällen seiner schadenersatzrechtlichen Schriften beschränkt sich der romanistische Ausflug Ungers auf die bloße Wiedergabe des lateinischen Begriffs bzw den Verweis auf eine Digestenstelle in den Fußnoten. Weiters scheinen die Einschübe, Zitate und Anspielungen auf die romanistischen Quellen dem Leser oftmals als allgemeingültige Phrasen, deren Verwendung eher auf einen bildungsbürgerlichen Hintergrund als auf eine strenge Methodik schließen lassen. Die romanistischen Quellen werden oftmals beiläufig und aus dem Zusammenhang gerissen zur Untermauerung einer Ansicht verwendet, womit man einer tiefgehenden, breiten Diskussion des Quellenmaterials bei Unger vergeblich harret.

Die Methode Joseph Ungers kann nach modernen Maßstäben somit kaum als rein „pandektistisch“ bezeichnet werden, obgleich er unbestritten über profunde Kenntnisse des Römischen Rechts verfügte.<sup>713</sup> Die „Begriffspyramide“, die reine Konstruktion im Sinne eines „Götzencultus des Logischen“ sucht man vergeblich, wie bereits Landsberg erkannte und in seiner Wertung Dernburgs ausdrücklich anführt, dass diese ebenso auf Unger zutreffe: „Dagegen für Dernburg ist wirklich die Konstruktion nur noch Mittel zum praktischen Zweck, nur noch bedeutsam behuts übersichtlichen Zusammenschlusses der einzelnen Rechtssätze, die aber ihre Gültigkeit lediglich aus der gesetzlichen Vorschrift oder aus den Bedürfnissen des wirtschaftlichen oder sozialen Lebens entnehmen. Für diese Bedürfnisse in ihrer heutigen Ausgestaltung hat Dernburg ein treffendes Gefühl, wie neben ihm von den Juristen seiner Generation wohl nur noch Unger, er erblickt das Recht nicht als Aggregat toter Rechtssätze sondern als ein Spiel lebendig in fortwährender funktioneller Betätigung einander

---

<sup>713</sup> Als Beleg hierfür dienen ua neben seinen römisch-rechtlichen Abhandlungen und Verweisen, auch im Teilnachlass befindliche Vortragsmanuskripte bezüglich seiner Vorlesungen im Bereich des Römischen Rechts sowie ein Exemplar der sechsten Auflage des „Lehrbuch der Pandekten“ von Carl Ludwig Arndts von Arnesberg mitsamt umfangreichen handschriftlichen Ergänzungen .

durchkreuzender und ergänzender Glieder, und davon weiß er in glänzender Darstellung ein anschauliches Bild zu entwerfen.<sup>714</sup>

Vielmehr scheint Ungers methodischer Zugang vielschichtiger und in seiner Anwendung eher eklektisch. Er untersucht das geltende Zivilrecht und vergleicht dieses in abwechselnder Intensität mit rechtshistorischen Quellen, wobei Unger auch regelmäßig, wenn auch in geringerem quantitativen Ausmaß, neben dem römischen Quellenmaterial auf das Gemeine Recht sowie „germanische“ Rechtswurzeln zurückgreift.

Neben den rechtshistorischen Einschüben geht Unger jedoch ebenso rechtsvergleichend gegenüber anderen, gegenwärtigen Rechtskreisen vor. Er nimmt insbesondere auf das deutsche, französisch/italienische und schweizerische Zivilrecht Bezug. Mitunter verweist er auch auf den anglo-amerikanischen Rechtsraum.

Ein klares Beispiel für das Zusammenspiel der verschiedenen Ansätze der beschriebenen Vorgangsweise findet sich etwa in der Behandlung der Untervermietung in der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“.<sup>715</sup> Zu Beginn limitiert sich der „pandektistische“ Auszug auf den Satz: „Das römische Recht gestattet ihm diese Untervermiethung (*sublocatio*) ohne die Einwilligung des Vermiethers, wobei er nur für eigenes Verschulden in der Auswahl des *posterior conductor* haftet.“<sup>716</sup> In den Fußnoten verweist Unger hierbei zwar auf relevante Digestenstellen (D 4.65.6 mitsamt der Zitierung des Rechtsatzes „*Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit*“, D 19.2.7.8, D 19.2.24.1, D 19.2. 30 pr, D 19.2. 60 pr. D 19.2.11 pr sowie D 9.2. 27.11), doch unterbleibt eine Diskussion derselben. Vielmehr diskutiert Unger in der Folge die Werke diverser zeitgenössischer Juristen<sup>717</sup> und geht neben dem ABGB auf die Rechtslage der Schweiz, Frankreichs sowie deutscher Staaten, insbesondere auf das ALR sowie die Entwürfe zum BGB, ein. Anstelle einer breiten Diskussion der romanistischen Quellen stellen diese somit lediglich einen Teil der Methode dar, welche sich ebenso in erheblichen Maß auf die zeitgenössische Jurisprudenz sowie den Rechtsvergleich stützt. Es ließen sich im schadenersatzrechtlichen Oeuvre Ungers noch viele weitere Beispiele anführen, welche dem erwähnten Muster entsprechen. Die quantitative

---

<sup>714</sup> Landsberg, Rechtswissenschaft (1910), 932.

<sup>715</sup> Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 363 ff (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891)), 371 ff; Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, 3.unveränderte Auflage (erneute Auflage der 2. vermehrten Auflage (1893)) (1904) (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904)), 15 ff.

<sup>716</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 371 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 15.

<sup>717</sup> Neben dem „Begriffsjuristen“ Windscheid (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 372 Fn 17; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 15, Fn 1) jedoch unter anderem auch auf Pfaff oder Zeiller etc (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 373 Fn 22; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 16, Fn 6).

Verteilung von romanistischen Quellen, anderen rechtshistorischen Quellen, zeitgenössischer Literatur sowie rechtsvergleichenden Untersuchungen gestaltet sich variabel. Der Fokus wechselt je nach Bedarf zwischen jenen Anleihen. Weiters wendet Unger mitunter nicht stets alle Methoden an, sondern beschränkt sich mancherorts auf lediglich eine, ohne dass hierbei ein klares, gestrenges Muster erkennbar wäre.

Im Ergebnis findet sich demnach eine bunte Mischung aus verschiedenen Zugängen, welche flexibel eingesetzt werden.

Eine weit zentralere Rolle als die Pandektistik im Sinne der älteren Forschung spielt in der methodischen Herangehensweise Ungers hingegen das Interesse. Im Fokus steht hierbei der Ausgleich widerstreitender Interessen, insbesondere der Schutz des Schwächeren: „[...] Unger sieht es als Aufgabe des Rechts, sachgerecht eine Balance individueller Interessen herzustellen und nimmt dafür Stellung, die Interessen insbesondere der Schwächeren zu schützen, um damit auch dem fremdnützigen Eintreten für andere den Weg zu bahnen.“<sup>718</sup> Jenes Bedürfnis nach Gerechtigkeit und Schutz der Schwächeren ist kennzeichnend für die schadenersatzrechtlichen Schriften Ungers. Sein Werk ist durchzogen von dem Verlangen einen Ausgleich widerstreitender Interessen zu erwirken, um den Rechtsfrieden zu gewährleisten. Als symptomatisch für diese Auffassung kann folgender Auszug hinsichtlich nachbarrechtlicher Streitigkeiten aus seinem Aufsatz „Zur Lehre vom österreichischen Nachbarrechte“ angeführt werden: „Es ist die Aufgabe des Rechtes als des Ordners der Lebensverhältnisse, diesen Collisionen vorzubeugen, vermittelnd einzugreifen und die beiden Eigentumssphären dergestalt gegeneinander abzugrenzen, dass jedem Grundeigentümer der ungestörte Gebrauch und Genuss seiner Sache ermöglicht wird. Diese Grenze richtig zu ziehen, Sonne und Wind gleichmässig zu vertheilen, weder die Dispositionsbefugnis des Einen zu sehr einzuschränken, noch die Duldungspflicht des Anderen zu sehr auszudehnen, darin liegt die Schwierigkeit der Aufgabe.“<sup>719</sup> Im gesamten Aufsatz kommt die „Methode“ Ungers klar zum Ausdruck. Neben dem Versuch einen fairen Interessenausgleich zu erreichen, finden sich verschiedene Anleihen aus zeitgenössischer und naturrechtlicher Literatur sowie vereinzelter Hinweise auf das Römische Recht. Der römische Bezug limitiert sich jedoch, neben der Zitierung einiger Textstellen aus dem *corpus iuris civilis*, auf lateinische Einschübe, welche oftmals lediglich allgemeine Übersetzungen der behandelten Thematik sind, z. Bsp.: „Der in dem Eigentumsrechte enthaltenen positiven

---

<sup>718</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

<sup>719</sup> Unger, Joseph: Zur Lehre vom österreichischem Nachbarrechte, in: Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), 715 ff (idF Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886)), 715 f.

Dispositionsbefugnis (*jus utendi*) des Einen steht die in dem Eigentumsrechte enthaltene negative Ausschließungsbefugnis (*jus prohibendi*) des Anderen gegenüber.<sup>720</sup>

Allgemeine Grundsätze und Abwägungen, welche sich allesamt unter der erweiterten Bedeutung der römischen *aequitas* subsumieren lassen, bilden zentrale Pfeiler sowie Wegweiser im rechtlichen Verständnis Ungers. Die Aufgabe des Juristen besteht für Unger in der Verwirklichung und Gewährleistung der Gerechtigkeit, welche er anhand der Beurteilung von Interessenskonflikten durchsetzt.

Es scheint hierbei demnach folgerichtig einen Blick an die auf die Pandektistik bzw. „Begriffsjurisprudenz“ folgende Methodenschule der Interessen- sowie der Wertungsjurisprudenz zu werfen: „Die Interessensjurisprudenz, deren maßgebliche Vertreter Philipp Heck, Heinrich Stoll und Rudolf Müller-Erbach waren, sieht das Recht als ‚Interessenschutz‘. Es geht ihr um ein ‚Primat der Lebensforschung und Lebenswertung‘. Sie stellt also die im Entscheidungsfall zutage tretende Interessenkollision der Beteiligten in den Vordergrund. Es geht der Interessenjurisprudenz also um die Bewältigung der in den konkreten Lebenszusammenhängen zutage tretenden Konfliktentscheidungen. Dabei sind die Vertreter der Interessenjurisprudenz keinem einseitig wertungsfreien Ansatz verpflichtet. Unbeschadet der Akzentuierung der Interessenkollision werden auch gesetzliche Wertungen hervorgehoben, die auch in die konkrete Entscheidung einfließen. Denn auch der Gesetzgeber wolle, ‚die miteinander ringenden Lebensinteressen gegeneinander abgrenzen‘.<sup>721</sup> Die Gesetze selbst sind laut Heck hierbei „Interessenprodukte“:

„Die Gesetzesgebote sind nun nicht darauf gerichtet, Interessen abzugrenzen, sondern sie sind selbst Interessensprodukte wie alle anderen Aktivgebote. Die Interessensgrundlage findet sich normalerweise bei jedem aktiven Gebotsakte, bei dem Gebote des Alltags wie bei dem militärischen Befehle. Sie ist auch bei den Gesetzen vorhanden. Die Gesetze sind Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringender Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung. In dieser Erkenntnis besteht der Kern der Interessenjurisprudenz.“<sup>722</sup>

---

<sup>720</sup> Unger, *Lehre vom Nachbarrechte* (1886), 715.

<sup>721</sup> Petersen, Jens: *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz* (2001) (idF Petersen, *Interessens- und Wertungsjurisprudenz* (2001)), 6 f.

<sup>722</sup> Heck, Philipp: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* in: *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914) (idF Heck, *Gesetzesauslegung* (1914)), 17.

Die Interessenjurisprudenz interpretiert somit „das Recht, das ist ihre wesentliche Aussage, als ‚Interessenschutz‘.“<sup>723</sup> Jener Interessenschutz ist zwar im Gesetz verankert, muss in Zweifelsfall aber durch richterliche Fallentscheidung erreicht werden: „Das Ergebnis der richterlichen Fallentscheidung und damit der Schutz der im Gesetz kausal gewordenen Interessen hängt im wesentlichen davon ab, wie der Richter das Gesetz auslegt.“<sup>724</sup>

Im Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz stellt die Interessenjurisprudenz demnach „ein Verfahren, Rechtsfragen nicht durch ‚Konstruktion‘, d.h. durch Subsumtion unter allgemeine Rechtsbegriffe (→Begriffsjurisprudenz) sondern durch Interessensabwägungen zu lösen. Dabei sind die gesetzlichen Interessenbewertungen maßgebend, soweit sie sich ermitteln. Fehlt es an einer gesetzlichen Wertung, dann soll der Richter aufgrund einer Interessenabwägung entscheiden.“<sup>725</sup>

Jene allgemeine Charakterisierung erscheint der Methodik Ungers ähnlich. Ungers stete Betonung der Interessen und seinem generellen Grundbedürfnis nach Gerechtigkeit, welches er mittels des Ausgleichs widerstreitender Interessen zu erreichen trachtet, lässt die Option zu, ihn als einen frühen Vertreter der Interessenjurisprudenz einzuordnen. Denn trotz der multiplen Rückgriffe auf rechtsgeschichtliche Motive, stellt der Interessenskonflikt und der folgende Ausgleich der Interessen im schadenersatzrechtlichen Werk Ungers zweifelsohne die zentrale Triebfeder innerhalb seiner generierten Erkenntnisse dar.

Eine weitere kennzeichnende Facette der Schriften Ungers ist, trotz multipler rechtspolitischer Stellungnahmen in seinen schadenersatzrechtlichen Schriften, der auffallende Respekt vor den bestehenden gesetzlichen Normen: „Der Richter hat Recht zu finden, nicht zu erfinden.“<sup>726</sup> Unger bleibt „stets bemüht, die Grenze zwischen der *lex lata* und der *lex ferenda* zu respektieren und die eigenen Wertentscheidungen möglichst am positiven Recht zu verankern.“<sup>727</sup> Dem Juristen wird somit „keineswegs die Befugnis eingeräumt *corrigendi*

---

<sup>723</sup> Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. völlig neu bearbeitete Auflage (1975), 55.

<sup>724</sup> Heck, Gesetzesauslegung (1914), 22.

<sup>725</sup> Schröder, Jan: Interessenjurisprudenz, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd II (2012), 1267 ff (idF Schröder, Interessenjurisprudenz in HRG I<sup>2</sup> (2012), 1267.

<sup>726</sup> Unger, Mosaik (1911), 194; allerdings: „Contra legem darf der Richter nicht judizieren, wohl aber darf und muß er praeter legem Recht finden und sprechen“ (Unger, Mosaik (1911), 194 sowie Unger, Joseph: Der Kampf um die Rechtswissenschaft in Deutsche Juristen Zeitung vom 15.Juli 1906 (Nr.14), 2 f). In der Rezension der unter dem Pseudonym „Gnaeus Flavius“ erschienen „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ (Deutsche Juristen Zeitung vom 15.Juli 1906 (Nr.14), 1ff) wendet sich Unger entschieden gegen dessen postulierte „freie Rechtsfindung“ und „freie Rechtsschöpfung“ und bricht eine Lanze für die wissenschaftliche Behandlung staatlichen Rechts.

<sup>727</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19. Die Beschaffenheit des ABGB kommt ihm hierbei jedoch entgegen, wie Unger vermerkt: „Die Lückenhaftigkeit des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Vorteil: der

*gratia* in das positive Recht einzugreifen.“<sup>728</sup> Der Methode nach ist „Unger dabei vom Grundsatz her eher gesetzpositivistisch eingestellt, ohne aber eine exklusiv positivistische Rechtsidee zu verfolgen.“<sup>729</sup> Meissel geht daher noch einen Schritt weiter, indem er Unger „als frühen Exponenten“ der Wertungsjurisprudenz bezeichnet: „Insofern erschiene es mir nicht ganz falsch, ihn als einen frühen Exponenten einer Richtung zu reklamieren, die später als Wertungsjurisprudenz die österreichische Rechtswissenschaft geprägt hat.“<sup>730</sup>

Die Wertungsjurisprudenz bildete sich aus der Interessenjurisprudenz heraus. Ihre primäre Weiterentwicklung lag in der Erkennung der Unschärfe des Heckschen „Interesses“, wie dies erstmals Harry Westermann formulierte: „Westermann benannte – wohl als erster – in seiner Rektoratsrede von 1953 die Schwäche, die in dem weiten und undifferenzierten Begriff der ‚Interessen‘ bei Heck lag. Dieser pauschale Begriff von ‚Interessen‘ oder auch ‚Begehrensvorstellungen‘, wie Heck sie definierte, verwischte den entscheidenden Unterschied zwischen der vom Richter zu bewertenden ‚Interessenlage‘ im jeweiligen Streitfall einerseits und dem Bewertungsmaßstab der Gesetzgebung oder des Richters andererseits. Entscheidend für die Beurteilung eines Streitfalles seien nicht die jeweilig berührten ‚Interessen‘ der Parteien, sondern die Bewertungsmaßstäbe der Rechtsordnung. Es ging ihm darum, diese notwendige scharfe Grenze zwischen den widerstreitenden Interessen und den normativen Wertmaßstäben auch terminologisch bewußt zu machen.“<sup>731</sup> Nicht mehr das Interesse alleine, sondern vielmehr „die Herausarbeitung der gesetzlichen Wertungen sowie die Formulierung und Entwicklung von Prinzipien“<sup>732</sup> ist in der Wertungsjurisprudenz der Leitgedanke. In ihr spielen somit „Generalklauseln und ‚Prinzipien‘ heute eine sehr viel größere Rolle“<sup>733</sup>, als sie dies in der Interessenjurisprudenz taten.

In welchen Bereich nun der methodische Ansatz Ungers zu verorten ist, kann nicht abschließend beantwortet werden. So waren zum einen, wie erwähnt, bereits die Hauptvertreter der Pandektistik bzw der Begriffsjurisprudenz weit moderner als lange Zeit seitens der Forschung eingestanden wurde. Festzuhalten ist jedenfalls, dass Unger keinesfalls dem Bild der älteren Forschung vom Pandektisten entspricht, welcher verbohrt im Römischen

---

Theorie und der Praxis ist hiermit die Pflicht und das Recht gegeben, die Lücken in einer der Gerechtigkeit und Billigkeit sowie den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechenden Weise auszufüllen.“ Sowie „Das Gesetz ist lückenhaft, das Recht ist lückenlos“ (beide Unger, Mosaik (1911), 119).

<sup>728</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 11.

<sup>729</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

<sup>730</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

<sup>731</sup> Rütters, Bernd: Hans Brox als Methodenlehrer – Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz, in: Rechtstheorie 41/ 2 (2010), 141 ff (146).

<sup>732</sup> Petersen, Interessens- und Wertungsjurisprudenz (2001), 8.

<sup>733</sup> Schröder, Interessensjurisprudenz in HRG I<sup>2</sup> (2012), 1268.

Recht nach Antworten sucht und dabei in Bildung einer „Begriffspyramide“ sämtliche Lebensnähe und Gerechtigkeitskontrolle außer Acht lässt. Motive wie Billigkeit und Gerechtigkeit nehmen einen herausragenden Stellenwert ein und scheinen ihm als Wegweiser im Rechtswesen zu dienen. Ein strenges Korsett, welches sich auf das Römische Recht limitiert und lebensfern seine Methode dominiert, kann nicht verortet werden. Der Ausgleich von Interessen und in der Erzielung von Rechtsfrieden, unter Wahrung der Unterschiede zwischen rechtspolitischen Forderungen und bestehenden Rechtsnormen, sind vielmehr zentral in Ungers Werk. Unger selbst sagte einst: „Ich war stets bestrebt, mehr den Menschen in mir auszubilden, als den Juristen.“<sup>734</sup>

Treffender als die Einordnung Ungers als reinen Pandektisten im Sinne der älteren Forschung bzw. als grundsätzlichen Romanisten konstatiert demnach Meissel: „Ohne Ungers beeindruckender Gelehrsamkeit Unrecht zufügen zu wollen, ist der Wegbereiter der historischen Rechtsschule in Österreich wohl nicht als Romanist und Rechtshistoriker im engeren Sinn einzuordnen, sondern als ein rechtshistorisch und rechtsvergleichend interessierter, umfassend gebildeter Zivilist.“<sup>735</sup>

Andererseits schuf Unger jedoch noch nicht den nötigen theoretischen Unterbau, um ihn als Begründer einer neuen juristischen Methode schlechthin klassifizieren zu können. Er erscheint vielmehr als ein freier Denker, welcher ohne allzu strenge methodische Korsette stets bemüht war, im jeweiligen Einzelfall durch Abwägung und Berücksichtigung sozialer Umstände zu einem, seinem Gerechtigkeitsbewusstsein genügendem Ergebnis zu gelangen. Er erhielt sich zeit seines Lebens die geistige Frische um Lösungen zu entwickeln, welche er aufgrund seiner umfassenden Bildung mittels einer Vielzahl von Ansätzen und Rechtfertigungsmodellen begründen konnte. Ungers Methode, sofern von methodischer Einheitlichkeit überhaupt gesprochen werden kann, ist ergebnisorientiert. Das Recht dient dem Zusammenleben innerhalb der Gesellschaft und dient in Ungers Verständnis der Vermeidung und Bewältigung von Konflikten. Es ist ein Instrument menschlicher Gesellschaft – kein Zweck an sich.

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass Unger in seinem Werk in seiner „Methodik äußerst wandlungsfähig“<sup>736</sup> und vielseitig war. Trotz des Fehlens einer tiefeschürfenden, theoretischen Innovation hinsichtlich juristischer Methodik kann jedoch mA

---

<sup>734</sup> Unger, Mosaik (1911), 205.

<sup>735</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

<sup>736</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

zu Recht konstatiert werden, dass er wesentliche Vorarbeiten leistete hin zu einer „historisch gebildeten, österreichischen Variante der Interessenjurisprudenz“<sup>737</sup>, welche bereits Elemente der späteren Wertungsjurisprudenz vorwegnimmt.

---

<sup>737</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 19.

# III. Joseph Unger und die verschuldensunabhängige Haftung

Die Entwicklung Joseph Ungers im Bereich verschuldensunabhängiger Haftungsmodelle zeigt deutlich die Veränderung in der Haltung der Jurisprudenz, welche sich im Laufe des 19. Jahrhunderts gegenüber der verschuldensunabhängigen Haftung langsam etablierte. Die Palette seiner Ansichten gegenüber einer vom Verschulden entkoppelten Haftung reicht über die gesamte Bandbreite der möglichen Extrempole. Sein Entwicklungsgang führt ihn von der schlichten Ignoranz der Thematik in seiner Frühzeit, über die beinahe gänzliche Negation bis hin zur Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung in einem eigenen Konzept. Ungers Wandlung ist ein beeindruckendes Zeugnis dieser anfänglichen Unsicherheit der Rechtswissenschaft bezüglich der verschuldensunabhängigen Haftung, welche einem schwer fassbaren Fremdkörper gleich in die juristische Fachwelt des 19. Jahrhunderts einsickerte.

Ungers Schriften stehen mitunter in direktem Widerspruch zu einander bzw scheinen in vielerlei Punkten von einer leichten Konfusion bezüglich der Thematik geprägt. Die Ungereimtheiten, welche sich beim Studium der Schriften Ungers ergeben, wurden möglicherweise auch Unger selbst bewusst. So hat der heutige Leser zumindest den Eindruck, Unger versuche in späteren Schriften seine vorherige Meinung zu korrigieren, jedoch ohne dezidiert eine Veränderung derselben einzugestehen. Vielmehr erläutert Unger in späteren Schriften, auf welche Weise er frühere Ansichten tatsächlich gemeint habe bzw wie diese eigentlich zu verstehen seien.<sup>738</sup> Liest man die älteren Schriften jedoch ohne die Erklärungen, welche Unger teils beinahe 30 Jahre danach in einer späteren Publikation anführt, so erscheint die spätere „Erklärung“ eher als der Versuch eine stringente Lehrmeinung zu kreieren, als eine tatsächliche Klarstellung des ursprünglichen Standpunkts.

Es kann vielmehr festgehalten werden, dass Unger in seinen Publikationen augenscheinlich eine Entwicklung hinsichtlich der verschuldensunabhängigen Haftung durchwanderte. Scheint

---

<sup>738</sup> Als Beispiel hierfür siehe etwa Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364, Fn 1; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4, Fn 5 in welcher Unger die Äußerungen seiner Publikation „„Beiträge zur Lehre von Schadenersatz nach österreichischem Recht““ aus 1881 wenig überzeugend umdeutet. Ein weiteres Beispiel hierfür ist die Entwicklung Ungers bezüglich der Einordnung von § 1310 ABGB (siehe hierzu III. B) 2) (130 ff) und 5) (143 ff) sowie III. C) 2) (157 ff)).

seine Grundhaltung im „ System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Band II“ aus 1864 noch zwischen Ignoranz und Abwertung zu schwanken, verfasst er 1891 im Zuge der Diskussion der Vorarbeiten zum deutschen BGB die Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“, welche er 1893 verbessert und vermehrt sowie schließlich mit der 1894 folgenden Publikation „Handeln auf fremde Gefahr“ ergänzt, eine eigene Konzeption hinsichtlich der verschuldensunabhängigen Haftung, die er nachweislich auch bis zu seinem Tod 1913 vertritt. Sein Profil schärft sich somit erst in seiner Spätzeit.

Eine schwierig einzuordnende scheinbare Ausnahme von dieser zeitlichen Entwicklung stellen jedoch die bereits relativ früh in seiner Karriere im Herrenhaus gehaltenen Reden zum Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1869 dar. Das Eisenbahnrecht nimmt in der Entwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung eine Pionier- und Sonderrolle ein, was mitunter auch die vertretene Meinung Ungers in den Reden erklären dürfte. Jene Reden scheinen zu einem frühen Zeitpunkt bereits überraschend progressiv, wenn nicht gar affirmativ, was die verschuldensunabhängige Haftung im Eisenbahnbereich anbelangt, obgleich eine Klassifikation hierin bei genauer Betrachtung schwerfällt.<sup>739</sup>

Der folgende Abschnitt soll einen Einblick in diese Entwicklung Ungers, in sein Ringen um Linie im Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung geben, welches geradezu exemplarisch für die allgemeinen Schwierigkeiten der Jurisprudenz gegenüber einer solchen Haftung im 19. Jahrhundert steht. Zu Beginn soll jedoch ein kurzer Überblick über die allgemeine Entwicklung des Schadenersatzrechts im deutschsprachigen Raum im 19. Jahrhundert gegeben werden, um das rechtswissenschaftliche Klima der Zeit kurz zu skizzieren.

---

<sup>739</sup> Siehe hierzu unten III.B) 4) (135 ff).

## **A) Historischer Abriss: Entwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im 19. Jahrhundert**

Das Schadenersatzrecht ist die „Summe der Normen, die regeln, wann ein Geschädigter die Wiedergutmachung des bei ihm entstandenen Nachteils von einem anderen begehren kann“<sup>740</sup>. Den „wesentlichen und allgemein anerkannten Kern des Haftpflichtrechts“<sup>741</sup> in Österreich stellt hierbei die Verschuldenshaftung dar (§§ 1293 ff ABGB). Parallel dazu existiert die in Sondergesetzen geregelte Gefährdungshaftung (insbesondere EKHG sowie PHG) sowie die Eingriffshaftung.

Die obige Definition zeigt allgemein die verschiedenen Regime des modernen Schadenersatzrechts in Österreich. Die Genese dieser verschiedenen Ansatzpunkte für die Ersatzpflicht angesichts eines Schadens gestaltet sich jedoch alles andere als einheitlich. Bereits im Römischen Recht nahm die Verschuldenshaftung eine prominente Position ein<sup>742</sup>, wobei allerdings grundsätzlich wohl mehrere Haftungsmodelle parallel nebeneinander existierten.<sup>743</sup>

---

<sup>740</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 1, Rz 1/1.

<sup>741</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 3, Rz 1/4.

<sup>742</sup> Vornehmlich im Bereich der *lex Aquilia* scheint das Verschulden eine zentrale Rolle gespielt zu haben (vgl allgemein Hausmaninger, Herbert: Das Schadenersatzrecht der *lex Aquilia* 5. Auflage (1996)). Es ist jedoch auffällig, dass der Wortlaut der *lex „iniuria“* und nicht „*culpa*“ beinhaltet. Inwiefern nun *iniuria* tatsächlich mit „Unrecht“ bzw „Verschulden“ im modernen Sinn übersetzt werden kann, ist in der Literatur ein heftig diskutiertes Thema (Bürge, Alfons: Die Entstehung und Begründung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert und ihr Verhältnis zur Verschuldenshaftung, in: FS Claus-Wilhelm Canaris Bd. 1 (2007), 59 ff (idF Bürge, Gefährdungshaftung (2007)), 71ff; ausführlich auch Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, (2003) (idF Jansen, Haftungsrecht (2003)), 210 ff). Im Allgemeinen dürfte jedoch der Schädiger für *culpa*, dh *dolus* sowie *culpa* ieS gehaftet haben (welches im modernen Recht als Vorsatz und Fahrlässigkeit qualifiziert wird). Bei fehlendem Verschulden muss der Schaden demnach vom Geschädigten selbst getragen werden – *casum sentit dominus*.

<sup>743</sup> Neben dem wohl allgemeinen Prinzip der Verschuldenshaftung (welches wie erwähnt jedoch in der Forschung nicht unbestritten ist) kennt das Römische Recht allerdings auch eine Reihe von Fällen, welche de facto eine verschuldensunabhängige Haftung vorsehen. Zum einen gestattet bereits der mögliche Verschuldensgrad der *culpa levissima* eine im Ergebnis wohl nur schwer von einer verschuldensunabhängigen Haftung zu trennende Konsequenz im Haftungsbereich. Auch die „Quasidelikte“ befinden sich in jenem Spannungsfeld von Verschuldenshaftung und tatsächlicher Erfolgshaftung. Ob demnach die Verschuldenshaftung im Römischen Recht in der Tat die Regel und die anderen Fälle die Ausnahme darstellen, oder ob das römische System tatsächlich ein mehrspuriges Nebeneinander prinzipiell gleich berechtigter Haftungsregime darstellt, wird in der Literatur diskutiert (Kolb, Katharina M.: Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz (2008) (idF Kolb, Verschuldensgrundsatz (2008)), 7 mit Verweisen. Vgl etwa auch Bienenfeld, Rudolf: Die Haftungen ohne Verschulden (1933), 13 f). Insbesondere im 19. Jahrhundert dominierte jedoch klar die Auffassung, dass das römische Recht grundsätzlich nur den Schadenersatz aufgrund von Verschulden kenne.

Paradoxerweise dominierte im mittelalterlichen Recht im Gegenzug hierzu teilweise die Erfolgshaftung.<sup>744</sup>

## **1) Etablierung des Verschuldensprinzips im 19. Jahrhundert**

Im Laufe der Entwicklung etablierte sich jedoch im 19. Jahrhundert eine differenziertere Sicht in Bezug auf die Ersatzpflicht verursachter Schäden. Die strenge und oftmals im Ergebnis wohl als ungerecht empfundene mittelalterliche Erfolgshaftung, welche lediglich auf den äußeren Ablauf der Tat abstellte, wich dem Verschuldensprinzip, das seine rechtshistorische Begründung im (vermeintlichen) Römischen Recht fand. Nach bereits im Naturrecht erfolgten Anklängen<sup>745</sup> gelangte im 19. Jahrhundert das Verschuldensprinzip voll zum Durchbruch und dominierte die Jurisprudenz.<sup>746</sup> Auch die Gesetzgebung in den deutschen Partikularstaaten befolgte primär das Verschuldensprinzip.<sup>747</sup>

---

<sup>744</sup> Im mittelalterlichen Recht setzte sich oftmals die auf frühzeitige Stammesrechte zurückgehende Auffassung der Erfolgshaftung (in „germanisch-fränkischer Zeit“ etwa war „eine nahezu reine Erfolgshaftung“ vorherrschend (Ebert, Ina: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht (2003) (idF Ebert, Pönale Elemente (2003)), 15)) durch, wie im Ausspruch des Sachsenspiegels ersichtlich: „Der unwillig getan, muss willig zahlen“.

So beherrschte im Mittelalter, trotz „vereinzelter Lehrmeinungen einer schon im Mittelalter vertrauten Verschuldenshaftung“ (Flossmann, Ursula / Kalb, Herbert/ Neuwirth, Karin: Österreichische Privatrechtsgeschichte, 7. Auflage (2014) (idF Flossmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> (2014)), 347), die Erfolgshaftung das Institut des Schadenersatzes. Das individuelle Verschulden war sekundär, zentraler Anhaltspunkt war „der bloße Kausalzusammenhang zwischen der Tat und dem Erfolg“ (Flossmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> (2014), 347), was im Ergebnis zu einer Haftung aufgrund rein objektiver bzw äußerer Umstände führte und die subjektive bzw innere Gesinnung des „Täters“ unbeachtet ließ. Die mittelalterliche Doktrin vertrat somit eine prinzipiell verschuldensunabhängige Haftung, deren juristische Ausdifferenzierung jedoch nicht mit dem modernen Regime einer Gefährdungshaftung verglichen werden kann. Grundsätzlich wurde an der reinen Kausalität angeknüpft und ein Verschulden kaum thematisiert, obgleich jene Erfolgshaftung durch den casus begrenzt wurde sowie die Geltendmachung der Notwehr von der Ersatzpflicht befreien konnte (vgl Kolb, Verschuldensgrundsatz (2008), 6). Zum mittelalterlichen Schadenersatzrecht siehe auch Ebert, Pönale Elemente (2003), 14 ff.

<sup>745</sup> Im Naturrecht stellte das Verschuldensprinzip bereits eine wesentliche Komponente des theoretischen Haftungssystems dar (vgl Ogorek, Regina: Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert (1975) (idF Ogorek, Gefährdungshaftung (1975)), 24, Jentsch, Hans: Die Entwicklung von den Einzeltatbeständen des Deliktsrechts zur Generalnorm und die Berechtigung einer solchen. Dogmengeschichte und rechtspolitische Bewertung (1939), 5ff). In der naturrechtlichen Doktrin bildeten jedoch „Schuldfiktionen und überhöhte Haftungsmaßstäbe“ (Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24; ebenso Ehrenzweig, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936), 32 ff) wesentliche Bestandteile innerhalb des juristischen Theoriegebäudes, welche die tatsächliche Rechtslage zu einem großen Teil modifizierten und somit die Generierung eines allgemein gültigen Verschuldensprinzips unterbanden. Die naturrechtlichen Prämissen und Lehren zur Verschuldenshaftung innerhalb des Schadenersatzrechts entwickelten sich somit in der juristischen Rezeption des frühen 19. Jahrhunderts zur Ausnahme, sahen sich vehementer Kritik ausgesetzt oder gerieten schlichtweg in Vergessenheit (vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24).

<sup>746</sup> Siehe für die Folgen der „reinen Verschuldenshaftung“ etwa Schiemann, Gottfried: §§ 823 – 830, 840, 842 – 853. Unerlaubte Handlungen (Deliktsrecht) in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Bd III, 2.

Jene Entwicklung kann jedoch nicht ohne den ideengeschichtlichen Hintergrund verstanden werden, welcher daher kurz skizziert werden soll.

### a) Ideengeschichtlicher Hintergrund des Verschuldensprinzips

Die Legitimation der praktisch unbeschränkten Herrschaft des Verschuldensprinzips im 19. Jahrhundert generierte sich im Bereich der Rechtswissenschaft aus verschiedenen Bereichen, ausgehenden von einem „angeblichen culpa-Prinzip des römischen Rechts (Löhr, Hasse)“<sup>748</sup> bis hin zu „ethischen (Jhering), aber auch wirtschaftspolitischen Argumenten (Fr. Mommsen, v. Zirkler)“.<sup>749</sup>

Prinzipiell speist sich der Gedanke (sowie die Rechtfertigung der Verschuldenshaftung als Dogma) jedoch aus der dominierenden geistigen Strömung des 19. Jahrhunderts – dem Liberalismus.

#### aa) Liberalismus

Grundsätzlich ist der Verschuldensgrundsatz als eine „Folge des Liberalismus des 19. Jahrhunderts“<sup>750</sup> zu qualifizieren. Von herausragender Bedeutung für die Etablierung des Culpaprinzips allgemein ist der „von Immanuel Kant geprägte Freiheitsbegriff“<sup>751</sup>:

„Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht. – Die angeborne Gleichheit, d.i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität des Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein, imgleichen die eines unbescholtenen Menschen (*iusti*), weil er, vor allem rechtlichen Akt, keinem Unrecht

---

Teilband (Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433 – 853) (2013), 2711 ff (idF Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013)), 2754 ff, Rz 67 ff.

<sup>747</sup> Für einen Überblick über die kodifikatorische Tätigkeit im Bereich des Schadenersatzrechts des 18./19. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum siehe etwa Ebert, Pönale Elemente (2003), 103 ff.

<sup>748</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24.

<sup>749</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24.

<sup>750</sup> Strickler, Hanspeter: Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel (1982) (idF Strickler, Gefährdungshaftung (1982)), 9.

<sup>751</sup> Kolb, Verschuldensgrundsatz (2008), 9; zur Entwicklung des Konzepts „Frei“ siehe Rückert, Joachim: 'Frei und sozial' als Rechtsprinzip (2006) (idF Rückert, Frei und Sozial (2006)), 9 ff.

getan hat; endlich auch die Befugnis, das gegen andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen; dergleichen ist, ihnen bloß seine Gedanken mitzuteilen, ihnen etwas zu erzählen oder zu versprechen, es sei wahr und aufrichtig, oder unwahr und unaufrichtig (*veriloquium aut falsiloquium*), weil es bloß auf ihnen beruht, ob sie ihm glauben wollen oder nicht; – alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit, und sind wirklich von ihr nicht (als Glieder der Einteilung unter einem höheren Rechtsbegriff) unterschieden.<sup>752</sup>

Die philosophischen Neuerungen und Vertiefungen der Epoche, welche im Kern von einem „eigenverantwortlichen und vernunftbegabten Individuum“<sup>753</sup> ausgehen und die Freiheit als zentrales Prinzip menschlicher Existenz identifizieren, spielen eine wesentliche Rolle für den Durchbruch des Verschuldensprinzips.<sup>754</sup> „Denn der Impuls dieses Jahrhunderts liegt in der ‚Freiheit‘ und ‚Gleichheit‘, in der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Individuen.“<sup>755</sup> Die Freiheit wird „als einziges ursprüngliches Recht, das jedem Menschen kraft seines Menschseins zukommt, anerkannt und für sakrosankt erklärt“<sup>756</sup>. Als Konsequenz dieser Grundprämisse dient das Recht als Mittel, um „die möglichste Freiheit des einzelnen Menschen mit der Freiheit jedes anderen zusammen“<sup>757</sup> zu gewährleisten. Die Maxime der Zeit besteht nicht in sozialer Regulierung, sondern in möglichst freier Entfaltung des Einzelnen.<sup>758</sup> Es ist jedoch verfehlt anzunehmen, dass soziale Aspekte zu Beginn des 19. Jahrhunderts gänzlich ignoriert wurden.<sup>759</sup> Dennoch soll das Verschuldensprinzip den Einzelnen in seinen Handlungen möglichst weitgehende Freiheit zukommen lassen, ohne selbigen aus Angst vor etwaigen schadenersatzrechtlichen Forderungen aufgrund von unverschuldeten Schäden in seinem Streben nach individueller Verwirklichung und Geschäftigkeit zu hemmen. Der Atem der Zeit war von dem Ziel der maximalen individuellen Handlungsfreiheit beherrscht und überstrahlte zunächst die sozialpolitische Forderung nach

---

<sup>752</sup> Kant, Immanuel: *Metaphysik der Sitten*, 1. und 2. vermehrte Auflage, Königsberg 1797/1798 (zitiert aus <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa06/203.html>), 237 f. Zu Kant siehe Rückert, Joachim: *Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts in: John Locke und/and Immanuel Kant* (hrsg. von Thompson, Martyn P.) (1991), 144 ff.

<sup>753</sup> Strickler, *Gefährdungshaftung* (1982), 9.

<sup>754</sup> Zur Rolle der Philosophie hierbei, insb. Kant, vgl. Bürge, *Gefährdungshaftung* (2007), 60 ff.

<sup>755</sup> Esser, Josef: *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung* (1941) (idF Esser, *Gefährdungshaftung* (1941)), 51.

<sup>756</sup> Strickler, *Gefährdungshaftung* (1982), 9.

<sup>757</sup> Strickler, *Gefährdungshaftung* (1982), 9.

<sup>758</sup> Vgl. Strickler, *Gefährdungshaftung* (1982), 9; ausführlich Esser, *Gefährdungshaftung* (1941), 50 ff.

<sup>759</sup> Vgl. hierzu Rückert, *Frei und Sozial* (2006), 15 ff.

sozialer Gerechtigkeit<sup>760</sup>, obgleich neuere Forschungen, wie erwähnt, den durchaus präsenten sozialen Charakter einiger Überlegungen der Zeit aufgezeigt haben.<sup>761</sup>

Das Prinzip des Schadenersatzes lediglich nach vorangegangenem Verschulden ergibt sich somit grundsätzlich aus dem Verständnis, die individuelle Gestaltungs- bzw Entfaltungsmöglichkeiten als fundamentale Grundprinzipien menschlicher Existenz nicht mittels strikter, verschuldensunabhängiger Haftungen zu beschränken. „Das liberale Ethos des 19. Jahrhunderts sieht in jeder strikten Haftung eine Hemmung für die damals aufblühende Industrie sowie für die persönliche Entfaltung, welche als Voraussetzung einer gesunden wirtschaftlichen Entwicklung angesehen wird.“<sup>762</sup>

Die Erfolgshaftung bzw die Haftung ohne Verschulden wird als Widerspruch zur Eigenverantwortlichkeit des Individuums einerseits, sowie als Hindernis individueller Entfaltung andererseits betrachtet und damit als unnatürlich, dem menschlichen Wesen als freies, selbstbestimmendes Subjekt widerstreitend, abgelehnt. Vor diesem ideengeschichtlichen Horizont reagiert das Recht der Zeit. Die Rechtslehre entwirft, den grundsätzlichen Prinzipien des Liberalismus verpflichtet, „als selbstständige private Rechtsbereiche die Begriffe ‚Vertrag‘ und ‚Delikt‘: den des Vertrages als Lehre vom rechtsgeschäftlichen Verkehr und als Lehre von einem elementaren Freiheitsgebrauch, den des Delikts als Lehre vom Freiheitsmissbrauch.“<sup>763</sup> In einem solchen Korsett ist, trotz weit sozialerer Anklänge als lange Zeit vermutet, kein Platz für eine verschuldensunabhängige Haftung, dh eine Haftung aus anderem Grund als aus einem, letztlich auf einem Verschulden beruhenden, Delikt.

#### ab) Pandektistik?

Neben dem Liberalismus wird in der Literatur auch oftmals die rechtswissenschaftliche Schule der Pandektistik allgemein als eine Strömung angesehen, welche das Culpaprinzip vorantrieb und manifestierte. Die ältere Forschung, welche in ihr zumeist die lebensferne Begriffsjurisprudenz sah, konstatierte: „Mit der größten Selbstverständlichkeit lehnt die Pandektenwissenschaft die Vorstellung ab, dass Rechtswissenschaft und Rechtsprechung

---

<sup>760</sup> Esser, Gefährdungshaftung (1941), 55: „In Übereinstimmung mit solcher Freiheitstendenz erklärte auch die Theorie in der Frage der Schadenverteilung ihren Verzicht auf jedes soziale Gerechtigkeitsideal zugunsten der Bewegungsfreiheit und Unternehmungsfreudigkeit.“

<sup>761</sup> Vgl hierzu Rückert, Frei und Sozial (2006), 15 ff.

<sup>762</sup> Strickler, Gefährdungshaftung (1982), 10.

<sup>763</sup> Esser, Gefährdungshaftung (1941), 51.

moralischen, politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen dienen kann, denn nach Savigny herrscht das Recht in seinem Gebiet unumschränkt und hat lediglich der allgemeinen Aufgabe der sittlichen Bestimmung der menschlichen Natur zu dienen.<sup>764</sup> Vor diesem Horizont schien es folgerichtig, dass für eine verschuldensunabhängige Haftung, deren Nährboden nicht zuletzt sozialpolitische Motive bildeten, in der Pandektistik kein Raum blieb: „Aus pandektenrechtlicher Sicht können für das Schadenersatzrecht nur zwei Grundsätze massgebend sein: das Culpaprinzip sowie der Satz ‚*casum sentit dominus*‘.“<sup>765</sup>

Dieses Bild der Pandektistik wurde jedoch in jüngster Zeit korrigiert, wodurch die Vorstellung der abgehobenen und lebensfernen Begriffsjurisprudenz relativiert wurde.<sup>766</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass die Pandektistik, bzw die Vertreter welche heute zumeist ihr zugerechnet werden, lange Zeit der verschuldensunabhängigen Haftung negativ gegenüberstanden, indem sie die römisch-rechtliche Quellenlage im Schadenersatzrechts als eine reine Verschuldenshaftung interpretierten.<sup>767</sup>

Paradoxerweise war es jedoch Rudolf v. Jhering, welcher später als ein vehementer Kritiker der Pandektistik hinsichtlich ihrer vermeintlichen Lebensferne in Erscheinung trat und im Zuge seiner Kritik erstmals von der Formulierung „Begriffsjurisprudenz“ Gebrauch machte, welcher durch seine Monographie „Das Schuldmoment im römischen Recht“ aus 1867 an der Manifestierung der Dominanz des Culpaprinzips maßgeblichen Einfluss nahm.<sup>768</sup> Es war nicht zuletzt auch sein „Verdienst“, dass in der pandektistischen Jurisprudenz „der Verschuldensgrundsatz[...] den Status eines Axioms erhalten hat, also als eine evidente, zumeist unhinterfragt selbstverständliche Voraussetzung jeder weiteren dogmatischen Argumente galt“<sup>769</sup>.

---

<sup>764</sup> Strickler, Gefährdungshaftung (1982), 11.

<sup>765</sup> Strickler, Gefährdungshaftung (1982), 11.

<sup>766</sup> Siehe hierzu bereits oben I.4) b) (25 ff) sowie II. (93 ff).

<sup>767</sup> Bereits in den ersten Jahren des 19. Jahrhunderts, lange vor der eigentlichen Pandektistik, formulierte etwa Thibaut: „Die Verpflichtung zur Erstattung des Werths einer Sache entspringt aus allen freyen, schuldvollen oder arglistigen Handlungen. Es braucht also Niemand für den indirecten, oder den, durch seine zufälligen Handlungen verursachten Schaden einzustehen“ (Thibaut, Anton Friedrich Justus: System des Pandecten-Rechts, 2. Durchaus vermehrte und verbesserte Auflage, Bd I (1805), 200.

<sup>768</sup> Siehe III. A)1) b) bb) (114 ff).

<sup>769</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 365.

## **b) Einflussreiche juristische Werke**

Die Dominanz der Verschuldensdoktrin wurde von der rechtswissenschaftlichen Literatur begründet. Insbesondere zwei Werke hatten immensen Einfluss auf das Theoriegebäude der Zeit, welches den Schadenersatz praktisch *ex definitione* mit der Verschuldenshaftung gleichsetzte. Dies war zum einen „Die Culpa des Römischen Rechts“ von Johann Christian Hasse aus 1815, welches das erste Werk dieser Auffassung darstellte, sowie zum anderen die Monographie Rudolf von Jherings „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ aus 1867. Jene beiden Standardwerke ihrer Zeit sollen nun kurz dargestellt werden.

### ba) Die Geburt der Verschuldensdoktrin: Johann Christian Hasse und „Die Culpa des Römischen Rechts“ (1815)

In der dezidiert juristischen Literatur fand der „Siegeszug des Schuldgedankens“<sup>770</sup> seinen Anfang in „der 1815 erscheinenden Monographie Johann Christian Hasses über die ‚Die Culpa des Römischen Rechts‘“<sup>771</sup>. Hasse verwendet die Begriffe der „*culpa*“ im subjektiven Sinn und „Schuld“ als Synonyme<sup>772</sup> und entwirft ein hierauf basierendes Schadenersatzsystem, in welchem der Entschluss zum Unrecht, zum subjektiv schuldhaften Handeln die ethische Rechtfertigung der Schadenersatzpflicht darstellt:

„Fehlt es an diesem Entschluss zum Unrecht, so kommt eine juristische Zurechnung nicht in Betracht. Der moralische Vorwurf, der sich aus einer missbilligenswerten Willensbildung herleitet, wird damit zum Angelpunkt des Schadenersatzrechts erhoben, mit der Folge, dass Schäden, die nicht in Verbindung zu einem vorwerfbaren Willen gebracht werden können, aus dem justiziablen Bereich ausscheiden und vom Betroffenen als Unglück oder Schicksalsschlag hingenommen werden müssen. Dieses Haftungskonzept, welches der Darstellung Hasses zugrunde liegt, ohne dass es an irgendeiner Stelle geschlossen dargestellt worden wäre, weist den Autor als Anhänger der Vorstellung von der sittlichen Autonomie des menschlichen Willens aus, dessen

---

<sup>770</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24. Ausführliche Beschäftigung mit dem Konzept Hasses in Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 29 ff.

<sup>771</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 24.

<sup>772</sup> Vgl. Hasse, Johann Christian: Die *culpa* des Römischen Rechts (1815), 56 ff.

Gebrauch grundsätzlich frei ist und der eine Verantwortung nur dann auslöst, wenn ein Missbrauch der Willens- und Handlungsfreiheit vorliegt.<sup>773</sup>

Wesentliche Neuerung war hierbei die erfolgte strikte Trennung von Rechtswidrigkeit und Verschulden.<sup>774</sup>

Im Zentrum steht demnach das liberale Konzept der Freiheit des Individuums und der letztlich auch hieraus deduzierten Limitierung der Ersatzpflicht auf verschuldete Schäden. Hasse etablierte im Schadenersatzrecht somit den strengen Dualismus von schuldhafter Beschädigung und nicht ersatzfähigen Zufallsschäden („*casum sentit dominus*“), welcher die Jurisprudenz im 19. Jahrhundert dominieren sollte. Dieses restriktive zweispurige Korsett ließ keinen Raum für eine wie auch immer geartete verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht.

Nach dieser „Urschrift“ des Verschuldensgrundsatzes von Hasse entwickelte sich in der Folge eine voranschreitende Fokussierung auf die Verschuldenshaftung, wobei es nach wie vor „mittlere Lösungen“<sup>775</sup> gab und das Verschuldensprinzip im Schadenersatzrecht noch nicht zur später erfolgten Exklusivität gelangt war.<sup>776</sup>

Dies geschah in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit Rudolf von Jherings Monographie „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ aus 1867. Diese Schrift entfaltete erheblichen Einfluss auf die Konsolidierung der gestrengen dualen Haftungsstruktur (casus und culpa).

*bb) Die verschuldensunabhängige Haftung als „primitives Recht“: Rudolf von Jhering und „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ (1867)*

Durch die erfolgte „Überhöhung der Schuld zum zentralen Prinzip deliktischer Zurechnung“<sup>777</sup> verwob Jhering die Ersatzfähigkeit in apodiktischer Manier unentrinnbar mit

---

<sup>773</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 31 f.

<sup>774</sup> Vgl. Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2750 f, Rz 59 ff.

<sup>775</sup> Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2751, Rz 62.

<sup>776</sup> Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2751, Rz 62: „Freilich war auch zur Zeit Hasses und seiner unmittelbaren pandektistischen Nachfolger die Doppelvoraussetzung von Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht in allen Fällen die Grundlage der außervertraglichen Schadenersatzrecht“ Siehe Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2751 f, Rz 62 f für Beispiele.

<sup>777</sup> Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2752, Rz 64.

dem Verschulden und verlieh so dem Culpaprinzip im Schadenersatzrecht hegemonialen bzw gar allbeherrschenden Status.

Jherings Bekenntnis zum Verschuldensprinzip wird auch als die „Geburtsstunde der monistischen Ausrichtung des Deliktsrechts auf das Verschulden“<sup>778</sup> gesehen.

„Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld. Ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, daß nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft. Aber beide gehören zu den Sätzen, in denen für den Kundigen eine ganze Geschichte der Wissenschaft steckt. Sie sind das einfache Kreuz auf dem Turm; der ganze Turm hat erst gebaut werden müssen, bevor das Kreuz gesetzt werden konnte, – das Kreuz ist die Krönung und die Höhe des ganzen Baues.“<sup>779</sup>

Dieser berühmte Absatz beschreibt Jherings Grundhaltung, dass das Verschulden notwendige Voraussetzung für den Schadenersatz darstellt. Er sieht es bereits als Prinzip dem römischen Recht zugrunde gelegt. Die Quintessenz der Aussage liegt in der unbedingten Verknüpfung von Schadenersatz und Schuld. Der Satz „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld.“<sup>780</sup> wurde in der Folge sogar als Axiom<sup>781</sup>, als „naturwissenschaftlich sichere Wahrheit“<sup>782</sup> betrachtet. Wesentlich für die Anknüpfung bzw Gewährung von Schadenersatz ist somit ein vorangegangenes Verschulden:

„Dem bloßen Auge nach ist derjenige der Täter und folglich für seine Tat verantwortlich, welcher äußerlich dieselbe vorgenommen hat, der Lehre der römischen Juristen zufolge ist es derjenige, dem sich die Tat zur Schuld beimessen lässt. Nicht das äußere Tun verpflichtet, sondern die Handlung dh die Kausalität der Tat im menschlichen Willen, und auch nicht die Handlung schlechthin, sondern nur, wenn sie sich dem Willen zum Vorwurf anrechnen lässt. Ohne diese Voraussetzung fällt der Schaden, den der Mensch, unter denselben Gesichtspunkt, wie der, den der Hagel angerichtet hat, er ist ein Naturereignis, dessen nachteilige Folgen derjenige zu tragen hat, den sie treffen, in der Sprache des Rechts ein *casus*.“<sup>783</sup>

---

<sup>778</sup> Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 75.

<sup>779</sup> Jhering, Rudolf von: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) (idF Jhering, Schuldmoment (1867)), 40.

<sup>780</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 40.

<sup>781</sup> Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 75.

<sup>782</sup> Schiemann, Unerlaubte Handlungen (HKK) (2013), 2753, Rz 66.

<sup>783</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 41.

Das Verschulden ist notwendige Voraussetzung für den Schadenersatz, mangelndes Verschulden stellt einen casus dar und ist damit vom Geschädigten selbst zu tragen. Verschuldensunabhängige Haftungen innerhalb des römischen Rechts lehnt Jhering vehement ab und qualifiziert sie als primitive Überreste einer überkommenen Epoche:

„Mit dieser geläuterten Auffassung waren die Einrichtungen und Sätze des älteren Rechts, welche auch den Unschuldigen zur Strafe zogen, auf Dauer unvereinbar. Zwar einigen von ihnen fristete die Macht der Gewohnheit noch ein längeres Dasein – Überreste einer früheren Kulturepoche, die seltsam hineinragen in eine völlig veränderte Umgebung – bis auch sie dem Geist der Zeit erlagen. Aber im Ganzen und Großen ist der Umschwung schon in der Zeit der klassischen Juristen vollständig erfolgt.“<sup>784</sup>

Als Beispiel nennt Jhering hierfür die *actio furti concepti*.<sup>785</sup> Jhering diskutiert zur Stützung seine These die Deliktssklagen<sup>786</sup>, die Kontraktssklagen<sup>787</sup> sowie die *actiones in rem*<sup>788</sup> des Römischen Rechts, wobei er stets die Herrschaft des Culpaprinzips konstatiert. Er schlägt eine Brücke zum ursprünglich pönalen Charakter der Haftung und klassifiziert das Schadenersatzrecht als eine Weiterentwicklung zum Strafprinzip im Privatrecht: „Das Strafprinzip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Kulturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewusstseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadenersatzprinzip an sein Stelle treten zu sehen.“<sup>789</sup> Vor diesem Horizont erscheint es einleuchtend, dass ein dem Strafprinzip entstiegene Schadenersatzrecht naturgemäß *in puncto* Ersatzfähigkeit dem Verschulden akzessorisch ist.

Die Beweisführung einer reinen Verschuldenshaftung im römischen Recht lässt jedoch, vom modernen Forschungsstand aus betrachtet, zu wünschen übrig. Tatsächlich gestaltet sich Jherings Schrift bei genauerer Untersuchung als eine „*petitio principii*“<sup>790</sup>, in welcher „die fehlende Quellenanalyse durch Spekulation um den Geist der Entwicklung wettgemacht wird.“<sup>791</sup> Ambivalente Quellen werden von Jhering ignoriert bzw bei Betrachtung entweder als Relikte eines primitiveren Frührechts oder in einer zumindest zweifelhaften Methodik zur Kohärenz mit dem Verschuldensprinzip umgedeutet. So konstatiert er einerseits, dass das

---

<sup>784</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 41 f.

<sup>785</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 41 Fn 73a.

<sup>786</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 42 ff.

<sup>787</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 45 ff.

<sup>788</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 50 f.

<sup>789</sup> Jhering, Schuldmoment 66.

<sup>790</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 45, Fn 2 und Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 75.

<sup>791</sup> Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 75.

Verschuldensprinzip auf Tiere mit dem Verweis auf D 9.1.1.3<sup>792</sup> nicht anwendbar ist<sup>793</sup>, spekuliert in der Folge jedoch, ob die Unterscheidung in der Tierhalterhaftung hinsichtlich der Frage, ob ein Tier *secundum* oder *contra naturam sui generis* gehandelt habe (mit dem Unterschied, dass im ersten Fall der Eigentümer das Tier herausgeben muss und im zweiten nicht) nicht dennoch mit dem Verschuldensprinzips zusammenhänge und damit eine Schöpfung der elaborierteren späteren römischen Rechtswissenschaft sei.<sup>794</sup> Jhering vermutet, dass das „ursprüngliche Motiv dieses Unterschieds vielleicht der Gedanke eines dem Tier zur Schuld anzurechnenden Fehlers gewesen ist, für den konsequenterweise das Tier selber zu haften habe.“<sup>795</sup>

Trotz dieser einseitigen und unkritischen Interpretation entfaltete die Monographie Jherings erheblichen Einfluss in der juristische Fachwelt, welcher über die deutschsprachige Welt hinausreichte.<sup>796</sup> „Das Schuldmoment im römischen Recht“ wurde etwa 1880 in Französische übersetzt.<sup>797</sup> Jhering verlieh seiner Interpretation des Schadenersatzrechts anhand dieser einseitigen Deutung der römischen Quellen das (aus heutiger Sicht zweifelhafte) Siegel der Historizität und beherrschte mit seiner Auffassung lange Zeit den wissenschaftlichen Diskurs. Unter anderem verfasste Joseph Unger eine flammende Lobpreisung auf Jherings Monographie, welche am 27.9.1867 in der Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung veröffentlicht wurde.<sup>798</sup>

Die Monographie Jherings bildete seinerzeit keine grundsätzliche Neuerung innerhalb der Rechtswissenschaft, sondern elaborierte lediglich die bereits allgemein herrschende Grundhaltung. So beteiligte sich auch Joseph Unger in seiner Frühzeit, bereits vor dem Erscheinen Jherings Schuldmoment, an der generellen Abneigung gegenüber einer verschuldensunabhängigen Haftung und bezeichnete diese bereits 1864 im „System des österreichischen Privatrechts Band II“, als „eine singuläre (wohl nicht zu rechtfertigende)

---

<sup>792</sup> D 9.1.1.3 Ulpian im 18 Buch zum Edikt Ait praetor pauperiem fecisse. *Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.* (Der Prätor sagt, „dass es Tierschaden angerichtet hat“. Tierschaden ist der ohne Unrecht des Handelnden zugefügte Schaden. Denn ein Tier kann nicht unrecht handeln, weil es keinen Verstand hat.).

<sup>793</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 43.

<sup>794</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 43.

<sup>795</sup> Jhering, Schuldmoment (1867), 43.

<sup>796</sup> Vgl Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 75 f.

<sup>797</sup> Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 78.

<sup>798</sup> Hierzu unten III. B) 3) (134).

Ausnahme, welche als eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herübertagt.<sup>799</sup>

Nach der Publikation von Jherings „Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ entwickelte sich jedoch eine regelrechte Polemik gegenüber Ansätzen verschuldensunabhängiger Haftungen, welche sich im Laufe der Zeit intensivierten.<sup>800</sup>

## **2) Zweifel und Probleme bezüglich des Verschuldensgrundsatzes**

### **a) Allgemeine Entwicklung**

Ein Haftungsregime, welches einzig auf dem Verschuldensgrundsatz basiert, führt in einer Reihe von Sachverhalten zu schwer und wohl auch nur unbefriedigend lösbaren Konstellationen. Oftmals versuchte man sich zur Rettung des Verschuldensdogmas sich in Unterstellungen bzw Fingierungen von Verschulden<sup>801</sup> zu flüchten, um sozial inakzeptable Ergebnisse zu vermeiden. Die Verschuldensfiktion sollte etwa im Eisenbahnrecht zu multipler Ausformung gelangen.<sup>802</sup> Jene „Rettungsversuche“ können wohl mit Recht als dogmatisch unsauber angesehen werden und waren anderen Motiven zuzuschreiben: „Die wenigen

---

<sup>799</sup> Unger, Joseph: System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd II, 3. Unveränderte Auflage (1868) (idF, Unger, System II (1868)), 232 f (bezugnehmend auf § 1310 ABGB), siehe hierzu unten III. B) 2) (130 ff), insb. 132)). Jhering gebrauchte in seiner drei Jahre nach Ungers System erschienen Monographie „Schuldmoment im römischen Recht“ eine auffallend ähnliche Formulierung: „Überreste einer früheren Culturepoche, die seltsam hineinragen in eine völlig veränderte Umgebung“ (Jhering, Schuldmoment (1867), 41). Es ist bekannt, dass Jhering Bemerkungen und Bonmots von Unger in seinen Werken verarbeitete. Ein Beispiel hierfür findet sich in Jherings humorvollen Ausführungen zur „civilistischen Konstruktion“ in seinem Werk „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ (1884): „In der unteren Etage wird die gröbere Arbeit verrichtet, da wird der Rohstoff gewalkt, gegerbt, gebeizt, kurz – interpretiert, dann aber kommt er in die obere Etage, in die Hände der civilistischen Künstler, die gestalten ihn, geben ihm künstlerisch-civilistische Form. Haben sie diese gefunden, so verwandelt sich jetzt die leblose Masse in ein lebendiges Wesen; durch irgend einen mystischen Vorgang wird demselben, wie dem Tongebilde des Prometheus, Leben und Odem eingehaucht, und der civilistische *Homunculus*, dh der Begriff, wird produktiv und begattet sich mit anderen seinesgleichen und zeugt Junge“ (Jhering, Scherz und Ernst (1884), 7). Unger bemerkt seinerzeit in seiner als Ergänzung zum System konzipierten III. Band bezüglich des österreichischen Erbrecht (bzw dessen 6. Band), „Das österreichische Erbrecht“ (1864) bezugnehmend auf juristische Personen im Kapitel zur *hereditas iacens*: „Freilich darf man sich die juristischen Personen nicht wie künstliche Schöpfungen des Rechts, wie juristische *Homunculi* vorstellen und dann etwa fragen, welches Geschlechts dieser juristische *Euphorion* sei und ob er vielleicht gar auch heirathen könne?“ (Unger, Das österreichische Erbrecht (1864), 38, Fn 13). Vgl hierzu auch Losano, Briefwechsel (1996), 54. Vgl auch Jherings und Ungers Übereinstimmung bezüglich der *hereditas iacens* in Jherings Brief an Unger vom 24. Juni 1864, abgedruckt in Losano, Briefwechsel (1996), 81 ff.

<sup>800</sup> Siehe Jansen, Haftungsrecht (2003), 365, Fn 25.

<sup>801</sup> Ein Umstand welcher Joseph Unger besonders gestört haben dürfte (vgl hierzu III. C) (148 ff) und D) 1) (163 ff)).

<sup>802</sup> Vgl unten III. D) 1) (163 ff).

Ausnahmen von diesem Grundsatz waren eher der Vermutung eines nicht nachweisbaren Verschuldens zuzuschreiben oder verstanden sich als Druckmittel zur Auslieferung des Schuldigen. So hafteten die ‚verruchten‘ Gastwirte, Stallwirte und Schiffer für Handlungen ihrer Dienstleute, der Hausvater für die seiner Gewalt unterworfenen Personen (sofern er sich der Rache des Geschädigten in den Weg stellte).<sup>803</sup> Die Tendenz, dem Verschuldensprinzip in nahezu jeder Situation treu zu bleiben, setzte sich in den Kodifikation der Zeit durch. So knüpfte das ABGB „die Haftung für fremde Handlungen ebenfalls an Verschuldenstatbestände“<sup>804</sup> und folgte in den wenigen Ausnahmen, welche es normierte, den römischen Pendants.<sup>805</sup>

Die strenge omnipräsente Handhabung des Verschuldensprinzips in den frühen zivilrechtlichen Kodifikationen führte im Laufe des 19. Jahrhunderts angesichts neuer Gegebenheiten des alltäglichen Lebens jedoch immer mehr zu unbefriedigenden Lösungen. Das reine Abstellen auf das Verschuldensprinzip im Schadenersatzrecht konnte angesichts der technologischen Entwicklung den Anforderungen des Alltags zunehmend nicht mehr gerecht werden und schien somit angesichts der rasanten Entwicklung und Veränderung der Welt als unzeitgemäßes Relikt. Ein besonders plastisches Beispiel hierfür ist der Siegeszug des motorisierten bzw. maschinellen Verkehrs (Eisenbahn), welcher auch in seiner schadenersatzrechtlichen Dimension neuer, innovativer Handhabung bedurfte. Das Recht musste reagieren, um das Schadenersatzrecht den Bedingungen der neuen Zeit anzupassen. Die unmittelbaren rechtlichen Maßnahmen erfolgten jedoch nur langsam und sporadisch. So folgten etwa dem frühen preußischen Eisenbahngesetz<sup>806</sup>, welches auch als Vorbild<sup>807</sup> für sein österreichisches Pendant, das „Gesetz vom 5.März 1869 betreffend die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Ereignisse auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen“<sup>808</sup>, diente, „lange Zeit keine Fortsetzung“.<sup>809</sup> Vielmehr war „es mehr ungeliebter Fremdkörper im System als Grundlage

---

<sup>803</sup> Flossmann/Kalb/Neuwirth, *Privatrechtsgeschichte*<sup>7</sup> (2014), 350.

<sup>804</sup> Flossmann/Kalb/Neuwirth, *Privatrechtsgeschichte*<sup>7</sup> (2014), 351.

<sup>805</sup> Vgl hierzu Flossmann/Kalb/Neuwirth, *Privatrechtsgeschichte*<sup>7</sup> (2014), 351: „Haftung der Wirte, Schiffer und Fuhrleute für ihre Leute, Haftung des Wohnungsinhabers für Personen, die jemanden durch Herauswerfen oder Herausgießen aus der Wohnung beschädigen“ & „Haftung des Bestandnehmers für den vom Unterbestandnehmer verschuldeten Schaden am Bestandsobjekt“.

<sup>806</sup> Gesetz vom 3.9.1838 (Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten 1838, 35, 1947, 505 ff).

<sup>807</sup> Ogris, Werner: Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918 in: *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band II: Verwaltung und Rechtswesen* (hrsg. von Wandruszka, Adam / Urbanitsch, Peter), 538 ff (1975) (idF Ogris, *Rechtsentwicklung in Cisleithanien* (1975)), 600.

<sup>808</sup> Vom 5.März 1869, RGBI 27/1869- ausführlich zum Eisenbahnrecht unten III.D) 1) (163 ff).

<sup>809</sup> Ogorek, *Gefährdungshaftung* (1975), 7.

für eine neue Haftungsidee“.<sup>810</sup> Abgesehen vom preußischen Vorstoß 1838 stagnierte die juristische Entwicklung und beschränkte sich „in Anlehnung an das römische Recht auf Sonderfälle wie der Tierhalter- und Gebäudehaftung ohne Rücksicht auf die Tatsache, dass jene Tatbestände in Hinblick auf das Verkehrsschutzbedürfnis eines antiken Stadtstaates entwickelt worden waren, der technischen Expansion eines sich konstituierenden Industriestaates mit seinen unverhältnismäßig höheren Schadensrisiken für den einzelnen aber in keiner Weise gerecht werden konnten.“<sup>811</sup>

Die Rechtswissenschaft und rechtspolitische Tätigkeit fokussierte sich somit trotz der gesteigerten Gefährdungen des 19. Jahrhunderts lange Zeit größtenteils nach wie vor auf das Verschuldensprinzip. Schäden bedurften in ihrer Ersatzfähigkeit der subjektiven Vorwerfbarkeit seitens des Schädigers um die Ersatzpflicht auszulösen, ungeachtet der Tatsache, dass „bestimmte Schäden in erster Linie nicht menschliches Versagen, sondern die – oft unkontrollierbare – Wirkung gefährlicher technischer Kräfte zur Ursache“<sup>812</sup> hatten.

Jene Haltung blieb auch in den Anfängen der Pandektistik erhalten. So widmeten sich Savigny und Puchta dem Problem so gut wie gar nicht.<sup>813</sup> Ebenso findet sich in den Lehrbüchern, selbst nachdem auf dem legislativen Feld bereits Entwicklungen der Gefährdungshaftung stattfanden, nur „eine beiläufige Erwähnung alter verschuldensunabhängiger Tatbestände wie die Quasidelikte“<sup>814</sup>, wobei die neuere Tendenz auf dem Gebiet der Gefährdungshaftung überhaupt nicht behandelt wird.<sup>815</sup> Die Anforderungen der Zeit an das Recht blieben demnach weitgehend ignoriert.

Erst in den letzten Jahren des 19. Jahrhunderts entwickelte sich eine Lehre<sup>816</sup>, welche unter Rückgriff auf das „Interesse“ ein verschuldensunabhängiges Haftungssystem kreierte und somit dem Verschuldensgrundsatz rechtstheoretisch eine Alternative entgegen setzte.<sup>817</sup>

---

<sup>810</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 7.

<sup>811</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 8.

<sup>812</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 9.

<sup>813</sup> Vgl hierzu Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 9 ff. Bemerkenswert ist jedoch Savignys Haltung bzw maßgebliche Mitwirkung am erwähnten preußischen Eisenbahngesetz aus 1838 – vgl hierzu Bürge, Gefährdungshaftung (2007), 59 f.

<sup>814</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 370.

<sup>815</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 370.

<sup>816</sup> Zu deren Vertretern auch Joseph Unger zählte- siehe unten III. C) (148 ff) und D) (163 ff).

<sup>817</sup> Siehe hierzu unten sogleich III. A) 2) b) (121 ff) sowie insb. III. C) (148 ff) und D) (163 ff).

## b) Österreichische Entwicklung im späten 19. Jahrhundert

Das allgemeine Ignorieren der veränderten Prämissen und Anforderungen an das Recht und dessen schadenersatzrechtliche Gestaltung beherrschte zunächst auch den österreichischen Rechtsraum – ungeachtet der Tatsache, dass bereits unter den Redakteuren des ABGB zarte Zweifel an der restlosen und vor allem flächendeckenden Durchsetzung des Verschuldensprinzips bestanden. So bemerkte etwa v. Zeiller:

„Nach der Lehre der älteren Naturrechtslehrer haften man für jedes Verschulden, für jedes Versehen, wodurch man den Anderen beschädigt. Nach der Lehre einiger neuen Naturrechtslehrer, zu welcher Referent sich in seinem Natürlichen Privatrechte ebenfalls bekannt habe, habe man das Recht, von dem Beschädiger Ersatz zu fordern, wenn er uns auch nur durch unwillkürliche (unfreie) Handlung einen Schaden zugefügt hat.“<sup>818</sup>

Diesen ursprünglichen Gedanken der Redakteure des ABGB folgend, änderte sich in Österreich die allgemeine Grundhaltung zum Schadenersatzrecht früher als im Deutschen Reich. Die Initialzündung geschah mit den Gutachten von Pfaff, von Randa und Strohal<sup>819</sup>, welche nach einem Impuls seitens des Advokantentags im Jahre 1880 erfolgten.<sup>820</sup> Sie kommen zu der wegweisenden Erkenntnis, dass ein Verschulden nicht immer unbedingte Voraussetzung für die schadenersatzrechtliche Ersatzpflicht darstelle. Diese neue moderne Auffassung spiegelt sich in folgendem Auszug aus dem umfangreichsten der Gutachten, dem Gutachten Pfaffs, wieder, welcher mit Verweis auf die bereits durch die Redakteure des ABGB getätigten Überlegungen ausführt:

„Das Recht, die Gerechtigkeit fordert nicht überall, wo eine Schadenersatzpflicht bestehen soll, das Vorhandensein eines Verschuldens, sondern es genügt unter Umständen zur Begründung der Verantwortlichkeit schon, dass jemand die Ursache der Beschädigung ist. Wenn § 1295 den Beschädiger verantwortlich macht für den Schaden, den er aus Verschulden zugefügt hat, so ist damit nicht gesagt, dass es solche Fälle nicht gebe, in denen der Beschädiger den Schaden ersetzen muss, obwohl ihm kein

---

<sup>818</sup> Franz von Zeiller am 12.5.1806, zitiert aus Pfaff, Leopold: Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht (1880) (idF Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880)), 4 f. Zeiller lehnte eine verschuldensunabhängige Haftung jedoch ua mit der Begründung sie hemme die Entfaltungsfreiheit des Einzelnen ab (vgl hierzu Zeiller, Franz von: Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bd III (1813), § 1295, 703 ff).

<sup>819</sup> Pfaff, Leopold / Randa, Anton von / Strohal, Emil: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches (1880).

<sup>820</sup> Esser, Gefährdungshaftung (1941), 65.

Verschulden zur Last fällt. Es ist also mehr als ein unvorsichtiger Ausdruck, es ist geradezu unrichtig und heißt den Geist des geltenden Rechts verkennen, wenn gelehrt wird, es sei, damit von einem Ersatzanspruch die Rede sein könne notwendig, dass die Beschädigung in einem Verschulden des Beschädigers begründet sei oder es setze die Ersatzpflicht jederzeit ein Verschulden voraus. Für solche Irrtümer kann das Gesetz nicht verantwortlich gemacht werden, vielmehr ist es Aufgabe der Wissenschaft, klarzustellen, inwieweit und in welchen Anwendungen das Gesetz dem erwähnten Grundgedanken Folge gegeben hat.“<sup>821</sup>

Pfaff diskutiert Aspekte der verschuldensunabhängigen Haftung im Bereich der Definition des Schadensbegriffs<sup>822</sup>, der Unterscheidung der Haftung *ex contractu* und *ex delicto*<sup>823</sup>, der Kulpakompensation (§ 1304)<sup>824</sup>, der Bestimmung des § 1305<sup>825</sup>, der Haftung für Schäden aus unzurechnungsfähigen Handlungen<sup>826</sup> der Gehilfenhaftung bzw der Haftung für fremdes Verschulden<sup>827</sup>, dem Umfang des Schadenersatzes bezüglich des Verschuldensgrades<sup>828</sup> sowie der prozessualen Dimension des Schadenersatzrechts hinsichtlich der Beweislast.<sup>829</sup>

Von besonderem Interesse in Bezug auf Unger ist hierbei jedoch das Gutachten Strohal<sup>830</sup>. Jener führt hinsichtlich der Verschuldensfrage aus:

„Ich lege mir in zweiter Linie die Frage vor, ob schuldhaftes Verhalten schlechthin zur Voraussetzung der Schadenersatzpflicht gemacht werden soll, oder ob nicht vielmehr in einer Reihe von Fällen eine Haftpflicht für eingetretenen Schaden, auch abgesehen von jedem Verschulden zu statuieren ist?“<sup>831</sup>

---

<sup>821</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 8 f.

<sup>822</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 11 ff.

<sup>823</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 23 ff.

<sup>824</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 34 ff.

§ 1304. *Wenn bey einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und, wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen.*

<sup>825</sup> § 1305 aF. *Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten.* (vgl Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 39 ff).

<sup>826</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 54 ff.

<sup>827</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 67 ff.

<sup>828</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 89 ff.

<sup>829</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung (1880), 118 ff.

<sup>830</sup> Insbesondere Strohal's Ausführungen zur verschuldensunabhängigen Haftung (Strohal, Emil: Gutachten über den Antrag des Herrn Dr. Max Strauß betreffend die Reform des österreichischen Schadenersatzrechtes auf Wunsch der ständigen Deputation des österreichischen Advocatentages, in: Pfaff, Leopold / von Randa, Anton / Strohal, Emil: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches (1880) (idF Strohal, Gutachten (1880)) 146 ff).

<sup>831</sup> Strohal, Gutachten (1880), 146 f.

Mit ausdrücklichem Verweis auf Jhering antwortet er der selbst gestellten Frage:

„In seinem ‚Schuldmoment im römischen Privatrecht‘ [...] beantwortet Jhering diese Frage ganz kategorisch im ersteren Sinne und mit der ihm eigenen Lebhaftigkeit preis er daselbst den Satz, daß es keine Schadenersatzpflicht geben könne ohne Verschulden des Beschädigers, als eine der größten Entdeckungen der römischen Jurisprudenz. [...] Ich vermag jedoch diesen Standpunkt in doppelter Hinsicht nicht zu theilen. Denn einerseits gibt es schon im römischen Rechte einige ganz unzweifelhafte Fälle, in welchen jemand für Schadenersatz haftet, ohne daß ihn ein Verschulden trifft und andererseits scheint mir ein vollkommen berechtigter Zug des modernen Rechtes dahin zu gehen, die Zahl dieser Fälle noch beträchtlich zu vermehren.“<sup>832</sup>

Hierunter fallen laut Strohal Eisenbahnen, Straßenerbauer, Triftunternehmen sowie Stauwerkebetreiber.<sup>833</sup>

In der Folge formuliert Strohal, dass die Rechtfertigung für die verschuldensunabhängige Haftung dieser „Anlagen und Unternehmungen“<sup>834</sup> auf dem „Compromisse zwischen den widerstreitenden Interessen“<sup>835</sup> beruhe. Die Anlagen und Unternehmung sind zwar „einerseits wirtschaftlich nothwendig, oder doch wenigstens im hohen Grade wünschenswerth“<sup>836</sup>, wobei andererseits deren „Aus- und Durchführung aber leicht einen *in concreto* gar nicht voraussehbaren schädigenden Einfluß auf das Eigenthum anderer Personen hat.“<sup>837</sup> Es „ergibt sich dann aber von selbst der Grundsatz, daß derlei Anlagen und Unternehmungen zwar gestattet werden, daß aber zugleich Demjenigen, der den hieraus entspringenden wirtschaftlichen Vortheil zieht, die Verpflichtung zur Entschädigung Jener auferlegt wird, die hiedurch in ihren erworbenen Rechten geschädigt werden.“<sup>838</sup> Die gezogenen Schlussfolgerungen ähneln stark Ungers späterer Haltung zur verschuldensunabhängigen Haftung.<sup>839</sup> Des Weiteren bezeichnet Strohal auch § 1310 ABGB<sup>840</sup> als einen „eclatanten Fall

---

<sup>832</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>833</sup> Vgl Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>834</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>835</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>836</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>837</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>838</sup> Strohal, Gutachten (1880), 147.

<sup>839</sup> Siehe unten III. C) (148 ff) und D) (163 ff).

<sup>840</sup> § 1310. *Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.*

einer Haftung für Schadenersatz ohne Verschulden<sup>841</sup>. Er kritisiert hierbei unter anderem auch dezidiert Unger, welcher

§ 1310 als Ruine älterer Rechtsanschauungen bezeichnet hatte<sup>842</sup>, indem er konstatiert: „Meines Erachtens ist jedoch ein solches Urtheil gegenüber der Bestimmung des § 1310 nicht gerechtfertigt.“<sup>843</sup> In bestimmten Konstellationen<sup>844</sup> sei eine Haftpflicht des Unzurechnungsfähigen nämlich „nicht ganz zu entbehren.“<sup>845</sup>

Des Weiteren widmet sich Strohal auch ausführlich der (Geld-) Leistung aus dem Titel des Schadenersatzes<sup>846</sup>, der Gehilfenhaftung bzw der Haftung für fremdes Verschulden<sup>847</sup>, dem Grad des Verschuldens<sup>848</sup>, dem Haftungsumfang bei verschuldeter Schadzufügung<sup>849</sup> sowie den Spezialbestimmungen der §§ 1304<sup>850</sup>, 1333 aF<sup>851</sup> und 1327 aF<sup>852</sup> des ABGB.

Randa hingegen thematisiert die verschuldensunabhängige Haftung in seinem Gutachten weniger ausführlich und kritisiert stattdessen seinerseits heftig die mangelnde Gehilfenhaftung des Geschäftsherrn nach dem ABGB aF<sup>853</sup>, die Schwierigkeiten hinsichtlich der prozessualen Beweisführung beim Ersatzanspruch<sup>854</sup>, die Schadensbemessung<sup>855</sup> sowie die einheitliche Behandlung der Haftung *ex contractu* und *ex delicto*<sup>856</sup>.

---

<sup>841</sup> Strohal, Gutachten (1880), 149.

<sup>842</sup> Vgl Unger, System II (1868), 232 f. Siehe unten III. B) 2) (130 ff).

<sup>843</sup> Strohal, Gutachten (1880), 149.

<sup>844</sup> Strohal führt als Beispiel den Hauseigentümer an, dessen unbekannterweise an temporären Psychosen leidender Mieter die Mietwohnung im Zustand eines derartigen Anfalls beschädigt (vgl Strohal, Gutachten (1880), 150).

<sup>845</sup> Strohal, Gutachten (1880), 150.

<sup>846</sup> Strohal, Gutachten (1880), 140 ff.

<sup>847</sup> Vgl Strohal, Gutachten (1880), 153 ff.

<sup>848</sup> Vgl Strohal, Gutachten (1880), 159 f.

<sup>849</sup> Vgl Strohal, Gutachten (1880), 160 ff.

<sup>850</sup> § 1304. *Wenn bey einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und, wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen* (vgl Strohal, Gutachten (1880), 165 f).

<sup>851</sup> § 1333 aF. *Der Schaden, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Capitals zugefüget hat, wird durch die von dem Gesetze bestimmten Zinsen vergütet* (§. 995) (vgl Strohal, Gutachten (1880), 166 f).

<sup>852</sup> § 1327 aF. *Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod; so müssen nicht nur alle Kosten; sondern auch der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden* (vgl Strohal, Gutachten (1880), 167 f).

<sup>853</sup> „Ein bedauerlicher Mangel des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches besteht ferner darin, daß der Geschäftsherr (Werkmeister und Unternehmer), mit geringen Ausnahmen (vgl. besonders §§ 970 und 136), weder in obligatorischen noch in außerobligatorischen Verhältnissen für seine Leute einzustehen braucht, vielmehr lediglich das Verschulden in der Auswahl der Gehilfen (Werkleiter, gesellen, Arbeiter u.f.) zu vertreten hat (man vgl §§ 1161 und 1315 a.b.B.G.)“ (Randa, Anton von: Gutachten über die Reformierung des Schadenersatzrechtes, in: Pfaff, Leopold / von Randa, Anton / Strohal, Emil: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches, .k.k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme, Wien 1880 (idF Randa, Gutachten (1880)) 129). Vgl hierzu auch Randa, Gutachten (1880), 132 ff.

<sup>854</sup> Vgl Randa, Gutachten (1880), 131 und 134 ff.

<sup>855</sup> Vgl Randa, Gutachten (1880), 130 f und 133 f.

<sup>856</sup> Vgl Randa, Gutachten (1880), 128.

In der Folge zu den drei Gutachten entwickelte sich eine spezifisch österreichische Lehre, zu welcher neben den Arbeiten Steinbachs<sup>857</sup>, Matajas<sup>858</sup> und Mauczkas<sup>859</sup> ebenso das Konzept Joseph Ungers<sup>860</sup> zu zählen ist. Jene Lehre förderte „neue Teileinsichten in die Bedeutung und Notwendigkeit eines allgemeinen außerdeltischen Schadensverteilungsrechts und die Möglichkeiten seiner Gestaltung zutage.“<sup>861</sup> Diese österreichischen Konzeptionen basierten in erster Linie auf der Postulierung von Leitsätzen, welche das außerdeltische und somit verschuldensunabhängige Schadenersatzrecht erklären sollen.<sup>862</sup> Obgleich jene Stimmen in der Jurisprudenz des deutschen Sprachraums zwar merklich vernommen wurden, wurden sie dennoch im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang von der „gängigen Lehre nicht ausgewertet“<sup>863</sup>. Ihre Ergebnisse waren jedoch wegweisend für die zukünftige Entwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung.

In der österreichischen Rechtsprechung veränderte sich im Zuge dieser neuen Lehrmeinungen entschieden die Spruchpraxis. Der Verschuldensgrundsatz wurde zwar nicht fallen gelassen, jedoch veränderte sich die Erfolgsaussicht bei der Erlangung von Schadenersatz. Scheiterte zuvor oftmals der schadenersatzrechtliche Anspruch an den strengen Anforderungen des Verschuldensnachweises, so wurde seit den 1880er Jahren die Erlangung von Schadenersatz merklich vereinfacht.

Diese Veränderung wird in der Rede des damaligen Präsidenten des Oberlandesgerichts Wiens, Graf Karl Chorinsky, zum Unfallversicherungsgesetz<sup>864</sup> am 4.5.1894<sup>865</sup> im Herrenhaus besonders gut dokumentiert. So vermerkt er, dass „in den zehn Jahren 1880 bis 1890 eine vollkommene Änderung des Richterstandes in der Frage des Schadenersatzes, weiters in der Frage der Haftpflicht“<sup>866</sup> geschehen sei. Gerade diese Rede ist jedoch ebenso ein Ausdruck der nach wie vor existierenden Unsicherheit bezüglich der Behandlung und Abgrenzung einer verschuldensunabhängigen Haftung gegenüber Nuancierungen innerhalb der Culpa- Haftung. Die Trennlinie zwischen der gesteigerten Flexibilität im Bereich der

---

<sup>857</sup> Steinbach, Emil: Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden (1888).

<sup>858</sup> Mataja, Victor: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie (1888).

<sup>859</sup> Mauczka, Josef: Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse : mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen Privatrechts (1904).

<sup>860</sup> Insbesondere in „Handeln auf eigene Gefahr“ (1891/1893).

<sup>861</sup> Esser, Gefährdungshaftung (1941), 65.

<sup>862</sup> Vgl hierzu auch Ungers Konzeption in III. C) (148 ff).

<sup>863</sup> Esser, Gefährdungshaftung (1941), 65.

<sup>864</sup> Siehe hierzu unten III. D) Exkurs a) (177 ff).

<sup>865</sup> Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses—43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 533ff.

<sup>866</sup> Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses—43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 534.

Beweisführung, Änderungen in der Beweislast und einer letztlich verschuldensunabhängigen Haftung war noch nicht klar gezogen.<sup>867</sup> Chorinsky berichtet:

„Ich diene seit bald 35 Jahren bei den Gerichten und habe meine Dienstleistung zu einer Zeit begonnen, wo es in Österreich schwer war, einen Schadenersatzprozess durchzuführen, schwieriger noch, eine angemessene Schadenssumme zu erlangen. Die Klagen über die Misere der Schadenersatzprozesse waren geradezu berechtigte und diese Klagen haben auch in Österreich auf einem Gebiete, welches lange keine literarische Vertretung gefunden hat, in der letzten Zeit eine ausgezeichnete Literatur zutage gefördert. Ich erinnere mich jener Fälle, wo einzelnen Menschen für den Verlust eines Auges 50 fl. und für den Verlust einer Hand 40 fl. zugesprochen worden sind und wo man den Beweis des Verschuldens in der strengsten Weise gefordert hat, und wenn dabei in der Kette des logischen Beweises des Verschuldens auch nur ein Glied riss, dieser Mangel sehr stark gefühlt wurde und eine Abweisung der Ersatzansprüche vollkommen gewiss war. Diese Sache hat sich merkwürdigerweise geändert und ich darf vielleicht sagen, dass ich in der günstigen Lage gewesen bin, diese Änderung selbst wahrzunehmen, mehr vielleicht als es anderen berufenen Personen vor mir möglich gewesen ist. Ich bin bis zum Jahre 1880 ununterbrochen im Justizdienste gewesen und bis Ende 1880 kann ich sagen, dass diese, nennen wir sie rein privatrechtliche Anschauung von der Notwendigkeit einer *Culpa*, von der Notwendigkeit eines Verschuldens zur Begründung eines Schadenersatzanspruches vollkommen die Praxis der österreichischen Gerichte beschäftigt haben.“<sup>868</sup>

Mit der Wandlung des Zugangs zur schadenersatzrechtlichen Haftung geriet auch die sture, monistische Culpadoktrin insbesondere in Österreich in Bedrängnis – hervorgerufen durch die neue Präsenz gefährdungsrechtlicher Thematiken im rechtlichen Diskurs der Zeit sowie der gesteigerten Problematik sozialer Gesichtspunkte angesichts der Häufung von Betriebsunfällen etc im Zuge der voranschreitenden Industrialisierung: „Ein Tropfen sozialen Öls ist in die Rechtsprechung der Gerichte gefallen.“<sup>869</sup>

---

<sup>867</sup> Die Probleme hinsichtlich der klaren Einordnung und Abgrenzung der Haftungsmodelle konstatierte auch Joseph Unger in seiner unmittelbare Replik auf die Rede Chorinskys (im Jahre 1894), indem er betonte dass im Rahmen des österr. EHG von 1869 nicht bloß eine Veränderung der Beweislast eingetreten sei sondern eine verschuldensunabhängige Haftung, sei diese auch unglücklich formuliert (vgl hierzu unten in II. D) Exkurs a) (177 ff). Ebenso vgl jedoch Ungers eigene Wandlung hinsichtlich seiner Auffassung und Einordnung des EHG 1869 – III. B) 4) (135 ff) sowie III. D) 1) b) (169 ff).

<sup>868</sup> Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 534.

<sup>869</sup> Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 534.

## **B) Ungers Frühzeit: Unauffälliger Vertreter des Verschuldensprinzips**

Die Rolle sowie Position Ungers in der Entwicklung neuer Auffassungen des verschuldensunabhängigen Schadenersatzrechts soll nun dargestellt werden. Als gewichtiger Vertreter der Jurisprudenz der Epoche war er nicht nur Zeuge der Entwicklungsstränge, sondern gestaltete sie auch aktiv mit. Die Anfänge seiner juristischen Karriere zeigen noch, konform mit der allgemeinen Praxis der juristischen Fachwelt sowie der Rechtswissenschaft im Besonderen, Ignorieren bzw Abneigung gegenüber der verschuldensunabhängigen Haftung.

### **1) „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen“ (1853)**

In seiner Frühzeit schenkte Unger spezifischen schadenersatzrechtlichen Fragestellungen keine profunde Beachtung. Als symptomatisch hierfür kann seine Habilitationsschrift „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen: mit besonderer Rücksicht auf das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch“ aus 1853 betrachtet werden.

Jenes Werk nimmt bereits einen weit höheren wissenschaftlichen Stellenwert ein als seine Dissertation „Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung“, der „Ehe-Essay“<sup>870</sup> aus dem Jahr 1850. Allerdings behandelt Unger in seiner Habilitationsschrift das Schadenersatzrecht des sächsischen Entwurfs jedoch kaum, sondern fokussiert sich auf den Allgemeinen Teil sowie die dinglichen Rechte Eigentum, Pfandrecht und Dienstbarkeiten.

---

Vgl hierzu ebenfalls die gesteigerte Bedeutung der „sozialen Frage“ im Deutschen Reich der 1880er Jahre – ausführlich Repgen, Tilman: Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001), 24 ff.

<sup>870</sup> Meissel, Pandektistik (2016), 6.

Schadenersatzrechtliche Problematiken bzw mögliche verschuldensunabhängige Bereiche werden nur am Rande berührt bzw trotz Erwähnung grundsätzlich nicht thematisiert. So behandelt Unger etwa kurz den weitgehend mit § 384 ABGB<sup>871</sup> übereinstimmenden § 309 des Entwurfs, welcher die Eigentumsverhältnisse sowie das Verfolgungsrecht entkommener „zahmer Tiere“ regelt.<sup>872</sup> Obgleich die Regelung normiert, dass der verfolgende Eigentümer bei der Verfolgung der zahmen Tiere auf fremden Grund den etwaigen „dadurch verursachten Schaden ersetzen“<sup>873</sup> müsse, geht Unger lediglich auf die Eigentumsverhältnisse ein. In seiner fast 40 Jahre später erschienen Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ wird er jenen spezifischen Schadenersatzanspruch als verschuldensunabhängig klassifizieren.<sup>874</sup> Im Jahre 1853 lässt er die schadenersatzrechtliche Dimension dieser Konstellation jedoch unbehandelt. Dies ist ein Indiz hierfür, dass Unger in jenem Stadium seines Schaffens die schadenersatzrechtlichen Thematiken noch nicht in den Fokus seiner juristischen Analyse aufgenommen hatte.

Dennoch findet sich eine, wenn auch isolierte, Ausführung, welche zumindest einen knappen Einblick in die schadenersatzrechtliche Geisteswelt des jungen Unger bietet. So behandelt er im Rahmen der Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot der eigenmächtigen Rechtsverfolgung im Rahmen der Selbsthilfe das Privatpfändungsrecht (§ 257 ff).<sup>875</sup> Das in seinem Ursprung „deutschrechtliche Institut der Pfändung“<sup>876</sup> bestimmt im Entwurf:

*§ 257. Wer ein Grundstück inne hat, ist berechtigt, fremde auf dasselbe unbefugter Weise gelangte Sachen ohne Zuziehung der Behörde zu pfänden.*<sup>877</sup>

Im Gegensatz zum ABGB<sup>878</sup> erlaubte der Entwurf somit einerseits eine Pfändung nur aufgrund der unerlaubten Betretung des Grundstücks, ohne dass zwingendermaßen ein

---

<sup>871</sup> § 384. Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwärm durch zwey Tage nicht verfolgt hat; oder, daß ein zahm gemachtes Thier durch zwey und vierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann sie auf gemeinem Grunde jedermann; auf dem seinigem der Grundeigenthümer für sich nehmen und behalten.

<sup>872</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 175 ff.

<sup>873</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 175

<sup>874</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 371; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 14 sowie Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> 371, Fn 15; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 14 Fn 19. Zur verschuldensunabhängigen Haftungskonzeption Ungers siehe III. C) (148 ff) und D) (163 ff).

<sup>875</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 143 ff.

<sup>876</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 143.

<sup>877</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 147.

<sup>878</sup> § 1321. Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deßwegen noch nicht berechtigt, es zu töten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen; oder, wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privat-Pfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muß er

Schaden hierdurch entstanden wäre<sup>879</sup> sowie andererseits auch eine Pfändung gegenüber Personen (§ 263), „welche fremden Grund und Boden mit pfandbaren Sachen unbefugt betreten und erlaubt eine Anhaltung derselben, wenn die „Pfändung der Sachen entweder gar nicht, oder nicht, ohne sich zugleich der Personen zu versichern, bewerkstelligt werden kann, und die Person unbekannt oder unsicher ist.“<sup>880</sup>

Essentiell ist jedoch, dass das Institut der Privatpfändung an Tieren, welche unbefugt auf das fremde Grundstück gelangten, auch ohne das Verschulden des Tiereigentümers erfolgen kann: „Ein gemeinschaftlicher Hirt oder Flurhüter darf die Pfändung innerhalb des ganzen Bezirks vornehmen. Einer *culpa* von Seite des Eigentümers der Tiere als Erfordernisses der Berechtigung zur Pfändung erwähnt der sächsische Entwurf mit vollem Recht nicht, da nach den deutschen Grundsätzen, welche hier allein in Betracht kommen, der Herr ohne weiters für den Schaden haftet, welchen sein Tier anrichtet.“<sup>881</sup> Weiters führt Unger in der dazugehörigen Fußnote aus „Wir erwähnen dieses Umstandes, weil es auch bei uns noch immer vorkommt, dass man den § 1321 als ein *Annexum* des § 1310 ansieht, und daher ‚ein Verschulden des Eigentümers‘ fordert. Rippel und Winiwarter haben sich schon lange dagegen erklärt.“<sup>882</sup>

Unger sieht demnach die verschuldensunabhängige Pfändung als gerechtfertigt an und bezieht sich hierbei auf deutschrechtliche Grundsätze<sup>883</sup>, welche er in seiner Frühzeit noch weit positiver beurteilte als etwa im späteren System des Privatrechts.<sup>884</sup> So schreibt er in der Einleitung: „Deutsches und römisches Recht stehen sich als gleichberechtigt gegenüber; jenes mit dem Zauber und der Gewalt einheimischen Ursprungs, dieses mit der universellen Kraft einer *ratio scripta*.“<sup>885</sup> Jene Thematisierung der Privatpfändung ohne *Culpa*, welche zumindest im weiteren Sinne eine dem Schadenersatzrecht verwandte Natur aufweist, bleibt jedoch isoliert.

Die eigentliche schadenersatzrechtliche Thematik der verschuldensunabhängigen Haftung lässt Unger aber, wie erwähnt, unbehandelt. Er steht somit in klarer Tradition der allgemeinen Grundhaltung der Jurisprudenz der damaligen Zeit, welche zwischen Ignorieren und

---

*binnen acht Tagen sich mit dem Eigenthümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen.*

<sup>879</sup> Was Unger als „nicht gerechtfertigt“ bezeichnet (Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 148).

<sup>880</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 147.

<sup>881</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 148.

<sup>882</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 148, Fn 2.

<sup>883</sup> Jene Grundsätze orientierten sich oftmals an der Erfolgshaftung.

<sup>884</sup> Vgl hierzu sogleich III. B) 2) (130 ff) und Ungers Aussage zu § 1310 ABGB („wohl nicht zu rechtfertigende Ausnahme, welche als eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberraigt“ (Unger, System II (1868), 232 f).

<sup>885</sup> Unger, Gesetzbuch für Sachsen (1853), 6.

Ablehnung verschuldensunabhängiger Ersatzansprüche schwankt und somit einer adäquaten rechtswissenschaftlichen Behandlung selbiger schuldig bleibt. Einen profunderen Einblick in die Schadenersatztheorie bietet Unger erst in seinem zweiten Band des „Systems des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts“ aus 1864, wengleich die verschuldensunabhängige Haftung auch dort weitgehend unbehandelt bleibt bzw gar negiert wird.

## **2) „System des Oesterreichischen Allgemeinen Privat-rechts, Band II“ (1864)**

In dem relativ frühen Werk „System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts Bd. II“ aus dem Jahr 1864 geht Joseph Unger noch kaum auf die Thematik einer verschuldensunabhängigen Haftung ein.

Das mit „Insbesondere von unerlaubten Handlungen“<sup>886</sup> betitelte 18. Kapitel des zweiten Bandes des Systems ist dem Schadenersatzrecht gewidmet. Seine Darlegung der Ersatzpflicht folgt der Orthodoxie der damaligen Rechtswissenschaft und hält das Verschulden nach wie vor für die zentrale Bedingung, welche eine Ersatzpflicht angesichts einer „unerlaubten“ Handlung erst auslöst.

Er definiert die unerlaubte Handlung als eine Handlung, „wodurch jemand widerrechtlich in eine fremde Rechtsphäre verletzend eingreift und dafür in civilrechtlicher Beziehung verantwortlich wird.“<sup>887</sup> Die widerrechtliche Handlung unterteilt er in zwei Gruppen: Es gibt hierbei Handlungen, „welche schon an sich, das heißt ohne Rücksicht und Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden widerrechtlich sind: solche unerlaubte, fremde Rechte verletzende, privatrechtliche Folgen herbeiführende Handlungen heißen Delicte“<sup>888</sup> sowie „Handlungen welche erst durch ihre Beziehung auf ein bestehendes Verpflichtungsverhältniß, in welchem der Handelnde zu einem anderen steht, zu unerlaubten

---

<sup>886</sup> Unger, System II (1868), 228 ff.

<sup>887</sup> Unger, System II (1868), 228.

<sup>888</sup> Unger, System II (1868), 228 f.

werden; diese Handlungen stellen sich als eine Verletzung dieses besonderen Verpflichtungsverhältnisses dar.<sup>889</sup>

Die erste Gruppe der unerlaubten Handlung fasst Unger demnach als Delikte zusammen, dh Schadenersatz *ex delicto*. Die zweite Gruppe entspringen einem besonderen Verpflichtungsverhältnis, welches entweder obligatorischer, zumeist ein Vertrag (*ex contractu*), oder nicht obligatorischer Art (Unger verweist hier auf den unredlichen Besitzer) sein kann.<sup>890</sup>

Nach der grundsätzlichen Unterteilung widmet sich Unger intensiver den spezifischen „Erfordernissen einer unerlaubten Handlung“, welche vorliegen müssen, um eine Schadenersatzpflicht auszulösen<sup>891</sup>:

- Die Tat muss wirklich stattgefunden haben (der Versuch ist „civilistisch irrelevant“)
- Der rechtswidrige Erfolg der Tat muss in einem Kausalzusammenhang zur Tat stehen („Zurechnung zur That“)
- Sie muss objektiv widerrechtlich sein (dh „der Thäter muss ohne Befugnis, also auch über sein Befugnis hinaus, in eine fremde Rechtssphäre verletzend eingegriffen haben“)
- Sie muss subjektiv widerrechtlich sein (dh schuldhaft erfolgen)

Im Bereich der objektiven und subjektiven Widerrechtlichkeit zeigt sich anschaulich, dass Unger zu diesem Zeitpunkt nach wie vor die Ersatzfähigkeit des entstandenen Schaden vom Verschulden abhängig macht. Die Tat muss objektiv widerrechtlich sein, um den Schadenersatzanspruch auszulösen. Fehlt die objektive Widerrechtlichkeit, so ist der Schadenersatz zu verneinen, „mag auch ein noch so großer Nachtheil für einen Anderen daraus entstanden sein (§ 1305 a.b.G.B.)“<sup>892</sup>. Weiters lehnt er auch eine Schadenersatzpflicht aus einer durch Notwehr gerechtfertigten Handlung ab, sofern es zu keiner Notwehrüberschreitung iSv § 19 ABGB gekommen sei.<sup>893</sup> Unger befürwortet somit in

---

<sup>889</sup> Unger, System II (1868), 229.

<sup>890</sup> Unger, System II (1868), 229.

<sup>891</sup> Unger, System II (1868), 229 f.

<sup>892</sup> Unger, System II (1868), 230.

<sup>893</sup> Unger, System II (1868), 230. Diese Ansicht zu Notrechten änderte sich jedoch später, indem Unger einen verschuldensunabhängigen Anspruch hierfür bejaht (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 377 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 24 ff). Siehe allgemein III. C) (148 ff).

diesem Stadium noch die vermeintlich klassische „pandektistische“ Haltung, welche sozialpolitischen Überlegungen in der Gewährung von Schadenersatz nicht berücksichtigte.<sup>894</sup>

Noch deutlicher wird seine damalige systemkonforme Ansicht im Bereich der subjektiven Widerrechtlichkeit. Der Schadenersatzanspruch bedarf einer Zurechnung der objektiv widerrechtlichen Tat zur Schuld des Täters. „Unter Zurechnung (s.g. *imputatio juris*) versteht man nemlich die Beziehung einer rechtswidrigen That als solcher auf den Willen des Thäters.“<sup>895</sup> Der Schadenersatzanspruch wird nur gewährt wenn der Täter im Tatzeitpunkt „willensfähig“, dh zurechnungsfähig ist, denn „der Willensunfähige kann sich nicht in einem Verschulden befinden, er ist unzurechnungsfähig.“<sup>896</sup> Hier wird klar, dass für Unger zu diesem Zeitpunkt das Verschulden die unbedingte Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit eines Schadens darstellt.

In der Folge geht er an selbiger Stelle jedoch kurz auf die einzige Ausnahme des ABGB aF vom Verschuldensprinzip<sup>897</sup> ein:

*§ 1310. Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.*

Diese Billigkeitshaftung normiert eine Ausnahme der unbedingten Koppelung der Ersatzfähigkeit eines Schadens an ein vorangegangenes Verschulden. In der Diskussion derselben tritt exemplarisch Ungers damalige, von Grund auf ablehnende Haltung gegenüber der verschuldensunabhängigen Haftung in der für ihn typischen, metaphorischen Sprache zu Tage. Er vermerkt jene vom Verschuldensprinzip entkoppelte Billigkeitshaftung sei eine „wohl nicht zu rechtfertigende Ausnahme, welche als eine Ruine des älteren germanischen

---

<sup>894</sup> Vgl III. A) 1) a) ab) (111 f).

<sup>895</sup> Unger, System II (1868), 231.

<sup>896</sup> Unger, System II (1868), 231.

<sup>897</sup> Zur modernen Auffassung von § 1310 vgl etwa Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1310 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) sowie Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1310 ABGB (Stand 1.10.2016, rdb.at).

Rechtssystems in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herübertagt.<sup>898</sup> Die Zurechenbarkeit zur Tat, das „Dasein des Willens“<sup>899</sup> sowie „die Möglichkeit die Handlung unter den gegebenen Verhältnissen und bei der Achtsamkeit, zu welcher der Handelnde verpflichtet ist, als eine widerrechtliche zu erkennen, das heißt, den rechtswidrigen Erfolg der That vorauszusehen“<sup>900</sup> stellen im Bereich der subjektiven Widerrechtlichkeit demnach die unbedingten Voraussetzungen dar, um den Schadenersatzanspruch entstehen zu lassen. Ausnahmen dieser grundsätzlichen Regelung stellen für Unger einen ungerechtfertigten Anachronismus dar.

In seiner Beschäftigung mit der Schuld wird die ablehnende Haltung gegenüber einer verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht ebenfalls klar ersichtlich, indem er die Gliederung der Schuld auf *dolus*, *culpa lata* sowie *culpa levis* beschränkt und die Existenz der *culpa levissima* vollends negiert.<sup>901</sup> Diese sei eine ursprünglich durch die Glossatoren erfolgte Missinterpretation der römischen Quellen<sup>902</sup>, welche schlussendlich von Hasse, nicht umsonst der literarische Begründer der Verschuldensdoktrin im 19. Jahrhundert<sup>903</sup>, „in so überzeugender Weise“<sup>904</sup> widerlegt worden sei, „daß sie seither sammt ihrem naturrechtlichen Fundament aus allen civilistischen Schriften verbannt ist und nur noch in Anmerkung als literarische Notiz fungirt.“<sup>905</sup> Lobend hebt Unger hierbei den Umstand hervor, dass das ABGB im Gegensatz zum ALR jene „trichotomische Gliederung“<sup>906</sup> nicht kennt. Dies sei „die richtige Ansicht“<sup>907</sup>, da so im österreichischen ABGB sowie im römischen Recht nach seinem Verständnis hinsichtlich der Reduktion auf *culpa lata* und *levis* Einklang herrscht. „Die *Culpa* hat nach österreichischem wie nach römischen Recht nur zwei Grade: auffallende Sorglosigkeit (grobes Verschulden, *culpa lata*) und mindere Fahrlässigkeit (geringes Versehen, *culpa levis*).“<sup>908</sup>

---

<sup>898</sup> Unger, System II (1868), 232 f. Vgl auch die in der Wortwahl sehr ähnliche Formulierung Jherings (siehe III. A) 1) b) bb) (118 und 118, Fn 799)). Vgl ebenso die kritischen Ausführungen Strohal, Gutachten (1880), 149 f. Siehe auch oben III. A) 2) b) (121 ff).

<sup>899</sup> Unger, System II (1868), 233.

<sup>900</sup> Unger, System II (1868), 233.

<sup>901</sup> Unger, System II (1868), 237 ff; ebenso in Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881).

<sup>902</sup> insbesondere von D 9, 2, 1, 44 *Ulpianus libro 42 ad Sabinum* (Unger, System II (1868), 238).

<sup>903</sup> Siehe oben III. A) 1) b) ba) (113 ff).

<sup>904</sup> Unger, System II (1868), 239.

<sup>905</sup> Unger, System II (1868), 239.

<sup>906</sup> Unger, System II (1868), 238.

<sup>907</sup> Unger, System II (1868), 239.

<sup>908</sup> Unger, System II (1868), 240.

Die *culpa levissima* hätte jedoch durchaus zumindest als notdürftiges Vehikel einer Quasi-Gefährdungshaftung dienen können<sup>909</sup>, da in ihr der Grad des Verschuldens auf ein verschwindend kleines Minimum reduziert ist und somit von einer verschuldensunabhängigen Haftung wohl nur durch Nuancen und somit unscharf zu trennen wäre. Unger schiebt derlei Option jedoch mit der gänzlichen Negation einer *culpa levissima* einen Riegel vor.

Im Ergebnis kann Ungers schadenersatzrechtliche Analyse im System als im allgemeinen Kanon der Zeit stehend qualifiziert werden. Sie ist durchdrungen von der liberalen Tendenz der Eigenverantwortlichkeit sowie möglichst großer Freiheit des Individuums<sup>910</sup> und stellt somit ein klassisches Beispiel des Schadenersatzverständnisses der Zeit dar. Die Verschuldenshaftung ist die einzige Option um Schadenersatz zu erlangen – verschuldensunabhängige Haftungen werden entweder gänzlich ignoriert oder, wie hier im Fall des § 1310 ABGB, als Relikte einer überwundenen Entwicklungsstufe eingeordnet.

### **3) „Das Schuldmoment im römischen Recht“ – Besprechung der Monographie Rudolf von Jherings (1867)**

Am 27.9.1867 veröffentlicht die Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung eine Lobeshymne Joseph Ungers auf die Monographie Jherings „Das Schuldmoment im römischen Recht“<sup>911</sup>. In ihr lobt Unger „den genialen Schriftsteller“<sup>912</sup> und dessen Werk:

„In den Schriften Jherings sprudelt der frische, volle Strom der Gedanken, und wenn wir bei anderen Schriftstellern die marmorhafte, rein objektive Darstellung bewundern, so freuen wir uns hier des warmen Lebens, das uns entgegenquillt und haben das frohe Gefühl, dass wir unsern Becher unmittelbar aus der vollen Quelle füllen. Alle diese Vorzüge, welche Jhering eine ganz ausnahmslose Stellung in der deutschen Rechtsliteratur einräumen, finden sich auch in der kleinen Schrift wieder, deren Titel

---

<sup>909</sup> Siehe Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 37 ff.

<sup>910</sup> Siehe oben III. A) 1) a) aa) (109 ff).

<sup>911</sup> Siehe III. A) 1) b) bb) (114 ff).

<sup>912</sup> Unger Joseph: „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ besprochen von Prof. Joseph Unger in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 27.9.1867, 1.

wir angegeben haben und mit deren Veranlassung und Inhalt wir uns näher beschäftigen wollen.“<sup>913</sup>

Unger würdigt in dem Artikel überschwänglich die Koppelung des Schadenersatz an die Schuld. Die einzige Einschränkung der Ersatzhöhe liegt kohärent mit Jhering im Grad der Schuld, dh die Ersatzpflicht ist in ihrem Ausmaß beim dolus am höchsten und bei der culpa levis am geringsten. Es ist insbesondere ein „Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadenersatz“<sup>914</sup>, welche einander schicksalhaft verbunden sind.

#### **4) „Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 5.3.1869: Ungers Reden im Herrenhaus“ (1869)**

Den Höhepunkt der eisenbahnrechtlichen Gesetzgebung Österreichs im 19. Jahrhundert verkörpert das „Gesetz vom 5.März 1869 betreffend die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Ereignisse auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen“<sup>915</sup>. Im selben Jahr (1869) wurde Joseph Unger Mitglied des Herrenhauses auf Lebenszeit<sup>916</sup> und beteiligte sich als solches auch sofort in seiner allerersten Sitzung mit einer äußerst engagierten und umjubelten<sup>917</sup> Rede an dem Diskurs bezüglich des genannten Eisenbahngesetzes.

Die Waghalsigkeit, gleich in der ersten Sitzung eine Rede zu halten, kommentierte er in der für ihn charakteristischen Weise:

„So überaus peinlich es mir ist, in der ersten Sitzung, kaum nachdem ich das Angelöbnis abgelegt und zur Fahne geschworen habe, auf dem Kampfplatze zu erscheinen und das Wort zu ergreifen, und so sehr die erlauchte Versammlung sich davon überzeugt halten kann, dass ich es gewiss vorgezogen hätte, den Regeln der politischen Klugheit, ja vielleicht selbst den Regeln des politischen Anstandes zu folgen

---

<sup>913</sup> Unger Joseph: „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ besprochen von Prof. Joseph Unger in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 27.9.1867, 1.

<sup>914</sup> Unger Joseph: „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ besprochen von Prof. Joseph Unger in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 27.9.1867, 1.

<sup>915</sup> RGBI 27/1869 – zu Entstehung jenes Gesetzes inklusive Motive siehe Schüller, Gerhard: Zur Anwendung der Eisenbahnhaftpflichtgesetz (1933) (idF Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetz (1933), 39 ff.

<sup>916</sup> NN „Politische Übersicht“ in: Neue Freie Presse vom 22.1.1869 (Abendblatt), 1 (siehe oben I.5) (35 ff).

<sup>917</sup> Anmerkung: „Bravo! Bravo!“ am Ende der Rede vermerkt in: Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1512.

und dieser ersten Sitzung als stummer Zuhörer beizuwohnen, so drängt mich dennoch mein juristisches Gewissen, dieses Bedenken zu überwinden, über diese Scheu hinauszukommen und den von meinen geehrten Vorredner gestellten Antrag, soweit es in meinen Kräften liegt, auf das wärmste zu unterstützen.“<sup>918</sup>

In der Folge hielt Unger einen schlichtweg als feurig und leidenschaftlich zu bezeichnenden Vortrag. Wie sein Vorredner, Arndts von Arnesberg<sup>919</sup>, kritisierte Unger<sup>920</sup> wortgewaltig § 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, welcher (unverändert auch in seiner in seiner endgültigen Form) normierte:

*§ 1. Wenn durch eine Ereignung im Verkehre einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird, so wird stets vermuthet, daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Person eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso, wie ihr eigenen Verschulden durch Ersatzes nach Maßgabe der §§ 1325 bis § 1327 des a.b.G.B. zu vertreten.*<sup>921</sup>

Arndts hatte seinerseits bereits die Verschuldensvermutung kritisiert, da die hM davon ausgehe, „dass man das Gebiet der Rechtsvermuthungen möglichst zu beschränken habe und daß es daher auch gewiß nicht zu billigen sei, in einem neuen Gesetz wieder von vornherein mit einer solchen Vermuthung aufzutreten, wo man deren ganz entbehren kann.“<sup>922</sup> Man könne dieser „ganz entbehren“, da „derjenige, welcher einen Transport von Waren oder die Ueberführung von Passagieren übernimmt, dadurch eine vertragsmäßige Verpflichtung eingeht, diesen Transport an Ort und Stelle zu bringen, und wenn dies nicht geschieht, so kann er wegen des Ersatzes in Anspruch genommen werden. Wenn nun derselbe behauptet, ich habe an der Nichterfüllung meiner Verpflichtung keine Schuld, so liegt es ihm ob, zu beweisen, daß ihm wirklich kein Verschulden zur Last fällt; das ergibt sich schon aus allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, er muss dartun, dass entweder eine vis major

---

<sup>918</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

<sup>919</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1509 f. Zum Romanisten und Zivilisten Carl Ludwig Arndts, Ritter von Arnesberg siehe etwa Wesener, Gunter: Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803–1878) in: FS Ogris (2010), 577 ff sowie Sensburg, Patrick E.: Die großen Juristen des Sauerlandes (2002), 123 ff.

<sup>920</sup> Er verwies im Laufe seines Lebens wiederholt auf seine damalige Kritik (siehe hierzu III. D) 1) b) (169 ff) und Exkurs a) (177 ff)).

<sup>921</sup> RGBI 27/1869.

<sup>922</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

eingetreten sei, oder ein eigenes Verschulden des Passagier oder eines Dritten, für welchen die Gesellschaft nicht einzutreten hat, den Schaden herbeigeführt hat.“<sup>923</sup>

Arndts führte demnach an, dass sich die Haftung bereits aus dem Transportvertrag ergäbe (Rezeptenhaftung), womit aufgrund der hieraus folgenden, auf § 1298 ABGB<sup>924</sup> beruhenden, vertraglichen Haftung ohnehin die Beweislastumkehr greife. Arndt stellte daher den „präjudiciellen Antrag, daß der Gesetzesentwurf an die judicielle Commission mit der Aufforderung zurückverwiesen werden möge, auf die vorgebrachten Bedenken Rücksicht zu nehmen.“<sup>925</sup>

Unger unterstütze diesen Antrag „auf das wärmste“<sup>926</sup>. In seiner Rede entfaltet sich jedoch zunächst ein nicht klar ersichtliches Bild seiner damaligen Konzeption und Auffassung hinsichtlich der Eisenbahngesetzgebung. Er betonte zunächst „mit den Grundgedanken dieses Gesetzes vollkommen einverstanden“<sup>927</sup> zu sein und konstatiert: „Es ist in der Ordnung – und die Veranlassungen sind ja bei uns leider zahlreich und häufig genug gewesen – dass die Gesetzgebung sich der Beschädigten wegen ihrer Ersatzansprüche gegenüber der Eisenbahnen annimmt.“<sup>928</sup>

Die darin geschilderte Verschuldensvermutung ließ Unger jedoch zu dem Schluss kommen, „daß der Gesetzesentwurf in der Fassung, wie er gegenwärtig vorliegt, nach meiner ganz entschiedenen Überzeugung weder den Anforderungen der Wissenschaft entspricht, noch den Bedürfnissen der Praxis gerecht wird.“<sup>929</sup> Er führt weiter aus, dass „die ganze juristische Struktur dieses Gesetzes, wenn man so sagen darf, der Mechanismus, mit dem dieses Gesetz ins Leben eingeführt werden will, nach meiner Überzeugung ein nicht haltbarer ist. Ich kann weder mit dem Motivenberichte übereinstimmen, noch kann ich mich mit der juristischen Formulierung der einzelnen Paragraphen einverstanden erklären.“<sup>930</sup>

Unger hält nun bezugnehmend auf die Rede Arndts fest: „Auch ich teile vollkommen die Ansicht, dass schon nach dem gegenwärtigen österreichischen Rechte, wenn Jemand als

---

<sup>923</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

<sup>924</sup> § 1298 aF. *Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sey, dem liegt der Beweis ob.*

<sup>925</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

<sup>926</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

<sup>927</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>928</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511 – bezugnehmend auf den Unfall der böhmischen Westbahn bei Horowitz im Jahr 1868 (vgl Gaber, Hans: Österreichisches Eisenbahnrecht: mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnbaurechtes (1924) (idF Gaber, Österreichisches Eisenbahnrecht (1924)), 149.

<sup>929</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510.

<sup>930</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

Passagier auf einer Eisenbahn beschädigt wird, er nicht weiter den Beweis zu führen hat, dass und welches Verschulden von Seite der Eisenbahnunternehmung eingetreten ist. Er hat nichts zu beweisen, als dass er beschädigt worden ist.<sup>931</sup>

Unger führte in diesem Sinne jedoch weiter aus, dass es sich eigentlich „um gar nichts anderes als um die Erstreckung der Bestimmung des Artikels 395 H.G.B. auf den Transporte von Personen“<sup>932</sup> handle. Das Handelsgesetzbuch (HGB) vom 17. Dezember 1862<sup>933</sup> erzielte mit der Normierung des Art 395<sup>934</sup> die befremdliche Wirkung, dass vor der Erlassung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes Frachtgut bzw transportierte Sachen einen effizienteren Schutz, was ihre Ersatzfähigkeit im Schadensfall anbelangt, genossen als Personen.<sup>935</sup> Unger forderte hierbei nun die Gleichstellung von Personen mit Sachen – „für den Transport von Personen im Grunde dasselbe zu gelten hat wie für den Transport von Sachen“<sup>936</sup> – , verlangt jedoch die Erzielung dieser Gleichstellung nicht mittels Verschuldensvermutung zu erreichen, sondern vielmehr „die Haftpflicht der Eisenbahnen zu erweitern, um die Grenze ihrer Verantwortlichkeit weiter hinauszurücken.“<sup>937</sup> Es solle der Eisenbahnunternehmung unmöglich gemacht werden, schlichtweg *qua* Behauptung: „Ich habe alles getan, was von einer Eisenbahnunternehmung verlangt werden kann“<sup>938</sup>, die Haftung zu vermeiden.

Zusammenfassend erläutert Unger am Schluss seiner ersten Rede zum Eisenbahnhaftpflichtgesetz: „...auch wenn dieses Spezialgesetz ergeht, werden wir noch nicht alle Schäden heilen, die unsere jetzige Gesetzgebung, so sonderbar es klingen mag, dem Beschädigten schlägt. Denn wer einen Schaden erleidet, den trifft nach der jetzigen Gesetzgebung ein dreifacher Schaden: erstens, weil er beschädigt worden ist, zweitens, weil ihm die Gesetzgebung kein hinreichendes Entschädigungsquantum zumisst und drittens, weil er den Schadenersatz in einem Verfahren liquidieren muss, wobei ihm sein Recht wieder nicht

---

<sup>931</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>932</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>933</sup> RGBI 1/1863.

<sup>934</sup> Art 395. *Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u.dgl. oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Für Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes angegeben ist.*

<sup>935</sup> So auch Unger in Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511;

Arndts in Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510; siehe auch Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15. Juni 1869, 2.

<sup>936</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>937</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>938</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

wird. Nach allen diesen Richtungen also kann dann ein solches Spezialgesetz nicht helfen, aber nach einer Seite kann es helfen, wenn die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf Personen ausgedehnt werden.<sup>939</sup>

Jene erste Rede erscheint erstaunlich progressiv zum Thema der verschuldensunabhängigen Haftung im Bereich des Eisenbahnrechts, wenngleich ihr Fokus eigentlich auf einer Rezeptenhaftung römischer Prägung liegt. Sie muss jedoch zwingend zusammen mit der nur wenige Tage nachfolgenden zweiten Rede Ungers am 1. Februar 1869 interpretiert werden, da erst die Verbindung beider Ansprachen einen klareren Einblick in den wohl tatsächlichen Standpunkt Ungers zur verschuldensunabhängigen Haftung zu jener Zeit zulässt. So wiederholt Unger in der zweiten Rede seine Kritik an § 1 des Eisenbahngesetzes, welcher „weder in materieller noch in formeller Beziehung“<sup>940</sup> den Anforderungen genügt, da er ihm „viel zu viel umfassend“<sup>941</sup> erscheint. Einerseits kritisiert er die Sprachwahl des Paragraphen, da ihm die Formulierung „Ereignung im Verkehre“ zu unscharf erscheint.<sup>942</sup> Insbesondere differenziert er in der Folge jedoch präziser hinsichtlich der schadenersatzrechtlichen Dimension der Bestimmung und der darin formulierten Verschuldensvermutung.

Fundamental für das Verständnis der damaligen Ansicht Ungers ist die Unterteilung in Delikts- und Vertragsobligationen. Denn § 1 vereinigt in der Auffassung Ungers sowohl Schadensersatzansprüche *ex contractu* (aus dem Transportvertrag) sowie *ex delicto*, was Unger entschieden kritisiert: „Fakt scheint es mir, dass es dem § 1 mehr zum Vorwurfe gereicht und damit nähere ich mich Sr. Exzellenz, wenn jede Deliktsobligation darunter getroffen sein soll“<sup>943</sup>, da eine „Veränderung der Beweislast mit Verschiebung, Vermutung des Delikts juristisch, glaube ich, fast ganz unmöglich ist.“<sup>944</sup>

Die Verschuldensvermutung umgehe die in § 1296 ABGB<sup>945</sup> formulierte ausdrückliche Anordnung, wonach im Zweifel kein Verschulden angenommen wird, und sei daher „unbillig, denn dieser Paragraph (§ 1296) sagt – und darüber sind alle Theoretiker und Praktiker vom ehrwürdigen Altvater der österreichischen Commentatorenjurisprudenz Zeiller angefangen, einig, dass dieser Paragraph keinen anderen Sinn habe, als den – wenn jemand behauptet durch die Schuld eines anderen beschädigt zu sein, so müsse er sie nachweisen. Ich kann nicht

---

<sup>939</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511 f.

<sup>940</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>941</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>942</sup> Vgl. Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>943</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>944</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>945</sup> § 1296. *Im Zweifel gilt die Vermuthung, daß ein Schade ohne Verschulden eines Andern entstanden sey.*

wenn mir jemand das Fenster einschlägt, hingehen und den A oder den B packen, sondern muss sagen: Du warst es, und muss nachweisen, dass er mir die Beschädigung zugefügt hat. [...] Sollte die Intention dieser Regierungsvorlage wirklich die sein, dass derjenige, der aus einem Delikte die Eisenbahn klagt, nicht mehr das Delikt zu beweisen hätte? Das wäre so exorbitant, dass ich glaube, ja glauben musste – mein Kollege Arndts glaubt es auch – dass das unmöglich gemeint sein kann.“<sup>946</sup>

Unger veranschaulicht seine Kritik anschließend mit dem Beispiel, dass ein Passant, welcher sich beim Überqueren der Schienen ein Bein bricht, als Konsequenz der Formulierung die Eisenbahn *ex delicto* klagen könne, ohne ein Verschulden der Eisenbahn nachweisen zu müssen.<sup>947</sup>

Er lehnt solche Folgen ab und vermerkt, dass durch die Eisenbahnbetriebsordnung aus 1851/1852<sup>948</sup> die Eisenbahn bereits für das Verschulden ihrer Bediensteter hafte (und nicht nur für *culpa in eligendo*), womit „in dieser Beziehung für die Deliktsobligation genug geschehen ist.“<sup>949</sup> Unger befindet über dies hinaus, dass es „unbillig gegen die Eisenbahnen wäre“<sup>950</sup>, sie immer haften zu lassen, „wenn nur nicht durch einen unabwendbaren Zufall der Schaden eingetreten ist.“<sup>951</sup>

Es ergibt sich somit eine komplizierte Auffassung Ungers hinsichtlich der Eisenbahnhaftung zu jenem Zeitpunkt. Er vertritt den Standpunkt, dass es „nur eine Erweiterung des bestehenden Rechts“<sup>952</sup> benötigen würde, da im Bereich der Haftung *ex contractu* bereits der Ersatz nach geltender Rechtslage gebühren würde, da der unversehrte Transport durch die Eisenbahn Vertragsinhalt geworden wäre, was einer Garantie gleich käme (sei dies nun in Erweiterung des Art. 395 H.G.B. oder der römische Rezeptenhaftung für Schiffer Gast- und Stallwirte, welche im ABGB aF auf Fuhrleute erweitert wurde (§§ 970, 1316)). Im Deliktsbereich hingegen ist die Eisenbahnunternehmung, aufgrund der unbedingten Zurechnung eines Verschuldens seitens ihrer Bediensteten, bereits beschwert genug. Weiters verbiete § 1296 die Vermutung des Verschuldens im Deliktsbereich – eine Ausdehnung bzw Umgehung der Bestimmung wäre damit unbillig und nach Ungers Verständnis unmöglich. Unger fordert demnach eine Einengung auf den Vertragsbereich unter Wegfall der

---

<sup>946</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>947</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>948</sup> RGBI 1/1852.

<sup>949</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1555.

<sup>950</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>951</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>952</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556 .

deliktischen Haftung hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs. In concreto gelänge dies mittels der Erstreckung der in Art 395 HGB formulierte Haftung der Eisenbahn für Sachschäden, welche aus dem Transportvertrag entspringt, auf Personenschäden an Passagieren: „Was ich also gegen den § 1 hauptsächlich einzuwenden habe, ist, er will bei dieser Gelegenheit alles umfassen, er will gegen den ganzen Umkreis der Haftpflicht der Eisenbahnen vereinigen. Um das handelt es sich nicht, wir brauchen nur eine Erweiterung des schon bestehenden Rechtes“<sup>953</sup> – in diesem Fall eine Erweiterung des Art. 395 HGB<sup>954</sup> auf Personenschäden.

Den Passagieren gleichzuhalten wären allerdings auch dritte Personen, welche im Schädigungszeitpunkt, etwa der Explosion der Lokomotive, einem „Nahverhältnis“ zur Eisenbahn stehen: „Jemand steht auf dem Bahnhofe, löst seine Karte. In dem Momente explodiert eine Lokomotive. Es ist ganz in Ordnung auch diese Personen zu schützen.“<sup>955</sup> Bloße Passanten der Gleise will er wie erwähnt jedoch ausnehmen bzw nur bei Verschulden der Bahn selbige *ex delicto* haften lassen.

So sollen nicht alle Unfälle und Schadensfälle erfasst sein. Die unbedingte Haftung der Eisenbahn solle vielmehr nur gegenüber den zur Beförderung übernommenen Passagieren (und zwar *ex contractu*) und, etwas unpräziser abzugrenzen, gegenüber jenen Personen gelten, welche sich in einem örtlichen und „sachlich intensivierten“ Nahverhältnis zur Bahn, wie etwa dem Bahnhof, zum Unfallzeitpunkt befunden haben. „Nicht das ganze Maß von Verpflichtungen der Eisenbahn zum Schadenersatz soll getroffen werden, sondern die durch die letzten Ereignisse gebotene Vorsicht gegen Eisenbahnunfälle.“<sup>956</sup>

Zusammenfassend zeigt sich demnach zweierlei in den Reden Ungers:

1. Die Eisenbahn solle auch für Personenschäden ähnlich § 395 HGB unbedingt haften. In der Begründung beruft sich Unger primär auf den bestehenden Transportvertrag, welcher in Abwandlung der römischen *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* den Charakter einer Rezeptenhaftung trägt, dh einer Garantie für den unversehrten Transport gleichkommt, welcher Vertragsinhalt geworden sei.<sup>957</sup>

---

<sup>953</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>954</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1511.

<sup>955</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>956</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556.

<sup>957</sup> Vgl hierzu zunächst die Rede Arndts im Herrenhaus am 19.1.1869 (Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1509 f) und beide Reden Ungers (Sten. Prot. des Herrenhauses–59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510ff & 61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1554ff).

2. Der deliktische Schadenersatz soll nicht in der unbedingten Eisenbahnhaftpflicht mitumfasst sein, da § 1296 ABGB hierfür den Nachweis eines Verschuldens zwingend vorschreibt. Jene unbedingte Haftung bezieht sich ausschließlich auf das Vertragsverhältnis, wobei jedoch, in etwas diffuser Abgrenzung, auch Personen umfasst werden sollen, welche nicht Passagiere sind, sondern die Beschädigung durch den Eisenbahnvorfall in einem örtlichen und „sachlich intensivierten“ Nahverhältnis zur Eisenbahn erlitten haben – z. Bsp. am Bahnhof oder beim Kartenkauf. Inwiefern hierbei bereits ein Vertragsverhältnis besteht bleibt offen. Nach modernen Regeln konnte man hierbei die *culpa in contrahendo* bemühen. Das bloße Überqueren der Gleise solle hingegen nicht zur Ersatzpflicht führen, sofern der Eisenbahnunternehmung kein Verschulden nachzuweisen ist.

Allgemein wendet sich Unger jedenfalls entschieden gegen die Verschuldensvermutung und befindet die Ausgestaltung von § 1 des besprochenen Gesetzes als unzureichend, für welchen „wir keine Nachahmung, ja kaum Beifall finden werden.“<sup>958</sup> In diesem Punkt sollte Unger zweifelsohne Recht behalten, da sich das Gesetz, welches trotz der Einwände Ungers und Arndts erlassen wurde, intensiver Kritik seitens der Lehre ausgesetzt sah.<sup>959</sup>

Die Reden beinhalten noch keine konkrete Ausgestaltung einer Gefährdungshaftung im modernen Sinn. Es werden jedoch Aspekte einer im Ergebnis verschuldensunabhängigen Haftung andiskutiert – primär anhand der Haftung *ex contractu*, welche sich aus dem Transportvertrag ergibt. Die Haftung aus Vertrag umfasst wie erwähnt jedoch ein relativ breites Spektrum. Der progressivste Teil der Reden ist somit die klare Positionierung gegen eine Verschuldensvermutung. Die genaue Gedankenwelt Ungers zum Thema einer möglichen verschuldensunabhängigen Haftung zum damaligen Zeitpunkt lässt sich jedoch nicht eruieren, insbesondere, da es zu jener Zeit keinerlei juristische Publikationen Ungers zu der Thematik gibt. Die prinzipielle Befürwortung einer unbedingten Haftung in speziellen Bereichen des Eisenbahnbetriebs ist jedoch zumindest erahnbar und sollte in seiner Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ über 20 Jahre nach dem Erlass des Eisenbahngesetzes im Jahre 1869 konkretere Ausgestaltung finden.<sup>960</sup>

---

<sup>958</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1556 f.

<sup>959</sup> Vgl Zusammenstellung bei Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetze (1933), 17 ff sowie 122 ff.

<sup>960</sup> Siehe III. D) 1) b) (169 ff).

## 5) „Beiträge zur Lehre von Schadenersatz nach österreichischem Recht“ (1881)

Der 1881 in Grünhuts Zeitschrift erschienene Aufsatz behandelt, wie der Titel verrät, das österreichische Schadenersatzrecht. In klassisch „Ungerscher“ Manier wird das Schadenersatzrecht in einer bunten Mischung aus romanistischen Verweisen und rechtsvergleichenden Ausführungen behandelt. Die verschuldensunabhängige Haftung wird hierbei nach wie vor nicht akzeptiert. Ein verschuldensunabhängiger Haftungsanspruch im Anwendungsbereich des § 1310 ABGB<sup>961</sup> wird abgelehnt, da Unger mit Verweis auf Jherings „geistreiche Monographie ‚das Schuldmoment im röm Privatrecht‘“<sup>962</sup> sowie D 44.7.34 pr (*damnum ex culpa*) angibt, dass es für den Ersatz eines Schadens „nicht bloß auf die äussere, sondern auch auf die innere Verschuldung ankömmt.“<sup>963</sup> Die Ersatzpflicht setzt „stets eine durch Schuld des Handelnden herbeigeführten Schaden“<sup>964</sup> voraus. Im Bereich des § 1310 und der Haftung Unzurechnungsfähiger sieht Unger nunmehr ein einem Naturereignis gleichenden Vorfall, welches demnach als *vis maior* zu qualifizieren sei und somit grundsätzlich vom Prinzip „*casum sentit dominus*“ beherrscht wird. Die Überlegungen der Naturrechtler in diesem Bereich, eine auf der Billigkeit alleine beruhenden Schadenersatzverpflichtung Unzurechnungsfähiger zu kreieren, sieht Unger auch zum damaligen Zeitpunkt als Ergebnis eines „unter dem nachwirkenden Einfluss älterer germanischer Rechtsanschauung“<sup>965</sup> entstandenen Fehlers. Die Rechtfertigung einer Schadenersatzverpflichtung des Unzurechnungsfähigen, welche aufgrund mangelnder Verschuldensfähigkeit vom Culpaprinzip entkoppelt sein müsste, kenne das römische Recht nicht und sei von Naturrechtlern mit „fast lächerlichen Argumenten“<sup>966</sup> vorgebracht worden.

Unger gesteht jedoch ein, dass im Einzelfall eine Ersatzleistung seitens des Unzurechnungsfähigen dem Gerechtigkeitsgefühl nach adäquat erscheint. Er plädiert

---

<sup>961</sup> § 1310. Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.

<sup>962</sup> Unger, Joseph: Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österreichischem Recht, in: Grünhuts Zeitschrift 8 (1881), 207 ff (idF Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881)), 239. Vgl hierzu oben III. A) 1) b) bb) (114 ff) und B) 3) (134).

<sup>963</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

<sup>964</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 239.

<sup>965</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 230.

<sup>966</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 230.

allerdings zu diesem Zeitpunkt dafür, dies nicht im Rahmen einer Verpflichtung zum Schadenersatz, welcher eines Verschuldens bedürfe, zu regeln. Ungers im besten Falle als phantasievoll zu bezeichnende Lösungsansatz zielt vielmehr darauf ab, keinen „erzwingbaren Rechtsanspruch gegen den Unzurechnungsfähigen zu gewähren“<sup>967</sup>, sondern eine der Billigkeit entsprungene „Humanitätspflicht“<sup>968</sup> des Vormundes zu konstatieren. Diese Humanitätspflicht sei demnach keine rechtliche Pflicht, sondern eine Obliegenheit seitens des Vormunds (!), welche prozessual nicht durchsetzbar wäre. Jene Regelung schließe „sich in entsprechender Fortbildung des Rechts (*interpretatio*) an bekannte Bestimmungen des röm. Rechts an.“<sup>969</sup> Unger verweist hierbei auf Fälle des römischen Tutorrechts. Der Tutor sei „berechtigt und verpflichtet, Liebes- und Humanitätspflichten“<sup>970</sup> des Pupillen zu erfüllen und er „darf und muss daher insbesondere auch dürftigen Geschwistern des Pupillen Alimente verabreichen“<sup>971</sup>. Eine „Zwangspflicht“<sup>972</sup> für diese Tätigkeiten des Tutors bestünde jedoch nicht.

Die suggerierte Lösung offenbart, dass Unger zu damals noch kein wirkliches Verständnis für die verschuldensunabhängige Haftung entwickelt hatte. Sein Versuch, die Diskrepanz zwischen einem den realen Bedürfnissen sowie der konkreten Sachlage entsprungenen Verlangen nach einer Ersatzleistung eines seitens einer unzurechnungsfähigen Person verursachten Schadens einerseits sowie der nach wie vor dominierenden Culpadoktrin des Schadenersatzrechts andererseits zu überbrücken, erscheint dem modernen Betrachter als ein unorthodoxes Mittel, das Verschuldensdogma trotz gegenteiliger Bedürfnisse des Alltags um jeden Preis zu erhalten. Der Vorschlag, den Widerspruch mittels eine unverbindlichen „Humanitätspflicht“ des Vormundes zur Ersatzleistung aufzulösen, dürfte in der Praxis jedoch kaum zur allgemeinen Rechtssicherheit beitragen und scheint somit wenig praktikabel, da eine prozessual nicht durchsetzbare Verpflichtung wohl in nur sehr geringem Maß motivierend zur Ersatzleistung hinsichtlich des entstandenen Schadens wirken dürfte. Des Weiteren verliert die reine Motivation aus Gewissen und Anstand wohl mit Zunahme der Schadenssumme exponentiell an Durchschlagskraft. Je höher der Schaden, umso leichter wird der Vormund wohl von den Gewissensbissen unbeeindruckt bleiben. Das Abstellen auf den Anstand alleine findet seine natürliche Grenze in jenem Bereich, wo die Ersatzleistung die

---

<sup>967</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

<sup>968</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

<sup>969</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

<sup>970</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238 mit Verweis auf D 27.3.13.2 sowie D.27.3.1.8.

<sup>971</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

<sup>972</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 238.

individuelle Verträglichkeit bzw individuelle „Schmerzengrenze“ des Vormundes tangiert oder überschreitet. Jene Abhandlung ist eines der raren Beispiele im Oeuvre Ungers, welches den der Pandektistik bzw „Begriffsjurisprudenz“ unterstellten Vorwurf der Lebensferne bestätigt.

In der ca. 10 Jahre nach dem besprochenen Aufsatz erschienenen Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ behandelt Unger erneut die Thematik des Schadenersatzes durch Unzurechnungsfähige. In ihr scheint ihm die Unzulänglichkeit seiner Ausführungen aufgefallen zu sein, indem er in einer Fußnote<sup>973</sup> zu erklären versucht, wie er die einstigen Ausführungen tatsächlich gemeint habe. Seine Versuche scheinen jedoch wenig überzeugend und deuten eher auf eine nachträgliche „heimliche“ Korrektur hin.

Neben der Haftung Deliktsunfähiger diskutiert Unger in der Publikation auch die Rezeptenhaftung der §§ 970, 1316 ABGB aF. Die Verarbeitung und Adaptierung der römischen „quasideliktischen“ *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* war ein wesentlicher Bereich, welcher bereits eine frühe Erscheinung in der Genese einer verschuldensunabhängigen Haftung, insbesondere im Hinblick auf die Haftung für fremdes Verschulden (Gehilfenhaftung) seitens des Rezepten, darstellte.<sup>974</sup>

Unger widmet sich hierbei zunächst der Klassifikation von § 970 aF<sup>975</sup>, indem er die Wirthe (Schiffer und Fuhrleute unterlägen Art 395, 400 HGB und seien demnach hiervon nicht umfasst<sup>976</sup>) mit Verweisen auf die gemeinrechtliche Lehre<sup>977</sup> „als“ Verwahrer, und nicht „wie“ Verwahrer haften lässt. Die Haftung *ex recepto* sei eine gesteigerte Form der Verwahrungshaftung, welches die Haftung erweitert (insbesondere auf Gehilfen etc): „Das *receptum* ist ein *depositum*, aber kein gewöhnliches (einfaches) sondern ein qualifiziertes Depositum. Wirthe usw haften in der Eigenschaft, nicht in dem beschränkten Umfang von Depositaren (§ 964). Die Worte: ‚gleich einem Verwahrer‘ in § 970 haben nicht den Sinn: wie (ebenso, gradeso wie) ein Verwahrer, sondern sie besagen: als Verwahrer (*comme*

---

<sup>973</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 140 f, Fn 18 – siehe hierzu unten III. C) 2) (157 ff).

<sup>974</sup> Siehe hierzu auch unten III. D) 4) (215 ff).

<sup>975</sup> § 970 aF. *Wirthe, Schiffer, oder Fuhrleute haften für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden, oder als Fracht, ihnen selbst, oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer (§. 1316).*

<sup>976</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246.

<sup>977</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246 f: „Die Haftpflicht *ex recepto* (Garantiepflicht), welche das Recht aus Utilitätsgründen den Wirthen usw auferlegt, ist nach österreichischem Rechte ganz dieselbe wie nach gemeinem Recht“.

*depositaires*).<sup>978</sup> Wirte übernehmen das „*periculum custodiae*“, wohingegen der Versicherer das „*periculum rei*“ trüge.<sup>979</sup>

Die Haftung der Wirte erstreckt sich somit auf praktisch alle Schäden, welche sich nicht auf „unvermeidliche, unabwendbare Zufälle“<sup>980</sup> zurückzuführen lassen sowie „ebensowenig natürlich für den Schaden, der durch eigene Schuld des Gastes oder Absenders herbeigeführt wurde.“<sup>981</sup> Es sei eine Haftung welche aus „Utilitätsgründen den Wirthen usw auferlegt“<sup>982</sup> wurde.

Im Ergebnis steht somit eine etwas seltsam anmutende und leicht verwirrende Konstruktion, wonach der Wirt „als“ Verwahrer haftet, wobei es sich um einen qualifizierten Verwahrungsvertrag handle, dessen Haftungsbereich weitergehe als ein gewöhnliches *depositum*. Die Haftung gem § 970 aF sei somit eine Vertragshaftung, jedoch nicht *ex deposito* sondern *ex recepto* (qualifizierter Verwahrungsvertrag) welcher einer „Garantiepflicht“<sup>983</sup> gleichkommt.<sup>984</sup>

Von gesteigerter Bedeutung vor dem Horizont der verschuldensunabhängigen Haftung gestaltet sich in der Folge die Diskussion des Verhältnisses von § 970 aF (der Haftung *ex recepto* aus dem qualifizierten *depositum*) und § 1316 aF<sup>985</sup>, welchen Unger als quasideliktischen Anspruch bezeichnet. Die Thematik der verschuldensunabhängige Haftung für Gehilfen sowie die sich hieraus ergebenden Probleme angesichts der Culpadoktrin behandelt Unger zwar kaum – im Ergebnis schafft er jedoch eine unbedingte Haftung gem § 1316 aF, welche anders als die Kontraktklage des § 970 aF (der Wirt haftet als qualifizierter Verwahrer – also *ex recepto*, dh aus dem qualifizierten Verwahrungsvertrag) nicht ausgeschlossen werden kann. § 1316 aF normiere eine quasideliktische Klage, welche einen breiteren Anwendungsbereich habe. So greife dieser quasideliktische Ersatzanspruch auch, wenn dem Gast zwar Eigenverschulden zur Last gelegt werden könne (was eine Kontraktklage nach § 970 aF unmöglich mache), jedoch der Schaden von den Leuten des Wirtes verschuldet wurde. Verabsäumt der Gast etwa die ordnungsgemäße Verschließung

---

<sup>978</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 245.

<sup>979</sup> Vgl Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246.

<sup>980</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246.

<sup>981</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246.

<sup>982</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246 f.

<sup>983</sup> Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 246.

<sup>984</sup> Vgl hierzu auch ähnlich Ausführungen in Ungers Rede zum Eisenbahngesetz 1869 (siehe III. B) 4) (135 ff)).

<sup>985</sup> § 1316 aF. *Wirthe, Schiffer und Fuhrleute verantworten den Schaden, welchen ihre eigenen, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen (§. 970).*

seiner Gegenstände, welche daraufhin seitens der Gehilfen (Dienstpersonal) des Wirtes entwendet werden, greife zwar aufgrund des Eigenverschuldens nicht die Garantiehaftung *ex recepto*, jedoch die quasideliktische Haftung gem § 1316 aF.<sup>986</sup>

Die Ausführungen Ungers zur Rezeptenhaftung sowie die restlichen Topoi der Publikation zeigen deutlich, dass er noch nicht die verschuldensunabhängige Haftung seiner Spätzeit, welche sich auf die Interessenslage gründet, vertritt. Stattdessen propagiert er einerseits die Notwendigkeit eines Verschuldens und behandelt andererseits in bester Tradition der gängigen Lehre die Gastwirtehaftung als gemeinrechtlichen Sonderfall, deren dogmatischer Ausnahmecharakter hinsichtlich der Culpadoktrin auch von Unger kaum tangiert wird. Die Haftung des Wirtes ist verschuldensunabhängig unter Ausschluss der *vis maior*. Sie ergibt sich einerseits *ex recepto* und somit aus Vertrag, andererseits aus der quasideliktischen Natur des § 1316 aF (die Existenz von Quasidelikten im ABGB wird Unger später vehement leugnen, insbesondere, da sie mit Verschuldensfiktionen operieren<sup>987</sup>). Eine methodische Diskussion hinsichtlich der Frage einer Haftung für fremdes Verschulden unterbleibt zu diesem Zeitpunkt.

---

<sup>986</sup> Vgl Unger, Schadenersatz nach österreichischem Recht (1881), 250 ff.

<sup>987</sup> Siehe III. C) 1) b) bb) (153 ff).

## C) Ungers entwickelte Konzeption: Verschuldens- unabhängige Haftung aufgrund der Interessenslage

Die Veränderung der 1880er Jahre, ausgelöst in Österreich durch die Gutachten Pfaffs, von Randas und Strohal<sup>988</sup>, nahmen auch auf Unger wesentlichen Einfluss.<sup>989</sup> Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung Ungers waren neben den Gutachten auch die „ideenreichen Ausführungen“<sup>990</sup> Adolf Merkels in dessen Werk „Juristische Encyclopädie“ aus 1885 (1. Auflage). Merkel war einer der Ersten<sup>991</sup> welcher die verschuldensunabhängige Haftung zuvorderst in der Interessenslage fundierte, da neben dem rechtswidrig Handelndem auch derjenige den Schaden „billiger Weise“ zu ersetzen habe dessen „Unternehmung“ der Schadensfall entsprungen war.<sup>992</sup> Die Fokussierung auf das Interesse und den aus einer Handlung gewonnenen Vorteil sollte auch in Ungers Konzeption von zentraler Bedeutung sein.

Neben Merkel betont Unger ebenso, dass „das auf ernster und tiefer Gedankenarbeit beruhende Werk von Karl Binding ‚Die Normen und ihre Übertretung I. (2. Aufl. 1890)‘“<sup>993</sup>, sowie Emil Steinbach<sup>994</sup> gehörigen Einfluss auf seine Entwicklung gehabt hätten.

Insbesondere die Abhandlung „Handeln auf eigene Gefahr“ ist hierbei von gehobener Bedeutung. Erstmals erschien sie 1891<sup>995</sup> im Zuge der Diskussion des ersten Entwurfes zum deutschen BGB.<sup>996</sup> Das Haftungsrecht des ersten Entwurfs war stark im Verschuldensdogma verankert, was zu Kritik der Lehre führte. Gierke betonte: „Die ‚allgemeinen Vorschriften des ersten Titels über die Voraussetzung, Umfang und Dauer der Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (§§ 704b – 721) gehören zu den am wenigsten gelungenen

---

<sup>988</sup> Siehe oben III. A) 2) b) (118 ff).

<sup>989</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364 f, Fn 1; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4 f, Fn 5.

<sup>990</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364 f, Fn 1; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4 f, Fn 5.

<sup>991</sup> Rinck, Gerd: Gefährdungshaftung (1959) (idF Rinck, Gefährdungshaftung (1959)), 4.

<sup>992</sup> Vgl Merkel, Adolf: Juristische Encyclopädie (1885), § 665, Z 2 sowie insbesondere §§ 673 ff.

<sup>993</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364 f, Fn 1; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4 f, Fn 5. Mit Bindings „juristischer Konstruktion“ (in Binding, Normen und Übertretung<sup>2</sup> (1890), 459 ff) sowie „dem Endergebnis“ (in Binding, Normen und Übertretung<sup>2</sup> (1890), 471 ff) kann Unger sich „jedoch nicht befreunden“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364 f, Fn 1; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4 f, Fn 5).

<sup>994</sup> Steinbach, Emil: Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden (1888).

<sup>995</sup> In Jherings Jahrbücher 30 (1891), 363 ff.

<sup>996</sup> Unger hatte neben dem Schadenersatzrecht auch auf die Ergebnisse des Ersten Entwurfs zur Bürgschaft gesondert reagiert (Unger, Joseph: Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwürfe in: Jherings Jahrbücher 29/17 (1891), 1 ff).

Schöpfungen des Entwurfes. Vor allem verdirbt sie der schon mehrfach berührte Grundgedanke des Entwurfs, daß alle nicht etwa vertraglich begründete Schadenersatzpflicht lediglich aus Verschulden fließen kann.<sup>997</sup> Unger schloss sich der Kritik an.

Die Neuerungen und Veränderung am ersten Entwurf im Verlauf der Arbeiten der zweiten Kommission zum BGB, welche schließlich im zweiten Entwurf gipfelten, veranlassten Unger die Schrift diesbezüglich zu erweitern (er fügte zumeist am Ende der Kapitel eine Ergänzung hinzu), einige neue Bereiche hinzuzufügen<sup>998</sup> sowie eine allgemeine Konzeptualisierung und Diskussion bezüglich der Natur der verschuldensunabhängigen Haftung vorzunehmen. Anschließend publizierte Unger bereits 1893 (also zwei Jahre vor der offiziellen Vorlage des zweiten Entwurfes zum BGB) „Handeln auf eigene Gefahr“ in der zweiten (vermehrten) Auflage als neue Monographie.<sup>999</sup> 1894 ergänzte er „Handeln auf eigene Gefahr“ mit der Publikation „Handeln auf fremde Gefahr“<sup>1000</sup>. Mitteis bezeichnete die beiden Abhandlungen als „zwei der originellsten und ideenreichsten Essays, welche die neuere Rechtswissenschaft besitzt“<sup>1001</sup>. In diesen sowie einigen anderen Schriften und Reden entwirft Unger ein Konzept der verschuldensunabhängigen Haftung, welches in der Folge thematisiert werden soll.

## **1) Die „Gefahr“- Haftung aufgrund des Interesses**

### **a) Natur und Rechtfertigung**

„Das moderne Schadenersatzprinzip geht nämlich davon aus, dass nicht nur in den Fällen des Verschuldens Ersatz geleistet werden muss, sondern dass es auch eine

---

<sup>997</sup> Gierke, Otto von: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889 (idF Gierke, Entwurf (1889)), 259.

<sup>998</sup> Etwa den Ersatz für den ungerechtfertigten Arrest (siehe unten III. D) 5) b) ba) (230 ff). Vgl auch Unger im Vorwort zur 2. vermehrten Auflage: „Ich habe seither das darin behandelte Thema nach verschiedenen Richtungen hin weiter verfolgt und glaube keinen wichtigeren Fall, welcher in diese Kategorie gehört, übersehen zu haben“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), V).

<sup>999</sup> 1904 wurde die 2. Auflage erneut herausgebracht (unverändert). Die Zitierungen stammen aus der ersten, kürzeren Auflage aus 1891 (Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 363 ff (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891)) sowie der unveränderten 3. Auflage (1904) der vermehrten 2. Auflage (1893) (Unger, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, 3.unveränderte Auflage (1904) (idF Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904)).

<sup>1000</sup> Handeln auf Fremde Gefahr in: Jherings Jahrbücher 33/21 (1894), 299 ff, neu abgedruckt in: Scherl, Bernhard Martin: Joseph Unger, Aufsätze und kleiner Monographien, Bd II (2005), 191 ff (idF Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II).

<sup>1001</sup> Mitteis, Ludwig: „Joseph Unger“ in: Neue Freie Presse vom 2.Juli 1898, 2.

zahlreiche Anzahl von Fällen gibt, in denen ohne jegliches Verschulden der entstandene Schaden ersetzt werden muss. Diese Fälle lassen sich alle auf ein Prinzip zurückführen, auf das Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr.“<sup>1002</sup>

Die von Unger vor allem in der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ konzipierte Verpflichtung Schadenersatz aufgrund der Gefahr zu leisten ist entkoppelt von einem Verschulden – sie erfolgt ohne Schuld und existiert parallel zur Verschuldenshaftung:

„Freilich darüber wird kein Zweifel sein, daß derjenige, der Schaden durch sein Verschulden verursacht, denselben tragen muß. Aber ebenso gewiß ist es, daß es unter Umständen aus Gründen der Gerechtigkeit, der Billigkeit oder der Zweckmäßigkeit (*utilitas*) geboten sein kann, jemanden die Last des Schadens aufzubürden, der an der Herbeiführung desselben unschuldig ist.“<sup>1003</sup>

Den zentralen Ankerpunkt dieser Gründe „der Gerechtigkeit, der Billigkeit oder der Zweckmäßigkeit (*utilitas*)“ stellt in Ungers Konzeption das Interesse dar, aufgrund dessen eine Handlung erfolgt. Er gehört somit der Gruppe<sup>1004</sup> an, welche die verschuldensunabhängige Haftung grundsätzlich „rein aus der Interessenlage erklären“.<sup>1005</sup> Die Person, welche eine Handlung in ihrem Interesse bzw zu ihrem Vorteil tätigt, trägt in der Folge die „Gefahr“, im Schadensfall eine Ersatzpflicht leisten zu müssen. Die „Gefahr“ ist das Risiko, welches die Erweiterung des eigenen Handlungsspielraums, verbunden mit dem der Erweiterung inhärenten Vorteil, mit sich bringt. Wer das Risiko einer Handlung trägt, muss demnach auch für den entstandenen Schaden, welcher dieser Handlung entspringt, verschuldensunabhängig haften.

Wer einerseits einen Vorteil durch eine Handlung erzielt, muss auch mit den Risiken der Handlung beschwert werden und handelt somit auf eigene Gefahr. Im Zentrum befindet sich folgende, bereits 1888 von Unger formulierte Prämisse: „Wer handelt, hat auf eigene Gefahr zu handeln, nicht auf Gefahr des Anderen. Es ist eines sittlichen Menschen unwürdig, die

---

<sup>1002</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.3.1907 , 1630 .

Zur von Unger vollständig abweichenden Verwendung und Bedeutung der Formulierung „Handeln auf eigene Gefahr“ in der modernen juristischen Terminologie siehe oben Einleitung (1 ff) sowie Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 156 f, Rz 4/38 f; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 46 und Stoll, Handeln auf eigene Gefahr (1961).

<sup>1003</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 364; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 4.

<sup>1004</sup> Zusammen mit Adolf Merkel und Wilhelm Müller- Erzbach (Rinck, Gefährdungshaftung (1959), 4).

<sup>1005</sup> Rinck, Gefährdungshaftung (1959), 4.

nachteiligen Folgen seiner Handlung auf den Unschuldigen zu überwälzen.“<sup>1006</sup> Die Ersatzpflicht ergibt sich somit aus der Formel „eigenes Interesse, eigene Gefahr – fremdes Interesse, fremde Gefahr“<sup>1007</sup>, welche Unger als ein Prinzip der *Aequitas* klassifiziert.<sup>1008</sup>

Dieses allgemeine Schema der verschuldensunabhängigen Haftung, welches sich zuvorderst auf die Interessenslage stützt, beinhaltet in Ungers Konzeption den Grundgedanken jeder Form verschuldensunabhängiger Haftung. Aufgrund dieser weiten, grundsätzlichen Fundierung subsumiert Unger Tatbestände aus den verschiedensten Bereichen unter die verschuldensunabhängige Haftung, woraus sich eine kasuistisch und verwirrend wirkende Pluralität möglicher Anwendungsbereiche ergibt. Jansen bemerkt hierbei:

„So sollten nach Unger die Tatbestände einer verschuldensunabhängigen Haftung fast ausnahmslos mit dem Gedanken des Handelns auf eigene Gefahr erklärbar sein; Dieser verbindet so disparate Tatbestände wie die Haftung für Tiere, Bauwerke und gefährliche konzessionierte Betriebe, die Notstandshaftung und erlaubte Selbsthilfe, sowie die Haftung für Verrichtungsgehilfen und allgemein von Untergebenen mit der Haftung für irrtümliche falsche bzw angefochtene Willenserklärungen und der Eigenhaftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht sowie der Verpflichtung zum Ersatz von Prozesskosten und Arrestschäden.“<sup>1009</sup>

Die Allgemeinheit der Formel erlaubt kaum eine präzise Abgrenzung und lässt das Anwendungsfeld in ein beinahe uferloses Sammelbecken verschiedenster juristischer Topoi erodieren, da die Interessenslage in diversen juristischen Problembereichen von Bedeutung ist.

Unger selbst konstatiert, dass neben den von ihm behandelten Fällen und Bereichen noch viele weitere Beispiele für eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht existieren.<sup>1010</sup>

Trotz der unübersichtlichen Gesamtsituation versucht Unger die Konzeption zu präzisieren sowie juristisch einzuordnen.

---

<sup>1006</sup> Unger, Joseph: Ueber die legislative Behandlung des wesentlichen Irrthums bei obligatorischen Verträgen, in: Grünhuts Zeitschrift 15 (1888), 673 ff (unveränderter Nachdruck aus 1990) (idF Unger, Behandlung des wesentlichen Irrthums (1888), 684.

<sup>1007</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 251.

<sup>1008</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 251.

<sup>1009</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 378 f.

<sup>1010</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 365; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 5 sowie Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 250.

## b) Dogmatische Einordnung und Unterteilung hinsichtlich des Entstehungsgrundes

In der juristischen Einordnung der Thematik unterscheidet Unger zwei prinzipielle Formen verschuldensunabhängiger Haftung:

### ba) Ursprung im Schuldverhältnis

Die erste Form stellt Unger wie folgt dar: „In einigen Fällen entspringt die Forderung auf Entschädigung aus dem vorhandenen Obligationenverhältnis, welches durch das Handeln auf eigene Gefahr eine Modifikation erfährt: die Klage, womit dieselbe geltend gemacht wird, ist in der Regel die Kontraktklage.“<sup>1011</sup>

Es handelt sich hierbei demnach um verschuldensunabhängige Haftungen, welche aus einem bestehenden Vertragsverhältnis ihre juristische Rechtfertigung erhalten. Als Beispiele für diese Gruppe führt Unger den „Aftermieter“<sup>1012</sup>, „die Vernichtung oder Beschädigung einer vermachten oder sonst geschuldeten Spezies“<sup>1013</sup> sowie die (Erfüllungs-)Gehilfenhaftung<sup>1014</sup> an. Es besteht ein Vertrag (etwa ein Mietvertrag oder ein Arbeitsvertrag) und diesem inhärent liegt die Verpflichtung zum Schadenersatz infolge Handelns auf eigene Gefahr. Das Vertragsverhältnis erfährt durch „das Handeln auf eigene Gefahr eine Modifikation“.<sup>1015</sup> Die besondere Struktur des Vertrags ergäbe in der Konstellation der Handlung auf eigene Gefahr eine verschuldensunabhängige Haftung des Handelnden. Im Falle der Untervermietung etwa insofern, dass der Mieter den Bestand zwar an einen Aftermieter weitervermieten dürfe, jedoch im Fall der Schadensverursachung an der Bestandsache durch den Aftermieter für den entstandenen Schaden haften müsse, allerdings unabhängig von persönlichem Verschulden (also insbesondere unabhängig von einer *culpa in eligendo et inspiciendo*). Die Vorteilerweiterung des Mieters durch die Untervermietung rechtfertigt in Verbindung mit der Vertragsstruktur des Mietvertrags die verschuldensunabhängige Haftung. Sie ist das Ergebnis einer Abwägung der Interessen von Mieter (welchem an einer Untermietung

---

<sup>1011</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

<sup>1012</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

<sup>1013</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

<sup>1014</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142. Siehe hierzu unten III. D) 4) b) ba) (220).

<sup>1015</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

mitunter gelegen sein wird) und Vermieter (welcher grundsätzlich einer Untermiete entgegensteht).<sup>1016</sup>

Jene Kategorie spielt in Ungers Einteilung jedoch eine untergeordnete Rolle.

### bb) Eigenständiges Fundament

Die zweite Form ist laut Unger von weit größerer Bedeutung. Bezieht sich die erste Gruppe noch auf das Obligationsverhältnis (Miete, Legat etc), so stellt die zweite Gruppe eine Rechtsform sui generis dar: „In den weitaus meisten Fällen des Handelns auf eigene Gefahr entspringt jedoch die Obligation auf Schadenersatz aus einem selbstständigen eigenen Fundament.“<sup>1017</sup> Welches Fundament meint Unger hierbei?

Er beginnt seine Erläuterung mit einer Untersuchung bezüglich der Existenz von Quasikontrakten und Quasidelikten im römischen Recht. Dieser Bereich hat die romanistische Wissenschaft seit geraumer Zeit beschäftigt und zu unterschiedlichen Ergebnissen und Interpretationen geführt.<sup>1018</sup>

Unger verweist hierbei auf Institutionen 3.13.2.<sup>1019</sup> Er geht davon aus, dass hierbei „der Entstehungsgrund für die Obligationen bezeichnet sein soll“<sup>1020</sup>. Die Quasikontrakte und Quasidelikte<sup>1021</sup> beschreiben in Ungers Ansicht Sachverhalte, welche Kontrakten und Delikten ähneln. Die Verwandtschaft besteht hierbei „nicht in den äußeren Elementen des

---

<sup>1016</sup> Vgl hierzu Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> 371 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 15 ff.

<sup>1017</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

<sup>1018</sup> Vgl hierzu allgemein Hochstein, Obligationes quasi ex delicto (1971) sowie Klausberger, Philipp: Quasidelikte (in Vorbereitung für Handbuch des römischen Privatrechts Klausberger, Philipp: Quasidelikte (in Vorbereitung für Handbuch des römischen Privatrechts (hrsg. von Babusiaux, Ulrike / Baldus, Christian / Ernst, Wolfgang / Meissel, Franz-Stefan / Platschek, Johannes / Rüfner, Thomas)), Manuskript 11 Seiten (2016) (idF Klausberger, Quasidelikte (2016)).

<sup>1019</sup> I 3.13.2. *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.* (Die weitere Einteilung ergibt vier Arten: Denn entweder beruhen die Schuldverhältnisse auf Vertrag oder Quasivertrag oder auf Delikt oder Quasidelikt. Als erstes wollen wir diejenigen, die auf Vertrag beruhen untersuchen. Von diesen gibt es ebenfalls vier Arten. Sie werden nämlich entweder durch Sachhingabe begründet oder durch Worte oder durch Schrift oder durch Konsens. Wir wollen sie einzeln untersuchen. (Übersetzung nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler I<sup>2</sup> (1997), 171)).

<sup>1020</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 143 f.

<sup>1021</sup> „Die Gruppe der Quasidelikte geht auf Gai. 2 cott. D. 44.7.1.pr. zurück, wo neben den *obligationes ex contractu* bzw *ex delicto* eine dritte Gruppe der *obligationes ex variis causarum figuris* eingeführt wird. In Gai. 3 cott. D. 44.7.5.4.-6. nennt der Jurist vier Fälle einer Haftung *quasi ex maleficio*, die neben den *obligationes quasi ex contractu* einen Unterfall der *obligationes ex variis causarum figuris* bilden. Der Begriff des Quasidelikts begegnet später in Titel fünf des vierten Buchs der Institutionen Justinians, der mit „*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*“ überschrieben ist.“ (Klausberger, Quasidelikte (2016), 1).

rechtserzeugenden Thatbestandes, sondern darin, daß während ein Verschulden wodurch die That erst zum Delikt wird, in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, ein solches unterstellt und fingiert wird.<sup>1022</sup>

Unger konstatiert somit, dass die Quasidelikte mit Fiktionen operieren: „...ein Verhalten ohne Schuld wird angesehen und behandelt wie wenn es ein Verhalten aus und mit Schuld wäre.“<sup>1023</sup>

In Ungers Augen drückt dieser Umstand „die Verwerflichkeit“<sup>1024</sup> dieser Kategorie aus. Anders als noch 1881<sup>1025</sup>, stellt Unger nun fest, dass im Gegensatz zum *Code civil* sowie *Codice civile* das ALR sowie das ABGB diese Kategorie „mit Recht“ nicht kennen.<sup>1026</sup> Er verwirft somit die Begründung, die verschuldensunabhängige Haftung aufgrund des Handelns auf eigene Gefahr beruhe auf einem quasideliktischen Fundament. Tatsächlich verortet Unger die Zuordnung der behandelten Fälle vielmehr im Bereich der „*obligationes ex lege*“<sup>1027</sup>, der gesetzlichen Schuldverhältnisse. „Das Recht knüpft an gewisse Thatumstände ohne Rücksicht auf subjektives Verschulden die Entstehung einer Ersatzverbindlichkeit. Diese Haftungen ohne Verschulden sind weder deliktischer noch quasideliktischer Natur.“<sup>1028</sup>

Joseph Unger stellt demnach die verschuldensunabhängige Haftung zu einem Gutteil in die Kategorie der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Die Haftung entspringt keinem fingierten Verschulden, wie es laut Unger im Bereich der Quasidelikte angenommen wird, um die deliktische Konsequenz bzw Rechtsfolge und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts zu rechtfertigen. Vielmehr zieht solch eine Haftung aufgrund des Handelns auf eigene Gefahr seine juristische Rechtfertigung direkt aus der gesetzlichen Anordnung, welche in diesem Bereich keinerlei Rücksicht auf das Verschulden nimmt. Die Verbindlichkeit aus dem Handeln auf eigene Gefahr resultiert *ex lege* und benötigt somit aufgrund der gesetzlichen

---

<sup>1022</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144.

<sup>1023</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144. Allgemein kann heute festgestellt werden, dass Quasidelikte keinen Nachweis des Verschuldens benötigten, sondern dieses unwiderleglich vermutet wurde, so etwa Klausberger: „Richtigerweise wird man als Gemeinsamkeit aller quasideliktischen Tatbestände feststellen, dass ein Verschulden des Beklagten im Einzelfall nicht nachgewiesen werden muss. Das Verschulden wird vielmehr unwiderleglich vermutet; insofern liegt in den Quasidelikten ein typisiertes Verschulden vor. Formulierungen wie *utique peccasse aliquid intellegitur* bei Gai. 3 cott. D. 44.7.5.4. oder *aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur* bei Gai. 3 cott. D. 44.7.5.6. zeigen das Bestreben nach einer dogmatischen Erfassung dieser Haftungstatbestände. Auch wenn durch diese Konstruktion eines typisierten Verschuldens keine rein objektive Haftung vorliegt, kommt es im Ergebnis solch einer objektiven Haftung doch gleich.“ (Klausberger, Quasidelikte (2016), 10).

<sup>1024</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144.

<sup>1025</sup> In seiner Publikation „Schadenersatz nach österreichischem Recht“ (1881) – siehe oben III. B) 4) (135 ff).

<sup>1026</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144 f.

<sup>1027</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144.

<sup>1028</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 144.

Anordnung kein Verschulden. Die verschuldensunabhängige Haftung ist bei Unger in ihrer Einordnung eine normative Festlegung, welche an einen bestimmten, unverschuldeten Sachverhalt eine Ersatzpflicht knüpft.

Dies stellt zur damaligen Zeit einen äußerst progressiven Ansatz der Rechtswissenschaft dar. Jene Negation bzw. der Verzicht auf Verschuldensfiktionen stellen einen wesentlichen Entwicklungsschritt in der Genese der Gefährdungshaftung moderner Prägung dar. Unger löst sich mittels dieses Entwurfs gänzlich vom seinerzeit nach wie vor dominierenden Verschuldensdogma und konzipiert ein System, welches richtungsweisend die folgende rechtliche Entwicklung im 20. Jahrhundert erahnen lässt, obgleich seine Konzeption aufgrund der zu allgemeinen Formulierung für die Praxis inapplikabel bleibt.

In Abrundung dieser neuen Grundeinstellung schlägt Unger in der Folge vor, die seinerzeit übliche Einteilung von Delikts- und Kontraktobligationen in „Geschäfts- und Schadensobligationen“ umzuwandeln.<sup>1029</sup>

Die „Schadensobligationen“ ihrerseits sollten wiederum in Obligationen aus unerlaubten Handlungen (*ex delicto*) sowie in (subjektiv) verschuldensunabhängige Tatsachen, an welche das Gesetz die Ersatzpflicht knüpft (*ex lege*), unterteilt werden.<sup>1030</sup> Die Fälle der *obligationes ex lege*, welche hinsichtlich ihrer Ersatzpflicht wie erwähnt von dem Verschulden unabhängig sind, würden demnach eine eigene Gruppe des Schadenersatzrechts bilden. Sie treten als eigene Form des Schadenersatzes auf und existieren gleichberechtigt und unabhängig von der Verschuldenshaftung.

### **c) Zusammenfassung**

Allgemein gesprochen kann demnach zweierlei zur grundsätzlichen Qualifikation der verschuldensunabhängigen Haftung nach dem Konzept Ungers festgehalten werden:

- i. Die Ersatzpflicht rechtfertigt sich ethisch aus dem Interesse, aufgrund dessen die Handlung erfolgt. Erfolgt die Handlung im eigenen Interesse, so erfolgt sie auch auf eigene Gefahr, dh. eigenes Risiko. Dies bedeutet, dass eine erfolgte Schädigung

---

<sup>1029</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 147.

<sup>1030</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 147.

aufgrund der Interessenlage (Handlung auf eigene Gefahr) vom objektiven Schädiger zu ersetzen ist, unabhängig vom subjektiven Tatbestand. Die Interessenslage selbst begründet hierbei die Ersatzpflicht, *culposes* Handeln ist nicht erforderlich. Im Gegenschluss hierzu läuft demnach die Handlung, welche aufgrund fremder Interessenslage erfolgt, auch auf die Gefahr des Fremden und verpflichtet denjenigen, zu dessen Interesse die Handlung erfolgt, zum verschuldensunabhängigen Schadenersatz.

- ii. Die dogmatische Fundierung erhält die verschuldensunabhängige Haftung nicht aus einer Fiktion des Verschuldens, sondern in erster Linie aus gesetzlicher Anordnung (welche der Interessenslage Folge leistet). Unger entfernt sich somit von älteren Versuchen, gefährdungshaftungsrechtliche Bereiche mit einem fingierten Verschulden systemkonform in das Verschuldensdogma einzugliedern.<sup>1031</sup> Er stellt die verschuldensunabhängige Haftung/Gefährdungshaftung auf ein eigenes, von der Verschuldenshaftung unabhängiges Fundament und definiert selbige als eine eigenständige Form des Schadenersatzrechts, welche parallel zur Verschuldenshaftung aufgrund gesetzlicher Anordnung existiert. Er opfert somit den lange Zeit von der Rechtswissenschaft energisch vertretenen Verschuldensgrundsatz bzw löst diesen in seiner dogmatischen Alleinherrschaft ab und stellt ihm einen verschuldensunabhängigen Mitregenten zur Seite.

Es ist auffallend, dass Unger in seinem Haftungssystem die Gefährdung an sich zwar im Anwendungsbereich der verschuldensunabhängigen Haftung diskutiert<sup>1032</sup>, in seiner dogmatischen Rechtfertigung jedoch hierauf nicht Bezug nimmt. Der primäre moralische Grund für die Notwendigkeit und Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung liegt bei Unger in der Interessenslage. Wer sich einer bestimmten Sache bzw eines bestimmten Vorgangs zu seinem Vorteil bedient, haftet hierbei aufgrund dieser Erweiterung seiner Möglichkeiten und der daraus resultierenden individuellen Begünstigung. Die Gefährlichkeit der Handlung spielt in der Einordnung und zusammenfassenden Begründung lediglich eine untergeordnete Rolle. Die „Handlung auf eigene Gefahr“ verweist nicht auf die Gefährlichkeit einer Handlung selbst, sondern auf das Risiko der Schadenstragung im

---

<sup>1031</sup> Vgl III. .A) (107 ff) sowie D) 1) a) (163 ff).

<sup>1032</sup> Vgl hierzu unten III. D) 1) b) (169 ff).

Schadensfall, unabhängig vom Verschulden des Handelnden. Gefahr meint hierbei die Gefahrtragung im Schadensfall – unabhängig davon, ob die konkrete Handlung gefährlich ist oder nicht. Im Unterschied zur modernen Jurisprudenz, welche die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung zumeist im Zusammenspiel Vorteil und Gefährlichkeit einer Tätigkeit verortet<sup>1033</sup>, nimmt Unger, zumindest in seiner dogmatischen Rechtfertigung, lediglich Bezug auf das Interesse und somit auf den Vorteil bzw die Vorzüge, welche das Unterfangen dem Handelnden bietet, um die verschuldensunabhängige Haftung auszulösen und zu begründen. De facto ereignen sich zwar viele Fälle im Konzept Ungers im Bereich von gefährlichen Handlungen, notwendige Voraussetzung für den verschuldensunabhängig zu leistenden Schadenersatz ist die objektive Gefährlichkeit jedoch nicht.

## **2) Abgrenzung gegenüber dem Zufall**

Wie bereits erwähnt, umfasst das verschuldensunabhängige Haftungsrecht Ungers ein breites Anwendungsgebiet. Hinsichtlich der multiplen Möglichkeiten, welche sich aus dem alleinigen Abstellen auf die Interessenslage ergeben, ist die Gefahr einer Vermischung mit dem zufälligen Schaden, casus, offensichtlich. Da Unger den Vorteil bzw das Interesse, ins Zentrum seiner Theorie stellt, fällt eine Unterscheidung zwischen casus und verschuldensunabhängiger Ersatzpflicht daher nicht immer einfach.

Die Trennung dieser Themengebiete ist jedoch von zentraler Bedeutung.

Im Bereich des Zufalls gilt der römisch-rechtliche Grundsatz „*casum sentit dominus*“. Der zufällige Schaden ist somit prinzipiell vom Geschädigten selbst zu tragen, da keinerlei Möglichkeit besteht den Schaden aufgrund eines Verschuldens oder aufgrund gesetzlicher Anordnung auf eine andere Person abzuwälzen. In der Konzeption Ungers demgegenüber ist

---

<sup>1033</sup> Vgl etwa Koziol/Apathy/Koch, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd 3: Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung, 3. Auflage (2014) (idF Koziol/Apathy/Koch, Österreichisches Haftpflichtrecht III<sup>3</sup> (2014), 7 f, Rz 1/2: „Die Gefährdungshaftung beruht im Gegensatz zur Verschuldenshaftung nicht auf dem Grundsatz der Verantwortlichkeit für ein eigenes Fehlverhalten. Maßgebend ist vielmehr einerseits der Gedanke, dass der Schaden jenem zuzurechnen ist, dessen Interessen die Quelle besonders hoher, aber erlaubter Gefährdung dient. Das entspricht der Überlegung, dass eher jener den Nachteil zu tragen hat, der auch den Nutzen zieht. Andererseits spielt der Gedanke eine Rolle, dass jemandem um so eher die Haftung auferlegt werden kann, wenn ihm die Einflussnahme und damit – soweit diese überhaupt erreichbar ist – die Beherrschung der Gefahr möglich ist.“

der Schaden jedoch verschuldensunabhängig in bestimmten Konstellationen von demjenigen zu begleichen, welcher zu seinem eigenen Vorteil gehandelt hat.

In vielen Fällen stellt die Abgrenzung keinerlei Problem dar. Ein im Zuge eines Gewitters entstandener Schaden ist eindeutig dem Zufall (*vis maior*) zurechenbar und somit ein grundsätzlicher Anwendungsfall von „*casum sentit dominus*“. Komplexer erscheint die Sachlage hingegen bei Vorliegen einer menschlichen Handlung, welche im Zuge der Schadensentstehung zwar mitgewirkt hat, ihn jedoch weder unmittelbar verursacht, geschweige denn verschuldet hat. Jene Fälle, in welchen menschliche Handlungen im Dunstkreis des Schadensfalls auftauchen und die Kausalitätsprüfung somit eine diffuse Mischung aus *vis maior* und humaner Einwirkung ergibt, stellen hinsichtlich der Einordnung stets gewisse Schwierigkeit dar. Unger umschreibt diese Fälle als „Geschehen auf eigene Gefahr“.<sup>1034</sup>

Als konkretes Beispiel für diese Gruppe nennt er den durch schuldunfähige bzw unzurechnungsfähige Personen (Wahnsinnige sowie Kinder) verursachten Schaden<sup>1035</sup>.

Allgemein stellt Unger fest, dass römischrechtlich die Haftung für den Wahnsinnigen sowie das Kind entfällt.<sup>1036</sup> Im Gegensatz hierzu konstatiert er im Rechtsvergleich von ALR, ABGB sowie nach Schweizer Recht die jeweils dort normierten Ausnahmeregelungen für die Haftung dieser Gruppe unzurechnungsfähiger Personen. Seine Ausführungen zu diesem Thema sind von besonderem Interesse, da er hierbei Bezug auf seine frühere Haltung zur verschuldensunabhängigen Haftung nimmt.

Im Fokus der österreichischen Rechtslage befindet sich erneut § 1310 ABGB:

*§ 1310. Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.*

<sup>1034</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 134.

<sup>1035</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 134 ff.

<sup>1036</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 134 mit einem Verweis auf D 9.2.5.2.

Es handelt sich um denselben Paragraphen, welchen Unger seinerzeit im System als „fremdartige Ruine“<sup>1037</sup> bezeichnete.

Etwa 30 Jahre später differenziert Unger jedoch in der Folge hinsichtlich der Einordnung und Wertung dieser Haftung deutlich, obgleich er sichtlich bemüht ist, seine einstige Meinung in einem positiven Licht darzustellen, wenn auch wenig überzeugend.<sup>1038</sup>

Er pflichtet der Rechtskonsequenz der Anordnung nunmehr ausdrücklich bei. Er verwirft zunächst den Rechtfertigungsansatz die Haftung in diesen Fällen als historisches Relikt beziehungsweise „Nachwirkung des altdeutschen Rechts“<sup>1039</sup> zu betrachten und negiert damit, dass es sich um eine singuläre, systemfremde Erscheinung handle. Die romanistische Rezeption des 19. Jahrhunderts, welche zur modernen Ausgestaltung des Rechts führte, würde eine derartige, überkommene altdeutsche Regulierung, welche eine undifferenzierte Erfolgshaftung normiert, angesichts der komplexeren Betrachtung schadensersatzrechtliche Thematik in der römischen Tradition verbieten. Hier wird erneut klar, dass Unger keine mittelalterlich anmutende schlichte und reine Erfolgshaftung verfolgt, welche die Begleitumstände außer Acht lässt. Auch eine Begründung des Ersatzes aufgrund einer Tat des Unzurechnungsfähigen mittels einer Humanitätspflicht bzw. Anstandspflicht lehnt Unger nunmehr, entgegen seiner früheren Ansicht<sup>1040</sup>, ab. Stattdessen fordert er, dass der Gesetzgeber „gerade in diesen Fällen die Humanitätspflicht zu einer Rechtspflicht“<sup>1041</sup> erheben solle.

Die Rechtfertigung dieser Rechtspflicht sieht Unger im wirtschaftlichen Verhältnis begründet: „Der wahre innere Rechtfertigungsgrund besteht nicht in einem subjektiven ethischen, sondern in einem objektiven sozialen Moment. Die ratio für die in Rede stehende Vertheilung der Schadenslast liegt in der Rücksicht auf das Verhältniß des beiderseitigen Vermögensstandes: demjenigen wird der beiderseits unverschuldete Schaden aufgebürdet, welcher ihn nach seiner Vermögenslage leichter tragen kann. Es kommt auf die ökonomische

---

<sup>1037</sup> Unger, System II (1868), 232 f. Vgl. hierzu III. B) 2) (130 ff).

<sup>1038</sup> Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 138.

<sup>1039</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 138. In der Folge verweist Unger hierbei auf die berühmte Formulierung des Sachsenspiegels „wer unwillig getan, muss willig zahlen“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 138).

<sup>1040</sup> Siehe oben III. B) 5) (143 ff).

<sup>1041</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 139.

Tragfähigkeit an: wie Bluntschli es treffend bezeichnet hat, handelt es sich hier um objektive Ausgleichung.<sup>1042</sup>

Die Ersatzpflicht des Unzurechnungsfähigen entspringt in dem Konzept Ungers demnach aus der sozialen Maxime „dem wirtschaftlich Schwächeren nach Kräften zu helfen“<sup>1043</sup>.

Es handelt sich damit um eine Haftung, welche laut Unger eigentlich dem Zufall zuzurechnen ist, jedoch aufgrund der Tatsache, dass die erfolgte Handlung nicht im Interesse einer bestimmten Person vorgenommen wurde, sondern seitens einer unzurechnungsfähigen Person dennoch zu einer Schadenersatzpflicht führt, um dem sozialen Anspruch der Rechtsordnung genüge zu leisten.

Es kommt in diesem Anwendungsbereich im Ergebnis zum selben Resultat – einer Schadenersatzpflicht ohne Schuld. Die innere Rechtfertigung speist sich hierbei jedoch nicht aus dem Vorteil bzw dem Eigeninteresse, aufgrund dessen die Handlung erfolgt war (wie im Bereich der „Handlung auf eigene Gefahr“), sondern manifestiert sich vielmehr in der unterschiedlichen ökonomischen Potenz von Schädiger und Geschädigtem. Die Ersatzpflicht folgt aus sozialen Überlegungen nach dem Motto „*richesse oblige*“<sup>1044</sup>, einem allgemeinen Grundsatz Ungers.

### **3) Handeln auf fremde Gefahr – verschuldensunabhängige Ersatzpflicht des Nichthandelnden**

Unger widmet der Haftung aus dem Handeln auf eigene Gefahr weit größere Aufmerksamkeit als dem Handeln auf fremde Gefahr. Seine hierzu 1894 erschienene Schrift „Handeln auf fremde Gefahr“ kann somit eher als ergänzende Schrift zu seiner 1891 erschienen und 1893 erweiterten Monographie, „Handeln auf eigene Gefahr“, betrachtet werden. An der Konzeption per se hat sich nichts geändert. So schreibt Unger: „Es ist auch auf dem Gebiete des Rechts ein geltendes Gebot der Ethik, daß jeder auf eigene Gefahr zu handeln hat und nachtheilige Folgen, welche aus seinem Unternehmen entstehen, nicht auf schuldlose Dritte

---

<sup>1042</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 140.

<sup>1043</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 140.

<sup>1044</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 140.

abwälzen darf.“<sup>1045</sup> In der Abhandlung bezüglich der verschuldensunabhängigen Haftung aufgrund des Handelns auf fremde Gefahr widmet sich Unger nunmehr den Fällen, „unter denen theils in Folge von Parteidispositionen, theils aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit der Schaden, der aus einem bestimmten Handeln entspringt, nicht von dem Handelnden, sondern von einem Anderen zu tragen ist, obgleich derselbe frei von Schuld ist.“<sup>1046</sup>

Es handelt sich demnach um die erneute Applikation seiner grundsätzlichen Auffassung verschuldensunabhängiger Haftung. Die Unterteilung erfolgt auch hierbei in zwei elementare Gruppen. Einerseits resultiere der Schadenersatzanspruch aus getroffenen „Parteidispositionen“, dh die verschuldensunabhängige Haftung finde ihre Rechtfertigung in vertraglicher Grundlage.<sup>1047</sup> Unger nennt hierbei den Garantievertrag<sup>1048</sup> sowie den Kreditauftrag<sup>1049</sup>, welcher ein „unselbständiges und eventuelles Garantieverprechen enthält“<sup>1050</sup>.

Andererseits entspringe die verschuldensunabhängige Haftung jedoch „aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit“<sup>1051</sup> aus einem eigenständigen legalen Fundament, wobei diese Fälle wiederum die weitaus bedeutendere Gruppe darstellen.<sup>1052</sup> Der Bogen wird hierbei erneut weit gespannt. Die Sehne streckt sich von der ursprünglich römischen *actio ad exhibendum*<sup>1053</sup>, der Verwahrung<sup>1054</sup>, dem Auftrag<sup>1055</sup>, der Gefahrtragung beim Distanzkauf<sup>1056</sup>, einer verspäteten oder verlorenen Anzeige/Annahme<sup>1057</sup> bis hin zum Scheckrecht<sup>1058</sup>. Im Rahmen einer Gesellschaft (*societas*) handle der Gesellschafter, sofern er für die Gesellschaft tätig ist, gar auf „gemeinschaftliche Gefahr“<sup>1059</sup>. So disparat alle diese

---

<sup>1045</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 191.

<sup>1046</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 191.

<sup>1047</sup> Siehe hierzu oben III. C) 1) b) ba) (152 ff).

<sup>1048</sup> Handeln auf fremde Gefahr (zitiert aus Scherl II) 191 ff.

<sup>1049</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 194 ff. Der „sogenannte Kreditauftrag“ ist laut Unger folgende Konstellation: „Es gibt Jemand den Auftrag, einem bestimmten Dritten auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung, aber auf seine (des Mandanten) Gefahr Kredit zu gewähren oder zu verlängern [...]. Wird der Auftrag ausgeführt, so entsteht in der Folge des mit dem Auftrag verbundenen Garantieverprechen ein der Bürgschaft ähnliches Verhältnis (sog. Mandatsbürgschaft): der Mandant haftet nunmehr wie ein Bürge“ (Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 194).

<sup>1050</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 194.

<sup>1051</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 191.

<sup>1052</sup> Siehe hierzu oben III.) C) 1) b) bb) (153 ff).

<sup>1053</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 197 ff.

<sup>1054</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 210 ff.

<sup>1055</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 217 ff.

<sup>1056</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 232 ff.

<sup>1057</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 236 ff.

<sup>1058</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 241 ff.

<sup>1059</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 227 ff.

Fälle anmuten, so unterschiedlich der Bereich und die Regelungsmaterie auch erscheinen – all diesen Sachverhalten ist laut Unger gemein, dass die Interessenslage eine verschuldensunabhängige Haftung gebiete, um der Billigkeit und Gerechtigkeit zu entsprechen. Das Gerechtigkeitsempfinden Ungers ist erneut von besonderer Wichtigkeit in seiner Argumentation. So entspricht es seinem Verständnis der Gerechtigkeit, dass beispielsweise der Mandatar<sup>1060</sup> sowie Depositar<sup>1061</sup> aufgrund des Gefälligkeitscharakters dieser Rechtsgeschäfte nicht für unverschuldete Schäden büßen sollen, welche sie in gewissenhafter Ausübung des „Gefälligkeitsdienstes“ erlitten haben. Sie handeln im Interesse des Mandanten sowie Deponenten. Somit handeln Mandatar und Depositar in fremdem Interesse und daher auch auf fremde Gefahr. Die Unentgeltlichkeit von Auftrag und Verwahrung verursacht ein Ungleichgewicht in der Vorteilsverteilung, welches mittels der verschuldensunabhängigen Haftung des Bevorteilten ausgeglichen werden soll. Klar ersichtlich ist hierbei Ungers generelles Streben nach einer gerechten Verteilung der Lasten, der Schutz des Schwächeren und seine am Erhalt von Rechtsfrieden und ausgleichender Gerechtigkeit fundierte Grundeinstellung hinsichtlich der Bedeutung und Aufgabe von Recht allgemein. Der faire Ausgleich von Interessen, die gerechte Verteilung von Lasten und Pflichten sind auch im „Handeln auf fremde Gefahr“ zentrales Bedürfnis und Ankerpunkt in Ungers Argumentation.

Die Unterteilung in Handlungen auf „fremde“ und „eigene“ Gefahr ist bei genauerer Untersuchung somit lediglich eine Betrachtung derselben Konstellation von unterschiedlichen Beobachtungspositionen. Betrachtet Unger beim „Handeln auf eigene Gefahr“ die Handlung aus Sicht des Akteurs, so sieht er sie im „Handeln auf fremde Gefahr“ aus der Perspektive des Nichthandelnden – der Grundgedanke bleibt jedoch derselbe. Es wäre somit wohl auch möglich die Fälle des „Handelns auf fremde Gefahr“ unter denen des „Handelns auf eigene Gefahr“ zu subsumieren. Der Depositar handelt auf fremde Gefahr, da das *depositum* im Interesse des Deponenten erfolgt. Der Deponent handelt demnach allerdings genauso auch auf eigene Gefahr, indem er eine Sache zur unentgeltlichen Verwahrung gibt, da er einen Vorteil hieraus zieht. Einziges Unterscheidungsmerkmal hierbei ist lediglich, dass der Deponent nicht „handelt“, dh nicht unmittelbar agiert bzw tätig wird, sollte es während des *depositums* zu einer vom Deponenten unverschuldeten Schädigung des Depositars kommen, welche von der verwahrten Sache ausgeht. Das Leitmotiv ist indessen, wie erwähnt, identisch.

---

<sup>1060</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 217 ff.

<sup>1061</sup> Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 210 ff.

## **D) Ausgewählte Anwendungsfälle: Eisenbahnrecht, Nachbarrecht, Gehilfenhaftung, Tierhalterhaftung und Ersatz für ungerechtfertigten Arrest**

Nachdem das schadenersatzrechtliche Regime der verschuldensunabhängigen Haftung in seinem theoretischen Rahmen erläutert wurde, soll nun anhand des Eisenbahnrechts, des Nachbarrechts, der Gehilfenhaftung sowie der Tierhalterhaftung die verschuldensunabhängige Haftung nach der Konzeption Ungers diskutiert werden. Jene Rechtsgebiete waren im Rahmen der Entstehung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert von besonderer Bedeutung. Die Palette der Anwendungen ist jedoch, wie bereits erwähnt, sowie aus dem theoretischen Konzept Ungers auch notwendigerweise folgend, eine weitaus breitere und behandelt auch untypische Fälle.<sup>1062</sup> Das Konzept findet in diversen Bereichen Anwendung, von den klassischen gefährdungsrechtlichen Fällen wie dem Eisenbahnverkehr bis hin zu Spezialfällen. Stellvertretend für die Spezialfälle wird hier die Entschädigung bzw der Ersatz für den ungerechtfertigten Arrest behandelt.<sup>1063</sup>

### **1) Eisenbahnrecht**

#### **a) Historischer Hintergrund**

Das Eisenbahnrecht stellt einen wesentlichen Vorreiter in der Ersatzfähigkeit unverschuldeter Schäden dar.<sup>1064</sup> Die Genese sowie Problematik der modernen maschinellen Beförderung benötigte die Entwicklung einer adäquaten rechtlichen Reaktion. Die Rechtswissenschaft zeigte sich lange Zeit uninteressiert an der Thematik.<sup>1065</sup> Die Rechtsprechung begibt sich

---

<sup>1062</sup> Vgl auch Jansen, Haftungsrecht (2003), 378 f.

<sup>1063</sup> Siehe unten III. D) 5) (229 ff).

<sup>1064</sup> Vgl allgemein etwa Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 61 ff.

<sup>1065</sup> Die Gesetzgebung zum Eisenbahnrecht, insbesondere das frühe preußische Gesetz, fand in der zeitgenössischen akademischen Welt zunächst nur ein geringes Echo (vgl Gadow, Olaf von: Die Zählung des Automobils durch die Gefährdungshaftung (2002) (idF Gadow, Zählung des Automobils (2002)), 105 und Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 62). Die Gefährdungshaftung im Eisenbahnbereich generierte sich

zwar notgedrungen bereits früh in das Spannungsfeld von Gefährdung und Schuld, von der verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht und dem nach wie vor beherrschenden Dogma des Verschuldens im Schadenersatzrecht. Allerdings wurde der Problematik auch von der Judikatur lange Zeit nicht adäquat bzw uneinheitlich begegnet wurde. Die Bandbreite gerichtlicher Entscheidungen reichte von der Verfechtung von Verschuldensfiktionen<sup>1066</sup> bis hin zu progressiven Urteilen.<sup>1067</sup> So war es insbesondere der Gesetzgebung vorbehalten, eine passende rechtliche Antwort auf die neuen Herausforderungen zu geben. Der Pionierakt gelang hierbei dem preußischen Gesetzgeber im Jahre 1838 mit dem Preußischen Eisenbahngesetz (PrEG)<sup>1068</sup>. Durch diese legislatorische Neuschaffung, obwohl noch „nicht Ausdruck eines konsequent durchdachten, neuen Haftungsprinzips“<sup>1069</sup>, gelang dem preußischen Gesetzgeber ein Meilenstein in der Entwicklung verschuldensunabhängiger

---

vielmehr aus dem Antrieb der Politik – „Wie im ganzen 19. Jahrhundert war auch hier wieder die gesetzgeberische Initiative der zurückbleibenden Lehre und Forschung stets ein gutes Stück voraus.“ (Esser, Gefährdungshaftung (1941), 49) – und der mitunter praktischen Anwendung innerhalb der Judikatur. Die Jurisprudenz hingegen verschloss sich in geradezu trotziger Weise jener neuen Tendenzen und Gesetzgebungsakte: „Allein diese Verkehrshaftung, ohne Zutun der Wissenschaft aus der eigenen sozialen Initiative von Staatsrat und Justizministerium entstanden, bildete für die gemeinrechtliche Schule auch weiterhin ein rechtliches Nichts, derart, dass selbst Spezialwerke die so lebenswichtigen Ausnahmen vom Verschuldensgrundsatz nur unter Absprechung jeder rechtlichen Daseinsberechtigung gleichsam entschuldigend zu erwähnen vermochten“ (Esser, Gefährdungshaftung (1941), 49). In Österreich erfolgte jedoch im unmittelbaren Anschluss an das Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1869 zumindest eine Diskussion über die Verschuldensfiktion und erste gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine Diskussion über den theoretischen Unterbau verschuldensunabhängiger Haftungen im Eisenbahnrecht.

<sup>1066</sup> Exemplarisch für das Bestreben mancher Gerichte das Verschuldensprinzip um jeden Preis, sei es mithilfe von Verschuldensfiktionen, zu erhalten, steht etwa die viel zitierte Entscheidung des OAG Münchens aus dem Jahr 1861, welches, in einem durch „Lokomotivfunkenflug“ entstandenen Schadensfall, urteilte, dass alleinig „der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven notwendig und unzertrennlich eine *culpose* Handlungsweise“ (Etwa in Loening, Edgar: Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen des Beamten (1879), 74, Fn 2) darstelle. Jene Entscheidung „klingt absurd und fand entsprechend Kritik.“ (Jansen, Haftungsrecht (2003), 1f) Es ist jedoch festzuhalten, dass wesentliche Kritiken jener Entscheidung erst mit deutlichem zeitlichen Abstand erfolgten, wie etwa die harsche Kritik Rümelins, welcher bezeugte, dass „man diese Entscheidung heute nur noch als Kuriosum“ (Rümelin, Max: Schadenersatz ohne Verschulden (1910), 23; vgl auch Ehrenzweig, Albert A.: Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht (1936) (idF Ehrenzweig, Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht (1936)), 41) betrachten könne. Die Kritiken entfalteten weiters keinen „signifikanten Einfluss auf die Dogmatik und Praxis des geltenden Deliktsrecht“ (Jansen, Haftungsrecht (2003), 2) und blieben somit „akademisch“ (Jansen, Haftungsrecht (2003), 2).

<sup>1067</sup> Als Beispiel kann hierfür die Entscheidung des OAG Lübeck ebenfalls 1861 genannt werden, welches konstatiert dass im Bereich des Eisenbahnrechts eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung des notwendigen Eigenverschuldens im deliktischen Schadenersatzrecht gemacht werden müsse (vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 65 ff). Die Eisenbahnunternehmung sei „wegen der Gefährlichkeit des Transportmittels“ zur höchsten Vorsicht und Sorgfalt verpflichtet und hafte aufgrund der Natur des Eisenbahnbetriebs für das Verschulden seiner Bediensteten unbedingt (vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 65 f). Allerdings kommt auch das OAG Lübeck nicht ohne Verschulden aus, sondern urteilt lediglich, dass es im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln zu einer Beweislastumkehr komme, dh dass der Schädiger/die Eisenbahnunternehmung beweisen muss, dass kein Verschulden vorliegt, welches somit vermutet wird (vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 66f).

<sup>1068</sup> Gesetz vom 3.9.1838 (Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten 1838, 35, 1947, 505 ff).

<sup>1069</sup> Gadow, Zählung des Automobils (2002), (2002), 105. Joseph Unger bezeichnete jenes Gesetz als einen „rühmlichen Vorgange“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 419; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 83). Das österr. Pendant vom 5.3.1869 bezeichnet Unger hingegen als „mislungen“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412, Fn 137; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85, Fn 9) – siehe dazu unten sogleich in III. D) 1) b) (169 ff).

Haftung, nämlich „die Installation einer Gefährdungshaftung nach modernen Verständnis für – zum Zeitpunkt seiner Einführung noch gar nicht überschaubare – Risiken einer gemeinnützigen, aber letztlich nicht vollständig beherrschbaren technischen Neuentwicklung.“<sup>1070</sup> Im Zentrum der Beobachtung steht:

*§ 25 PrEG. Der Gesetzgeber ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn, an den auf derselben beförderten Personen und Gütern, aber auch an anderen Personen und deren Sachen, entsteht und sie kann sie sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten, oder durch eine unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadenersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten.*

Die Normierung beinhaltet den zukunftsweisenden Akt einer vom Verschulden entkoppelten Haftung. „Vor allem statuiert sie eine direkte, von einem allfälligen Verschulden der Bahnunternehmung oder ihrer Leute völlig absehende Ersatzpflicht der Bahn, die lediglich an die Entstehung des Schadens bei der Beförderung auf der Bahn geknüpft ist.“<sup>1071</sup> Zwar beinhaltet das Gesetz noch diverse Schwächen, wie etwa die Wendung „bei der Beförderung auf der Bahn“, welche in der Literatur als „recht unglücklich“<sup>1072</sup> bezeichnet wurde, da dies Schwierigkeiten bei der Ersatzpflicht von Schäden ergab, welche zwar durch die Bahn jedoch nicht unmittelbar bei der Beförderung entstanden waren, dh an Gütern welche nicht befördert wurden, da eine enge Interpretation des Begriffs „Beförderung“ praktiziert wurde.<sup>1073</sup>

Überdies hinaus blieb dieser bemerkenswerte Akt der Legislative im Königreich Preußen zunächst ohne eine größere Wirkung für die Belegschaft des Eisenbahnbetriebs sowie die Ersatzpflicht der Schäden, weil die unbedingte Haftung des § 25 PrEG zunächst<sup>1074</sup> als dispositiv<sup>1075</sup> und somit durch vertragliche Vereinbarung im Rahmen der Privatautonomie abänderbare Norm verstanden wurde, was dessen Effektivität in wesentlichem Maße beeinträchtigte, da die verschuldensunabhängige Haftung regelmäßig vertraglich ausgeschlossen wurde.<sup>1076</sup>

---

<sup>1070</sup> Gadow, Zählung des Automobils (2002), 105.

<sup>1071</sup> Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetze (1933), 39.

<sup>1072</sup> Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetze (1933), 39.

<sup>1073</sup> Vgl Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetze (1933), 39 f.

<sup>1074</sup> Bis zum gesetzlich normierten Ausschluss im Jahre 1869 (vgl Jansen, Haftungsrecht (2003), 369 f).

<sup>1075</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 369.

<sup>1076</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 369 f.

Mit gehörigem zeitlichem Abstand zum preußischen Gesetz folgte die legislative Reaktion in Österreich, wobei das PrEG als Vorbild<sup>1077</sup> diente. Zunächst erfolgte die österreichische Eisenbahnbetriebsordnung vom 16.11.1851<sup>1078</sup>, welche erstmals die Eisenbahnunternehmung nicht nur für eigenes Verschulden sondern auch für das Verschulden ihrer Bediensteten unabhängig von einer *culpa in eligendo* haften ließ.<sup>1079</sup> Den Höhepunkt der eisenbahnrechtlichen Gesetzgebung Österreichs im 19. Jahrhundert bildete jedoch das „Gesetz vom 5.März 1869 betreffend die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Ereignungen auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen“<sup>1080</sup> (kurz Eisenbahnhaftpflichtgesetz – EHG) Den konkreten Anlass für die eisenbahnrechtliche Normierung in Österreich bildete ein Unfall der böhmischen Westbahn bei Horowitz im Jahr 1868<sup>1081</sup>, welcher „in der Öffentlichkeit große Erregung hervorrief und zu leidenschaftlichen Erörterungen Anlaß gab“<sup>1082</sup>.

Bis zum EHG bestand die Rechtslage in Österreich darin, dass die Bahn zwar für „Beschädigung des Frachtguts unbedingt haftet, sofern sie nicht beweist, dass dieselbe nicht etwa durch bloßen Zufall, sondern durch höhere Gewalt, natürliche Beschaffenheit des Gutes oder äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist“<sup>1083</sup>, jedoch im Bereich der „Verunglückung von Fahrgästen schon durch den Beweis des einfachen Zufalls von jeder Ersatzpflicht“<sup>1084</sup> befreit ist. Handelte es sich beim Schadensfall um „Nichtfahrgäste, insbesondere um das der Gefahr am meisten ausgesetzte Bahnpersonal und um zur Beförderung nicht übernommene Dritte, ist die Bahn nur in dem Falle zum Ersatz verpflichtet, wenn ihr von dem Beschädigten ein Verschulden bewiesen wird, welches den

---

<sup>1077</sup> Ogris, Rechtsentwicklung in Cisleithanien (1975), 600.

<sup>1078</sup> RGBI 1/1852.

<sup>1079</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 1. Vgl zu Gehilfenhaftung allgemein unten III. D) 4) (215 ff).

<sup>1080</sup> RGBI 27/1869- genau zu Entstehung jenes Gesetzes inklusive Motive siehe Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetz (1933), 39 ff.

<sup>1081</sup> Gaber, Österreichisches Eisenbahnrecht (1924), 149.

<sup>1082</sup> Schüller, Eisenbahnhaftpflichtgesetz (1933), 41.

<sup>1083</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 2 (vgl hierzu Rezeptenhaftung unten III. D) 4) a) (215 ff, insb. 218)).

<sup>1084</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 2.

Unfall verursachte.“<sup>1085</sup> Jener Beweis war jedoch „bei der Kompliziertheit des Bahnbetriebs und der raschen Verwischung der Spuren der technischen Ursachen des Unglücks in den meisten Fällen so unendlich schwierig, dass die Verunglückten in der Regel besser tun, wenn sie sich die Kosten eines wahrscheinlich erfolglosen Prozess gegen die reiche und gut vertretenen Bahn sparen und sich mit fatalistischer Resignation in ihr Unglück ergeben.“<sup>1086</sup>

Jene kritisierte Rechtslage änderte sich dank des erwähnten österreichischen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von 1869, welches in § 1 normierte:

*§ 1. Wenn durch eine Ereignung im Verkehre einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird, so wird stets vermuthet, daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Person eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso, wie ihr eigenen Verschulden durch Ersatzes nach Maßgabe der §§ 1325 bis §1327 des a.b.G.B. zu vertreten.*

Eindeutig ersichtlich ist die Verschuldensfiktion<sup>1087</sup>, welche dem Gesetz zugrunde liegt: „es wird stets vermutet, dass die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Personen eingetreten ist, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient.“ Jenes österreichische Gesetzeswerk gestaltet sich somit weit weniger fortschrittlich und im Verschuldensgrundsatz verwurzelt, da es im Gegensatz zum deutschen Reichshaftpflichtgesetz aus 1871, „dessen §1 für das gesamte Reich eine strikte Gefährdungshaftung für Personenschäden festlegte, die durch den Betrieb der Eisenbahn verursacht wurden“<sup>1088</sup>, mit Verschuldensvermutungen arbeitet und sich somit in der Folge aufgrund dieser dogmatischen Unfeinheit der Kritik der Lehre ausgesetzt sah.<sup>1089</sup>

---

<sup>1085</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 2

<sup>1086</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 2.

<sup>1087</sup> Obgleich insbesondere in der Rechtsprechung weit verbreitet (siehe oben 164, Fn 1066) wurde selbige heftig von Unger kritisiert (siehe bereits oben III. B) 4) (135 ff), allgemein auch in III. C) 1) b) bb) (153 ff) sowie unten sogleich III. D) 1) b) (169 ff)).

<sup>1088</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 369 f. Das Reichshaftpflichtgesetz 1871 normierte: *§1. Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebs-Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist.*

<sup>1089</sup> Neben Unger (siehe sogleich in III. D) 1) b) (169 ff)) etwa von Randa, Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder

Insbesondere im Herrenhaus entwickelte sich eine lebhafte Diskussion hierzu, in welcher Joseph Unger eine gewichtige Rolle spielte.<sup>1090</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt am Gesetz war die sich aus dem österreichischen Beweisrecht ergebende Schwierigkeit, den erlittenen Schaden zur Gänze ersetzt zu erhalten, da hinsichtlich der Festlegung der Ersatzhöhe das Gericht an die strenge Beweistheorie gebunden blieb, womit „auf den Zuspruch des vollen erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn in der Praxis nicht zu rechnen ist“.<sup>1091</sup> Vielmehr wurde verlangt, es solle die Höhe des Schadenersatzes in das richterliche Ermessen verlagert werden: „Will man eben nicht auf halben Weg stehen bleiben, will man dem Beschädigten den Schutz des Gesetz in vollem Maße angedeihen lassen, so bleibt nichts übrig, als die Feststellung der Höhe des Entschädigungssumme dem freien richterlichen Ermessen anheimzugeben.“<sup>1092</sup>

Dennoch beinhaltet das Gesetz auch progressive Elemente. Insbesondere wurden ein möglicher vertraglicher Ausschluss, im Gegensatz zum preußischen Gesetz aus 1838, oder eine vertragliche Beschränkung der gesetzlichen Ersatzpflicht der erlittenen Schäden in § 2 Abs 2<sup>1093</sup> gesetzlich unterbunden. Des Weiteren konnte eine Exkulpation der Eisenbahnunternehmung gem § 2 Abs 1<sup>1094</sup> nur geschehen, sofern die Unternehmung „beweist, dass die Ereignung durch einen unabwendbaren Zufall (höhere Gewalt- *vis major*) oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des Beschädigten verursacht wurde.“<sup>1095</sup>

---

Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl. in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 2. Juli. 1869, 1 f; Pfaff, Schadenersatz und Genugthuung (1880), 9, Fn 29.

<sup>1090</sup> Siehe hierzu III. B) 4) (135 ff).

<sup>1091</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 6. Juli 1869, 1.

<sup>1092</sup> Randa, Anton von: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tötungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl.“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 6. Juli 1869, 1 f.

<sup>1093</sup> § 2 Abs 2. *Eine von der Unternehmung in Vorhinein angekündigte oder mit ihr vereinbarte Ablehnung oder Einschränkung dieser Ersatzpflicht ist ohne rechtliche Wirkung.*

<sup>1094</sup> § 2 Abs 1. *Von dieser Ersatzleistung wird die Unternehmung nur dann und nur in dem Maße befreit, als sie beweist, daß die Ereignung durch einen unabwendbaren Zufall (höhere Gewalt – vis major) oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des beschädigten verursacht wurde.*

<sup>1095</sup> Die Exkulpation durch das Verschulden des Beschädigten war im 19. Jahrhundert der Normalfall (vgl auch Preußisches Eisenbahngesetz (1838) sowie das deutsche Reichshaftpflichtgesetz (1871)) – im modernen österreichischen Recht wird jedoch in § 9 EKHG und der darin normierten Haftungsbefreiung nicht mit dem Verschulden des Geschädigten argumentiert, sondern mit dem unabwendbaren Ereignissen welches trotz der Einhaltung aller Sorgfalt des Halters/Betriebsführers sowie technisch einwandfreiem Fahrzeug ohne der Verwirklichung einer außergewöhnlichen Betriebsgefahr zum Schadensfall führte. Das Ergebnis dürfte jedoch in weiten Teilen deckungsgleich sein, obgleich sich mitunter Unterschiede bei der Begründung der

Allgemein gesprochen erreichte das österreichische Eisenbahnrecht aufgrund der dogmatischen Unschärfen, insbesondere der Verschuldensfiktion, im 19. Jahrhundert noch nicht das Niveau, welches die deutsche Legislative insbesondere anhand des Reichshaftpflichtgesetzes aus 1871 entwickelt hatte, um den Anforderungen des modernisierten Transports zu entsprechen.

### **b) Ungers Position und Konzept in „Handeln auf eigene Gefahr“ (1891 /1893)**

Über 20 Jahre nach seinen beiden Reden zum Eisenbahngesetz im Herrenhaus<sup>1096</sup> widmete sich Unger in seinem Hauptwerk zur verschuldensunabhängigen Haftung, der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“<sup>1097</sup>, erneut dem Eisenbahnrecht. In den zwei Jahrzehnten, welche zeitlich zwischen den oben behandelten Reden und der Monographie liegen, hatte Unger seine Auffassung der verschuldensunabhängigen Haftung wesentlich modifiziert bzw. erst entwickelt. So kommt er nunmehr zu anderen Schlüssen als er dies noch im Jahre 1869 vor dem Herrenhaus vertreten hatte, obgleich er wiederholt auf seine einstigen Reden verweist.

Die Behandlung des Eisenbahnrechts in der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ zeigt deutlich die methodische Vielfalt Ungers. Sie ist einerseits geprägt durch Verweise auf die zeitgenössische Literatur, andererseits auch stark rechtsvergleichend ausgerichtet<sup>1098</sup>, sowie mit Einschüben aus dem Römischen Recht, etwa der Diskussion des Begriffs der *vis maior*<sup>1099</sup>, garniert. Insbesondere spannt sich vor dem Leser jenes Netz aus Interessensabwägung, Augenmaß, Praktikabilität und Gerechtigkeitsbewusstsein, welches charakteristisch für die Schriften Ungers und seinem Bedürfnis nach Rechtsfrieden generell ist.

---

Haftungsbefreiung ergeben – zur modernen Haftungsbefreiung nach § 9 EKHG siehe Koziol/Apathy/Koch, Österreichisches Haftpflichtrecht III<sup>3</sup> (2014), 101 ff, Rz 68 ff.

<sup>1096</sup> Siehe oben III. B) 4) (135 ff).

<sup>1097</sup> In ihr entwirft Unger zu einem großen Teil seine Konzeption von der Gefährdungs- bzw. verschuldensunabhängigen Haftung (siehe oben III. C) (148 ff)).

<sup>1098</sup> Neben dem Entwurf zum BGB auch bezugnehmend auf das preußische Eisenbahngesetz von 1838, das deutsche RHG 1871 oder lobend auf das schweizerische Haftpflichtgesetz aus 1875.

<sup>1099</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417 f, Fn 150; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 92, Fn 23.

Er nähert sich dem Thema anhand des deutschen Reichshaftpflichtgesetzes<sup>1100</sup>. Jenes Gesetz normiert in der Fassung von 1871 in § 1.:

*§ 1. Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebs-Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist.*

Unger konstatiert, dass diese strenge Haftung in ihrer Rechtfertigung dem öffentlichen Interesse geschuldet sei, da mit ihr „das Publikum (Passagiere, Passanten, Bahnpersonal)[...] vor den mit dem Bahnbetriebe verbundenen Gefahren geschützt werden“<sup>1101</sup> soll. Der Betrieb der Eisenbahn erfolgt hierbei aufgrund der Gefährlichkeit des Unterfangens „auf eigene Gefahr“ des Betreibers<sup>1102</sup>.

Die Haftpflicht des Betreibers ist gänzlich vom Verschulden seiner selbst bzw seiner Bediensteten entkoppelt, dh von einem Verschulden generell „ganz unabhängig gestellt.“<sup>1103</sup> Ihr wahrer Grund liegt, unterstützt durch die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs, in der Abwägung der Interessen von Eisenbahnunternehmer sowie dem Publikum. Der wesentliche Kern in der folgenden Diskussion des Rechtslage sowie der Haftungsnatur ist erneut Ungers klare Absage gegenüber jedweder „Präsumtion oder Fiktion der *Culpa*“<sup>1104</sup>.

Er erneuert seine Kritik an der Culpafiktion im österreichischen Eisenbahnpflichtgesetz aus 1869<sup>1105</sup>, welches er aufgrund dessen auch als „misslungen“<sup>1106</sup> bezeichnet.

Auffallend ist hierbei jedoch, dass Unger nunmehr, anders als noch in seinen Reden im Herrenhaus 1869, lediglich auf seine Kritik zur Culpafiktion verweist. Seine damalige Auffassung von der Haftung *ex contractu* aus dem Transportvertrag wird mit keinem Wort erwähnt und dient auch nicht mehr als Vehikel hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs. Es

---

<sup>1100</sup> Gesetz vom 7.6.1871 (Deutsches Reichsgesetzblatt 1871, Nr. 25, 652, 207 ff).

<sup>1101</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 411; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 84.

<sup>1102</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 411; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85: „Wer ein so gefährliches Unternehmen wie eine Eisenbahn betreibt, hat dies auf eigene Gefahr zu thun, nicht auf Gefahr Dritter.“

<sup>1103</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85 (mit einem Verweis auf D 9,3,1,4).

<sup>1104</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85.

<sup>1105</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85 f, Fn 9: „Daraus, daß das österr. Gesetz v. 5. März 1869 die Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers in das falsche Gewand einer Rechtsvermuthung des Verschuldens kleidet (wogegen Arndts und ich seinerzeit vergeblich angekämpft haben).“ – siehe hierzu oben III. B) 4) (135 ff).

<sup>1106</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412, Fn 137; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 85, Fn 9

handelt sich hierbei nicht mehr um eine modifizierte Rezeptenhaftung aus dem Transportvertrag bzw der Erstreckung von Art 395 HGB auf Personenschäden, wie Unger früher argumentierte.<sup>1107</sup> Die einzige mögliche Verbindung zur damals vertretenen Meinung findet sich in seinen allgemeinen Ausführungen zum Entstehungsgrund der Haftung aufgrund des Handelns auf eigene Gefahr, welche neben dem eigenen gesetzlichen Fundament, dh „*ex lege*“, auch „aus dem vorhandenen Obligationenverhältnis, welches durch das Handeln auf eigene Gefahr eine Modifikation erfährt“<sup>1108</sup>, entspringen könne.<sup>1109</sup> Er geht jedoch nicht darauf ein, in welchen Bereich die Eisenbahnhaftung einzuordnen wäre.

Für Unger ergibt sich die Haftung, wie erwähnt, nicht aus dem Verschulden, sei es real oder fingiert. Dies hat zur Konsequenz, dass die Haftung auch „durch Nachweis der Schuldlosigkeit nicht abgewendet werden kann.“<sup>1110</sup> Die Haftung ist unbedingt, losgelöst von der subjektiven Schuld.<sup>1111</sup>

Unger differenziert jedoch hinsichtlich der Art der Betriebsunfälle, welche die verschuldensunabhängige Haftung auslösen. Die Haftung ist somit zwar strikt, jedoch nicht ausnahmslos.<sup>1112</sup>

Er lässt den Unternehmer lediglich aufgrund „innerer Betriebsunfälle“<sup>1113</sup> haften. Zu diesem Spektrum zählen einerseits Unfälle, „welcher aus der mangelhaften Beschaffenheit der Betriebsanlage entstehen.“<sup>1114</sup> Darunter fallen Defekte bzw Fehler an den Gleisen, Tunnels, Brücken etc<sup>1115</sup>. Weiters greift die unbedingte Haftung des Eisenbahnbetreibers hinsichtlich eines Unfalls, welcher auf einen Defekt der Betriebsmittel zurückzuführen ist.<sup>1116</sup> Beispiele hierfür stellen Achsenbrüche am Waggon, Defekte am Dampfkessel etc dar.<sup>1117</sup> Die dritte Form eines inneren Betriebsunfalls stellt das „Verhalten“ der Bediensteten dar. Es ist

---

<sup>1107</sup> Siehe oben III. B) 4) (135 ff). Auch in der kurze Zeit darauf erschienen Abhandlung „Handeln auf fremde Gefahr“ diskutiert Unger im Rahmen des Garantievertrags zwar die Eisenbahnen, jedoch nicht im Sinne einer unbedingten Haftung hinsichtlich einer Beschädigung eines Passagiers, sondern im Rahmen der Tatsache, „daß der Staat einer Aktiengesellschaft, insbesondere einer Eisenbahngesellschaft ein bestimmtes Reinergebnis garantiert.“ Selbst diese Form des Garantievertrags hat jedoch „durch die voranschreitende Verstaatlichung der Eisenbahnen[...] ihre praktische Bedeutung fast gänzlich verloren.“ (Unger, Handeln auf fremde Gefahr (1894) in Scherl II, 193).

<sup>1108</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 142.

<sup>1109</sup> Siehe oben III. C) 1) b) (152 ff).

<sup>1110</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 86.

<sup>1111</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 86.

<sup>1112</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 412 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 86.

<sup>1113</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 413; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 87.

<sup>1114</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 414; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 87 f.

<sup>1115</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 414; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 88.

<sup>1116</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 414; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 88.

<sup>1117</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 414 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 88.

besonders auffallend, dass Unger hierbei die verschuldensunabhängige Haftung konsequent fortführt, indem er für die Haftung des Unternehmers lediglich auf das „Verhalten seiner Leute in Ausübung dienstlicher Funktion“<sup>1118</sup> abstellt. Ein Verschulden seitens der Bediensteten ist nicht erforderlich. Resultiert der Unfall aus einer unverschuldeten Tat des Bahnbediensteten<sup>1119</sup>, so haftet der Unternehmer dennoch für den Schaden. Unger rechtfertigt dies mit der Tatsache, dass „der Betriebsunfall durch Schuld des nicht gehörig funktionierenden Betriebes herbeigeführt“<sup>1120</sup> wurde. Auf den ersten Blick scheint hierbei ein Aufklackern des Verschuldensprinzips bzw eine Konzession an selbiges stattzufinden.

Diese Problematik löst sich jedoch mit der Untersuchung des verwendeten Begriffs von der „Schuld“ auf. Unger differenziert zwischen der objektiven und der subjektiven Schuld und definiert diese Unterscheidung bereits in seinem Aufsatz „Legislative Behandlung des wesentlichen Irrthums bei obligatorischen Verträgen“ wie folgt: „Im uneigentlichen (objektiven) Sinne bedeutet Schuld so viel wie Ursache, so z.B. sagt man, dass das schlechte Wetter, der weite Weg, eine Krankheit daran Schuld sei, dass usw. ‚Schuldtragen‘ wird häufig gleichbedeutend gebraucht für ‚Verantwortlichkeit‘. In diesem objektiven Sinne trägt allerdings der Irrende stets die Schuld an dem durch seinen Irrtum herbeigeführten Schaden, mag ihm gleich eine Schuld im subjektiven Sinne (Verschulden im technischen Sinne) nicht zur Last fallen.“<sup>1121</sup>

Die „Schuld des nicht gehörig funktionierenden Betriebes“ stellt somit eine Schuld im objektiven Sinne dar, welche mehr ein Verursachen als ein Verschulden umschreibt.<sup>1122</sup> Die, trotz alledem verwirrende, Wortwahl führt demnach nicht zur Preisgabe der verschuldensunabhängigen Haftung und stellt auch kein inhaltliches Zugeständnis (obgleich uU ein begriffliches) an den Verschuldensgrundsatz dar, sondern manifestiert vielmehr die strikte Trennung zwischen einem Verschulden und einem schuldlosen Handeln, welches einen Schaden verursacht hat. Der Ersatz gebührt im Fall der „inneren Betriebsunfälle“ somit rein aufgrund des „Erfolgs“ der Handlung, ohne ein Verschulden seitens der Eisenbahnunternehmung oder der ihr zurechenbaren Personen zu benötigen. Dies beinhaltet folgerichtig auch die Absage Ungers an Konzepte, welche die strenge Haftung mit der

---

<sup>1118</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 88.

<sup>1119</sup> Unger führt hier etwa plötzliche Sinnesverwirrung, plötzliche Farbenblindheit etc an (vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 89).

<sup>1120</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 89.

<sup>1121</sup> Unger, Behandlung des wesentlichen Irrthums (1888), 683 Fn 29.

<sup>1122</sup> Vgl hierzu auch etwa die Ausführungen dazu in Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 419 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 94 ff.

erhöhten Sorgfaltspflicht des Unternehmers rechtfertigen. Dass der Unternehmer „bei dem Betriebe mit der äußersten Vorsicht und größten Sorgfalt zu Werke gehen wird“<sup>1123</sup>, sei lediglich „eine wohltätige Folge“<sup>1124</sup>. Die „gesteigerte Diligenz ist jedoch nur eine Wirkung, nicht der Grund und die Grenze der gesteigerten Verantwortlichkeit“<sup>1125</sup>.

Im Gegensatz dazu sieht Unger diese erfolgsorientierte, verschuldensunabhängige Haftung bei Betriebsunfällen, welche aufgrund äußerer Einflüsse erfolgen und somit „äußere Betriebsunfälle“<sup>1126</sup> darstellen, als nicht anwendbar und negiert hierbei die unbedingte Ersatzpflicht der Eisenbahnunternehmung. Als Beispiele hierfür nennt Unger etwa Naturereignisse oder Handlungen Unbeteiligter (nicht dem Bahnbetrieb zurechenbare Personen).<sup>1127</sup> Die Negation der verschuldensunabhängigen Haftung für diese Fälle begründet Unger damit, dass diese Einflüsse nicht mit dem Bahnbetrieb „verbunden sind und aus demselben entspringen“.<sup>1128</sup> Die (objektive) „Schuld“, dh Verursachung, seitens der Bahn ist nicht gegeben und fällt somit aufgrund der mangelnden Kausalität nicht in die verschuldensunabhängige Haftung. Eine etwaige Ersatzpflicht gebührt hierbei lediglich mittels einer Verschuldenshaftung: „Der Unternehmer haftet daher für äußere Betriebsunfälle nur dann, wenn ihn oder seine Leute hierbei ein Verschulden trifft.“<sup>1129</sup> Er stellt sich mit dieser Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Betriebsunfällen gegen einen Teil der Lehre (namentlich erwähnt er etwa Menzel), welche aufgrund der Fassung des österr. Gesetzes mitsamt der formulierten Culpafiktion annimmt, dass das Eintreten der Haftpflicht von der Einhaltung der größtmöglichen Sorgfalt abhängt. Jene Auslegung hätte folgerichtig zur Konsequenz, dass die Eisenbahnunternehmung „die gesamte Bahnlinie entlang einer Mauer aufzuführen oder Wachposten aufzustellen“ habe, „um zu verhüten, daß Vieh über die Bahn läuft oder Selbstmörder sich auf die Schienen werfen.“<sup>1130</sup>

---

<sup>1123</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 89.

<sup>1124</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 89.

<sup>1125</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 415; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 89.

<sup>1126</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 416 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1127</sup> Weitere Beispiele in Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1128</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1129</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1130</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91 f, Fn 22. Jene Wendung offenbart einmal mehr, dass die Einschätzung der älteren Lehre bezüglich der Lebensferne der pandektistischen Schule einerseits sowie die Einstufung Ungers als reinen Pandektisten andererseits nicht haltbar ist. Wie hier klar erkennbar geht es Unger um den Abgleich mit der Realität. Er ist stets bemüht eine in der Praxis umsetzbare, vernünftige Lösung zu finden (vgl hierzu auch II. (93 ff)).

Des Weiteren fordert Unger jedoch rechtspolitisch „im Interesse des Publikums“<sup>1131</sup> die Verschuldenshaftung mit der Beweislastumkehr zu beschweren. Es sei somit nicht Aufgabe des aufgrund eines „äußeren Betriebsunfall“ Geschädigten ein Verschulden seitens der Bahn nachzuweisen, wie es die Regelungen der Verschuldenshaftung gem §§ 1293 ff ABGB gebieten, sondern Aufgabe des Eisenbahnbetreibers sich durch Erbringung des Entlastungsbeweises zu entschulden. Er muss beweisen, dass „er in dem gegebenen Fall alle durch die Umstände gebotene Sorgfalt eines ordentlichen Betriebsführers aufgewendet hat, um den Unfall zu verhüten.“<sup>1132</sup> Bei äußeren Betriebsunfällen greift die Haftung demnach nicht „für äußere *in concreto* unabwendbare Betriebsunfälle“.<sup>1133</sup>

Neben dem Haftungsausschluss bei unabwendbaren, „äußeren“ Betriebsunfällen nimmt Unger auch die Fälle aus, in welchen der Unfall „durch eigene Schuld des Getöteten oder Verletzten herbeigeführt“<sup>1134</sup> wurde. In diesem Kontext greift Unger wiederum auf seine erwähnte Unterteilung zwischen objektiver und subjektiver Schuld zurück. Er bezieht sich hierbei bei der „eigenen Schuld“ des Beschädigten auf die objektive Schuld, dh auf die Verursachung ohne ein Verschulden damit zu implizieren. Mit dieser Methode entfällt die Haftung der Eisenbahnunternehmung auch gegenüber Personen, welche aufgrund ihrer geistigen Verfassung keine Schuld - bzw Deliktsfähigkeit besitzen und somit verschuldensunfähig sind. Die Verursachung des Unfalls, die „objektive Schuld“, sieht Unger hierbei als ausreichend an, um die Eisenbahn von ihrer Ersatzpflicht zu befreien.<sup>1135</sup>

Schließlich vollendet Unger seine Ausführung mit der Kritik des gesetzlichen Lage<sup>1136</sup> und der Formulierung zweier rechtspolitischer Forderungen.

---

<sup>1131</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1132</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 91.

<sup>1133</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 92- Unger kritisiert hierbei, dass jene Formulierung des „unabwendbaren Betriebsunfalls“ im deutschen Reichshaftpflichtgesetz aus 1871 durch *vis maior* ersetzt wurde. Hierbei ergäben sich profunde Abgrenzungsschwierigkeiten sowie interpretative Ungenauigkeiten aufgrund der Bedeutung von *vis maior* (vgl hierzu ausführlich Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 417 f, Fn 150; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 92, Fn 23). Siehe auch generell zu Ungers Schwierigkeiten bezüglich des Begriffes der *vis maior* in seiner Rede zum Unfallversicherungsausdehnungsgesetz 1894 im Herrenhaus: Sten. Prot. des Herrenhauses-43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 538 f (hierzu sogleich auch III. D) Exkurs a) (177 ff).

<sup>1134</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 418 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 93f. Unger verweist hierbei auf den Pomponius: „*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*“ (D. 50.17.203) (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 419; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 93 f).

<sup>1135</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 419 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 94.

<sup>1136</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 94: „So anerkennenswert nun diese Spezialgesetzgebung über die strenge Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen ist, so ist sie dennoch unvollständig und ungenügend.“

Zum einen fordert er<sup>1137</sup> die Haftpflicht für Schäden an Leib und Leben auch auf Sachschäden zu erstrecken<sup>1138</sup>, „wenngleich es billig sein mag, in dieser Richtung eine Maximalgrenze der Ersatzpflicht festzusetzen, um den Unternehmern nicht eine allzu große und unbemessene Last aufzulegen“.<sup>1139</sup>

Zum anderen, aus der Perspektive der verschuldensunabhängigen Haftung weitaus brisanter, verlangt Unger die strikte Gefährdungshaftung auch auf andere Bereiche zu erstrecken, welche ein ähnliches Gefahrenpotential beinhalten wie der Bahnverkehr. Es ist dies auch eines der wenigen Male, dass Unger im Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung auf die Gefährdung Bezug nimmt, welche im Gegensatz zur Vorteilsenerweiterung durch die erfolgte Handlung jedoch in seiner Konzeption grundsätzlich keine Rolle spielt. Beispielhaft führt Unger hierbei etwa die Dampfschiffahrt<sup>1140</sup> sowie Fabriken, Steinbrüche und Bergwerke an.<sup>1141</sup> Unger verlangt somit eine Ausdehnung der Gefährdungshaftung, welche hinsichtlich der Eisenbahn erfolgt war, auf diverse andere gefährliche Bereiche, da er in der damals geltenden Rechtslage, trotz der sozialpolitischen Entwicklungen (Arbeitnehmerschutz, Unfallversicherungsrecht etc), die Schutzfunktion gegenüber den Gefahren dieser Unternehmungen als unzureichend ausgestaltet sieht.<sup>1142</sup> Allerdings geht Unger noch einen Schritt weiter indem er eine Inkorporation in die bürgerliche Kodifikation (in diesem Fall das geplante deutsche BGB) andenkt: „Ich muß es dahingestellt sein lassen, ob es nicht möglich wäre, bei der Revision des deutschen Entwurfes das für Eisenbahnunternehmungen geltende strenge Haftpflichtrecht aus der Sonderstellung, welche ihm der Entwurf des Einführungsgesetzes Art.24 [...] anweist, zu befreien und in entsprechender Ausdehnung auf bestimmte andere gemeingefährliche Gewerbebetriebe dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich einzuverleiben: wünschenswerth wäre es gewiß.“<sup>1143</sup> Die zweite Beratungskommission zum BGB hatte dies jedoch einerseits mit der Begründung abgelehnt, dass Spezialvorschriften zu einzelnen Gefahrenquellen (namentlich der

---

<sup>1137</sup> Unter anderem mit Verweis auf die diesbezüglich bestehende Regelung des schweizerischen Haftpflichtgesetzes (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420, Fn 153; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95, Fn 27).

<sup>1138</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 94 f.

<sup>1139</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95. Auch hierbei zeigt sich wiederum der klare Versuch einen „fairen“ Ausgleich zwischen den Interessen zu erwirken sowie eine für alle Seiten verträgliche und praktikable Lösung zu generieren.

<sup>1140</sup> Abermals mittels Verweis auf das schweizerische Haftpflichtgesetz (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420 Fn 154; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95, Fn 28).

<sup>1141</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95.

<sup>1142</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 421; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95 f (vgl hierzu sogleich III. D) Exkurs (177 ff)).

<sup>1143</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 421; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95 f.

Dampfkesselexplosion) aufgrund des „durchaus kasuistischen Charakters“ nicht im BGB geregelt werden sollten und weitergehender Spezialgesetzgebung zu überlassen sei<sup>1144</sup>, welche mitunter im Rahmen der Landesgesetzgebung stattfinden könne. Unger monierte hierbei: „Läge es aber nicht doch im Interesse der wünschenswerthen Rechtseinheit, diese Materie von Reichswegen zu regeln?“<sup>1145</sup>, da sonst eine Zersplitterung der gefährdungsrechtlichen Haftpflicht zu befürchten wäre.<sup>1146</sup>

Bekanntermaßen erfolgte jedoch keine Inkorporation der gefährdungsrechtlichen Haftungen im BGB, sondern eine Erstreckung der Sondergesetzgebung – in Deutschland sowie in Österreich<sup>1147</sup>.

Im Kontext der Spezialgesetzgebung sowie der von Unger geforderten Ausdehnung gefährdungsrechtlicher Haftungsmodelle auf andere Rechtsbereiche folgt nun ein kurzer Exkurs von Ungers Tätigkeit im Rahmen des Unfallversicherungsausdehnungsgesetzes aus 1894 sowie des Automobilhaftpflichtgesetzes aus 1908.

---

<sup>1144</sup> Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse) (1899) (idF Mugdan, BGB II (1899)), Protokolle 1152 f. „Man erwog: Der Antrag wolle im Anschlüsse an eine Bestimmung I des spanischen G B. die Haftung desjenigen, welcher eine Dampfmaschine halte, wegen der Explosionsgefahr erweitern derart, daß in Ansehung des Verschuldens die Beweislast umgekehrt werde; der Vorschlag entspreche insoweit den zu § 735 gefaßten Beschlüssen. Es lasse sich nicht verkennen, daß die dem Publikum aus der Explosion von Dampfmaschinen drohenden Gefahren in mancher Hinsicht ähnliche seien wie die mit dem Einsturze von Gebäuden zusammenhängenden Gefahren. Eine besonders schwere Belastung der Industrie sei von einer solchen Vorschrift kaum zu befürchten, da nur eine Umkehrung der Beweislast in Frage stehe. Indessen habe die Bestimmung einen durchaus kasuistischen Charakter und, da man für andere ähnliche Verhältnisse, z.B. für die aus dem Zusammensturze von Baugerüsten, aus elektrischen Anlagen, Wasserwerken und bergt drohenden Gefahren eine solche Bestimmung nicht getroffen habe, so würde ein Anlaß zu einer Spezialvorschrift nur gegeben sein, wenn ein besonderes Bedürfniß dafür spreche, gerade beim Betriebe von Dampfmaschinen und ähnlichen Maschinen Vorsorge wegen der diesen Maschinen eigenthümlichen Explosionsgefahr zu treffen. Ein solches besonderes Bedürfniß sei aber nicht zu erkennen. In fast allen in Betracht kommenden Fällen würden die gewerbepolizeilichen Vorschriften eine geeignete Grundlage für die Anwendung des § 704 bieten. Damit sei im Allgemeinen dem Bedürfnisse genügt; weitergehende Bestimmungen müsse man der Spezialgesetzgebung überlassen.“

<sup>1145</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 96.

<sup>1146</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 96.

<sup>1147</sup> Siehe hierzu auch unten IV. 2) a) (250 f).

## **Exkurs: Unfallversicherungsausdehnungsgesetz vom 20. Juli 1894 & Automobilhaftpflichtgesetz vom 9.8.1908**

Im Windschatten des für die verschuldensunabhängige Haftung so bedeutenden Eisenbahnrechts entwickelten sich weitere Formen im eisenbahnrechtlichen Umfeld, welche den gesteigerten sozialen Charakter des Rechts illustrieren. Ein wesentliches Beispiel hierfür ist das Versicherungsrecht. Weiters diente das Eisenbahnrecht auch als Vorbild für das Automobilrecht. Aufgrund der Ausformung dieser beiden Bereiche soll die hierbei erfolgte Aktivität Ungers kurz beleuchtet werden, da selbiger, wie erwähnt<sup>1148</sup>, die Erweiterung schadenersatzrechtlicher Errungenschaften des Eisenbahnrechts auf weitere wesensverwandte Bereiche einforderte.

### **a) Unfallversicherungsausdehnungsgesetz – Ungers Rede im Herrenhaus (1894)**

Die rechtswissenschaftliche Tätigkeit hinsichtlich einer veränderten Grundhaltung zum Schadenersatzrecht aufgrund des hiermit verbundenen gesteigerten sozialen Verantwortungsbewusstseins hatte sich, wie erwähnt, insbesondere in Österreich in den 1880er Jahren intensiviert.<sup>1149</sup> Parallel zur gesteigerten wissenschaftlichen Auseinandersetzung erfolgte auch eine erhöhte legislative Geschäftigkeit bezüglich der Problematik. Einen wesentlichen legislativen Akt stellte hierbei die Etablierung der Unfallversicherung dar. Bereits seit 1854 bestand im Rahmen des Berggesetzes<sup>1150</sup> eine Unfallversicherung im Bereich des Bergbaus. 1888 folgte das allgemeine Arbeiterunfallversicherungsgesetz<sup>1151</sup>, welches den unselbstständig Erwerbstätigen in besonders gefährlichen Betrieben<sup>1152</sup> im Falle eines Arbeitsunfalls versicherte. Von der allgemeinen Regelung ausgenommen waren jedoch Eisenbahnbedienstete. Diese Rechtslage änderte sich mit dem „Gesetz vom 20. Juli 1894 betreffend der Ausdehnung der

---

<sup>1148</sup> Siehe oben III. D) 1) b) (169 ff).

<sup>1149</sup> Siehe III. A) 2) b) (121 ff).

<sup>1150</sup> RGBI 146/1854.

<sup>1151</sup> RGBI 1/1888.

<sup>1152</sup> § 1 nennt Fabriken, Werften, Bergbau, Hüttenwerken, Stapeln und Brüchen sowie den hiermit verbundenen Anlagen.

Unfallversicherung<sup>1153</sup>, an dessen Verabschiedung Joseph Unger mit einer Rede im Herrenhaus beteiligt war. Jenes Gesetz normierte für die in Artikel I<sup>1154</sup> genannten Unternehmungen, insbesondere gemäß Ziffer 1 die Eisenbahnunternehmungen, die nunmehrige Unfallversicherungspflicht.

Im Bereich der Eisenbahnen sollte hierbei im Schadensfall für die Bediensteten das oben ausführlich besprochene Haftpflichtgesetz aus 1869<sup>1155</sup> abgelöst werden<sup>1156</sup>, was im Gesetzgebungsprozess bei einer großen Zahl von Bahnbediensteten<sup>1157</sup> zu der Befürchtung führte, dass hiermit eine Einschränkung ihrer Ansprüche im Schadensfall verbunden wäre. Es wurden hierbei zwei Petitionen (eine vom „Unterstützungsverein der Locomotivführer“ sowie eine vom „Conducteursunterstützungs- und Rechtsschutzvereins der österreichisch-ungarischen Eisenbahnen“ an das Herrenhaus gerichtet.<sup>1158</sup> Darüber entspann sich in der Folge im Herrenhaus eine rege Debatte<sup>1159</sup> unter wesentlicher Beteiligung Joseph Ungers. Im Rahmen dieser Tagung zeigte sich deutlich die veränderte Auffassung hinsichtlich des Schadenersatzrechts allgemein, welche sich in der Spätzeit des 19. Jahrhunderts in Österreich entwickelt hatte.<sup>1160</sup>

---

<sup>1153</sup> RGBI 168/1894.

<sup>1154</sup> Artikel I. Die nachstehend bezeichneten Unternehmungen werde, insoweit dieselben nicht bereits in Gemäßheit des Gesetzes vom 28. December 1887 (R.G.Bl. Nr.1 ex 1888), betreffend die Unfallversicherung der Arbeiter, versicherungspflichtig sind, der Versicherungspflicht nach Maßgabe der Bestimmung des berufenen Gesetzes unterworfen: 1. Die gesammten Betriebe der Eisenbahnen gleichviel mit welcher motorischen Kraft sie betrieben werden. 2. Die Betriebe aller sonstigen Unternehmungen, welche sich gewerbsmäßig mit dem Transporte von Personen oder Sachen zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern befassen, unbeschadet der Ausnahmen, welche im § 2 des berufenen Gesetzes bezüglich der den Seegesetzen unterliegenden Schifffahrtbetriebe festgesetzt sind. 3. Die Baggereien. 4. Die Unternehmungen welche gewerbsmäßig mit der Reinigung von Straßen und Gebäuden (Fenstern, Dächern u.d.gl.) befassen. 5. Die gewerbsmäßig betriebenen Warenlagerunternehmungen, einschließlich der Lagerhäuser und der Betriebe von Holz- und Kohlelagern im großen. 6. Die Unternehmungen von ständigen Theatern, auch wenn dieselben nicht das ganze Jahr hindurch betrieben werden, bezüglich aller in denselben beschäftigten Arbeitern und Betriebsbeamten, sowie der darstellenden Personen. 7. Die Berufsfeuerwehren. 8. Die Gewerbsbetriebe der Canalräumer. 9. Die Gewerbsbetriebe der Rauchfangkehrer. 10. Die Gewerbsbetriebe der Steinmetze, Brunnenmacher und Eisenconstructeurs, hinsichtlich aller jener Betriebskategorien, welche in die Versicherungspflicht noch nicht einbezogen sind.

<sup>1155</sup> RGBI 27/1869. Siehe auch III .D) 1) (163 ff).

<sup>1156</sup> Artikel VII, RGBI 168/1894.

<sup>1157</sup> „Nahezu 10.000“ Eisenbahnbedienstete gaben hierzu zwei Petitionen ab (Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses—43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 533).

<sup>1158</sup> Menzel, Adolf: „Die Unfallversicherung der Eisenbahnbediensteten und das Haftpflichtgesetz“ in Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 2.2.1895, 2.

<sup>1159</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses—43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 528ff, insbesondere ab 533ff; zu den schlussendlich tatsächlich beschlossenen Gesetz und vorgenommenen Änderungen (Unfallversicherungspflicht, formelle Außerkraftsetzung des Haftpflichtgesetzes für die Eisenbahnbediensteten jedoch unter Erhöhung der Entschädigungsbeträge) siehe Menzel, Adolf: „Die Unfallversicherung der Eisenbahnbediensteten und das Haftpflichtgesetz“ in Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 2.2.1895 1 ff und 9.2.1895, 1 ff.

<sup>1160</sup> Siehe hierzu III. A) 2) b) (121 ff).

Der damalige Präsident des Oberlandesgericht Wien<sup>1161</sup>, Karl Graf Chorinsky, forderte in seiner Rede am 4.5.1894<sup>1162</sup>, dass die Bestimmungen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes aus 1869 für Eisenbahnbedienstete im Schadensfall in Kraft bleiben sollten, da dieses den Ersatzansprüchen der Bediensteten weit dienlicher und vorteilhafter sei als die neuen Regelungen der Unfallversicherung. Er untermauerte seine Argumentation unter anderem mit dem Hinweis, dass sich die Spruchpraxis der österreichischen Judikatur geändert habe bzw diese nun in der Gewährung von Schadenersatzansprüchen generell sowie aufgrund des Haftpflichtgesetzes 1869 im speziellen weit großzügiger sei als zuvor.<sup>1163</sup>

Joseph Unger replizierte in der Folge *ad hoc* – „ganz gegen meine Absicht“<sup>1164</sup> – auf die Forderungen von Chorinsky, indem er dessen Vorschläge ablehnte. In der Rede, welche in direkter zeitlicher Nähe zum Erscheinungsdatum seines Hauptwerks zur verschuldensunabhängigen Haftung, „Handeln auf eigene Gefahr“<sup>1165</sup>, erfolgte, entfaltet sich ein klares Bild seiner Haltung zur Gefährdungshaftung im Eisenbahnbereich.

Zunächst thematisiert Unger erneut das Haftpflichtgesetz aus 1869, welches „zunächst in der Tat eine sehr wohlthätige Änderung des Rechtszustandes“<sup>1166</sup> bewirkt habe. Denn es habe „nicht bloß, wie man häufig annimmt und wie heute sogar aus der Rede Sr. Exzellenz des Herren Grafen Chorinsky herausgeklungen hat, die Beweislast geändert – dieser prozessuale Vorteil wäre nicht sehr bedeutend gewesen – sondern es hat in seiner freilich unglücklichen Fassung [...]“<sup>1167</sup> den materiell rechtlichen Grundsatz ausgesprochen, dass die Eisenbahnen auch ohne Verschulden haften, einen Grundsatz, der ein wichtiger Fortschritt über das bürgerliche Gesetzbuch hinaus gewesen ist, welches in den meisten Fällen nur eine Haftung aus Verschulden kennt.<sup>1168</sup>

Unger bezieht somit erneut Stellung zur verschuldensunabhängigen Haftung, welche er als einen „wichtigen Fortschritt“ bezeichnet.

In der Folge charakterisiert Unger kurz die Problematiken bezüglich des Haftungsausschlusses gem dem Haftpflichtgesetz von 1869. Jener wird gewährt, sofern der

---

<sup>1161</sup> Kurz darauf wurde Chorinsky auch Mitglied des Reichsgerichts: Sten. Prot. des Herrenhauses–44. Sitzung der XI. Session am 8.5.1894, 549 sowie Neschwara, Reichsgericht (2006), 337.

<sup>1162</sup> Chorinsky, Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 533 ff.

<sup>1163</sup> Siehe hierzu auch III. A) 2) b) (121 ff).

<sup>1164</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 536.

<sup>1165</sup> 1891 bzw 1893 vermehrte und verbesserte Auflage.

<sup>1166</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 537.

<sup>1167</sup> Unger verweist hier erneut auf seine und Arndts Kritik von 1869 – siehe III. B) 4) (135 ff).

<sup>1168</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 537.

Schadensfall durch *vis maior*, Verschulden eines Dritten oder eigenes Verschulden verursacht wurde<sup>1169</sup>. Unger skizziert hierbei die Schwierigkeiten hinsichtlich der Definition<sup>1170</sup> dieser drei Haftungsausschlussgründe und die daraus resultierenden Unsicherheiten im Schadensfall. Anschließend thematisiert er die unterschiedliche Regelungsmaterie von Haftpflicht und Unfallversicherung: „Das Haftpflichtgesetz schützt die Unfälle [...] objektiver Natur, die durch den Betrieb herbeigeführt werden, also kurz gesagt, die durch den Betrieb der Bahn verursachten Unfälle; die Unfallversicherung dagegen schützt den subjektiven Unfall, das heißt sie schützt die Verunglückung der Person im Dienste. Wenn ich so sagen darf, es ist vielleicht mundgerechter: das Haftpflichtgesetz schützt gegen den Zufall, der die Bahn trifft, die Unfallversicherung dagegen schützt nebstdem und insbesondere gegen den Zufall, der sich in der Person ereignet.“<sup>1171</sup> In der Folge resümiert Unger, dass sich durch die Unfallversicherung die Lage der Eisenbahnarbeiter verbessern würde, da ihnen im Falle eines Betriebsunfalls klar strukturierte Ansprüche zukommen, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Zuerkennung von Schmerzensgeld nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz unabhängig von den Unsicherheiten eines Prozesses<sup>1172</sup> existieren: „An die Stelle dieses problematischen Prozesses also, mit einem problematischen Ausgange, von Zufälligkeiten aller Art abhängig, tritt jetzt eine feste, sichere, gewisse, von Laune, Willkür, Gunst unabhängige Entschädigung.“<sup>1173</sup> Auch die Hinterbliebenen würden durch die Unfallversicherung profitieren.<sup>1174</sup>

Neben seinem Plädoyer für die Unfallversicherung lässt sich aus der Rede insbesondere seine Befürwortung der verschuldensunabhängigen Haftung ablesen. Er befürwortet mit klaren Worten ein verschuldensunabhängiges Haftungsmodell, obgleich er argumentiert, dass in

---

<sup>1169</sup> Vgl § 2 EHG 1869. *Von dieser Ersatzleistung wird die Unternehmung nur dann und nur in dem Maße befreit, als sie beweist, daß die Ereignung durch einen unabwendbaren Zufall (höhere Gewalt – vis major) oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des beschädigten verursacht wurde.*

*Eine von der Unternehmung in Vorhinein angekündigte oder mit ihr vereinbarte Ablehnung oder Einschränkung dieser Ersatzpflicht ist ohne rechtliche Wirkung.*

<sup>1170</sup> Etwa: „Nun kann Ihnen kein österreichischer und kein deutscher Jurist mit Sicherheit sagen, was denn höhere Gewalt ist. So viele Schriftsteller, so viele verschiedene Ansichten.“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 538).

<sup>1171</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 539.

<sup>1172</sup> An jener Stelle wiederholt Unger sein Diktum: „...wer in Österreich einen Schaden erleide, erleidet einen dreifachen Schaden: erstens dadurch, dass er den materiellen Schaden erlitten hat; zweitens durch das bürgerliche Gesetzbuch, welches den Umfang des Anspruchs des Ersatzanspruches von dem Grade des Verschuldens abhängig macht; drittens durch die Gerichtsordnung mit ihrem schriftlichen Verfahren und ihren formalistischen Beweisregeln.“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 539).

<sup>1173</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 539.

<sup>1174</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 540 f.

diesem Bereich die Unfallversicherung die bessere Alternative hinsichtlich der Absicherung für die Bediensteten darstelle.

Grundsätzlich ist die Rede ein Ausdruck der veränderten Grundhaltung gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als sozialpolitische Aspekte gegenüber den ehemals so dominierenden Dogmen des Liberalismus hinsichtlich einer reinen Verschuldenshaftung im Schadenersatzrecht zusehends an Terrain gewinnen.

### **b) Automobilhaftpflichtgesetz – Ungers Rede im Herrenhaus (1907)**

Ungers Konzeption bezüglich einer verschuldensunabhängigen Haftung, welche primär dem „Handeln auf eigene Gefahr“ entspringt, kommt in der gegen Ende seines Lebens im Herrenhaus zum Gesetzesentwurf für das am 9.8.1908 beschlossene „Gesetz über die Haftung für Schäden aus dem Betriebe von Kraftfahrzeugen“<sup>1175</sup> gehaltenen Rede exemplarisch zum Ausdruck. Nachdem die Entstehung des Eisenbahntransports im 19. Jahrhundert in ganz wesentlichem Maße die Entwicklung verschuldensunabhängiger Haftungskonzepte beeinflusst hat, bildete die Erfindung und zunehmende Verbreitung des Automobils den Anlass für einen weiteren Schritt in der Ausgestaltung der Gefährdungshaftung moderner Prägung. Jene Entwicklung nahm jedoch erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts, und damit nach dem Tod Joseph Ungers, mit dem Siegeszug des Automobils konkretere Gestalt an.<sup>1176</sup> Joseph Unger stand somit am Anfang der revolutionären Entwicklungen im motorisierten Individualtransport.<sup>1177</sup>

Nichtsdestotrotz zeigt sich in einer seiner letzten im Herrenhaus gehaltenen Reden<sup>1178</sup> Ungers, nach einem von ihm eingebrachten dringlichen Antrag, seine Auffassung einer verschuldensunabhängigen Haftung, indem er das Gesetz, welche eine solche normiert, als „ganz ausgezeichnet gelungenes Gesetz“<sup>1179</sup> bezeichnet. Unger übernahm in der folgenden

---

<sup>1175</sup> RGBI 162/1908.

<sup>1176</sup> In Österreich wurde 1938 die reichsdeutsche Regelung eingeführt; 1959 das EKHG, welches Eisenbahn- und Automobilunfälle einer einheitlichen Regelung unterwarf.

<sup>1177</sup> Zu den Anfängen der Gefährdungshaftung im Automobilverkehr siehe Gadow, Die Zähmung des Automobils durch die Gefährdungshaftung (2002).

<sup>1178</sup> Am 29. Jänner 1907.

<sup>1179</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1630.

Session des Herrenhauses auch den Vorsitz in der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung des Automobilgesetzes.<sup>1180</sup>

Das „Gesetz vom 9. August 1908 über die Haftung für Schäden aus dem Betriebe von Kraftfahrzeugen“ schloss die Lücke im Bereich des Schadenersatzrechts für Automobile, da das Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1869 nicht auf den Automobilverkehr anwendbar war und somit in diesem Bereich nach wie vor die gewöhnliche Verschuldenshaftung nach §§ 1295 ff ABGB galt.<sup>1181</sup> Diese Situation wurde als unbefriedigend empfunden.<sup>1182</sup> Das Gesetz wurde bereits 1907 im Abgeordnetenhaus beschlossen und anschließend im Herrenhaus „einigen Änderungen unterworfen, die vor allem den Nachweis des Haftungsbefreiungstatbestandes betrafen.“<sup>1183</sup> In seiner verabschiedeten Form normierte es in § 1<sup>1184</sup> eine vom Verschulden losgelöste Haftung, ähnlich dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz, jedoch ohne dessen viel kritisierte Verschuldensvermutung.

Die von Ungers Vorredner geäußerte Kritik<sup>1185</sup> an der im Gesetz normierten Schadenersatzpflicht kontert Unger mit folgenden Worten, welche seine Entwicklung bezüglich einer verschuldensunabhängigen Haftung geradezu lehrbuchartig zusammenfassen:

„Das moderne Schadenersatzprinzip geht nämlich davon aus, dass nicht nur in den Fällen des Verschuldens Ersatz geleistet werden muss, sondern dass es auch eine

---

<sup>1180</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–XVIII. Session, Anhang 3, Index 80.

Beachte auch die Wendung in § 1 Abs 2: „*War zurzeit des schädigenden Ereignisses das Kraftfahrzeug jemandem zum Betriebe für eigene Rechnung und Gefahr überlassen (Betriebsunternehmer), so haftet dieser an Stelle des Eigentümer*“ Hier ist der Einfluss Ungers kaum zu negieren.

<sup>1181</sup> Vgl Gadow, Zählung des Automobils (2002), 130.

<sup>1182</sup> Vgl etwa Anton von Randa, Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte insbesondere aus Eisenbahn- und Automobilunfällen mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebung. 3. Auflage (1913) 157 f.

<sup>1183</sup> Gadow, Zählung des Automobils (2002), 130.

<sup>1184</sup> § 1. *Wird durch den Betrieb eines durch elementare Kraft auf öffentliche Straßen und Wegen nicht auf Schienen bewegten Straßenfahrzeuges (Kraftfahrzeuges) jemand verletzt oder getötet oder aber Schaden an Sachen verursacht, so haften der Lenker und der Eigentümer oder jeder Miteigentümer für den Ersatz der verursachten Schadens, und zwar bei Sachschäden für Schadloshaltung nach § 1323 a.b.G.B., bei Körperverletzung nach den §§ 1325 und 1326 a.b.G.B., bei Tötung nach § 1327 a.b. G.B. Von der Haftung als Lenker sind befreit Militärpersonen, wenn sie das Kraftfahrzeug in Ausübung ihres Dienstes geführt haben.*

*War zurzeit des schädigenden Ereignisses das Kraftfahrzeug jemandem zum Betriebe für eigene Rechnung und Gefahr überlassen (Betriebsunternehmer), so haftet dieser an Stelle des Eigentümer*

*War das Kraftfahrzeug zurzeit des schädigenden Ereignisses zufolge rechtswidrigen Vorganges der Verfügung des Eigentümers oder Betriebsunternehmers entzogen, so haftet an seiner Stelle jener, der diese Verfügung ausübt.*

*Wer auf Grund einer vorstehenden Bestimmung die Haftpflicht ablehnt, hat die Tatsachen zu beweisen, auf die sich seine Befreiung gründet.*

Mehrere Ersatzpflichtige haften zur ungeteilten Hand.

<sup>1185</sup> Etwa von Graf Rudolf Czernin, welcher in den Bestimmungen des ABGB sowie der Spruchpraxis der Gerichte genügend Schutz vor Schäden durch den Automobilverkehr sah (Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1629).

zahlreiche Anzahl von Fällen gibt, in denen ohne jegliches Verschulden der entstandene Schaden ersetzt werden muss. Diese Fälle lassen sich alle auf ein Prinzip zurückführen, auf das Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr.“<sup>1186</sup>

Er führt weiter aus:

„Wer gewisse Betriebe unternimmt, die gefährlich sind, muss die mit diesem Unternehmen verbundene Gefahr auch tragen. Denn das ist doch entschieden billiger, dass er, der den Vorteil von dem Unternehmen hat, auch dessen Nachteile trägt, als dass das unschuldige Publikum, welches durch dieses Unternehmen beschädigt worden ist, den Schaden trägt. Das ist ein Grundsatz der ja in gewisser Beziehung auch schon im römischen Recht ausgesprochen wird, allerdings in sehr partieller Weise, mit den Worten *cuius est commodum, eius est incommodum*, und im deutschen Rechte wird derselbe Grundsatz ebenso anerkannt in dem Rechtssprichworte: Wer den guten Tropfen genießt, der muss sich auch den bösen Tropfen gefallen lassen.“<sup>1187</sup>

Die Rede ist in typischer Manier Ungers gehalten. Seine blumige und humorvolle Sprache führten, wie in dem Protokoll ausdrücklich vermerkt, zu „Heiterkeit“<sup>1188</sup> bzw gar „lebhafter Heiterkeit“<sup>1189</sup> unter den Abgeordneten des Herrenhauses. Unger erläutert die unbedingte Haftung etwa mit den Worten:

„Wenn es nun immerhin vielleicht begreiflich ist, vielleicht auch nichts dagegen gesagt werden kann, dass einzelne Automobilisten den Sport so weit treiben, dass sie, vom Geschwindigkeitsrausch erfasst, in rasendem Tempo dahinjagen, Leib und Leben riskieren und sich schließlich die Glieder brechen, so ist es doch gewiss auch billig, dass, wenn anderen Personen bei dieser Gelegenheit die Glieder gebrochen werden, diese eine gewisse Entschädigung bekommen müssen und diese Entschädigung ist es eben, die in dem vorliegenden Gesetze normiert werden soll.“<sup>1190</sup>

Unger kritisiert hierbei auch, dass man nach dem ABGB prinzipiell nur aufgrund von Verschulden haftet, „denn so findet der Verletzte nur sehr schwer sein Recht.“<sup>1191</sup>

---

<sup>1186</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907 , 1630.

<sup>1187</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907 , 1630.

<sup>1188</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1630, 1631 und 1633.

<sup>1189</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1630, 1631.

<sup>1190</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1630.

<sup>1191</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1631.

In der Folge lässt er jedoch „die großen Ausnahmen“ von der reinen Verschuldenshaftung, welche während seiner Lebenszeit Einzug gehalten haben, geradezu mustergültig Revue passieren und stellt das Automobilgesetz in eine Reihe mit dem Eisenbahnrecht. Unger gesteht hierbei ein, dass die Exkulpation des Automobilgesetz gem § 2<sup>1192</sup> für den „Automobilist“ „unendlich schwer“ sei, erinnert jedoch daran, dass der Geschädigte dieselben Schwierigkeiten hat, sofern eine bloße Verschuldenshaftung bestünde. Ganz im Sinne seiner im „Handeln auf eigene Gefahr“ entworfenen Konzeption, sowie seiner allgemeinen sozialverträglichen und pragmatischen Grundhaltung, ergreift Unger hierbei Partei für das Publikum:

„Wenn man nun abwägt, meine verehrten Herren: Auf welcher Seite steht die Billigkeit? Die Billigkeit steht natürlich auf Seite des Publikums! Denn der Automobilist wird doch viel eher nachweisen können, dass er unschuldig ist, als umgekehrt der andere Teil nachweisen kann, dass der Automobilist schuldig ist. Denn wenn jemand zum Beispiel über die Straße läuft und durch eigenes Verschulden in das Automobil hineinläuft, werden gewiss andere Leute da sein, die das gesehen haben und bezeugen können. Umgekehrt steht der Fall viel schlimmer für denjenigen, der nachweisen soll, dass der Automobilist die Lenkung nicht gehörig geleitet oder die Bremse nicht gehörig gehandhabt hat. Das sind Dinge, die ein Unbefangener aus dem Publikum nicht einmal versteht. Wie soll er also den Beweis führen können?“<sup>1193</sup>

Des Weiteren betont er die Erleichterung der Schadenstragung durch die neuentstandene Versicherungspflicht.<sup>1194</sup>

Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass Unger in dieser gegen Ende seines Lebens gehaltenen Rede seine persönliche Entwicklung abrundet. Er hat sich zum Befürworter einer verschuldensunabhängigen Haftung in adäquaten Bereichen wie etwa dem motorisierten Transportwesen gewandelt und somit die Bedürfnisse der Zeit erkannt:

---

<sup>1192</sup> § 2. Wer nach § 1 für den Schaden haftet, wird von der Pflicht zur Ersatzleistung nur dann befreit, wenn er beweist, daß das schädigende Ereignis durch Verschulden eine Dritten oder des Beschädigten selbst verursacht wurde oder daß es trotz der vorschrifts- und fachgemäßen Vorsichten in Führung und Behandlung des Kraftfahrzeuges nicht abgewendet werden konnte und auch nicht auf die Beschaffenheit des Kraftfahrzeuges oder auf die Eigenart, das Versagen oder die Mängel seiner Funktion zurückzuführen ist.

Dies gilt insbesondere auch für den Fall, daß der Schaden aus dem Schaden aus dem Scheuen von Tieren herrührt oder in die Beschädigung von auf öffentlichem Wege ohne Aufsicht umherlaufenden Tieren besteht.

Die Berufung auf das Verschulden eines Dritten ist ausgeschlossen, wenn sich ein Haftpflichtiger seiner beim Betriebe des Kraftfahrzeuges bedient hat.

Rührt jedoch das Schaden oder sein Umfang nur zum Teile aus dem Verschulden des Verletzten oder Dritten her, so soll unter Würdigung aller Umstände auf einen Teil der im § 1 bezeichneten Ansprüche erkannt werden.

<sup>1193</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses-73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1632.

<sup>1194</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses-73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1634.

„Denn was wir in diesem Gesetz sehen, ist, wie Seine Exzellenz der Herr Vorredner schon angedeutet hat, nur der Reflex einer allgemeinen Bewegung, die durch alle möglichen Rechtsgebiete geht, die wir - ich brauche das dem hohen Haus nicht im einzelnen darzulegen - an allen Ecken und Enden wahrnehmen können, eine Bewegung in der Richtung, dass mit dem Steigen der Möglichkeit von Schädigungen der Ersatz für Schäden, die durch das neue drängende, viel kompliziertere Verkehrsleben herbeigeführt werden, dem Beschädigten immer mehr gesichert und leichter erreichbar gemacht werden soll.“<sup>1195</sup>

Dieser Erläuterung der Notwendigkeit einer Gefährdungshaftung ist nichts hinzuzufügen. Abschließend möchte ich dennoch noch einen ganz besonderen Textauszug aus der Rede wiedergeben, in welchem Unger süffisant auf ein Argument eingeht, das bis heute immer wieder im österreichischen politischen Diskurs auftaucht. Er reagiert hiermit auf den Vorwurf, man solle doch erst abwarten, was der deutsche Gesetzgeber zur Automobilhaftung vollbringt:

„Was man bisher in Deutschland vergebens versucht hat, ein Automobilgesetz zu Stande zu bringen, ist uns jetzt gelungen. Ich habe gegen das Gesetz auch schon den Einwand gehört, wir mögen erst abwarten, was man in Deutschland diesbezüglich machen werde. Das schiene mir aber doch wirklich sehr unpatriotisch zu sein, aus diesem Grunde ein gutes Gesetz zurückzuweisen. Müssen wir denn überall erst in zweiter Linie stehen, überall inferior sein? Muss immer und ewig Österreich um eine Idee, um eine Armee und jetzt auch in den Gesetzen um ein Jahrhundert, jedenfalls aber um ein paar Jahre zurück sein?“<sup>1196</sup>

Das Deutsche Reich erließ tatsächlich dann – über ein halbes Jahr nach Österreich – ein vergleichbares Gesetz.<sup>1197</sup>

---

<sup>1195</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907 1633.

<sup>1196</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–73. Sitzung der XVII Session am 29.1.1907, 1630 f.

<sup>1197</sup> „Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen“ (KFG) vom 3.5.1909 (Deutsches Reichsgesetzblatt 1909, Nr. 26, 3608, 437 ff).

## 2) Nachbarrecht

### a) Historischer Hintergrund

Auch das Nachbarrecht bildete bereits „im zweiten Drittel“<sup>1198</sup> des 19. Jahrhunderts eine gewichtige Ausnahme vom allgemeinen Verschuldensgrundsatz im Haftungsrecht.<sup>1199</sup>

Die Problematik hinsichtlich der Beeinträchtigung des nachbarlichen Eigentums seitens des Grundeigentümers in Ausübung seiner Rechte hatte jedoch schon bei römischen Juristen profunde Bedeutung erlangt.<sup>1200</sup> Die *cautio damni infecti*<sup>1201</sup> beinhaltete etwa bereits Elemente einer verschuldensunabhängigen Haftung. Mit ihr konnte mittels Kautio ein Schadensfall aufgrund eines *vitium* abgesichert werden, unabhängig vom tatsächlichen Verschulden.<sup>1202</sup> Die *actio legis Aquiliae* konnte demgegenüber nur „im Fall eines *damnum iniuria datum* angestrengt werden.“<sup>1203</sup> Dies beinhaltete die Bedingung, dass der Schaden rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt worden war. Kam es jedoch „bei völlig legitimem Vorgehen trotz höchster Vorsicht“<sup>1204</sup> dennoch zu einem Schadensfall, so konnte der Geschädigte anhand einer *actio ex stipulatu* aus der vorangegangener *cautio damni infecti* verschuldensunabhängig Schadenersatz fordern.<sup>1205</sup> In ihrer Anwendbarkeit war die *cautio damni infecti* jedoch gegenüber anderen möglichen Klagen subsidiär.<sup>1206</sup> Die Bedeutung dieser römischrechtlichen Konstruktion erlangte, ähnlich wie im 19. Jahrhundert, im Zuge der

---

<sup>1198</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 51.

<sup>1199</sup> Vgl zur Entwicklung des Nachbarrechts als verschuldensunabhängige Haftung allgemein etwa Jansen, Haftungsrecht (2003), 366ff; Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 51 ff; Kannowski, Bernd: §§ 831 – 839a, 841. Unerlaubte Handlungen: Sondertatbestände, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Bd III, 2. Teilband (Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433 – 853) (2013) (idF Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013)), 2869 ff, Rz 45 ff; Petershagen, Jörg: Die Gebäudehaftung. § 836 BGB im System der Verkehrssicherungspflichten (2000), 24 ff sowie Kisslinger, Martina: Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006) (idF Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006)), 5 ff.

<sup>1200</sup> Vgl hierzu Rainer, Johannes Michael: Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht (1987) (idF Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987)), 5 ff; sowie nach wie vor Werenberg, W.: Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigentümer, in: Jherings Jahrbücher 6 (1863), 1 ff.

<sup>1201</sup> D. 39, 2, 1 ff. Vgl hierzu etwa ausführlich Johannes Michael Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 97 ff sowie Salmen-Everinghoff, Christoph: Zur *cautio damni infecti*: die Rückkehr eines römisch-rechtlichen Rechtsinstituts in das moderne Zivilrecht (2009) (idF Salmen-Everinghoff, *Cautio damni infecti* (2009)). Vgl auch Ungers Sicht der *cautio damni infecti* in III. D) 2) b) bb) ii. (195 ff).

<sup>1202</sup> Salmen-Everinghoff, *Cautio damni infecti* (2009), 23.

<sup>1203</sup> Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 98.

<sup>1204</sup> Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 98.

<sup>1205</sup> Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 98: „War ihm aber bereits vor Eintritt des Schadens *caviert* worden, so konnte er mittels *actio ex stipulatu* gegen denjenigen vorgehen, der den Schaden provoziert hatte.“

<sup>1206</sup> Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 98 f; Salmen-Everinghoff, *Cautio damni infecti* (2009), 20 f.

voranschreitenden Urbanisierung sowie der damit verbundenen zunehmenden Verbauung auf engstem Raum gesteigerte Bedeutung in der antiken Welt.<sup>1207</sup>

Die größere Relevanz von städtischem Leben aufgrund des Bevölkerungswachstums allgemein und die voranschreitende Konzentration der Population in den urbanen Zentren, begünstigt durch die Industrialisierung, im Besonderen erhöhte naturgemäß auch das Konflikt- und Gefahrenpotential nachbarlicher Begebenheiten im 19. Jahrhundert. Die Problematik der sich neu formierenden und vergrößernden Ballungsräume, verbunden mit dem technischen Fortschritt und der daraus resultierenden Potenzierung schädlicher bzw. beeinträchtigender Immissionen und Einwirkungen auf die unmittelbare Umgebung, veränderten die städtische Realität im industriellen Zeitalter erheblich. Die erhöhte Komplexität brachte die Problematik nachbarrechtlicher Schäden im 19. Jahrhundert erneut und in verstärktem Maß auf das aktuelle Tableau rechtlicher Belange. Die rurale Dominanz in der demografischen Verteilung des Mittelalters und der frühen Neuzeit erodierte angesichts prosperierender städtischer Zentren. In dieser Konstellation voranschreitender Akkumulation von Behausungen und Heimstätten auf zunehmend beengtem Raum, dem rapiden Ausbau städtischer Wohnbereiche und der hierdurch exponentiell erhöhten nachbarlichen Gefährdungsszenarien schien der Weg hin zu einer der Sachlage gerecht werdenden Reaktion seitens des Rechts vorgezeichnet. Die schadenersatzrechtliche Antwort, welche der Problematik der überfüllten städtischen Zentren gerecht werden könnte, war dem Anschein nach nur in Form von verschuldensunabhängigen Haftungsmodellen möglich. Die tatsächliche Maßnahmensetzung und Handlungsweise des Rechtswesens im Bereich der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Jurisprudenz wurde jedoch den Ansprüchen der veränderten Gesamtsituation nur bedingt gerecht bzw. hinkte der rasanten demografischen Entwicklung zumeist hinterher.

Anders als im Eisenbahnrecht, wo die Legislative als Vorreiter auftrat, bildeten bei der Entwicklung verschuldensunabhängiger Haftungsmodelle im Nachbarrecht nicht Pionierakte der Gesetzgebung die Speerspitze juristischer Innovation. Die Gesetzeslage in den frühen deutschsprachigen Kodifikationen konnten die nachbarlichen Bedürfnisse in der Zeit der industriellen Revolution nicht befriedigen. Das ABGB aF begegnete nachbarrechtlichen Belangen etwa primär mittels § 364<sup>1208</sup> sowie den Regelungen des Besitzschutzes.<sup>1209</sup> Die

---

<sup>1207</sup> Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 99 f.

<sup>1208</sup> § 364 normierte zwar eine grundsätzliche Eigentumsbeschränkung anhand der kryptischen Formulierung „als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden“ (§ 364 aF).

rechtlichen Werkzeuge dieser Gesetzeslage konnten den beschriebenen Schwierigkeiten jedoch kaum mehr adäquat gegensteuern. So zeigte sich im Laufe der Industriellen Revolution zunehmend die Unzulänglichkeit dieser Regulierungen angesichts der potenzierten Problematiken, was unbefriedigende juristische Reaktionen sowie beträchtliche Rechtsunsicherheit hervorrief.<sup>1210</sup> Auch die Reaktion der Rechtswissenschaft gestaltete sich lange Zeit ebenso ungenügend wie jene der Gesetzgebung. Die Entwicklung verschuldensunabhängiger Haftungen im Nachbarrecht stand lange diametral zur allgemeinen Grundhaltung der damaligen Auffassung vom Liberalismus, welche dem Eigentumsrecht grundsätzlich keinerlei Beschränkungen auferlegen wollte.<sup>1211</sup> Insbesondere die romanistische Lehre des 19. Jahrhunderts sah lange Zeit in der Gewährung eines praktisch schrankenlosen, scheinbar dem römischen Recht entnommenen Eigentumsrechts einen der sichtbarsten Ausdrücke von Freiheit und Selbstbestimmung und verwehrte sich damit zunächst gegen Einschränkungen oder Beschränkungen des Eigentums<sup>1212</sup>.

---

Solche Einschränkungen bzw. „materiellrechtliche Grundlagen für Unterlassungsansprüche fanden sich lediglich in den Bestimmungen über die Bauführung (§§ 340- 343)“ (Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006), 7). Eine generelle „Ermächtigung zur Abwehr von Lärm, Ruß und Staub enthielt das Privatrecht nicht[...]“ (Kisslinger Gefährdungshaftung im Nachbarrecht 7). Erst mit der dritten Teilnovelle zum ABGB (1916) reagierte der Gesetzgeber und reformierte das Nachbarrecht mit der Neueinführung der §§ 364 Abs 2, 364a und 364b (vgl. Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006), 9).

<sup>1209</sup> Einwirkungen bzw. Störungen des Eigentums wurden „vorrangig mit den Mitteln des Besitzstörungsrechts geregelt. Als Rechtsmittel, um in Besitz der Sache zu gelangen, wurden die *actio negatoria* (§ 523 2. Satz 2. Fall), die *actio publiciana* (§ 372) oder die *rei vindicatio* (§ 366) gewährt. Hatte man den Besitz schließlich wiedererlangt (oder war man ohnedies immer Besitzer geblieben), sollte man sich gegen sonstige Störungen mit der Besitzstörungsklage nach § 339 zur Wehr setzen können. Der negatorische Schutz war damals primär Aufgabe der § 339 ff“ (Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006), 7 f).

<sup>1210</sup> Vgl. Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006), 89.

<sup>1211</sup> Vgl. Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006), 9.

<sup>1212</sup> Vgl. Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 52 ff). Die Charakteristik des römischrechtlichen Eigentums gestaltet sich bei genauerer Betrachtung jedoch durchaus differenzierter: „Die klassische Jurisprudenz verstand unter Eigentum (*dominium, proprietas*) die unbegrenzte und ausschließliche Rechtsherrschaft über eine Sache. Der Eigentümer konnte mit der Sache nach Belieben verfahren und jeden anderen von Einwirkungen auf sie ausschließen. Der absolute Charakter und die Ausschließlichkeitsfunktion des römischen Eigentumsbegriffs waren indes nicht zu allen Zeiten gleich. Namentlich in der klassischen Zeit gibt es Ansätze, die durchaus als Anfänge einer Sozialbindung aufgefasst werden können. So gab es beschränkende Vorschriften im Baurecht, und auch mit einem Sklaven konnte der dominus nicht nach Belieben verfahren“ (Honsell, Heinrich: Römisches Recht, 8. Auflage (2015), 56). Es gab daher insbesondere im römischen Nachbarrecht bereits wesentliche Beschränkungen des Eigentums. Jene Besonderheiten und Entwicklungen des römischen Rechts fanden jedoch zunächst in der damaligen Rechtswissenschaft kaum profunde Beachtung. Die Reaktionen der Jurisprudenz, angesichts der nachbarrechtlichen Bedürfnissen im Schadenersatzrecht der Zeit, wurden somit entweder vollends ignoriert oder limitierten sich in der Verkündung von „Allgemeinplätzen“ (Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 54), wie etwa in den vagen Ausführungen Savignys: „Jeder Mensch hat den Beruf zur Herrschaft über die unfreye Natur; denselben Beruf aber muß er eben so in jedem andern Menschen anerkennen, und aus dieser gegenseitigen Anerkennung entsteht, bey räumlicher Berührung der Individuen, ein Bedürfnis der Ausgleichung, welches zunächst als ein unbestimmtes erscheint, und nur in bestimmter Begränzung seine Befriedigung finden kann. Diese Befriedigung nun erfolgt, vermittelst der Gemeinschaft im Staate, durch positives Recht“ (Savigny, System I (1840), 367 f). Es dauerte bis weit in zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts, bis sich die Lehre der Problematik annahm, unter anderem auch Joseph Unger (siehe unten sogleich III. D) 2) b) (190 ff)).

Die Vorreiterrolle verschuldensunabhängiger Haftung im Nachbarrecht übernahm vielmehr die Rechtsprechung. Es etablierte sich bereits seit den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts ein, angesichts mangelnder legislatorischer und rechtswissenschaftlicher Initiativen notgedrungen in erster Linie durch die Judikatur kreierter Schutz des Grundeigentümers gegenüber Beeinträchtigungen im Nachbarbereich, ohne hierbei die Dogmen der Verschuldenshaftung<sup>1213</sup> zu beachten: „Vom Gesetzgeber im Stich gelassen und von der Lehre auf weitgehend unpraktikable Formeln verwiesen, standen die Richter vor der Aufgabe, unvereinbare (aber gleichwertige) Interessen zu koordinieren, ohne doch an der überkommenen, zur Problemlösung aber nicht tauglichen, Begrifflichkeit rütteln zu dürfen.“<sup>1214</sup> Die juristische Reaktion speiste sich somit zuvorderst aus richterrechtlichen Bemühungen, welche „den der Rechtsfortbildung weitgehend entwöhnten Richtern nicht eben leicht“<sup>1215</sup> fielen. Im Ergebnis entwickelte sich dennoch ein Schutz des Eigentums im Nachbarrecht in Form eines verschuldensunabhängigen Schadenersatzes – dem Verschuldensprinzip sowie der Dominanz der Lehre von dem unbeschränkten Eigentumsbegriffs zum Trotz. Die Rechtsprechung verzichtete beispielsweise mit Verweis auf D 8.5.8.5<sup>1216</sup> auf den „Nachweis eines Verschuldens und ließ den Beweis der kausalen

---

<sup>1213</sup> Insbesondere aufgrund der behördlichen Genehmigungen des Betriebs einer Fabrik, waren die hieraus resultierenden Immissionen regelmäßig nicht unter Anwendung des Culpaprinzips zu lösen.

<sup>1214</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 54 f.

<sup>1215</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 54.

<sup>1216</sup> D 8.5.8.5. *Ulpianus libro 17 ad edictum. Aristo Cerellio vitali respondit non putare se ex taberna Casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam Casiarum a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.* (Aristo erteilte Cerellius Vitalis das Gutachten, er sei nicht der Auffassung, daß es rechtlich zulässig sei, den Rauch einer Käserei den darüberliegenden Gebäuden zuzuführen, sofern nicht insoweit eine Dienstbarkeit besteht; denn eine derartige Dienstbarkeit halt er für zulässig. Und Aristo sagt ferner: Selbst aus dem höhergelegenen Gebäude dürfe man kein Wasser oder etwa anderes den Unteren Gebäuden zuführen. Auf seinem eigenen Grundstück dürfe man nämlich nur insofern tun, was man wolle, als man nicht ein fremdes Grundstück mit Immissionen belaste; Rauch und Wasser seien nun aber gleichermaßen Immissionen. Daher könne der Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes gegen den des unteren darauf klagen, daß dieser kein Recht habe, so zu handeln. Er sagt ferner, Alfenus schreibe zum Beispiel, man könne darauf klagen, daß der Nachbar kein Recht habe, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu brechen, daß Bruchstücke auf mein Grundstück fallen. Folglich könne, sagt Aristo, derjenige, der eine Käserei von der Stadtgemeinde Minturnae gepachtet habe, vom Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes an der Immission des Rauches gehindert werden; die Stadtgemeinde hafte ihm aber aus dem Pachtvertrag, und so könne, sagt er, gegen den, der die Rauchimmission bewirkt, darauf geklagt werden, daß er kein Recht habe, den Rauch zuzuführen. Daher sei auch umgekehrt eine Klage des Inhalts möglich, daß man ein Recht zur Zuführung von Rauch habe. Und eben dies ist auch ersichtlich die Meinung des Aristo. Aber es kann auch das Interdikt „Wie ihr besitzt“ Anwendung finden, wenn jemand daran gehindert wird, sein Eigentum so zu nutzen, wie er will. (Übersetzung nach Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler II (1995), 713 f)).

Störung genügen“<sup>1217</sup>. Diese richterlichen Schaffungen sind ein Ausdruck für den Versuch den Bedürfnissen der Zeit angesichts mangelhafter Rechtslage mittels kasuistischer Auslegungen, welche zumeist eher praeter legem erfolgten, beizukommen. Die systematische Sauberkeit der generierten Lösung gestaltete sich in vielerlei Fällen jedoch fragwürdig. Allerdings heiligte der Zweck angesichts der omnipräsenten Notwendigkeit adäquater rechtlicher Reaktionen in der Praxis und der Ermangelung eines adäquaten legislativen Echos auf die veränderte Situation im Nachbarrecht zumindest für den Moment die Mittel.

Das Nachbarrecht stellte somit einen durch die Rechtsprechung getragenen Vorreiter der Gefährdungshaftung dar, ohne dass hierbei jedoch ein konsequentes und einheitliches System entwickelt wurde. Dies lag auch an der mangelnden gesetzlichen Initiative sowie der Untätigkeit der rechtswissenschaftlichen Literatur der Zeit, welche die Bemühungen der Judikatur weitgehend ignorierte. Erst in späteren Jahren des 19. Jahrhunderts wurde die Rechtswissenschaft aktiv – unter anderem auch in der Person Joseph Ungers, dessen nachbarrechtliche Konzeption nun dargestellt werden soll.

## **b) Ungers Position und Konzept**

Unger widmete sich in mehreren späteren Publikationen nachbarrechtlichen Problematiken und adaptierte so seine Konzeption der verschuldensunabhängigen Haftung auf das Nachbarrecht. Im Fokus steht hierbei die Einwirkung von „Immissionen“ auf das nachbarliche Grundstück.

Einerseits ist somit die Definition einer Immission sowie das Verfahren angesichts derselben allgemein zu eruieren, andererseits insbesondere die Behandlung eines Schadens, welcher durch eine Immission entstanden ist.

### **ba) Immissionen**

Immissionen sind Einwirkungen wie Lärm, Gestank, Abwasser etc auf ein Grundstück seitens eines anderen Grundstücks. Grundsätzlich unterscheidet Unger zwischen unmittelbaren und

---

<sup>1217</sup> So dass OAG Celle in einem Urteil aus 1837, dem sich mehrere Gerichte anschlossen- zitiert aus Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 55. Vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 55 ff für weitere Urteile der deutschen Rechtsprechung.

mittelbaren Immissionen. Die Problematik entfaltet jedoch lediglich angesichts mittelbarer Einwirkungen Schwierigkeiten bezüglich ihrer juristischen Behandlung. Direkte und unmittelbare Zuleitung von einem Grundstück auf das andere stellten schon zu Ungers Zeiten, ähnlich der heutigen Rechtslage, eine unerlaubte Handlung dar: „Es ist von allen Seiten zugegeben, dass unmittelbare Eingriffe des Grundeigentümers auf das Nachbargrundstück unstatthaft sind, mögen sie gleich weder schädlich noch lästig sein.“<sup>1218</sup>

Anders gestaltet es sich angesichts mittelbarer Einwirkungen. „Darunter sind Handlungen und Veranstaltungen zu verstehen, welche ihre nächste Wirkung an und für sich innerhalb der Grenzen des eigenen Gebietes äussern und nur durch Vermittlung anderer Ursachen auf das nachbarliche Grundstück einwirken.“<sup>1219</sup> Hierunter fallen Gerüche, Lärm, Rauch etc.<sup>1220</sup>. Die zentrale Frage ist nun, ob solche Immissionen zulässig sind oder nicht?

Die Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts sah lange Zeit das unbeschränkte Eigentumsrecht als zentrale Errungenschaft einer liberalen Gesellschaft an und sperrte sich somit vehement gegen Begrenzungen des Vollrechts jedweder Art. Selbst im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts ging die „herrschende Theorie [...] von der Dispositionsfreiheit des Eigentümers aus und behauptete, [...], dass derselbe allerdings nicht *in alieno*, wohl aber *in suo* nach Belieben *habere* und *facere* dürfe, mögen daraus noch so schädliche oder lästige Folgen für den Nachbarn entstehen.“<sup>1221</sup>

Unger wendet sich gegen die radikale Eigentumsfreiheit und folgt in seiner Sicht der Ansicht<sup>1222</sup>, welche eine Beschränkung des Eigentumsrechts in Bezug auf mittelbare Immissionen auf nachbarliche Grundstücke befürwortet. Er unterscheidet zwischen zwei Arten von mittelbaren Immissionen.

Einerseits die „indirekten substantiellen Immissionen“<sup>1223</sup>. Ähnlich den direkten Immissionen steht hierbei die Grenzüberschreitung im Zentrum. Die Grenzüberschreitung erfolgt jedoch „mittelbar“, dh als Konsequenz einer Handlung welche anderswo stattfindet: „...der

---

<sup>1218</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 718.

<sup>1219</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 718.

<sup>1220</sup> Vgl Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 718 f für eine Aufzählung von Beispielen

<sup>1221</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 716 mit Literaturverweisen – vgl hierzu auch oben III. A) 1) a) aa) (109 ff).

<sup>1222</sup> Unger nennt als weitere Beispiele das Gutachten zum Schadenersatzrecht von Pfaff (Pfaff, Schadenersatz und Genugthuung 39 ff) und Mages (Mages, Alois: Ueber Nachbarrecht (1871), 40 ff).

<sup>1223</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 722.

Eigentümer bringt mittelbar Etwas in das Gebiets des Nachbars hinüber und greift hierdurch in die fremde Rechtssphäre ein.<sup>1224</sup> Hierunter fallen etwa Rauch oder Geruch.

Als zweite Kategorie nennt Unger *in puncto* mittelbare Immissionen „Rückwirkungen“. Rückwirkungen definiert er als Einwirkungen, welche „weder direct noch indirect Substanzen in die Eigenthumssphäre des Nachbars hinüberführt, dennoch aber in suo Handlungen vornimmt oder Anstalten errichtet, durch welche er auf das Grundstück des Nachbarn hinüberwirkt, z.B. tiefes Graben auf seinem Grundstück, wodurch das Nachbarhaus einstürzt.“<sup>1225</sup>

Beide Arten mittelbarer Immissionen sieht Unger als unzulässig. Garaus folgt die Notwendigkeit den Eigentümer, von dessen Grundstück aus die Immissionen verursacht werden, in seinem Eigentumsrecht zu beschneiden.<sup>1226</sup> Einschränkend stellt er jedoch fest, dass lediglich Eingriffe in die „Rechtssphäre des Nachbarn“<sup>1227</sup> eine Beschränkung des Eigentumsrechts rechtfertigen. Eingriffe in die „Interessensphäre“<sup>1228</sup>, worunter laut Unger etwa Licht- und Luftentzug fielen<sup>1229</sup>, böten keine Rechtfertigung.

Unger konstatiert weiters, dass „mittelbare Eingriffe in die Rechtssphäre des Nachbarn [...] nicht bloß dann unerlaubt, wenn sie der Sache schaden, sondern auch wenn sie der Person schädlich oder lästig sind.“<sup>1230</sup>

Er plädiert in der Folge, wiederum mit dem für ihn typischen Streben nach der Gewährung einer möglichst konfliktfreien Koexistenz durch Schaffung eines ausgewogenen Interessenausgleichs, für eine nicht allzu strenge Anwendung der Rechtslage. Vielmehr fordert er stattdessen „aus der Natur des Zusammenlebens und des nachbarlichen Verhältnisses sich von selbst ergebenden Grundsatz, dass der Nachbar im beiderseitigen Interesse sich gefallen lassen muss, was das gewöhnliche Leben und die gewöhnliche

---

<sup>1224</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 722.

<sup>1225</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 723.

<sup>1226</sup> Vgl Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 719 ff.

<sup>1227</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 724.

<sup>1228</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 724.

<sup>1229</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 724.

<sup>1230</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 724.

Benützung der Sache mit sich bringt<sup>1231</sup> anzuwenden. In seiner Auslegung spiegelt § 364 ABGB aF<sup>1232</sup> diesen Grundgedanken wieder.<sup>1233</sup>

Es ist dies ein weiteres klares Beispiel für das auffallende Bedürfnis Ungers lebensnahe Lösungen zu schaffen, welche vom Ausgleich grundsätzlich widerstreitender Interessen sowie der gegenseitigen Rücksichtnahme dominiert werden.

Angesichts der geklärten Definition von Immissionen ist nun der nächste Schritt die Untersuchung einer verschuldensunabhängigen Haftung in der nachbarrechtlichen Konzeption Ungers.

#### bb) Verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht

Die verschuldensunabhängige Haftung tritt hier in der Sicht Ungers in folgenden wesentlichen Unterpunkten des Nachbarrechts auf: Immissionen von behördlich genehmigten Anlagen (Fabriken, etc), der *cautio damni infecti* bei Einsturz bzw Einsturzgefahr des Nachbarhauses sowie anhand der *actio de deiectis et effusis*.

##### *i. Immissionen von behördlich genehmigten Anlagen*

Unger führt in seinen Schriften wiederholt den Fall von Immissionen an, welche von einer behördlich genehmigten Anlage ausgehen. Die „Concessionierung einer mit Gefahren und Nachteilen für die Nachbarn verbundenen gewerblichen Anlage oder Unternehmung“<sup>1234</sup> subsumiert er unter die Fälle, in welchen ein Eingriff in die fremde Rechtssphäre gestattet ist, jener Vorteil jedoch zum Ausgleich mit der Verpflichtung der verschuldensunabhängigen und somit unbedingten Haftung beschwert wird – ein klares Beispiel eines „Ungerschen“ Interessenausgleiches:

„In manchen Fällen besteht jedoch ein schutzwürdiges und namentlich vom Standpunkt des Gemeinwohls aus gerechtfertigtes Interesse, in die Rechtssphäre eines Andern

---

<sup>1231</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 726.

<sup>1232</sup> § 364 aF. Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.

<sup>1233</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 726.

<sup>1234</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 368; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 9.

eingzugreifen, während dieser ein berechtigtes Interesse hat, den Eingriff abzuwehren. Diese einander widerstreitenden Interessen können nun dadurch ausgeglichen werden, dass das Recht einerseits die Befugnis zum Eingriff gewährt, jedoch andererseits daran zugleich die Verpflichtung knüpft, den aus der Ausübung derselben entstehenden Schaden zu tragen. Diese Verteilung der Schadenslast ist somit ein Werk der ausgleichenden Gerechtigkeit.<sup>1235</sup>

Es handelt sich hierbei demnach um Fallkonstellationen, wo letztlich aufgrund der ausgleichenden Gerechtigkeit das Gesetz seinerseits das Recht erteilt, in einen rechtmäßigen Zustand einzugreifen und dies mit der Pflicht verknüpft, den entstandenen Schaden zu tragen.

Unger wendet sich hiermit auch gegen die herrschende Lehre seiner Zeit, welche mit Verweis auf ua § 1305 ABGB aF<sup>1236</sup> an dem „starrten Dogma“<sup>1237</sup> des Verschuldensprinzips festhält und die Haftung für einen Schaden auch im besprochenen Fall nur für verschuldete Schäden einen Ersatzanspruch gewährt.<sup>1238</sup>

Vielmehr folgt er dem unter anderen von Pfaff<sup>1239</sup> vertretenen Ansatz, dass die „Unternehmer behördlich concessionierter Betriebe den Adjacenten auch den unverschuldet zugefügten Schaden zu ersetzen haben.“<sup>1240</sup> Er verweist in seiner Begründung der verschuldensunabhängigen Haftung auf das seinerzeit geltende Recht, den § 10 lit b der „Verordnung des Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten, giltig für alle Kronländer, mit Ausnahme der Militärgränze, betreffend die Ertheilung von Concessionen für Privat-Eisenbahnbauten“<sup>1241</sup> :

*§ 10 lit b. Die Eisenbahn=Unternehmungen sind verpflichtet, allen Schaden an öffentlichen oder Privatgute zu vergüten, welcher durch den fraglichen Eisenbahnbau veranlasst worden ist. Die Eisenbahn=Unternehmungen haben ferner solche Vorkehrungen zu treffen, daß die angrenzenden Grundstücke, Gebäude etc durch die Bahn, weder während des Baus derselben, noch in der Folge Schaden leiden, und sind verpflichtet, für derlei Beschädigung zu haften.*

---

<sup>1235</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 366; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 6.

<sup>1236</sup> § 1305 aF. Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Gebrauch macht, hat den für einen anderen daraus entspringenden Nachteil nicht zu verantworten.

<sup>1237</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 727.

<sup>1238</sup> Vgl Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 727 mit Literaturverweisen.

<sup>1239</sup> Pfaff, Schadenersatz und Genugthuung 39 ff. Unger bemängelt jedoch die Beweisführung Pfaffs (Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 727 f).

<sup>1240</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 727.

<sup>1241</sup> RGBI 238/1854 . Zum Eisenbahnrecht abseits nachbarrechtliche Belange siehe III. D) 1) (163 ff).

Unger interpretiert diese Norm im Sinne einer unbedingten, verschuldensunabhängigen Haftung und geht somit einen progressiveren Schritt als die „Praxis der österreichischen Gerichte“<sup>1242</sup>, welche, „im Glauben an das alleinig selig machenden Dogma des § 1305 befangen“<sup>1243</sup>, den Verschuldensgrundsatz in solchen Fällen anwenden. Er verortet hierbei einen Widerspruch „sowohl mit dem Wortlaut als mit dem Sinne des Gesetzes“<sup>1244</sup>, da eine Verpflichtung zur Schadenersatzleistung aufgrund von Verschulden ohnedies aufgrund der allgemeinen Regelungen in §§ 1293 ff ABGB gegeben und daher eine weitere Anordnung derselben in einem Sondergesetz sinnlos wäre. Die sondergesetzliche Bestimmung normiert in der Auffassung Ungers vielmehr die Ausnahme einer verschuldensunabhängigen Haftung der Eisenbahnunternehmung. Sie ist als allgemeines Prinzip ableitbar und gilt für sämtliche Anlagen und Industrien mit behördlicher Genehmigung Diese Anlagen werden somit „auf eigene Gefahr“ betrieben werden und sind daher mit der strikten Haftung für aus dem Betrieb der Anlage resultierenden Schäden beschwert.<sup>1245</sup> Die rechtliche Konsequenz der behördlichen Genehmigung der Anlage beschränkt sich darauf, „dass der Unternehmer berechtigt ist, das Unternehmen zu errichten und zu betreiben, obschon dasselbe mit Eingriffen in die Rechtssphäre der Nachbarn verbunden sein mag.“<sup>1246</sup> Eine hieraus resultierende Schädigung ist allerdings in jedem Fall, unabhängig vom Verschulden, dem Nachbarn zu ersetzen, da die behördliche Genehmigung „kein Freibrief zur unverantwortlichen Schadenszufügung“<sup>1247</sup> sei, sondern im Gegenteil zum Ausgleich der Interessen die unbedingte, verschuldensunabhängige Ersatzpflicht erfordere.

ii. *Cautio damni infecti bei Einsturz bzw Einsturzgefahr des Nachbarhauses*

Der zweite Fall der nachbarrechtlichen Thematik einer verschuldensunabhängigen Haftung, welchem Unger größere Beachtung widmet, stellt das ursprünglich römisch-rechtliche Institut der *cautio damni infecti* dar. Er diskutiert sie anhand der Vorarbeiten zum BGB.

---

<sup>1242</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 729.

<sup>1243</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 729.

<sup>1244</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 729.

<sup>1245</sup> Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 729 sowie Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 368 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 9 ff.

<sup>1246</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 368; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 10 f.

<sup>1247</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 368; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 11 sowie Unger, Lehre vom Nachbarrechte (1886), 729 f.

Römische Spezialbestimmungen im Nachbarrecht formten frühe Verbote in der Genese einer verschuldensunabhängigen Haftung im vom Verschuldensprinzip geprägten 19. Jahrhundert. Eine dieser Spezialbestimmungen ist die *cautio damni infecti*. Es handelt sich hierbei um die Besicherung des Grundeigentümers angesichts des drohenden Einsturzes eines Nachbarhauses.<sup>1248</sup> Die Besonderheit stellt hierbei die unbedingte Haftung des Kautionsbestellers dar. Er übernimmt hierbei die Garantie für das Haus und haftet verschuldensunabhängig.<sup>1249</sup> So auch Unger: „Der Nachbar, welcher die Caution leistet, übernimmt hierdurch die Verantwortlichkeit (Garantie) für das Haus, *cuius nomine cavetur*. Die Haftung ist hiermit dem Bereich des subjektiven Verschuldens entrückt: Der Cavent haftet ohne alle Rücksicht auf eignen *Culpa* für den Schaden, welchen das Haus der verursacht.“<sup>1250</sup>

Ähnlich wie im Bereich der Eisenbahnhaftung<sup>1251</sup> unterscheidet Unger hierbei jedoch hinsichtlich der Verpflichtung zur unbedingten Haftung bezüglich der Ursache des entstandenen Schadens. Die verschuldensunabhängige Haftung greife lediglich sofern das Haus wegen „innerer Ursachen“ einstürzt, dh „nur für den Schaden, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit des Hauses, durch dessen Baufähigkeit verursacht wird [...], mag dieselbe in schlechter Bauart, in schlechtem Material oder in Altersschwäche ihren Grund haben.“<sup>1252</sup> Wiederrum deckungsgleich mit dem Eisenbahnrecht differenziert Unger hierbei hinsichtlich der Schuld und verwendet den Ausdruck der objektiven Schuld bzw von Schuld im objektiven Sinne als Synonym für die Veranlassung bzw Verursachung.<sup>1253</sup> Die „inneren Ursachen“ „verschulden“, dh verursachen, den Einsturz des Hauses, womit die unbedingte Haftung eintritt. Im Gegensatz dazu führen die „äußeren Ursachen“ nicht zur Haftung des Kautionsbestellers, da der Einsturz nicht durch das Gebäude selbst, sondern durch anderweitige Ursachen außerhalb des Gebäudes verursacht wurden. „Es müssen dies jedoch Ereignisse sein, welche mit unwiderstehlicher Gewalt [...] und mit plötzlicher Heftigkeit über

---

<sup>1248</sup>Vgl D. 39, 2, 1 ff. „Droht dem Grundeigentümer Schaden durch Einsturz eines Nachbargebäudes, dann gibt (nach einem Vorläufer in den Zwölf Tafeln) der Prätor auf Antrag des Bedrohten dem Nachbarn auf, jenem Sicherheit für künftige Schäden zu leisten, *cautio damni infecti*, Sicherheitsleistung wegen drohenden Schaden Unterbeleibt die Sicherheitsleistung, so weist der Prätor den Bedrohten in die Detention des gefährdeten Grundstücks ein und, wenn es die Sachlage verlangt, auch in das bonitarische Eigentum. Widersetzt sich der Nachbar der Einweisung, so erhält der Bedrohte eine Klage auf Schadenersatz.“ (Kaser, Max / Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Auflage (2014) (idF Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht<sup>20</sup> (2014)), 134, Rz17).

<sup>1249</sup> Siehe oben III. D) 2) a) (186 ff) sowie Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen (1987), 98; Salmen-Everinghoff, *Cautio damni infecti* (2009), 23.

<sup>1250</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 403; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 75.

<sup>1251</sup> Siehe oben Unterteilung in „innere Betriebsunfälle“ und „äußere Betriebsunfälle“ in III. D)1) b) (169 ff, insb. 171 ff).

<sup>1252</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 404; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 76.

<sup>1253</sup> Siehe oben die Unterteilung in „subjektive“ und „objektive“ Schuld in III. D) 1) b) (169 ff, insb. 172).

das Haus kommen und es ganz oder theilweise [...] zerstören, wie Sturm, Erdbeben, Feuersbrunst, Überschwemmung: in solchen Fällen stürzt das Haus nicht *suo vitio*, sondern *vi tempestatis, vi fluminis, violentia ventorum* ein.<sup>1254</sup> Die begrifflich verwirrende Abgrenzung von objektiver und subjektiver Schuld benutzt Unger um zwischen höherer Gewalt, für welche nicht gehaftet wird, und einem Mangel an der besicherten Sache, sei selbiger auch unverschuldet, zu differenzieren.

Rechtspolitisch fordert er den Anspruch dieser verschuldensunabhängigen Haftung auf Dritte auszudehnen, da jene den Status des einsturzgefährdeten Gebäudes in besonderem Maße nicht kennen und, neben der ohnedies gewährleisteten Sicherung gegen „Wurf und Guss“<sup>1255</sup>, auch für etwaige „Beschädigung durch Einsturz eines Hauses oder eines Baugerüsts.“<sup>1256</sup>

Zusammenfassend gilt für Unger demnach eine unbedingte verschuldensunabhängige Haftung des Hauseigentümers gegenüber Nachbarn, welche rechtspolitisch auch auf Dritte erweitert werden sollte, sofern der Einsturz aufgrund der (unverschuldeten) Mangelhaftigkeit des Gebäudes erfolgt:

„Hiernach steht das Haus auf Gefahr des Hausherrn: er ist für dasselbe verantwortlich und haftet (*ex lege*) sowohl dem Nachbarn wie dritten Personen für den Schaden, welchen sie durch gänzlichen oder teilweisen Einsturz des Hauses aus inneren Gebrechen desselben [...] erleiden. Auf persönliches Verschulden kommt es weiter nicht an; er ist ersatzpflichtig, wenngleich das Haus unmittelbar nach Übernahme desselben von dem Baumeister oder dem Verkäufer oder während der (in subjektiver Beziehung rechtzeitigen) Vornahme der Reparatur zusammenfällt.“<sup>1257</sup>

Der erste Entwurf zum BGB hingegen stehe „auf dem Boden des Delikt“.<sup>1258</sup> Die Motive betonen in der Diskussion des § 735<sup>1259</sup> zunächst die grundsätzliche Gültigkeit der

---

<sup>1254</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 405; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 77 f.

<sup>1255</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 408; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 80 – vgl hierzu sogleich unten III. D) 2) b) bb) iii. (201 ff).

<sup>1256</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 408; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 80. Dies ist heute durch § 1319 ABGB auch gegeben (§ 1319 wurde jedoch im Zuge der III. Teilnovelle verändert (siehe unten IV. 2) e) (253 f)).

<sup>1257</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 409; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 81 – zur Bedeutung der verschuldensunabhängigen Haftung „*ex lege*“ siehe oben III. C)1) b) bb) (153 ff).

<sup>1258</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 409; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 81.

<sup>1259</sup> § 735 (E I zum BGB). *Der Besitzer eines Grundstückes ist verpflichtet, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters dafür zu sorgen, daß ein auf dem Grundstücke befindliches Gebäude oder sonstiges Werk nicht in Folge fehlerhafter Errichtung oder in Folge mangelhafter Unterhaltung einstürzt. Wird diese Pflicht verletzt, so ist der Besitzer nach Maßgabe der §§ 704, 722—726 und des § 728 Ab 1 zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher einem Dritten aus dem dadurch verursachten Einsturze entstanden ist.*

Verschuldensdoktrin.<sup>1260</sup> Allerdings halten sie ebenso fest, dass das Römische Recht von der reinen Verschuldenshaftung im Rahmen der *cautio damni infecti* „unter gewissen Voraussetzungen“ eine Ausnahme mache.<sup>1261</sup> Im Ergebnis kommen die Motive jedoch zu dem Schluss, dass die Verschuldenshaftung des ALR<sup>1262</sup> die beste Lösung der Thematik sei: „Der Entwurf (Abs. 1) ist dem ALR. gefolgt. [...] Dieses Prinzip verdient den Vorzug vor dem von den meisten neueren Gesetzen angenommenen Prinzipie einer gesetzlichen Obligation, denn es entfernt sich am wenigsten von den allgemeinen Grundsätzen; es vermeidet außerdem die großen Härten, welche vom letzteren Prinzipie untrennbar sind, und ist zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes genügend.“<sup>1263</sup> Der Entwurf hält selbst eine Beweislastumkehr für unnötig<sup>1264</sup> und bleibt sogar weit hinter den Interpretationsmöglichkeiten der römischen Regelung zurück indem ein verschuldensunabhängiger Anspruch selbst nach erfolgter Aufforderung zur Beseitigung der Baufälligkei t seitens des Bedrohten negiert wird.<sup>1265</sup> Die geschehe aufgrund der befremdlich anmutenden Begründung, dass eine derartige Regelung „die Einfachheit des Gesetzes

---

*Wird auf fremdem Grund und Boden von einem Dritten in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder sonstiges Werk gehalten, so trifft denselben die im ersten Absätze bezeichnete Verantwortlichkeit an Stelle des Besitzers des Grundstücke*

*Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den nach den Vorschriften des Ab 1,2 Verpflichteten die Unterhaltung des Werkes übernommen hat.*

<sup>1260</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd II (Recht und Schuldverhältnisse) [zum 1. Entwurf des BGB], Amtliche Ausgabe (1888) (idF Motive zum E I des BGB II (1888)) 814: „Das röm. Recht geht von dem Grundsatz aus, daß Niemand, von obligatorischen Verhältnissen abgesehen, im Interesse eines Anderen zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet und insbesondere für den Schaden verantwortlich ist, welchen seine leblosen Sachen anrichten. Ein Anspruch auf Ersatz eines solchen Schadens ist vielmehr nur dann begründet, wenn eine positive schuldhaft e Thätigkeit nach Maßgabe der *actio legis aquiliae* die Ursache der Beschädigung ist. Jener Grundsatz gilt namentlich auch in Ansehung des Schadens, welcher aus der fehlerhaften Beschaffenheit eines Grundstückes oder der darauf befindlichen Anlagen ohne positive Einwirkung des Eigenthümers, z.B. durch den Einsturz des Hauses, entstanden ist. Ein Anspruch auf Ersatz des durch den Einsturz des Hauses einem Anderen zugefügten Schadens ist nicht begründet.“

<sup>1261</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 814 f: „Von jenem Grundsätze macht das röm. Recht jedoch durch das Institut der *cautio damni infecti* unter gewissen Voraussetzungen für den Fall einer Ausnahme, wenn einem Grundstücke (nicht auch Personen und beweglichen Sachen, unabhängig vom Grundstücke gedacht) in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit eines anderen Grundstückes oder der darauf befindlichen Anlagen (*vitium aedium, loci oder operis*) ein abwendbar gewesener Schaden zugefügt worden ist.“

<sup>1262</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 817: „Dagegen ist nach ALR. I 6 §§ 36, 37 Verb. mit §§ 1 0 ff. der Eigenthümer des Gebäudes nur dann ersatzpflichtig, wenn er schuldhaft versäumte, das Gebäude in baulichem Stande zu erhalten.“

<sup>1263</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 817.

<sup>1264</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 817 f: „Insbesondere kann auch kein Bedürfniß anerkannt werden, nach dem Vorbilde des § 729 die durch Gegenbeweis | zu entkräftende Vermuthung aufzustellen, daß die in Rede stehende gesetzliche Pflicht verletzt und dadurch der Einsturz verursacht sei. zumal auch an eine solche Vermuthung sich ähnliche Härten, wie an das Prinzip der gesetzlichen Obligation — obschon in geringerem Maße — knüpfen können.“

<sup>1265</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 818: „Aehnliche Erwägungen sprechen auch dagegen, in Anlehnung an den der *cautio damni infecti* des röm. Rechtes zu Grunde liegenden Gedanken (vgl. auch zur. GB. § 1888) den Besitzer ohne Rücksicht auf ein Verschulden dann zum Schadensersatz zu verpflichten, wenn er von dem durch den Einsturz Bedrohten vorher aufgefordert worden ist, für Abwendung des aus der Fehlerhaftigkeit des Gebäudes oder sonstigen Werkes drohenden Schadens zu sorgen.“

beeinträchtigt und Streitfragen hervorzurufen droht.“<sup>1266</sup> Im Ergebnis statuierte § 735 des Ersten Entwurfs demnach eine „gewöhnliche Verschuldenshaftung mit Beweislast des Geschädigten“<sup>1267</sup>: „Der Entwurf läßt für den Schaden, der durch den Einsturz eines Gebäudes verursacht wird, eine Haftung nur eintreten, wenn neben der objektiven Fehlerhaftigkeit ein subjektives Verschulden festzustellen ist; und zwar haftet unter dieser doppelten Voraussetzung nicht der Eigenthümer des Gebäudes sondern dessen Besitzer. Die Beweislast trifft den Beschädigten.“<sup>1268</sup>

Im Laufe der Erarbeitung des 2. Entwurfs des BGB wurden insgesamt elf Änderungsanträge gestellt, welche verschiedene Variationen des § 735 vorschlugen.<sup>1269</sup> Es kursierten mehrere Optionen welche zwischen reiner Verschuldenshaftung<sup>1270</sup>, Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr<sup>1271</sup> sowie verschiedenen verschuldensunabhängigen Haftungsmodellen<sup>1272</sup> pendelten.

---

<sup>1266</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 818.

<sup>1267</sup> Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2868, Rz 44.

<sup>1268</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1149 f.

<sup>1269</sup> Siehe Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1148 f.

<sup>1270</sup> Etwa Antrag 7: „Den Schluß des 2. Satzes des Ab 1 des Antrages 1 zu fassen: ‚haftet der frühere Besitzer, wenn er während der Dauer seines Besitzes die bezeichnete Sorgfalt nicht beobachtet hatte, es sei denn, daß ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr des Einsturzes hätte abwenden können‘.“ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1149).

<sup>1271</sup> Etwa Antrag 1: „§ 735. Der Besitzer eines Grundstückes ist, wenn ein auf dem Grundstück befindliches Gebäude oder sonstiges Werk in Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung einstürzt und dadurch das Leben, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr des Einsturzes die im Verkehre übliche Sorgfalt beobachtet hatte. In gleicher Weise haftet wegen eines nach der Beendigung des Besitzes eingetretenen Einsturzes der frühere Besitzer, es sei denn, daß er während der Dauer seines Besitzes die bezeichnete Sorgfalt beobachtet hatte oder daß ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr des Einsturzes hätte abwenden können.

Wird auf fremdem Grund und Boden von einem Dritten in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein sonstiges Werk gehalten, so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstückes die im Abs 1 bestimmte Haftung. Mehrere Ersatzpflichtige haften als Gesamtschuldner.

Wer auf Grund dieser Vorschriften Schadensersatz | geleistet hat, kann von demjenigen, welcher für die Beschädigung nach den allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verantwortlich ist, Ersatz verlangen.

§ 735 a. Wer für denjenigen, welcher nach § 735 für die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines sonstigen Werkes verantwortlich ist, die Unterhaltung übernommen hat, haftet für den durch den Einsturz einem Anderen zugefügten Schaden in gleicher Weise wie der nach § 735 zur Unterhaltung Verpflichtete. Er haftet neben diesem als Gesamtschuldner.“ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1148 ).

<sup>1272</sup> Etwa Antrag 2: „Den § 735 des vorstehenden Antrages durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Der Eigenthümer eines Gebäudes oder eines sonstigen mit einem Grundstück verbundenen Werkes ist, wenn das Gebäude oder das Werk in Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung einstürzt und dadurch das Leben, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Mehrere Eigenthümer haften als Gesamtschuldner. Ist für die Beschädigung neben dem Eigenthümer ein Dritter nach den allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner; im Verhältnisse derselben zu einander ist der Dritte allein verpflichtet.“ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1148 ).

Schlussendlich fasste die zweite Kommission den Entschluss, in der Adaption des ersten Entwurfs im neuen § 759<sup>1273</sup> (welcher durch §§ 760 f<sup>1274</sup> ergänzt wurde) eine Verschuldenshaftung beizubehalten, wobei selbige aber mit der Beweislastumkehr verbunden wurde. Die Protokolle argumentieren diesbezüglich:

„Der Schaden, um den es sich handle, erscheine als ein durch Zufall veranlaßter. Es sei nicht abzusehen, warum dem Beschädigten gestattet werden soll, ihn auf den Besitzer des Gebäudes abzuwälzen, falls dieser alle Vorsicht angewandt habe, um einen Unfall zu verhüten. Die bloße Thatsache, daß Jemand ein Bauwerk halte, könne nicht einem Verschulden gleichgestellt werden, und ebensowenig könne ein objektiver Mangel des Werkes dem Besitzer oder Eigentümer, der ihn nicht kannte und auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht hätte erkennen können, zugerechnet werden. Gegen die vorgeschlagene absolute Haftung falle auch ins Gewicht, daß sich die sämtlichen deutschen Regierungen mit Ausnahme derjenigen von Bayern, für die Beibehaltung des Prinzipes der Verschuldung ausgesprochen hätten. Allerdings erscheine es geboten, in Ansehung des Verschuldens die Beweislast abweichend von den allgemeinen Grundsätzen zu gestalten, und den Besitzer des Gebäudes für haftbar zu erklären, wenn er nicht seinerseits die Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt nachweise.“<sup>1275</sup>

Diese Regelung wurde im BGB<sup>1276</sup> beibehalten<sup>1277</sup>. Eine verschuldensunabhängige Haftung, wie Unger sie gefordert hatte, konnte sich demnach nicht durchsetzen.<sup>1278</sup>

---

<sup>1273</sup> § 759 (E II zum BGB). Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines sonstigen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getödtet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstückes, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Ein früherer Besitzer des Grundstückes ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können.

Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer.

<sup>1274</sup> § 760 (E II zum BGB). Besitzt Jemand auf einem fremden Grundstücke in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein sonstiges [anderes Werk], so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstückes die im § 759 [G. § 836] bestimmte Haftung.

§ 761 (E II zum BGB). Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstücke verbundenen Werkes für den Besitzer übernommen [übernimmt] oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat, ist für den durch den Einsturz oder die Ablösung von Theilen entstandenen [verursachten] Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer.

<sup>1275</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1151.

<sup>1276</sup> § 836 BGB. (1) Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getödtet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des

iii. *Actio de effusis vel deiectis*

Besondere Aufmerksamkeit bezüglich des erweiterten Bereichs nachbarrechtlicher Bestimmungen widmete Unger auch der *actio de effusis vel deiectis*, welche er in einer Publikation aus demselben Jahr wie die Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ behandelt. Er diskutierte hierin ebenfalls den 1. Entwurf des deutschen BGB.

Diese römische Klage behandelt die Thematik einer Schädigung, welche durch Wurf oder Guss aus einem Haus erfolgt<sup>1279</sup>. Sie bildete eine der Ausnahmefälle des Römischen Rechts, welche Justinian unter den Begriff der Quasidelikte zusammenfasst.<sup>1280</sup> Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Unerheblichkeit des Verschuldens, dh „ob der *habitor* tatsächlich auch der Täter ist bzw. ob ihn ein Verschulden trifft, spielt keine Rolle.“<sup>1281</sup> Die Haftung erfolgt somit unbedingt durch den *habitor*. Sollte eine andere Person als der *habitor* der eigentlichen Täter sein (etwa ein Gast), so hat der *habitor* nach Inanspruchnahme die Möglichkeit sich mittels einer *actio in factum* am tatsächlichen Täter zu regressieren, ohne dass dies eine Änderung seiner Haftung gegenüber dem Geschädigten herbeiführt.<sup>1282</sup> Diese Grundhaltung sieht Unger auch in § 1318 ABGB<sup>1283</sup> verwirklicht.<sup>1284</sup>

Unger sieht diese strenge Bestimmung „im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen: man soll gangbare Orte betreten können ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch

---

*Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.*

*(2) Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können.*

*(3) Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer.*

Zur Genese siehe auch Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2868 f, Rz 44.

<sup>1277</sup> Vgl auch die damalige Auffassung in Lotze, Paul: Die Schadenshaftung nach §§ 836 – 838 BGB (1911).

<sup>1278</sup> Vgl auch unten IV. 2) e) (253 f) bezüglich der Teilnovellen des ABGB.

<sup>1279</sup> Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.pr. ff.

<sup>1280</sup> Vgl hierzu etwa Klausberger, Quasidelikte (2016), 1 ff).

<sup>1281</sup> Klausberger, Quasidelikte (2016), 2.

<sup>1282</sup> Vgl Klausberger, Quasidelikte (2016), 3.

<sup>1283</sup> § 1318. *Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden.*

<sup>1284</sup> Unger, Joseph: Die *actio de dejectis et effusis* im deutschen Entwurfe, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 226 ff (idF Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891)), 230. Ob es sich jedoch bei der in § 1318 normierten Haftung um eine verschuldensunabhängige oder lediglich eine Beweislastumkehr handelt ist heutzutage strittig – vgl hierzu etwa Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1318 ABGB (Stand 1.2.2014, rdb.at), RZ 12; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1318 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at), insb. RZ 13 ff.

Hinabwerfen oder Ausgießen aus den Häusern beschädigt zu werden.“<sup>1285</sup> Die verschuldensunabhängige Haftung soll den *habitor* dazu veranlassen, „dafür zu sorgen, daß aus seiner Wohnung nicht auf die Straße gegossen oder geworfen werde: ist dies dennoch geschehen, so trifft ihn ohne weiteres Ersatzpflicht und Strafe.“<sup>1286</sup>

Es handelt sich demnach um eine „Repressivmaßregel [...], welche die Funktion einer Präventivmaßregel übt.“<sup>1287</sup> Konsequenterweise lehnt Unger in der Folge den Gedanken ab, dass diese Haftung lediglich aufgrund von Beweisschwierigkeiten erfolgte<sup>1288</sup>, sondern betont den präventiven Charakter der Regelung, welcher auch den erhöhten Klagewert im Römischen Recht (auf das *duplum*) rechtfertige. Er kritisiert in diesem Zusammenhang die damalige Ansicht, welche etwa im ALR bzw im Züricher Gesetzbuch zu finden sei und von dort in § 729 ff des 1.Entwurf zum BGB<sup>1289</sup> gelangte<sup>1290</sup>, dass sich der *habitor* durch Nennung des wahren Schuldigen von der Haftung befreien könne, da die *actio de effusis vel deiectis* zuvorderst präventiver Natur sei. In der folgenden Diskussion der Exkulpationsmöglichkeit zeigt sich wiederum der Versuch Ungers, auf die praktischen Bedürfnisse des Lebens einzugehen. Er nimmt einen Interessensabgleich zwischen dem *habitor* und dem Publikum vor, für welches er schließlich Partei ergreift, da dieses vor Wurf und Guss geschützt werden soll. Sollte der *habitor* durch Stellung oder bloße Nennung des wahren Dejectanten sich von der Haftung befreien können, hätte dies in Ungers Wahrnehmung befremdliche Folgen:

---

<sup>1285</sup> Unger, Actio de dejectis et effusis (1891), 227.

<sup>1286</sup> Unger, Actio de dejectis et effusis (1891), 227.

<sup>1287</sup> Unger, Actio de dejectis et effusis (1891), 229.

<sup>1288</sup> Unger, Actio de dejectis et effusis (1891), 229.

<sup>1289</sup> § 729. (E I zum BGB). Ist aus einem Gebäude nach, einer öff. Strasse oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, eine Sache ausgegossen oder ausgeworfen und dadurch ein Anderer beschädigt, so hat dieser gegen den Inhaber des Gebäudes oder, wenn Mehrere das Gebäude nach Abtheilungen inne haben, gegen den Inhaber des Theiles, von welchem aus der Schaden bewirkt worden ist, Anspruch auf Ersatz des Schadens, sofern der Inhaber die Person nicht nachweist, von welcher die beschädigende Handlung verübt worden ist.

Der Inhaber ist zum Schadensersatz auch dann nicht verpflichtet, wenn er beweist, dass der Schaden durch eine Handlung bewirkt worden ist, für welche er nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden allgemeinen Vorschriften nicht verantwortlich ist.

§ 730 (E I zum BGB). Hat der Inhaber eines Gebäudes oder eines Theiles desselben auf Grund des § 729 Schadensersatz geleistet, so kann er von demjenigen, welcher für die beschädigende Handlung nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden allgemeinen Vorschriften verantwortlich ist, Ersatz verlangen.

§ 731 (E I zum BGB). Haben in den Fällen des § 729 Mehrere das Gebäude oder den Theil desselben, aus welchem der Schaden bewirkt worden ist, ungetheilt inne, so haften sie als Gesamtschuldner.

§ 732 (E I zum BGB). Der auf Grund des § 729 dem Beschädigten zustehende Anspruch verjährt mit Ablauf eines Monate Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte der Beschädigung.

§ 733 (E I zum BGB). Die Vorschriften der §§ 729— 732 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Sache ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude ausgestellt oder ausgehängt und durch ihr Herabfallen ein Anderer beschädigt worden ist.

<sup>1290</sup> Vgl Unger, Actio de dejectis et effusis (1891), 230.

„Der *Habitor* kann es hiernach vor seinen Augen geschehen lassen, daß einer seiner Hausgenossen auf die Straße wirft oder gießt, da er in der Lage ist, die Person des Thäters nachzuweisen: der verletzte Passant mag sich dann an den vielleicht mittelosen Thäter halten. Da der *Habitor*, um von der Haftung frei zu werden, den Thäter nur nachzuweisen, und nicht zu stellen (*exhibere*) braucht, so mag er ungefährdet den *Dejicienten* entkommen lassen, wenn er sich nur in den Stand gesetzt hat, etwa durch Zeugen die Person desselben zu constatiren: der beschädigte Passant mag dann zusehen, wie er zur Erholung seines Schadens gelange.“<sup>1291</sup>

Die Motive zum deutschen Entwurf sehen jedoch im Fehlen dieser Exkulpationsmöglichkeit des *habitors* „eine zu große Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen“<sup>1292</sup> und befürworten diese daher. Unger fordert hierbei rechtspolitisch im Hinblick auf den deutschen Entwurf zum BGB ruhig „etwas mehr von den ‚allgemeinen Grundsätzen‘ abzuweichen“<sup>1293</sup>. Jene Abweichung sei bereits durch die römischen Quellen gedeckt:

„Wenn das in unseren Tagen so lebhaft als ‚individualistisch‘ angefochtene römische Recht aus Gründen der *publica utilitas* hier wie sonst – und zwar häufiger, als man gewöhnlich annimmt, und jedenfalls in einer für die damaligen Lebensverhältnisse und Verkehrsbedürfnisse genügenden Weise – *contra rationem juris* so weit gegangen ist, so sollte man meinen, daß ein Gesetzgebungswerk dies gleichfalls thun dürfte und wohl auch sollte.“<sup>1294</sup>

Unger betont hierbei die praktischen Bedürfnisse, auf welche bereits das Römische Recht Rücksicht genommen hat. Von einem „lebensfernen Mumiencultus“ kann in diesem Zusammenhang schwerlich die Rede sein. Vielmehr ist es ein Versuch, progressive Ansätze des Römischen Rechts zur Lösung widerstreitender Interessen zum Wohle der Allgemeinheit und der Verkehrssicherheit auch in der Gegenwart zu verankern. Ungers Ausführungen zeugen hierbei deutlich von seinem Bemühen eine praktikable Lösung zu generieren und daher den Schutz des Publikums zu gewährleisten. Die Tendenz den Schwächeren zu sichern ist auch hierbei klar ersichtlich.

---

<sup>1291</sup> Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 231.

<sup>1292</sup> Zitiert aus Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 231 – vgl. Motive zum E I des BGB II (1888), 805.

<sup>1293</sup> Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 231.

<sup>1294</sup> Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 231f.

Die Haftung ergibt sich somit nicht aus einer Verschuldensvermutung, wie Unger sie quasideliktischen Bereichen pauschal unterstellt<sup>1295</sup>, sondern aus der gesetzlichen Anordnung, welche sich aus dem Bedürfnis nach der möglichsten Sicherung des Verkehrs ergibt. Die *utilitas publica* ist der zentrale Ankerpunkt, der Schutz des Publikums beim Begehen der öffentlichen Straßen und Wege die wahre Motivation. Ein Verschulden ist angesichts der präventiven Charakteristik nicht notwendig und für eine Haftung gänzlich unerheblich.<sup>1296</sup> Der *habitor* haftet in der Interpretation Unger in jedem Fall dem geschädigten Passanten.

Die Regelungen des ersten Entwurfs in den §§ 729 ff erfuhren jedoch ein bitteres Schicksal im zweiten Entwurf zum BGB. Die zweite Kommission hatte sich, trotz verschiedener Abänderungsanträge<sup>1297</sup>, dazu entschlossen §§ 729 ff ersatzlos zu streichen<sup>1298</sup>, an ihre Stelle traten die allgemeinen Schadenersatzregeln, was eine Verschuldenshaftung bedeutet.

Die Entscheidung fiel lediglich mehrheitlich und nicht einstimmig. In der Diskussion tauchten verschiedene Anträge auf. Antrag 1<sup>1299</sup> stimmte weitgehend mit dem ersten Entwurf überein, „läßt jedoch die Hervorhebung, daß der Inhaber des Gebäudes durch den Nachweis der Person des Beschädigers von seiner Haftpflicht frei werde, fort, weil sich diese Vorschrift

---

<sup>1295</sup> Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 232 ff. Unger sieht, divergierend von seiner sonstigen Klassifikation quasideliktischer Tatbestände (siehe oben III. C) 1) b) bb) (153 ff)), in der *actio de effusis vel deiectionis* keine Verschuldensvermutung zuungunsten des *habitors* (daher auch konsequenterweise keine *Exculpation*). So fordert er rechtspolitisch im Einklang mit Gierke und Bähr, dass die im deutschen Entwurf zum BGB generierte Form der *actio de effusis vel deiectionis* „einer Abänderung in der Richtung bedarf, daß dem Inhaber einer Wohnung für den durch Wurf oder Guß aus derselben entstandenen Schaden unbedingt (schlechthin) auferlegt wird“ (Unger, *Actio de dejectis et effusis* (1891), 234).

<sup>1296</sup> Ein Verschulden spielt uU lediglich beim Regress des *habitors* gegenüber dem wahren Täter eine Rolle (sofern sich jene unterscheiden).

<sup>1297</sup> Es wurden insgesamt 5 Anträge eingebracht (siehe Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1121).

<sup>1298</sup> Sie folgte damit Antrag 2 (siehe Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1121).

<sup>1299</sup> „1. a) Die §§ 729 — 732 durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

§ 729 (729, 732). „Ist aus einem Gebäude nach einer öff. Straße oder einem anderen Orte hin, wo Menschen zu verkehren pflegen, etwas ausgeworfen oder ausgegossen und dadurch das Leben, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Gebäudes verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß der Schaden durch eine Handlung bewirkt worden ist, für welche der Besitzer nach den allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen nicht verantwortlich ist.

Der Ersatzanspruch verjährt in einem Monate seit dem Zeitpunkt der Beschädigung“.

§ 730 (729 Ab 1, 731). „Besitzen Mehrere das Gebäude nach Abtheilungen, so finden die Vorschriften des § 729 gegen den Besitzer derjenigen Abtheilung Anwendung, von welcher aus die beschädigende Handlung verübt worden ist. Befindet sich das Gebäude oder die Abtheilung im getheilten Besitze Mehrerer, so haften sie als Gesamtschuldner“.

§ 731 (730). „Wer auf Grund der im § 729 bestimmten Haftpflicht Schadenersatz geleistet hat, kann von demjenigen, welcher für die beschädigende Handlung nach den allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen verantwortlich ist, Ersatz verlangen“;

b) den § 733 zu fassen: „Die Vorschriften der §§ 729—731 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Sache ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude aufgestellt oder aufgehängt und durch ihr Herabfallen das Leben, den Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt ist.““ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1121).

erübrige, nachdem man zu den §§ 710 bis 712 eine Umkehrung der Beweislast beschlossen habe und der Inhaber somit, auch wenn er den Thäter namhaft mache, immer noch nachweisen müsse, daß die That von einer Person oder unter Umständen begangen sei, wofür er nicht verantwortlich gemacht werden könne.“<sup>1300</sup>

Ebenso wurden jedoch Vorschläge einer unbedingten Haftung gemacht: „Die unter 3 und 4 gestellten Anträge erachteten diesen Schutz nicht für ausreichend und wollten mit gewissen Ausnahmen gegen den Inhaber eine unbedingte Haftpflicht eintreten lassen oder doch mindestens ihm neben dem Exkulpationsbeweise noch eine Auskunftspflicht gegenüber den Beschädigten auferlegen.“<sup>1301</sup>

Die Haftung würde folgendermaßen begründet: „Das Bewohnen und sonstige Benutzen eines Gebäudes an einer Straße oder einem anderen dem Verkehre dienenden Orte enthalte seiner Natur nach eine Quelle der verschiedensten Gefahren für die Vorübergehenden, und es entspreche nur der Gerechtigkeit, daß derjenige, der diese Gefahren für den Verkehr schaffe, auch den daraus sich ergebenden Schaden auf sich nehmen müsse. Ob dieser Schaden von einem Hausgenossen, den der Hausherr hätte beaufsichtigen sollen, oder von einem nicht der Aufsicht unterliegenden Hausgenossen oder von einer anderen Person, die sich mit Bewilligung des Hausherrn in dessen Räumen aufhalte, zugefügt worden sei, rechtfertige bezüglich des Ersatzanspruches des Beschädigten noch nicht die dem Entwurf und dem

---

<sup>1300</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1122.

<sup>1301</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1122.

Vgl Antrag 3: „3. Für den Fall der Beibehaltung der §§ 729 bis 733

a) den Schluß des § 729 Ab 1 des Antrages 1 zu fassen: ‚es sei denn, daß das Auswerfen oder Ausgießen nicht mit der Benutzung zusammenhing, zu welcher das Gebäude dem Besitzer dient.‘

Für den Fall der Ablehnung dieses Vorschlages den Schluß des Ab 1 zu fassen: ‚es sei denn, daß er dem Verletzten nachweist, daß der Schaden durch eine Handlung bewirkt worden ist, für welche der Besitzer nach den allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nicht verantwortlich ist. Der Besitzer kann sich nicht mehr durch diesen Nachweis von seiner Verpflichtung befreien, wenn er in dem über den Anspruch des Verletzten entstandenen Rechtsstreite Einwendungen nicht mehr geltend machen kann. Soweit der Schadensersatz geleistet ist, kann der Besitzer das Geleistete nicht auf Grund nachträglicher Beibringung des Nachweises zurückfordern.‘ (Wegen des Nachweises vgl. zB. § 277 a [R. 380], § 280 Ab 3, § 580 Ab 2, ferner BankG. v. 14. März 1875 § 4 Ab 2, PreßG. v. 7. M a i 1874 § 21 Ab 2;).

b) den § 731 zu fassen: ‚Ist im Falle der §§ 729, 730 für die beschädigende Handlung neben dem Besitzer des Gebäudes ein Dritter nach den allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen verantwortlich, so haften beide als Gesamtschuldner. In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Dritte allein verpflichtet.‘ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1121).

„Sowie Antrag 4: ‚Im Falle der Ablehnung der Anträge 1 an Stelle der §§ 729 bis 733 folgende Vorschriften aufzunehmen: a) ‚Ist aus einem Gebäude nach einer öff. Straße oder einem anderen Orte hin, wo Menschen zu verkehren pflegen, etwas ausgegossen oder hinausgeworfen und dadurch

Jemand beschädigt worden, so hat der Beschädigte wider den Besitzer des Raumes, von wo aus der Schaden bewirkt ist, einen Anspruch auf Schadensersatz. Der in Anspruch Genommene kann sich nur durch den Nachweis befreien, daß die schädigende Handlung von einer nicht zu feinem Hauswesen gehörigen Person, die sich gegen seinen Willen in dem Raume aufgehalten hat, verübt worden ist.

Mehrere Besitzer des fraglichen Raumes haften als Gesamtschuldner.

Der Anspruch verjährt mit Ablauf eines Monats nach geschehener Beschädigung‘. (Baehr § 805;)

b) eine gleiche Regel für ausgestellte und ausgehängte Sachen. (Baehr § 806.)“ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1121 f).

Antrage 1 zu Grunde liegende Unterscheidung. Das Hauswesen sammt den damit verbundenen Gefahren bilde das Unternehmen des Hausherrn und müsse von ihm nach Außen hin vertreten werden.“<sup>1302</sup>

Die Mehrheit entschied sich jedoch dagegen:

„Die dem prätorischen Edikte entstammende *actio de dejectis et effusis* habe ihren Grund in Eigenthümlichkeiten, die heutzutage im deutschen Reiche weder für die städtischen noch für die ländlichen Verhältnisse zuträfen. Es dürfe daher behauptet werden, daß, wenn die Bestimmungen des Ediktes nicht im *Corpus juris* Eingang gefunden hätten, sie schwerlich in die neueren deutschen Kodifikationen und Entwurf übergegangen wären. Die Hauptbedeutung jener *actio* habe übrigens in Rom darin gelegen, daß sie als Popularklage im Interesse der Sicherheit des Straßenverkehrs von Jedermann erhoben werden durfte. Der moderne Straßenverkehr sei durch die veränderten Lebensgewohnheiten, die Vorschrift des § 366 Abs 8 StGB, in Verbindung mit den polizeilichen Verordnungen hinreichend geschützt, so daß die Auswüchse, denen die Vorschriften der §§ 729 bis 732 Vorbeugen wollten, nicht zu befürchten seien.“<sup>1303</sup>

Weiters:

„Der Gerechtigkeit entspreche es in höherem Maße, wenn der Beschädigte, der den Urheber der Verletzung nicht ermitteln könne, den Schaden trage, als daß der Schaden einem möglicherweise unschuldigen Dritten auferlegt werde.“<sup>1304</sup> Die verschuldensunabhängige Haftung führe „zu großen Härten gegen den Besitzer des Gebäudes.“<sup>1305</sup> Die Mehrheit kam daher zu folgendem Schluss: „Es empfehle sich daher, die §§ 729 bis 732 ersatzlos zu streichen und auf die daselbst vorhergesehenen Fälle die allgemeinen Rechtssätze über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen anzuwenden.“<sup>1306</sup>

---

<sup>1302</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1122.

<sup>1303</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1123.

<sup>1304</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1123.

<sup>1305</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1123.

<sup>1306</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1123.

### 3) Tierhalterhaftung

#### a) Historischer Hintergrund

Die Tierhalterhaftung stellt einen weiteren Bereich dar, in welchem sich bereits früh Stimmen und Anklänge einer verschuldensunabhängigen Haftung finden lassen.<sup>1307</sup> Bereits im Römischen Recht bildete die Tierhalterhaftung einen Anspruch mit verschuldensunabhängigen Elementen. So hatte der Tiereigentümer in bestimmten Konstellationen für den vom Tier verursachten Schaden unbedingt einzustehen.<sup>1308</sup>

Der sture Fokus auf das Verschuldensprinzip der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert führte jedoch paradoxerweise dazu, dass trotz der romanistischen Grundhaltung dieser römische Ausnahmefall lange Zeit von der Jurisprudenz weitgehend unbeachtet blieb. So widmete sich auch Unger erst spät der Thematik (siehe sogleich). Ebenso setzte sich die Tendenz der Absenz verschuldensunabhängiger Elemente der Tierhalterhaftung in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum grundsätzlich fort (insbesondere im ABGB<sup>1309</sup>). Es finden sich jedoch in anderen Gesetzbüchern zumindest

---

<sup>1307</sup> Vgl etwa Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2861 ff, Rz 32 ff.

<sup>1308</sup> Zentrale Quellen im *Corpus Iuris Civilis* bilden D.9.1.1.pr - 11 sowie Inst 4.9. Gewährt wurde grundsätzlich eine Noxalklage bzw eine „auf dem Grundgedanken der Noxalhaftung“ (Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*<sup>20</sup> (2014), 298, Rz 14) beruhende *actio de pauperie*. Jene Noxalklage bzw die spezifische *actio de pauperie* wurde jedoch nur bei zahmen und nicht bei „wilden“ Tieren gewährt (I.4.9. sowie D.9.1.1.7 & 10; Joseph Unger unterteilt hierbei ebenfalls hinsichtlich der Wesensart der Tiere (siehe sogleich in Ungers Konzept in III. D) 3) b) (209 ff)). Zentral war die Anforderung, dass das Tier entgegen seiner zahmen Natur – *contra naturam* (D.9.1.1.6 *Ulpianus libro 18 ad edictum*) – gehandelt hat. Nur in diesem Fall wird jene verschuldensunabhängige Klage eingeräumt. Diese Regelung geht zurück auf die Zwölf Tafeln (8,6) und hatte ihre ursprüngliche Rechtfertigung darin, dass man annahm, der Tierdämon habe den Schaden verursacht (vgl Schlund, Gerhard H.: Zur Tierhalterhaftung des § 833 BGB, in: FS Karl Schäfer (1980), 223 ff (223 f)), was den verschuldensunabhängigen Charakter erklären könnte.

<sup>1309</sup> Das ABGB regelte die Tierhalterhaftung wie folgt:

§ 1320aF. *Wird jemand durch ein Thier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Kann niemand eines Verschuldens dieser Art überwiesen werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten.*

Geradezu exemplarisch tritt hierbei die in der Folge des 19. Jahrhunderts entwickelte allgemeine Grundhaltung der herrschenden Lehre zu Tage. Das ABGB aF normierte somit hierbei die reine Zweipoligkeit im Schadenersatzrecht. Entweder lag ein Verschulden vor, was zum Schadenersatz mittels Verschuldenshaftung führte, oder ein casus, welcher nach dem römischen Grundsatz „casum sentit dominus“ den Eigentümer traf.

Ein Verschulden konnte aufgrund der ausdrücklichen Normierung nur in Form eines Antreibens, Reizens oder in der vernachlässigten Verwahrung des Tieres auftreten. Die restlichen Tierschäden wurden als zufällige Schäden gewertet, für die es ganz im Sinne der Culpadoktrin keinen Ersatz geben konnte (vgl jedoch die heutige Diskussion der Tierhalterhaftung nach ABGB (unten sogleich (209, Fn 1315))).

Hervorzuheben ist jedoch die singuläre Normierung des Hofkanzleidekrets vom 11. Januar 1816, welche den Eigentümer (subsidiär Gemeinde und Staat) unbedingt für die Schäden „wüthender Hunde“ haften lässt (vgl hierzu etwa Stubenrauch, Moriz von (bzw neu bearbeitet durch Schuster von Bonnot, Max und Schreiber, Karl): *Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, 6. Aufl. Bd II (1894) (idF Stubenrauch, *Commentar II*<sup>6</sup> (1894)), § 1320, 581). Auch die in § 1321 normierte Privat-Pfändung bei durch

Anklänge verschuldensunabhängiger Elemente. Insbesondere dem ALR (1. Teil, 6. Titel, §§ 70 ff) kommt hierbei eine besondere Rolle zu<sup>1310</sup>, insbesondere im Bereich der Haftung für „Luxustiere“<sup>1311</sup>. Von besonderer Bedeutung diesbezüglich ist ebenfalls das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“, welches zwar einerseits in weiten Teilen ebenfalls eine am Verschuldensgrundsatz orientierte Tierhalterhaftung normierte<sup>1312</sup>, beinhaltete in § 1560 jedoch eine reine, verschuldensunabhängige Haftung für „wilde“ Tiere.<sup>1313</sup>

---

fremdes Vieh verursachten Schäden auf eigenem Grund beinhaltet verschuldensunabhängige Elemente (siehe hierzu oben III. B) 1) (127 ff, insb. 128 ff).

<sup>1310</sup>. So normiert etwa §§ 70f:

§ 70. *Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß wilde oder andre Thiere hält, die vermöge ihrer Natur den Menschen oder den in der Wirthschaft nützlichen Thieren schädlich sind, und in den Häusern oder auf dem Lande gewöhnlich nicht gehalten werden, der haftet für allen durch selbige verursachten Schaden.*

§ 71. *Eine gleiche Vertretung trifft denjenigen, welcher, auch nach erhaltener Erlaubniß, die gehörigen Maaßregeln zur Abwendung des von solchen Thieren zu befürchtenden Schadens verabsäumt.*

Die zeitgenössische Rezeption schöpfte die verbalinterpretativen Optionen jener Regulierung hinsichtlich einer verschuldensunabhängigen Haftung jedoch nicht aus, sondern legte die Norm im Sinne einer Verschuldenshaftung aus, in welcher das Verschulden „im Halten der Tiere ohne obrigkeitliche Erlaubnis oder in der Nichtvornahme der erforderlichen Maßnahmen zur Abwendung von Schäden“ (Schmalhorst, Regine: Die Tierhalterhaftung im BGB von 1896 (2002) (idF Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 26) gesehen wurde. Grundsätzlich bestand demnach ganz im Sinne der herrschenden Lehre des 19. Jahrhunderts eine auf dem Verschulden des Tierhalters basierende Haftung für Tierschäden, mit der interessanten Einschränkung der unbedingten Haftung für Luxustiere (siehe sogleich Fn 1311).

<sup>1311</sup> Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 26. In den §§ 72- 74 werden Tierschäden behandelt, welche von „zahmen“ (Haus-) Tieren verursacht wurden. Im Bereich der Haftung für Schäden durch „Luxustiere“, dh bei Tieren, „die zwar ihrer Natur nach nicht schädlich sind, aber auch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung nicht gebraucht werden“ (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 72)), , bestand hierbei eine Haftung für den Halter „auch ohne seine besondere Schuld“ (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 72), welche in der Praxis als eine Garantiehaftung aufgefasst wurde, ohne dass Verschulden nachgewiesen werden musste (vgl Dernburg, Heinrich: Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, 4., neu bearbeitete Auflage (1889), 940 f). Im Gegensatz zu § 73, dh bei „bei andern von Natur unschädlichen Tieren“ (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 73), welche keine Luxustiere darstellten, hatte der Halter eines Luxustieres keinerlei Möglichkeit einer Exkulpation (vgl Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 27), und haftete somit unbedingt. In den weiteren Fällen haftete der Eigentümer des Tieres in vermeintlicher Folge des römischen Rechts entweder „aus der verabsäumten Aufsicht“ (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 73. ), wegen verabsäumter Vorsichtsmaßnahmen trotz Kenntnis der Gefährlichkeit des Tieres (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 74) oder wegen Provokation und Reizung des Tieres, welche einen Schaden bei einem Dritten hervorriefen ohne hierbei Anspruch auf Ersatz der eigens erlittenen Schäden zu haben (ALR 1. Teil, 6. Titel, §. 75 f).

<sup>1312</sup> Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen 3. Buch. 2 Abschnitt, VII Beschädigung durch Thiere, §§ 1560 ff. wobei § 1560 jedoch eine reine, verschuldensunabhängige Haftung für „wilde“ Tiere beinhaltete:

§ 1560. *Wer ihrer Gattung nach wilde Tiere hält, haftet für den Schaden, welchen dieselben anrichten, ausgenommen wenn der Beschädigte den Schaden veranlaßt hat.*

Sofern nicht der Beschädigte demnach den Schaden, etwa durch Reizung des Tieres, veranlasst hatte, trat eine unbedingte Haftung ein, welche auch nicht durch Exkulpation umgangen werden konnte. Die weiteren Regelungen normierten eine klassische Verschuldenshaftung aufgrund einer Reizung des Tieres bzw den Entfall der Schadenersatzpflicht bei vorangegangener Reizung seitens des Beschädigten, sowie die Solidarhaftung mehrerer Eigentümer (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §§1562 ff).

Jenes Regelwerk bezüglich der Tierhalterhaftung des sächsischen Gesetzbuchs ist von besonderer rechtshistorischer Bedeutung, da es „sowohl Zwischenstufe als auch Übergang von den partikularen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts zum Bürgerlichen Gesetzbuch war“ (Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 35).

<sup>1313</sup> § 1560. *Wer ihrer Gattung nach wilde Tiere hält, haftet für den Schaden, welchen dieselben anrichten, ausgenommen wenn der Beschädigte den Schaden veranlaßt hat.*

Sofern nicht der Beschädigte demnach den Schaden, etwa durch Reizung des Tieres, veranlasst hatte, trat eine unbedingte Haftung ein, welche auch nicht durch Exkulpation umgangen werden konnte. Die weiteren

Die zentrale Frage der Tierhalterhaftung ist, ob der Tierhalter nur für eine Verletzung der Aufsichtspflicht oder generell für den von seinem Tier verursachten Schaden, trotz korrekter Aufsicht und Haltung, dh verschuldensunabhängig, haften soll.

Diese Frage beschäftigt bis zum heutigen Tag die Jurisprudenz, welche in Österreich hinsichtlich § 1320 ABGB (welcher jedoch im Zuge der III. Teilnovelle verändert wurde<sup>1314</sup>) zwischen Gefährdungshaftung, Kompromiss zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung oder Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr schwankt.<sup>1315</sup>

### **b) Ungers Position und Konzept**

Joseph Unger widmet sich der Problematik bei der Diskussion des § 734 des Ersten Entwurfs zum deutschen BGB<sup>1316</sup> in der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“. Die Regelung des ersten Entwurfs „befürwortete im Bereich der Tierhalterhaftung ausnahmslos das Verschuldensprinzip.“<sup>1317</sup> Die Lehre hatte dies jedoch teils heftig kritisiert, unter anderem in der Person Ungers.

Materiell unterteilt Unger grundsätzlich (und damit auch abweichend von der heutigen Lehre) in zwei Gruppen von Tieren:

---

Regelungen normierten eine klassische Verschuldenshaftung aufgrund einer Reizung des Tieres bzw den Entfall der Schadenersatzpflicht bei vorangegangener Reizung seitens des Beschädigten, sowie die Solidarhaftung mehrerer Eigentümer (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §§1562 ff).

Jenes Regelwerk bezüglich der Tierhalterhaftung des sächsischen Gesetzbuchs ist von besonderer rechtshistorischer Bedeutung, da es „sowohl Zwischenstufe als auch Übergang von den partikularen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts zum Bürgerlichen Gesetzbuch war“ (Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 35).

<sup>1314</sup> § 1320 (aktuelle Fassung). *Wird jemand durch ein Tier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Derjenige, der das Tier hält, ist verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß er für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung gesorgt hatte.*

<sup>1315</sup> Vgl hierzu etwa Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1320 ABGB (Stand 1.2.2014, rdb.at) sowie ausführlich Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1320 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Zur Zeit Ungers war jedoch eindeutig die Verschuldenshaftung Rechtslage, was klar im Wortlaut der alten Fassung des ABGB ersichtlich ist („Kann niemand eines Verschuldens dieser Art überwiesen werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten“). Siehe hierzu etwa Stubenrauch, Commentar II<sup>6</sup> (1894), § 1320, 581 f.

<sup>1316</sup> § 734 (E I zum BGB). *Wer ein Thier hält, ist verpflichtet, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, welche erforderlich sind, um das Thier an der Zufügung von Beschädigungen zu hindern. Wird diese Pflicht verletzt, so ist der Halter des Thieres zum Ersatz des daraus einem Dritten entstandenen Schadens nach Maßgabe der §§ 704, 722—726 und des § 728 Ab 1 verpflichtet. Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den Halter des Thieres übernommen hat.*

Zur Genese der Tierhalterhaftung des BGB (§ 833 BGB) siehe ausführlich Schmalhorst, Regine: Die Tierhalterhaftung im BGB von 1896 (2002) (idF Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002)).

<sup>1317</sup> Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 56; vgl auch Motive zum E I des BGB II (1888), 809 ff.

ba) „Wilde oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere“<sup>1318</sup>

Für Schäden, welche von „wilden oder sonst ihrer Natur nach schädlichen“<sup>1319</sup> Tieren verursacht wurden, sollte laut Unger, welcher sich hierbei in Übereinstimmung ua mit dem § 1560 des sächsischen Gesetzbuches<sup>1320</sup> erachtet, der Tierhalter unbedingt haften.<sup>1321</sup>

Er begründet dies mit der „besonderen Gefährlichkeit dieser Thiere“<sup>1322</sup>, was dazu führe, dass „keine noch so sorgfältige Verwahrung und Obhut [...] die mit den Halten solcher Thiere verbundenen Gefahren gänzlich beseitigen“<sup>1323</sup> könne. Unger denkt hierbei primär an Raubtiere vom Format eines Tigers oder Löwen, welche eigentlich nicht im „bürgerlichen Leben“ als Haustiere vorkommen, sondern aus „Menagerien oder zoologischen Gärten ausbrechen und Personen und Sachen schweren Schaden zufügen.“<sup>1324</sup> Er kommt hierbei demnach zu einer klassischen Gefährdungshaftung. Der Tierhalter haftet aufgrund der Gefährlichkeit, welche die Haltung solcher Tiere mit sich bringt und unabhängig von einem Verschulden. Selbst pflichtmäßige und sorgfältige Verwahrung sowie Beaufsichtigung befreien hierbei nicht von der Haftung. Im Rahmen der Haftung für „wilde“ Tiere stellt Unger somit, neben seinem allgemeinen Konzept der Vorteilsenerweiterung, in der Begründung dezidiert auf die Gefährdung bzw Gefährlichkeit ab.<sup>1325</sup>

Die einzige Möglichkeit für den Tierhalter dieser unbedingten Haftung im Schadensfall zu entgehen, verortet Unger in der Schuld des Geschädigten. Sollte der Geschädigten durch eigenes Verschulden den Schaden verursacht haben, haftet der Tierhalter nicht, was Unger anhand eines Grundsatzes des Pomponius untermauert: „*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* (D 50,17,203)“.<sup>1326</sup>

---

<sup>1318</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 398 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70 ff.

<sup>1319</sup> Unger spielt hierbei auf das Wesen der Tiere an und meint daher natürlich keine Wildtiere, sondern Tiere welche im Eigentum einer Person stehen.

<sup>1320</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71 (vgl auch oben III. D) 3) a) (207 ff)). Ebenso halte man auch im englischen Recht „wilde und gefährliche Thiere auf seine eigene Gefahr“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71, Fn 4).

<sup>1321</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 398 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70: „Darüber kann wohl kein Zweifel sein, dass, wer wilde oder sonst ihrer Natur nach schädliche Tiere (wenngleich etwa mit polizeilicher Erlaubnis) hält, für den durch dieselben verursachten Schaden unbedingt haften muß“

<sup>1322</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70.

<sup>1323</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71.

<sup>1324</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71f.

<sup>1325</sup> Was wie erwähnt die Ausnahme darstellt – siehe oben III .C) 1) (148 ff, insb. 156 f).

<sup>1326</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399, Fn 96; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70, Fn 2.

Die Ablehnung einer unbedingten Haftung für wilde Tiere in der ersten Lesung des deutschen Entwurfs betrachtet Unger demnach als verfehlt. Die Begründung, dies geschehe aufgrund „des positiven Charakters“<sup>1327</sup> der Bestimmung, kritisiert Unger:

„Unter dem ‚positiven Charakter‘ soll wohl der Ausnahmecharakter einer solchen Bestimmung zu verstehen sein. Aber dies ist doch für den Gesetzgeber kein Hindernis, dieselbe unbedenklich zu treffen, falls sie nur durch das praktische Bedürfnis gefordert und gerechtfertigt ist. *Multa jure civile contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilis rebus probari potest*, sagt Julian L.51 §.2 D.ad leg. Aquil. (9.2). [D 9.2.51.2]“<sup>1328</sup>

Für einen Juristen, welcher der angeblich „lebensfernen“ Richtung der Pandektistik zugeordnet wurde, zeigt dieser Einschub und Verweis auf das „praktische Bedürfnis“ wiederum eine erstaunlich klare Konzession an die Ansprüche der Praxis.

#### bb) „Zahme Tiere“

Die Problematik erscheint für Unger jedoch in verändertem Gewande, sofern es sich um „zahme“<sup>1329</sup> Tiere handelt. Unger diskutiert hier in der für ihn typischen Weise die Interessenskollision. Einerseits akzeptiert er prinzipiell die Position des Tierbesitzers: Dieser argumentiere, dass er im vom Tier verursachten Schadensfall lediglich bei einer Aufsichtsverletzung – „wenn er es an der erforderlichen Sorgfalt und Obhut nicht hat fehlen lassen“<sup>1330</sup> –, dh bei Verschulden, hafte. Andererseits meint das Publikum, „trotz solcher Aufsicht und eigener Vorsicht vor Beschädigung [...], nicht hinlänglich geschützt zu sein.“<sup>1331</sup>

---

<sup>1327</sup> „Die Aufnahme der einen wie der anderen Bestimmung ist indessen mit Rücksicht auf den positiven Charakter derselben bedenklich [...].“ (Motive zum E I des BGB II (1888), 812).

<sup>1328</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71.

<sup>1329</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72, Unger sieht hierin wohl nicht nur „zähmbare“ Tiere sondern in einem weiteren Sinne wohl auch Tiere mit „sanfterem“ Gemüt bzw nicht per se als Art gefährlich. Der „zahme“ Zirkuslöwe fällt demnach nicht unter „zahme“ Tiere, da er seiner Natur nach „wild“ ist.

<sup>1330</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72.

<sup>1331</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72.

Schlussendlich ergreift Unger hierbei abermals Partei für das Publikum, womit im Ergebnis dieselbe rechtliche Folge wie bei wilden Tieren eintritt, indem er sich auch bei zahmen Tieren für eine verschuldensunabhängige Haftung des Tierhalters ausspricht.<sup>1332</sup>

Er kommt zu diesem Resultat jedoch, anders als bei den „wilden“ Tieren, nicht wegen der Gefährlichkeit bzw der Unbeherrschbarkeit des Tieres an sich, sondern sieht hierbei, seinem grundsätzlichen System zur verschuldensunabhängigen Haftung folgend<sup>1333</sup>, die Begründung in dem Vorteil des Tierhalters begründet:

„Kann man denn nicht auch in diesen Fällen sagen, daß derjenige, der ein Thier zu seinem Nutzen oder Vergnügen hält, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt? Ich glaube daher, daß es das Richtige ist, wenn das Gesetz pro utilitate communi demjenigen, der das Thier hält, die unbedingte Verantwortlichkeit für den durch dasselbe verursachten Schaden auferlegt, wie dies bekanntlich der *Code civil* Art 1385 und ihm folgend der *Codice civile* Art 1154 sowie (wenngleich in beschränkter Weise das sächsische Gesetzbuch (§ 1561) thut.“<sup>1334</sup>

Neben der lobenden Erwähnung von *Code civil* sowie *Codice civile* und dem sächsischen Gesetzbuch thematisiert Unger auch kurz das ALR. Dessen Regelungen in den §§ 70 ff bezeichnet er als „ungenügend“<sup>1335</sup>, obgleich er in der Luxustierehaftung des § 72 den „richtigen Gedanken“<sup>1336</sup> verwirklicht sieht. Die österreichische Rechtslage thematisiert Unger nur am Rande, indem er die im Hofkanzleidekret vom 11. Januar 1816<sup>1337</sup> normierte unbedingte Haftung des Eigentümers (subsidiär hafteten Gemeinde und Staat) für Schäden, die durch dessen „wüthende Hunde“ verursacht wurden, hervorhebt, welche auf dem Gedanken *pro utilitate communi* beruhe.<sup>1338</sup> Die Regelung des § 1320 f ABGB bezeichnet Unger beiläufig als eine „bedingte Haftpflicht für Thierschaden“<sup>1339</sup>.

Die von Unger empfohlene Haftung stellt kein fingiertes Delikt, sondern eine Verpflichtung *ex lege* dar. Die Kritik der „Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches“ (des

---

<sup>1332</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72.

<sup>1333</sup> Vgl hierzu oben III. C) (148 ff).

<sup>1334</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72 f.

<sup>1335</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399, Fn 98; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71, Fn 4. Ebenso bezeichnet er den Dresdner Entwurf (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71, Fn 4).

<sup>1336</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399, Fn 98; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 71, Fn 4.

<sup>1337</sup> Vgl hierzu Stubenrauch, Kommentar II<sup>6</sup> (1894), § 1320, 581.

<sup>1338</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 400 f, Fn 99; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 72, Fn 5.

<sup>1339</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 402, Fn 104; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 74, Fn 11.

dt. BGB), welche vermerkt, dass die gesetzliche Verpflichtung „eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation“<sup>1340</sup> sei, kontert Unger mit den Worten:

„Als ob es nicht gerade die Aufgabe des Gesetzgebers, in Fällen des praktischen Bedürfnisses, unbekümmert um das „Rechtssystem“, solche Obligationen zu schaffen und eine Verpflichtung kraft Rechts aufzuerlegen: die Kategorie der gesetzlichen Obligationen, die doch im heutigen Rechtssystem schon einen so breiten Raum einnimmt, wäre dann eben um eine Nummer vermehrt“<sup>1341</sup>.

Von einem „begriffsjuristischen“ Zugang kann angesichts einer solchen Argumentation, welche auf die juristische Praxis dezidiert Bezug und etwaige Systembrüche bewusst in Kauf nimmt, nicht gesprochen werden. Das Bedürfnis, eine gangbare Lösung zu erzielen, lässt sich in der Folge auch am Vorschlag erkennen, dass, sofern man sich hinsichtlich des deutschen Entwurfs nicht dazu entschließen könne eine unbedingte Haftung des Tierhalters für zahme Tiere zu normieren, „doch mindestens die Beweislast“ dem Tierhalter aufzubürden wäre, „wie dies das badische Landr. Art. 1385, das Zürcher Gesetzb. § 1877, das schweizer. Bundesges. Art 65, der bayer. Entw. Art 948 Abs. 2 und der Dresdner Ent. Art.1025 Abs. 3 thun.“<sup>1342</sup>

Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass Unger im Bereich der Tierhalterhaftung für eine verschuldensunabhängige Haftung plädiert, welche bei „wilden“ Tieren aufgrund der Gefährlichkeit der Tiere selbst begründet wird. Bei „zahmen“ Tieren rechtfertigt jedoch das Interesse bzw der Vorteil des Tierhalters, begründet in der Haltung der Tiere, die unbedingte Haftung. Wer Tiere hält, tut dies im eigenen Interesse und somit auf eigene Gefahr.

Die Methode Ungers hierbei ist erneut beispielhaft für seine schadenersatzrechtlichen Schriften. Auf die römische Rechtslage wird lediglich kurz in einer Fußnote verwiesen<sup>1343</sup>. Andere Einschübe aus dem Römischen Recht stellen eher allgemein gültige Grundsätze als eine spezifische Diskussion der Thematik dar.<sup>1344</sup> Des Weiteren vergleicht Unger kurz die Rechtslagen anderer Rechtsordnungen. Wesentliche Triebfeder und zentrales Motiv seiner

---

<sup>1340</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 401; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 73 – vgl Motive zum E I des BGB II (1888), 811: „...so würde man damit den Boden des Deliktes verlassen und, wenn auch nicht ein fingiertes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen.“

<sup>1341</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 401; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 73.

<sup>1342</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 402; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 74. Eine ähnliche Regelung wurde dann auch in der zweiten Lesung beschlossen (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 74 – siehe unten sogleich 214 f).

<sup>1343</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399, Fn 97; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70, Fn 3.

<sup>1344</sup> Etwa in dem zitierten Grundsatz des Pomponius – Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 399, Fn 96; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70, Fn 2.

Argumentation ist jedoch erneut der Interessensabgleich. Die Tierhalterhaftung wird für Unger durch die widerstreitenden Interessen des Tierhalters und des Publikums dominiert. Bei diesem Interessenkonflikt ist das Recht im Ungerschen Verständnis dazu gehalten eine gerechte Lösung zu finden, welche Unger hierbei pro utilitate communi in der unbedingten Haftung des Tierhalters zu erblicken meint. Die rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Verweise stellen lediglich Anwendungen bzw Ausdrücke dieser Interessenslage dar und bilden die erweiterte Bühne für den eigentlichen Kernpunkt der Thematik, welcher im Konflikt der Interessen begründet liegt.

Ungers Überlegungen dürften durchaus eine Rolle gespielt haben in den Entwicklungen im Zuge der Abfassung des BGB<sup>1345</sup>. Hatte Unger noch die ursprüngliche Regelung heftig kritisiert (neben anderen bedeutenden Juristen, allen voran wohl Gierke<sup>1346</sup>), so kam es, nach den tiefgreifenden Änderungen der Vorkommission, welche bis 1893 wirkte<sup>1347</sup>, sowie den erneuten Modifikationen der zweiten Kommission, schließlich zu dem Ergebnis, dass im zweiten Entwurf in Satz 1 des neuen § 756<sup>1348</sup> eine verschuldensunabhängige Haftung für Tiere, welche keine Haustiere sind, festgelegt wurde. Satz 2 normierte eine Verschuldenshaftung des Tierhalters mit Beweislastumkehr für Haustierschäden.<sup>1349</sup> Die erfolgte Unterscheidung zwischen Tieren und Haustieren wurde schließlich erst 1896 aufgegeben<sup>1350</sup>, womit § 833 BGB aF<sup>1351</sup> eine generelle Gefährdungshaftung bei Tierschäden normierte.<sup>1352</sup> In der darauffolgenden Entwicklung<sup>1353</sup> wurde § 833 jedoch bereits 1908 erneut geändert, was zu der nach wie vor geltenden Fassung führte, welche wiederum eine

---

<sup>1345</sup> Vgl allgemein Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002) sowie Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2857 ff, Rz 29 ff.

<sup>1346</sup> Gierke, Entwurf (1889), 270 ff. Vgl Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 44 ff für Ausführungen zum 1. Entwurf sowie der Kritik hierzu (52 ff).

<sup>1347</sup> Vgl Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 58 ff.

<sup>1348</sup> § 756 (E II zum BGB). *Wird durch ein Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier hält, verpflichtet, dem Verletzten den entstandenen [daraus entstehenden] Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Hausthier entstanden ist [verursacht wird] und derjenige welcher das Thier hält, bei dessen Beaufsichtigung die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder [wenn] der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*

<sup>1349</sup> Vgl Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1123 ff sowie Denkschrift, 1268 sowie Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 60 ff.

<sup>1350</sup> Siehe hierzu die lebhafteste Debatte im Reichstag am 30. Juni 1896 (Mugdan, BGB II (1899), St. Berichte, 1403 ff).

<sup>1351</sup> § 833 BGB aF. *Wird durch ein Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*

<sup>1352</sup> Vgl Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 64 ff.

<sup>1353</sup> Vgl Schmalhorst, Tierhalterhaftung (2002), 141 ff.

Ausnahme von der allgemeinen Gefährdungshaftung für Haustiere macht.<sup>1354</sup> Im Ergebnis bleibt jedoch die Tierhalterhaftung gem § 833 „der einzige im BGB geregelte Fall von Gefährdungshaftung.“<sup>1355</sup> Ungers Rolle hierbei ist nur sehr schwer nachzuvollziehen. Einerseits erinnert die Teilung zwischen Haustieren und „normalen“ Tieren an seine Unterteilung in zahme und wilde Tiere. Er forderte jedoch für beide Gruppen eine verschuldensunabhängige Haftung. Kurze Zeit wurde dies auch mit der Regelung des § 833 BGB aF erreicht, ehe wiederum eine Unterscheidung normiert wurde. Unger war allerdings nicht der einzige, welcher die Verschuldenshaftung der Tierhalterhaftung im ersten Entwurf des BGB kritisierte, womit eine Aussage bezüglich seines Einflusses auf die Regelung aus 1896 spekulativ bleibt.<sup>1356</sup>

## **4) Gehilfenhaftung**

### **a) Historischer Hintergrund**

Mit dem technischen Fortschritt steigerte sich naturgemäß die Komplexität ökonomischer Strukturen und Aufgaben. Neue Gebiete des Handels sowie der Wirtschaft wurden im Laufe der Industrialisierung erschlossen und mit ihnen neue Formen der Delegation von Arbeitskraft bzw Arbeitsteilung. Als Konsequenz der gesteigerten Vielfalt im wirtschaftlichen Alltag sowie Diversifikation der gewerblichen Beschäftigungsoptionen multiplizierten sich die juristischen Problembereiche. Die Komplexität und Schwierigkeiten in der Handhabung neuer maschineller Technik, verbunden mit rezenten, neuartigen Formen der Arbeitssegmentierung sowie der Entstehung großer industrieller Betriebe, bargen in sich die Problematik der Haftungsfrage für das Verschulden einer dem Unternehmen zurechenbaren Person. Ein zentrales rechtliches Sujet der ökonomischen Praxis des 19. Jahrhunderts war demnach die Frage, inwiefern für Unternehmen Tätige haftbar gemacht werden können bzw inwiefern diese Haftung sich auf den Unternehmer bzw das Unternehmen selbst auswirken würde. Die

---

<sup>1354</sup> § 833. Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

<sup>1355</sup> Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2860, Rz 31.

<sup>1356</sup> Für Einflüsse Ungers auf die Tierhalterhaftung in den Teilnovellen des ABGB vgl IV. 2) f) (256 f).

Fragestellung lautete insbesondere, ob der Unternehmer für einen Schaden, welcher von einem seiner Mitarbeiter bzw Gehilfen verursacht wurde, eintreten musste, dh für fremdes Handeln schadenersatzpflichtig werden kann.<sup>1357</sup>

Das bisherige Regime, dass „nur der unmittelbare Schädiger haftpflichtig zu machen sei, basierte auf der Vorstellung eines individuell überschaubaren Verantwortungsbereiches“<sup>1358</sup> und war somit der gesteigerten Komplexität des Arbeitslebens, verursacht durch die revolutionären Entwicklungen im sozialen und vor allem technischen Bereich des 19. Jahrhunderts, nicht mehr in ausreichendem Maße gewachsen. Das Recht war erneut gefordert. Die neuen Anforderungen im gesellschaftlichen Alltag bedurften einer adäquaten und praktikablen juristischen Antwort. Die unmittelbaren rechtlichen Reaktionen fielen hierbei jedoch unterschiedlich aus, wobei lange Zeit erneut eine klare Dominanz des Verschuldensprinzips konstatiert werden kann. In der Gesetzgebung, dh insbesondere in den zivilistischen Kodifikation im deutschsprachigen Raum, galt allgemein der Grundsatz lediglich für Auswahlverschulden im Rahmen der deliktischen Gehilfenhaftung zu haften<sup>1359</sup> (mit gewissen Einschränkungen im Bereich der Rezeptenhaftung<sup>1360</sup>).

Die Rechtswissenschaft übte sich zunächst in Zurückhaltung, welche mitunter in unverständlichem Desinteresse mündete: „Die Lehre hat die Praxis offenbar kaum zur Kenntnis genommen.“<sup>1361</sup> Man beschränkte sich auf die Rezitation römisch-rechtlicher Quellen, wobei selbst deren, durch Interpretation erreichbare, Handlungsspielraum bezüglich der Zurechenbarkeit von Gehilfen nur marginal ausgenutzt wurde.<sup>1362</sup> Es gibt somit nur

---

<sup>1357</sup> Vgl allgemein Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 68 ff sowie Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2838 ff, Rz 7 ff.

<sup>1358</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 68.

<sup>1359</sup> Das weitgehend am Römischen Recht, bzw der damaligen Auffassung vom Römischen Recht, orientierte ALR normierte demnach etwa auch in der Gehilfenhaftung eine Verschuldenshaftung (vgl Pohl, Joachim: Die Entwicklung der Lehre von der Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen im 19. Jahrhundert (1959) (idF Pohl, Haftung für Hilfspersonen (1959)), 89 f; Eckardt, Martina: Technischer Wandel und Rechtsevolution (2001) (idF Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution (2001)), 209). Ein Unternehmer haftete demnach grundsätzlich nur für das eigene Verschulden, gegebenenfalls in Form des Auswahlverschuldens: „Allerdings hatten Arbeitgeber für das Verschulden ihrer Beschäftigten zu haften, falls ihnen selbst ein sogenanntes Auswahl- oder Aufsichtsverschulden nachgewiesen werden konnte. Wenn sie offensichtlich ungeeignete Arbeitskräfte beschäftigten, mussten sie die von diesen verursachten Schäden ersetzen“ (Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution (2001), 209 f. Es gab jedoch spezielle Regelung im Bereich von Werkverträgen (vgl Pohl, Haftung für Hilfspersonen (1959), 89)). Ebenso normierte beispielsweise das ABGB aF die Haftung in Form der *culpa in eligendo et inspiciendo* sofern man eine Dienstperson ohne Zeugnis einstellen bzw eine wesentlich gefährliche oder untüchtige Person zur Verrichtung seiner Geschäfte heranziehen sollte (§§ 1314 f). Die rechtliche Umsetzung einer von vom Auswahlverschulden unabhängigen Erfüllungsgehilfenhaftung geschah erst im 20. Jahrhundert, in Österreich etwa insbesondere mit der im Zuge der III. Teilnovelle des ABGB erfolgten Einführung § 1313a im Jahr 1916 (RGBl 69/1916). Vgl aber die moderne Diskussion der Besorgungsgehilfenhaftung (219, Fn 1377).

<sup>1360</sup> Siehe hierzu unten sogleich 218 sowie 218 Fn 1372.

<sup>1361</sup> Jansen, Haftungsrecht (2003), 364.

<sup>1362</sup> Vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 70. Stattdessen fokussierte man sich weitgehend auf die dogmenhafte Wiederholung, dass die Haftung grundsätzlich nur aufgrund von eigenem Verschulden erfolgen

wenige frühe Versuche der Lehre die Thematik der Gehilfenhaftung in einem den praktischen Ansprüchen adäquaten Rahmen zu behandeln. Frühe Anklänge finden sich insbesondere bei Unterholzner<sup>1363</sup>, Puchta<sup>1364</sup> und Beschorner<sup>1365</sup>. Deren Vorläufermodelle der Gehilfenzurechnung blieben jedoch die Ausnahme und wurden ignoriert oder teils heftig kritisiert.<sup>1366</sup> Das weitgehend konsequente Übersehen der Thematik in der Forschung änderte sich erst mit dem Aufsatz „Über die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäfte angestellten Personen bei der Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten“ von August Ubbelohde im Jahr 1860.<sup>1367</sup> Sein Ansatz der Gehilfenhaftung war das Fanal für eine intensivere Beschäftigung der Jurisprudenz mit dem Thema.<sup>1368</sup> Trotz der neuen Prominenz des Diskurses zur Gehilfenhaftung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts etablierte sich jedoch lange Zeit weder eine tatsächliche Konsequenz innerhalb der rechtlichen Theorie, noch eine Mehrheitsmeinung, welche die Gehilfenhaftung ohne eine dem

---

könne. So trugen die römischen Quellen den bereits in der Antike bemerkenswert komplexen Umständen der Wirtschaft in intensiverer Weise Rechnung als dies lange Zeit die Jurisprudenz des 19. Jahrhundert in Berufung auf ihre antiken Vorgängern und Autoritäten wagte. Die Haftung für fremdes Verschulden ist dem römischen Recht zwar grundsätzlich fremd, doch angesichts zumindest zur weiten Auslegung ermunternder Rechtsinstitute wie der Noxalhaftung, der custodia-Haftung des Sachbesitzers oder der erhöhten Haftung im Rahmen der *locatio conductio* (vgl etwa Knütel, Rolf: Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung 100, Heft 1 (1983), 340 ff), überrascht die lange Zeit unnachvollziehbare Missachtung der Gehilfenzurechnung innerhalb der juristischen Fachwelt im 19. Jahrhundert.

<sup>1363</sup> Unterholzner formulierte zwar das Verschulden als primäre Voraussetzung für den Schadenersatz, konstatierte jedoch das Verschulden unter anderem im Rahmen der Auswahl: „Die Verpflichtung zur Ersatzleistung setzt eine Verschuldung voraus, die auch in einem Mangel der nötigen Geschicklichkeit (*imperitia*), oder darin liegen kann, dass man sich bei dem Geschäft ungeschickter, leichtsinniger oder böswilliger Gehilfen bedient hat“ (Unterholzner, Karl August Dominikus: Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd II (1840), 349).

<sup>1364</sup> Puchta vertritt als einer der ersten (vgl Pohl, Haftung für Hilfspersonen (1959), 39) den Standpunkt der automatisierten, stillschweigenden Garantieübernahme des Geschäftsherrn für das Verschulden seiner Gehilfen: „Die Übernahme der *culpa* Anderer geschieht stillschweigend, wenn sich jemand zu einem Geschäfte vermietet, zu dem er Gehilfen zuzieht. Dagegen tritt diese Haftung nicht überall ein, wo der Verpflichtete etwas durch einen anderen tut, z.B. bei Zurücklieferung der geliehenen Sache durch einen Boten haftet er nur für die Auswahl desselben, wenn ihm hinsichtlich dieser eine *culpa* trifft. Ist dies nicht der Fall, so ist er nur zur Zession der Klage gegen den Boten verpflichtet“ (Puchta, Georg Friedrich: Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd II (1848), 160 f). Jene Ansicht fand jedoch „seinerzeit keinen Anklang“ (Pohl, Haftung für Hilfspersonen (1959), 39).

<sup>1365</sup> Beschorner setzte die Gehilfenhaftung im Eisenbahnbereich mit der Rezeptenhaftung des Römischen Rechts gleich: „Die Eisenbahn ist der Frachtführer und der Fahrgast oder Versender der Verfrachter. Denn Frachtführer sind diejenigen Personen, welche gewerbsmäßig den Transport von Gütern ausführen. Sie haben den höchsten Fleiß, die höchste Sorgfalt zu prästieren und haften daher von Zeit der Empfangnahme des zu transportierenden Gutes an bis zur Ablieferung für Verlust und Beschädigung, wenn sie nicht nachweisen, dass vis maior oder ein eigentümlicher Fehler der Ware vorliege oder der Befrachter an dem Verlust oder der Beschädigung seines Frachtguts selbst Schuld trage“ (Beschorner, J.H.: Von der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen bei Personen und Gütertransport, in: Archiv für die civilistische Praxis 41 (1858), 393 ff (396)). Für Gehilfen soll die Eisenbahnunternehmung demnach verschuldensunabhängig haften.

<sup>1366</sup> Etwa Goldschmidt, Levin: Ueber die vertragsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen, in: Archiv für die civilistische Praxis 41 (1858), 406 ff.

<sup>1367</sup> Ubbelohde, August: Über die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäfte angestellten Personen bei der Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten, Archiv für practische Rechtswissenschaft, Bd 7 (1860), 229 ff.

<sup>1368</sup> Vgl Pohl, Haftung für Hilfspersonen (1959), 40 ff sowie Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 76.

Geschäftsherren vorwerfbare *culpa in eligendo et inspiciendo* bejahte. Vielmehr führte der wissenschaftliche Diskurs zu dem Ergebnis, dass „eher eine Konsolidierung als eine Auflockerung des strengen *culpa*- Prinzips“<sup>1369</sup> erfolgte. Ebenso im Bereich der Rechtsprechung zeigte sich grundsätzlich lange Zeit das gewohnte Bild der klaren Dominanz der Verschuldensdoktrin auf Kosten verschuldensunabhängiger Haftungsmodelle, wobei einige Gerichte „Mut zur undogmatischen Billigkeitsentscheidung“<sup>1370</sup> zeigten. Insbesondere im Transportbereich erfolgten progressive Entscheidungen.<sup>1371</sup>

Eine besondere Rolle nahm die im Rahmen der Gehilfenhaftung diskutierte Rezeptenhaftung ein, in deren Zentrum sich die ursprünglich römische *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* befand.<sup>1372</sup> Primär von Seiten der Germanisten wurde hierbei progressiv eine Ausdehnung mittels Analogie auf weitere Bereiche, insbesondere auf das Transportwesen auf dem Landweg, betrieben<sup>1373</sup>, welcher sich paradoxerweise die herrschende, romanistische Lehre entgegenstellte, die ihrerseits stets bemüht war, den Partikular- bzw. Ausnahmecharakter der Rezeptenhaftung zu betonen, das Analogiebedürfnis aufgrund existierender Regelungen, etwa zur *locatio conductio*, zu negieren<sup>1374</sup> sowie das strafrechtliche Analogieverbot einzuwenden.<sup>1375</sup>

---

<sup>1369</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 80.

<sup>1370</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 74.

<sup>1371</sup> Eine Auswahl einiger Entscheidungen in Deutschland gibt Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 73 ff; siehe ebenso Bodenhausen, Eckard von: Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen im Straßen- und Schienenverkehr (2000) (idF Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000)), 20 ff. Vgl hierzu ebenso das deutsche Reichshaftpflichtgesetz aus 1871 oder das österreichische Eisenbahnhaftpflichtgesetz 1869 (jedoch mit gewichtigen Unterschieden – siehe oben III. D) 1) (163 ff).

<sup>1372</sup> Die Besonderheit dieser Haftung besteht darin, dass genannte Personengruppe (Schiffskapitäne, Gastwirte und Stallwirte) für im Rahmen ihrer Tätigkeit entgegengenommene bzw in ihren Räumlichkeiten verwahrte fremde Sachen im Schadensfall, dh im Fall einer Entwendung oder Beschädigung, für jene Sachen unbedingt einstehen mussten und sich von dieser unbedingten strengen Haftung nur durch den Beweis des Verschuldens seitens des Geschädigten bzw *vis maior* befreien konnten (vgl Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 81). Des Weiteren beinhaltete jene römische Klage auch eine Gehilfenhaftung: „Die beklagten Unternehmer haften nicht bloß für eigenes Verhalten, sondern auch für das Verhalten anderer: Der Wirt muss für die Handlungen jener Personen einstehen, die länger in seinem Gasthof wohnen, nicht aber für Durchreisende. Der Reeder haftet für Handlungen seiner Seeleute, gleichgültig ob es sich um Freie oder Sklaven handelt“ (Klausberger, Quasidelikte (2016), 6). Weiters schloss jene strenge Haftung auch die „Einstandspflicht für Handlungen von Hilfspersonen“ (Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 81) ein. So fand die *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* entgegen der grundsätzlichen Ignoranz verschuldensunabhängiger Haftungen Behandlung in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

<sup>1373</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 81 f.

<sup>1374</sup> Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 82 f. Im Gegensatz zu romanistisch geprägten Jurisprudenz zeigen diverse zivilrechtliche Kodifikationen eine inverse Tendenz – beispielsweise erweitert das ABGB die Rezeptenhaftung von Schiffen und Gastwirten auf Fuhrleute (§§ 970, 1316).

<sup>1375</sup> Die römische Klage zielte auf das duplum und hatte somit den Charakter einer Strafklage. Trotz der gemeinrechtlichen Umwandlung zur gewöhnlichen Schadenersatzklage war eine „inhaltliche Neubestimmung der *actio in factum damni iniuria*“ (Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 84) nicht geschehen, womit der pönale Charakter erhalten blieb und eine Erweiterung auf andere Bereiche somit dem strafrechtlichen Analogieverbot

Im Bereich der Gehilfenzurechnung geht es grundsätzlich um die Frage, inwiefern und ob der Geschäftsherr für das Verhalten seiner Gehilfen haftet.

Prinzipiell gibt es hierbei zwei wesentlichen Haftungsformen: Die erste Option funktioniert nach dem Verschuldensprinzip. Der Geschäftsherr haftet für das schuldhafte Verhalten des Gehilfen, sofern der Geschäftsherr selbst bei der Auswahl des Gehilfen schuldhaft gehandelt hat (*culpa in eligendo et inspiciendo*). In diesem Fall liegt zweifaches Verschulden vor: einerseits im Verschulden des Gehilfen selber, andererseits von Geschäftsherrn welcher bei der Auswahl des Gehilfen nicht sorgfältig genug war. Es liegt hierbei demnach eine Kombination der Haftung für Fremdverschulden und Eigenverschulden vor.

Die *culpa in eligendo et inspiciendo* erlaubt eine Haftung des Geschäftsherrn im Einklang mit dem Verschuldensgrundsatz. Grundsätzlich wurde dieses Modell auch in der „Besorgungsgehilfenhaftung“ des § 1315 ABGB aF<sup>1376</sup> normiert.<sup>1377</sup>

Die zweite Option ist die verschuldensunabhängige, unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für schuldhafte Handlungen seiner Gehilfen. In diesem Bereich haftet der Geschäftsherr für fremdes Verschulden wie für eigenes, ohne dass ein Auswahlverschulden seinerseits hierbei relevant wäre. Sofern dies im Rahmen der Erfüllung eines Schuldverhältnisses geschieht, fällt jener Tatbestand heute in der Terminologie des ABGB unter die „Erfüllungsgehilfenhaftung“ nach § 1313a ABGB, welcher jedoch erst im Zuge der III. Teilnovelle in das ABGB inkorporiert wurde. Jener Dualismus zwischen der unbedingten Haftung sowie der Haftung lediglich aufgrund eines Auswahlverschuldens stellte einen wesentlichen Bereich in der Diskussion und Entwicklung verschuldensunabhängiger Haftungen dar.

Auch Joseph Unger widmete sich ausgiebig dieser Rechtsfrage in der Diskussion der Vorarbeiten zum BGB.

---

widersprechen würde (vgl hierzu Ogorek, Gefährdungshaftung (1975), 84 f). Jene Gedanken scheinen die oftmals kritisierte Lebensferne der Pandektistik zu bestätigen. Sie wirken als ein unbedingter Versuch, den, im Verständnis der Zeit, romanistischen Verschuldensgrundsatz zu bewahren und die römischen Ausnahmen hiervon vielmehr als Kuriosum zu qualifizieren und, entgegen der weitreichenden Interpretationsmöglichkeiten sowie Analogieoptionen, zugunsten eines geschlossenen Systems und zuungunsten realer Bedürfnisse der Praxis im von Jhering beschriebenen „Mumiencultus“ zu verharren.

<sup>1376</sup> § 1315 ABGB aF. Eben so haftet derjenige, welcher wissentlich eine solche gefährliche, oder wer zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellt hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hierdurch erlitten hat.

<sup>1377</sup> In der modernen Fassung des ABGB sieht die Rechtswissenschaft jedoch weitgehend kein Auswahlverschulden in § 1315 ABGB (in seiner novellierten Form) normiert. So hat der Geschäftsherr bei Untüchtigkeit des Gehilfen „selbst dann zu haften, wenn er von der Untüchtigkeit nicht wissen mußte“ (Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at), Rz 3; ebenso Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.6.2015, rdb.at), Rz 17). Im Rahmen der Untüchtigkeit liegt demnach grundsätzlich eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung vor. Im Rahmen der Gefährlichkeit eines Gehilfen haftet der Geschäftsherr andererseits nur dann, wenn er von der Gefährlichkeit wusste (Wissentlichkeit), obgleich Schädigungsvorsatz seitens des Geschäftsherrn nicht erforderlich ist (vgl Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.6.2015, rdb.at), Rz 21; ebenso Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at), Rz 12).

## **b) Ungers Position und Konzept**

In „Handeln auf eigene Gefahr“ behandelt Unger ausführlich die Gehilfenhaftung. Er unterteilt hierbei, in der modernen Terminologie ausgedrückt, zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfenhaftung.

### **ba) „Erfüllungsgehilfenhaftung“**

Die herrschende Lehre des römischen Rechts zur Zeit Ungers geht davon aus, dass das römische Recht generell keine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für die Handlungen seiner Gehilfen kenne<sup>1378</sup>, obgleich bereits im 19. Jahrhundert Versuche unternommen wurden, eine verschuldensunabhängige Haftung der Gehilfen mit dem römisch-rechtlichen Quellenmaterial zu belegen.<sup>1379</sup> Insbesondere die Ausführungen des Gaius in D 19.2.25.7<sup>1380</sup> bezüglich der *locatio conductio operis* gaben hierzu Anlass.<sup>1381</sup> In der für Unger typischen „unpandektistischen“ Manier wird die römische Rechtslage jedoch nicht intensiv diskutiert. Vielmehr erfolgt, wie gewohnt, ein kurzer rechtsvergleichender Überblick der Rechtslage bezüglich der unbedingten Haftung des Unternehmers im Rahmen des Werkvertrags im französischen *Code civil* (Art. 1797) und im preußischen ALR (welche beide eine unbedingte Haftung des Unternehmers konstatieren würden, das ALR jedoch nur ausnahmsweise gem II. 11. § 930).<sup>1382</sup>

---

<sup>1378</sup> Siehe Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 384 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 53 f für Literaturauszug.

<sup>1379</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 385 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54.

<sup>1380</sup> D 19.2.25.7. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale. Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.* (Wer den Transport einer Säule übernommen hat, muß für den Schaden einstehen, wenn die Säule beim Abbau, beim Transport oder beim Wiederaufstellen bricht, vorausgesetzt, daß sich der Schaden durch irgendein Verschulden seinerseits oder derjenigen, deren Hilfe er sich bediente, ereignet hat. Verschulden ist aber nicht gegeben, wenn alles geschehen ist, was äußerst sorgfältige Dritte beachtet hätten. Dasselbe müssen wir natürlich auch annehmen, wenn jemand es übernommen hat, Fässer oder Balken zu transportieren. Und dasselbe kann auch auf andere Sachen übertragen werden. (Übersetzung nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler III (1999), 574)).

<sup>1381</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 385 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54 – siehe auch Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 385 Fn 64 sowie Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54 Fn 5 für eine kurze Literatur Zusammenschau.

<sup>1382</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 386; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54

Die österreichische Rechtslage gem § 1161 ABGB aF<sup>1383</sup> hingegen belasse es beim Werkvertrag bei der *culpa in eligendo et inspiciendo*.<sup>1384</sup>

Joseph Unger folgt hierbei dem progressiveren Ansatz, welcher ua sowohl im schweizerischen Recht<sup>1385</sup>, als auch im ersten Entwurf zum BGB zum Ausdruck komme. Der erste Entwurf des BGB hatte in § 224 (Abs 2)<sup>1386</sup> eine verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherren für die Gehilfenhaftung *ex contractu* („Erfüllungsgehilfenhaftung“) normiert. Die Motive berichten:

„Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Uebernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist. [...] Es erscheint hiernach gerechtfertigt, im Anschlüsse an dieses Gesetz schlechthin die Haftung, des Schuldners für das Verschulden seiner Leute zu bestimmen.“<sup>1387</sup>

Auch im zweiten Entwurf zum BGB wurde die Erfüllungsgehilfenhaftung beibehalten bzw in einer eigenen Bestimmung ausgeführt.<sup>1388</sup> Das BGB folgte diesem Modell.<sup>1389</sup>

Unger befürwortet die unbedingte Haftung des Geschäftsherren für Schäden, welche seitens seiner Gehilfen im Rahmen der Erfüllung eines Schuldverhältnisses verschuldet wurden: „Das Prinzip dieser Vorschrift hat mit Recht allgemeine Anerkennung und Billigung

---

<sup>1383</sup> § 1161 aF. Nur in dringenden Umständen kann der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm aufgetragene Geschäft einem Andern anvertrauen, und selbst in diesem Falle haftet er für ein Verschulden in der Auswahl der Person.

<sup>1384</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 386 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54 ff – beachte insbesondere Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 386 f Fn 67; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 54 ff Fn 8 für eine Diskussion der Lehre hinsichtlich jener Thematik.

<sup>1385</sup> Unger verweist auf das Züricher Privatrechtliche Gesetzbuch (ZPGB) aus 1856: § 1007. *Der Schuldner haftet in der Regel dem Gläubiger gegenüber auch für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Angestellten oder Dienstboten verschuldet haben. Vorbehalten bleibt ihm der Regreß auf diese Personen.* (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 388; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 57 f).

<sup>1386</sup> § 224 (E I zum BGB). *Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet nicht blos wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit. Die Vorschriften der §§ 708, 709 finden entsprechende Anwendung. [ABS 2]. Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient.*

<sup>1387</sup> Motive zum E I des BGB II (1888), 30.

<sup>1388</sup> § 234 (E II zum BGB). *Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung [Erfüllung] seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 233 Ab 3 (G. § 27« Ab 2) findet keine Anwendung.*

<sup>1389</sup> § 278 BGB aF. *Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §. 276 Ab 2 findet keine Anwendung.*

gefunden.<sup>1390</sup> Explizit zitiert Unger hierzu Laband: „[...] Die Beschränkung der Haftung auf *culpa in eligendo* passt nicht auf die modernen Lebensverhältnisse, und soweit dieselbe in Theorie und Praxis festgehalten wird, beruht dies auf romanistischer Befangenheit.“<sup>1391</sup>

Die eigentliche Begründung der Haftung liegt laut Unger, seinem generellen System der verschuldensunabhängigen Haftung konform gehend, sowie in diesem Fall auch übereinstimmend mit den Motiven hinsichtlich der Lesung des BGB Entwurfs<sup>1392</sup>, in einer Bewertung der „Kollision der Interessen.“<sup>1393</sup> Dem Interesse des Schuldners/Geschäftsherren, nicht für „uncontrollierbare Handlungen und Unterlassungen seiner Gehilfen“<sup>1394</sup> zu haften, steht das Interesse der Gläubiger/Geschädigten gegenüber, im Schadensfall nicht „an den Gehilfen gewiesen zu werden, mit welchen er nicht kontrahiert habe und dem er nicht vertraut habe.“<sup>1395</sup>

Unger entscheidet sich dafür, dem Interesse des Gläubigers den Vorzug zu geben, da der Geschäftsherr sich der Gehilfen zum eigenen Vorteil bedient hat, dh, „um seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen: er trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft, in eigener Angelegenheit. Es ist seine Sache die rechten Leute zu wählen [...]: begeht er ungeachtet aller Sorgfalt einen Fehlgriff in der Auswahl, so kann er den Misserfolg nicht auf den ganz unbeteiligten Gläubiger abwälzen, sondern muss ihn sich selbst (*de se queri debet*) und ihn sich zur Last legen [...]. Wie das korrekte Verhalten der Gehilfen dem Schuldner zum Vorteil dient, so muss auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachteil ausschlagen: der Schuldner, der die Gehilfen in seinem Interesse verwendet, verwendet sie auf seine Gefahr.“<sup>1396</sup>

Dem Schuldner nutzt seine gesteigerte wirtschaftliche Schaffenskraft durch die Verwendung von Gehilfen. Der erhöhte Aktionsradius liegt im Interesse des Schuldners/Geschäftsherrn und ist damit für Unger auch gerechterweise mit der unbedingten Haftung beschwert. Der Schutz bzw das Interesse des Gläubigers selbst wird bei Unger zwar erwähnt<sup>1397</sup>, steht jedoch

---

<sup>1390</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 388; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 58 (siehe auch Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 388, Fn 70; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 58 Fn 12).

<sup>1391</sup> Laband, Paul: Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I. Abschnitt Titel 1—3 in: Archiv für die civilistische Praxis 73 (1888), 161 ff (187) (zitiert in Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 388; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 58).

<sup>1392</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 389; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59.

<sup>1393</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 389; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59.

<sup>1394</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 389; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59.

<sup>1395</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 389; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59.

<sup>1396</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 390; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59 f.

<sup>1397</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 389 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59.

nicht im Vordergrund seiner Erklärung. Der wesentliche Argumentationsstrang zielt auf den Vorteil des Schuldners ab: Dieser handelt im eigenen Interesse (indem er sich der Gehilfen bedient) und damit auf eigene Gefahr, auf eigenes Risiko, und haftet im Schadensfall zum Ausgleich unbeding. Eine stillschweigende Garantie des Geschäftsherrn für das sorgfältige Verhalten seiner Gehilfen ist hierbei für Unger nicht erforderlich bzw. „zum mindesten überflüssig“<sup>1398</sup>.

Dezidiert ausgenommen von dieser Form der Erfüllungsgehilfenzurechnung ist bei Unger die „erlaubte Substitution“<sup>1399</sup> des Depositar und Mandatars. Unger begrüßt hierbei, wiederum überraschend „unpandektistisch“ die Abweichung vom gemeinen Recht im ersten und zweiten Entwurf zum BGB (E I §§ 589<sup>1400</sup>, 616<sup>1401</sup>; E II §§ 595<sup>1402</sup>, 631<sup>1403</sup>), diese Substitution „nur in Nothfällen und infolge besonderer Ermächtigung“<sup>1404</sup> zu gestatten. In diesem Fall handelt der Depositar und Mandatar nämlich nicht in seinem, sondern im Interesse des Deponenten bzw Mandanten.<sup>1405</sup> Der Mandatar bzw Depositar „besorgt hiermit nicht sein Geschäft, seine Angelegenheit, sondern das Geschäft und die Angelegenheit des Gläubigers.“<sup>1406</sup> Der Depositar oder Mandatar, welchem die Substitution gestattet wurde, handelt im Rahmen des vereinbarten *mandatum*s bzw *depositum*s und haftet lediglich für Auswahlverschulden: „Geht der Depositar oder Mandatar bei der ihm überlassenen Auswahl

---

<sup>1398</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), (1891), 389, Fn 72; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 59, Fn 14.

<sup>1399</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 390; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 60. Die „unerlaubte Substitution“ hingegen „findet natürlich auf Gefahr des Schuldners statt“ (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 390, Fn 74; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 60 Fn 16).

<sup>1400</sup> § 589 (E I zum BGB). *Hat der Beauftragte befugter Weise die Besorgung des Geschäftes einem Anderen übertragen, so haftet er nur wegen einer bei dieser Uebertragung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit. Hat er befugter Weise bei der Ausführung des Auftrages eines Gehülften sich bedient, so findet die Vorschrift des § 224 Ab 2 Anwendung.*

<sup>1401</sup> § 616 (E I zum BGB). *Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Verwahrer nicht ermächtigt ist, die hinterlegte Sache bei einem Anderen zu hinterlegen. Hat er befugter Weise die Sache bei einem Anderen hinterlegt, so hastet er nur wegen einer bei dieser Hinterlegung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit. Hat er befugter Weise bei der Aufbewahrung eines Gehülften sich bedient, so findet die Vorschrift des § 224 Ab 2 Anwendung.*

<sup>1402</sup> § 595 (E II zum BGB). *Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülften ist er nach § 234 sG. § 278] verantwortlich.*

<sup>1403</sup> § 631 (E II zum BGB). *Der Verwahrer darf [ist] im Zweifel nicht [Berechtigt,] die hinterlegte Sache bei einem Dritten [zu] hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülften ist er nach § 234 [G. § 278] verantwortlich.*

<sup>1404</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 390 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 60 f: „In dieser Beziehung ist es vor allem zu billigen, daß der deutsche Entwurf [...], abweichend vom gemeinen Recht dem Mandatar nur in Nothfällen und infolge besonderer Ermächtigung Substitution gestattet.“

<sup>1405</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 391; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 61.

<sup>1406</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 391; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 61.

mit der erforderlichen Sorgfalt vor, so hat er hiermit das Seinige getan und haftet nicht weiter für das Verhalten des Substituten.“<sup>1407</sup>

Zum wiederholten Male kann hier konstatiert werden, dass die Arbeitsmethode und juristische Überzeugung Ungers, sofern man sie als „pandektistisch“ bezeichnen möchte, jedenfalls keineswegs als der „Götzencultus des Logischen“ der angeblichen Begriffsjurisprudenz erscheint. Vielmehr ist sie eine an den praktischen Bedürfnissen der Zeit orientierte Methode, in welcher das Römische Recht lediglich einen Teil verkörpert und nicht unreflektiert als allgemein gültige und ewige Wahrheit hofiert wird.

### bb) „Besorgungsgehilfenhaftung“

Doch wie verhält sich Unger nun bezüglich der Haftung des „Besorgungsgehilfen“ – des Gehilfen, welcher zwar im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit agiert jedoch gegenüber einer am Vertragsverhältnis unbeteiligten Drittperson einen Schaden verursacht und verschuldet hat?

Im ABGB aF wurde für die Haftung des Geschäftsherrn ein Auswahlverschulden, *culpa in eligendo et inspiciendo*, vorausgesetzt:

*§ 1315 ABGB aF. Eben so haftet derjenige, welcher wissentlich eine solche gefährliche, oder wer zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellet hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hierdurch erlitten hat.*

Ebenso ging der erste Entwurf zum BGB vor. Für die deliktische Gehilfenhaftung hielt der erste Entwurf in den §§ 711 f<sup>1408</sup> am gemeinrechtlichen Prinzip der Haftung für den Geschäftsherrn lediglich aufgrund von Auswahl- bzw Aufsichtsverschulden fest.<sup>1409</sup> Diese Regelung kam überraschend, da man sowohl vom Vorentwurf des Juristen Franz von Kübel

---

<sup>1407</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 391; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 61 mit Verweis auf Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 391, Fn 78; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 61, Fn 21).

<sup>1408</sup> § 711(E I zum BGB). Wer einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert. Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aussichtspflichtige nach Maßgabe des § 710 Ab 1 für den Ersatz des Schadens, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat.

§ 712 (E I zum BGB). Wer einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift des § 711 Ab 2 entsprechende Anwendung.

<sup>1409</sup> Vgl auch Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 42; Motive zum E I des BGB II (1888), 736 ff.

zum BGB als auch von der Empfehlung des 18. Deutschen Juristentages gänzlich abgegangen war.<sup>1410</sup> Die vollständige Erhaltung des Verschuldensprinzips bei der Gehilfenhaftung im ersten Entwurf zum BGB sei insbesondere aufgrund des Betreibens Windscheids, welcher Mitglied der ersten Kommission war, geschehen.<sup>1411</sup> Dies hatte zur Folge, dass §§ 711 f des I. Entwurfs „stärkstens kritisiert“<sup>1412</sup> wurde, unter anderem auch von Unger.

Joseph Unger forderte eine generelle verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn für das schuldhafte Verhalten seiner Gehilfen, unabhängig davon, ob der Schaden gegenüber einer Drittperson oder einem Vertragspartner des Geschäftsherrn eingetreten ist.<sup>1413</sup> Dies sei bereits im angloamerikanischen Rechtsraum sowie nach französisch-italienischem Recht der Fall.<sup>1414</sup>

Das Römische Recht hält in der Wahrnehmung Ungers hingegen „im Allgemeinen an dem Grundsatz fest, daß man nur für eigenes Verschulden, also nur für *culpa in eligendo et inspiciendo* zu haften hat.“<sup>1415</sup> Jedoch habe das römische Recht bereits selbst „aus Gründen der *utilitas publica* jene Regel in einigen Fällen durchbrochen, und im heutigen gemeinen Recht ist die Anzahl dieser Ausnahmen erheblich vermehrt (Seerecht, Eisenbahnrecht, Fabriks- und Gewerberecht).“<sup>1416</sup>

Unger rechtfertigt seine Forderung nach der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn auch für den Besorgungsgehilfen aus dem Interesse. Der Geschäftsherr bedient sich des Besorgungsgehilfen, um seinen Aktionsradius sowie sein potentiell Auftragsvolumen zu verbreitern. Er handelt daher zu seinem Vorteil und muss daher auch für den Schadensfall aufkommen: „Wie die sachgemäße Thätigkeit seiner Leute dem Herren zu Statten kömmt, so muß auch die schuldhafte Thätigkeit derselben ihm zum Nachtheil aufschlagen, und er hat deshalb für sie einzustehen: *nec immerito factum eorum praestat, quum [cum] ipse eos suo periculo adhibuerit* (L.7 pr D. naut. 4.9) [D 4.9.7.pr]“<sup>1417</sup> Weiters führt Unger zusätzlich zur

---

<sup>1410</sup> Vgl Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 43.

<sup>1411</sup> Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 43.

<sup>1412</sup> Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 43 (erneut etwa Gierke, Entwurf (1889), 259; vgl allgemein Auflistung gutachterlicher Äußerungen in Schubert, Werner/Jakobs, Horst Heinrich von (Hgg): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, 1. Teilband (1985), 1388 ff).

<sup>1413</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 394; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 64: „Diese unbedingte Haftung für Delikte der Untergebenen ist eine Verantwortlichkeit ohne Schuld“.

<sup>1414</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 392; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 62.

<sup>1415</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 392; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 62 f.

<sup>1416</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 393; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 63.

<sup>1417</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), (1891), 393; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 63 f: „...im eigenen Interesse und folgeweise auf seine eigene Gefahr...“.

Begründung aus dem Vorteil auch die „Bedürfnisse des Verkehrs“<sup>1418</sup> an, welche einer solch gestrengen, von einem Auswahlverschulden unabhängigen Haftung des Geschäftsherrn auch für den Besorgungsgehilfen benötigen würden.

Die Neuerung der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für den Besorgungsgehilfen stelle, anders als die Erfüllungsgehilfenhaftung, eine Verpflichtung *ex lege*<sup>1419</sup> dar. Sie entspringt wiederum einem Interessenskonflikt und wird *ex lege* „*propter utilitatem publicam*“<sup>1420</sup> gewährt. Ungers rechtspolitische Forderung den Geschäftsherrn auch für den Besorgungsgehilfen unbedingt haften zu lassen, hätte in der Folge den wohltuenden Effekt einer gesteigerten Sorgfalt „in der Auswahl und Beaufsichtigung“<sup>1421</sup> der Gehilfen seitens der Geschäftsherren.

Eine ungleiche Behandlung von Besorgungs- und Erfüllungsgehilfenhaftung führe im Gegenteil zu einer „grelle und fast unerträglichen Discrepanz“<sup>1422</sup> welche der Gerechtigkeit sowie der Rechtssicherheit abträglich wäre. Unger fordert daher eine uniforme und harmonische Regelung.<sup>1423</sup>

Sofern die einheitliche Lösung für die Gehilfenhaftung nicht durchsetzbar sei, fordert Unger zumindest eine Beweislastumkehr<sup>1424</sup> zugunsten des Beschädigten, wozu man sich auch im Badener Landrecht sowie in der Schweiz ausgesprochen hätte.<sup>1425</sup> Ohne eine Beweislastumkehr wäre die Erlangung des Schadenersatzes „in den meisten Fällen illusorisch“<sup>1426</sup>.

---

<sup>1418</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 396; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 66. Als Argument hierfür bringt Unger das Beispiel, dass ein Fuhrwerkunternehmer einen Reisenden durch seinen Gehilfen (Kutscher) befördert und jener Reisende sich beim Transport das Bein bricht. Hier besteht nun der Unterschied, dass der Reisende bei der Beförderung selbst von der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn profitiert, bei der Schadenszufügung, welche unmittelbar nach der Beförderung an das vereinbarte Ziel, etwa beim Wegfahren des Kutschers, passiert jedoch nicht mehr.

<sup>1419</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 394; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 64 f. Siehe oben III. C) 1) b) bb) (153).

<sup>1420</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 394; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 64.

<sup>1421</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 395; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 65.

<sup>1422</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), (1891), 396; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 67.

<sup>1423</sup> Die moderne Regelung und Interpretation von § 1315 ABGB (novellierte Fassung) kommt im Ergebnis zu einem ähnlichen Resultat wie Unger, obgleich die Hintergründe freilich divergieren – siehe oben III.D) 4) a) (219, Fn 1377). Vgl auch IV. 2) d) (252 f).

<sup>1424</sup> Da die Regelungen der freien Beweisführungen hierbei nicht ausreichend seien (vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 398; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 68 f). Eine ähnliche Überlegung hatte bereits Kübel in seinem Vorentwurf zum BGB (vgl Schubert, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil (1980), XII).

<sup>1425</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 397; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 68.

<sup>1426</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 397; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 67 f.

Hinsichtlich der Umsetzung jener, nicht nur von Unger beanstandeten, Forderungen gestaltet sich im Zuge der Genese des 2. Entwurfs zum BGB eine spannende Abfolge. Zunächst schlug die Vorkommission des Reichsjustizamtes (welche zur Vorbereitung für die zweite Kommission eingesetzt wurde) tatsächlich eine Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsherrn vor, wobei sie jedoch eine der verschuldensunabhängigen „Erfüllungsgehilfenhaftung“ entsprechende unbedingte Haftung ablehnte.<sup>1427</sup> Die zweite Kommission überarbeitete erneut die §§ 711 f des ersten Entwurfs.<sup>1428</sup> Es wurden hierbei mehrere Anträge gestellt, welche teils fundamentale Veränderungen einforderten. Antrag 1<sup>1429</sup> beinhaltete lediglich die bereits von der Vorkommission vorgeschlagene Beweislastumkehr, ebenso die leichte Veränderung durch Antrag 3<sup>1430</sup> an Antrag 1. Antrag 5<sup>1431</sup> hält ebenso am Verschuldensprinzip fest. Antrag 2<sup>1432</sup> hingegen beinhaltete eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn, wenn er den Gehilfen zum Vertreter bestimmt hat und Antrag 4<sup>1433</sup> formulierte eine generell verschuldensunabhängige Haftung für

<sup>1427</sup> Vgl Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 44 f.

<sup>1428</sup> Vgl Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 45 ff.

<sup>1429</sup> „1. Wer einen Anderen zur Verrichtung einer Handlung bestellt, haftet für den von diesem in Ausführung der ihm zugewiesenen Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden. Die Haftung tritt nicht ein, wenn er bei der Auswahl oder, sofern die Verrichtung unter seiner Leitung auszuführen war, bei der Aufsicht über die Ausführung der Verrichtung die im Verkehre übliche Sorgfalt | beobachtet hatte oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Das Gleiche gilt von demjenigen, welcher für den Besteller die Aufsicht über die Ausführung der Verrichtung übernommen hat.“ (zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1090 f).

<sup>1430</sup> „3. a) Zum Antrage 2: ‚Wer einen Anderen zu seinem Vertreter bestellt oder als

Gewerbegehilfen angenommen hat, ist wegen des Schadens verantwortlich, welchen der Andere in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt‘ usw;

b) zum Antrage N r. 1: ‚Die im Verkehre erforderliche Sorgfalt‘, statt ‚übliche.‘“ (zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1091)

<sup>1431</sup> „5.a) Die § 711, 712 zu fassen: ‚Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausführung der ihnen zugewiesenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen, es sei denn, daß er die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, um einen solchen Schaden zu verhüten‘;

b) event. : Fassung nach Antrag 4, aber mit der Aenderung, daß dem Ab 1 beigefügt wird: ‚es sei denn, daß er die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, um einen solchen Schaden zu verhüten.‘“ ((zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1091).

<sup>1432</sup> „2. Die an die Stelle der §§ 711, 712 zu setzende Vorschrift (Antrag 1) zu fassen: ‚Wer einen Anderen zu seinem Vertreter bestellt hat, ist wegen des Schadens verantwortlich, welchen der Andere in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Wer einen Anderen, ohne ihn zu seinem Vertreter zu bestellen, zu einer Verrichtung aufstellt haftet‘ usw. wie im Antrage N r. 1; im dritten Satze sollen die Worte ‚für den Besteller‘ gestrichen werden.“ ((zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1091)

<sup>1433</sup> „4. a) Die §§ 711, 712 event, folgende Fassung zu geben ‚Wer ein Gewerbe betreibt, haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausführung der ihnen übertragenen gewerblichen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen. Wer außerhalb eines Gewerbebetriebes einen | Anderen zu einer Verrichtung bestellt, haftet“ usw. wie im Antrage 1; jedoch sollen die Worte ‚die im Verkehre übliche Sorgfalt‘ ersetzt werden durch ‚die erforderliche Sorgfalt‘;

b) event, in zweiter Linie: ‚Wer ein Gewerbe betreibt, haftet für den Schaden, welchen die von ihm zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommenen Personen in Ausführung der ihnen übertragenen gewerblichen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen. Wer einen Anderen zu einer nicht unter den Ab 1 fallenden Verrichtung bestellt, haftet‘ usw. wie Ab 2 des obigen Antrage.“ (zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1091).

gewerbetreibende Geschäftsherren. Antrag 6<sup>1434</sup> enthielt gar eine vollkommen verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn. Zur Aufnahme in den zweiten Entwurf kam schließlich Antrag 1 und somit durch § 754<sup>1435</sup> eine Regelung, welche lediglich die Beweislastumkehr anordnete, denn durch die „Umkehrung der Beweislast sei die Lage des Beschädigten dem Entwurf gegenüber erheblich gebessert und die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn richtig bemessen.“<sup>1436</sup> Die Kommission betonte jedoch:

„Alle Anträge enthielten allerdings insoweit ein berechtigtes Element, als sie auf dem Gedanken beruhten, daß derjenige, der die Vortheile eines Unternehmens genieße, auch für die Schäden, welche für Dritte daraus entstünden, aufzukommen habe; aber im Rahmen des B G B . lasse sich dieser Gedanke nicht ausgestalten; das könne nur auf dem Wege der Spezialgesetzgebung geschehen, die allein im Stande sei, allen in Betracht kommenden Rücksichten, besonders auch den in Betracht kommenden technischen Fragen Rechnung zu tragen und im Wege des Versicherungszwanges die der Landwirtschaft und Industrie erwachsenden Lasten entsprechend zu vertheilen.“<sup>1437</sup>

Dieser Ausgleichsgedanke wurde auch, wie dargestellt, von Unger vertreten. Eine gänzliche Gleichschaltung von „Erfüllungs-“ und „Besorgungsgehilfenhaftung“ wurde allerdings nicht erreicht, was Bodenhausen als Erfolg der „Traditionalisten“ wertet.<sup>1438</sup>

Die Fassung der zweiten Kommission wurde nur mehr leichten Modifikationen unterzogen im Zuge der Verabschiedung des BGBs 1896 als § 831 BGB<sup>1439</sup> erlassen.<sup>1440</sup>

---

<sup>1434</sup> „6. Im Antrage 5 a die Worte: „es sei denn, daß er . . . Schaden zu verhüten“ zu streichen.“ (zitiert aus Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1091).

<sup>1435</sup> § 754 (E II zum BGB). *Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt hat [bestellt], ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welchen der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte [hat], bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat [beobachtet] oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*

*Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Ab I Satz 2 bezeichneten Geschäfte übernommen hat [übernimmt].*

<sup>1436</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1095.

<sup>1437</sup> Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1094. Begründung für die Ablehnung einzelner restlicher Anträge siehe Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1095.

<sup>1438</sup> Bodenhausen, Haftung des Geschäftsherrn (2000), 48 „Der Grund, weshalb sich auch im zweiten Entwurf die Traditionalisten durchsetzen konnten, lag an der Zusammensetzung der zweiten Kommission. Sie setzte sich hauptsächlich aus älteren Richtern und Ministerialbeamten zusammen, die am Anfang des 19. Jahrhunderts studiert hatten und somit noch im Banne der Pandektenwissenschaft standen.“ Vgl allgemein auch Kannowski, Sondertatbestände (HKK) (2013), 2833 ff, Rz 3 ff.

<sup>1439</sup> § 831 BGB. *Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein,*

## 5) Ersatz für ungerechtfertigten Arrest sowie Ersatz des immateriellen Schaden für den zu Unrecht Verurteilten

### a) Historischer Hintergrund

Unger behandelt hier zwei ähnliche Sachbereiche. In beiden Fällen kommt es zu einem ungerechtfertigten Festhalten bzw einem Freiheitsentzug einer Person und der Frage der sich hieraus ergebenden Ansprüchen der zu Unrecht arrestierten Person. Der Ersatz für den ungerechtfertigten Freiheitsentzug hat eine lange Geschichte. Der Grundgedanke fand sich bereits zu Zeiten Justinians<sup>1441</sup> sowie später im Sachsenspiegel oder der *Constitutio Criminalis Carolina*.<sup>1442</sup> Dennoch dominierte, trotz gemeinrechtlicher Anklänge im 19. Jahrhundert, lange Zeit wiederum die Verschuldenshaftung.<sup>1443</sup>

Der erste von Unger behandelten Fall war die prophylaktische Arrestierung einer zahlungssäumigen Person aufgrund von Fluchtgefahr<sup>1444</sup>, welche in Österreich in §§ 275 ff der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) von 1781 geregelt war:

*§ 275. Vor der Entscheidung des Prozesses kann zwar keine Exekution ertheilet werden, doch hat der Arrest vorsichtsweise wider jene statt, welche wegen der schuldigen Zahlung der Flucht verdächtig sind.*

Die Frage hierbei lautete, ob der schlussendlich zu Unrecht Arrestierte einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadenersatz habe.

Im zweiten Fall wird die interessante Frage aufgeworfen, inwiefern dem zu Unrecht zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten Schadenersatz gebühre, und zwar einerseits, ob dieser verschuldensunabhängig zu leisten sei und andererseits für welche Schäden hierbei

---

*wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*

*Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Ab 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.*

<sup>1440</sup> Vgl auch Ungers Nennung im Bereich der Gehilfenhaftung der Teilnovellen des ABGB (siehe IV) 2) d) (252 f)).

<sup>1441</sup> Vgl Neithardt, August: Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft (1896), 6.

<sup>1442</sup> Vgl Wenzel, Frank: Die Anrechnung vorläufiger Freiheitsentziehungen auf strafrechtliche Rechtsfolgen (2003), 93 f.

<sup>1443</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 115 ff.

<sup>1444</sup> Siehe hierzu unten sogleich III. D) 5) b) ba) (230 ff).

Schadenersatz zu leisten sei. Im Zentrum steht hierbei demnach neben der Verschuldensfrage auch ein weiterer Bereich, welcher bis heute ein eifrig diskutiertes Feld des Schadenersatzrechts darstellt bzw den eigentlichen Kern der Thematik bildet: Was ist unter dem Schaden selbst zu verstehen? Insbesondere der mögliche Ersatz des immateriellen Schaden ist hierbei von besonderer Bedeutung.<sup>1445</sup>

### **b) Ungers Konzept und Position**

Die Thematik des Ersatzes für den ungerechtfertigten Arrest und damit verwandt die Schadenersatzleistung für ungerechtfertigt Verurteilte behandelte Unger sowohl in seinem schadenersatzrechtlichen Hauptwerk „Handeln auf eigene Gefahr“<sup>1446</sup> als auch ca. zehn Jahre später in einer Rede im Herrenhaus am 29. April 1904.<sup>1447</sup>

#### **ba) Ungerechtfertigter Arrest nach §§ 275 ff AGO 1781**

In der Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ behandelte Unger den Ersatz für den ungerechtfertigten Arrest – dh die Arrestierung von Personen, „welche wegen der schuldigen Zahlung der Flucht verdächtig sind“<sup>1448</sup>. Er tut dies anhand des seiner Ansicht nach unverständlichen Versäumnisses (Unger spricht von einer „Unterlassungssünde“<sup>1449</sup>) der ersten Kommission, im ersten Entwurf zum BGB eine derartige Regelung aufzunehmen.<sup>1450</sup> Jene Arrestierung erfolgte bereits auf begründeten Verdacht, dh mittels bloßer „Bescheinigung des Rechtsanspruchs und der Verlustgefahr“<sup>1451</sup>.

---

<sup>1445</sup> Siehe hierzu Ungers Ansicht unten III. D) 5) b) bb) (233 ff).

<sup>1446</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 115 ff. Er behandelt dies jedoch erst in der zweiten Auflage (1893).

<sup>1447</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 869ff.

<sup>1448</sup> §275 AGO 1781.

<sup>1449</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 120.

<sup>1450</sup> Die Motive bemerken hierzu: „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist nach dem Entwurf der Arrestleger zum Ersatze des durch die ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens nicht unbedingt, sondern nur dann verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der §§ 704, 705 vorliegen. Ein Bedürfnis, die Entschädigungspflicht des Arrestlegers — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen — besonders zu regeln, ist nicht anzuerkennen.“ (Motive zum E I des BGB II (1888), 757).

<sup>1451</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

Mit Verweisen auf das gemeine Recht sowie auf den deutschen Juristen Carl Gesterding (1774 – 1843)<sup>1452</sup> argumentiert Unger auch hierbei für eine Ersatzpflicht des Arrestklägers unabhängig von einem Verschulden. Die verschuldensunabhängige Haftung für ungerechtfertigten Arrest sei laut Unger demnach im frühen gemeinen Recht bereits verankert gewesen.<sup>1453</sup> So sei „bis in die Mitte dieses Jahrhunderts [19. Jahrhundert][...] das Gefahrenprinzip ziemlich vorherrschend“<sup>1454</sup> gewesen und wurde somit erst in jüngerer Zeit von „der übermächtigen Herrschaft des Schuldprinzips“<sup>1455</sup> verdrängt<sup>1456</sup>, wie etwa manifestiert durch „Plenarbeschuß des preußischen Obertribunals vom 7. Jänner 1850“<sup>1457</sup>, welcher in Preußen in dieser Angelegenheit das „Schuldprinzip zur Herrschaft“<sup>1458</sup> gelangen ließ.

In Österreich galten die Regelungen der Allgemeinen Gerichtsordnung aus 1781. Die einschlägigen Normen geboten „Genugthuung für Schimpf und Schaden“<sup>1459</sup>. Diese Regelung beinhaltete grundsätzlich keine Verschuldensnotwendigkeit. Dennoch gestaltete sich auch hierüber ein Diskurs, „anlässlich eines in der Schweiz geführten, nach österreichischem Recht zu entscheidenden Entschädigungsprozesses wegen einer unbegründeten Beschlagnahme in einem Privilegiumsstreit“<sup>1460</sup>. Die Streitfrage entbrannte auch hier am Dualismus vom Gefahren- und Verschuldensprinzip, wobei Unger die Partei für das Gefahrenprinzip ergreift: „Die richtige Ansicht [ist], daß die Ersatzpflicht in diesem Fall unabhängig von subjektiven Verschulden stattfindet [...]“<sup>1461</sup>. Allerdings ist Unger die Begründung der verschuldensunabhängigen Haftung ebenso wichtig wie das Ergebnis. So kritisiert er etwa die Argumentation von Schrutka-Rechtenstamm.<sup>1462</sup> Sie vermag „keine volle Ueberzeugung und Beruhigung zu gewähren, weil dieselbe die innere Begründung nicht genug hervortreten läßt und auf den Text der Gerichtsordnung wohl zu viel Gewicht legt.“<sup>1463</sup>

---

<sup>1452</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 115. Gesterding goss frühe gemeinrechtliche Vorstellungen, wonach für ungerechtfertigten Arrest verschuldensunabhängig Ersatz zu leisten wäre, mit „klaren und präzisen Ausdruck“ in Form (Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 115).

<sup>1453</sup> Siehe Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 115 Fn 2.

<sup>1454</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 116.

<sup>1455</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 116.

<sup>1456</sup> Für Vertreter jener Auffassung siehe Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 116 Fn 4.

<sup>1457</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 116.

<sup>1458</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 116.

<sup>1459</sup> §§ 277, 282 AGO 1781.

<sup>1460</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 118. Das Privilegiengesetz beinhaltet selbige Anordnung von „Genugthuung für Schimpf und Schande“ (§§44, 47) (vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 118 Fn 10).

<sup>1461</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 118 Fn 10.

<sup>1462</sup> Schrutka-Rechtenstamm, Emil: Haftung für die Folgen eines ungerechten Arrestes nach österreichischem Civilrechte; in: Grünhuts Zeitschrift 20 (1893), 182 ff.

<sup>1463</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 118 Fn 13.

Hier zeigt sich wiederum, dass Unger zwar den Wortlaut achtete, jedoch keinesfalls ein stures Verweilen am Wortlaut befürwortete. Wie für ihn typisch, ergibt sich das Ergebnis aus einer Mischung aus Interpretation, historischen Quellen und schlichtwegs Wertungen sowie Interessenabgleichen. Die innere Rechtfertigung für die unbedingte Haftung des unterlegenen Arrestklägers sieht Unger in der „Abnormität der gewährten Rechtshilfe“<sup>1464</sup> begründet. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Klage „richtet sich das Gesuch um Arrestlegung auf Gewährung eines anomalen staatlichen Schutzes.“<sup>1465</sup> „Der Arrest ist gewissermaßen eine antizipierte Exekution, eine vorweg stattfindende zwangsweise Sicherung der Erfüllung des behaupteten Rechtsanspruchs“<sup>1466</sup>, welche „der Gegenpartei eine empfindliche Beschränkung ihrer Dispositionsfreiheit auferlegt.“<sup>1467</sup> Jene „empfindliche Beschränkung“ rechtfertige nun aufgrund der „ausgleichenden Gerechtigkeit“<sup>1468</sup> eine Haftungsregelung, welche die Gefahr dem Arrestkläger auferlegt. Die Arrestierung bevorzugt den Kläger und soll daher im Gegenzug mit der strengen verschuldensunabhängigen Haftung belegt werden. Der Vorteil wird zum Ausgleich mit dem Nachteil der verschuldensunabhängigen Haftung belastet. Wiederum zeigt sich Ungers allgemeine Tendenz, die Erweiterung bzw die Bevorteilung einer Partei mit der verschuldensunabhängigen Haftung aufzuwiegen – der Arrestkläger kommt in den Genuss der verfrühten Sicherung seines Anspruchs, handelt dabei allerdings auf eigene Gefahr. Sollte die Arrestlegung ungerechtfertigt gewesen sein, dh sollte er mit seinem Anspruch nicht durchdringen, so muss er für den entstandenen Schaden aufkommen. Ein Verschulden ist hierbei nicht notwendig. Der Arrestkläger handelt zum eigenen Vorteil, im eigenen Interesse und somit auch auf eigene Gefahr.

Die strenge Haftung habe in der Folge auch die Konsequenz, „gegen den Mißbrauch dieses Mittels“<sup>1469</sup> zu schützen. Die „empfindliche Beschränkung der Dispositionsfreiheit“<sup>1470</sup> im Zuge des Arrests stellt einen weitgehenden, einen „anormalen“ und „gefährlichen“ Eingriff in die Privatsphäre dar und muss daher gegen Abusus abgesichert werden: „annomale Hilfe – anomale Haftung.“<sup>1471</sup> Die Gefährlichkeit der Arrestlegung liegt in der profunden Beschränkung der Privatsphäre sowie in der einhergehenden Kränkung der „bürgerlichen und geschäftlichen Ehre“<sup>1472</sup>. Demnach fordert Unger die Umsetzung der unbedingten Haftung

<sup>1464</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1465</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1466</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1467</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1468</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1469</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 122.

<sup>1470</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 121.

<sup>1471</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 122.

<sup>1472</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 123.

aus zweierlei Motiven: einerseits aufgrund des Interessensabgleichs, dh aufgrund der ausgleichenden Gerechtigkeit, welche den potentiellen Bevorteilten auf eigene Gefahr handeln lässt, sowie andererseits aus Präventionsgründen: „Gegen den Missbrauch einer so gefährlichen Waffe muß die zugleich dem Präventionszwecke dienende Repression um so strenger und schärfer sein (*severior coercitio est* Gaj. IV §. 178): erhöhte Gefahr – erhöhte Haftung.“<sup>1473</sup>

Die zweite Kommission korrigierte diese „Unterlassungssünde“ im Antrag 2<sup>1474</sup>, welcher mit § 822a eine Aufnahme der Thematik in die deutsche Zivilprozessordnung vorsah, was Unger auch ausdrücklich lobte.<sup>1475</sup>

bb) Schadenersatz für „ungerechtfertigt verurteilte Personen“: verschuldensunabhängiger Ersatz immaterieller Schäden

Ein ähnliches Problem behandelte Unger in einer Rede im Herrenhaus, in welcher er den Schadenersatz für ungerechtfertigt verurteilte Personen ansprach.<sup>1476</sup>

Das Herrenhaus behandelte zu jener Zeit eine Erweiterung des „Gesetzes betreffend die Entschädigung für ungerechtfertigt erfolgte Verurtheilung“ aus dem Jahre 1892.<sup>1477</sup> Bereits dieses Gesetz gewährte in § 1<sup>1478</sup> einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf

---

<sup>1473</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 123 – mit Verweisen auf das Römische Recht (Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 123 Fn 25).

<sup>1474</sup> „Statt des § 813 a nachstehende Vorschrift als § 822 a in die CPO einzustellen:

„Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 806 Ab 2 oder des § 820 Ab 2 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, welcher ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entstanden ist, daß er, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der angeordneten Maßregel zu erwirken, Sicherheit hat leisten müssen.“ (Mugdan, BGB II (1899), Protokolle, 1168).

Vgl hierzu auch die Umsetzung des Vorhabens in Deutsches Reichsgesetzblatt 1898, Nr. 21, 2477, 318 f. „Als §. 822a wird folgende Vorschrift eingestellt: Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des §. 806 Ab 2 oder des §. 820 Ab 3 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, daß er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.“

<sup>1475</sup> Vgl Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 120.

<sup>1476</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 869 ff.

<sup>1477</sup> RGBI 64/1892.

<sup>1478</sup> §1. *Wer wegen einer nach der Strafprozessordnung zu verfolgenden strafbaren Handlung rechtskräftig verurtheilt worden ist, kann, wenn auf Grund der Wiederaufnahme des Strafverfahrens die Einstellung des Verfahrens oder die endgiltige Zurückweisung der Auflage erfolgt, ferner in allen Fällen, in welchen nachträglich seine Freisprechung stattfindet, für die durch die ungerechtfertigte Verurtheilung erlittenen vermögensrechtliche Nachtheile vom Staate eine angemessene Entschädigung verlangen. Der Anspruch ist unstatthaft, wenn der Verurtheilte die ungerechtfertigte Verurtheilung absichtlich herbeigeführt oder im Falle eine Contumacierungsurtheiles Einspruch zu erheben unterlassen hat.*

„angemessene Entschädigung“ des zu Unrecht Verurteilten gegenüber dem Staat, beschränkte die Ersatzpflicht jedoch im selben Paragraphen auf „die durch die ungerechtfertigte Verurteilung erlittenen vermögensrechtlichen Nachteile“.

Unger analysierte, dass die eingeforderte, „der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechende Erweiterung“<sup>1479</sup> des Gesetzes aus 1892 nunmehr im Wesentlichen darauf abziele, eine Ersatzleistung für Schäden auch abseits des Vermögensschadens zu gewähren:

„Wie der Zustand während der Herrschaft dieses Gesetzes, welches jetzt nach unserem Antrage erweitert werden soll, beschaffen ist, ergibt sich aus der Erwägung, daß nichts anderes ersetzt wird als der pekuniäre Schade, den der Verurteilte während der Straftat erlitten hat; eine Entschädigung für den schmerzlichen Verlust der Freiheit während einer vielleicht sehr langen Zeit kann er nicht beanspruchen, eine Entschädigung der Gesundheit, die er sich vielleicht in einer Jahre, Jahrzehnte langen Kerkerhaft zugezogen hat, kann er nach diesem Gesetz nicht beanspruchen und was das Wichtigste vielleicht ist, eine Entschädigung für alle die psychischen Leiden, die er erduldet hat, für die Kränkungen, die er erlitten hat, daß er getrennt von Familie und Angehörigen mit anderen wirklichen, gemeinen Verbrechern zusammengespart seine Zeit hat verbringen müssen, im Bewusstsein seiner Unschuld, für alle diese Dinge, die er hat erleiden müssen, hat er keine Entschädigung zu beanspruchen.“<sup>1480</sup>

Diese Rechtslage sollte nun abgeändert werden. Eingbracht wurde die Forderung von Unger gemeinsam mit anderen namhaften Mitgliedern des Reichsgerichts<sup>1481</sup>, da sie die, in Übereinstimmung mit der alten Rechtslage erfolgte, Verweigerung eines Ersatzes für erlittene psychische Schäden als ungerecht empfanden.<sup>1482</sup> In concreto gelangte hierbei die Forderung nach dem verschuldensunabhängigen Ersatz immaterieller Schäden zum Ausdruck.<sup>1483</sup> Der Anspruch wird hierbei von Unger als „Billigkeitsanspruch“ klassifiziert:

---

<sup>1479</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 869.

<sup>1480</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 870.

<sup>1481</sup> Neben Unger waren dies ua Emil Steinbach, Hermann von Loebel, Leopold Pfaff, Anton von Randa, Stanislaus von Madenski sowie Karl von Czyhlar.

<sup>1482</sup> Vgl. Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 869 f.

<sup>1483</sup> So wird Unger auch im Unger, Mosaik (1911), wie folgt zitiert: „Wie lange wird es noch dauern, bis man unschuldig Verurteilten nicht nur für erlittene Vermögensnachteile, sondern auch für erlittene Seelenschmerzen eine entsprechende Vergütung leisten wird.“ (Unger, Mosaik (1911), 195).

„Mir wenigstens will es scheinen, daß es dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsgeföhle so sehr entspricht, daß auch für die geschilderten Momente eine Entschädigung vom Staate gewährt wird, daß es mir nicht so sehr darauf anzukommen scheint, die Richtigkeit, die Notwendigkeit oder gar Zweckmäßigkeit der Erweiterung dieses Entschädigungsgesetzes vom Jahre 1892 zu begründen, als vielmehr zu erklären, wie es denn eigentlich möglich ist, daß ein Gesetz geschaffen werden konnte, welche eine solche wie uns wenigstens scheint, unbillige Härte enthält, indem es auf eine so enge Grenze die Entschädigung der mit Unrecht Verurteilten eingeschränkt hat.“<sup>1484</sup>

In der Folge erläutert Unger kurz die Genese der Entschädigung für ungerechtfertigt Verurteilte, wobei er klar die Probleme verschuldensunabhängiger Ansprüche in ihrer Entstehungsphase aufzeigt. Zum einen wurde die gänzliche Verwehrung eines Ersatzanspruches argumentiert, da hierfür ja einerseits Verschulden notwendig sei sowie andererseits bei fehlendem Verschulden der Staat lediglich im vorgesehenen Rahmen tätig werde: „Er übt sein Amt, er übt seine Justiz, das Rad der Gerechtigkeit geht hinweg über den Angeklagten. Es trifft in den meisten Fällen die Justizverwaltung, die Richter, die Geschworenen gar keine Schuld. Es liegt ein Irrtum, in den meisten Fällen ein höchst entschuldbarer Irrtum vor, es bedarf also gar keiner Entschädigung.“<sup>1485</sup> Der zu Unrecht Verurteilte müsse diesen Schaden als Schicksalsschlag akzeptieren, Entschädigung erfolge, wenn, dann nur als Gnade und nicht als Rechtsanspruch: „Der Betroffene muss das so hinnehmen, wie ein Unglück, das ihm geschieht, wie einen Ziegelstein, der ihm auf den Kopf fällt. Nichts wolle man zulassen als einen Anspruch im Gnadenwege.“<sup>1486</sup> Die Argumentation, dass es sich lediglich um einen Irrtum handle und da daher seitens der Staatlichkeit keinerlei Verschulden gegeben sei, lässt Unger jedoch nicht gelten.

Stattdessen formuliert Unger in seiner Rede ein weiteres Plädoyer für die verschuldensunabhängige Haftung:

„Die moderne Jurisprudenz ist nun längst davon abgegangen, anzunehmen, daß nur im Falle eines Verschuldens Schaden zu ersetzen sei; die moderne Jurisprudenz nimmt jetzt allgemein an, daß Schaden in gewissen Fällen, auch ganz abgesehen von Verschulden, ersetzt werden müsse. Es ist ja allbekannt, daß die Eisenbahnen für Schadenersatz haften müssen, auch wenn gar kein Verschulden stattgefunden hat [...]. Schon im Buch

---

<sup>1484</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses-42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 870.

<sup>1485</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses-42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 870.

<sup>1486</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses-42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 870.

Hiob steht: ‚Irre ich, so irre ich mir‘, das heißt der Schaden, den mein Irrtum erzeugt, muß mein Schaden sein, muß mich treffen; wenn ich mich geirrt habe, darf der Schade nicht den anderen treffen. Es ist daher nur Konsequenz, daß der Staat den Schaden zu tragen hat.<sup>1487</sup>

Unger führt weiter aus, dass diesem Konstrukt der Gedanke des „Handelns auf eigene Gefahr“ zu Grunde liegt:

„Wir haben ferner in der modernen Jurisprudenz jetzt den Grundsatz, den ich mir einmal erlaubt habe mit den Worten auszudrücken des ‚Handelns auf eigene Gefahr‘. Der Staat schwingt das Schwert der Gerechtigkeit; es ist ein scharfes Schwert, es soll treffen, das ist ganz in Ordnung. Aber wenn dieses Schwert den Unrechten trifft, dann ist es die Pflicht des Staates, Ersatz zu leisten und dann darf ich diese Ersatzleistung nicht darauf beschränken, bloß den pekuniären Schaden zu ersetzen.“<sup>1488</sup>

Die Ersatzpflicht gebührt demnach verschuldensunabhängig und sollte auch immaterielle Schäden umfassen, denn der Ersatz von Vermögensschäden alleine sei eine „allzu materialistische, ich möchte fast sagen, ja allzu rohe Auffassung“<sup>1489</sup>. Unger ergänzt:

„Sind denn Geld, Besitz die einzigen Lebensgüter, die geschädigt werden können und für die Ersatz zu leisten ist? Gibt es nicht andere, gibt es nicht zum Teil viel höhere Lebensgüter, und wenn diese höheren Lebensgüter verletzt werden, warum soll man für diese keinen Ersatz gewähren?“<sup>1490</sup> Es müsse daher auch für „den sogenannten moralischen oder intellektuellen Schaden Ersatz geleistet werden.“<sup>1491</sup>

Unger argumentiert in der Folge gar, dass bereits das ABGB, „welches uns trotz seines Alters und seiner Schwächen ans Herz gewachsen ist und dessen Wert wir noch um so höher zu würdigen gelernt haben, seitdem wir das neue deutsche bürgerliche Gesetzbuch kennen gelernt haben“<sup>1492</sup>, eine grundsätzliche Erweiterung der Schäden in den immateriellen Bereich kenne. So verberge sich in § 1293<sup>1493</sup> und dem Ausspruch „Schade heißt jeder Nachtheil,

---

<sup>1487</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871.

<sup>1488</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871.

<sup>1489</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871.

<sup>1490</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871.

<sup>1491</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871

<sup>1492</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871.

<sup>1493</sup> § 1293. *Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.*

welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist“ bereits das Anerkenntnis, „daß es nicht bloß einen vermögensrechtlichen Schaden gibt, sondern auch einen Schaden an der Person.“<sup>1494</sup> Des Weiteren spricht das ABGB von „Genugtuung und jeder von uns, der das Wort Genugtuung hört, wird es nicht auf den Ersatz des pekuniären Schadens beziehen, sondern auf die moralische Satisfaktion.“<sup>1495</sup> Unger führt hierbei jedoch auch an, dass diese Frage eine sehr schwierige sei, nämlich „eine der schwierigsten legislatorischen Fragen, die meiner Meinung nach weder das deutsche Gesetzbuch, noch das Schweizer Obligationenrecht, das nach meinem bescheidenen Erachten sowohl dem Inhalte als auch der Sprache nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch bei weitem überlegen ist, auch noch nicht in befriedigender Weise gelöst hat, die Frage nämlich, in welchen Fällen und unter welchen Umständen ideeller Schade zu ersetzen sei.“<sup>1496</sup> Bei zu Unrecht Verurteilten jedoch „existiert nach meiner Meinung kein Zweifel, daß hier ideeller Schade ersetzt und ihm volle Genugtuung zuteil werden muß.“<sup>1497</sup>

Anschließend geht Unger kurz auf die spannende, stets aktuelle Frage der Berechnung immaterieller Schäden ein. Er erläutert dies mit einem Verweis auf § 1325 ABGB<sup>1498</sup>:

„Das bürgerliche Gesetzbuch enthält im § 1325 die Bestimmung, daß, wenn jemand an seinem Körper verletzt wurde, er Entschädigung für die Heilkosten, für Verlust des entgangenen Gewinnes bekommt und zugleich den Umständen angemessenes Schmerzensgeld. Nun frage ich, meine Herren, wie bemißt man denn ein Schmerzensgeld, ein Geld für körperliche Schmerzen? Wer hat denn den Maßstab für diese Schmerzen? Wer bemißt denn, wie weh es einem tut, wenn einem ein Knochen gebrochen wurde?

---

<sup>1494</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 871. Die tatsächliche Ersatzpflicht immaterieller Schäden ist jedoch ein weitaus komplexeres Feld als es jener grundsätzliche Ausspruch vermuten lässt. Hierauf kann nicht im Detail eingegangen werden. Grundsätzlich galt ursprünglich, dass der Ersatz nur bei ausdrücklicher Anordnung gebühre- im Bereich des Schmerzensgeld bei der Körperverletzung (§ 1325) sowie im Zuge des Affektionsinteresses (§ 1331). Der Ersatz weiterer immaterieller Schäden wurde erst zu späteren Zeitpunkten, nach Unger, im Zuge von Novellierungen in das ABGB eingeführt- so etwa 1916 auch für die Freiheitsentziehung (§ 1329). Ungers Forderung nach einem weitergehenden Ersatz immaterieller Schäden nahm demnach eine Entwicklung des 20. Jahrhunderts vorweg (ein bekanntes Beispiel hierfür ist etwa der Ersatz „entgangener Urlaubsfreuden“ gem § 31e KschG). Zum immateriellen Schaden allgemein siehe etwa Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997), 73 ff; Karner, Ernst: Der Ersatz immaterieller Schäden in der neuesten Praxi Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft, gehalten am 30. 1. 2002 in: ÖJZ 2002, 302 ff; Karner, Ernst: Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999).

<sup>1495</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 872.

<sup>1496</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 872.

<sup>1497</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 872.

<sup>1498</sup> § 1325. *Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlet ihm auf Verlangen überdieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.*

Die alten zwölf Tafeln und die *leges barbarorum* haben freilich Geld- und Sühnetarife gehabt und ausgerechnet, daß 25 Aß für ein *os fractum* u. dgl. zu bezahlen sei. Aber das ist nicht unser heutiger Standpunkt. Was tut also der Richter und zwar der Richter erster Instanz, dem die Entscheidung darüber zufällt? Wenn man dem das Vertrauen schenkt, und seit Jahrhunderten übt er dies ja praktisch aus, so kann man einem Gerichte, wie dem Reichsgericht wohl auch sein Vertrauen schenken, daß es wissen wird, in welchem Umfang eine Entschädigung zu gewähren ist. Das Reichsgericht kommt dadurch in die seiner unwürdigen Stellung, daß es nicht mehr – entschuldigen Sie, daß ich diesen Ausdruck gebrauche – diese Greislerrechnung zu machen hat, wie es heute bei der Entschädigung unschuldig Verurteilter der Fall ist, sondern nach freiem, billigen Ermessen wie eine Art Billigkeitsgerichtshof bestimmen wird, was *in concreto* dem Manne gebührt. Würde dies zum Gesetze erhoben werden, dann glaube ich, würde der Gerechtigkeit und Billigkeit in vollem Umfang Rechnung getragen werden.<sup>1499</sup>

Jene Erweiterung würde auch die Staatskasse nicht über Gebühr belasten, da „Fälle von ungerechtfertigten Verurteilungen in Österreich zum Glück verhältnismäßig selten vorkommen. Seit dem Jahre 1892 besteht das Gesetz. In diesen zwölf Jahren sind vor das Reichsgericht 15 Fälle gekommen.“<sup>1500</sup> Vielmehr würde mit der Gestattung der Billigkeitsentscheidung seitens des Reichsgerichts, „der Gerechtigkeit und Billigkeit in vollem Umfang Rechnung getragen [...], denn dadurch alleine würde das Reichsgericht in die Lage kommen eine *iustitia distributiva* zu üben, wie sie dem höchsten Gerichtshofe in Frankreich und in England in der Tat zukommt und auch bei uns in Österreich zukommen sollte.“<sup>1501</sup>

Zusammengefasst forderte Unger demnach dem Reichsgericht die Kompetenz zuzuweisen, in Fällen der ungerechtfertigten Verurteilung nach Billigkeit bei der Ausbezahlung der Entschädigung entscheiden zu können. Es handelt sich um einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch immaterieller Schäden.<sup>1502</sup> Unger erbat den Vorschlag an „die juristische Kommission zur Vorberatung und Berichterstattung zuzuweisen“<sup>1503</sup>, was auch geschah<sup>1504</sup>.

---

<sup>1499</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 872.

<sup>1500</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 872 f.

<sup>1501</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 873.

<sup>1502</sup> Unger erbat den Vorschlag an „die juristische Kommission zur Vorberatung und Berichterstattung zuzuweisen“ (Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 873), was auch geschah (Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 874).

<sup>1503</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 873.

<sup>1504</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 874.

# IV. Joseph Ungers Einfluss auf das Schadenersatzrecht der Teilnovellen des ABGB

Es bleibt die Frage, inwiefern Ungers schadenersatzrechtliche Überlegungen Einfluss auf die zeitgenössische Rechtspolitik hatten. Inwieweit manifestierten sich seinen Gedanken im Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung insbesondere in den kurz nach seinem Tod erfolgten Teilnovellen des ABGB (1914, 1915 und 1916)?

In diesem Zusammenhang ist zunächst kurz auf Ungers Haltung bezüglich einer allgemeinen Revision des ABGB einzugehen, welche im Laufe der Zeit beträchtlich variierte.

## 1) Unger und die Frage einer allgemeinen Revision des ABGB

Die erläuternden Bemerkungen zu dem „Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Änderungen und Ergänzungen einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ der 18. Session aus 1907 sowie der 19. Session aus 1909 halten in der Einleitung fest: „Der Aufgabe, die Notwendigkeit einer Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu begründen, sind die einleitenden Bemerkungen zu dem vorliegenden Entwurfe überhoben. Josef Unger hat im Jahr 1904 die Frage der Revision aufgeworfen und zugleich ihr Ziel bezeichnet. Es handelt sich nach dieser Anregung um mosaikartige Einzelkorrekturen, um Änderungen gesetzlicher Bestimmungen rein positiver Natur, die durch die Rechtswissenschaft und Rechtsfindung, wollte man ihre Freiheit noch so weit spannen, nicht herbeigeführt werden können. Dieser Vorschlag fand in der Öffentlichkeit und in den juristischen Fachkreisen volle Zustimmung - wie bekannt – eine Kommission mit der Aufgabe betraut, die Grundlagen für eine solche Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auszuarbeiten.“<sup>1505</sup> Der Bericht der 21. Session des Herrenhauses zur Novellierung des ABGB aus dem Todesjahr Ungers (1912) hält ebenso bereits im ersten Satz der Einleitung fest: „Den Gedanken und das

---

<sup>1505</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 57 sowie Sten. Prot. des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage, 57.

Programm einer ‚Revision des a.b.G.B.‘ hat bekanntlich Joseph Unger [...] begründet und umschrieben. Die Regierung ist ihm gefolgt, ebenso das SK [Subkomitee] und die Jurid. Kommission.<sup>1506</sup>

Es wird hier jeweils auf Ungers Veröffentlichung „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ aus dem Jahr 1904 Bezug genommen. Der Bericht zitiert aus selbigem in der Folge auch, dass Einzelkorrekturen einer totalen Revision vorzuziehen sind.<sup>1507</sup>

Jene Abhandlung ist jedoch nicht die erste Aussage Ungers zu einer Revision des ABGB. Im Laufe seines Lebens sollte er sich mehrmals hierzu äußern, das erste Mal bereits im Jahr 1855.

### **a) „Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches“ (1855)<sup>1508</sup>**

Bereits 1855 publizierte Unger mit „Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches“<sup>1509</sup> einen Aufsatz, in welchem er sich eingehend mit einer möglichen Revision des ABGB beschäftigte. Die Publikation an sich wendet sich gegen die Methode der Exegetik und ist ein Plädoyer für Ungers Verständnis der historisch- systematischen Methode.<sup>1510</sup> Unger möchte in den Ländern mit einer zivilrechtlichen Kodifikation „den Anstoß zu Einrichtungen und Anstalten [...] geben, durch welche der Gefahr einer Verkehrung der Rechtswissenschaft zur bloßen Gesetzeskunde passend vorgebeugt werden mag.“<sup>1511</sup> Er unterteilt die Entwicklung der Privatrechtswissenschaft in Österreich seit der Schaffung des ABGB in drei Stufen. Die erste Stufe sei die „Periode der Begeisterung, des allseitigen unermüdlichen Schaffens.“<sup>1512</sup> Sie reiche in Österreich „ungefähr bis in die zweite Hälfte der zwanziger Jahre“<sup>1513</sup> des 19. Jahrhunderts und umfasst den Zeitraum „in welchen an die Stelle des gemeinen Rechts ein

---

<sup>1506</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 4.

<sup>1507</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 4. Siehe unten IV.1) c) (245 ff).

<sup>1508</sup> Vgl hierzu auch die ähnlichen Abhandlungen in „Unger, Behandlung des Privatrechts (1853),“ (1853), im Vorwort zum „System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts“, Bd I (1856) (Unger, System I (1856)), III ff) sowie Ungers Replik auf die Kritik Bergers (siehe I. 4) b) (auf 32 f)) „Die gegenwärtige Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz“ in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 18.10.1856, 1 ff; vom 21.10.1856, 1ff; vom 23.10.1856, 1 ff. Siehe hierzu auch I. 4) b) (25 ff).

<sup>1509</sup> Welche auch im ersten Band des Systems des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts im Anhang abgedruckt wurde.

<sup>1510</sup> Vgl hierzu auch oben I. 4) b) (25 ff) und II. (93 ff).

<sup>1511</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 635.

<sup>1512</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1513</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 638.

umfassendes privatrechtliches Gesetzbuch mit der Bestimmung tritt, künftighin alleine als Rechtsquelle zu dienen.<sup>1514</sup> Sie ist geprägt durch „das Wirken jener Männer, welche ihre wissenschaftliche Ausbildung und ihre praktische Tüchtigkeit in der Zeit erhielten, welche der Publication des Gesetzbuches vorherging. Diese Männer sind in der Schule des gemeinen Rechts gebildet, an den Sätzen desselben großgezogen; sie übersehen den Rechtsstoff, wie er sich bisher entwickelt hat, in seinem ganzen Umfang und sind mit den feinen Verzweigungen und Verästelungen des Rechtsorganismus wohl bekannt.“<sup>1515</sup> Unger zählt zu diesen Juristen in erster Linie die Verfasser des Gesetzbuches.<sup>1516</sup> Er nennt namentlich Zeiller, Pratobevera, Schuster, Dolliner sowie teilweise („zum Theil auch“) Wagner und Scheidlein.<sup>1517</sup> Sie „gehen mit ihrer reichen Bildung, mit ihrem umfassenden Wissen an das Gesetz heran und kennen den Zusammenhang desselben mit dem älteren Rechte“<sup>1518</sup>. Andererseits sind sie sich jedoch ebenso bewusst, dass auch das Gesetzbuch periodischer Optimierungen bedarf: „...sie sehen das Gesetzbuch nicht als etwas Unfehlbares, absolut Vollkommenes, sondern als ein relatives Gut an, das mit der Zeit der Verbesserung dringend bedürftig werden mag“<sup>1519</sup>.

Auf das „tüchtige Wirken“<sup>1520</sup> der ersten Stufe folgt die zweite Stufe der zivilrechtlichen Jurisprudenz, welche in Österreich „in den Jahren 1830 – 40 ihren Höhepunkt erreicht haben dürfte“<sup>1521</sup> und von Männern<sup>1522</sup> geformt wurde, die „in der Schule des neuen Gesetzbuches gebildet, in diesem das Alpha und Omega der Jurisprudenz erblicken. Statt mit einer tüchtigen Theorie an das Gesetzbuch heranzutreten, wird nunmehr aus dem Gesetzbuch heraus die Theorie gebildet. An die Stelle fruchtbaren Producierens tritt mechanisches Reproducieren; der Gesetzesparagraph wird nach allen Seiten und Richtungen hin gewendet und paraphrasiert: über ihm schließt sich der Horizont. Diese Periode ist die Periode der Stagnation, die Periode der Verkehrung der Rechtswissenschaft zur bloßen Gesetzeskenntnis.“<sup>1523</sup> Jene Periode der exegetischen Methode „ist die Zeit geographischer und historischer Abgeschlossenheit, die Zeit, in welcher man über die Gegenwart die

---

<sup>1514</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1515</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1516</sup> Vgl Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1517</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 638 ff.

<sup>1518</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1519</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1520</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636.

<sup>1521</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 640.

<sup>1522</sup> Unger vermerkt, dass deren Abhandlungen „eine sehr untergeordnete civilistische Bedeutung haben“ (Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 645) und nennt neben den „ehrvollen Ausnahmen“ (Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 645) Wagners, Schusters und Helms noch die Namen Rippel, Ellinger und Winiwarter (Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 645 f).

<sup>1523</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 636 f.

Vergangenheit und die Zukunft vergisst.“<sup>1524</sup> Auf diese Stufe folgt jedoch in den 1840er Jahren und hierbei insbesondere seit 1848<sup>1525</sup> die dritte Periode, jene der „wissenschaftlichen Kritik und des wissenschaftlichen Fortschritts.“<sup>1526</sup> Im Zuge der Thun- Hohensteinschen Reform<sup>1527</sup> „hat die rechtshistorische Methode den Sieg über die exegetische davongetragen.“<sup>1528</sup> Die österreichische Rechtswissenschaft befindet 1855 sich damit „am dämmernden Beginn der dritten Periode“<sup>1529</sup>, an deren „Wendepunkt“<sup>1530</sup> Stubenrauchs Kommentar<sup>1531</sup> zum ABGB stünde.

In der anschließenden Beschäftigung mit den Aufgaben dieser „dritten Periode“<sup>1532</sup>, forderte Unger grundsätzlich auch eine Adaptierung des ABGB. Die „periodische Revision“<sup>1533</sup> einer Kodifikation sei die einzige Möglichkeit, um „die Antinomie, den inneren Widerspruch zu lösen, welcher in jeder Codification liegt.“<sup>1534</sup> Dies läge in der Charakteristik einer umfassenden Kodifikation selbst begründet:

„Jede Codification nemlich ist nichts anderes, als der in Gesetzesform gebrachte Ausdruck der wissenschaftlichen Überzeugungen ihrer Zeit: sie enthält die Resultate der Theorie, aus welcher sie hervorgeht. Indem sie aber diese Theorie fixirt, kommt sie in Widerspruch mit dem Wesen aller Theorie, denn die Theorie ist stets das fortschreitende, sich unaufhaltsam entwickelnde geistige Element. Indem sich die Ansichten über die eine oder andere Rechtsfrage ändern und somit ein neues wissenschaftliches Bewußtsein gebildet wird, verschieden von jenem, welches sich im Gesetzbuche ausgesprochen findet, entsteht ein Kampf, der in jenen Ländern vermieden wird, wo die Theorie nicht fixirt wird, mag diese Fixirung nun in einem Gesetzbuche oder durch ein autorisirtes Handbuch des Rechts geschehen. Der Sieg, der sonst auf dem langsamen stillen Weg einer um sich greifenden Überzeugung erworben wird, kann in jenen Ländern erst das Resultat einer Opposition der fortgeschrittenen Wissenschaft gegen das unverändert gebliebenen Gesetz sein. Deshalb ist es dringend nöthig, gerade in jenen Ländern, in denen privatrechtliche Gesetzbücher existiren, mit allen Mitteln für

---

<sup>1524</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 637.

<sup>1525</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 646.

<sup>1526</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 638.

<sup>1527</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 646 ff (Siehe auch oben I. 4) (15 ff)).

<sup>1528</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 647 ff.

<sup>1529</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 647.

<sup>1530</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 647.

<sup>1531</sup> Stubenrauch, Moriz von: zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd I (1854).

<sup>1532</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 647 ff.

<sup>1533</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649.

<sup>1534</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649.

eine kräftige Anzahl von Jahren zu einer Revision zu schreiten, um die neuen Resultate der Theorie ins Gesetzbuch aufzunehmen.“<sup>1535</sup>

Aufgrund der Fortschritte der Wissenschaft und Theorie in den ca. vier Jahrzehnten seit dem Inkrafttreten des ABGB war für Unger bereits 1855 eine Revision desselben denkbar:

„Was nun eine Revision des bürgerlichen Gesetzbuches betrifft, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß bereits ein so langer Zeitraum seit der Abfassung desselben verflossen ist und daß innerhalb dieses Zeitraums in der Theorie so große Fortschritte gemacht worden sind, daß zu einer Revision desselben geschritten werden könnte.“<sup>1536</sup>

Allerdings kommt er schlussendlich zu dem Ergebnis, dass „der passende Zeitpunkt noch nicht gekommen [sein dürfte].“<sup>1537</sup> Die Gründe hierfür erläutert Unger folgendermaßen:

„Erst dann, wenn kritische Arbeiten die schadhafte Punkte des bürgerlichen Gesetzbuches mit Schärfe und Entschiedenheit angegeben und dadurch in weiteren Kreisen das Bedürfnis einer Revision hervorgerufen haben werden; erst dann, wenn sich unter uns Schulen tüchtiger Romanisten und Germanisten gebildet haben werden, welche den heutigen Rechtsstoff in seiner Totalität zu übersehen und zu bemeistern vermögen, dann erst wird der rechte Moment vorhanden sein.“<sup>1538</sup>

Jener Zeitpunkt würde laut Unger jedoch erst „nach mehreren Jahrzehnten eintreten.“<sup>1539</sup> Die Revision des ABGB würde dann jedoch „um so segensreicher wirken, weil bis dahin in Deutschland wohl manches beseitigt sein wird und wenigstens ein Theil der deutschen Staaten nicht abgeneigt sein dürfte, sich mit Österreich zur Einführung eines gemeinsamen, den Anforderungen der Wissenschaft vollkommen entsprechenden privatrechtlichen Gesetzbuches zu vereinigen. Die Einigung der österreichischen Rechtswissenschaft mit der deutschen zu diesen Zwecken anzubahnen und zu vollziehen, daß muß die bewußte Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz in unseren Tagen bilden.“<sup>1540</sup>

Die „dereinstige unausweichliche“<sup>1541</sup> Revision des ABGB sei somit „das letzte praktische Ziel der neuen Richtung“<sup>1542</sup> der Rechtswissenschaft und „die Aufgabe der Zukunft“<sup>1543</sup>.

---

<sup>1535</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649.

<sup>1536</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649.

<sup>1537</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649.

<sup>1538</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 649 f.

<sup>1539</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 650.

<sup>1540</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 650.

<sup>1541</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 648.

<sup>1542</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 648.

<sup>1543</sup> Unger, Entwicklungsgang der Civiljurisprudenz (1855) in System I, 648.

## **b) Rede im Herrenhaus zu den „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“ (1891)**

Im Jahre 1891, mitten in seiner produktivsten Zeit bezüglich des Schadenersatzrechts, hatte sich Ungers Meinung zu einer Revision des ABGB jedoch grundlegend gewandelt. In seiner Rede im Herrenhaus über die „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“<sup>1544</sup> sprach er sich nun vehement gegen eine Reform des ABGB aus:

„Das hohe Haus möge mir verzeihen, wenn ich diese Gelegenheit benütze, um zu sagen, dass trotz der Kritik, die ich mir an dem bürgerlichen Gesetzbuche erlaubt habe, zunächst dieses österreichische bürgerliche Gesetzbuch mit dem Maßstabe des Jahres 1811 gemessen, ein so vortreffliches und so vorzügliches Werk ist, dass ich ihm kein neueres Gesetzbuch an die Seite zu stellen vermag [...].“<sup>1545</sup>

Insbesondere der Entwurf des deutschen BGB sei für ihn Veranlassung seine „Bewunderung für das bürgerliche Gesetzbuch [ABGB] zu steigern“<sup>1546</sup>. Unger fährt daraufhin fort:

„ [...] weil zu meiner großen Verwunderung im anderen Hause in einer Budgetausschusssitzung, wie ich in der Zeitung gelesen habe, sogar schon der Wunsch nach einer Reform des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen worden ist, möchte ich bitten, mir zu gestatten, da es den eigentlichen Inhalt meines wissenschaftlichen Lebens und meines Berufes gebildet hat, davor auf das dringendste zu warnen. Danken wir Gott, dass wir dieses Gesetzbuch haben, und pflegen wir die Wissenschaft dieses Gesetzbuches. Das ist der große Vorzug dieses Gesetzbuches, dass es nur 1500 Paragraphe hat, dass es in naiver Weise abgefasst ist, dass es in ursprünglicher, wenn ich so sagen darf, nicht reflectirte Weise wie zum Beispiel das neue deutsche Gesetzbuch zustande gekommen ist. Pflegen wir also die Wissenschaft. Nur dagegen habe ich mich gewendet, dass eine Zeit lang die Wissenschaft nicht genug wissenschaftlich war. Also ich möchte nur noch den Ruf dagegen erheben, dass man etwa an eine Reform des bürgerlichen Gesetzbuches denke.“<sup>1547</sup>

---

<sup>1544</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 61 ff.

<sup>1545</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 64.

<sup>1546</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 64.

<sup>1547</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 64.

Jene Haltung änderte sich jedoch in der Folge erneut, insbesondere in Ungers Publikation „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ aus dem Jahr 1904.

### **c) „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ (1904)**

In der Publikation „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“, welche als „Einleitung zu einer Abhandlung“<sup>1548</sup> zu einer späteren Schrift, „zu deren Vollendung mir [Unger] hoffentlich noch Zeit und Kraft gegönnt sein wird“<sup>1549</sup> konzipiert wurde, attestiert Unger dem ABGB zunächst nach wie vor sich in dem langen Zeitraum seiner Gültigkeit (seit 1812) „glänzend bewährt“<sup>1550</sup> zu haben. Er hebt hierbei, ebenso wie in seiner Rede im Herrenhaus vom 1.6.1891, als besondere Qualitäten die „große Kürze“<sup>1551</sup> (wohl primär angesichts des Umfangs des BGB) sowie die „schlichte, allgemein verständliche, im besten Sinn des Wortes volkstümliche Sprache“<sup>1552</sup> des ABGB hervor. Weiters spricht er lobend von den Verweisungen auf andere Gesetzesstellen<sup>1553</sup> und betont auch die „sachlichen Vorzüge“<sup>1554</sup> der Kodifikation.

Anders als im Jahr 1891 konstatiert Unger jedoch in der Folge: „Ungeachtet aller formellen und materiellen Vorzüge ist das bürgerliche Gesetzbuch aus mancherlei Gründen dennoch in hohem Maße reformbedürftig.“<sup>1555</sup> Die Reformbedürftigkeit des ABGB, welche die Redakteure des ABGB bereits vorhergesehen hätten<sup>1556</sup>, ergibt sich für Unger aufgrund folgender Tatsachen:

„Die Rechtsnormen sind Produkte der geschichtlichen Entwicklung. Erzeugnisse des wirtschaftlichen und geistigen Lebens einer bestimmten Kulturperiode. Wie sehr hat sich nun das ganze Leben während des Bestandes des bürgerlichen Gesetzbuches

---

<sup>1548</sup> Unger, Joseph: Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1904) (idF Unger, Revision des ABGB (1904)), 1, Fn „\*“.

<sup>1549</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 1, Fn „\*“: Jene Hoffnung sollte sich nicht erfüllen.

<sup>1550</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 1. Unger lobt das ABGB in der für ihn typischen Manier mit den blumigen Worten: „Es [ABGB] ist tief in alle Schichten der Bevölkerung gedrungen. Es hat nicht nur die Geister gewonnen, sondern auch die Herzen erobert. Der Österreicher sieht in dem Gesetzbuch ein Kleinod und blickt mit Stolz darauf, wie der Franzose auf seinen *Code civil*“ (Unger, Revision des ABGB (1904), 1).

<sup>1551</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 1.

<sup>1552</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 1 f.

<sup>1553</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 2.

<sup>1554</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 2. So schreibt Unger etwa: „Es geht ein freier frischer Zug durch dasselbe, es weht die Luft der Aufklärung und der Humanität des 18. Jahrhunderts darin“ (Unger, Revision des ABGB (1904), 2). Weiters streicht er die weitgehende Gleichstellung von Frauen und Männern (Unger, Revision des ABGB (1904), 3 f), die „frei gestaltete Vormundschaft“ der väterlichen Gewalt (Unger, Revision des ABGB (1904), 4 f) sowie die Vertrags- und Formfreiheit ohne Gebote der Moral zu unterminieren (Unger, Revision des ABGB (1904), 5 f).

<sup>1555</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 7.

<sup>1556</sup> Vgl Unger, Revision des ABGB (1904), 14.

geändert! Welch ungeheure Veränderungen sind in den ökonomischen und geistigen Anschauungen mittlerweile eingetreten! Von einer ‚sozialen Aufgabe‘, wie sie jetzt dem Privatrecht gestellt wird, von der ‚Sozialisierung des Rechts‘, wie sie jetzt gefordert wird, hatte man vormals keine Vorstellung. Daß es Aufgabe der Gesetzgebung sei, den wirtschaftlich Schwächeren gegen den wirtschaftlich Stärkeren zu schützen, war damals noch nicht zu klarem Bewusstsein gekommen.<sup>1557</sup>

Der Textauszug offenbart erneut Ungers Verständnis vom Recht. Sie ist Zeugnis für seine spezifische, von verschiedenen Zugängen geprägte Adaptierung juristischer Methodik. Er vereint Elemente der historischen Rechtschule mit sozialen Überlegungen und Forderungen der juristischen Praxis.

Des Weiteren sei das ABGB in weiten Feldern lückenhaft, insbesondere im Bereich der Reallasten, des Nachbarrechts, der Auslobung, bei den Verträgen zu Gunsten Dritter, dem Schuldanerkenntnis und der Schuldübernahme, den Inhaberpapieren, der Gütergemeinschaft Lebender sowie dem internationalen Privatrecht.<sup>1558</sup>

Einerseits seien solche Lücken zwar vorteilhaft, da hierbei die fehlende Normierung „in einer dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart entsprechenden Weise“<sup>1559</sup> seitens des Richters ausgefüllt werden könne und das ABGB somit „vor Erstarrung bewahrt“<sup>1560</sup> werden könne. Andererseits führe diese weite Lückenfüllung jedoch zwangsweise dazu, den „größten Vorzug“<sup>1561</sup> einer Privatrechtskodifikation, die Rechtssicherheit<sup>1562</sup>, zu opfern.

Der Hauptkritikpunkt Ungers am ABGB ist jedoch dessen „technische, die spezifisch juristische“<sup>1563</sup> Seite. Die Systematik ist eine „verfehlt“<sup>1564</sup>, die Definitionen sind mangelhaft und insbesondere nicht mehr in zeitgemäßer juristischer Terminologie abgefasst.<sup>1565</sup>

Trotz dieser Reformbedürftigkeit und dem Wunsch nach einer grundlegenden Neuerung des ABGB, welchen auch Menger<sup>1566</sup> und Mitteis<sup>1567</sup> geäußert hatten, konstatiert Unger jedoch,

---

<sup>1557</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 8 f.

<sup>1558</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 9 f.

<sup>1559</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 12.

<sup>1560</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 12.

<sup>1561</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 12.

<sup>1562</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 12 f.

<sup>1563</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 13.

<sup>1564</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 13.

<sup>1565</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 13 f.

<sup>1566</sup> In dessen Inaugurationsrede vom 24.10.1895 (zitiert in Unger, Revision des ABGB (1904), 15).

<sup>1567</sup> Mitteis, Ludwig: „Die bürgerliche Gesetzgebung für das deutsche Reich“ in Neue Freie Presse vom 8.12.1896 (Morgenblatt) 2 f (zitiert in Unger, Revision des ABGB (1904), 15).

dass eine vollständige Revision des ABGB „dennoch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten“<sup>1568</sup> ist. Neben der „süßen Gewohnheit der liebgewonnenen Beschäftigung mit dem von unseren Vätern überkommenen, uns anheimelnden Gesetzbuch“<sup>1569</sup> stünden einer umfassenden Revision weitere „mannigfaltige Hindernisse entgegen.“<sup>1570</sup> In erster Linie seien dies das Eherecht, wo der Gegensatz zwischen Staat und Kirche neu aufbrechen würde<sup>1571</sup>, sowie „der unselige politische und nationale Hader, welcher einer ruhigen legislatorischen Tätigkeit keinen Raum läßt.“<sup>1572</sup>

Stattdessen sei temporär die „mosaikartige Einzelkorrektur“<sup>1573</sup> gegenüber „der Umarbeitung ganzer Hauptstücke, wie etwa dem reformbedürftigen Hauptstücke vom Besitz, vom Schadenersatz und von der Verjährung“<sup>1574</sup> die beste mögliche Wahl: „Es würden somit durch eine solche novellarische Gesetzgebung nur einzelne Bausteine aus dem altehrwürdigen Rechtsgebäude herausgenommen und durch andere ersetzt und diese selbst dadurch widerstandsfähiger und wohnlicher gemacht werden.“<sup>1575</sup> In „der folgenden Abhandlung“<sup>1576</sup> kündigt Unger eine Besprechung der „Bausteine“ an, welche er ersetzt haben möchte. Er kündigt an seine „Arbeitskraft, solange und soweit sie noch reicht, in Dienst der Revision des Gesetzbuches [zu] stellen und gewissermaßen ein juristisches Vermächtnis [zu] errichten.“<sup>1577</sup> Denn so ist es „nicht bloß die Aufgabe der Gesetzgebung, sondern nicht minder auch die Aufgabe der Rechtswissenschaft, einer künftigen Revision des bürgerlichen Gesetzbuches vorzuarbeiten.“<sup>1578</sup> Er schließt mit den Worten: „Möge das Gesetzbuch, wenn es dereinst als Phönix aus seiner Asche emporsteigt, ein *magnum opus*, ein *aureus codex* sein und die Kraft besitzen, Jahrzehnte hindurch eine Leuchte der Gerechtigkeit und der Billigkeit zu sein!“<sup>1579</sup>

Allerdings war es Unger nicht mehr möglich die geplante Abhandlung zu vollenden. Sein Aufruf zur vollständigen Revision blieb Fragment. Selbst seine geforderte „mosaikartige Einzelkorrektur“<sup>1580</sup> konnte er nicht weiter erläutern.

---

<sup>1568</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 15.

<sup>1569</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 15 f.

<sup>1570</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1571</sup> Vgl. Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1572</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1573</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1574</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1575</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16 f.

<sup>1576</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 17. Der vorliegende Text war lediglich als Einleitung zu dieser Abhandlung konzipiert.

<sup>1577</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 17.

<sup>1578</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 17.

<sup>1579</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 18.

<sup>1580</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

Es geht jedoch klar hervor, dass er, neben den Hauptstücken vom Besitze und der Verjährung, speziell das Schadenersatzrecht als besonders reformbedürftig angesehen hatte.<sup>1581</sup>

## **2) Ungers Einfluss auf die Teilnovellierung (1914, 1915 und 1916) des ABGB im Bereich des Schadenersatzrechts**

Neben Ungers offenen Stellungnahmen zur Revision des ABGB war er als Mitglied der juristischen Kommission des Herrenhauses<sup>1582</sup> sowie als deren Vorsitzender/Obmann in der Session 17<sup>1583</sup> sowie insbesondere der 18.<sup>1584</sup> und 19. Session<sup>1585</sup> klarerweise auch an den Vorarbeiten zu den drei Teilnovellen (1914, 1915 und 1916) des ABGB beteiligt. In der 18.<sup>1586</sup> und 19. Session<sup>1587</sup> gab es bereits Regierungsvorlagen sowie erläuternde Bemerkungen der juristischen Kommission des Herrenhauses bezüglich der geplanten Änderungen des ABGB.

In der Einleitung zu den Erläuterungen der 18.<sup>1588</sup> und 19. Session<sup>1589</sup> sowie im Herrenhausbericht der 21. Session<sup>1590</sup> bezüglich der geplanten Novellierung des ABGB wird dezidiert auf Unger Bezug genommen.<sup>1591</sup> Die Rolle, welche Unger allgemein bei den Arbeiten zu den Teilnovellen eingenommen hatte, war demnach von großer Bedeutung. Er wird stets als Urheber der Revisionsidee genannt und die Teilnovellierung wird mit seinen Ausführungen zur „mosaikartige Einzelkorrektur“<sup>1592</sup> gegenüber einer umfassenden Reform des ABGB gerechtfertigt. Die Struktur der Reformierung des ABGB lediglich mittels Teilnovellierungen geht hiermit auf Ungers Vorschlag zurück, auch wenn er diese Lösung nur als die temporär günstigere Option gegenüber einer auf lange Sicht notwendigen generellen Revision des ABGB betrachtete.<sup>1593</sup>

---

<sup>1581</sup> Vgl Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1582</sup> Siehe unten Anhang 1) b) (266 ff).

<sup>1583</sup> **31.01.1901 - 30.01.1907.**

<sup>1584</sup> 17.06.1907 - 04.02.1909.

<sup>1585</sup> 10.03.1909 - 11.07.1909.

<sup>1586</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage.

<sup>1587</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage.

<sup>1588</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 57.

<sup>1589</sup> Protokolle des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage, 137.

<sup>1590</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 4.

<sup>1591</sup> Siehe auch oben IV. 1) (239 ff).

<sup>1592</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16. Siehe oben IV. 1) c) (245 ff).

<sup>1593</sup> Siehe oben IV.1)c) (245 ff).

Die Wirkung Ungers auf alle Aspekte der Teilnovellen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden. Lediglich die in der dritten Teilnovelle<sup>1594</sup> erfolgte Reformierung des Schadenersatzrechts (§§ 1295 ff) soll hier hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung auf Einflüsse durch Ungers schadenersatzrechtliches Oeuvre analysiert werden.

Bereits die allgemein gehaltenen erläuternden Bemerkungen<sup>1595</sup> in den Beilagen zur 18. Session (sowie deckungsgleich zur 19. Session) des Herrenhauses zur geplanten Novellierung erinnern sprachlich stark an Unger, welcher zum damaligen Zeitpunkt Vorsitzender der juridischen Kommission des Herrenhauses war. Die schadenersatzrechtlichen Erläuterungen<sup>1596</sup> befassen sich mit der geplanten erweiterten Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen die „guten Sitten“ (oder die „öffentlichen Ordnung“) im neu zu schaffenden Abs 2 von § 1295 ABGB<sup>1597</sup>. Die sprachliche Abfassung der erläuternden Bemerkungen zu den guten Sitten trägt eindeutig die Handschrift Ungers.<sup>1598</sup>

Der Bericht des Herrenhauses von 1912 zur ABGB-Novellierung hingegen ist in einer anderen Sprache verfasst. Unger hatte die juridische Kommission des Herrenhauses zu Beginn der 20. Session verlassen<sup>1599</sup>. Sein Nachfolger als Vorsitzender der juridischen Kommission war Karl von Czyhlarz.<sup>1600</sup>

In dem dezidiert schadenersatzrechtlichen Teil des Herrenhausberichts<sup>1601</sup> wird mehrmals auf Unger ausdrücklich verwiesen, obgleich hinsichtlich der Zitierungen andere dominieren, insbesondere Anton von Randa. Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit den Diskussionen jener Thematiken in welchen ausdrücklich mittels Verweisen auf Unger Bezug genommen wird.

---

<sup>1594</sup> RGBI 69/1916.

<sup>1595</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 57 ff sowie Sten. Prot. des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage, 137 ff.

<sup>1596</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 140 sowie Protokolle des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage, 220.

<sup>1597</sup> Der damals geplante § 1295 Abs 2 lautete: *Wer in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, ist diesem zum Schadenersatz verpflichtet. Ist der Schaden in Ausübung eines Rechtes zugefügt, so gilt dies nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben konnte, einem andern Schaden zuzufügen.* (Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 40 f (§ 152) sowie Protokolle des Herrenhaus der XIX. Session, 3. Beilage, 120 f (§ 152)).

<sup>1598</sup> Etwa „Der Schutz des Einzelnen und des Gemeinwesens muß durch eine allgemeine, dehnbare, der Entwicklung von Geschäft und Verkehr sich aufschmiegende Bestimmung angestrebt werden.“ oder „Objektiv ist die Basis für die Anwendung dieser Vorschrift durch das gegeben, was jeweils nach allgemeiner Anschauung als den Forderungen der Moral, der Rücksicht auf einen gefundenen sozialen Zustand und den Grundlagen der Rechtsordnung entsprechend oder nicht entsprechend angesehen wird. Dieser Maßstab ist veränderlich, das ist aber ein Vorzug der Rechtsvorschrift. Vermöge dieser Elastizität kann, wenn auch nur in beschränktem Maße, Rechtsordnung und Rechtsgefühl in Übereinstimmung erhalten und der Weiterentwicklung des gesetzten Rechtes vorgearbeitet werden.“ (Sten. Prot. des Herrenhauses der XVII. Session, 29. Beilage, 140 sowie Protokolle des Herrenhauses der XIX. Session, 3. Beilage, 220).

<sup>1599</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–XX. Session, Anhang 3, Index 59 f.

<sup>1600</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses–XX. Session, Anhang 3, Index 59 f sowie Protokolle des Herrenhaus der XIX. Session, Anhang 3, Index 114.

<sup>1601</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 254 ff.

## a) Ausdehnung eisenbahnrechtlicher Gefährdungshaftung auf Industrie (§ 1317 ABGB)?

Der erste Verweis auf Unger erfolgt in der Diskussion von § 1317 ABGB<sup>1602</sup>. Es wurde vorgeschlagen in § 1317 den „Gedanken des Eisenbahn-Haftpflichtgesetzes durch eine allgemeine Norm auf industrielle Großbetriebe und ähnliche Unternehmungen“<sup>1603</sup> auszudehnen, also eine im Ergebnis verschuldensunabhängige Haftung für die Großindustrie herzustellen.<sup>1604</sup> Der Bericht fährt jedoch fort: „Die Berechtigung dieser Tendenz der modernen Gesetzgebung [...] soll nicht verkannt werden, vermag aber doch auch nicht über die Bedenklichkeit der Belastung der gesamten Industrie mit einer allgemeinen ‚Gefährdehaftung‘ dieser Art zu täuschen.“ Hierbei wird unter anderem auf Ungers Werk „Handeln auf eigene Gefahr“<sup>1605</sup> verwiesen. Unger sei am angeführten Ort „auch zweifelnd“<sup>1606</sup> bezüglich einer derartigen Ausdehnung gewesen. Diese Lesart ist jedoch befremdlich. Unger zweifelt am angeführten Ort im Zuge der Diskussion des Entwurfs zum deutschen BGB zwar, hält eine Ausdehnung des Eisenbahnhaftpflichtrechts auf andere Bereiche sowie eine Aufnahme der ausgedehnten Form in das Gesetzbuch aber grundsätzlich für „wünschenswerth“:

„Ich muß es dahingestellt sein lassen, ob es nicht möglich wäre, bei der Revision des deutschen Entwurfs das für Eisenbahnunternehmungen geltende strenge Haftpflichtrecht aus der Sonderstellung, [...], zu befreien und in entsprechender Ausdehnung auf bestimmte andere gemeingefährliche Gewerbebetriebe dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich einzuverleiben: wünschenswerth wäre es gewiß.“<sup>1607</sup>

In jedem Fall wurde § 1317 keiner Novellierung unterzogen und blieb in seiner ursprünglichen Form bestehen.

---

<sup>1602</sup> § 1317. *In wie fern bey öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen die besonderen Vorschriften.*

<sup>1603</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

<sup>1604</sup> Vgl. zum EHG und dessen Konzeption oben III. B) 4) (135 ff) & D) 1) (163 ff).

<sup>1605</sup> Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*<sup>2</sup> (1893) = Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*<sup>3</sup> (1904), 95 f. in Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

<sup>1606</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

<sup>1607</sup> Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*<sup>2</sup> (1893) = Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*<sup>3</sup> (1904), 95 f.

### **b) Schadenersatzumfang (§ 1324 ABGB)**

Dezidiert auf Unger verwiesen wird auch im Zuge der Diskussion des Umfanges des Schadenersatzes gem § 1324 ABGB.<sup>1608</sup> „Der Gedanke, daß sich das Maß des Ersatzes nach dem Verschulden des Ersatzpflichtigen abzustufen habe, wird heute im allgemeinen gutgeheißen, doch wird die steife Unterscheidung der zwei Stufen im a.b.G.B., nach ‚*damnum emergens*‘ und ‚*lucrum cessans*‘ getadelt und statt dessen eine elastischere Norm befürwortet, die nach Art des Schweizer. Obl.R. Art. 47, 49, 99 die Würdigung dem Ermessen des Richters anheimgäbe.“<sup>1609</sup> Dies sei unter anderem ein „Vorschlag Ungers“<sup>1610</sup> gewesen. Eine elastischere Norm nach richterlichem Ermessen scheint auch dem Rechtsverständnis Ungers durchaus entsprochen zu haben, welchem Billigkeit und Interessenausgleich stets ein besonderes Anliegen waren. Jene Anregung wurde jedoch schließlich nicht umgesetzt. Das Sonderkomitee wäre zwar „diesem Gedanken geneigt gewesen“, allerdings würde eine derartige Neuerung für eine Teilrevision des Schadenersatzrechts zu weit gehen, da „damit die ganze Terminologie des a.b.G.B. ‚Schadloshaltung‘ – ‚volle Genugtuung‘ fallen und, um das durchzuführen, die Ausdrucksweise durch das ganze Gesetzbuch hindurch umgeformt werden müßte. Überdies aber müßte neben einer solchen allgemeinen Norm eine ganze Reihe von Bestimmungen über die Haftung bei verschiedenen einzelnen Obligationsverhältnissen auch meritorische Änderungen erfahren – alles dies ein allzu tiefes Eingreifen in die ganze Struktur des Gesetzbuches.“<sup>1611</sup>

### **c) Notstandshandlungen (§ 19 ABGB)**

Unger wurde auch im Rahmen der Diskussion von „Notstandshandlungen“<sup>1612</sup> zitiert. Er wird zur Untermauerung herangezogen, dass Notwehr „als Verteidigung auch gegen Angriffe oder Eingriffe, die von einer subjektiv keiner Rechtswidrigkeit fähigen Seite drohen“<sup>1613</sup> geübt werden kann. Es wird jedoch nicht auf seine Abhandlung bezüglich von Notrechten in

---

<sup>1608</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

§ 1324. *In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sey.*

<sup>1609</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

<sup>1610</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257.

<sup>1611</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 257 f.

<sup>1612</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 261.

<sup>1613</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 261.

„Handeln auf eigene Gefahr“<sup>1614</sup> verwiesen, sondern auf seinen zum damaligen Zeitpunkt beinahe 50 Jahre alten zweiten Band des „Systems des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts“<sup>1615</sup>.

#### **d) Gehilfenhaftung (§ 1313a ff ABGB)**

Im Rahmen der Gehilfenhaftung wird ebenso auf Unger verwiesen. Die veränderte Gehilfenhaftung brachte im Schadenersatzrecht wohl die wesentlichste Neuerung mit sich. Im Rahmen der dritten Teilnovelle wurde sowohl die „Erfüllungsgehilfenhaftung“ des § 1313a<sup>1616</sup> eingeführt sowie die gesamte Gehilfenhaftung der §§ 1314 ff (mitsamt der Gastwirtheftung (§ 1316)) neu formuliert bzw. ausgestaltet.

Im Zuge der Diskussion der neuen Besorgungsgehilfenhaftung wird dezidiert auf Unger eingegangen, welcher sich in seiner Monographie „Handeln auf eigene Gefahr“ eingehend mit der Gehilfenhaftung beschäftigt hatte.<sup>1617</sup> Generell herrschte bezüglich der Auslegung von § 1315 aF<sup>1618</sup> Uneinigkeit in der damaligen Lehre.<sup>1619</sup> Unger hatte eine generelle verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn für schuldhaftes Verhalten seiner Besorgungsgehilfen gefordert, womit es im Ergebnis zur selben „unbedingten“ Haftung wie für den Erfüllungsgehilfen kommen würde.<sup>1620</sup> Sollte eine einheitliche Ausgestaltung der Gehilfenhaftung nicht durchsetzbar sein, hatte er zumindest eine Beweislastumkehr zugunsten des Beschädigten verlangt.<sup>1621</sup> Der Bericht des Herrenhauses hält nunmehr fest: „...glaubt das SK [Sonderkomitee] jene Kontroverse im Sinne der milderer Meinung entscheiden zu sollen, wonach die Haftung nur bei wissentlicher Verwendung untüchtiger Personen einzutreten hat, und auch trotz maßgebender Stimmen für die gegenteilige Anordnung, auf eine Verschiebung

---

<sup>1614</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>2</sup> (1893) = Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 24 ff.

<sup>1615</sup> Unger, System II (1868), 345 (zitiert in Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 261). Unger vermerkt dort insbesondere: „Die Selbstvertheidigung ist nicht nur gegen Angriffe einer Person zulässig, sondern auch dann statthaft, wenn uns von fremden Sachen Gefahr droht: in einem solchen Fall ist man befugt, zur Erhaltung der eigenen Sache im Notfall die fremde Sache selbst zu zerstören.“ (Unger, System II (1868), 345).

<sup>1616</sup> § 1313a. *Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigene*

<sup>1617</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 384 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 53 ff. Siehe hierzu oben III. D) 4) b) (220 ff).

<sup>1618</sup> § 1315 aF. *Eben so haftet derjenige, welcher wissentlich eine solche gefährliche, oder wer zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellt hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hierdurch erlitten hat.*

<sup>1619</sup> Vgl. Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 269.

<sup>1620</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 391 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 62 ff. Siehe hierzu oben III. D) 4) b) bb) (224 ff).

<sup>1621</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 397 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 67 ff. Siehe hierzu oben III. D) 4) b) bb) (224 ff).

der Beweislast für diese Fälle nicht eingehen zu sollen.<sup>1622</sup> Ungers Ausführungen diesbezüglich werden an erster Stelle als eine der „maßgebenden Stimmen“ zitiert.<sup>1623</sup> Im Ergebnis wurden also Ungers Forderungen bezüglich einer unbedingten Besorgungsgehilfenhaftung bzw zumindest einer Beweislastumkehr in der ABGB-Novellierung nicht umgesetzt.<sup>1624</sup> Die neue Fassung von § 1315<sup>1625</sup> normiert keine unbedingte Haftung wie beim Erfüllungsgehilfen und lässt auch die Regeln der Beweisführung unberührt.<sup>1626</sup>

### **e) Bauwerkehaftung (§ 1319 ABGB)**

Im Bereich der Bauwerkehaftung wird ebenso auf Ungers Anregung einer Reformierung zurückgegriffen. So heißt es im Bericht: „Aufgrund des Randa’schen Vorschlages wurde die (auch von Unger angeregte) Frage der Haftung für Bauwerke, deren praktische Bedeutung nicht zu verkennen ist, in Diskussion gezogen.“<sup>1627</sup> Unger hatte sich der Thematik im Laufe seines Lebens wiederholt gewidmet.<sup>1628</sup>

Im Fokus steht hierbei die Haftung gem § 1319. Dieser habe in seiner alten Fassung<sup>1629</sup> im Zeitpunkt der Novellierung laut dem Bericht des Herrenhauses „lediglich historische Bedeutung“<sup>1630</sup> gehabt und erscheine daher als „gänzlich überflüssig“<sup>1631</sup>. Er wurde schließlich durch eine neue Formulierung<sup>1632</sup> in der dritten Teilnovelle ersetzt.

---

<sup>1622</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 269 f.

<sup>1623</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 269.

<sup>1624</sup> Der Bericht argumentiert unter anderem erneut, dass weitergehende Veränderungen, wie sie Unger vorgeschlagen hatte, einen zu großen Eingriff in das Rechtsgefüge für eine lediglich als Teilnovelle konzipierte Reformierung des ABGB verursachen würde: „...und um mit der Novelle nicht zu tief in das bestehende Rechtsbewußtsein einzugreifen...“ (Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 269).

<sup>1625</sup> § 1315. *Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.*

<sup>1626</sup> Beachte jedoch die moderne Interpretation der Besorgungsgehilfenhaftung (siehe oben III. D) 4) a) (219, Fn 1377)).

<sup>1627</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 271.

<sup>1628</sup> Siehe oben III. D) 2) b) (190 ff) sowie insb. bb) (193 ff).

<sup>1629</sup> § 1319 aF. *Wegen wahrscheinlicher Gefahr, daß ein Schild, ein Geschirr, oder eine andere über einen gangbaren Platz aufgehängte oder gestellte Sache fallen, und die Vorübergehenden beschädigen könnte, stehet noch niemanden eine gerichtliche Klage, wohl aber jedermann das Recht zu, der allgemeinen Sicherheit wegen, die Gefahr bey der politischen Behörde anzuzeigen.*

<sup>1630</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1631</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1632</sup> § 1319. *Wird durch Einsturz oder Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder eines anderen auf einem Grundstück aufgeführten Werkes jemand verletzt oder sonst ein Schaden verursacht, so ist der Besitzer des Gebäudes oder Werkes zum Ersatze verpflichtet, wenn die Ereignung die Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes ist und er nicht beweist, daß er alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet habe.*

Der Bericht hält in der Erläuterung der Bauwerkehaftung mit ausdrücklichen Verweisen auf Unger fest:

„Der Gedanke solcher Haftung für „Sachschaden“ ist dem a.b.G.B. nicht fremd; er findet sich im § 343 a.b.G.B. Aber es bedarf weiterer Ausgestaltung: Der Ersatzanspruch bedarf – was nach § 343 zweifelhaft – nicht erst der Vermittlung durch die Kautionsleistung (Unger, Hand. auf eigene Gef. 79), die Ersatzpflicht ist das Primäre, die Kautionsleistung das Sekundäre (so Schweiz. Obl. R., Art. 58, 59) und Ersatz gebührt nicht nur dem beschädigten Nachbarn, sondern auch jedem anderen, den durch den Einsturz ein Schaden trifft (Unger a.a.O. 80).“<sup>1633</sup>

Eine „absolute Gefährdehaftung“<sup>1634</sup> allerdings „würde eine allzu große Belastung des Besitzes von Häusern und namentlich industrieller Anlagen bedeuten.“<sup>1635</sup> Das Sonderkomitee forderte demnach:

„Der Besitzer des Bauwerkes haftet (nur) unter der doppelten Voraussetzung, daß die Ursache des ‚Einsturzes‘ in der mangelhaften Errichtung oder Erhaltung des Werkes liegt (also nicht in einem von außen kommenden Ereignis) und daß ihn an dem einen oder anderen eine Schuld trifft; in letzter Beziehung aber wird zum Schutze der dritten Personen, die nicht in der Lage sind, das zu kontrollieren, die Beweislast – Ausnahme von der Regel des § 1295 a.b.G.B. – dem Besitzer des Bauwerkes auferlegt, im wesentlichen so wie nach dem Deutsch. B.G.B., § 836. Die Umkehrung der Beweislast auch in der ersteren Beziehung (wie noch SK. I, § 239) wurde in 2. Lesung mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten eines derartigen Beweises [...] für zu hart gehalten.“<sup>1636</sup>

Die neue Regelung wird folgend umschrieben:

„Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes, ohne daß es nötig wäre, die beiden Möglichkeiten der ‚fehlerhaften Errichtung‘ und der mangelhaften ‚Erhaltung‘ zu sondern (wie § 836 B.G.B. Randa, Vorschlag § 1319, SK. I, § 239); praktisch wird immer nur die Beschaffenheit zur Zeit des eingetretenen Unfalles als Beweisthema für den Ersatzkläger in Betracht kommen, während die Frage, ob diese Beschaffenheit

---

<sup>1633</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 271.

<sup>1634</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 271.

<sup>1635</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 271.

<sup>1636</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 271 f.

schon durch die Errichtung gegeben oder durch Mangel der Sorgfalt in der Erhaltung entstanden ist, nur für den Entlastungsbeweis des Besitzers des Werkes von Belang ist.<sup>1637</sup>

Die Einfügung des veränderten § 1319 sei sowohl wegen seiner Abfassung in vertrauten Rechtstermini<sup>1638</sup> als auch wegen seiner Beschaffenheit hinsichtlich der Haftung problemlos möglich. Insbesondere sei „die im Entwurfe vorgeschlagenen Abweichung von der allgemeinen Regel der Verschuldenshaftung tatsächlich nicht sehr bedeutend“<sup>1639</sup>. Es bildet somit „nicht das Prinzip der reinen Gefährdehaftung, sondern nur eine verschärfte Kulpahaftung die Grundlage der Norm“<sup>1640</sup>. Es haftet daher nicht der Eigentümer bzw Inhaber des Werkes schlechthin, sondern „nur derjenige, der in der in der Lage war, durch die erforderlichen Vorkehrungen die Gefahr rechtzeitig abzuwenden.“<sup>1641</sup> Dies „lässt sich am besten kurz dahin zusammenfassen, daß der ‚Besitzer des Werkes‘ zu haften hat“<sup>1642</sup>, was nicht zwingend mit dem „Besitzer der Liegenschaft“<sup>1643</sup> zusammenfallen muss. Der Schadenersatzpflichtige kann jedoch mit dem Nachweis der „erforderlichen Sorgfalt“<sup>1644</sup> zur Abwendung der Gefahr den Entlastungsbeweis führen, wobei die „erforderliche Sorgfalt“ den ursprünglich intendierten Terminus „aller möglichen Vorkehrungen“<sup>1645</sup> aus Gründen der Begrenzung der Aufgaben des „Werkbesitzers“ zu ersetzen habe. Die Haftung nach dem neuen § 1319 umfasse „jede Art von Schaden, insbesondere auch die Verletzung von Menschen durch den Einsturz oder das Herabfallen von Teilen des Bauwerkes.“<sup>1646</sup> Dies sei zwar bereits durch die allgemeine Regelung der § 1293 ff gegeben, die eigene Normierung der Bauwerkehaftung bezwecke jedoch „auch und vor allem den Schutz der persönlichen Sicherheit.“<sup>1647</sup>

Die genaue Untersuchung der Erläuterungen im Bericht zum neuen § 1319 zeigt somit hinsichtlich des Einflusses von Ungers Überlegungen ein ambivalentes Bild. Einerseits wird dezidiert auf Unger Bezug genommen und seiner Ansicht auch zum Teil gefolgt. So wird der Schutzzadius auf Dritte (aus Sicht der der Bauwerkehaftung zugrundeliegenden *cautio damni infecti*) erstreckt. Andererseits jedoch normiert

---

<sup>1637</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1638</sup> Vgl Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1639</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1640</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1641</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1642</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1643</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1644</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272 f.

<sup>1645</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 272.

<sup>1646</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1647</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

§ 1319 in den Augen des Herrenhausberichts lediglich eine verschärfte Verschuldenshaftung mit teilweiser Beweislastumkehr. Ungers Vorschlag einer verschuldensunabhängigen Haftung basierend auf dem Grundgedanken des „Handelns auf eigene Gefahr“<sup>1648</sup> wurde nicht übernommen.<sup>1649</sup>

### **f) Tierhalterhaftung (§ 1320 ABGB)**

Unger hatte sich auch eingehend mit der Tierhalterhaftung beschäftigt und forderte im Ergebnis sowohl bei „wilden“ als auch „zahmen“ Tieren eine verschuldensunabhängige, unbedingte Haftung des Tierhalters.<sup>1650</sup> Im Zuge der dritten Teilnovelle wurde nun der relevante § 1320<sup>1651</sup> tatsächlich reformiert. Im Herrenhausbericht hierzu wird wiederum kurz auf Unger verwiesen.

Der Bericht konstatiert zunächst: „Bezüglich der Schadenszufügung durch Tiere schließt das a.b.G.B. – von dem besonderen Falle der §§ 1321 f abgesehen – die Erfolgshaftung in § 1320 ausdrücklich aus.“<sup>1652</sup> Aufgrund der „offensichtliche[n] Tendenz der Judikatur zu einer Ausdehnung der Pflicht zur ‚Verwahrung‘ sowie einer Auslegung des Begriffes der ‚Vernachlässigung‘, die nahezu zum Gegenteile dessen führt, was mit klaren Worten im Gesetze steht“<sup>1653</sup> bedürfe diese Regelung jedoch „einer Revision“<sup>1654</sup>. Die Frage sei nunmehr, in welcher Form die Reformierung erfolgen soll. Der Bericht hält hierbei fest: „Muß nun, um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, das Verschuldensprinzip des § 1320 a.b.G.B. gänzlich fallen gelassen und zur unbedingten Erfolgshaftung übergegangen werden (nach dem Vorbilde des *Code civ.* Art. 1385 und des Deutsch. B.G.B. § 833), was von mancher Seite, so namentlich Unger, Handeln auf eigene Gefahr 72 f., als das Richtige bezeichnet wird?“<sup>1655</sup> Der Bericht kommt dann jedoch unter Verweisen auf die Rechtslage in

---

<sup>1648</sup> Siehe oben III. D) 2) b) bb) (193ff).

<sup>1649</sup> Allerdings ist die heutige Interpretation hinsichtlich der Natur des § 1319 uneinheitlich und schwankt zwischen Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr, Gefährdungshaftung sowie einem „Kompromiss“ beider Haftungen (vgl etwa Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1319 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 3 sowie Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1319 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at) Rz 2).

<sup>1650</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 398 ff; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 70 ff. Siehe hierzu generell oben III. D) 3) b) (207 ff).

<sup>1651</sup> Welcher in seiner alten Fassung die Verschuldenshaftung normierte: §1320 aF. *Wird jemand durch ein Thier beschädiget; so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt, oder zu verwahren vernachlässiget hat. Kann niemand eines Verschuldens dieser Art überwiesen werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten.* Vgl oben III. D) 3) a) (207 ff).

<sup>1652</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1653</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1654</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273.

<sup>1655</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 273 f.

Deutschland zu dem Schluss, dass „die volle Gefährdehaftung sich nicht bewährt hat“<sup>1656</sup>. Stattdessen sei eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr die bessere Lösung:

„...ist diese Neuerung in § 1320 eingefügt, so wird dem praktischen Bedürfnisse genügt sein – und dürfte sich die Judikatur dann auch im übrigen genauer an das Gesetz halten, ohne die Idee der Gefährdungshaftung zu überspannen; so insbesondere auch die Auslegung der ‚erforderlichen‘ Verwahrung, in welcher Beziehung das oben zu § 1319 Gesagte zu wiederholen wäre.“<sup>1657</sup>

Die Schwierigkeit der Beweisführung sei nämlich „der brennende Punkt für die Rechtsanwendung (s. auch Unger a.a.O. [Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup>] 73f.)“<sup>1658</sup>. Dass Unger die Umkehr der Beweislast als Minimum bezeichnet hatte<sup>1659</sup>, wird im Bericht jedoch nicht thematisiert.

Neben der Gefährdungshaftung lehnt der Bericht auch eine spezielle Normierung für „wilde Tiere“<sup>1660</sup> ab, da die gesteigerten Sorgfaltspflichten sich bereits aus der Sachverständigenhaftung des § 1299 ergeben würden.<sup>1661</sup> Hinsichtlich des Schadenersatzpflichtigen vermerkt der Bericht:

„Wo nicht die Erfolgshaftung entscheiden soll, sondern Verschulden oder Sorgfalt in der Verwahrung, kann die Verantwortlichkeit nur dem auferlegt werden, der in der Lage ist, diese Verwahrung zu besorgen, und das wird sehr oft nicht der Eigenthümer sein, auch nicht immer der Besitzer (so wenn das Tier in der Hand eines Entlehnens oder Mieters ist), und doch auch nicht schlechthin jeder (vorübergehende) Inhaber, sondern immer nur der, der eine dauernde Gewahrsame über das Tier übt.“<sup>1662</sup>

---

<sup>1656</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 274.

<sup>1657</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 274.

<sup>1658</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 274.

<sup>1659</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 401 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 73 f: „Wollte sich aber der deutsche Entwurf [...] schon nicht entschließen, die Schadenslast dem ‚Halter des Thieres‘ aufzubürden, so hätte er ihm doch wenigstens die Beweislast in Ansehung seiner Schuldlosigkeit (den Entlastungsbeweis) auferlegen sollen“.

<sup>1660</sup> Unger hatte noch wilde und zahme Tiere unterschieden, obgleich er im Ergebnis in beiden Fällen zur unbedingten Haftung des Tierhalters gekommen war (siehe hierzu oben III. D) 3) b) (209 ff)).

<sup>1661</sup> Vgl Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 275.

<sup>1662</sup> Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 274 f. Es handelt sich also um dieselben Überlegungen wie in der Bauwerkehaftung (siehe oben IV. 2) e) (253 f)).

Dies umschreibe der Begriff „Tierhalter“.<sup>1663</sup> § 1320 wurde dann 1916 auch in der Fassung des Herrenhausberichts novelliert.<sup>1664</sup> Ungers Vorschlag zur Tierhalterhaftung wurde demnach nicht in der dritten Teilnovelle umgesetzt.<sup>1665</sup>

### **3) Conclusio**

Allgemein kann zweierlei festgehalten werden. Zum einen spielte Unger eine zentrale Rolle hinsichtlich der Reform an sich. Seine Ansicht, dass „mosaikartige Einzelkorrektur[en]“<sup>1666</sup> verschiedener Bereiche des ABGB temporär gegenüber einer umfassenden Revision der Vorzug zu geben sei, wurde in den Materialien immer wieder hervorgehoben und zitiert. Die Struktur der Reform wurde demnach in wesentlichem Ausmaß unter Berufung auf Unger gerechtfertigt und geht wohl auch auf selbigen zurück.

Zum anderen kann konstatiert werden, dass Ungers Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der schadenersatzrechtlichen Änderungen im Rahmen der Teilnovellierung des ABGB zwar präsent, allerdings nicht dominierend war. Teils liegt dies wohl auch daran, dass sein schadenersatzrechtliches Hauptwerk „Handeln auf eigene Gefahr“ im Zeitpunkt der Abfassung des Herrenhausberichts im Jahre 1912 bereits ca. 20 Jahre alt war.<sup>1667</sup>

Ein weiterer wesentlicher Grund für die nicht allzu weit gehende Verarbeitung Ungers schadenersatzrechtlicher Abhandlungen in den Teilnovellen findet sich sicherlich in der Tatsache begründet, dass, obgleich es im Zuge der dritten Teilnovelle zu wesentlichen Veränderungen im Schadenersatzrecht kam, das grundsätzliche Haftungssystem des ABGB gleich blieb. Verschuldensunabhängige Haftungen und gefährdungsrechtliche Thematiken spielen somit auch nach den Teilnovellen lediglich eine sehr untergeordnete Rolle im Schadenersatzrecht des ABGB, dessen Regelfall nach wie vor die Verschuldenshaftung darstellt. Seine oftmals weitgehenden Forderungen<sup>1668</sup> wurden beispielsweise im Rahmen der Gehilfenhaftung zwar erwähnt, allerdings nicht umgesetzt.

---

<sup>1663</sup> Vgl. Sten. Prot. des Herrenhauses der XXI. Session, 78. Beilage, 275.

<sup>1664</sup> § 1320. *Wird jemand durch ein Tier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Derjenige, der das Tier hält, ist verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß er für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung gesorgt hatte.*

<sup>1665</sup> Die moderne Interpretation des § 1320 ist jedoch uneinheitlich und umstritten (siehe oben III. D) 3) a) (207 ff, insb. 209, Fn 1315)).

<sup>1666</sup> Unger, Revision des ABGB (1904), 16.

<sup>1667</sup> Handeln auf eigene Gefahr wurde 1891 bzw 1893 in der vermehrten zweiten Auflage veröffentlicht.

<sup>1668</sup> Es ist wohl auch der mitunter zu allgemeinen Konzeption des „Handelns auf eigene Gefahr“, welche im Ergebnis als präzises Abgrenzungskriterium versagt und somit *in puncto* Praktikabilität wohl den Ansprüchen der Praxis nicht genügen kann, geschuldet, warum Ungers Überlegungen in den Teilnovellen eine begrenzte Rolle einnehmen.

Der österreichische Gesetzgeber wählte im Bereich der Gefährdungshaftung in der Folge weiterhin den bereits zuvor beschrittenen Weg (etwa mit dem Eisenbahn<sup>1669</sup>- sowie dem Automobilhaftpflichtgesetz<sup>1670</sup>) der Spezialgesetzgebung. In der Zweiten Republik sind diesbezüglich insbesondere das Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG) und das Produkthaftungsgesetz (PHG) sowie Luftfahrt-, Gentechnik und Atomhaftpflichtgesetz zu nennen. Eine Erstreckung der Gefährdungshaftung auf weitere Bereiche hatte Unger bereits in „Handeln auf eigene Gefahr“ gefordert.<sup>1671</sup>

Es ist vor diesem Horizont jedoch sicherlich bemerkenswert, dass Unger in den Erläuterungen zum Schadenersatzrecht nach wie vor öfters zitiert wird. Dies spricht für die allgemeine Rolle Ungers im Zuge der Arbeiten zu den Teilnovellen. Unger ist präsent, Unger wird genannt. Der Bericht übernimmt zwar kaum seine schadenersatzrechtlichen Anregungen, geht dabei jedoch ebenso kaum offen in klare Opposition zu ihm. Die Autorität, welche Unger während der Abfassung des Herrenhausberichts aus 1912 in der juristischen Fachwelt genossen hatte, wird hierbei klar ersichtlich. Beinahe wäre man versucht zu sagen, Unger schwebte als juristischer Allvater über den Novellen, welche sich in ihrer Begründung wesentlich auf die Worte des „Lehrers der österreichischen Rechtswissenschaft“<sup>1672</sup> stützen.

Mag sich sein Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der materiellrechtlichen Neuerungen im Schadenersatzrecht durch die Teilnovellierung auch in Grenzen halten, *in puncto* Ansehen und Strahlkraft als Person war Unger auch bei den Arbeiten zu den Teilnovellen des ABGB als ein Aushängeschild und eine Koryphäe der juristischen Domäne omnipräsent.

---

<sup>1669</sup> RGBI 27/1869 (siehe hierzu auch oben III. B) 4)(135 ff) sowie III. D) 1) (163 ff)).

<sup>1670</sup> RGBI 162/1908 (siehe hierzu auch oben III. D) 1) Exkurs b) (181 ff)).

<sup>1671</sup> Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup> (1891), 420 f; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95 f (vgl oben III. D)1) b) (169 ff)). Unger hatte jedoch ebenso eine Inkorporation gefährdungsrechtlicher Haftungen (namentlich der Eisenbahnhaftung) in das Gesetzbuch gefordert (Unger, Handeln auf eigene Gefahr<sup>1</sup>, (1891), 421; Handeln auf eigene Gefahr<sup>3</sup> (1904), 95 f. Siehe auch oben IV. 2) a) (250). Das Schadenersatzrecht ist stets ein heftig diskutiertes Thema. Bezüglich rezenter Diskussionen einer möglichen Gesamtreform des Schadenersatzrechts siehe etwa Griss/Kathrein/Koziol (Hgg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) bzw Reischauer/Spielbüchler/Welser (Hgg): Reform des Schadenersatzrechts, Bd II (2006) und Bd III (2008) sowie etwa Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor §§ 1293 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at); speziell zur Gefährdungshaftung zusätzlich etwa auch Apathy, Peter: Schadenersatzreform – Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung in: Juristische Blätter 129 (2007), 205 ff.

<sup>1672</sup>Schrutka von Rechtenstamm, Emil: „Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft“ in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913, 2.

# Schlussbetrachtungen

Leben und Oeuvre Joseph Ungers sind ein faszinierendes Zeugnis sowohl für das Rechtsleben als auch die gesamtgesellschaftliche Entwicklung der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und der *Belle Époque* in Österreich. Die kurze Skizzierung des Werdegang Ungers vom Sohn jüdischer Einwanderer zum „Stolz der österreichischen Wissenschaft“<sup>1673</sup>, Herrenhausmitglied aufs Lebenszeit, Sprechminister und Reichsgerichtspräsident allein ist beeindruckendes Zeugnis einer bewegten Vita.

Rechtswissenschaftlich befindet sich Unger inmitten der faszinierenden Umwälzungen hinsichtlich der juristischen Methode. Im Spannungsfeld von Exegetik, historischer Rechtsschule und dämmernder Interessensjurisprudenz verfolgte er einen individuellen Zugang, dessen Vielgestaltigkeit und Flexibilität lange Zeit in der Forschung unbeachtet und unerkant blieb.

Im Bereich des Schadenersatzrechts erleben wir am Beispiel Ungers ein Exempel für den Wandel innerhalb der juristischen Fachwelt vom Verschuldensdogma hin zu Akzeptanz und Forderung verschuldensunabhängiger Haftungen. Unger befindet sich an der Nahtstelle dieser juristischen Umorientierung, er steht als ein Aushängeschild der österreichischen Rechtswissenschaft im Brennpunkt der Veränderungen im Schadenersatzrecht. Seine Entwicklung, sein wechselnder Umgang mit dem Thema der verschuldensunabhängigen Haftung ist symptomatisch für die Schwierigkeiten und Probleme der Rechtswissenschaft den dereinst verpönten Fremdkörper in das Gesamtgefüge des Rechts zu inkorporieren. Es bietet sich hierbei ein anschauliches Beispiel für die oftmals problematische bzw. „holprige“ Wechselwirkung von sozialer Fragestellung und juristischer Reaktion.

Den Forderungen der Zeit gerecht zu werden – damals wie heute eine zentrale Aufgabe des Rechts und ebenso damals wie heute nicht immer frei von Problemen. Der schmale Grat zwischen übertrieben konservativer Beibehaltung überkommener Lehren und überhasteten Schnellschüssen unter dem falschen Leitbild unbedingter Modernität ist auch heute noch ein nicht immer trittsicher bewandelter Pfad der verschiedenen Akteure des Rechts.

---

<sup>1673</sup> Schrutka von Rechtenstamm, Emil: „Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft“ in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913, 2.

Insbesondere im Bereich des Schadenersatzrechts scheinen wir heute erneut an einem Wendepunkt zu stehen. Das Schadenersatzrecht pulsiert zwischen den Maximen der weitestmöglichen Erhaltung von Freiheit auf der einen und der notwendigen Beschränkung selbiger im Zuge der Ersatzfähigkeit von Schäden auf der anderen Seite. Galt der gerechtfertigte Kampf im 19. Jahrhundert dem übermächtigen Verschuldensdogma, so ist heute zu hinterfragen, inwiefern die Verschuldenshaftung nicht in weiten Teilen eine ungerechtfertigte Aushöhlung erfährt. Angesichts von übertriebenen Sorgfaltsmaßstäben, der erfolgenden Reduktion individueller Verantwortlichkeit gegenüber überhöhter Schutzmechanismen (Stichwort Verbraucherrecht) bleibt die Frage zu stellen, inwiefern die individuelle Freiheit nicht unter solchen Tendenzen leidet.

Stehen wir demnach heute erneut vor einer Umwälzung im Schadenersatzrecht? Bedarf es neuer juristischer Reaktionen auf ein aus dem Ruder gelaufenes Dogma? Sollte man dies bejahen, so wird es hilfreich sein sich Unger in Erinnerung rufen. Denn essentiell für eine adäquate juristische Reaktion auf Problematiken der Zeit ist das Verständnis des Rechts als Mittel zum Zweck und nicht als Zweck per se. Das Recht ist eine Schöpfung für den Menschen, es dient dem Menschen und ist kein festgeschriebenes Dogma, welches jeglicher zeitlichen Verwitterung immun gegenübersteht. Es ist Ausdruck einer gesellschaftspolitischen Grundhaltung und somit auch den Änderungen dieser Grundhaltung unterworfen. Es darf sich somit nicht von der Realität entfremden und als isoliertes Relikt, als ein künstlich am Leben erhaltenes Fossil einer vergangenen Zeit zweckentfremdet hofiert werden. Ebenso ist das Recht jedoch der Gerechtigkeit verpflichtet und hat eine Leitfunktion innerhalb der Gesellschaft. Die Frage nach dem Nutzen, der Aktualität und der Aufgabe rechtlicher Normenstruktur muss demnach stets aufs Neue untersucht werden, ohne hierbei jedoch in übereilten, plakativen Aktionismus abzugleiten. Ein Gedanke, den auch Unger in seinem Werk fortschreitend berücksichtigt hat. Seine Konzeption der verschuldensunabhängigen Haftung steht unter dem Leitstern „*pro utilitate communi*“ – dem Nutzen der Allgemeinheit verpflichtet. Es ist diese Grundhaltung, welche bis zum heutigen Tag nichts an Kraft und eingebüßt hat und Ungers Sicht der verschuldensunabhängigen Haftung, trotz ihrer inhaltlichen Schwächen insbesondere hinsichtlich der praktischen Anwendung, einen bleibenden Schimmer von Aktualität verleiht. Im Zentrum steht der Mensch – eine Überzeugung welche Unger gelebt hat und welche auch für die juristische Gegenwart nichts von ihrer Relevanz eingebüßt hat.

# Anhang

## 1) Joseph Unger im Herrenhaus

### a) Reden, Berichterstattungen und Petitionseinbringungen im Herrenhaus

#### Als Minister:

VII. Session (27.12.1871 - 07.09.1873): Reden zu „Finanzgesetz und Staatsvoranschlag für das Jahr 1872“ (St. Protokolle des Herrenhauses – 10. Sitzung der VII. Session am 21.3.1872, 124 ff), „Gesetz, betreffend die Organisation der Universitätsbehörden“ (St. Protokolle des Herrenhauses –22. Sitzung der VII. Session am 28.1.1873, 290 f)

VIII. Session (04.11.1873 - 22.05.1879): Reden zu „Gesetz, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes“ (St. Protokolle des Herrenhauses –26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 442 ff, sowie St. Protokolle des Herrenhauses –27. Sitzung der VIII. Session am 23.1.1875, 464, 473 ff, 484 ff), „Gesetz, betreffend die Wahl und den Wirkungskreis von Vertrauensmännern der durch einen gemeinsamen Curator vertretenen Besitzer von Pfandbriefen oder von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen (Curatorensgesetz)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –26. Sitzung der VIII. Session am 22.1.1875, 946)

#### Als Mitglied:

*Berichterstattung (inkl. Reden als Berichterstatter):*

IV. Session (20.05.1867 - 15.05.1869): „Gesetz betreffend die Feststellung der Grundsätze bezüglich der Volksschulen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –70. Sitzung der IV. Session am 10.5.1869, 1876 ff, 1891 ff, 1899, 1900, 1902)

V. Session (14.12.1869 - 21.05.1870): „Gesetz betreffend die Ehen von Personen, welche keiner gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaft angehören und die Führung der Geburts-, Ehe, und Sterberegister für dieselben“ (St. Protokolle des Herrenhauses –8. Sitzung der V. Session am 11.2.1870, 89 f, 90 (Bericht in XIII der Beilage)); „Gesetz, wodurch unter Aufhebung der

§§ 479, 480 und 481 des allgemeinen Strafgesetzes in Betreff der Verabredungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zur Erzwingung von Arbeitsbedingungen, und von Gewerbsleuten zur Erhöhung des Preises einer Waare zum Nachtheile des Publikums besondere Bestimmungen erlassen werden (Coalitions-gesetze)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –15. Sitzung der V. Session am 24.3.1870, 206, 211 f, 214 (Bericht in XL der Beilage)); „Gesetz, betreffend den Schutz des Brief- und Schriftengeheimnisses“ (St. Protokolle des Herrenhauses –8. Sitzung der V. Session am 11.2.1870, 214 , 215 (Bericht in XXXXI der Beilage))

VI. Session (15.09.1870 - 10.08.1871): „Kaiserlichen Verordnung vom 28. Juli 1870, durch welche mit Beziehung auf den § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 21. December 1867, R.G.Bl. Nr. 141, der § 14 der Statuten der privilegierten österreichischen Nationalbank abgeändert wird“ (St. Protokolle des Herrenhauses –10. Sitzung der VI. Session am 28.3.1871, 148 (Bericht in XXXV der Beilage), „Gesetz, betreffend das Erfordernis der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte“- zur ersten Vorlage (St. Protokolle des Herrenhauses –16. Sitzung der VI. Session am 26.5.1871, 240, 252 ff, 261 (Bericht in XCIV der Beilage))

IX. Session (07.10.1879 - 23.04.1885): „Gesetz, betreffend die k.k. Karl Ferdinands-Universität in Prag“ (Berichterstatter der Majorität) (St. Protokolle des Herrenhauses –53. Sitzung der IX. Session am 9.2.1882, 735, 790 ff)

XI. Session, (09.04.1891 - 22.01.1897): „Änderung des Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes“ (St. Protokolle des Herrenhauses –36. Sitzung der XI. Session am 9.12.1893, 438 (Bericht in 282 der Beilage))

XVI. Session (18.10.1899 - 08.06.1900): „Reichsgericht, Besetzungsvorschlag“ (St. Protokolle des Herrenhauses –7. Sitzung der XVI. Session am 14.3.1900, 129)

*Reden:*

IV. Session (20.05.1867 - 15.05.1869): „Gesetz vom 5.März 1869 betreffend die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Ereignungen auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –59. Sitzung der IV. Session am 19.1.1869, 1510 ff, sowie St. Protokolle des Herrenhauses – 61. Sitzung der IV. Session am 1.2.1869, 1554 ff) ; „Gesetz, betreffend die Einführung der Schwurgerichte und Bildung von Geschworenenlisten für Preßsachen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –60. Sitzung der IV. Session am 30.1.1869, 1524 ff); „Finanzgesetz und Staatsvoranschlag pro 1869“ (St. Protokolle des Herrenhauses –64. Sitzung der IV. Session

am 18.3.1869, 1667); „Gesetz betreffend die Bemessung, Vorschreibung und Einhebung der Erwerbs- und Einkommenssteuer von Eisenbahnunternehmungen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –67. Sitzung der IV. Session am 23.4.1869, 1785, 1786 f, 1788 ff, 1796 f. 1803); „Gesetz betreffend die der Reichsgesetzgebung vorbehaltenen Bestimmungen des Waffenrechts“ (St. Protokolle des Herrenhauses –74. Sitzung der IV. Session am 13.5.1869, 2067 f, 2069 ff, 2083)

V. Session (14.12.1869 - 21.05.1870): „Adresse in Erwiderung der Thronrede“ (St. Protokolle des Herrenhauses –5. Sitzung der V. Session am 14.1.1870, 38 ff, 41), „Gesetz betreffend die Einführung eines allgemeinen Grundgesetzes“ (St. Protokolle des Herrenhauses –14. Sitzung der V. Session am 23.3.1870, 176 f)

VI. Session (15.09.1870 - 10.08.1871): „Adresse in Erwiderung der Thronrede“ (St. Protokolle des Herrenhauses –2. Sitzung der VI. Session am 16.11.1870, 15 ff, 35 f, 59 ff), „Gesetz, wodurch die außerordentliche Berufung gegen strafgerichtliche Entscheidungen beschränkt wird“ (St. Protokolle des Herrenhauses –18. Sitzung der VI. Session am 14.6..1871, 292, 293 ff), „Notariatsordnung“ (St. Protokolle des Herrenhauses –20. Sitzung der VI. Session am 23.6..1871, 339 f, 346), „Gesetzesentwurf, enthaltend Uebergangsbestimmungen zur Sicherstellung der erhöhten Friedensstandes der 25 Cavallerie- Regimenter, welche sich aus den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern ergänzen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –23. Sitzung der VI. Session am 5.7.1871, 412 f, 413 f)

IX. Session (07.10.1879 - 23.04.1885): „Abgelehnter Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung der §§. 31 und 64 des allgemein. Grundbuchgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95 (Legalisierung der Unterschrift auf Tabularurkunden)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –20. Sitzung der IX. Session am 3.5.1880, 163 ff), „Gesetzesentwurf, betreffend die Abänderung des Volksschulgesetzes in Bezug auf die Abkürzung- Dauer der Schulpflichtigkeit (Antrag des Abgeordneten Dr. Lienbacher). I. Vorlage“ (St. Protokolle des Herrenhauses –36. Sitzung der IX. Session am 8.4.1881, 447 ff), „Erklärung vor der Abstimmung über §. 1 des Gesetzes, betreffend die Einführung von Ausnahmsgerichten in Dalmatien, bezüglich des Erfordernisses der Zweidrittel- Majorität“ (St. Protokolle des Herrenhauses –57. Sitzung der IX. Session am 28.2.1882, 825), „Auslegung des Alinea 4, des §.34 der Geschäftsordnung (Unzulässigkeit einer Debatte bei Behandlung einer Vorlage in erster Lesung) anlässlich der Zuweisung des Resolutionsantrages des Grafen Leo Thun (Abhilfe wieder die aus der Durchführung des sogenannten Religionsfondsteuergesetzes sich ergebende Uebelstände) an eine Commission“ (St. Protokolle des Herrenhauses –82. Sitzung der IX. Session am 18.5.1883, 1336 f), „Verordnung des Gesamtministeriums vom 30.

Jänner 1884, R.G.Bl. Nr. 15, mit welcher für die Gerichtshofsprengel Wien, Kornneuburg und Wiener Neustadt Ausnahmeverfügungen getroffen werden“ (St. Protokolle des Herrenhauses –87. Sitzung der IX. Session am 6.3.1884, 1392)

X. Session (22.09.1885 - 23.01.1891): „Adresse in Erwiderung der Allerhöchsten Thronrede“ (St. Protokolle des Herrenhauses –3. Sitzung der X. Session am 15.10.1885, 13 ff, 36 ff), „Bericht über den Antrag des Ritter von Schmerling in Betreff der „Sprachenverordnung“ des Justizministeriums vom 23. September 1886“ (St. Protokolle des Herrenhauses –34. Sitzung der X. Session am 7.5.1887, 437 ff)

XI. Session, (09.04.1891 - 22.01.1897): „Rechts- und staatswissenschaftliche Studien und Staatsprüfungen“ (St. Protokolle des Herrenhauses –7. Sitzung der XI. Session am 1.6.1891, 61 ff), „Unfallversicherung“ (St. Protokolle des Herrenhauses –43. Sitzung der XI. Session am 4.5.1894, 536 ff), „Ratengeschäfte“ (St. Protokolle des Herrenhauses –49. Sitzung der XI. Session am 16.11.1894, 644 ff, 658, 659), „Ausverkäufe“ (St. Protokolle des Herrenhauses –52. Sitzung der XI. Session am 10.12.1894, 680 ff), „Civilproceßordnung (Jurisdictionsnorm)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –63. Sitzung der XI. Session am 14.6.1895, 778 f- abgebrochen wegen Müdigkeit/Unwohlsein, später als Monographie veröffentlicht (Rede über die Civilproceßordnung, Wien 1895)), „Gymnasium in Cilli, Gruppenerklärung (Verfassungspartei)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –67. Sitzung der XI. Session am 25.7.1895, 834)

XVII. Session (31.01.1901 - 30.01.1907): „Antrag wegen Entschädigung für ungerechtfertigt Verurteilte“ (St. Protokolle des Herrenhauses –42. Sitzung der XVII. Session am 29.4.1904, 869 ff), „Wahlreform“ (St. Protokolle des Herrenhauses –66. Sitzung der XVII. Session am 21.12.1906, 1455- (Wegen Übermüdung auf das Wort verzichtet)), „Automobilgesetz“ (St. Protokolle des Herrenhauses –73. Sitzung der XVII. Session am 29.1.1907, 1630 ff)

XXI. Session (17.07. 1911 – 25.07.1914): „Antrag betreffend Organisation des Reichsgerichtes“ (St. Protokolle des Herrenhauses –7. Sitzung der XXI. Session am 20.12.1911, 97 f)

#### *Petitionen eingebracht:*

V. Session (14.12.1869 - 21.05.1870): „Petition der Notariatsvereine von Böhmen, Mähren, Schlesien; Steiermark, Kärnthen, Krain, Oesterreich ob und unter der Enns und Salzburg um Berücksichtigung der beiden von denselben verfaßten Denkschriften zu den zwei in der Petition 1, sub a) und b) erwähnten Regierungsvorlage“ (St. Protokolle des Herrenhauses –4. Sitzung der V. Session am 20.12.1869, 15 f (Antrag zur Überweisung an die „juridische Commission“)), „Petition des Lehrkörpers des k.k. deutschen Gymnasiums zu Brünn“

gemeinsam mit „Petition des Lehrkörpers der k.k. Oberrealschule zu Brünn mit der Beitrittserklärung zu der Petition des Vereines „Mittelschule“ (Petition 11)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –9. Sitzung der V. Session am 12.2.1870, 95 (Antrag zur Überweisung an die „Budget-Commission“)), „Petition des Lehrkörpers der Oberrealschule in Brünn um Belassung des gegenwärtigen Pensionsnormales (Petition 11)“ (St. Protokolle des Herrenhauses –13. Sitzung der V. Session am 22,3.1870, 143 (Antrag zur Überweisung an die „Budget-Commission“)), „Petition des Gabelsberger Stenographen-Centralvereines in Wien um Systemisirung der Kammerstenographenstellen“ ( St. Protokolle des Herrenhauses –13. Sitzung der V. Session am 22,3.1870, 143 (Antrag zur Überweisung an die „Budget-Commission“))

VI. Session (15.09.1870 - 10.08.1871): „Petition der Concepts- und Kanzleibeamten des Bezirksgerichtes von bade um Sistemisirung von Quartiergeldern“ (St. Protokolle des Herrenhauses –24. Sitzung der VI. Session am 11.7.1871, 437 (Antrag „Daß diese Petition der hohen Regierung einfach abgetreten werde“))

### **b) Mitglied von Kommissionen**

Mitglied der „justiciellen“ Kommission in Session V (14.12.1869 - 21.05.1870) und Session VI (15.09.1870 - 10.08.1871) sowie der juridischen Kommission durchgehend von Session IX (ab 7.10.1879) bis Session XX (resigniert am 02.03.1910 – St. Protokolle des Herrenhauses –8. Sitzung der XX. Session am 2.3.1910, 164): St. Protokolle des Herrenhauses –V. Session, Index 101; St. Protokolle des Herrenhauses –VI. Session, Index 108; St. Protokolle des Herrenhauses –IX. Session, Index 59; St. Protokolle des Herrenhauses –X. Session, Index 65; St. Protokolle des Herrenhauses –XI. Session, Anhang 1, Index 134; St. Protokolle des Herrenhauses –XII. Session, Anhang 1, Index 7; St. Protokolle des Herrenhauses –XIII. Session, Anhang 2, Index 30; St. Protokolle des Herrenhauses –XIV. Session, Anhang 2, Index 32; St. Protokolle des Herrenhauses –XV. Session, Anhang 2, Index 45; St. Protokolle des Herrenhauses –XVI. Session, Anhang 2, Index 53 f; St. Protokolle des Herrenhauses –XVII. Session, Anhang 3, Index 176 (als Obmann); St. Protokolle des Herrenhauses –XVIII. Session, Anhang 3, Index 73 f (als Vorsitzender); St. Protokolle des Herrenhauses –XIX. Session, Anhang 3, Index 43 f (als Vorsitzender); St. Protokolle des Herrenhauses –XX. Session, Anhang 3, Index 59 f (resigniert in der 8.Sitzung)

V. Session (14.12.1869 - 21.05.1870): Mitglied der Budgetkommission und hierbei 1870 Fachreferent für das Justizministerium (St. Protokolle des Herrenhauses –V. Session, Index

103 f) ; der Commission nach §.3 des Gesetzes vom 30. Juli 1867, R.G.Bl. Nr. 104, für das Strafgesetz und für die Strafproceßordnung (St. Protokolle des Herrenhauses –V. Session, Index 104) und für die Civilproceßordnung (St. Protokolle des Herrenhauses –V. Session, Index 106)

VI. Session (15.09.1870 - 10.08.1871): Mitglied der Kommission zur Civilproceßordnung (St. Protokolle des Herrenhauses –VI. Session, Index 110); der Adreßcommission (St. Protokolle des Herrenhauses –VI. Session, Index 110); der Unterrichtscommission (St. Protokolle des Herrenhauses –VI. Session, Index 111); der Budgetcommission (St. Protokolle des Herrenhauses –VI. Session, Index 113)

IX. Session (07.10.1879 - 23.04.1885): Mitglied der Kommission für Budgetvorlagen (St. Protokolle des Herrenhauses –IX. Session, Index 62) und hierbei in den Jahren 1880-82 Fachreferent für das Justizministerium (St. Protokolle des Herrenhauses –IX. Session, Index 63) ; für Unterrichtsvorlagen (St. Protokolle des Herrenhauses –IX. Session, Index 67), für das Wahlreformgesetz (St. Protokolle des Herrenhauses –IX. Session, Index 69 f)

X. Session (22.09.1885 - 23.01.1891): Mitglied der Kommission zur Vorberathung des Antrages des Ritt. V. Schmerlin u.G., in Betreff der „Sprachenverordnung“ des Justizministeriums vom 23. September 1886 (St. Protokolle des Herrenhauses –X. Session, Index 72); zur Vorberathung der Regierungsvorlage, betreffend der Abänderung am Volksschulgesetze (St. Protokolle des Herrenhauses –X. Session, Index 73)

XI. Session (09.04.1891 - 22.01.1897): Mitglied der Adresskommission (St. Protokolle des Herrenhauses –XI. Session, Anhang 1, Index 139 f); der Kommission zur Vorberathung der Gesetzesvorlage, betreffend die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien und Staatsprüfungen als Obmann (St. Protokolle des Herrenhauses –XI. Session, Anhang I, Index 140); zur Vorberathung der Gesetzesvorlage betreffend der Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung als stellv. Obmann (St. Protokolle des Herrenhauses –XI. Session, Anhang 1, Index 143 f)

XVII. Session (31.01.1901 - 30.01.1907): Mitglied der Adreßkommission (St. Protokolle des Herrenhauses –XVII. Session, Anhang 3, Index 180)

XVIII. Session (17.06.1907 - 04.02.1909): Mitglied der Kommission für den Antrag des Fürsten Fürstenberg zur Beratung der Stellungnahme gegenüber der Allerhöchsten Thronrede (St. Protokolle des Herrenhauses –XVIII. Session, Anhang 3, Index 79 f); zur Vorberathung des Automobilgesetzes als Vorsitzender (St. Protokolle des Herrenhauses –XVIII. Session, Anhang 3, Index 80)

## 2) Literaturverzeichnis

### Schriften von Joseph Unger

Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österreichischem Recht, in: Grünhuts Zeitschrift 8 (1881), 207 ff

„Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ besprochen von Prof. Joseph Unger (Rezension), in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 27.9.1867, 1

Der Kampf um die Rechtswissenschaft (Rezension), in: Deutsche Juristen Zeitung vom 15.Juli 1906 (Nr.14), 1 ff

Die actio de dejectis et effusis im deutschen Entwurfe, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 226 ff

Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung: Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte, Jasper Hügel und Manz Verlag, Wien 1850

Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe, in: Jherings Jahrbücher 29/17 (1891), 1 ff

Die gegenwärtige Aufgabe der österreichischen Civiljurisprudenz, in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 18.10.1856, 1 ff; vom 21.10.1856, 1ff; vom 23.10.1856, 1 ff.

Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere: eine civilistische Untersuchung, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1857

Die Universitätsfrage in Oesterreich. Beleuchtet vom Standpunkte der Lehr- und Lernfreiheit, Carl Gerold und Sohn Verlag, Wien 1853 (erscheint anonym)

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Verlag von Fr. Manz, Wien 1853

Handeln auf eigene Gefahr, 3.unveränderte Auflage (erneute Auflage der 2. vermehrten Auflage), Gustav Fischer Verlag, Jena 1904

Handeln auf eigene Gefahr, in: Jherings Jahrbücher 30/18 (1891), 363 ff

Handeln auf Fremde Gefahr in: Jherings Jahrbücher 33/21 (1894), 299 ff, neu abgedruckt in: Scherl, Bernhard Martin: Joseph Unger, Aufsätze und kleiner Monographien, Bd II, Olms Weidmann Verlag, Hildesheim Zürich New York 2005, 191 ff

Julius Glaser : Ein Nachruf von Joseph Unger, Carl Gerold's Sohn Verlag, Wien 1885

Meine Erinnerungen an Salvotti, in: Neue Freie Presse vom 16. April 1911, 31 ff (Osterbeilage)

Mosaik. Der „Bunten Betrachtungen und Bemerkungen“, 3. vermehrte Auflage, Akademische Verlagsgesellschaft m.b.H., Leipzig 1911

Rede über die Civilproceßordnung, Als Manuskript gedruckt, Wien 1895

System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd I, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1856

System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd II,, 3. Unveränderte Auflage, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1868

System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd III bzw Bd VI: Das österreichische Erbrecht, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1864

Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in: Schletters Jahrbuch der deutschen Rechtswissenschaft 1 (1855), 355 ff, neu abgedruckt in: Anhang von System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd I, 5. unveränderte Auflage, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1892, 635 ff

Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen, in: Grünhuts Zeitschrift 6 (1879), 349 ff

Ueber die legislative Behandlung des wesentlichen Irrthums bei obligatorischen Verträgen, in: Grünhuts Zeitschrift 15 (1888), 673 ff (unveränderter Nachdruck durch Schmidt Periodicals GMBH, Bad Feilenbach 1990)

Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts, Verlag von Friedrich Manz, Wien 1853

Ungers Wahlrede, in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1867 (Morgenblatt), 6 f

Zur Lehre vom österreichischem Nachbarrechte, in: Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), 715 ff

Zur Lösung der ungarischen Frage. Ein staatsrechtlicher Vorschlag. Wallishausersche Buchhandlung, Wien 1861 (gem mit Adolf Fischhof; erscheint jedoch anonym)

Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Alfred Hölder Verlag, Wien 1904

**Monographien, Beiträge/Aufsätze in Sammelbänden, Zeitschriften und Kommentaren sowie Zeitungsartikel mit bekanntem Autor**

Apathy, Peter: Schadenersatzreform – Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung in: Juristische Blätter 129 (2007) , 205 ff

Arndts von Arnesberg, Carl Ludwig: Lehrbuch der Pandekten, J. G. Cotta'sche Buchhandlung, München 1868.

Auersperg, Leopold von: Der Ausgleich mit Ungarn, Selbstverlag des Verfassers, Wien 1907

Behrends, Okko / Knütel, Rolf / Kupisch, Berthold / Seiler, Hermann (Hgg): Corpus Iuris Civilis I: Institutionen, 2. verbesserte und erweiterte Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997

Behrends, Okko / Knütel, Rolf / Kupisch, Berthold / Seiler, Hermann (Hgg): Corpus Iuris Civilis II: Digesten 1 – 10, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1995

Behrends, Okko / Knütel, Rolf / Kupisch, Berthold / Seiler, Hermann (Hgg): Corpus Iuris Civilis III: Digesten 11 – 20, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999

Berger, Johann Nepomuk: Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Manz Verlag, Wien 1856

Beschorner, J.H.: Von der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen bei Personen und Gütertransport, in: Archiv für die civilistische Praxis 41 (1858), 393 ff

Bettelheim, Anton: Ein Jugendbrief Joseph Ungers in: Biographenwege. Reden und Aufsätze von Anton Bettelheim, Verlag von Gebrüder Paetel, Berlin 1913, 193 ff

Bienenfeld, Rudolf : Die Haftungen ohne Verschulden, Julius Springer Verlag, Berlin und Wien 1933

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung : eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Bd 1 Normen und Strafgesetze, 2. Auflage, Engelmann Verlag, Leipzig 1890

Böcking, Eduard: Institutionen, Bd 1, Max Cohen und Sohn Verlag, Bonn 1843

Bodenhausen, Eckard von: Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen im Straßen- und Schienenverkehr, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2000

Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig: Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 2. vermehrte und verbesserte Ausgabe, Bd 1, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlin 1842

Brauner, Wilhelm: Europäische Privatrechtsgeschichte, UTB GmbH, Wien 2014

Brauner, Wilhelm: Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich, in: ZNR 1983, 22 ff

Burckhard, Max: Der achtzigste Geburtstag Josef Ungers in: Neue Freie Presse vom 28. Juni 1908 (Morgenblatt) 2 f

Burckhard, Max: Der achtzigste Geburtstag Josef Ungers in: Neue Freie Presse vom 28. Juni 1908 (Morgenblatt) 2 f

Bürge, Alfons: Die Entstehung und Begründung der Gefährdungshaftung im 19.Jahrhundert und ihr Verhältnis zur Verschuldenshaftung in: FS Claus-Wilhelm Canaris Bd. 1, Beck Verlag, München 2007, 59 ff

Charmatz, Richard: Adolf Fischhof - Das Lebensbild eines österreichischen Politikers, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart 1910

Dernburg, Heinrich: Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle an der Saale 1889

Dörfler, Edith / Pensold, Wolfgang: Die Macht der Nachricht, Molden Verlag, Wien 2001

Drekonja-Kornat, Gerhard: Magischer Realismus in: Die Presse vom 26. August 2016 abgerufen auf <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/5075752/> Magischer-Realismus

Ebert, Ina: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003

Eckardt, Martina: Technischer Wandel und Rechtsevolution, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2001

Ehrenzweig, Albert A.: Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1936

Esser, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beck Verlag, München und Berlin 1941

Falk, Ulrich: Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Klostermann Verlag, Frankfurt am Main 1989

Ferz, Sascha: Ewige Universitätsreform. Das Organisationsrecht der österreichischen Universitäten von den thesesianischen Reformen bis zum UOG 1993, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2000

Flossmann, Ursula / Kalb, Herbert / Neuwirth, Karin: Österreichische Privatrechtsgeschichte, 7. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2014

Forschungsinstitut für den Donauraum (Hg), Gesamted.: Berger, Peter: Der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867 : Vorgeschichte und Wirkungen, Herold Verlag, Wien 1967

Frankfurter, S(alomon): Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre, Wilhelm Braumüller k.k. Universitäts-Verlagsbuchhandlung, Wien und Leipzig 1917

Frankfurter, S(alomon): Thun-Hohenstein, Graf Leo in: Allgemeine Deutsche Biographie (ADB) 38 (1894), 178 ff

Gaber, Hans: Österreichisches Eisenbahnrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnbaurechtes, Hölder-Pichler-Tempsky Verlag, Wien Leipzig 1924

Gadow, Olaf von: Die Zählung des Automobils durch die Gefährdungshaftung, Duncker & Humblot Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2002

Gärtner, Reinhold / Pallaver, Günther: Liberale Parteien im 19. und 20. Jahrhundert in: Der deutsche und österreichische Liberalismus (Innsbrucker Historische Studien 26) (hrsg. von Reinalter, Helmut / Kluefing, Harm), , StudienVerlag, Innsbruck 2010, 161 ff

Gaupp, Ernst Theodor: Ueber die Zukunft des deutschen Rechts , Josef Mar und Comp. Verlag, Breslau 1847

Gautsch von Frankenthurn, Paul: Die Gesetze v. 22.10.1875, Nr.36 u. 37/1876 über den VwGH mit Materialien, Manz Verlag, Wien 1876

Gierke, Otto von: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Duncker & Humblot Verlag, Leipzig 1889

Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1, (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 9 : Th. 4, Hg. von Binding, Karl), Duncker & Humblot Verlag, Leipzig 1883

Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2, (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 9 : Th. 4, Hg. von Binding, Karl), Duncker & Humblot Verlag, Leipzig 1885

Glaser, Wilhelmine (von der Hand der treuen Gattin): Julius Glaser, Bibliographisches Verzeichnis seiner Werke, Abhandlungen, Gesetzesentwürfe und Reden, Manz Verlag, Wien 1888

Goldschmidt, Levin: Ueber die vertragsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen, in: Archiv für die civilistische Praxis 41 (1858), 406 ff

Graetz, Michael: Adolf Fischhof – ein jüdischer Akademiker an der Spitze der Revolution von 1848 in: FS Eike Wolgast, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2001, 296 ff

Griss, Irmgard / Kathrein, Georg / Koziol, Helmut (hgg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Springer Verlag, Wien New York, 2006

Haferkamp, Hans-Peter: Begriffsjurisprudenz (2011), abgerufen auf <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>

Haferkamp, Hans-Peter: Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Klostermann Verlag, Frankfurt am Main 2004

Hamza, Gabor: Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa, Schenk Verlag, Passau 2007

Hanslick, Eduard: Aus meinem Leben, in: Deutsche Rundschau 77 (1893), 200 ff

Hartmeyer, Hans: Die führenden Abgeordneten des Liberalismus in Österreich. 1861–1879 ,phil. Diss., Wien 1949

Hasse, Johann Christian: Die Culpa des Römischen Rechts, Academische Buchhandlung, Kiel 1815

Hausmaninger, Herbert: Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia, 5. Auflage, Manz Verlag, Wien 1996

Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: Archiv für die civilistische Praxis 112 (1914), 1ff

Heller, Kurt: Der Verfassungsgerichtshof, Verlag Österreich, Wien 2010

Hochstein, Reiner: Obligationes quasi ex delicto, Kohlhammer Verlag, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1971

Honsell, Heinrich: Römisches Recht, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin und Heidelberg 2015

Hugelmann, Karl: Salvotti, Anton in: Allgemeine Deutsche Biographie (1890), S. [Onlinefassung]; URL: <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116767782.html>

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003

Jaques, Heinrich: Die zweite ordentliche Professur des österreichischen Civilrechtes an der Wiener Universität, in: Gerichtshalle vom 15. Juni 1857, 3 ff

Jellinek, Georg: Unger's siebzigster Geburtstag, in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898 (Morgenblatt), 2 f

Jellinek, Georg: Unger's siebzigster Geburtstag, in: Neue Freie Presse vom 2. Juli 1898 (Morgenblatt), 2 f

Jentsch, Hans: Die Entwicklung von den Einzeltatbeständen des Deliktsrechts zur Generalnorm und die Berechtigung einer solchen. Dogmengeschichte und rechtspolitische Bewertung (Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien 117), Weicher Verlag, Leipzig 1939

Jhering, Rudolf von: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Emil Roth Verlag, Giessen 1867

Jhering, Rudolf von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, 1. Abteilung, 2. Verbesserte Auflage, Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig 1871

Jhering, Rudolf von: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) neu herausgegeben von Max Leitner, Linde Verlag, Wien 2009

Kahle, Günter / Potthast, Barbara (Hgg): Der Wiener Schiedsspruch von 1881 – eine Dokumentation zur Schlichtung des Konfliktes zwischen Grossbritannien und Nicaragua um Mosquitia, Böhlau Verlag, Köln Wien 1983

Kammerhofer, Leopold: Studien zum österreichischen Liberalismus in der Ära Adolf Auersperg (1871- 1879), phil. Diss., Wien 1983

Kannowski, Bernd: §§ 831 – 839a, 841. Unerlaubte Handlungen: Sondertatbestände, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK) (hrsg. von Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard), Bd III, 2. Teilband (Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433 – 853), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, 2830 ff

Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, 1. und 2. vermehrte Auflage, Königsberg 1797/1798, zitiert aus <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa06/203.html>

Karner, Ernst: Der Ersatz immaterieller Schäden in der neuesten Praxis. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft, gehalten am 30. 1. 2002 in: ÖJZ 2002, 302 ff

Karner, Ernst: Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, Springer Verlag, New York Wien 1999

Kaser, Max / Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Auflage, Beck Verlag, München 2014

Kaserer, Josef (Hg): Die Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873 und deren Einführungsgesetz mit Materialien, II. Theil, Alfred Hölder Verlag, Wien 1873

Kisslinger, Martina: Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, Manz Verlag, Wien 2006

Klausberger, Philipp: Quasidelikte (in Vorbereitung für Handbuch des römischen Privatrechts (hrsg. von Babusiaux, Ulrike / Baldus, Christian / Ernst, Wolfgang / Meissel, Franz-Stefan / Platschek, Johannes / Rüfner, Thomas) erscheint im Verlag Mohr Siebeck), Manuskript (11 Seiten; 2016) – vom Autor zur Verfügung gestellt.

Kneidinger, Michaela Christina: Die böhmischen Ausgleichsversuche 1871 und 1890, phil Dipl., Wien 2008

Knütel, Rolf: Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung 100, Heft 1 (1983), 340 ff

Kolb, Katharina M.: Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz, Herbert Utz Verlag, München 2008

Koller, Peter : Bedenken gegen die Anträge der Regierung zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und die Einführung der Rechtsprechung in die österreichische Verwaltung, Manz Verlag, Wien 1874

Koziol, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd 1: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 1997

Koziol, Helmut / Apathy, Peter / Koch, Bernhard A., Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd 3: Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung, 3. Auflage, Sramek Verlag, Wien 2014

Laband, Paul: Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I. Abschnitt Titel 1—3 in: Archiv für die civilistische Praxis 73 (1888), 161 ff

Lahusen, Benjamin: Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, Berlin 2012

Landsberg, Ernst: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt.3, Halbband 2, München und Berlin 1910, unveränderter Nachdruck durch Scientia Verlag, Aalen 1957

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 1975

Lehne, Friedrich: Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof in: Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Band II (Verwaltung und Rechtswesen) (hrsg. von Wandruszka, Adam / Urbanitsch, Peter), Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften , Wien 1975, 663 ff

Lemayer, Karl: Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte, Alfred Hölder Verlag, Wien 1902

Lentze, Hans: Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften , Wien 1962

Lentze, Hans: Joseph Unger– Leben und Werk, in: FS Franz Arnold, Herder Verlag, Wien 1963, 219 ff

Liabscher, Viktor (Hg.), Festschrift 100 Jahre österreichische Strafprozeßordnung 1873-1973, Springer Verlag, Wien New York 1973

Loening, Edgar: Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen des Beamten, Rütten & Loening Verlag, Frankfurt am Main 1879

Losano, Mario G.: Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser (Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung), Aktiv Druck & Verlag GMBH, Ebelsbach 1996

Lotze, Paul: Die Schadenshaftung nach §§ 836 – 838 BGB (iur. Diss), Buchdruckerei von H. John, Halle an der Saale 1911

Luig, Klaus: Pandektenwissenschaft in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) (hrsg. von Erler, Adalbert / Kaufmann, Ekkehard), III. Band, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1984, 1422 ff

Mages, Alois: Ueber Nachbarrecht, Manz Verlag, Wien 1871

Mataja, Victor: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, Duncker & Humblot Verlag, Leipzig 1888

Mauczka, Josef: Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse : mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen Privatrechts, F. Deuticke Verlag, Leipzig 1904

Mayer, Theodor (Hg): Der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867, Oldenburg Verlag, München 1968

Meder, Stephan: Rechtsgeschichte, 5. Auflage, UTB GmbH Verlag, Köln Weimar Wien 2014

Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger. Der Jurist als „politischer Professor“ in: Universität – Politik – Gesellschaft (hrsg. von Ash, Mitchell G. / Ehmer, Josef ), V&R unipress Verlag, Wien 2015, 209 ff

Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“ (erscheint in FS Luig), Manuskript (19 Seiten; 2016) – vom Autor zur Verfügung gestellt.

Meissel, Franz-Stefan: Joseph Unger: „Souverän im Reich der Jurisprudenz“ in: Die Presse vom 28. April 2013 abgerufen auf [http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1395462/Joseph-Unger\\_Souveraen-im-Reich-der-Jurisprudenz](http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1395462/Joseph-Unger_Souveraen-im-Reich-der-Jurisprudenz)

Menzel, Adolf: Die Unfallversicherung der Eisenbahnbediensteten und das Haftpflichtgesetz, in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 2.2.1895, 1ff sowie vom 9.2.1895, 1 ff

Merkel, Adolf: Juristische Encyclopädie, J. Guttentag Verlag, Berlin 1885

Mitteis, Ludwig: Die bürgerliche Gesetzgebung für das deutsche Reich, in: Neue Freie Presse vom 8.12.1896 (Morgenblatt), 2 f

Mitteis, Ludwig: Die bürgerliche Gesetzgebung für das deutsche Reich, in: Neue Freie Presse vom 8.12.1896 (Morgenblatt), 2 f

Mitteis, Ludwig: Joseph Unger, in: Neue Freie Presse vom 2.Juli 1898 (Morgenblatt), 1 f

Mitteis, Ludwig: Joseph Unger, in: Neue Freie Presse vom 2.Juli 1898 (Morgenblatt), 1 f

(NN) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd II (Recht und Schuldverhältnisse) [zum 1. Entwurf des BGB], Amtliche Ausgabe, Guttentag Verlag, Berlin Leipzig 1888

Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), Deckers Verlag, Berlin 1899

Nagl, Johann Willibald / Zeidler, Jakob / Castle, Eduard (Hgg): Deutsch-Österreichische Literaturgeschichte. Bd III. Von 1848 bis 1890, Carl Fromme Verlag, Wien 1935

Neithardt, August: Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft, ius. Diss., C. Wolf und Sohn Verlag, München 1896

Neschwara, Christian: Verfassungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Monarch und Parlament: Österreichs Reichsgericht von 1869 bis 1918 in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte 123 (2006), 310 ff

Neschwara; Christian: Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit in der österreichischen Monarchie in: *Parliaments, Estates and Representation*, 25 (2005), 167 ff

Oberkofler, Gerhard: Die österreichische Juristentradition des Vormärz im Widerstreit mit den Reformen des Ministers Grafen Thun, in: FS Ernst Helbing, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 198, 613 ff

Ogorek, Regina: Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Böhlau Verlag, Köln 1975

Ogris, Werner: Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918 in: Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band II: Verwaltung und Rechtswesen (hrsg. von Wandruszka, Adam / Urbanitsch, Peter), Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1975, 538 ff

Ogris, Werner: Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1999) neu abgedruckt in: Ogris, Werner: Elemente europäischer Rechtskultur (hrsg. von Olechowski, Thomas), Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar 2003, 333 ff

Ogris, Werner: Karl Freiherr von Lemayer – Leben und Wirken (1976), neu abgedruckt in Ogris, Werner: Elemente europäischer Rechtskultur (hrsg. von Olechowski, Thomas), Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar 2003, 285 ff

Olechowski, Thomas: Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, Manz Verlag, Wien 1999

Olechowski, Thomas: Die Entwicklung des Preßrechts in Österreich bis 1918. Ein Beitrag zur österreichischen Medienrechtsgeschichte, Manz Verlag, Wien 2004

Olechowski, Thomas: Die Lassersche Wahlrechtsreform. Der Kampf um die Einführung der Volkswahl des cisleithanischen Abgeordnetenhauses 1871–1873 in: *Parliaments, Estates and Representation* 22 (2002), 147 ff

Olechowski, Thomas: Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, Verlag Österreich, Wien 2001

Olechowski-Hrdlicka, Karin: Die gemeinsamen Angelegenheiten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie : Vorgeschichte ; Ausgleich 1867 ; staatsrechtliche Kontroversen, iur. Diss, Wien 2000 sowie Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2001

Petersen, Jens: Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2001

Petershagen, Jörg: Die Gebäudehaftung. § 836 BGB im System der Verkehrssicherungspflichten, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2000

Pfaff, Leopold / von Randa, Anton / Strohal, Emil: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches, .k.k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme, Wien 1880

Pfaff, Leopold: Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht, Verl. d. Öster. Advocatentages : Fromme, Wien 1880

Pohl, Joachim: Die Entwicklung der Lehre von der Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen im 19. Jahrhundert, iur. Diss, Würzburg 1959

(NN) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Schultheß Verlag, Zürich 1856

Puchta, Georg Friedrich: Cursus der Institutionen, Bd 1, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtelm, Leipzig 1841

Puchta, Georg Friedrich: Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd 2, Tauchnitz Verlag, Leipzig 1848

Rainer, Johannes Michael: Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht, Leykam Verlag, Graz 1987

Randa, Anton von: Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte insbesondere aus Eisenbahn- und Automobilunfällen mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebung. 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 1913

Randa, Anton von: Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen nach dem Gesetze vom 5. März 1869, B.27 R.G.Bl., in: Allgemeine Österreichische

Gerichtszeitung vom 15.Juni 1869, 1f; vom 18.Juni 1869, 1f; vom 22. Juni 1869, 3f; vom 25. Juni 1869, 1f; vom 29. Juni 1869, 1f; vom 2. Juli 1869, 1f sowie vom 6. Juli 1869, 1f

Rechberger, Walter H.: Rechtspolitische Ziele und Gestaltungsanliegen der österreichischen Zivilprozessordnung in: 100 Jahre ZPO ((hrsg. von Lewisch, Peter / Rechberger, Walter H), Manz Verlag, Wien 1998, 53 ff

Reischauer, Rudolf / Spielbüchler, Karl / Welser, Rudolf (Hgg): Reform des Schadenersatzrechts, Bd II, Manz Verlag, Wien 2006

Reischauer, Rudolf / Spielbüchler, Karl / Welser, Rudolf (Hgg): Reform des Schadenersatzrechts, Bd III, Manz Verlag, Wien 2008

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor §§ 1293 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1310 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1318 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1319 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1319a ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Reischauer, Rudolf in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1320 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Reppen, Tilman: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2001

Rinck, Gerd: Gefährdungshaftung, Schwartz Verlag, Göttingen 1959

Rossbacher, Karlheinz: Literatur und Bürgertum, Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar 2003

Rückert, Joachim: 'Frei und sozial' als Rechtsprinzip, Nomos Verlag, Baden-Baden 2006

Rückert, Joachim: Historische Rechtsschule in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) (hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller), 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd II, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2012, 1048 ff

Rückert, Joachim: Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: John Locke und/and Immanuel Kant (hrsg. von Thompson, Martyn P.), Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1991, 144 ff

Rückert, Joachim: Savigny-Studien, Klostermann Verlag, Frankfurt am Main 2011

Rümelin, Max: Schadenersatz ohne Verschulden, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen 1910

Rüthers, Bernd: Hans Brox als Methodenlehrer – Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz, in: Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 41/2, (2010), 141 ff

Salmen-Everinghoff, Christoph: Zur cautio damni infecti: die Rückkehr eines römisch-rechtlichen Rechtsinstituts in das moderne Zivilrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2009

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, Bd I, Veit Verlag, Berlin 1840

Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Mohr und Zimmer Verlag, Heidelberg 1814

Schacherreiter, Judith in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1310 ABGB(Stand 1.10.2016, rdb.at)

Schacherreiter, Judith in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1315 ABGB (Stand 1.6.2015, rdb.at)

Scharf, Christian: Ausgleichspolitik und Pressekampf in der Ära Hohenwart. Die Fundamentalartikel von 1871 und der deutsch-tschechische Konflikt in Böhmen, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 1996

Scherl, Bernhard Martin: Joseph Unger, Aufsätze und kleiner Monographien, Bd I, Olms Weidmann Verlag, Hildesheim Zürich New York 2005

Scherl, Bernhard Martin: Joseph Unger, Aufsätze und kleiner Monographien, Bd II, Olms Weidmann Verlag, Hildesheim Zürich New York 2005

Schiemann, Gottfried: §§ 823 – 830, 840, 842 – 853. Unerlaubte Handlungen (Deliktsrecht), in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK) (hrsg. von Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard), Bd III, 2. Teilband (Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433 – 853), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, 2711 ff

Schlösser, Hans: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext. 10. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2005

Schlund, Gerhard H.: Zur Tierhalterhaftung des § 833 BGB, in: FS Karl Schäfer, de Gruyter Verlag, Berlin New York 1980, 223 ff

Schmalhorst, Regine: Die Tierhalterhaftung im BGB von 1896, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2002

Schmied-Kowarzik, Anatol: Die Verhandlungen zum zweiten wirtschaftlichen Ausgleich von 1878 zwischen Österreich und Ungarn, phil Dipl., Wien 1996

Schröder, Jan: Begriffsjurisprudenz, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) (hrsg. von Cordes, Albrecht / Lück, Heiner / Werkmüller, Dieter), 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd I, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2008, 500 ff

Schröder, Jan: Interessenjurisprudenz, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) (hrsg. von Cordes, Albrecht / Lück, Heiner / Werkmüller, Dieter), 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd II, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2012, 1267 ff

Schrutka von Rechtenstamm, Emil: Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft, in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913 (Morgenblatt), 2

Schrutka von Rechtenstamm, Emil: Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft, in: Neue Freie Presse, 3.Mai 1913 (Morgenblatt), 2

Schrutka-Rechtenstamm, Emil: Haftung für die Folgen eines ungerechten Arrestes nach österreichischem Civilrechte; in: Grünhuts Zeitschrift 20 (1893), 182 ff

Schubert, Werner / Jakobs, Horst Heinrich von (Hgg): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, 1. Teilband, de Gruyter Verlag, Berlin New York 1985

Schubert, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, de Gruyter Verlag, Berlin New York 1980

Schubert, Werner: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einf., Biographien, Materialien, de Gruyter Verlag, Berlin New York 1978

Schüller, Gerhard: Zur Anwendung der Eisenbahnhaftpflichtgesetze, Rudolf M. Rohrer Verlag, Brünn Prag Leipzig Wien 1933

Sensburg, Patrick E.: Die großen Juristen des Sauerlandes, Becker Verlag, Arnsberg, 2002

Simon, Thomas (Hg): Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main Berlin Bern Brüssel New York Oxford Wien 2010

Simon, Thomas: Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich, in: Juristenausbildung in Osteuropa bis zum 1. Weltkrieg (hrsg. von Pokrovac, Zoran), Klostermann Verlag, Frankfurt am Main 2007, 1 ff

Sixta, Waltraute: Joseph Unger als Sprechminister 1871-1879, phil. Diss., Wien 1941 (in tlw. unerträglichen NS-Jargon verfasst und daher mit Vorsicht)

Stagl, Jakob: Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger in: ZEuP 2007, 37 ff

Stampfer, Michael: Die Zivilprozeßordnung von 1898 vor dem Hintergrund zeitgenössischer sozialer Rechtsgestaltung in: 100 Jahre ZPO (hrsg. von Lewisch, Peter / Rechberger, Walter H.), Manz Verlag, Wien 1998, 69 ff

Staudigl-Ciechowicz, Kamila: Zwischen Aufbegehren und Unterwerfung. Politik und Hochschulrecht 1848–1945 in: Universität – Politik – Gesellschaft (hrsg. von Ash, Mitchell G. / Ehmer, Josef), V&R unipress, Wien 2015, 429 ff

Steinbach, Emil: Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, Manz Verlag, Wien 1888

Stoll, Hans: Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, De Gruyter und Mohr Siebeck Verlag, Berlin und Tübingen 1961

Stourzh, Gerald: Die Mitgliedschaft auf Lebensdauer im österreichischen Herrenhaus 1861-1918, in: Mitteilungen des Instituts für Geschichtsforschung 73, Böhlau Verlag, Graz Köln 1965, 63 ff

Strickler, Hanspeter: Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel, .rer.soc.oec.Diss, Juris Druck Verlag, Zürich 1982

Stubenrauch, Moriz von bzw neu bearbeitet von Schuster von Bonnott, Max und Schreiber, Karl: Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 6. Aufl. Bd 2, Manz Verlag, Wien 1894

Stubenrauch, Moriz von: zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd1, Manz Verlag, Wien 1854

Thibaut, Anton Friedrich Justus: System des Pandecten-Rechts, 2. Durchaus vermehrte und verbesserte Auflage, Bd 1, Mauke Verlag, Jena 1805

Thun und Hohenstein, Lars Maximilian Maria Bertholdus Johannes Cyprian Graf von: Bildungspolitik im Kaiserreich: Die Thun-Hohenstein'sche Universitätsreform insbesondere am Beispiel der Juristenausbildung in Österreich, iur. Diss. Wien 2014 abgerufen auf [http://othes.univie.ac.at/36376/1/2014-09-22\\_0657107.pdf](http://othes.univie.ac.at/36376/1/2014-09-22_0657107.pdf)

Ubbelohde, August: Über die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäfte angestellten Personen bei der Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten in: Archiv für practische Rechtswissenschaft. 7 (1860), 229 ff

Unterholzner, Karl August Dominikus: Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd II, Barth Verlag, Leipzig 1840

Völkl, Artur: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht : Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt, Böhlau Verlag, Wien 1984

Wahlberg, Wilhelm Emil: „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen“ (Rezension) in: Wiener Zeitung vom 11.Juli 1853 (Beilage: Oesterreichische Blätter für Literatur und Kunst), 1 f

Weixelbraun-Mohr, Martina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1318 ABGB (Stand 1.2.2014, rdb.at)

Weixelbraun-Mohr, Martina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1319 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at)

Weixelbraun-Mohr, Martina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1319a ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at)

Weixelbraun-Mohr, Martina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1320 ABGB (Stand 1.2.2014, rdb.at)

Wenzel, Frank: Die Anrechnung vorläufiger Freiheitsentziehungen auf strafrechtliche Rechtsfolgen, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach 2003

Werenberg, W.: Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer, in: Jherings Jahrbücher 6 (1863), 1 ff

Wesener, Gunter: Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803–1878) in: FS Ogris, Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar 2010, 577 ff

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. neubearb. Auflage (1967) unveränderter Neudruck in Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen 1996

Windscheid, Bernhard: Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (1884) in: Windscheid, Bernhard: Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. von Oertmann, Paul), Duncker & Humblot Verlag, Leipzig 1904, 100 ff

Winkler, Günther: Die Rechtspersönlichkeit der Universitäten. Rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtstheoretische Untersuchungen zur wissenschaftlichen Selbstverwaltung, Springer Verlag, Wien New York 1988

Winter, Robert: Das Akademische Gymnasium in Wien. Vergangenheit und Gegenwart, Böhlau Verlag, Wien 1996

Wlassak, Moriz: Joseph Unger. Ein Nachruf in: Almanach der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften 1913, 485 ff, K.K. Hof- und Staatsdr. Wien 1913

Zeiller, Franz von: Commentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bd 3, Geistingers Verlagshandlung, Wien Triest 1813

Zweig, Egon: Unger, Joseph in: Biographisches Jahrbuch und Deutscher Nekrolog XVIII (1913) (hrsg. von Bettelheim, Anton), Georg Reimer Verlag, Berlin 1917, 187 ff

### **Zeitungsartikel mit unbekanntem Autor**

#### Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung

(NN) Ueber Dr. J. U. Berger's kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts, in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung vom 16.10.1856, 1 f

#### Augsburger Postzeitung

(NN – laut Frankfurter „Dr. Haas“) Wien, in: Beilage zur Augsburger Postzeitung vom 27. September 1853, 1 f

(NN) Zur Studienfrage in Österreich, in: Beilage zur Augsburger Postzeitung vom 28. August 1853, 1

#### Juristische Blätter

(NN) Ein Schiedspruch des Kaisers von Oesterreich, in: Juristische Blätter vom 4. Dezember 1881, 1 ff und vom 11. Dezember 1881, 1 ff

(NN) Josephs Unger's sechzigjähriges Doktorjubiläum, in: Juristische Blätter vom 10. November 1912, 1

### Neue Freie Presse

(NN) Inland. Wien 25. November, in: Neue Freie Presse vom 26. November 1871 (Morgenblatt), 3 ff

(NN) Kleine Chronik, in: Neue Freie Presse 31. Januar 1867 (Abendblatt), 15

(NN) „Oesterreichischer Reichsrath“ in: Neue Freie Presse vom 24. Januar 1875 (Morgenblatt), 1 f

(NN) Politische Übersicht, in: Neue Freie Presse vom 22.1.1869 (Abendblatt), 1

(NN) Politische Übersicht, in: Neue Freie Presse vom 27. November 1871 (Morgenblatt), 1 f

(NN) Wien. 25. November, in: Neue Freie Presse vom 26. November 1871 (Morgenblatt), 1 f

### Vaterland

(NN) Abgeordnetenhaus, in: Vaterland vom 20. November 1877, 2

### Wiener Zeitung

(NN) Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechtes (Rezension), in: Wiener Zeitung vom 16. Jänner 1854 (Beilage: Oesterreichische Blätter für Literatur und Kunst), 1 ff

(NN – eigentlich Leo von Thun-Hohenstein) Wien, in: Wiener Zeitung vom 14. September 1853 (Abendblatt), 4

## **Sonstige Quellen (Archive, Gesetzesmaterialien und Internetquellen)**

### Archivarische Quellen

Archiv der Universität Wien: Teilnachlass Joseph Unger (4 Schachteln; Schachtelnummer: 147-151 (alt) bzw 151-154 (neu))

Österreichisches Staatsarchiv: Österreichisch-cisleithanische Ministerratsprotokolle, Kabinett Auersperg, Karton 4-13 sowie Karton 41-42 (Die Ministerratsprotokolle wurden 1927 beim

Brand des Justizpalastes starke beschädigt. Aus der Ära Auersperg (1871-79) sind lediglich die Jahre 1871-73 erhalten (Karton 4-13), welche jedoch wiederum stark beschädigt sind und daher nur in Form von zeitgenössische Abschriften nach dem Brand eingesehen werden konnten (Karton 41-42)).

Gesetzblätter, Gesetzesmaterialien sowie Reichsgerichtsentscheidungen

Deutsche Reichsgesetzblätter

Österreichische Reichsgesetzblätter (<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex-iv.pl>)

Stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses (<http://alex.onb.ac.at/spa.htm>)

Stenographische Protokolle des Herrenhauses (<http://alex.onb.ac.at/sph.htm>)

Sammlung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes 1869-1918 (einsehbar auf <http://alex.onb.ac.at/rgr.htm>)

Internetquellen

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>

<http://repoestrq.info/wp/abgb-1811/>

[http://www.biographien.ac.at/oeb1/oeb1\\_P/Pachmann\\_Theodor\\_1801\\_1881.xml#](http://www.biographien.ac.at/oeb1/oeb1_P/Pachmann_Theodor_1801_1881.xml#)

[http://www.biographien.ac.at/oeb1\\_8/230.pdf](http://www.biographien.ac.at/oeb1_8/230.pdf)

<https://www.ris.bka.gv.at/>

<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>

[https://www.wien.gv.at/wiki/index.php/Wilhelm\\_Albert\\_Podlaha](https://www.wien.gv.at/wiki/index.php/Wilhelm_Albert_Podlaha)