



Rechtshistorische Reihe

392

Christoph Salmen-Everinghoff

Zur cautio damni infecti:
Die Rückkehr eines
römisch-rechtlichen
Rechtsinstituts
in das moderne Zivilrecht

Peter Lang

1.0 Einführung

Wird durch die Fehlerhaftigkeit eines Gebäudes oder eines sonstigen Bauwerkes ein Schaden verursacht, so ist die Frage, wer dafür verantwortlich gemacht werden kann, auf der Basis des geltenden allgemeinen Deliktsrechts, §§ 823 ff. BGB¹, für die Fälle unproblematisch zu beantworten, in denen bei der Schadenszufügung ein Verschulden kausal geworden ist. Hat jemand die Fehlerhaftigkeit eines Bauwerkes schuldhaft herbeigeführt, so haftet er nach § 823 I für jeden zu-rechenbaren Schaden, welcher Dritten an ihren deliktsrechtlich geschützten Rechten und Rechtsgütern infolge des Einsturzes des Bauwerkes oder durch Ab-lösen von einzelnen Teilen erwächst.²

Nicht durch das allgemeine Deliktsrecht abgedeckt sind hingegen die Fälle, in denen es der Besitzer oder Eigentümer objektiv unterlassen hat, sein Bauwerk ordnungsgemäß instand zu halten, ohne dass zu seinen Lasten ein Verschulden ersichtlich oder beweisbar ist. Der Grund dafür liegt auf der Hand; nach all-gemeinem Deliktsrecht wird nur für Verschulden gehaftet. Fehlt es daran oder kann das Verschulden nicht nachgewiesen werden, so besteht im ersten Fall der An-spruch schon materiell-rechtlich nicht bzw. muß im zweiten Fall wegen non li-quet aberkannt werden.

In diesen Fällen erfolgt eine Haftung nach besonderen deliktischen Normen, nämlich nach §§ 836 – 838. Flankierend dazu können für zukünftig drohende Schäden nach näherer Maßgabe der §§ 907 bis 909 Sicherungsvorkehrungen ver-langt werden, um die Nachbarschaft vor auffälligen Gebäuden zu schützen.³

Diese Regelung der besonderen deliktischen Gebäudehaftpflicht im deutschen Zivilrecht erweist sich bei näherer Betrachtung nicht etwa als singuläre deutsche Eigenheit, sondern als ein vorläufiges legislatorisch – kodifikatorisches Endpro- dukt einer langen europäischen Tradition vorwiegend romanistischer Prägung. Sie beruht vor allem auf römisch-rechtlichen Wurzeln.

Im antiken Rom ging man, wie auch in anderen Rechtsordnungen vergange- ner Zeiten, grundsätzlich davon aus, dass niemand für den Schaden verantwort- lich gemacht werden könne, der durch schlichtes, jedenfalls nicht pflichtwidriges

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2 Dies stand schon vor Beginn der Beratungen zum BGB außer Frage. Vgl. Herrmann, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 228; Mugdan II, S. 457, 2. Absatz

3 Vgl. Herrmann, Der Störer nach § 1004 BGB, 12. Kapitel § 2 B (S. 155)

Unterlassen entstanden ist.⁴ Eine Haftung kam in diesen Fällen nur nach besonderen Regeln in Betracht, welche notwendigerweise die Freiheit des Eigentums begrenzen mußten.

Solche besonderen Regeln begründete im antiken Rom speziell für den Bereich der Gebäudehaftpflicht vor allem das Rechtsinstitut der *cautio damni infecti*.⁵ Sie bildet den heute noch sicher feststellbaren Ausgangspunkt der europäischen Rechtsentwicklung im außervertraglichen Gebäudehaftpflichtrecht. Dieses heute weitgehend unbekanntes Rechtsinstitut verkörpert in besonderer Weise den juristischen Feinsinn der römischen Jurisprudenz. Es hat bis in die heutige Zeit Maßstäbe gesetzt und auf zahlreiche spätere Sondervorschriften Einfluß genommen.

Die *cautio damni infecti* war bis zum Vorabend des Inkrafttretens des BGB in denjenigen Gebieten Deutschlands, in denen das gemeine Recht galt, als rezipiertes römisches Recht in Kraft. Sie wurde nicht in das BGB übernommen, hat jedoch auf die §§ 836 – 838 sowie §§ 906 – 909 BGB maßgeblichen Einfluß genommen. Ohne die *cautio damni infecti* sind diese Vorschriften nicht erklärbar.⁶ Als wesentlicher Grund für die Nichtübernahme der *cautio damni infecti* in das BGB wird allgemein angeführt, dass sie rechtspolitisch überholt sei und insofern den Erfordernissen der Moderne nicht mehr genüge.

Die Rechtsentwicklung im Deliktsrecht ist allerdings auffällig schnell über den im BGB kodifizierten, man möchte meinen modernen Stand hinweggegangen und hat bezeichnenderweise dabei im deliktischen Gebäudehaftpflichtrecht, dem Anwendungsbereich der *cautio damni infecti*, ihren Anfang genommen.

So judizierte das Reichsgericht schon im Jahre 1902, dass bei Unterlassungen, im konkreten Fall bei der Unterlassung des rechtzeitigen Wegnehmens oder Stützens eines morschen Baumes, die allgemeine Bestimmung des § 823 I BGB, und nicht nur § 836 in direkter oder analoger Anwendung zu berücksichtigen sei.⁷ Zur Begründung dieser Rechtsansicht bezog sich das Reichsgericht indes ausdrücklich auf § 836 BGB und seinen gemeinrechtlichen Vorläufer, die *cautio damni infecti*. Es könne, so das Reichsgericht, unmöglich Sinn der neuen Rechts-

4 Es galt der Grundsatz: *Qui iure suo utitur, neminem laedit*; Übersetzung: „Wer von seinem Recht Gebrauch macht, schadet niemandem.“ Vgl. dazu: Motive II, S. 814 (zu § 735); RGZ 52, 373, 376; Hesse, *cautio damni infecti*, S. 10; Kaulfers, Haftung für Werkeinsturz, S. 3; Schaeffer, Haftung für Gebäudeeinsturz, S. 1 f.; Scholtz, Haftung für Gebäudeeinsturz, S. 12; Thomsen, *cautio damni infecti*, S. 1

5 Vgl. dazu und zu weiteren römisch-rechtlichen Instituten zur Begrenzung des Grundstückseigentums: Bonfante, *Diritto Romano* II, S. 381, 383; Kaser, RP I, § 98 III

6 Hermann, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 155

7 RGZ 52, 373, 377 ff.

bildung im BGB sein, hinter den Rechtszustand des römisch-gemeinen Rechts in dieser Materie zurückzutreten.⁸

Diese Rechtsprechungslinie fand ihre Fortsetzung im folgenden Jahr 1903⁹ und wurde danach unbeirrt und stetig fortgeführt;¹⁰ sie gilt heute als Grundlage der sogenannten Verkehrspflichten bzw. Verkehrssicherungspflichten,¹¹ im folgenden einheitlich Verkehrspflichten¹² genannt, welche im modernen deutschen Deliktsrecht eine sehr wichtige und bis heute zunehmende Bedeutung haben.¹³

Die Rechtsprechung von den Verkehrspflichten war begleitet von heftiger Kritik aus der rechtswissenschaftlichen Literatur, welche die methodologische Legitimität der Verkehrspflichten bezweifelte.¹⁴ Die Kritik ist bis heute nicht verstummt.¹⁵

Sie konnte indes die kontinuierliche Entwicklung der Verkehrspflichten nicht aufhalten. Aus der Retrospektive betrachtet scheinen diese sich vielmehr mit geradezu unbändiger Kraft juristisch eine Bahn gebrochen zu haben.¹⁶

Sie wachsen auch heute noch und dringen dabei in immer weitere Lebensbereiche vor.¹⁷ Den überschaubaren Bereich ihrer Entstehung, die gemeinrechtliche Gebäudehaftpflicht, haben sie schon lange hinter sich gelassen.

Die Bedeutung des kodifizierten Rechts, der §§ 836 ff., war demgegenüber von Anfang an sehr beschränkt und zu keiner Zeit mit derjenigen der Verkehrspflichten auch nur annähernd vergleichbar.¹⁸ Monographien oder sonstige Ein-

8 RGZ 52, 373, 379

9 RGZ 54, 53, 56 ff.

10 RGZ 55, 27, 159; 58, 334; 68, 358; 62, 33; 85, 185; BGHZ 5, 378 (380); 14, 83 (85); 60, 54 (55); 65, 221 (224); weitere Nachweise bei Rogge, Verkehrspflichten, S. 16 FN 74

11 Zur Rechtsentwicklung vgl.: Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II 2, § 76 III 1a; Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, § 2 II 3 a RN 104 f. (S. 114)

12 Zur Terminologie vgl.: Kleindiek, Deliktshaftung, § 1 S. 6 m. w. Nachw.; Fukuda, Verkehrssicherungspflichten, S. 1 FN 1

13 Vgl zu dieser Einschätzung: Bar, aaO, RN 104; Rogge, Verkehrspflichten, S. 13

14 Pointiert vor allem Esser: JZ 1953, 129, 132 mit der bekannten Aussage, dass die Verkehrspflichten „wilder Wurzel“ entsprungen seien; teilweise polemisch: Hofacker, Verkehrspflichten, S. 5, 7, 13, 27 ff.

15 Vgl. etwa: Bar, Verkehrspflichten, S. 25; Brüggemeier, Deliktsrecht, RN 501

16 Das räumen selbst die Gegner der Verkehrspflichten ein. Bezeichnend ist insoweit das bekannte Dictum Essers in JZ 1953, 129, 132, wonach „die illegitimen Kinder (gemeint sind die Verkehrspflichten) die vitalsten zu sein scheinen.“

17 Siehe dazu etwa die Übersicht bei: Geigel/Schlegelmilch, Haftpflichtprozeß, 14. Kapitel Anwendungsfälle des § 823 I BGB, RN 1 ff. sowie die gleichgerichtete Wertung schon bei Esser, JZ 1953, 129, 132 insbes. FN 39

18 Vgl. insoweit die nach wie vor zutreffende Wertung bei: Herrmann, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 166, wonach die neuere Kommentarliteratur die §§ 836 ff. vernachlässigt.

zelabhandlungen sind nach wie vor spärlich, vorwiegend älteren Datums und dogmatisch wenig weiterführend.¹⁹

Demgegenüber fällt auf, dass auch weitere wesentliche Rechtsgedanken der *cautio damni infecti* in Gestalt des vom BGH auf der Basis einer Analogie zu § 906 II 2 BGB geschaffenen Ausgleichsanspruchs des Grundeigentümers wegen faktischen Duldungszwangs *praeter legem* mehr als 80 Jahre nach Inkrafttreten des BGB wieder Eingang in das geltende Zivilrecht gefunden haben. Der BGH gewährt seit 1982 in ständiger Rechtsprechung dem Grundstückseigentümer dann einen Ausgleichsanspruch in Geld, wenn dieser unzulässige Einwirkungen auf sein Grundstück, die ihn unzumutbar beeinträchtigen, aus besonderen tatsächlichen Gründen nicht mit einer Klage nach § 1004 BGB abwehren konnte.²⁰

Dieser äußerst verwunderliche Befund gibt Anlaß zu der Frage, wie es dazu kam, dass das kodifizierte Recht des BGB im Anwendungsbereich der gemeinrechtlichen *cautio damni infecti* durch die Verkehrspflichten sowie den Ausgleichsanspruch wegen faktischen Duldungszwangs überflügelt werden konnte. Indem sich beide Regelungskomplexe auf die *cautio damni infecti* als gemeinsamen Ursprung beziehen, ist insbesondere zu untersuchen, wieso die *cautio damni infecti* nicht in das BGB übernommen worden ist. Aufbauend darauf soll untersucht werden, ob sich ggf. eine Reintegration der *cautio damni infecti* in das geltende Zivilrecht empfiehlt.

19 Vgl. insoweit die zutreffende, gleichlautende Wertung bei: Hermann, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 166 m. w. Nachw (dort FN 7)

20 BGHZ 85, 375 = NJW 1983, 872