

# Übungsfall: Judge Posner, ein Kind und viele Schafe\*

Von Akad. Rat Dr. **Bernd J. Hartmann**, LL.M. (Virginia), Münster

*Den Schwerpunkt der Klausur bilden die Rechtfertigungsgründe im Straf- (§ 34 StGB) und im Zivilrecht (§ 904 BGB). Dabei geht es insbesondere um die Normtextorientierung der Abwägung. Durch die Klausur hindurch wieder kehren Fragen des Tierschutzes und zur juristischen Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts.*

## Sachverhalt

Kann die ökonomische Analyse des Rechts Ergebnisse zeitigen, die unserer Alltagsmoral widersprechen? Der U.S.-amerikanische Hochschullehrer und spätere Bundesrichter *Richard A. Posner* (\*1939) meint: „Nein!“ Seine Position sucht er mit folgendem Beispielsfall zu veranschaulichen:

„[...] let there be 100,000 sheep worth in the aggregate more than any money value that can reasonably be ascribed to the child; must not the economist regard the driver as a good man, or at least not a bad man, when he decides to sacrifice the child? My answer is yes – and the same answer is given all the time in our (and every other) society. Dangerous activities are regularly permitted on the basis of a judgment that the costs of avoiding the danger exceed the costs to the victims. Only the fanatic refuses to trade off lives for property, although the difficulty of valuing lives is a legitimate reason for weighing them heavily in the balance when only property values are in the other pan.“<sup>1</sup>

Welche Rechtsfolgen treffen den Autofahrer A nach hiesigem Straf-, Zivil- und allgemeinem öffentlichen Recht, falls er in einer sonst ausweglosen Situation a) die Schafe überfährt, um das Kind K zu retten, oder b) K überfährt, um die Schafe zu retten? Unterstellen Sie in jeder Alternative, dass der Plan gelingt: Die Schafe verenden und K bleibt ohne Blessuren bzw. umgekehrt. A ist Inhaber einer gültigen Fahrerlaubnis und auch Halter des Unfallwagens. Die Schafe stehen im Eigentum des E. § 17 Nr. 1 TierSchG lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet.“ Vergleichen Sie anschließend Ihre Ergebnisse, um kurz zu *Posners* Einschätzung Stellung zu nehmen, dass sein Beispielsfall auch hiesige, im geltenden Recht verarbeitete Moralvorstellungen zum Ausdruck bringe.

---

\* *Bernd J. Hartmann* ist Akademischer Rat an der Universität Münster, Institut für Öffentliches Recht und Politik (Prof. *Dr. Bodo Pieroth*). Den Herren *Wiss. Mit. Tristan Barczak*, Prof. *Dr. Mark Deiters*, beide Münster, und Prof. *Dr. Christoph Thole*, Dipl.-Kfm., Tübingen, gilt mein Dank für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> *Posner*, *The Journal of Legal Studies* 8 (1979), 103 (133).

## Lösungsvorschlag

### I. Sachverhaltsalternative: A überfährt die Schafe, um K zu retten

#### 1. Strafbarkeit des A wegen des Überfahrens der Schafe

##### a) Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB

A hat sich gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, wenn er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eine fremde Sache zerstört hat.

##### aa) Tatbestandsmäßigkeit

Ein Schaf müsste eine Sache sein. Sache i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB sind alle körperlichen Gegenstände, insbesondere Tiere.<sup>2</sup> Dabei kann offen bleiben, ob dieses Ergebnis aus einem eigenen Sachenbegriff des Strafrechts oder aus § 90a S. 3 BGB zu folgern ist. Auch Schafe sind also Sachen im Sinn des § 303 Abs. 1 StGB.

A müsste die fremden, nämlich im Eigentum des E stehenden, Sachen zerstört haben. Zerstören ist jede körperliche Einwirkung auf die Sache, welche die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache aufhebt.<sup>3</sup> Ein totes Schaf ist zu nichts mehr zu gebrauchen. A hat die Sachen zerstört.<sup>4</sup> Er hat die Tiere sehenden Auges überfahren und dabei ihr Verenden zumindest billigend in Kauf genommen. A handelte mit (Eventual-)Vorsatz.

##### bb) Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsverwirklichung könnte gerechtfertigt sein.

(1) Notwehr und Nothilfe verlangen gem. § 32 Abs. 1 StGB, dass die Handlung, hier also das Überfahren der Schafe, gegen den Angreifer gerichtet ist. Das folgt aus dem Merkmal der „Verteidigung“ in § 32 Abs. 2 StGB<sup>5</sup>. Doch von den Schafen des E drohte kein Angriff.

---

<sup>2</sup> BayObLG NJW 1992, 2306 (2307); NJW 1993, 2760 (2761); *Dürre/Wegerich*, JuS 2006, 712 (716); *Fahl*, JuS 2005, 808 (809); *Graul*, JuS 2000, 215 (219 f.); *Gropp*, JuS 1999, 1041 (1042).

<sup>3</sup> Vgl. *Honig*, NJW 2009, 734 (736); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 303 Rn. 7, Vor. Rn. 4.

<sup>4</sup> Der Sachverhalt hat vorgegeben, dass die Schafe verenden. Praktisch gesehen erscheint es mindestens als zweifelhaft, dass ein Autofahrer auf einen Streich 100.000 Schafe totfahren kann. Doch gilt für Klausurbearbeiter wie -ersteller, dass wir den von *Posner* vorgegebenen Sachverhalt nicht in Frage stellen dürfen. Zur im Jargon sog. „Sachverhaltsquetsche“ siehe *Hartmann*, in: *Pieroth* (Hrsg.), Hausarbeit im Staatsrecht: Musterlösungen und Gestaltungsrichtlinien für das Grundstudium, 2008, S. 2.

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 5, 245 (248); 39, 374 (380); *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 32 Rn. 114; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 32

Voraussetzung des Defensivnotstands nach § 228 BGB ist es, dass die Gefahr „durch sie“ drohen muss, also durch die beschädigte Sache. Doch von den überfahrenen Schafen drohte auch keine Gefahr.

(2) A könnte gem. § 34 StGB im rechtfertigenden Notstand gehandelt haben.<sup>6</sup> Das setzt zunächst voraus, dass A in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für das Leben des K die Schafe überfuhr, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. A befand sich in einer verkehrskritischen Situation. Es drohte, dass er das Kind überfahren würde. Darin liegt eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des K. Diese Gefahr war nur durch das Opfern der Schafe abzuwenden.<sup>7</sup>

§ 34 StGB setzt weiter voraus, dass bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dabei kommt es namentlich auf die betroffenen Rechtsgüter und den Grad der ihnen drohenden Gefahren an. Die betroffenen Rechtsgüter sind die Leben der Schafe und das Leben des K. Beide waren zu gleichem Grad gefährdet: Überfährt A das Kind, bleiben die Schafe unversehrt und K stirbt; überfährt A die Schafe, bleibt K unversehrt und die Schafe sterben.

Das Leben des K müsste die Leben der Schafe also wesentlich überwiegen. *Posner* würde das auch für diese Gesellschaft und unsere Zeiten verneinen („same answer is given all the time in [...] every [...] society“)<sup>8</sup>, eben weil der Geldwert („money value“ der Schafslieben laut Sachverhalt höher liegt als der des Kinderlebens.<sup>9</sup> Eine ökonomische Betrachtung

Rn. 18; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 31.

<sup>6</sup> Die hier gewählte Reihenfolge folgt einer Mindermeinung, siehe *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 164; vgl. auch *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 34 Rn. 6. Nach h.M. ist § 904 S. 1 BGB vorrangig, siehe *Erb*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 34 Rn. 12; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 34 Rn. 22; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 34 Rn. 14.

<sup>7</sup> Wenn die Möglichkeit bestanden hätte, sowohl die Schafe als auch das Kind zu verschonen, würde (selbst) *Posners* Effizienzargument (gerade) gebieten, beide zu retten. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Rettung der Schafe und des Kindes weniger „kostet“ als deren Tod.

<sup>8</sup> Bearbeiter, die auf *Posners* Auffassung nicht im Rahmen der gutachterlichen Würdigung eingehen, sondern erst im Anschluss daran in der geforderten Stellungnahme, entsteht daraus kein Nachteil, weil die Aufgabe nicht war, *Posners* Rechtsauffassung (beispielsweise wie ein Revisionsgericht) nachzuprüfen, sondern den von ihm gestellten Sachverhalt rechtlich zu würdigen.

<sup>9</sup> Auch dieses Geldwertverhältnis war laut Sachverhalt vorgegeben (vgl. Fn. 4). Über die Frage, ob sich der Wert eines Menschenlebens überhaupt bestimmen lässt, kann man streiten (vgl. zum „Kind-als-Schaden“-Problem *Thole*, in: *Hartmann u.a.*, Designer-Baby, Diagnostik und Forschung am ungeborenen Leben, 2008, S. 85 ff., und aus dem geltenden Recht § 844 Abs. 1 u. 2 BGB, § 10 StVG). *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl.

erlangt juristische Bedeutung jedoch allenfalls dann, wenn das geltende Recht keine entgegenstehenden Vorgaben macht.<sup>10</sup> Das folgt für die Gerichte aus deren Gesetzesbindung gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1, Art. 103 Abs. 2 GG.

Das Recht setzt die Rechtsgüter Leben und Eigentum ins Verhältnis. Einen ersten Anhaltspunkt liefert die Reihenfolge der benannten Rechtsgüter, wie sie § 34 StGB aufzählt, mit dem Leben an der Spitze und dem Eigentum am Schluss.<sup>11</sup> Zweitens kommt der Grad strafrechtlichen Schutzes hinzu.<sup>12</sup> Das Strafgesetzbuch schützt das Leben auf gesteigerte Weise. Es sieht sehr wohl das Eigentum, nicht aber das Leben als verzichtbar an und verteidigt dieses daher sogar gegen ein Suizidverlangen (vgl. § 216 StGB). Der Notstand entschuldigt nur bei einer Gefahr für das Leben (den Leib und die Freiheit), nicht aber für das Eigentum (gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB). Das Strafrecht bedroht Mord mit lebenslänglicher und Totschlag mit Freiheitsstrafe zwischen fünf und fünfzehn Jahren (gem. § 211 Abs. 1, § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB). Tiertötung und Sachbeschädigung stehen dagegen unter einer deutlich milderen Strafandrohung. § 17 Nr. 1 TierSchG sieht eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. Die Strafandrohung des § 303 Abs. 1 StGB umfasst eine Geldstrafe und Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren. Obwohl A durch dieselbe Handlung 100.000 Schafe getötet hat,<sup>13</sup> würde gem. § 52 Abs. 1 StGB nur auf eine Strafe erkannt. Soweit die Tötung von Tieren mehrere Strafgesetze verletzen sollte, richtete sich die Strafe gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB nach dem Gesetz mit der schwersten Strafandrohung, hier also ggf. nach § 17 Nr. 1 TierSchG. Der Strafraum reicht danach von einer Geldstrafe bis zur Freiheitsstrafe von drei Jahren. Bei der Strafzumessung wäre die mehrfache Tatbestandserfüllung gem. § 46 Abs. 2 StGB strafscharfend zu berücksichtigen (als Art der Ausführung und verschuldeter Auswirkung der Tat). Auch danach bliebe es aber bei der Obergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe.<sup>14</sup> Die Strafe für die Sachbeschädigung von 100.000 Schafen läge also in jedem Fall deutlich

2005, S. 375, beispielsweise berechnen den „Wert der Todesverhütung“ mit dem 44-fachen des Bruttosozialprodukts pro Kopf, d.h. hierzulande zwischen ein und zwei Millionen Euro, die Bundesanstalt für Straßenwesen (*Höhnscheid/Straube*, Volkswirtschaftliche Kosten durch Straßenverkehrsunfälle in Deutschland 2003, info 10/05, S. 2) und der Journalist *Klare*, Was bin ich wert?, 2010, S. 264, nennen jeweils knapp 1,2 Mio. Euro.

<sup>10</sup> Dazu *Hartmann*, Der Staat 50 (2011) (im Erscheinen).

<sup>11</sup> Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 8; *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 43.

<sup>12</sup> Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); einschränkend *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 8; *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 43.

<sup>13</sup> Sog. „natürliche Handlung“ oder „Handlung im natürlichen Sinn“, siehe *Lackner/Kühl* (Fn. 3), Vor. § 52, Rn. 3; von *Heitschel-Heinegg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2/1, § 52 Rn. 18.

<sup>14</sup> Vgl. nur von *Heitschel-Heinegg* (Fn. 13), § 52 Rn. 113.

unterhalb der Strafe für den Totschlag, einer Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren.

Einen dritten Anhaltspunkt liefern die Wertentscheidungen des Grundgesetzes.<sup>15</sup> Diese strahlen auf die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts aus.<sup>16</sup> Während das Recht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Grundrecht geschützt ist, gewährt die Verfassung dem Tierschutz nur den Rang einer Staatszielbestimmung, siehe Art. 20a GG. Dass auf Seiten der Schafe auch noch das Eigentum des E streitet, gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ebenfalls ein Grundrecht, ändert nichts. Während die Sozialbindung des Eigentums vorgegeben ist (Art. 14 Abs. 2 GG), gibt es so etwas wie eine „Sozialbindung des Lebens“ nicht. Das zeigen auch jene Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre, welche die Abwägung von Leben gegen Leben überhaupt ablehnen.<sup>17</sup> Die Reduzierung des menschlichen Lebens zu einer pekuniären Rechengröße („money value“) lässt sogar nach der Verletzung der Menschenwürdegarantie fragen, die der Staat gem. Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur gegen staatliche, sondern auch gegen Eingriffe Privater schützen muss. All das lässt das Überwiegen des Lebensschutzes als wesentlich im Sinn des § 34 StGB erscheinen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des „Eigenwert[s]“ der Tiere<sup>18</sup> und selbst dann, wenn man – wie hier vorgegeben – unterstellt, dass die Schafe viel mehr Geld wert seien als K.<sup>19</sup>

Das Überfahren der Schafe war ein angemessenes Mittel i.S.d. § 34 StGB, um die beschriebene Gefahr für das Leben des K abzuwenden. A handelte laut Sachverhalt mit dem Willen, K zu retten. Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 34 StGB sind gegeben. A handelte gerechtfertigt.

#### cc) Ergebnis

Er ist nicht nach § 303 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

#### b) Strafbarkeit gem. § 17 Nr. 1 TierSchG

A könnte sich gem. § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar gemacht haben. Der Tatbestand ist neben § 303 Abs. 1 StGB anwendbar.<sup>20</sup> A müsste ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund getötet haben. Die Schafe sind Wirbeltiere im Sinn des

TierSchG.<sup>21</sup> A hat die Schafe vorsätzlich getötet. Das müsste „ohne vernünftigen Grund“ geschehen sein.<sup>22</sup> Ob in den ökonomischen Überlegungen ein solcher Grund liegt, kann offen bleiben. Jedenfalls ist die Tatbestandsverwirklichung aus den genannten Gründen gem. § 34 StGB gerechtfertigt. A ist nicht nach § 17 Nr. 1 TierSchG zu bestrafen.

#### c) Strafrechtliches Ergebnis

Als er die Schafe überfuhr, um K zu retten, hat sich A nicht strafbar gemacht.

#### 2. Ansprüche auf Schadensersatz gegen A

##### a) Halterhaftung gem. § 7 Abs. 1 StVG

A könnte dem E gem. § 7 Abs. 1 StVG zum Schadensersatz verpflichtet sein. A hat bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs die Schafe, also Sachen auch i.S.d. Zivilrechts (§ 90a S. 3 BGB), beschädigt. Der Schaden, der Tod der Schafe, ist „daraus“ entstanden. Dass A den Schadensfall vorsätzlich herbeigeführt hat, steht nicht entgegen.<sup>23</sup> Eine Rechtfertigung der Schädigung wegen Notstands (§ 904 BGB, § 34 StGB) ist bei § 7 StVG ausgeschlossen: Dessen Gefährdungshaftung besteht gerade unabhängig von Verschulden und Rechtswidrigkeit.<sup>24</sup> Einschlägig könnte aber der Haftungsausschluss der höheren Gewalt gem. § 7 Abs. 2 StVG sein. Höhere Gewalt in diesem Sinn setzt voraus, dass ein von „außen“ (d.h. durch Naturereignisse oder durch Handlungen betriebsfremder Personen) einwirkendes, außergewöhnliches und nicht abwendbares Ereignis vorliegt.<sup>25</sup> Es ist aber geradezu verkehrstypisch und damit ganz gewöhnlich, dass ein Autofahrer einem Kind ausweichen muss (vgl. auch § 828 Abs. 2 BGB).<sup>26</sup> Zwar mag ein (im deliktsrechtlichen Sinn) rechtmäßiges Verhalten des Schädigers (etwa zur Abwehr der Gefahr eines größeren Schadens) als unabwendbar im Sinn des § 7 Abs. 2 StVG a.F. und des – hier ebenfalls nicht einschlägigen – § 17 Abs. 3 S. 2 StVG gelten können.<sup>27</sup> Doch die neue

<sup>15</sup> Fischer (Fn. 6), § 34 Rn. 8.

<sup>16</sup> Vgl. nur BVerfGE 73, 261 (269).

<sup>17</sup> Für staatliche Abwägungen siehe BVerfGE 39, 1 (59) und weite Teile der Lehre, Nachweise z.B. bei *Pieroth/Hartmann*, Jura 2005, 729 (729 f.); zurückhaltender neuerdings BVerfGE 115, 118 (163 f. vs. 127, 130, 131, 134). Für § 34 StGB siehe BGHSt 35, 347 (350) m.w.N.; Fischer (Fn. 6), § 34 Rn. 9; Perron (Fn. 6), § 34 Rn. 23 f.; dort auch zur a.A.

<sup>18</sup> Vgl. Metzger, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 177. Lfg., Stand: Oktober 2009, § 17 TierSchG Rn. 9.

<sup>19</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); OLG Hamm NJW 1988, 1096 (1096); Perron (Fn. 6), § 34 Rn. 23, 43.

<sup>20</sup> Metzger, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 18), § 17 TierSchG Rn. 16.

<sup>21</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 mit Abs. 3 Nr. 1 u. 7 TierSchG, sowie § 9 Abs. 2 Nr. 7 S. 1 TierSchG. Weil zoologische Kenntnisse nicht vorausgesetzt waren, genügt an dieser Stelle die bloße Behauptung.

<sup>22</sup> Die Voraussetzung wird als Rechtfertigungsgrund gelesen, siehe BayObLG NJW 1992, 2306 (2307); Metzger, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 18), § 17 TierSchG Rn. 8 f. Die Prüfung als Tatbestandsmerkmal erscheint ebenfalls als vertretbar.

<sup>23</sup> Vgl. BGHZ 37, 311 (313 ff.); Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl. 2007, § 3 Rn. 29; Xanke, in: ders. (Hrsg.), Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht, 2009, § 7 StVG Rn. 18.

<sup>24</sup> Vgl. allgemein *Diederichsen/Wagner*, VersR 1993, 641 (643); *Wagner*, JZ 1991, 175 (175); besonders zu § 7 StVG Greger (Fn. 23), § 3 Rn. 24, 365, § 10 Rn. 1 f.

<sup>25</sup> Vgl. Greger (Fn. 23), § 3 Rn. 355.

<sup>26</sup> Vgl. *Burmman*, in: ders./Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl. 2010, § 7 StVG Rn. 19 m.w.N.

<sup>27</sup> Greger (Fn. 23), § 3 Rn. 365, der das verallgemeinert aus OLG Hamm NJW 1988, 1096; OLG Koblenz NZV 1997,

Fassung des § 7 Abs. 2 StVG<sup>28</sup> wollte die Haftung mittels des Merkmals der höheren Gewalt anstelle des (bloß) unabwendbaren Ereignisses gerade verschärfen. Ein Haftungsausschluss ist daher abzulehnen. A, der Halter des Unfallwagens, ist gem. § 7 Abs. 1 StVG zum Schadensersatz verpflichtet.

Auf der Rechtsfolgenseite ergeben sich Art und Umfang des Schadensersatzes auch bei einer Haftung nach dem StVG aus §§ 249 ff. BGB, sofern das StVG keine Spezialregelung vorsieht.<sup>29</sup> Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist A verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn er die Schafe nicht überfahren hätte. In diesem Fall lebten die Schafe noch. Ist die Wiederherstellung – wie hier die Wiederbelebung der Schafe – unmöglich, hat A den E gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Geld zu entschädigen. Für die Tötung der 100.000 Schafe schuldet A Ersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswertes.<sup>30</sup> § 12 Abs. 1 Nr. 2 StVG begrenzt diese Schadensersatzpflicht für alle Schafe zusammen auf eine Million Euro.

*b) Fahrerhaftung gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG*

A könnte dem E gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG auch als Fahrer zum Schadensersatz verpflichtet sein. Ein Fall des § 7 Abs. 1 StVG liegt vor. Die Fahrerhaftung dürfte nicht nach § 18 Abs. 1 S. 2 StVG ausgeschlossen sein. Das ist der Fall, wenn der Schaden nicht durch ein Verschulden des A verursacht wurde. A hat die Schafe vorsätzlich überfahren. Rechtfertigungsgründe sind nicht anwendbar. Die Haftung nach § 18 StVG erfasst (auch und gerade) rechtmäßige Schädigungen.<sup>31</sup> A haftet demnach auch als Fahrer. Mit Blick auf Art und Umfang der Schadensersatzpflicht gilt das zur Halterhaftung nach § 7 Abs. 1 StVG Gesagte. § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG erfasst nach § 18 Abs. 1 S. 1 StVG auch die Fahrerhaftung.

*c) Deliktshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB*

A könnte E nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz über den Höchstbetrag des § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG hinaus schulden, vgl. § 16 StVG. Voraussetzung ist die Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechts oder Rechtsguts. A hat das Eigentum des E vorsätzlich verletzt. Die Verletzung könnte aber wegen Notstands gerechtfertigt sein. Nach § 904 S. 1 BGB darf E die Einwirkung des A auf seine Schafe nicht verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.<sup>32</sup> Es ist notwen-

dig, die Schafe zu überfahren, um die gegenwärtige Gefahr für K abzuwenden.

Der drohende Schaden, der Tod des K, müsste darüber hinaus unverhältnismäßig viel größer sein als der dem E drohende Schaden, der Verlust der Schafe. Für das Zivilrecht legt bereits die Reihenfolge der Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB nahe, dass das Rechtsgut Leben gegenüber dem Rechtsgut Eigentum schon abstrakt-generell überwiegt. Dem StVG lässt sich dieselbe Wertung entnehmen. Danach haftet der Schädiger für die Beschädigung auch mehrerer Sachen durch dasselbe Ereignis bis zu einer Million Euro, für die Tötung eines Menschen dagegen bis zu fünf Millionen Euro (§ 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 Hs. 1 StVG). Dass es im konkreten Fall um das Leben (einer Vielzahl) von Tieren geht, verändert diese Wertung nicht. Das ergibt sich aus § 90a S. 3 BGB, wonach auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften anzuwenden sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, und aus § 17 Nr. 1 TierSchG, der die Strafandrohung des § 303 StGB verschärft (von maximal zwei Jahren auf maximal drei Jahre Freiheitsstrafe), ohne der Strafandrohung des Lebensschutzes gem. § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB auch nur nahe zu kommen. Drittens sind auch hier die genannten Wertungen des Grundgesetzes zu beachten. Der Schaden eines Lebensverlustes ist für K nach alldem gegenüber dem Schaden der Sachbeschädigung für E unverhältnismäßig viel größer i.S.d. § 904 S. 1 BGB.<sup>33</sup> A handelt gerechtfertigt. Er schuldet E keinen Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB.

*d) Schutzgesetzhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB*

A könnte Schadensersatz auch nach § 823 Abs. 2 BGB schulden. Als Schutzgesetze kommen § 303 Abs. 1 StGB und § 17 Nr. 1 TierSchG in Betracht. Daneben tritt § 1 Abs. 2 StVO in den Blick. Gem. Art. 2 EGBGB meint Gesetz i.S.d. BGB jede Rechtsnorm. Die Straßenverkehrsordnung, eine gem. § 6 Abs. 1 StVG erlassene Rechtsverordnung, ist also ein Gesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. § 1 Abs. 2 StVO bezweckt, das zeigt bereits der Wortlaut der Norm, auch den Schutz anderer i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.<sup>34</sup> Der beschriebene Notstand rechtfertigt indes auch hier. A schuldet Schadensersatz auch nicht nach § 823 Abs. 2 BGB.

*e) Duldungshaftung gem. § 904 S. 2 BGB*

Nach § 904 S. 2 BGB kann der duldungspflichtige Eigentümer einer Sache, auf die nach S. 1 der Vorschrift berechtigt

180; vgl. auch OLG München OLGR 1997, 162 (163); OLG Celle OLGR 2001, 118 (119).

<sup>28</sup> In Kraft seit dem 1.8.2002 aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002 (BGBl. I S. 2674).

<sup>29</sup> Greger (Fn. 23), § 3 Rn. 9, 224 ff.; Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), Vor. § 249 BGB Rn. 37.

<sup>30</sup> Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1994, 289; Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), § 249 BGB Rn. 148.

<sup>31</sup> Vgl. Greger (Fn. 23), § 10 Rn. 1 f.

<sup>32</sup> Im Rahmen der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche gebührt § 904 S. 1 BGB der Vorrang gegenüber § 34 StGB, vgl. Erb,

JuS 2010, 17 (19); Jauernig, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. 2009, § 904 Rn. 8; vgl. aber auch Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 904 Rn. 1; Ellenberger, in: Palandt (Fn. 32) § 228 Rn. 2.

<sup>33</sup> Vgl. Schulte-Nölke, in: Nomos Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, § 904 Rn. 2, und Jauernig (Fn. 32), § 904 Rn. 4.

<sup>34</sup> AG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 728 (728); Greger (Fn. 23), § 11 Rn. 7; Xanke (Fn. 23), § 1 StVO Rn. 130; vgl. BGHZ 23, 90 (97).

eingewirkt wurde, Ersatz seines Schadens verlangen. Die ungeschriebene Voraussetzung, dass A zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt haben muss,<sup>35</sup> ist erfüllt. Den Schadensersatz schuldet nach herrschender Meinung der Einwirkende A, nicht der Begünstigte K.<sup>36</sup> Die Haftungshöchstgrenze des § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG gilt nicht für Ansprüche aus § 904 S. 2 BGB.<sup>37</sup>

#### f) Zivilrechtliches Ergebnis

A schuldet Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswerts der Schafe gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG und unbegrenzt gem. § 904 S. 2 BGB.

#### 3. Öffentlich-rechtliche Folgen

Fehlverhalten im Straßenverkehr kann auch Verwaltungsrecht darstellen. Doch wird gem. § 21 Abs. 1 OWiG nur das Strafgesetz angewendet, wenn eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist. Auch Ordnungswidrigkeiten wären überdies wegen Notstands gerechtfertigt (siehe § 16 OWiG, der inhaltlich § 34 StGB entspricht).

#### 4. Rechtsgebietsübergreifendes Ergebnis der 1. Sachverhaltsalternative

A drohen weder straf- noch sonst öffentlich-rechtliche Sanktionen. Er schuldet lediglich Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswertes der Schafe gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG und gem. § 904 S. 2 BGB.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> BGHZ 92, 357 (359); *Jauernig* (Fn. 32), § 904 Rn. 5.

<sup>36</sup> BGHZ 6, 102 (105); BayObLGZ 2002, 35 (44); *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 32), § 904 Rn. 5; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 25 Rn. 8; *Schulte-Nölke* (Fn. 33), § 904 Rn. 7; *Jauernig* (Fn. 32), § 904 Rn. 5. Nach a.A. haftet der Begünstigte, so LG Essen NZM 1999, 95; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Besonderer Teil, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 85 Abs. 1 S. 1 b (S. 655); *Säcker*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 904 Rn. 17 f.; *Staudinger/Seiler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2002, § 904 Rn. 38.

<sup>37</sup> Es ist ebenfalls vertretbar, die Duldungshaftung aus § 904 S. 2 BGB mit dem Argument zu verneinen, dass A die strafrechtliche Pflicht traf, die Schafe zu überfahren, um das Kind zu retten. Bei einer Handlungspflicht verneint den Ersatzanspruch etwa *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 32), § 904 Rn. 5 (zu § 323c StGB) m.w.N.; wie hier dagegen *Säcker*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 18.

<sup>38</sup> Die Frage, ob A von K den Ersatz dieser Kosten verlangen kann, hat der Sachverhalt nicht aufgeworfen.

## II. Sachverhaltsalternative: A überfährt K, um die Schafe zu retten

### 1. Strafbarkeit des A wegen der Tötung des K

#### a) Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB

##### aa) Tatbestandsmäßigkeit

A könnte wegen Totschlags zu bestrafen sein. Indem A vorsätzlich K tötete, hat er den Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt.

##### bb) Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte gerechtfertigt sein. Notwehr und Nothilfe gem. § 32 StGB entfallen, weil von K kein Angriff ausging. A könnte aber im Notstand gehandelt haben. Das setzt gem. § 34 StGB zunächst voraus, dass A den K in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut überfuhr, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. A befand sich in einer verkehrskritischen Situation. Es drohte, dass A die Schafe überfahren würde. Darin liegt eine gegenwärtige Gefahr für das Leben der Schafe. Leben i.S.d. § 34 S. 1 StGB meint aber nur das Leben von Menschen. Mit dem Leben der Schafe ist indes zugleich das Eigentum des E an den Schafen bedroht. Die Gefahr, die dem Eigentümer der Schafe und den Schafen selbst drohte, war nur durch die Tötung des K abzuwenden. § 34 StGB setzt weiter voraus, dass bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dabei kommt es nach dem Gesagten wieder allein auf die betroffenen Rechtsgüter an. Das Leben der Schafe müsste das Leben des K wesentlich überwiegen. Doch liegen die Dinge wie ausgeführt gerade umgekehrt. A hat K ungerechtfertigt getötet.

##### cc) Schuld

§ 35 Abs. 1 S. 1 StGB entschuldigt nicht: Die Gefahr droht nur dem Eigentum.

##### dd) Ergebnis

A hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht.

#### b) Mord gem. § 211 StGB (Habgier)

A könnte wegen Mordes nach § 211 StGB zu bestrafen sein. Habgier ist die ungehemmte, überzogene und sittlich anstößige Steigerung des Erwerbssinns.<sup>39</sup> Als Unterfall der niedrigen Beweggründe müsste das Handeln des A auf sittlich tiefster Stufe stehen. *Posner* würde dieses Mordmerkmal verneinen. Er meint ja gerade, dass die Tötung des K zur Kostenvermeidung moralisch keinesfalls als schlechte, wenn nicht sogar als gute Tat zu bewerten sei („a good man, [...] at least not a bad man“). Auch hiesige Kommentatoren streiten für eine „rein ökonomisch[e]“ Konturierung der Habgier.<sup>40</sup> Aus dieser Perspektive ist zunächst festzuhalten, dass die Tötung des K

<sup>39</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 211 Rn. 4.

<sup>40</sup> *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 211 Rn. 67, vgl. aber auch Rn. 59 f., 63.

das Vermögen des A mehren dürfte. Weil die Schafe laut Sachverhalt wertvoller sind als das Leben des K, führt die Tötung der Schafe zu einem höheren Schadensersatz als die Tötung des K. A tötet K laut Sachverhalt ausdrücklich, um die Schafe zu retten. Der Sachverhalt besagt aber nicht ausdrücklich, dass A so verfährt, um die höhere Schadensersatzpflicht zu vermeiden, die ihn bei der Tötung der Schafe träfe. Wer den Sachverhalt so versteht, dass A diese Konsequenzen erkannt hat und das Kind deshalb aus finanziellen Erwägungen heraus kaltblütig opferte („sacrifice“), dürfte einen Mord als verwirklicht ansehen.<sup>41</sup> Wer dagegen darauf abstellt, dass A in dem kurzen Moment des Handelns die Konsequenzen nicht hat übersehen und das Kind daher auch nicht aus finanziellen Erwägungen heraus hat kaltblütig opfern können, wird die Verwirklichung eines Mordes verneinen.

c) *Gefährliche Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB*

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung des K strafbar gemacht. Der Wagen ist ein gefährliches Werkzeug, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art der Benutzung im Einzelfall geeignet ist, nicht unerhebliche Körperverletzungen zu bewirken (Nr. 2 Alt. 2). Die Handlung des A war sowohl abstrakt als auch konkret lebensgefährlich (Nr. 5). Die gefährliche Körperverletzung tritt jedoch als notwendiges Durchgangsstadium der Tötung hinter den Totschlag zurück.

d) *Strafrechtliches Ergebnis*

A droht eine Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren gem. §§ 212 Abs. 1, 38 Abs. 2 StGB. Dass K noch ein Kind ist, mag im Fall auf einer emotionalen Ebene nach einer härteren Strafe verlangen. Doch dass das „unschuldige“ Kind sein „Leben noch vor sich“ hat,<sup>42</sup> fällt juristisch nicht verschärfend ins Gewicht, lässt der Strafrechtsschutz des Lebens doch Wertabstufungen nach dem Alter grundsätzlich nicht zu.<sup>43</sup> Wegen der Tötung des K kommen aber ein Fahrverbot als Nebenstrafe gem. § 44 StGB<sup>44</sup> und die Entziehung der Fahrerlaubnis samt Anordnung einer Sperrfrist für eine Neu-

erteilung als Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 69 f. StGB<sup>45</sup> in Betracht.

2. *Ansprüche auf Schadensersatz gegen A*

a) *Halter- und Fahrerhaftung gem. § 7 Abs. 1 und § 18 Abs. 1 S. 1 StVG*

K starb „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeuges. A ist als Halter gem. § 7 Abs. 1 StVG und, weil er vorsätzlich handelte, als Führer des Kraftfahrzeuges gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG zum Ersatz verpflichtet. Der Ersatzanspruch umfasst gem. § 11 S. 2 StVG ggf. auch Schmerzensgeld (etwa der Eltern des K).<sup>46</sup> Nach §§ 10, 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StVG haftet A mit höchstens fünf Millionen Euro.

b) *Deliktshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB*

A hat das Leben des K vorsätzlich verletzt. Eine Rechtfertigung nach § 904 BGB, § 34 StGB kommt aus den genannten Gründen nicht in Betracht. A ist gem. §§ 823 Abs. 1, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz einschließlich Schmerzensgeld verpflichtet.

c) *Schutzgesetzhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 212 StGB und § 1 Abs. 2 StVO*

Ein Schadensersatzanspruch gegen A könnte sich auch aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Das setzt voraus, dass A gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen hat. A hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht, siehe oben. § 212 Abs. 1 StGB ist ein drittschützendes Gesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.<sup>47</sup> Gleiches gilt für § 1 Abs. 2 StVO. Gegen diese Vorschrift hat A verstoßen. Er ist auch nach §§ 823 Abs. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB in vollem Umfang schadensersatzpflichtig.

d) *Zivilrechtliches Ergebnis*

A ist nach §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 11 S. 2 StVG bis zur Haftungshöchstgrenze und gem. §§ 823 Abs. 1 u. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB zum vollen Schadensersatz verpflichtet.

3. *Öffentlich-rechtliche Folgen*

Der Verstoß gegen § 1 Abs. 2 StVO ist ordnungswidrig gem. § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO. Die Ordnungswidrigkeit tritt gem. § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG hinter den verwirklichten Straftatbestand zurück. Die Fahrerlaubnis

<sup>41</sup> Nach einer Mindermeinung setzt Habgier voraus, dass es um die Vermögensvermehrung geht; die Vermögenserhaltung genüge nicht; so Mitsch, JuS 1996, 121 (124 f.); Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 211 Rn. 17 m.w.N.; a.A. BGHSt 10, 399; BGH NStZ 1993, 385 (386); Köhne, Jura 2008, 805; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 211 Rn. 4; Schneider (Fn. 40), § 211 Rn. 65 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. LG Krefeld, zit. nach BGH NStZ 1996, 129 (129).

<sup>43</sup> BGH NStZ 1996, 129; Lackner/Kühl (Fn. 3) § 34 Rn. 7 m.w.N. Dasselbe dürfte auch für den Grad der „Unschuld“ gelten.

<sup>44</sup> Vgl. Geppert, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 44 Rn. 5.

<sup>45</sup> Vgl. Geppert, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 44), Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 69 Rn. 21.

<sup>46</sup> Nach geltendem Recht können nahe Familienangehörige nur unter engen Voraussetzungen sog. Schockschäden ersetzt verlangen, siehe Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), Vor. § 249 BGB Rn. 63 ff. m.w.N. sowie (de lege lata und de lege ferenda) Schramm, Haftung für Tötung, 2010, S. 146 ff., 406 ff.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Rostock Beschl. v. 21.6.1994 – 1 W 33/94, LexisNexis.

kann nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 u. 4 StVG auch die Fahrerlaubnisbehörde entziehen.

#### 4. Rechtsgebietsübergreifendes Ergebnis der 2. Sachverhaltsalternative

A droht jedenfalls eine Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren wegen Totschlags gem. § 212 StGB. Er schuldet Schadensersatz bis zur Höhe von fünf Millionen Euro gem. §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 11 S. 2 StVG und unbegrenzt gem. §§ 823 Abs. 1 u. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB. A muss mit der Entziehung der Fahrerlaubnis rechnen.

### III. Vergleichende Stellungnahme

Posner hat Recht: Wir erlauben das Autofahren (im Gegensatz zum, sagen wir, S-Bahn-Surfen), obwohl wir wissen, dass bei Verkehrsunfällen im ganzen Land jeden Tag viele Menschen sterben müssen.<sup>48</sup> Wir erlauben das Autofahren trotzdem, weil wir (im Gegensatz zum S-Bahn-Surfen) den Nutzen, den wir darin sehen, als gewichtiger betrachten. Posner hat zugleich Unrecht, und zwar auf eine fundamentale Weise. Zieht man Bilanz, würde der Posner-Fahrer zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt, verlöre die Fahrerlaubnis und schuldet Schadensersatz samt Schmerzensgeld. Der Alternativ-Fahrer müsste dagegen bloß den Wert der Schafe ersetzen. Indem Posner die Wertung, die uns das Autofahren erlauben lässt, auf seinen Fall überträgt, unterläuft ihm ein fataler Fehlschluss. Aus der Erlaubnis des Autofahrens folgt nicht, dass wir Leib und Leben mit ihrem Geldwert gegen Sachwerte verrechnen können (und schon gar nicht zum Kurs von 1:1). Dass dieselbe Rechtsordnung, die das Autofahren erlaubt, Leib und Leben jedenfalls in Posners Fall immer noch höher bewertet als Eigentum und Besitz, hat die Falllösung zu zeigen versucht. Nimmt man das Recht als Ausdruck gesellschaftlicher Moralvorstellungen, als „ethisches Minimum“<sup>49</sup>, ist Posner nicht nur juristisch, sondern auch moralisch zu widersprechen. Dass der Schadensersatz für die Schafe höher liegt als der Schadensersatz für die Tötung des K, wiegt die hohe Freiheitsstrafe nicht auf. Nach hiesiger Auffassung sollte A moralisch wie juristisch die Schafe überfahren. Posners Wertung, dass A besser das Kind überfährt, gilt hierzulande also nicht. Dabei ist Posner kein Hinterbänkler, sondern der mit Abstand meistzitierte Rechtswissenschaftler der Vereinigten Staaten von Amerika,<sup>50</sup> gilt als „die zentrale Figur und ein wichtiger Vorkämp-

fer der Ökonomischen Analyse des Rechts“<sup>51</sup> und wird hierzulande gar mit *Rudolf von Jhering* verglichen.<sup>52</sup> Ob er den Fall heute noch beurteilen würde wie 1979, ist freilich nicht ausgemacht. Posner, ohnehin für (über-)pointierte Positionen bekannt<sup>53</sup>, hat seine Auffassung, der Kritik teilweise („slightly“) Rechnung tragend, inzwischen überdacht.<sup>54</sup> Klarzustellen ist freilich: Sowohl unter Ökonomen als auch unter Juristen herrscht die Meinung, dass die ökonomische Analyse des Rechts nicht *gegen* Recht und Gesetz, sondern nur innerhalb dieses Rahmens von Bedeutung sein kann.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 166, mit Verweis auf *Coase*; vgl. auch *Lüdemann/Magen*, ZRph 2010, 97 ff.

<sup>52</sup> *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, S. XIII.

<sup>53</sup> Vgl. *Schlink*, *Vergewisserungen. Über Politik, Recht, Schreiben und Glauben*, 2005, S. 283 ff.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Posner*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (JLEPP) 2 (1985), 85 (103 ff.); *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2002, S. 13; vgl. auch *Mathis* (Fn. 51), S. 167 ff., 206 f.

<sup>55</sup> Vgl. in diesem Sinn *Buchanan*, *Virginia Law Review* 60 (1974), 483 (489 ff.); *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 19 f.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 414, 489 f.; *Fleischer/Zimmer*, in: *dies.* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (24); *Gröpl*, *VerwArch* 93 (2002), 459 (466 ff.); *Grzeszick*, *JZ* 2003, 647 (650, 654); *Kahl*, *Die Verwaltung* 42 (2009), 463 (494); *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 271; *Korioth*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2009, § 44 Rn. 1 (S. 85 f.); *Lepsius*, in: *Die Verwaltung* 32 (1999), 429 (444); *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 3 Rn. 45; *Morlok*, in: *Engel/Morlok* (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 1 (26); *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213 (214); *Schweizer*, in: *Franz/Hesse/Ramser/Stadler* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse von Verträgen*, 2000, S. 112 (S. 114).

<sup>48</sup> Im Jahr 2008 waren hierzulande 413.524 Verunglückte zu verzeichnen, davon 4.477 Getötete, siehe Statistisches Bundesamt, *Unfallentwicklung auf deutschen Straßen 2008*, 2009, S. 7.

<sup>49</sup> *Jellinek*, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Aufl. 1908, S. 45.

<sup>50</sup> *Shapiro*, *Journal of Legal Studies* 29 (2000), 409 (415, 424 f., Stand: Januar 1999). Es ist hier nicht der Ort, um über den Zusammenhang zwischen der Plausibilität einer These und der Zahl der Zitate dieser These zu spekulieren.