REVISION UND VEREINHEITLICHUNG DES HAFTPFLICHTRECHTS

Erläuternder Bericht

von

Pierre Widmer, Professor an der Universität St. Gallen und Direktor des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung

und

Pierre Wessner, Professor an der Universität Neuenburg

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS I

ABKÜRZUNGEN XIV

WICHTIGSTE ZITIERTE GESETZE XVI

ERLÄUTERNDER BERICHT 1

1 Grundlagen und Ziele der Revision 1

1.1 Vorgeschichte 1

1.1.1 Entwicklung bis 1967 1

1.1.1.1 Vom alten zum neuen Obligationenrecht 1

1.1.1.2 Von 1912 bis 1967 3

1.1.2 Die Morgenröte der Revision und ihre Auslösung durch die Macht des Schicksals (1967 - 1988) 7

1.1.2.1 Das Manifest von Neuenburg (1967) 7

1.1.2.2 Gesetzgeberische Tätigkeit 8

1.1.2.3 Lehre und Rechtsprechung 12

1.1.2.4 Der Warnschuss von Schweizerhalle 14

1.2 Die Arbeiten der Studienkommission 15

1.2.1 Der Auftrag 15

1.2.2 Überblick über die grundlegenden Entscheidungen der Kommission 17

1.2.2.1 Rolle, Grundlagen und Anwendungsbereich der Haftungsnormen 17

1.2.2.1.1 Haftpflicht oder Versicherung? 17

1.2.2.1.2 Die Funktionen des Haftpflichtrechts 18

1.2.2.1.3 Haftungskategorien und Zurechnungskriterien: Drei Generalklauseln 19

1.2.2.1.4 Schaffung eines Allgemeinen Teils im Obligationenrecht - Grundnorm 21

1.2.2.1.5 Beibehaltung der Zweiteilung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung 22

1.2.2.1.6 Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung 23

1.2.2.1.7 Erste allgemeine Voraussetzung: der Schaden 24

1.2.2.1.8 Zweite allgemeine Voraussetzung: die Rechtswidrigkeit 25

1.2.2.1.9 Dritte allgemeine Voraussetzung: die Kausalität - Entlastungs- und Herabsetzungsgründe 27

1.2.2.2 Verwirklichung und Einzelheiten der Haftung 28

1.2.2.2.1 Bemessung des Schadenersatzes 28

1.2.2.2.2 Kollision und Konkurrenz von Haftungen 29

1.2.2.2.3 Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung 30

1.2.2.2.4 Die Verjährung 33

1.2.2.2.5 Verfahrens- und Beweisfragen 36
1.2.2.2.5.1 Der Gerichtsstand 37
1.2.2.2.5.2 Beweis: Freiheit des Gerichts und Erleichterung der Beweislast 38
1.2.2.2.5.3 Ausdrückliche Zulassung der Feststellungsklage 40
1.2.2.2.5.4 Die Kosten der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs 41
1.2.2.2.5.5 Vorläufige Zahlungen 42
1.2.2.2.6 Ausschluss und Beschränkung der Haftpflicht 42
1.2.2.2.6.1 Eingeschränkte Zulassung von Ausschluss- und Beschränkungsklauseln 43
1.2.2.2.6.2 Missbräuchliche Vergleiche 43

1.2.2.3 Andere Vorschläge der Kommission 44
1.2.2.3.1 Neue Kausalhaftungstatbestände 44
1.2.2.3.2 Probleme der Koordination mit den Sozialversicherern 46
1.2.2.3.3 Massen- und Katastrophenschäden 47

1.3 Besonderheiten des Vorentwurfs und Abweichungen von den Entscheiden der Studienkommission 47

1.3.1 Systematik 48
1.3.2 Grundnorm der Zurechnung 49
1.3.3 Anwendungsbereich: Ausweitung auf die vertragliche Haftpflicht 49
1.3.4 Allgemeine Bestimmungen 50
1.3.4.1 Der Schaden 50
1.3.4.2 Die Rechtswidrigkeit 51
1.3.4.3 Die rechtliche Kausalität 52
1.3.5 Haftungsgründe 53
1.3.5.1 Die Verschuldenshaftung 53
1.3.5.2 Die Haftung für Hilfspersonen 53
1.3.5.3 Gemeinsame Bestimmungen für die Kausalhaftung 54
1.3.6 Mehrheit von Haftungen und Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen 55
1.3.6.1 Häufung von Haftungen 55
1.3.6.2 Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen 55
1.3.6.2.1 Quotenvorrecht und Quotenteilung 55
1.3.6.2.2 Direktes Forderungsrecht 56
1.3.7 Die Verjährung 56
1.3.8 Verfahren 56
1.3.9 Vertragliche Haftungsausschlüsse und Vergleiche 57

2 Allgemeine Bestimmungen (Art. 41 - 58 VE) 58

2.1 Zurechnung der Haftpflicht (Art. 41 VE) 58

2.1.1 Grundnorm 58
2.1.2 Allgemeine Zurechnungsgründe 59

2.2 Geltungsbereich 59

2.2.1 Einführung 59
2.2.2 Abgrenzung gegenüber dem Vertragsrecht 60
2.2.2.1 Deliktische und vertragliche Haftung 60
2.2.2.2 Kritische Stellungnahmen zur heutigen Lösung 61
2.2.2.3 Vorschläge des Vorentwurfs 63
2.2.2.4 Änderung von Bestimmungen über die Haftung des Schuldners 64
2.2.2.5 Einige Schlussbemerkungen 65
2.2.3 Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht (Art. 43 und 43*a* VE) 67
2.2.3.1 Heutige Rechtslage 67
2.2.3.2 Kritische Würdigung und Reformvorschläge 68
2.2.3.3 Grundregel (Art. 43 VE) 70
2.2.3.4 Vorbehalt für das kantonale öffentliche Recht (Art. 43*a* VE) 71
2.2.4 Abgrenzung gegenüber dem internationalen Recht (Art. 44 VE) 72

2.3 Allgemeine Voraussetzungen (Art. 45 - 47 VE) 73

2.3.1 Konzeption des Vorentwurfes 73
2.3.2 Schaden (Art. 45 - 45*f* VE) 74
2.3.2.1 Arten und Kategorien (Art. 45 VE) 74
2.3.2.2 Vermögensschaden (Art. 45*a* - 45*d* VE) 77
2.3.2.2.1 Einführung 77
2.3.2.2.2 Bei Tötung (Art. 45*a* VE) 78
2.3.2.2.3 Bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45*b* VE) 78
2.3.2.2.4 Bei Einwirkung auf Sachen (Art. 45*c* VE) 79
2.3.2.2.5 Bei Einwirkung auf die Umwelt (Art. 45*d* VE) 82
2.3.2.3 Immaterieller Schaden (Art. 45*e* VE) 86
2.3.2.4 Ergänzende Schadensposten (Art. 45*f* VE) 91
2.3.3 Rechtswidrigkeit (Art. 46 und 46*a* VE) 94
2.3.3.1 Einleitung 94
2.3.3.2 Konzept des Vorentwurfs 97
2.3.3.3 Definition der Rechtswidrigkeit (Art. 46 VE) 98

2.3.3.4 Rechtfertigungsgründe (Art. 46*a* VE) 103
2.3.4 Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47*a* VE) 105
2.3.4.1 Einleitung 105
2.3.4.2 Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs 106
2.3.4.3 Konzept des Vorentwurfs 108
2.3.4.4 Grundsatz (Art. 47 VE) 111
2.3.4.5 Entlastung (Art. 47*a* VE) 112

2.4 Haftungsgründe (Art. 48 - 51*a* VE) 115

2.4.1 Vorbemerkungen 115
2.4.2 Verschuldenshaftung (Art. 48 - 48*b* VE) 117
2.4.2.1 Grundsatz (Art. 48 VE) 117
2.4.2.2 Fahrlässigkeit (Art. 48*a* VE) 119
2.4.2.3 Bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 48*b* VE) 121
2.4.3 Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) 122
2.4.3.1 Gegenwärtige Lage 122
2.4.3.2 Reformvorschläge 125
2.4.3.3 Die Haftung für Hilfspersonen: im Allgemeinen (Art. 49 VE) 127
2.4.3.4 Die Haftung für Hilfspersonen: in Unternehmungen (Art. 49*a* VE) 129
2.4.3.5 Verhältnis zu anderen Bestimmungen 133
2.4.4. Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) 133
2.4.4.1. Entwicklung bis zur Gegenwart 133
2.4.4.2 Die Generalklausel als wesentliches Element der Revision - Zweck und Funktion 137
2.4.4.3 Gefährliche Tätigkeit und charakteristisches Risiko - die Elemente des Anknüpfungssachverhalts 139
2.4.4.4 Anwendungsbereich der Generalklausel der Gefährdungshaftung 143
2.4.4.5 Die Grundlage der Gefährdungshaftung: Zurechnungskriterium und Bestimmung der haftpflichtigen Person 145
2.4.5 Gemeinsame Bestimmungen über die Gefährdungshaftung (Art. 51/51*a* VE) 147
2.4.5.1 Vorbemerkung 147
2.4.5.2 Zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten (Art. 51 VE) 147
2.4.5.3 Das zusätzliche Verschulden (Art. 51*a* VE) 148

2.5 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52*a* VE) 150

2.5.1 Allgemeine Bemerkungen 150
2.5.2 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE) 151

2.5.3 Art der Ersatzleistung (Art. 52*a* VE) 157

2.6 Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53*c* VE) 159

2.6.1 Regelung des Vorentwurfs 159
2.6.2 Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE) 160
2.6.3 Haftungskollision (Art. 53*a* VE) 162
2.6.4 Haftungskonkurrenz (Art. 53*b* und 53*c* VE) 163
2.6.4.1 Heutiges System 163
2.6.4.2 Grundsätze des Vorentwurfs 166
2.6.4.3 Solidarität im Aussenverhältnis (Art. 53*b* VE) 167
2.6.4.4 Solidarität im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE) 170

2.7 Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 bis 54*i* VE) 172

2.7.1 Einführung 172
2.7.2 Beschreibung des Vorentwurfs 177
2.7.3 Verhältnis zur Schadensversicherung (Art. 54 bis 54*b* VE) 178
2.7.3.1 Heutige Lage 178
2.7.3.2 Grundsatz (Art. 54 VE) 180
2.7.3.3 Rückgriff des Versicherers (Art. 54*a* und 54*b* VE) 183
2.7.3.3.1 Im Allgemeinen (Art. 54*a* VE) 183
2.7.3.3.2 Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54*b* VE) 185
2.7.4 Verhältnis zur Haftpflichtversicherung (Art. 54*c* bis 54*h* VE) 189
2.7.4.1 Einführung 189
2.7.4.2 Verhältnis zwischen Versicherer und geschädigter Person (Art. 54*c* bis 54*e* VE) 191
2.7.4.2.1 Unmittelbares Forderungsrecht der geschädigten Person (Art. 54*c* VE) 191
2.7.4.2.2 Lage bei ungenügender Versicherungsdeckung (Art. 54d und 54*e* VE) 195
2.7.4.3 Rückgriff des Versicherers auf Mithaftpflichtige (Art. 54*f* VE) 196
2.7.4.4 Versicherungspflicht (Art. 54*g* und 54*h* VE) 199
2.7.4.4.1 Grundsatz (Art. 54*g* VE) 199
2.7.4.4.2 Wirkungen: Einreden und Rückgriff (Art. 54*h* VE) 200
2.7.5 Verhältnis zu einer Versicherung zugunsten Dritter (Art. 54*i* VE) 204

2.8 Verjährung (Art. 55 bis 55*c* VE) 205

2.8.1 Notwendiges Institut 205
2.8.2 Darstellung des gesetzlichen Systems 206
2.8.3 Hauptziele der Revision 209
2.8.4 Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz 211
2.8.4.1 Grundsatz (Art. 55 VE) 211
2.8.4.1.1 Beibehaltung der doppelten Frist 211

2.8.4.1.2 Rechtfertigung der ordentlichen Frist (Art. 55 Abs. 1 VE) ... 211
2.8.4.1.3 Rechtfertigung der subsidiären Frist (Art. 55 Abs. 2 VE) ... 212
2.8.4.1.4 Verlängerung der Fristen ... 214
2.8.4.2 Aufhebung der Bestimmung über die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verjährungsfrist ... 216
2.8.4.3 Einrede aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 3 OR) ... 217
2.8.5 Verzicht auf die Verjährung (Art. 55*a* VE) ... 218
2.8.6 Verlängerung der Fristen (Art. 55*b* VE und 134 Abs. 1 Ziff. 7 [neu] OR) ... 220
2.8.7 Verjährung des Rückgriffs (Art. 55*c* VE) ... 222

2.9 Verfahren und Beweis (Art. 56 bis 56*h* VE) ... 226

2.9.1 Allgemeine Bemerkungen ... 226
2.9.2 Gerichtsstand (Art. 56 und 56*a* VE) ... 228
2.9.2.1 Einleitung ... 228
2.9.2.2 Grundsatz (Art. 56 VE) ... 230
2.9.2.3 Bei einer Mehrheit belangter Personen (Art. 56*a* VE) ... 233
2.9.3 Verhältnis zum Strafverfahren (Art. 56*b* VE) ... 234
2.9.4 Beweis (Art. 56*c* und 56*d* VE) ... 236
2.9.4.1 Einleitung ... 236
2.9.4.2 Freie Beweiswürdigung und Beweiserhebung (Art. 56*c* VE) ... 238
2.9.4.3 Beweislast und Anscheinsbeweis (Art. 56*d* VE) ... 241
2.9.5 Feststellungsanspruch (Art. 56*e* VE) ... 246
2.9.6 Kosten und Entschädigungen (Art. 56*f* und 56*g* VE) ... 250
2.9.6.1 Geltendes Recht ... 250
2.9.6.2 Kostenvorschüsse (Art. 56*f* VE) ... 253
2.9.6.3 Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56*g* VE) ... 253
2.9.7 Vorläufige Zahlungen (Art. 56*h* VE) ... 254

2.10 Haftungsbeschränkende Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE) ... 257

2.10.1 Einleitung ... 257
2.10.2 Wegbedingung und Beschränkung der Haftung (Art. 57 VE) ... 258
2.10.3 Vergleich (Art. 58 VE) ... 262

3 Besondere Bestimmungen des Vorentwurfs 267

3.1 Darstellung des Systems 267

3.1.1 Im Allgemeinen 267
3.1.2 Im besonderen 268

3.2 Haftung bei rechtmässiger Schädigung (Art. 59 und 59*a* VE) 268

3.2.1 Einleitung 268
3.2.2 Notstand (Art. 59 VE) 270
3.2.3 Ausübung des Eigentumsrechts (Art. 59*a* VE) 273

3.3 Haftung für Tiere (Art. 60 und 60*a* VE) 279

3.3.1 Die geltende Regelung 279
3.3.2 Die Revisionsvorschläge 281
3.3.2.1 Einleitung 281
3.3.2.2 Grundsatz (Art. 60 VE) 282
3.3.2.3 Retentionsrecht (Art. 60*a* VE) 284

3.4 Haftung für Werke (Art. 61 und 61*a* VE) 286

3.4.1 Die geltende Regelung 286
3.4.2 Die Revisionsvorschläge 290
3.4.2.1 Einleitung 290
3.4.2.2 Grundsatz (Art. 61 VE) 291
3.4.2.3 Vorbeugende Massregeln (Art. 61*a* VE) 299

4 Auswirkungen der Reform auf die übrige Bundesgesetzgebung und Anpassung der entsprechenden Erlasse 303

4.1 Vorbemerkungen und terminologische Hinweise 303

4.2 Kommentar zu den einzelnen Gesetzen und Bestimmungen 304

4.2.0 Weitere Bestimmungen des Obligationenrechts 304
4.2.001 Artikel 31 304
4.2.002 Artikel 97 304
4.2.003 Artikel 99 304
4.2.004 Artikel 100 und Artikel 101 Absatz 2 und 3 305
4.2.005 Artikel 113 306
4.2.006 Artikel 134 Absatz 1 306

4.2.006bis Artikel 321e Absatz 2 ... 306
4.2.007 Artikel 759 ... 307
4.2.008 Artikel 760 ... 307
4.2.009 Artikel 918 ... 308
4.2.010 Artikel 919 ... 308
4.2.011 Artikel 928 ... 308
4.2.11 Verantwortlichkeitsgesetz (VG) ... 309
4.2.11.01 Artikel 3 ... 309
4.2.11.02 Artikel 4 ... 310
4.2.11.03 Artikel 5 ... 310
4.2.11.04 Artikel 6 ... 310
4.2.11.05 Artikel 9 ... 311
4.2.11.06 Artikel 10 ... 311
4.2.11.07 Artikel 11 ... 311
4.2.11.08 Artikel 19 ... 312
4.2.11.09 Artikel 20 ... 312
4.2.11.10 Artikel 21 ... 313
4.2.11.11 Artikel 23 ... 313
4.2.12 Verwaltungsverfahren (VwVG) ... 313
4.2.13 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (öBG) ... 314
4.2.14 Beamtengesetz (BtG) ... 315
4.2.15 Zivilgesetzbuch (ZGB) ... 316
4.2.15.01 Artikel 46 ... 316
4.2.15.01bis Artikel 55 Absatz 2 ... 318
4.2.15.02 Artikel 426 - 430 sowie 454 und 455 ... 318
4.2.15.03 Artikel 849 ... 319
4.2.15.04 Artikel 955 ... 320
4.2.16 Eisenbahnhaftpflichtgesetz (EHG) ... 321
4.2.17 Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) ... 322
4.2.18 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) ... 323
4.2.18.01semel Artikel 14 Absatz 3 ... 324
4.2.18.01bis Artikel 17 Absatz 3 ... 324
4.2.18.01ter Artikel 60 ... 324
4.2.18.02 Artikel 46 ... 325
4.2.18.03 Artikel 72 ... 325
4.2.19 Urheberrechtsgesetz (URG) ... 326
4.2.20 Topographiengesetz (ToG) ... 327

4.2.21 Markenschutzgesetz (MSchG) 328
4.2.22 Muster- und Modellgesetz (MMG) 328
4.2.23 Patentgesetz (PatG) 329
4.2.24 Sortenschutzgesetz (SOSG) 329
4.2.25 Datenschutzgesetz (DSG) 330
4.2.26 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 331
4.2.27 Kartellgesetz (KG) 331
4.2.28 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) 332
4.2.28.01 Artikel 5 332
4.2.28.02 Artikel 6 333
4.2.28.02bis Artikel 7 334
4.2.29 Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) 334
4.2.30 Opferhilfegesetz (OHG) 335
4.2.31 Militärgesetz (MG) 336
4.2.31.01 Artikel 135 337
4.2.31.02 Artikel 141 338
4.2.31.03 Artikel 143 338
4.2.32 Zivilschutzgesetz (ZSG) 339
4.2.32.01 Artikel 58 340
4.2.32.02 Artikel 61 340
4.2.32.03 Artikel 63 341
4.2.33 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) 341
4.2.33.01 Artikel 3 341
4.2.33.02 Artikel 4 341
4.2.33.02bis Artikel 5 und 6 342
4.2.33.03 Artikel 7 343
4.2.33.04 Artikel 8 343
4.2.33.05 Artikel 9 343
4.2.33.06 Artikel 10 344
4.2.33.07 Artikel 16bis (neu) 345
4.2.33.08 Artikel 19 und 20 345
4.2.33.09 Artikel 26 345
4.2.33.10 Artikel 27 346
4.2.33.11 Artikel 28 346
4.2.34 Elektrizitätsgesetz (EleG) 346
4.2.34.01 Artikel 27 347

4.2.34.02 Artikel 28 348
4.2.34.03 Artikel 29 349
4.2.34.04 Artikel 30 349
4.2.34.05 Artikel 31 349
4.2.34.05bis Artikel 32 350
4.2.34.06 Artikel 33 350
4.2.34.07 Artikel 34 350
4.2.34.08 Artikel 35 350
4.2.34.09 Artikel 36 350
4.2.34.10 Artikel 37 351
4.2.34.11 Artikel 38 351
4.2.34.12 Artikel 39 351
4.2.34.13 Artikel 41 351
4.2.35 Strassenverkehrsgesetz (SVG) 351
4.2.35.01 Artikel 58 352
4.2.35.02 Artikel 59 353
4.2.35.03 Artikel 60 355
4.2.35.04 Artikel 61 357
4.2.35.05 Artikel 62 357
4.2.35.06 Artikel 64 358
4.2.35.07 Artikel 65 358
4.2.35.08 Artikel 66 359
4.2.35.08bis Artikel 67 und 68 359
4.2.35.09 Artikel 69 359
4.2.35.10 Artikel 70 360
4.2.35.10bis Artikel 71 360
4.2.35.11 Artikel 72 360
4.2.35.11bis Artikel 73 360
4.2.35.11ter Artikel 74 360
4.2.35.11quater Artikel 75 360
4.2.35.11quinquies Artikel 76 und 76*a* 360
4.2.35.11sexies Artikel 77 361
4.2.35.11septies Artikel 79 361
4.2.35.12 Artikel 80 361
4.2.35.13 Artikel 81 361
4.2.35.14 Artikel 82 362
4.2.35.15 Artikel 83 362

4.2.35.16 Artikel 84 ... 362
4.2.35.17 Artikel 86 ... 363
4.2.35.18 Artikel 87 ... 363
4.2.35.19 Artikel 88 ... 363
4.2.36 Eisenbahngesetz (EBG) ... 364
4.2.37 Transportgesetz (TG) ... 366
4.2.37.01 Artikel 19 ... 366
4.2.37.02 Artikel 23 ... 367
4.2.37.03 Artikel 39 ... 367
4.2.38 Personenbeförderungsgesetz (PBG) ... 367
4.2.39 Trolleybusgesetz (TBG) ... 368
4.2.39.01 Artikel 15 ... 369
4.2.39.02 Artikel 16 ... 369
4.2.40 Rohrleitungsgesetz (RLG) ... 369
4.2.40.01 Artikel 33 ... 370
4.2.40.02 Artikel 34 ... 371
4.2.40.03 Artikel 37 ... 372
4.2.40.04 Artikel 38 ... 372
4.2.40.05 Artikel 39 ... 372
4.2.40.06 Artikel 40 ... 372
4.2.41 Binnenschifffahrtsgesetz (BSG) ... 372
4.2.41.01 Artikel 5 ... 373
4.2.41.02 Artikel 30*a* (neu) ... 373
4.2.41.03 Artikel 33 und 34 ... 374
4.2.41.04 Artikel 39 ... 374
4.2.42 Seeschifffahrtsgesetz (SSG) ... 374
4.2.43 Luftfahrtgesetz (LFG) ... 376
4.2.43.01 Artikel 64 ... 376
4.2.43.02 Artikel 64*a* (neu) ... 378
4.2.43.02^{bis} Artikel 65 ... 378
4.2.43.03 Artikel 66 ... 378
4.2.43.04 Artikel 67 ... 379
4.2.43.05 Artikel 68 ... 379
4.2.43.06 Artikel 69 ... 379
4.2.43.06^{bis} Artikel 70-74 ... 380
4.2.43.06^{ter} Artikel 131 LFV ... 380
4.2.43.06^{quater} Artikel 75-76*a* ... 380

4.2.43.07 Artikel 77 381
4.2.43.08 Artikel 78 381
4.2.43.09 Artikel 79 381
4.2.43.09bis Artikel 106 381
4.2.44.00 Post- und Fernmeldewesen - Vorbemerkung 381
4.2.44.01 Postgesetz (PG) 382
4.2.44.02 Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG) 383
4.2.45 Umweltschutzgesetz (USG) 383
VARIANTE A 385
4.2.45.A01 Artikel 59 385
4.2.45.A02 Artikel 59*a* 386
4.2.45.A03 Artikel 59*b* 386
VARIANTE B 386
4.2.45.B01 Artikel 59*a* 386
4.2.46 Gewässerschutzgesetz (GSchG) 387
4.2.47 Strahlenschutzgesetz (StSG) 387
4.2.47.01 Artikel 39 388
4.2.47.02 Artikel 40 389
4.2.48 Lebensmittelgesetz (LMG) 389
4.2.49 Zivildienstgesetz (ZDG) 390
4.2.49.01 Artikel 52 390
4.2.49.02 Artikel 53 390
4.2.49.02bis Artikel 54 391
4.2.49.03 Artikel 55 391
4.2.49.04 Artikel 57 391
4.2.49.04bis Artikel 58 392
4.2.49.05 Artikel 59 392
4.2.49.06 Artikel 60 393
4.2.49.07 Artikel 61 394
4.2.50 Unfallversicherungsgesetz (UVG) 394
4.2.51 Jagdgesetz (JSG) 395
4.2.51.01 Artikel 15 396
4.2.51.02 Artikel 16 396
4.2.51.03 Artikel 23 397
4.2.52 Fischereigesetz (FischG) 397
4.2.53 Edelmetallkontrollgesetz (EMKG) 398
4.2.53.01 Artikel 38 398

4.2.53.02 Artikel 40 398
4.2.54 Sprengstoffgesetz (SprstG) 399
4.2.55 Pauschalreisegesetz (PauRG) 400
4.2.55.01 Artikel 14 401
4.2.55.02 Artikel 15 401
4.2.55.02bis Artikel 16 402
4.2.56 Anlagefondsgesetz (AFG) 402
4.2.56.01 Artikel 65 402
4.2.56.02 Artikel 66 403
4.2.56.02bis Artikel 67 403
4.2.56.02ter Artikel 68 403
4.2.57 Bankengesetz (BankG) 403
4.2.57.01 Artikel 44 404
4.2.57.02 Artikel 45 405

ANHANG 406

HAFTPFLICHTRECHT. PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE SEIT 1970 406

ABKÜRZUNGEN

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Amtl. Bull. N	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
Amtl. Bull. S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Bundesrat
BR	in Zusammenhang mit Zitaten: Baurecht
BRB	Bundesratsbeschluss
Bst.	Buchstabe
E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f.	und der/die folgende
ff.	und die folgenden
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JT	Journal des tribunaux
Kap.	Kapitel

N.	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
Par.	Paragraph
Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
S.	Seite
SAV	Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten
SJ	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
VE	Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Revision des Haftpflichtrechts (Art. 41 ff. OR); im Text häufig zitiert als *Vorentwurf*
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung

WICHTIGSTE ZITIERTE GESETZE

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
AHVG	BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BSG	BG vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschiffahrt, SR 747.201
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, SR 101
BVG	BG vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
BZP	BG vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273
CCF	Französisches Zivilgesetzbuch vom 21. März 1804
CCI	Italienisches Zivilgesetzbuch vom 16. März 1942
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1
EHG	BG vom 28. März 1905 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post, SR 221.112.742
EleG	BG vom 24. Juni1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz), SR 734.0
GSchG	BG vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer, SR 814.20
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20
JSG	BG vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz), SR 922.0
KG	BG vom 6. Oktober 1995 Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, SR 732.44
KVG	BG vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
LFG	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt, SR 748.0
MG	BG vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung, SR 510.10
MVG	BG vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung, SR 833.1

OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz), SR 173.110
OHG	BG vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, SR 312.5
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Titel: Obligationenrecht]), SR 220
PatG	BG vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14
PrHG	BG vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht, SR 221.112.944
PVG	Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924, SR 783.0
RLG	BG vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz), SR 746.1
SchKG	BG vom 11. April über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SprstG	BG vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz), SR 941.41
SSG	BG vom 23. September 1953 über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz), SR 747.30
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991, SR 814.50
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember, SR 741.01
URG	BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), SR 231.1.
USG	BG vom 7 Oktober 1983 über den (Umweltschutzgesetz), SR 814.01
UVG	BG vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VG	BG vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), SR 170.32
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1
ZDG	BG vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst, SR 824.0
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZSG	BG vom 17. Juni 1994 über den Zivilschutz (Zivilschutzgesetz), SR 520.1

ERLÄUTERNDER BERICHT

1 Grundlagen und Ziele der Revision

1.1 Vorgeschichte

1.1.1 Entwicklung bis 1967

1.1.1.1 Vom alten zum neuen Obligationenrecht

Im alten Obligationenrecht von 1881 (aOR) war das Haftpflichtrecht in den Artikeln 50 - 69 geregelt. Diese Bestimmungen wurden ohne grosse inhaltliche Änderungen in die Artikel 41 - 61 des Fünften Buches des neuen Zivilgesetzbuches übergeführt, das Obligationenrecht vom 30. März 1911, das immer noch in Kraft ist[1].

Immerhin gehen die ersten Anstösse für eine grundlegende Revision des Haftpflichtrechts auf den Anfang unseres Jahrhunderts zurück, genauer gesagt auf das Referat von Professor Carl Christoph Burckhardt am Schweizerischen Juristentag von 1903 in Lausanne über "Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht"[2]. Diese meisterhafte Abhandlung - deren Echo weit unter ihrem Wert blieb und die heute noch eine Fundgrube von Anregungen ist - umfasste sowohl das vertragliche als auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht. Obwohl Burckhardt sich von vornherein gegen jeden Anschein verwahrte, er wolle revolutionäre Änderungen vorschlagen, und entschlossen die Bedeutung der Kontinuität des Rechts und der Rechtssicherheit hervorhob, unterbreitete er den Juristen und dem Gesetzgeber eine Reihe von ganz originellen Ansätzen zu Fragen, die uns bis heute beschäftigt haben. Der neuartigste Vorschlag war sicher der erste Entwurf für eine Generalklausel der Gefährdungshaftung[3]. Dieser ergab sich aus der Feststellung, dass - schon damals - das klassische Haftpflichtrecht angesichts der möglichen Gefahren der modernen Technik und Industrie keine befriedigenden Lösungen bot oder vielmehr nicht verhindern konnte, dass schockierende Ergebnisse eintraten. Eigentlich wollte Burckhardt eine solche Norm nur als Notventil für aussergewöhnliche Fälle einführen. Aber er ging schon von der Überlegung aus, dass nur das Gericht alle Einzelheiten eines Falles konkret würdigen und eine angemessene Antwort auf die Frage geben kann, ob in einem bestimmten Tätigkeitsbereich die Voraussetzungen für eine Kausalhaftung gegeben sind (wir werden diese Überlegung später näher ausführen[4]). Und trotz aller Vorsicht bei der Formulierung des Vorschlags bejahte Burckhardt stillschweigend die allgemeine Tragweite dieser Idee. Nur so ist die konsequente Art zu erklären, mit der er vorsieht, dass eine Gefahr, die der geschädigten Person zuzurechnen

---

1 Tercier P., Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in: Le Centenaire du code des obligations (Mélanges), Freiburg 1982, S. 203 ff.

2 Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 1903, S. 578 (Entwurf von Art. 68a).

3 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 567 ff.; vgl. hinten 2.4.4.

4 Vgl. hinten 2.4.4.2.

ist, die Bemessung des Schadenersatzes gleich wie ein Selbstverschulden beeinflussen kann[5]. Aufgrund derselben Überlegung war er der Ansicht, dass die Kausalhaftungen im Rahmen der Solidarität stärker zu berücksichtigen seien, und er befürwortete eine einheitliche Regelung der Konkurrenz von Haftungen, die jener des gegenwärtigen Vorentwurfs sehr nahe kommt[6].

Dass die Vorschläge von Burckhardt keinen grösseren Widerhall fanden, erklärt sich wahrscheinlich teilweise aus einem allgemeinen Mangel an Interesse an haftpflichtrechtlichen Problemen zu Beginn des Jahrhunderts, wo die Kodifikation und Vereinheitlichung des Zivilrechts, das bis dahin kantonal geregelt war, im Vordergrund standen. Dieses fehlende Interesse ist übrigens bei Eugen Huber selbst klar zu erkennen. Er hat in seinem grossen Werk "System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts" dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht nur einen einzigen, relativ kurz gefassten Abschnitt gewidmet[7]. Sein einziger gesetzgeberischer Beitrag auf diesem Gebiet bestand darin, dass er während der parlamentarischen Beratungen von 1909/1910 überstürzt einen Absatz 2 in Artikel 51 OR einfügte, der - wie man zutreffend bemerkt hat - "schliesslich mehr Probleme aufwarf als er lösen sollte"[8].

Ausserhalb des Zivilgesetzbuches hat die Gesetzgebung dagegen einen Weg eingeschlagen, der sich anscheinend von der Haupt-Kodifikation ganz getrennt hat. Diese Erscheinung hat bis zur Gegenwart angedauert und sie ist bezeichnend für die Konzeption oder vielmehr die Konzeptionslosigkeit, die lange Zeit im Bereich des Haftpflichtrechts geherrscht hat. Diese Bemerkung lässt sich namentlich durch die ersten Normen veranschaulichen, die - eine nach der anderen und praktisch ohne Verbindung untereinander - eine Gefährdungshaftung einführten, und zwar im Rahmen von Spezialgesetzen. Der älteste Text, das "Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen" stammt von 1875. Es hat noch vor der Verabschiedung des Obligationenrechts eine Gefährdungshaftung auf Bundesebene eingeführt. Das OR hat hingegen - in einer Generalklausel nach französischem und österreichischem Vorbild - die Voraussetzung des Verschuldens als obersten Haftungsgrundsatz festgelegt. Infolgedessen haben Lehre und Rechtsprechung dieses Kriterium zum absoluten Dogma erhoben, so dass jede Haftung, die auf einer anderen Grundlage beruhte, als Ausnahme - wenn nicht gar als Sakrileg - erschien. Und dennoch bestand die Ausnahme bereits vor der Weihe der Regel. Dies gilt auch für das zweite Spezialgesetz von 1881/1887, das eine Kausalhaftung vorsah: das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb[9]; dieses wurde 1911

---

5 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 501 und 571 ff. (Entwurf der Ergänzung von Art. 51 Abs. 2 aOR); vgl. hinten 2.5.2.

6 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 670, 675 (Entwurf der Änderung von Art. 60 aOR); vgl. hinten 2.6.4.

7 Huber E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, IV, Basel 1893, S. 894 ff.

8 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1), S. 208; vgl. auch Widmer P., Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in: Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 269 ff. (275 ff.).

9 Mit diesem Gesetz wurde in Wirklichkeit nur eine Rahmenbestimmung des Fabrikgesetzes vom 23. April 1877 angewandt.

durch das Bundesgesetz betreffend die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) abgelöst, welches das erste System der sozialen Sicherheit in der Schweiz einführte.

In der Zwischenzeit wurde mit dem Elektrizitätsgesetz von 1902, das immer noch in Kraft ist, eine neue Spezial-Haftung eingeführt. 1905 folgte die Totalrevision des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von 1875. Beide Gesetze regeln in ihrem Bereich den Grundsatz und die Einzelheiten der Haftpflicht fast abschliessend und oft in eigenständiger Weise. Die Verweisungen auf das "gemeine Recht" des OR beschränken sich auf einige mehr oder weniger nebensächliche Punkte. Vor allem das Eisenbahnhaftpflichtgesetz genügt sich selbst so gut und enthält einige derart aussergewöhnliche Lösungen[10], dass es als einziges Gesetz eine parlamentarische Reaktion ausgelöst hat - vor den Vorstössen aus aktuellem Anlass zur Produktehaftpflicht und jenen im Gefolge der Unfälle von Seveso, Tschernobyl und Schweizerhalle. Der Vorstoss verlangte die Revision des Gesetzes und gleichzeitig eine Revision und Vereinheitlichung des gesamten Haftpflichtrechts[11].

1.1.1.2 Von 1912 bis 1967

Seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches gab es nur wenige Änderungen des zweiten Kapitels des Obligationenrechts. Zu erwähnen ist die Aufhebung von Artikel 48 durch das Bundesgesetz von 1943 über den unlauteren Wettbewerb und von Artikel 56 Absatz 3 durch das Jagdgesetz von 1986. Anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 wurde Artikel 55 rein redaktionell geändert[12]. Eine inhaltliche Änderung erfuhr Artikel 49 Absatz 1 durch das Bundesgesetz von 1983 betreffend den Persönlichkeitsschutz; dabei wurde namentlich das - schwere - Verschulden der haftpflichtigen Person als Voraussetzung für die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung gestrichen.

Die Spezialgesetzgebung nahm weiterhin stark zu: 1925 führte das Jagd- und Vogelschutzgesetz eine Gefährdungshaftung für "*Jagdausübung*"[13] (Art. 13) ein; dieses Gesetz wurde 1986 neu gefasst; in Artikel 15 wurde der bisherige Text übernommen und in Artikel 16 ein Versicherungsobligatorium festgelegt. Das Spezialgesetz begnügte sich hier damit, den Grundsatz der Haftung festzulegen und "*im übrigen ... auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen*" zu verweisen (Art. 15 Abs. 2 JSG). Hier hat man also bereits früher und in optimaler Form das Konzept des "Allgemeinen Teils" übernommen, das dem gegenwärtigen Vorentwurf zugrunde liegt[14].

Am 1. Januar 1933 ist - nach vielen Wechselfällen - das "Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr" in Kraft getreten[15]. Zuvor hatte es in-

---

10 Vor allem bezüglich Sachschäden (Art. 11 EHG) und Genugtuung (Art. 8 EHG). Vgl. dazu namentlich: Keller A., Haftpflicht im Privatrecht, I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 221.

11 Postulat Cadruvi 10470 vom 7. Oktober 1970: Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

12 Die "*Angestellten oder Arbeiter*" wurden in "*Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen*" umgewandelt und vereinheitlicht.

13 Vgl. hinten 2.4.4.3.

14 Vgl. hinten 4.1.

15 BS 7 593 ff.

terkantonale Konkordate und einen ersten Entwurf von 1926 gegeben, der im Referendum von 1927 verworfen worden war. Es wurde 1958 durch das Strassenverkehrsgesetz ersetzt. Dessen vierter Titel (Haftpflicht und Versicherung) ist am 1. Januar 1960 in Kraft getreten. Seither wurde er mehrmals geändert. Der Grundsatz der Gefährdungshaftung des Halters wurde schon im ersten Gesetz von 1932 (Art. 37 ff. MFG) festgelegt, ebenso das System des Versicherungsobligatoriums und des direkten Forderungsrechts (Art. 48 ff. MFG).

1948 folgte das Luftfahrtgesetz. Dieses sah eine Gefährdungshaftung des "Halters des Luftfahrzeuges" für die Schäden vor, "*die von einem im Fluge befindlichen Luftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde zugefügt werden*". Danach wurde 1959 das Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie (AtG; SR 732.0) erlassen. Dieses kanalisierte die Gefährdungshaftung für Personen- und Sachschäden auf den Inhaber der Kernanlage und begrenzte sie auf 40 Millionen Franken (später wurde der Betrag auf 200 Millionen Franken erhöht). Dieses System wurde durch einen Fonds für Spätschäden und ein besonderes System für den Ersatz von Grossschäden ergänzt (Art. 12 - 28 AtG). Schliesslich führte 1963 das Rohrleitungsgesetz (RLG; SR 746.1) eine Gefährdungshaftung des Inhabers dieser Anlagen ein. Erstmals ist darin eine Bestimmung enthalten, die den Eigentümer einer Rohrleitung solidarisch mit dem Inhaber haften lässt, sofern dieser nicht selbst Eigentümer ist (Art. 33 Abs. 1 am Ende RLG).

Auf der Ebene der Rechtsprechung findet eine weniger gut sichtbare aber nicht weniger wichtige Entwicklung statt. Sie lässt sich in groben Zügen in der Tendenz zusammenzufassen, die Hebel so anzusetzen, dass eine schärfere und strengere Ausgestaltung der Verschuldenshaftung und der gewöhnlichen Kausalhaftungen ermöglicht wird. Der Richter schliesst so stillschweigend die Lükken, die umso spürbarer werden, je mehr die Einzelfälle von Spezialhaftungen zunehmen und - infolgedessen - die Lücken in den nicht abgedeckten Bereichen stärker ins Bewusstsein rücken[16]. Paradoxerweise geschieht diese Ausdehnung vor allem im Bereich der allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht, die doch die Aufgabe hätten, die Grenzen der Haftpflicht zu ziehen. So bildet die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs - die sich auf wissenschaftliche Anschauungen im Gebiet der Wahrscheinlichkeitsrechnung beruft - den Rahmen, in dem sich der Begriff der "objektiven nachträglichen Prognose" entwickelt. Dieser Begriff erlaubt, einen rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhang sogar in Situationen zu bejahen, wo der Schaden von einer ganz einmaligen Verknüpfung von Umständen herrührt. In gleicher Weise wird die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit durch die Anerkennung eines sogenannten "*Fundamentalsatzes der Rechtsordnung*" (Oftinger) gelockert, der unter der Bezeichnung "Gefahrensatz (principe du danger créé)" bekannt ist. Dieser hat die Tendenz, den alten römischen Grundsatz des "*neminem laedere*" zur allgemeinen Norm zu erheben. Seine Verletzung soll automatisch die Widerrechtlichkeit der Verletzung und gleichzeitig das objektivierte Verschulden begründen[17].

---

16 Vgl. hinten 2.4.4.1.

17 Vgl. dazu Tercier P., a.a.O. (Anm. 1), S. 208 ff.; Yung W., Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile, in: Klein, F.-E. (Hg.), Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Basel/Stuttgart 1973,

Im Bereich der besonderen Haftungen im Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht ist ein eigentlicher Systemwechsel zu beobachten. Dieser wird bei der Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 OR) am augenfälligsten. Zuerst war sie als Verschuldenshaftung desjenigen vorgesehen, der seine Hilfspersonen schlecht auswählt oder bei ihrer Unterweisung oder Überwachung nachlässig ist. Sie sollte sich von der gewöhnlichen Verschuldenshaftung nur durch die Umkehr der Beweislast für diese Sorgfaltspflichten unterscheiden. Nach und nach wandelte sie sich aber in eine Kausalhaftung um[18]: die Vermutung des (subjektiven) Verschuldens wird immer mehr durch die vermutete Verletzung eines typischen Verhaltens ersetzt, das nachträglich umschrieben wird. Namentlich die Unterweisungspflicht wird massgeschneidert und ihre Missachtung ist unvermeidlich durch den Umstand bedingt, dass ein Schaden eingetreten ist. Das Fehlen einer angemessenen Haftung für Motorfahrzeuge bis 1932 konnte natürlich diese Strenge nur begünstigen[19]. Aber auch nach Inkrafttreten des Motorfahrzeuggesetzes hat sich diese Tendenz fortgesetzt und schliesslich zu einer Organisationshaftung geführt, die den Befreiungsbeweis endgültig zu einer theoretischen Möglichkeit reduziert hat[20]. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde der Befreiungsbeweis seit 1965 nie mehr als gegeben erachtet[21]. Ähnliche Tendenzen gab es bei anderen Bestimmungen, die üblicherweise in die Kategorie der "einfachen Kausalhaftung" eingeordnet werden[22].

Im Bereich der Rechtslehre fällt auf, wie stark die Entwicklung des Haftpflichtrechts durch Forschungen unter dem Patronat des Schweizerischen Juristen-

---

S. 115 ff. und 125 ff.; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, ZbJV 1970, S. 289 ff.; ders., Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZbJV 1974, S. 289 ff.; ders., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, ZSR 1977, S. 417 ff.

18 Die ersten Anzeichen dieser Verwandlung sind bereits unter der Geltung des alten OR (Art. 62) sichtbar, namentlich in den Erwägungen von BGE 34 II 266 ff. (270). Die neue Auffassung wird danach in BGE 56 II 283 ff. (287) klar bejaht. Dort erklärt das Bundesgericht wörtlich, dass "*die Haftung des Geschäftsherrn ... keine Verschuldenshaftung*" ist, dass der Befreiungsbeweis "*kein Exkulpations- sondern ein bestimmt umschriebener Entlastungsbeweis*" ist und "*die Sorgfalt im Sinne des Art. 55 nicht einfach in einer pflichtgemässen Handlungsweise, sondern einer Summe objektiv gebotener Massnahmen*" besteht.

19 BGE 38 II 487 ff., 51 II 73 ff. und 517 ff., 56 II 283 ff. und 289 f., 58 II 29 ff.

20 BGE 110 II 456 ff., und - als Vorläufer - BGE 95 II 93 ff., 96 II 27 ff., 97 II 221 ff. Vgl. auch hinten 2.4.3.1.

21 BGE 91 II 239 f. Der Befreiungsbeweis wurde auch in einem Entscheid von 1964 als erbracht angesehen (BGE 90 II 86 ff.); es handelt sich um den bekannten "Friteusenfall", der in der Schweiz die ersten Diskussionen über die Produktehaftpflicht ausgelöst hat (vgl. namentlich das Votum von P. Jäggi am 101. Schweizerischen Juristentag in Neuenburg: ZSR 1967 II, S. 754 ff.). Im Gegensatz zu diesem Urteil hat das Bundesgericht - 20 Jahre später - im Entscheid 110 II 456 ff. eine spektakuläre Änderung der Rechtsprechung vorgenommen, vgl. vorne Anm. 20 und hinten 1.2.2.3 am Ende.

22 Man vergleiche: a) für die Haftung des Tierhalters (Art. 56 OR): BGE 85 II 245 ff., und die neueren Urteile in 104 II 23 ff. und 110 II 136 ff.; b) für die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR): BGE 57 II 47 ff., 88 II 417 und, ganz kürzlich, 118 II 36 ff.; c) für die Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB): BGE 81 II 442; ausgehend von dieser Bestimmung - oder vielmehr, weil es eine Lücke annimmt - hat das Bundesgericht sogar eine neue Kausalhaftung für rechtmässiges Verhalten entwickelt, das heisst für unvermeidbare schädliche Einwirkungen, die durch Bauarbeiten verursacht werden: BGE 83 II 375 ff., 91 II 100 ff., 114 II 230 ff.; vgl. dazu hinten 3.2.3.

vereins geprägt wurde. 27 Jahre nach den Thesen von Burckhardt[23] und 37 Jahre vor dem Juristentag in Neuenburg, an dem die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vorgeschlagen wurde[24], trat ein noch schüchterner Reformgeist in den Referaten von Arthur Homberger und Max Petitpierre[25] an der Jahresversammlung von 1930 über "die Haftung ohne Verschulden" zutage. Sie waren hauptsächlich dazu bestimmt, eine günstige Ausgangslage für einen zweiten Versuch der Einführung der Kausalhaftung im Bereich des motorisierten Verkehrs zu schaffen[26]. Sie zeigten vor allem, wie das Verschulden immer weniger ein absolutes Prinzip des Haftpflichtrechts war, ohne aber zu vollständig neuen Konzeptionen zu gelangen. Die Gefährdungshaftung wurde weiterhin als aussergewöhnlich betrachtet, ja in einem gewissen Sinn als gefährlich, da sie geeignet war, der Haftung das "moralische Element" zu nehmen. Andererseits scheint namentlich Homberger ohne allzu grosse Schwierigkeiten anzunehmen, dass die traditionelle Haftung als Folge einer immer radikaleren Objektivierung des Verschuldens schliesslich ihre ausschliessliche Rechtfertigung in der Widerrechtlichkeit der Einwirkung und einem Garantie-Gedanken finden könne. Beide Autoren schienen das Haftpflichtrecht noch als eine Gesamtheit unterschiedlicher Normen aufzufassen, die untereinander nur durch die gleichartige Ersatzfunktion verbunden sind, eine Art Steinbruch, in dem Richter oder Gesetzgeber die Blöcke holen, die sie gerade benötigen.

In wissenschaftlicher Hinsicht ist in dieser Zeit sicher die Veröffentlichung des grossen Werkes "Schweizerisches Haftpflichtrecht" von Karl Oftinger der grösste Beitrag. Dieses ist das erste systematische Handbuch des schweizerischen Haftpflichtrechts. 1940 erschien Band I, Allgemeiner Teil, 1942 Band II, Besonderer Teil[27]. Dieses Buch ist für eine Generation von Juristen das wichtigste Nachschlagewerk geworden. Es hat die Praxis stark geprägt, und zwar sowohl im Bereich der Rechtsprechung als auch in jenem der einvernehmlichen Streiterledigung zwischen Anwälten und Versicherern. Sein besonderes Verdienst ist es, die Einheit im Aufbau des Systems und der Mechanismen der ausservertraglichen Haftung klar aufzuzeigen und gleichzeitig die Widersprüche unter gleichartigen Normen um so deutlicher hervortreten zu lassen. Die Ent-

---

23 Vgl. vorne Anm. 2.

24 Vgl. hinten 1.1.2.1.

25 ZSR 1930, S. 1a ff. (Homberger A., Haftpflicht ohne Verschulden); S. 67a ff. (Petitpierre M., La responsabilité causale).

26 Vgl. vorne vor Anm. 15.

27 Von der 2. Auflage an (1958/60/62; danach zweimal nachgedruckt, 1964/65, sowie 1969/70/72 als 3. unveränderte Auflage) wurde der Besondere Teil in zwei Bände aufgeteilt. Der erste war den gewöhnlichen Kausalhaftungen, der Haftung der Eisenbahnen und der Inhaber elektrischer Anlagen gewidmet, der zweite der Haftung des Automobilhalters und des Bundes gemäss Militärorganisation für Schäden, die durch militärische Übungen verursacht sind. Die vierte Auflage des Allgemeinen Teils erschien 1975, kurz vor dem Tod des Verfassers. Seitdem wurde der Besondere Teil von Prof. Emil W. Stark überarbeitet und ergänzt. Er erschien unter der Bezeichnung Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht/Besonderer Teil in drei Bänden II/1: Verschuldenshaftung/gewöhnliche Kausalhaftungen/Haftung für Gewässerverunreinigung (Zürich 1987); II/2: Gefährdungshaftung: Haftung für Motorfahrzeuge (Zürich 1989) und II/3: Andere Gefährdungshaftungen (Zürich 1991). Die 5. ganz überarbeitete Auflage des Allgemeinen Teils (Band I) - Oftinger K./Stark E.W., I - erschien im März 1995.

stehung und Entwicklung dieser Normen beruht häufig auf Zufall, entsprechend den Bedürfnissen der Praxis und politischen Gegebenheiten.

Seltsamerweise hat Oftinger die Frage der Haftungsgrundlagen kaum vertieft. Er schien der Ansicht zu sein, dass die Untersuchung der "Grundsätze" und Gründe, die die Haftpflicht oder die verschiedenen Schadenersatzpflichten rechtfertigen konnten, der Praxis nicht viel bringen könne[28]. Er nahm also entschieden eine pragmatische Haltung ein und war skeptisch gegenüber jeder Suche nach einem gemeinsamen Nenner unter den verschiedenen Haftungsarten. Dieser Skeptizismus lässt sich in einem gewissen Mass durch den Umstand erklären, dass Oftinger gerade im Zeitpunkt, wo er sein System aufbaute, einen Niedergang der Haftpflicht feststellte. Diese war vor allem durch die wachsende Bedeutung der Privat- und Sozialversicherung bedingt. Seines Erachtens war das Haftpflichtrecht im Begriff, zu einem "*juristisch-technischen Mittel zur Bestimmung des Versicherungsanspruchs, der zulasten einer Kollektivität geht*" auszuarten[29].

Diese Diagnose hat ihn jedoch nicht daran gehindert, die fehlende Kohärenz des positiven Rechts zu bemängeln und seine Vereinheitlichung vorzuschlagen. Er empfahl, einen "Satz allgemeiner Regeln" in das Obligationenrecht einzuführen und ein besonderes Gesetzbuch zu schaffen, in dem möglichst viele Kausalhaftungen zusammengefasst werden sollten, sowohl jene des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts als auch jene der Spezialgesetzgebung. In diesem Zusammenhang erwog er auch eine Generalklausel der Gefährdungshaftung. Er schien aber nicht wirklich daran zu glauben. Er schloss mit einer Warnung vor zu ehrgeizigen Reformen, die die Grundlinien dieser fliessenden Materie in Frage stellen würden[30].

1.1.2 Die Morgenröte der Revision und ihre Auslösung durch die Macht des Schicksals (1967 - 1988)

1.1.2.1 Das Manifest von Neuenburg (1967)

Karl Oftinger hatte in der ersten Auflage seines Handbuchs kritische Bemerkungen über die Zersplitterung der Haftpflichtbestimmungen gemacht und sie in den folgenden Auflagen wiederholt und präzisiert. Diese Bemerkungen und sein Vorschlag zur Vereinheitlichung veranlassten (einmal mehr) den Juristenverein, dieses rechtspolitische Problem an seiner 101. Jahresversammlung in Neuenburg im September 1967 zu traktandieren. Die Professoren Emil W. Stark und François Gilliard erstellten in ihren ausführlichen Referaten ein vollständiges Inventar der offenen Fragen. Stark stellte eine praktisch abschliessende Liste unterschiedlicher Lösungen auf, die die verschiedenen Texte zu gleichen Problemen enthielten. Ferner untersuchte er die Zweckmässigkeit der Einführung neuer Kausalhaftungstatbestände, um gewissen besonders heiklen

---

28 Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 33 ff.; diese Haltung ist jetzt stark gemildert in Oftinger K./Stark E.W. a.a.O. (Anm. 27), I, § 1, N 9 ff.

29 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), I, S. 40.

30 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), I, S. 6 ff.

Gefahren zu begegnen[31]. Gilliard machte eine vertiefte Studie über Fragen des Verfahrens, der Genugtuung, der Solidarität und des Verhältnisses zwischen der Haftpflicht und der Sozialversicherung. Ausserdem verfasste er konkrete Vorschläge für die Revision von Artikel 55 OR, die Einführung einer Quasi-Kausalhaftung des Herstellers einer beweglichen Sache und im Hinblick auf punktuelle Änderungen von Spezialgesetzen[32]. Am Ende einer ausgedehnten Diskussion[33] verabschiedete die Versammlung von Neuenburg folgende Resolution zuhanden von Bundesrat und Parlament:

> "Die in Neuenburg versammelten Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins halten die Vereinheitlichung des in einer grösseren Zahl von Gesetzen aufgesplitterten Haftpflichtrechts und damit auch seine materielle Überprüfung und Verbesserung für notwendig. Sie geben dem Wunsch Ausdruck, der Gesetzgeber möge diese wissenschaftlich schon gut vorbereitete Revision an die Hand nehmen."

Die Regierung, die die Hauptadressatin dieses Aufrufs war, blieb ihm gegenüber nicht ganz gleichgültig. Seit Beginn der Siebziger Jahre war die Revision des Haftpflichtrechts im Gesetzgebungsprogramm des Bundesrates enthalten. Von einem Geschäftsbericht zum anderen kündigte er die baldige Ausführung an. Er liess jedoch durchblicken, dass diesem Vorhaben kein Vorrang zukam, namentlich wegen der Personalbeschränkungen der Bundesverwaltung. Diese Situation blieb während mehr als zehn Jahren unverändert, und dies trotz einer zunehmenden Zahl von parlamentarischen Vorstössen[34], die gesetzgeberische Massnahmen zu verschiedenen Themenbereichen verlangten, namentlich zur Produktehaftpflicht, zur Haftung der Inhaber oder Eigentümer von Talsperren und zur Schliessung von Lücken in den Verjährungsbestimmungen.

1.1.2.2 Gesetzgeberische Tätigkeit

Während die Gesamtrevision nicht über das Stadium von Absichtserklärungen hinauskam, wurden neue Gefährdungshaftungen geschaffen, die sich nicht nur immer mehr vom gemeinen Recht entfernten, sondern auch vom bisher mehr oder weniger unveränderten Schema für die Spezialhaftungen. Das spektakulärste Beispiel dieser "neuen Welle" ist die absolut neuartige Bestimmung im Gewässerschutzgesetz, das die eidg. Räte 1971 verabschiedeten und im folgenden Jahr in Kraft trat[35]. Artikel 36 dieses Gesetzes enthielt eine Haftungsnorm, die in keiner bekannten Kategorie des schweizerischen Rechts (oder der Systeme der Nachbarstaaten) eingeordnet werden kann. Der Grundsatz dieser Haftung lautete:

---

31 Stark E.W., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 1967 II, S. 1 ff. (Zusammenfassung und Thesen, S. 100 ff. und 185).

32 Gilliard F., Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967 II, S. 193 ff.

33 ZSR 1967 II, S. 742 ff. (Resolution S. 819).

34 Vgl. hinten Anhang.

35 Inzwischen hat eine Totalrevision des GSchG stattgefunden. Ausgangspunkt war eine Botschaft des Bundesrates von 1987 (BBl 1987 II 1061 ff.). Schliesslich wurde sie im November 1992 rechtskräftig, nachdem das Parlament sie im Januar 1991 verabschiedet und das Volk sie in einer Referendumsabstimmung im Mai 1992 gutgeheissen hatte.

> "Wer durch seinen Betrieb, seine Anlagen oder durch seine Handlungen oder Unterlassungen ein Gewässer verunreinigt, haftet für den dadurch entstandenen Schaden."

Der Anknüpfungssachverhalt dieser Haftung liegt in der Gewässerverunreinigung als solcher. Man bezieht sich also nicht auf die Ursache der Verunreinigung, sondern direkt auf das Ergebnis. Denn alle denkbaren Situationen und Verhaltensweisen können eine Verunreinigung bewirken: der Besitz oder das Innehaben eines Betriebs oder einer Anlage, irgendwelche Handlungen oder das Unterlassen irgendeiner Handlung, die eine Verunreinigung hätte vermeiden können. Die Verunreinigung, definiert als "*nachteilige physikalische, chemische oder biologische Veränderung des Wassers*" (Art. 2 Abs. 2 des alten Gesetzes und Art. 4 des revidierten Gesetzes), macht an sich die Widerrechtlichkeit aus. Die Schäden, die sich daraus ergeben, sind unabhängig von ihrer Natur ersatzfähig. Dies gilt sogar für reine Vermögensschäden, die gewöhnlich ausgeschlossen sind, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend aufgrund der Unterscheidung zwischen absolut geschützten Rechtsgütern und jenen, die nicht automatisch geschützt sind[36]. Die Haftung des Verunreinigers (oder desjenigen, der die Verunreinigung nicht vermieden hat) setzt überhaupt keinen Zurechnungsgrund voraus. Je nach Fall kann ein qualifiziertes Risiko die Zurechnung rechtfertigen, aber dies ist keine Voraussetzung. Es kann auch eine Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt sein (durch Handeln oder Unterlassen), aber auch dies ist nicht notwendig. Die natürliche Kausalität allein genügt, um die Haftpflicht zu begründen. Bei einer Unterlassung wird nicht einmal ein Kausalzusammenhang verlangt. Denn man wird haftpflichtig für den Umstand, dass man nicht gehandelt hat, und dies unabhängig von irgendeiner Pflicht. Im Ergebnis haftet jeder gegenüber jedem für jeden Schaden, sofern dieser durch die Veränderung irgendeiner Eigenschaft des Wassers entstanden ist. Es handelt sich um eine reine Erfolgshaftung oder - vom Standpunkt des Haftpflichtigen aus gesehen - um eine Haftung für die reine Existenz[37].

Man könnte zur Not annehmen, dass das Abgleiten des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung des Gewässerschutzgesetzes auf eine momentane Verirrung oder auf Übereifer zurückzuführen ist. Dieser könnte auf den beunruhigenden Zustand der Gewässer zu Beginn der Siebziger Jahre zurückgeführt werden und auch auf die Dringlichkeit von Vorkehren gegen eine weitere Verschlechterung dieses Zustandes. Diese Erklärung wäre aber zu oberflächlich. Der wirkliche und tiefere Grund dieses Abgleitens liegt in einer langsamen und ständigen Erosion des Haftpflichtrechts und des Rechtsbewusstseins auf diesem Gebiet im Laufe dieses Jahrhunderts. Die Ursachen dieser Erosion lagen sowohl bei der Rechtsprechung, die gezwungen war, die immanenten Schranken des positiven Rechts immer weiter wegzuschieben, als auch beim Gesetzgeber, der von Fall zu Fall eingriff, um eine rechtliche Struktur auszubessern, die von der Realität immer mehr überholt worden war. Da kann es nicht erstaunen, dass sich das Bewusstsein der Grundlagen der Haftung unter einem solchen Druck

---

[36] Vgl. hinten 2.3.2.1 und 2.3.3.1.

[37] Oftinger K., Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, ZSR 1972, S. 101 ff.; ders., Eine neue schweizerische Bestimmung über die Haftpflicht wegen Verunreinigung von Gewässern, in: Festschrift Larenz, München 1973, S. 961 ff.; Oftinger K./Stark E.W., Schweiz. Haftpflichtrecht II/1, a.a.O. (Anm. 27), § 23, S. 475 ff.; kritisch: Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 321 ff.

immer mehr abschwächte und man in eine Lage kam, wo man glaubte, auf regelnde Grundsätze ganz verzichten zu können.

Dieser Verlust des Bewusstseins und des Masses in Bezug auf Ziel und Funktionen der Haftpflicht hat nicht aufgehört, die Geister zu verwirren. Noch in der Juni-Session 1994 hielt es der Ständerat für richtig, eine vom Bundesrat vorgeschlagene Kausalhaftungsnorm zu ergänzen, die nur Betriebe und Anlagen mit einer besonderen Gefahr für die Umwelt erfasste. Er wollte diese Kausalhaftung auf alle "*Betriebe und Anlagen*" ausdehnen, "*mit denen k e i n e besondere Gefahr verbunden ist*". Einzige Voraussetzung für diese Ausdehnung wäre gewesen, dass der Schaden rechtswidrig verursacht wird, weil er "*durch Nichtbeachtung der diesbezüglichen Umweltgesetzgebung entsteht*"[38]. Der einzige Unterschied zum alten Artikel 36 GSchG besteht darin, dass diese Haftung nicht den gewöhnlichen Sterblichen belastet, aber nur sofern er nicht das Unglück hat, eine "Anlage" zu betreiben. Und ohne Zweifel hätte man seine Küche, seine Heizung und seine Waschküche als Anlagen ansehen müssen. Erneut wäre man zu einer quasi unbegrenzten Haftung ohne Zurechnungsgrund gelangt.

Es ist eines der wichtigsten Anliegen der Gesamtrevision und der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts gemäss den Vorstellungen der Studienkommission[39] und der Verfasser dieses Vorentwurfs, die Grundlinien des Systems klar hervortreten zu lassen. Diese sind gleichzeitig tragende Säulen und Grenzsteine. Nur wenn es gelingt, diese Grundprinzipien wieder bewusst zu machen, können künftig Verirrungen vermieden werden.

Das "Muster" von Artikel 36 GSchG wurde anlässlich einer Vernehmlassung über einen ersten Entwurf des Umweltschutzgesetzes von 1973 erneut zur Diskussion gestellt. Aber die grosse Mehrheit der interessierten Organisationen lehnte es klar ab. Daher enthielt der Entwurf des Bundesrates von 1979[40] keine Haftpflichtnorm. Dagegen versuchte die Kommission des Nationalrates im Verlauf der mehr als vierjährigen parlamentarischen Beratungen, eine echte Gefährdungshaftung einzufügen. Ihr Vorschlag wurde im Plenum knapp abgelehnt[41]. Er wurde in der kürzlichen Revision des Umweltschutzgesetzes fast wörtlich übernommen[42].

Unterdessen hatte sich bei der Beratung des Sprengstoffgesetzes vom 25. März 1977 eine ähnliche Situation ergeben. Der Entwurf des Bundesrates hatte nur ein Versicherungsobligatorium vorgesehen. Er nahm so stillschweigend an, dass die Haftung nach dem gemeinen Recht genügte. Erst in der parlamentarischen Beratung kam die Idee einer Kausalhaftung der Inhaber von Betrieben oder Anlagen auf, die Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände herstell-

---

38 Amtl. Bull. 1994 S 486.

39 Es handelt sich um die Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (im folgenden "Kommission" genannt), die 1988 vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzt wurde (hinten 1.2) und deren Bericht 1991 vom Bundesamt für Justiz veröffentlicht wurde; vgl. in diesem Bericht namentlich die Ziffern III/2.2, S. 18 und V/2.1, S. 38 f.

40 Botschaft vom 31. Oktober 1979, BBl 1979 III 749 ff.

41 Amtl. Bull. 1982 N 479 ff.

42 Vgl. Art. 59*a* USG, Änderung vom 21. Dezember 1995; vgl. auch Botschaft und Entwurf des Bundesrates, BBl 1993 II 1445 ff.

ten oder verwendeten. Sie wurde in Artikel 27 dieses Gesetzes niedergelegt. Trotz der gewissen Eile, mit der die Bestimmung formuliert werden musste, kann man sie als Modell betrachten. Denn einerseits begnügt sie sich damit, den Grundsatz der Gefährdungshaftung festzulegen, die klassischen Entlastungsgründe zu erwähnen (höhere Gewalt, grobes Dritt- oder Selbstverschulden) und zu präzisieren, dass die Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) gleich den Einzelpersonen dieser Regelung unterstehen[43]. Anderseits verweist sie im Übrigen einfach auf das Obligationenrecht.

Die letzte Etappe der Gesetzgebung vor dem Revisionsbeginn von 1988 ist durch den Erlass eines Spezialgesetzes über die Kernenergiehaftpflicht gekennzeichnet. Dieses ist am 1. Januar 1984 in Kraft getreten und hat die Artikel 12 - 28 des Atomgesetzes von 1959 ersetzt[44]. Es ist das zweite Spezialgesetz, das ausschliesslich die Haftpflicht regelt, nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz[45] und vor dem Produktehaftpflichtgesetz[46] von 1993. Hauptzweck dieser Novelle war die Abkehr vom System der Haftungshöchstgrenze und die Einführung einer grundsätzlich unbeschränkten Haftung des Inhabers (und in gewissen Fällen des Eigentümers) der Kernanlagen. Damit wurde von internationalen Übereinkommen in diesem Bereich abgewichen[47]. Diese neue Konzeption bleibt aber ziemlich theoretisch. Sie wird nämlich erst wirksam, wenn die erste Versicherungsdeckung eines Pools der Privatversicherer (heute 700 + 70 Millionen Franken) und die zusätzliche Bundesdeckung (bis 1 Milliarde + 100 Millionen Franken) erschöpft sind. Die Bedeutung dieses Textes liegt dennoch in der erneuten Betonung eines Grundsatzes, dem das schweizerische Recht immer gefolgt ist, sofern es nicht von internationalen Übereinkommen gezwungen wurde, davon abzugehen: Eine Haftung beruht entweder auf einer gerechtfertigten Grundlage und dann soll das Mass der Haftung nach oben und nach unten unbegrenzt sein, oder sie ist nicht genügend gerechtfertigt und dann fehlt ihr jede Existenzberechtigung[48].

Eine letzte "Neuheit" im Bereich der speziellen Haftungen hat der Gesetzgeber in den Artikeln 39 und 40 des neuen Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 eingefügt. Entgegen der Stellungnahme der Studienkommission hat das Parlament hier erneut einen Tatbestand der sogenannten "einfachen" oder "milden" Kausalhaftung geschaffen. Diese erlaubt - oder erweckt jedenfalls den Anschein, sie erlaube - dem Betreiber einer Einrichtung oder Tätigkeit, die eine Gefährdung durch ionisierende Strahlung mit sich bringt, sich zu entlasten, in-

---

43 Vgl. hinten 2.2.3.2.

44 Vgl. vorne 1.1.1.2.

45 Vgl. vorne 1.1.1.1., vor Anm. 10.

46 Vgl. hinten 4.2.17.

47 Es handelt sich namentlich um das Übereinkommen von Paris vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie (geändert durch die Zusatzprotokolle vom 28. Januar 1964 und vom 16. November 1982), des Zusatzübereinkommens von Brüssel vom 31. Januar 1964 - beide von der Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert - sowie vom Übereinkommen von Wien vom 21. Mai 1963 über die zivilrechtliche Haftung für nukleare Schäden. Es besteht ausserdem ein gemeinsames Protokoll über die Anwendung des Wiener Übereinkommens und des Pariser Übereinkommens vom 21. September 1988, das die Schweiz ebenfalls unterzeichnet hat.

48 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), § 7, S. 283 ff.

dem er beweist, "*dass er alle Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgewendet hat*". Die hybride und problematische Konzeption dieser Haftungsart ist weiter vorne behandelt worden[49]. Im vorliegenden Fall scheint sie doppelt ungeeignet, die Situation zu regeln, die sie erfassen möchte: Denn entweder ist die Gefahr aufgrund ionisierender Strahlen ein charakteristisches und qualifiziertes Risiko und dann ist nicht einzusehen, warum sich der Haftpflichtige durch einen Sorgfaltsbeweis befreien kann. Oder diese Gefahr rechtfertigt keine Abkehr vom Grundsatz der Verschuldenshaftung und dann ist die Umkehr der Beweislast eine Verschärfung, für die es keine ausreichenden Gründe gibt. Am wahrscheinlichsten ist jedoch, dass der Befreiungsbeweis hier wie in anderen Fällen eine Illusion bleiben wird. Wenn eine Schädigung vorliegt, wird der Richter ganz einfach daraus folgern, dass die notwendigen Schutzmassnahmen nicht getroffen wurden. Die Verfasser des Vorentwurfs beantragen daher die Streichung des in Artikel 39 Absatz 1 StSG vorgesehenen Befreiungsbeweises[50].

1.1.2.3 Lehre und Rechtsprechung

Die Rechtslehre hat seit 1967 wieder bedeutend mehr Interesse an der Haftpflicht gezeigt. Mehrere spezielle Handbücher sind erschienen[51]. Die Grundfragen - Grundlagen und Voraussetzungen der Haftpflicht, namentlich die Probleme im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit, den indirekten Schäden und

---

49 Vgl. vorne 1.1.1.2.

50 Vgl. hinten 4.2.47.

51 Zu den wiederholten Neuauflagen und -drucken des Hauptwerks von Oftinger (vorne Anm. 27/28) kamen namentlich hinzu: Alfred Keller, "Haftpflicht im Privatrecht" (vorne Anm. 10), 1. Aufl., Bern 1970 (1987 und 1997 wurde das Werk durch einen zweiten Band ergänzt, nach der vierten Auflage von 1979; die fünfte und letzte Auflage stammt von 1993); der "Précis" von Henri Deschenaux und Pierre Tercier, La Responsabilité Civile, 1. Aufl., Bern 1975 (2. Aufl. 1982), das Skriptum "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" von Emil W. Stark, 1. Aufl., Zürich 1982 (2. Aufl. 1988); im Rahmen der Reihe "Das schweizerische Schuldrecht" von Max Keller und verschiedenen Mitautoren erschien Band II "Haftpflichtrecht" (Keller/Gabi), 1. Aufl., Basel/Frankfurt 1985 (2. Aufl. 1988); schliesslich sind zwei neue Lehrbücher erschienen: Heinrich Honsell "Schweizerisches Haftpflichtrecht" (2. Aufl., Zürich 1996) und Heinz Rey, "Ausservertragliches Haftpflichtrecht (Zürich 1995) .

Kommentiert wurde das Haftpflichtrecht in einer zweiten Auflage des Berner Kommentars (Kommentar zum schweiz. Privatrecht) von R. Brehm, Bd. VI/I/3/1 zu Art. 41 - 61 OR, Bern 1986/90 (die erste Aufl. von H. Becker stammte von 1941). Der Zürcher Kommentar (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch) ist bei der zweiten Auflage von 1929 von H. Oser und W. Schönenberger geblieben. Dagegen erscheint z.Z. ein neuer Kommentar des schweizerischen Privatrechts, herausgegeben von H. Honsell, N.P. Vogt und W. Wiegand; im Band "Obligationenrecht I (Art. 1 - 529 OR)", 2. Aufl., Basel 1996, sind die Art. 41 - 61 OR von A.K. Schnyder kommentiert.

Ebenfalls zu nennen sind die allgemeinen Handbücher des Obligationenrechts, die ausführliche Kapitel über die Haftpflicht enthalten, so das Werk von Bruno von Büren, "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil", Zürich 1964, der "Traité des obligations en droit suisse" von Pierre Engel, Neuenburg 1973, die Neuauflage des berühmten Handbuches von Andreas von Tuhr durch H. Peter, "Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I", (3. Aufl., Zürich 1979) und das aus dem Skriptum entstandene Werk Gauch/Schluep/Jäggi, 1. Aufl., Zürich 1977 (später Gauch/Schluep), "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil" (5. Aufl. 1991), von dem auch eine französische Fassung besteht: Gauch/Schluep/Tercier (2. Aufl. 1982).

der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges - werden immer mehr in wissenschaftlichen Kolloquien[52], Dissertationen und Artikeln behandelt, die die traditionellen Lehrmeinungen kritisch überprüfen. Man fragt sich sogar, ob das Privatrecht und die Haftpflicht noch einen sozial adäquaten Schadenersatz gewährleisten können, oder ob das System, das auf Zurechnungskriterien beruht, durch eine allgemeine Versicherungslösung ersetzt werden sollte[53]. Unter den aktuellen Themen, die auch die Komplexität, Unangemessenheit und Lückenhaftigkeit der heutigen Regelung aufzeigen, wird der Haftpflicht der Produzenten und Ärzte sowie dem Ersatz von Umweltschäden besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Die Rechtsprechung weist weiterhin eine Tendenz zur Ausdehnung der Haftung auf. In diesem Zusammenhang ist namentlich die Praxis des Bundesgerichts zu den "indirekten Schäden" oder "Reflexschäden" zu erwähnen: Zweimal hat unser oberstes Gericht bejaht, dass Schäden, die Einzelpersonen oder Unternehmungen nach dem Bruch einer Wasserleitung oder eines elektrischen Kabels erleiden, ersetzt werden können. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen und die Widerrechtlichkeit der Einwirkung zu begründen, stützte es sich auf Artikel 239 StGB ("Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen")[54]. Ferner hat unser höchstes Gericht den Bereich der geschädigten Rechtsgüter und der direkten Schäden ausgedehnt. Namentlich bejahte es, dass sowohl der Nervenschock, den ein Vater als Folge des Unfalltods seiner Kinder erlitt, als auch die Leiden eines Ehegatten oder von Eltern angesichts einer schweren Behinderung des anderen Ehegatten oder des Kindes zu ersetzen sind: die Schäden infolge Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit im Rahmen von Artikel 46 OR, die seelische Unbill nach Artikel 49 OR[55]. Schliesslich ist sogar eine gewisse Tendenz festzustellen, den Begriff des Sachschadens auszudehnen: Das Bundesgericht befand, die Weigerung der Konsumenten, nach dem Nuklearunfall von Tschernobyl Gemüse zu kaufen, komme für die Eigentümer der unverkäuflich gewordenen Ware einer direkten Beeinträchtigung des Eigentums gleich - obwohl die Haltung der Konsumenten wissenschaftlich gesehen nicht wirklich begründet war, sondern eher von einer psychologischen Überreaktion herrührte[56].

Eine andere Entscheidung zeigt deutlich die allgemeine Tendenz auf, den Bereich der Kausalhaftung auszudehnen. 1977 hat das Bundesgericht - mit er-

---

52 Klein F.-E. (Hg.), Colloque franco-germano-suisse ..., a.a.O. (Anm. 17); Die Verantwortlichkeit im Recht (Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980), Zürich 1981; Guillod O. (Hg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Colloque international de Genève 1990, Zürich 1991.

53 Vgl. Tercier P., Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, ZSR 1976 I, S. 1 ff. (19 ff.).

54 BGE 101 Ib 252 ff. und 102 II 85 ff.; BGE 104 II 95 ff. scheint hingegen anzuzeigen, dass diese Lösung nicht ein für alle Mal feststeht, und im Entscheid BGE 106 II 75 ff. konnte sich das Bundesgericht hinter dem Text von Art. 58 Abs. 1 SVG verschanzen - der nur von Personen- und Sachschäden spricht -, um die Haftung des Halters eines Traktors gegenüber einer Unternehmung abzulehnen, deren Produktion infolge eines von diesem Fahrzeug verursachten Kabelbruchs unterbrochen worden war.

55 BGE 112 II 118, 220 und 226, 116 II 519, 117 II 50.

56 BGE 116 II 480 ff. (492).

heblicher Verspätung gegenüber dem, was es seit langem bei Artikel 55 und 56 OR bejahte[57] - offiziell die in der Lehre vertretene Auffassung besiegelt, wonach Artikel 333 ZGB eine Kausalhaftung vorsieht und nicht nur eine Umkehr der Beweislast für das Verschulden des Familienhauptes, das seine Kinder erziehen und beaufsichtigen muss[58]. Im Entscheid findet sich eine paradoxe Aussage, aber die Paradoxie ist in einem System, wo sich Kausal- und Verschuldenshaftung vermischen, nur scheinbar. Das oberste Gericht legte Wert auf die Feststellung, dass seine Grundsatzerklärung über die Grundlage der Haftung "*die Kriterien für die Beurteilung der Aufsichtspflicht nicht verändert*" und dass "*der Grad der Aufmerksamkeit, den der Familienvater an den Tag legen muss, nicht nach strengen und absoluten Kriterien bestimmt werden kann, sondern nach den besonderen Umständen des Einzelfalles bestimmt werden muss*"[59]. In Wirklichkeit muss man zugeben, dass die Anforderungen an die nach den Umständen gebotene Sorgfalt - und umgekehrt jene, die man erfüllen muss, um sich entlasten zu können - immer strenger geworden sind.

Der Höhepunkt dieser Entwicklung der Rechtsprechung wird 1984 mit dem berühmten Entscheid BGE 110 II 456 ff. erreicht. Dem Bundesgericht gelang es, den Befreiungsbeweis von Artikel 55 OR ganz einfach zu beseitigen und auf dieser "tabula rasa" die neue Produktehaftpflicht einzuführen. Diese war noch radikaler als der Vorschlag des europäischen Gesetzgebers[60]. Seitdem deutet nichts darauf hin, dass diese äusserst freie "Auslegung" der Haftung des Geschäftsherrn-Herstellers in Frage gestellt würde. Und hätten die Dinge nicht aufgrund spektakulärer Ereignisse, von denen gleich die Rede sein wird, eine andere Wendung genommen, darf man annehmen, dass diese neue "Organisationshaftung" zu einer umfassenden Lückenbüsserin geworden wäre und der Gesetzgeber sich dies zunutze gemacht hätte, um seine Untätigkeit zu verlängern und zu rechtfertigen.

1.1.2.4 Der Warnschuss von Schweizerhalle

Es brauchte eine ernste und schicksalhafte Warnung, um die Welt der Politiker an ein Revisionsprojekt, das die Welt der Juristen 20 Jahre zuvor als reif und realisierbar angesehen hatte, zu erinnern und von dessen Notwendigkeit und Dringlichkeit zu überzeugen. Diese Warnung erging am 1. November 1986. Nach dem Ausbruch eines Brandes in einem Lagerhaus agrochemischer Produkte der Firma Sandoz AG in Schweizerhalle war das Löschwasser voll von giftigen Substanzen und verunreinigte den Rhein auf einer Strecke von Hunderten von Kilometern. Rückblickend erwiesen sich die Schäden als nicht so

---

57 Vgl. vorne 1.1.1.2.

58 BGE 103 II 24 ff.

59 Diese Kriterien waren in der Tat immer durch eine grosse Nachsicht gekennzeichnet. Verschiedene Familienhäupter wurden aufgrund von Artikel 333 ZGB weniger streng beurteilt, als wenn man die ordentliche Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR angewendet hätte (vgl. Widmer, Standortbestimmung ..., a.a.O. [Anm. 17], S. 314 f. und Anm. 61).

60 Widmer P., La responsabilité du fait des produits en Suisse, in: Journées de la Société de législation comparée 1989, Paris 1990, S. 597 ff. (Anm. 14 ff., S. 607 ff.); ders. Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung (-en), ZSR 114 (1995), S. 23 ff., N 9 ff.

schlimm, wie man zu Beginn befürchtete. Die Schadenersatzbegehren von Einzelpersonen, Geschäftsleuten und von Gemeinden, deren Wasserversorgung beeinträchtigt war, wurden vom haftpflichtigen Unternehmen und dessen Versicherern befriedigt, ohne dass sich die Gerichte darum kümmern mussten. Aber die Öffentlichkeit war bereits sechs Monate zuvor durch den Nuklearunfall von Tschernobyl aufgerüttelt worden und war daher dieses Mal wirklich beunruhigt. Diese Unruhe schlug sich sofort in zahlreichen Vorstössen in den Eidg. Räten nieder, die die Einführung neuer Gefährdungshaftungen verlangten, namentlich im Bereich der chemischen Industrie. Mehrere Anträge forderten zudem in allgemeiner Weise rechtliche Massnahmen zur besseren Erfassung der Umweltschäden. In dieser Flut von Begehren wurden auch ältere Vorschläge wieder aufgenommen, wie die Einführung einer Produktehaftpflicht, einer besonderen Haftung der Inhaber von Stauanlagen, eine Verschärfung der Arzthaftung und das ursprüngliche Vorhaben einer Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

Als Antwort auf diesen intensiven politischen Druck hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement durch die Verfügung vom 26. August 1988 eine Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eingesetzt.

1.2 Die Arbeiten der Studienkommission

1.2.1 Der Auftrag

Der Auftrag der Studienkommission[61] war weit umschrieben: Sie sollte die Grundlagen einer tiefgreifenden Revision des Haftpflichtrechts erarbeiten und

---

[61] Mitglieder der Kommission waren: Pierre Widmer, Bern/Lausanne, Vize-Direktor des Bundesamtes für Justiz und, seit 1990, Direktor des Schweizerischen Institutes für Rechtsvergleichung in Lausanne, Professor an der Hochschule St. Gallen und Verfasser mehrerer Aufsätze über das Haftpflichtrecht und seine Revision (Präsident); Alfred Keller, Hünikon (ZH), ehemaliger Stellvertretender Direktor und Chef der Schadenabteilung der Generaldirektion der "Winterthur"-Versicherungsgesellschaft, Verfasser des Handbuches "Haftpflicht im Privatrecht" (vorne Anm. 10 und 51) und zahlreicher Aufsätze über verschiedene Bereiche des Haftpflicht- und Versicherungsrechts; Alfred Koller, St. Gallen, Professor an der Hochschule St. Gallen, Verfasser einer Dissertation über "Die Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR" (Freiburg, 1980), Mitverfasser der 8. Auflage des Handbuches von Theo Guhl "Das schweizerische Obligationenrecht" (Guhl/Merz/Koller, Zürich 1991), Verfasser verschiedener Artikel über das Haftpflichtrecht; Emil W. Stark, Winterthur, emeritierter Professor an der Universität Zürich, deutschsprachiger Berichterstatter am Schweizerischen Juristentag von Neuenburg (vorne 1.1.2.1 und Anm. 31), Verfasser der 4. Auflage des Besonderen Teils (Bd. II/1-3) und der 5. Auflage des Allgemeinen Teils (Bd. I) des Handbuches "Schweizerisches Haftpflichtrecht", von K. Oftinger, des Lehrmittels "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" (vorne Anm. 27 und 51) und zahlreicher Aufsätze über verschiedene Fragen des Haftpflichtrechts; Peter Stein, Basel, Anwalt, spezialisiert im Bereich des Haftpflicht-, Sozial- und Privatversicherungsrechts, Rechtsberater des Schweiz. Touring Club, Verfasser zahlreicher Aufsätze auf diesen Gebieten; Pierre Tercier, Freiburg, Professor an der Universität Freiburg, Verfasser einer Dissertation "Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse" (Freiburg 1971), Mitverfasser des Lehrbuches Deschenaux/Tercier "La responsabilité civile" (vorne Anm. 51), Verfasser des Werkes über "Le nouveau droit de la personnalité" (Zürich 1984) und zahlreicher Artikel über verschiedene Probleme des Haftpflichtrechts; Pierre Wessner, Bevaix, Professor an der Universität Neuenburg, Verfasser einer Dissertation über "La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux" (Neuenburg 1981) und verschiedener Beiträge zum Haftpflichtrecht.

dabei alle Normen und Regelungen des positiven Rechts beachten, die unmittelbar Schadenersatz vorsehen oder diesen auf die eine oder andere Weise beeinflussen (wie namentlich die Gesetzgebung im Bereich des Privat- und Sozialversicherungsrechts).

Zu diesem Zweck sollte die Kommission namentlich die folgenden Problembereiche behandeln:

a. die Funktion des Haftpflichtrechts im Rahmen der geltenden schweizerischen Rechtsordnung sowie im Hinblick auf ihre künftige Entwicklung, namentlich seine Rolle im Verhältnis zu anderen Schadenausgleichssystemen und die Frage nach der Möglichkeit und Zweckmässigkeit seiner gesamten oder teilweisen Ersetzung durch Versicherungs- oder Fondslösungen;

b. die Grundlagen und Voraussetzungen des geltenden haftpflichtrechtlichen Systems (Anknüpfungstatbestände und Zurechnungskriterien), das gegenseitige Verhältnis der Haftungskategorien (Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Gefährdungshaftungen) sowie das Verhältnis zwischen ausservertraglicher und vertraglicher Haftung;

c. die Einführung weiterer verschuldensunabhängiger Haftungsformen für noch nicht erfasste technische und/oder organisatorische Risiken, beziehungsweise die Möglichkeit und Zweckmässigkeit einer Generalisierung der Gefährdungs- sowie einer allfälligen Organisationshaftung;

d. Möglichkeiten der materiellen und formellen Vereinheitlichung von Regelungen, die in verschiedenen Haftungsbereichen für gleichartige Probleme unterschiedliche Lösungen vorsehen (Entlastungsgründe, ersatzfähiger Schaden, Schadensberechnung, Schadenersatzbemessung, Ersatz des immateriellen Schadens, Anspruchskonkurrenz und Regressordnung, Verjährung usw.);

e. Die Notwendigkeit materieller Änderungen und Anpassungen in Einzelfragen, die Gegenstand rechtspolitischer Kritik und Forderungen bilden (z.B.: Beweiserleichterungen, evtl. Beweislastumkehrungen zugunsten des Geschädigten, Aufhebung des Haftungsprivilegs der Familienangehörigen

---

Zu verschiedenen Fragen hat die Studienkommission die Meinungen externer Experten eingeholt. Vom Institut für Versicherungswirtschaft, das der Hochschule St. Gallen angeschlossen ist, verlangte sie eine Untersuchung über die wirtschaftlichen Auswirkungen des traditionellen Systems der Haftung aufgrund der Zurechnung und der verschiedenen Konzeptionen, die auf einer Versicherungslösung beruhen; Hans Merz, Bern, emeritierter Professor an der Universität Bern, arbeitete ein Gutachten über den Grundsatz der Solidarität aus; Hansjörg Steiner, Zürich, Jurist bei der Zürich-Versicherungsgesellschaft, verfasste eine Studie zum Problem der vorläufigen Entschädigungen; Walter Stoffel, Freiburg, Professor an der Universität Freiburg, behandelte die Probleme der Zuständigkeit und des Verfahrens.

Schliesslich lud die Kommission Professor Ulrich Zimmerli, Präsident der Kommission des Ständerates, die sich mit dem Entwurf eines Gesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts befasste, und auch den Verfasser dieses Entwurfes, Hans Naef, zu einer Sitzung ein; sie hörte ferner Edgar Schmid an, Chef der Rechtsabteilung der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), und Lukas Denger, Chef der Sektion AHV/IV-Regress des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV).

und des Arbeitgebers[62], Klarstellung des Solidaritätsprinzips[63], Überprüfung der Regressordnung, Verlängerung von Verjährungsfristen bzw. Neufestsetzung des Zeitpunktes für den Beginn der absoluten Verjährung);

f. Mechanismen zur Beschleunigung der (vorläufigen) Schadensdeckung;

g. Einführung neuer Versicherungsobligatorien und direkter Forderungsrechte;

h. Notwendigkeit besonderer Verfahrensregeln für die Liquidierung von Massenschäden.

Bei der Behandlung dieser Fragen sollte die Kommission einen detaillierten Katalog der in der Reform zu behandelnden Fragen und Lösungsvorschläge in Thesenform vorlegen. Ferner erwartete man von ihr eine allgemeine Konzeption des Vorgehens bei der Revision und eine Stellungnahme zur Frage, ob gewisse aktuelle Themen vorweg zu behandeln seien, wie etwa die Umwelt-, die Produktehaftpflicht und die Haftung der Inhaber von Staudämmen. Tatsächlich sind in diesen drei Bereichen vor der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts gesetzgeberische Arbeiten unternommen worden[64], sei es aus innenpolitischen Gründen, sei es wegen der Beschleunigung der europäischen Integration.

1.2.2 Überblick über die grundlegenden Entscheidungen der Kommission

1.2.2.1 Rolle, Grundlagen und Anwendungsbereich der Haftungsnormen

1.2.2.1.1 Haftpflicht oder Versicherung?

Bevor die Studienkommission allfällige Änderungen und Anpassungen des klassischen Haftpflichtrechts diskutierte, musste sie eine grundlegende Vorfrage lösen: Sollten die privatrechtlichen Schadenersatzbestimmungen in der Revision beibehalten werden oder sollte eine radikale Änderung des Systems angestrebt werden, indem die Haftpflicht durch ein leistungsfähigeres Versicherungssystem ersetzt wird - zumindest teilweise, besonders im Bereich der Personenschäden? Sie musste vor allem prüfen, ob man sich an ausländische Vorbilder anlehnen sollte, die gemeinhin "*no fault*" genannt werden. Das bekannteste ist das neuseeländische *Accident Compensation Scheme* (ACS)[65]. Ferner musste sie prüfen, ob eine solche Konzeption die Entschädigung beschleunigen und verbessern kann, indem diese von der Belangung der haftpflichtigen Person unabhängig gemacht wird.

---

62 Es handelt sich um die "Begrenzung der Haftung" der Ehegatten, Vorfahren und Nachkommen sowie des Arbeitgebers gemäss Art. 44 UVG.

63 Das Problem der Solidarität wurde kürzlich im Rahmen der Revision des Aktienrechts behandelt (Änderung des OR vom 4. Oktober 1991), namentlich bezüglich der Haftung der Revisionsstelle; daraus ergab sich eine neue Formulierung von Art. 759 OR.

64 Bezüglich Revision des Umweltschutzgesetzes vgl. vorne 1.2.2.2 sowie Anm. 38 und 40; bezüglich des Produktehaftpflichtgesetzes vgl. hinten 4.2.17.

65 Vgl. Fleming J., Accident Schemes Abroad, in: Guillod O. (Hg.), Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile (Anm. 52), S. 429 ff.

Wie zu erwarten war, erwies es sich als schwierig, einen Konsens zu finden, solange das Problem auf grundsätzlicher Ebene behandelt wurde und man das Für und Wider aufgrund verschiedener Auffassungen über das anzustrebende Ziel besprach. Um aus dieser Sackgasse herauszukommen, wollte die Kommission ihre Entscheidung aufgrund streng objektiver und ethisch neutraler Kriterien fällen. Sie bemühte sich, Zahlen und Prognosen zu beschaffen, welche die wirtschaftliche Auswirkung beider Konzeptionen aufzeigten. Der Auftrag für diese "*ökonomische Analyse*" wurde dem Institut für Versicherungswirtschaft erteilt, das der Hochschule St. Gallen angeschlossen ist.

Obwohl die Ergebnisse dieser Analyse nicht allen Erwartungen entsprachen, konnte daraus eine Schlussfolgerung gezogen werden, die klar genug war[66]. Ein System der allgemeinen Unfallversicherung würde gegenüber dem heutigen System *keine wesentlichen Einsparungen bringen*. Namentlich konnte man feststellen, dass die Kosten des Rückgriffs unter Versicherern (der übrigens häufig in standardisierten Verfahren und pauschal abgewickelt wird) entgegen gewissen Annahmen kaum 6 2/3 % der Gesamtsumme der Entschädigungszahlungen ausmachen. Andererseits erwies es sich als schwierig, die zusätzlichen Finanzierungsbedürfnisse abzuschätzen, die ein erweitertes Versicherungssystem hervorruft. Die Schwierigkeiten, mit denen das neuseeländische System zu kämpfen hat, waren und sind im Übrigen nicht geeignet, alle Befürchtungen in dieser Hinsicht zu zerstreuen. Diese Bedenken können sich im heutigen wirtschaftlichen und politischen Klima nur verschärfen.

Zwei ergänzende Überlegungen bestärkten die Kommission in ihrer Auffassung, dass unter diesen Umständen die traditionelle Ordnung nicht aufgegeben werden muss: Erstens hätten ohnehin Haftungsnormen für Sachschäden und "andere Schäden" beibehalten werden müssen. Zweitens wäre ein total neues System nur lebensfähig, wenn es auf internationaler Ebene nicht isoliert dastünde. Aber zumindest in Europa bestehen keine Anzeichen für eine Entwicklung in diese Richtung.

Die Kommission sah es daher als erwiesen an, dass sich eine Reform lohnt, die im wesentlichen *das Haftpflichtrecht auf seinen heutigen privatrechtlichen Grundlagen vervollkommnet.* Sie soll es vereinheitlichen, vereinfachen, seine Lücken schliessen und ihm so ermöglichen, den berechtigten Ansprüchen der schweizerischen Gesellschaft an der Schwelle des 21. Jahrhunderts zu entsprechen.

1.2.2.1.2 Die Funktionen des Haftpflichtrechts

Grundlegender Ausgangspunkt für die Überlegungen der Studienkommission war folgender Gedanke: Der *erste Zweck des Haftpflichtrechts besteht darin, den sozial adäquaten Ersatz von Schäden zu gewährleisten.* Mit anderen Worten muss es Verluste unter den beteiligten Personen nach einleuchtenden Kriterien verteilen, die den allgemeinen Zielsetzungen der Rechtspolitik entsprechen. Die betreffenden Regeln haben deshalb eine doppelte Aufgabe: sie dienen gleichzeitig dazu, die Ersatzpflicht zu rechtfertigen und sie in vernünftigen Grenzen zu halten.

---

66 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/1, S. 6 ff.

Aus der Festlegung dieses Grundsatzes ergibt sich, dass die *Präventions- und Sanktionsfunktion* dem Hauptzweck des Ersatzes (Reparationsfunktion) nachgeordnet sind, und zwar sowohl bei der Bestimmung der Grundlagen der Haftung als auch bei der Umschreibung ihrer Einzelheiten[67].

1.2.2.1.3 Haftungskategorien und Zurechnungskriterien: Drei Generalklauseln

Bezüglich der *Prinzipien oder Grundlagen der Haftung* hat die Kommission im wesentlichen die traditionelle Auffassung übernommen, wonach das schweizerische System auf einer "Trilogie" von Hauptkriterien beruht[68]:

Einerseits gibt es die *Verschuldenshaftung.* Im schweizerischen Recht wird sie durch die berühmte Generalklausel von Artikel 41 OR geregelt, die häufig als "Mutter" jeder Haftung angesehen wird. Ihr sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich ist praktisch unbegrenzt. Denn sie knüpft an jedwedes menschliches Verhalten an. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind (Schaden, rechtswidrige Einwirkung, Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden), geschieht die Zurechnung aufgrund eines subjektiven Elements, dem Vorwurf, nicht alles getan zu haben, was man vernünftigerweise hätte tun können und sollen, um die Schädigung eines Dritten zu vermeiden. Die Kommission wollte dieses Grundprinzip der Haftung beibehalten, aber ihm seinen *eigentlichen subjektiven Charakter zurückgeben*. Das wird möglich, wenn man einer wirklich kausalen Haftung mehr Raum gibt, indem man die (kausale) Gefährdungshaftung und Organisationshaftung verallgemeinert[69].

Andererseits gibt es die Tatbestände der "scharfen" Kausalhaftung, die auch "*Gefährdungshaftungen*" genannt werden. Sie sind in zehn Spezialgesetzen verstreut. Ihr gemeinsames Merkmal ist, dass sie an eine Situation oder Tätigkeit anknüpfen, mit denen ein hohes, aber von der Rechtsordnung geduldetes Risiko verbunden ist. Die Schaffung dieser Gefahr ist daher weder rechtswidrig noch schuldhaft. Diesen Anknüpfungssachverhalten (die für die einzelnen Tatbestände mehr oder weniger eng definiert sind) entspricht ein Zurechnungskriterium, das im wesentlichen wirtschaftlich begründet ist: Zum Ausgleich für sein Privileg, eine gefährliche Tätigkeit auszuüben oder zu betreiben, muss der Unternehmer oder der Nutzniesser der Tätigkeit die Folgen tragen, wenn die Gefahr sich verwirklicht und einem anderen einen Schaden zufügt. Die Studienkommission schlägt vor, eine Generalklausel der Gefährdungshaftung einzuführen[70]. Dies ist eines der wichtigsten Elemente der Revision.

Zwischen diesen Kategorien, die gewissermassen die Ecksteine des Systems bilden, kann man eine dritte unterscheiden. Sie ist in gewisser Hinsicht eine Mittel- oder Übergangskategorie, die Bestandteile der anderen Kategorien in

---

67 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/2, S. 17 ff. und These 32-1.

68 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21 ff. und These 33-1 sowie V/3.1, S. 53 f. und These 53-1.

69 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23 f. und V/3.2, S. 56 f. und These 53-2.

70 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.3, S. 26 ff. sowie V/3.3, S. 60 ff. und These 53-4.

sich vereinigt. Sie umfasst namentlich die besonderen Haftungen des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts ausserhalb der Generalklausel von Artikel 41 OR, die man gemeinhin "*einfache, gewöhnliche*" oder "*milde Kausalhaftungen*" nennt. Sie gelten für das Familienhaupt (Art. 333 ZGB), den Grundeigentümer (Art. 679 ZGB), den Geschäftsherrn (Art. 55 OR), den Tierhalter (Art. 56 OR) und den Werkeigentümer (Art. 58 OR)[71]. Ihre Entwicklung wurde weiter vorne umrissen[72]. Dabei wurde gezeigt, wie einige dieser Normen ihre Natur verändern konnten, indem sie sich immer mehr von besonderen Tatbeständen der subjektiven Haftung in neue Tatbestände der Kausalhaftung umwandelten. Diese Umwandlung geschah regelmässig über die Umkehr der Beweislast und eine immer stärkere Objektivierung der gebotenen Sorgfalt, die aus immer ausgeklügelteren Pflichten abgeleitet wurde. Diese wurden, wie es scheint, häufig erst nach dem Schadenereignis massgeschneidert und auf die betreffende Bestimmung "zurückprojiziert", um deren Anwendung zu erlauben[73].

Daher ist es nicht leicht, das oder die Kriterien der Zurechnung zu bestimmen, die Grundlage dieser hybriden Haftungen sind. Die Kommission hat die Auffassung eines seiner Mitglieder diskutiert, wonach die "*Unregelmässigkeit*" ihr gemeinsames Merkmal sei. Daraus hätte sich die blosse Widerrechtlichkeit als Haftungsgrundlage ergeben. Gegen diese These wurde geltend gemacht, dass jede Schädigung aus einer Unregelmässigkeit herrührt, sei es eine vorwerfbare Unregelmässigkeit des Verhaltens bei der Verschuldenshaftung, sei es eine technische Unregelmässigkeit bei der Gefährdungshaftung. Aber gerade um eine Ersatzpflicht zu rechtfertigen, brauche es einen zusätzlichen Grund zur blossen Widerrechtlichkeit und Verursachung. Wenn man ein allgemeines Prinzip der Haftung für jede Schädigung infolge einer Unregelmässigkeit bejahte, hiesse dies nicht nur, die Verschuldenshaftung und die Kausalhaftung miteinander zu vermischen. Man würde sie auch überflüssig machen und sie durch eine Einheitsregelung ersetzen, deren Grenzen schwierig abzusehen sind. Die Mehrheit der Kommission erkannte zwar an, dass die bestehenden Fälle der gewöhnlichen Kausalhaftung ihre Wurzeln in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts haben und eine gewisse praktische Legitimität erhalten haben. Sie befand jedoch, ihre Daseinsberechtigung sei in einem späteren Stadium der Revision erneut zu überprüfen, namentlich angesichts der neuen Generalklauseln der Kausalhaftung und der Quasi-Kausalhaftung. Sie kam ferner zum Schluss, dass der Gesetzgeber künftig auf keinen Fall neue solche Haftungsarten schaffen solle[74].

Bekanntlich hat sich nicht nur der Gesetzgeber beim Strahlenschutzgesetz[75] und bei der Anlehnung an die europäische Richtlinie über die Produktehaft-

---

71 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 24 ff.

72 Vgl. vorne, 1.1.1.2 und 1.1.2.3.

73 Ein Beispiel, das diese Tendenz in besonders auffallender Weise illustriert, ist BGE 95 II 93 ff., bes. 107 f.). Dort warf das Bundesgericht einem Arbeitgeber vor, seinen Arbeitnehmern nicht ausdrücklich gesagt zu haben, dass sie auf keinen Fall die Hilfe von Dritten in Anspruch nehmen dürften, als sie einen Kasten von ihrem Lastwagen bis zum neuen Gebäude trugen, wo sie ihn installieren sollten. Der betreffende Dritte war die Treppe hinuntergefallen, als er im Eingangsraum rückwärts ging.

74 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2 a.E., S. 25 f. und These 33-1.

75 Vgl. vorne 1.1.2.2. a.E.

pflicht[76] über diese Empfehlung hinweggesetzt. Auch die Kommission selbst hat eine Generalklausel der "*Organisationshaftung*" vorgeschlagen, die einen "Organisationsfehler" voraussetzt und deshalb ebenfalls zu den Haftungen gezählt werden muss, die auf der vermuteten Verletzung einer objektivierten Sorgfaltspflicht gründen[77].

1.2.2.1.4 Schaffung eines Allgemeinen Teils im Obligationenrecht - Grundnorm

In *systematischer Hinsicht* hat die Kommission drei Hauptvarianten geprüft. Zunächst verwarf sie den Gedanken eines "*Code de la responsabilité*", in dem sämtliche haftpflichtrechtlichen Bestimmungen zusammengefasst worden wären. Sie lehnte auch das bescheidenere Modell eines Spezialgesetzes ab, das nur die Gefährdungshaftung umfasst hätte und die traditionellen Bestimmungen über die Verschuldenshaftung und die gewöhnlichen Kausalhaftungen im Zivilgesetzbuch und im Obligationenrecht belassen hätte.

Die Kommission entschied sich für eine neue Konzeption: einen *Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts.* Dieser könnte ausgehend vom heutigen Zweiten Kapitel des Ersten Titels des Obligationenrechts, also von den heutigen Artikeln 41 - 61 OR über "unerlaubte Handlungen", geschaffen werden. Es gehe dabei nur darum, die allgemeine Funktion dieser Bestimmungen im geltenden Recht zu bekräftigen, wo schon häufig mehr oder weniger weitgehend darauf verwiesen wird[78]. Danach seien auf der Ebene der Spezialgesetzgebung alle Konsequenzen zu ziehen. Dies bedeute namentlich, dass sich die Spezialgesetze in Zukunft darauf beschränken können, den Tatbestand zu umschreiben, an den die besondere Haftung geknüpft ist, und im Übrigen nur gewisse Einzelheiten der Haftung zu regeln, soweit Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen aus Gründen unumgänglich sind, die mit der Besonderheit der betreffenden Situation zusammenhängen[79].

Der Allgemeine Teil ist gemäss dem Vorschlag der Kommission *klassisch gegliedert*: Zuerst werden die Haftungsprinzipien und ihr Anwendungsbereich festgelegt. Danach werden die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung umschrieben, und schliesslich werden ihre Einzelheiten geregelt[80].

Diese Gliederung konkretisiert sich gleich zu Beginn in einer *Grundnorm*[81], die gewissermassen den Grundstein des ganzen Systems bildet. Diese ist nur scheinbar neu. Sie nennt lediglich zum einen die *allgemeinen Voraussetzungen, die für alle Haftungsarten gelten* (Schaden, Widerrechtlichkeit der Einwirkung, Kausalzusammenhang) und zum anderen das *Zurechnungskriterium*, das einen Leitgedanken darstellt. Die hauptsächlichen Anknüpfungssachverhalte und Zurechnungskriterien werden nach- und nebeneinander ge-

---

76 Vgl. hinten 4.2.17.

77 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4 und These 53-5, S. 69 ff.

78 Vgl. hinten 4.1.

79 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), IV/1.4 und These 41-1, S. 31 ff.; vgl. auch hinten 2.4.4.2.

80 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/1.2, S. 36 ff.

81 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1 und These 52-1, S. 38 ff.

nannt: schuldhaftes Verhalten, Beizug von Hilfspersonen, Ausübung gefährlicher Tätigkeit. Damit verkündet die Grundnorm einen Programm-Gedanken: Die theoretische und philosophische Vorherrschaft, die Rechtsprechung und Lehre bisher dem Verschulden zuerkennen, wird aufgehoben. Nach den Überlegungen der Kommission soll das grundlegende subjektive Kriterium des Verschuldens nicht aufgegeben werden. Im Gegenteil soll ihm *seine ursprüngliche Bedeutung zurückgegeben* werden, indem es von unpassenden Funktionen befreit wird. Diese können von jetzt an von anderen - aber gleichwertigen - Zurechnungskriterien im Rahmen der Kausalhaftung übernommen werden[82].

1.2.2.1.5 Beibehaltung der Zweiteilung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung

Die Kommission hat folgendes Problem wiederholt besprochen, ohne zu einem endgültigen Schluss zu kommen: die Berechtigung zweier unterschiedlicher Haftungsordnungen, je nachdem, ob der Schaden innerhalb oder ausserhalb eines vertraglichen Verhältnisses verursacht worden ist. Sie hat sich lange mit dem Vorschlag einiger Mitglieder befasst, *die beiden Haftungsarten zu vereinheitlichen*. Der Vorschlag war bereits von mehreren juristischen Autoren unterbreitet worden[83]. Soweit wie möglich sollten die Unterschiede zwischen den Regelungen beseitigt werden. Einige davon bestehen übrigens mehr scheinbar als wirklich. Dies gilt vor allem für die unterschiedliche *Verteilung der Beweislast* in den Artikeln 41 Absatz 1 und 97 Absatz 1 OR. Es gilt weitgehend auch für die angeblich *strengere Haftung für Hilfspersonen* nach Artikel 101 im Verhältnis zu Artikel 55 OR. Andere Unterschiede sind ganz einfach nicht gerechtfertigt, so die verschiedenen *Verjährungsfristen* nach den Artikeln 60 oder 127/28 OR. Soweit die Unterschiede praktische Auswirkungen haben, überzeugen sie um so weniger, als das schweizerische Recht die *Anspruchskonkurrenz* zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung zulässt.

Deshalb wurde vorgeschlagen, die vertragliche Haftung in die Grundnorm einzubeziehen und zudem eine Bestimmung vorzusehen, die die allgemeinen Bestimmungen der (ausservertraglichen) Haftung ausdrücklich auf den vertraglichen Bereich anwendbar erklärt[84]. Die Kommission hat dieses Ansinnen abgelehnt. Die Mehrheit erachtete die Unterschiede zwischen den Haftungsregelungen als gerechtfertigt, vor allem den Umstand, dass der vertragliche Schuldner grundsätzlich strenger als irgendein Dritter haftet, mit dem die geschädigte Person vor dem Schadenereignis keinerlei Beziehung hatte[85].

---

82 Vgl. hinten 2.4.2.

83 Vgl. Jäggi P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe W. Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.; vgl. auch im selben Werk (S. 163 ff.), aber mit einer anderen Auffassung: Yung W., Devoirs généraux et obligations; für rechtsvergleichende Überlegungen vgl. Tunc A., La responsabilité civile, 2. Aufl. Paris 1989, S. 32 ff.

84 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 39 f. und V/4.1, S. 74 ff.

85 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.1.2 und These 54-1, S. 77 f.

1.2.2.1.6 Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung

In Bezug auf die Staatshaftung ging die Kommission von drei Feststellungen aus. Zunächst hielt sie fest, dass die Unterscheidung des heutigen Artikels 61 OR zwischen "*amtlichen Verrichtungen*" einerseits und "*gewerblichen Verrichtungen*" andererseits, die von "öffentlichen Beamten oder Angestellten" ausgeübt werden, wenig befriedigte. Sie hat zu bizarren und ungehörigen Ergebnissen geführt, vor allem bei der Arzthaftung in öffentlichen Spitälern[86]. Ferner gibt es schon heute zahlreiche Fälle, wo die Gemeinwesen einer privatrechtlichen Haftung unterstehen, sei es aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung des einen oder anderen Spezialgesetzes[87], sei es, weil sich die Rechtsprechung in diese Richtung bewegt hat[88]. Schliesslich haben der Bund und die grosse Mehrheit der Kantone die Haftung für Schäden, die ihre Beamten und Bediensteten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursacht haben, einer kausalen und primären oder sogar ausschliesslichen Haftung des Gemeinwesens - als juristische Person und als Arbeitgeberin des Schädigers - unterstellt[89].

Vor diesem Hintergrund ging die Kommission von der Überlegung aus, dass die Zuweisung der wirtschaftlichen Last eines Schadens mittels Zurechnungskriterien ihrem Wesen nach zum Privatrecht gehört - im Gegensatz etwa zur Zwangsentschädigung im Enteignungsrecht - und sprach sich für eine *möglichst weitgehende Angleichung der Haftungsordnungen des privaten und des öffentlichen Rechts* aus. Dieser Wille zur Vereinheitlichung äusserte sich einerseits in einer engeren Definition des Bereiches, in dem Bund und Kantone von der normalen Haftungsregelung des Allgemeinen Teils und der Spezialbestimmungen abweichen können: Diese Abweichungen sollen grundsätzlich nur noch für Tätigkeiten zulässig sein, die unmittelbar mit der "*Ausübung hoheitlicher Gewalt*" ("*exercice de la puissance publique*") zusammenhängen. Andererseits soll der Grundsatz der genannten Haftungsregelungen verallgemeinert werden, wonach die Gemeinwesen namentlich im Bereich der Gefährdungshaftung und der anderen (gewöhnlichen) Kausalhaftungen dem Privatrecht unterstehen. Er soll in diesen Fällen unabhängig von der Natur der betreffenden staatlichen Tätigkeit gelten, also unabhängig davon, ob sie mehr oder weniger zur "hoheitlichen Gewalt" gehört. Schliesslich vertrat die Kommission trotz allem Respekt vor dem Föderalismus und der Autonomie des kantonalen Rechts die folgende Ansicht: die Möglichkeit der Person, die durch einen Beamten geschädigt wurde, das Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) zu be-

---

86 Honsell H. (Hg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, bes. S. 53 ff.; Rumpf J.-D., Médecins et patients dans les hôpitaux publics, Diss. Lausanne 1991, bes. S. 69 ff.; Gross J., Haftung für medizinische Behandlung, Bern 1987, bes. S. 91 ff.; Martin-Achard P. et Thévenoz L., La responsabilité des médecins et hôpitaux publics, in: Tercier P. (Hg.), Enseignement du 3e cycle de droit 1986: Aspects du droit médical, Freiburg 1987, S. 227 ff.

87 Vgl. vor allem: Art. 73 SVG; Art. 35 Abs. 5 RLG; Art. 69 Abs. 4 GSchG; Art. 27 Abs. 3 SprStG; Art. 59*a* Abs. 6 des revidierten USG.

88 Allgemein anerkannt ist, dass die Gemeinwesen als Tierhalter (Art. 56 OR), als Grundeigentümer (Art. 679 ZGB) oder Werkeigentümer (Art. 58 OR) gleich wie eine Privatperson haften. Dies gilt grundsätzlich auch für die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 ZGB. Vgl. hinten 2.2.3.1.

89 Stark E.W., Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, ZSR 1990, S. 1 ff.

langen, dem dieser unterstellt war, sollte von Bundesrechts wegen einen Minimalstandard für alle kantonalen Systeme der Staatshaftung darstellen. Die Haftung des Gemeinwesens könnte ausschliesslich oder solidarisch sein[90] [91].

1.2.2.1.7 Erste allgemeine Voraussetzung: der Schaden

Die Studienkommission sah es nicht als zweckmässig an, zum *Schadensbegriff* Vorschläge zu unterbreiten. Sie sah im Gegenteil bewusst von einer Legaldefinition ab. Sie verzichtete durchwegs auf eine allzu detaillierte Regelung. Denn sie befürchtete, dass diese die Freiheit des Gerichts sowohl bei der Berechnung oder Schätzung des Schadens als auch bei der Bemessung des Schadenersatzes zu sehr einschränken könnte[92]. Daher lehnte sie auch einen Vorschlag ab, gewisse Hinweise für die Art der Schätzung oder Berechnung der Sachschäden zu geben. Sie neigte sogar eher dazu, auf die Anweisungen für den Ersatz des Schadens infolge Tötung oder Körperverletzung in den Artikeln 45 Absatz 1 und 2 sowie 46 Absatz 1 OR zu verzichten. Diese Bestimmungen sind inhaltlich nur die Verdeutlichung des klassischen Schadensbegriffs, an dem man nichts ändern wollte. Umgekehrt wollte man auch die künftige Entwicklung nicht behindern.

Andererseits sah die Kommission es als unumgänglich an, Artikel 45 Absatz 3 OR beizubehalten, um den Angehörigen des Opfers das Recht auf Ersatz des Reflexschadens zu sichern[93], den der *Versorgerschaden* darstellt. Ebenso entschied sie, dass Artikel 46 Absatz 1 OR eine eigene Funktion haben könne. Denn er erlaubt - als Ersatz für die "*Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*" -, höhere Summen zuzusprechen als das System der sozialen Sicherheit. Hingegen war die Kommission der Meinung, dass Absatz 2 dieser Bestimmung, der die *Revision des Urteils* während der sehr begrenzten Zeit von zwei Jahren ermöglicht, aufgegeben werden soll. Er sei durch eine bundesrechtliche Bestimmung zu ersetzen, die die *Klage auf Feststellung der Haftpflicht* in Fällen erlaubt, wo der Umfang des Schadens vom Gericht nicht mit genügender Genauigkeit abgeschätzt werden kann. Diese Frage wurde unter dem Gesichtspunkt des Verfahrensrechts behandelt - wie die Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff und dem Beweis des Schadens[94].

Es mag erstaunen, dass sich die Kommission nicht mit dem ganz aktuellen Problem des *Umweltschadens* befasst hat. Dieses Schweigen ist teilweise auf den Umstand zurückzuführen, dass im Zeitpunkt ihrer Arbeiten (1988-

---

90 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2 und Thesen 54-2 + 54-3, S. 78 ff.

91 Interessant könnte die Feststellung sein, dass sich die von der Kommission vorgeschlagene Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung nicht notwendigerweise auf die Situation beschränken muss, wo das Gemeinwesen Haftungssubjekt ist. Es erscheint als logisch, dieselbe Zielsetzung für die Fälle zu wählen, wo zu entscheiden ist, ob dem Bund, einem Kanton oder einer Gemeinde, die einen Schaden erlitten haben, ein zivilrechtlicher Haftpflichtanspruch zusteht. Dies sieht in der Tat Art. 45*d* Abs. 2 VE im Bereich des Umweltschadens vor (vgl. hinten 2.3.2.2.5).

92 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5, S. 84 ff.

93 Vgl. hinten 1.2.2.1.8 und 2.3.2.1 sowie 2.3.3.3.

94 Vgl. hinten 1.2.2.2.5.3 und 2.3.2.2.3 sowie 2.9.4 und 2.9.5.

90) eine gewisse Unklarheit über die Arbeitsteilung zwischen der Teilrevision des Umweltschutzgesetzes (die damals vorbereitet wurde) und der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts sowie zwischen nationalen und internationalen Gesetzgebern bestand[95]. Die Kommission hat indessen einen allgemein anwendbaren Vorschlag unterbreitet, dessen praktische Bedeutung im Zusammenhang mit Einwirkungen auf die Umwelt aber besonders hervorsticht: Sie empfiehlt, im positiven Recht ausdrücklich eine Regel zu verankern, die von der Lehre bereits anerkannt ist. Demnach gehören Kosten von angemessenen Massnahmen, die getroffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren oder das Ausmass eines Schadens zu verhindern, zum ersatzfähigen Schaden. Wenn diese Bestimmung auch im Bereich des Umweltschadens anwendbar wäre, würde sie die heutigen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen über die Auferlegung der *Rettungskosten* (Art. 54 GSchG; Art. 59 USG) in vorteilhafter Weise durch wirkliche Haftungsnormen ersetzen[96].

Schliesslich untersuchte die Kommission zwar eingehend die Probleme im Zusammenhang mit der Genugtuung. Sie war aber der Meinung, dass in diesem Bereich keine wesentlichen Änderungen notwendig seien. Immerhin erachtete sie eine Verschmelzung der Artikel 47 und 49 als prüfenswert. Dabei wäre auch die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich zu berücksichtigen[97]

1.2.2.1.8 Zweite allgemeine Voraussetzung: die Rechtswidrigkeit

Unter den allgemeinen Voraussetzungen der Haftung gibt die Rechtswidrigkeit am meisten Anlass zu Auseinandersetzungen in der Theorie, aber nur selten in der Praxis. Die Frage stellt sich nicht - oder lässt sich leicht lösen -, wenn der Schaden auf eine Verletzung von Rechtspositionen zurückzuführen ist, denen ein absoluter Schutz gegenüber allen und allem zuerkannt wird: so dem Leben, der Gesundheit oder anderen Persönlichkeitsrechten oder der Befugnis, über Sachen zu verfügen. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man entscheiden muss, ob der Verlust, den eine Person am Vermögen erlitten hat, ohne dass ein "absolutes" Recht verletzt wurde, einer anderen Person zugerechnet werden kann, die als haftpflichtig angesehen wird. Dies ist die Frage der "*sogenannten reinen Vermögensschäden*". Eine Form von ihnen, über die besonders viel diskutiert wird, sind die "*Reflexschäden*", die auch "*indirekte Schäden*" genannt werden. Es handelt sich um Schäden, die eine Person nur indirekt treffen, namentlich als Gläubigerin der unmittelbar geschädigten Person.

Die Haltung des schweizerischen Rechts (wie übrigens jene des italienischen und des österreichischen Rechts) ist in dieser Hinsicht zwiespältig. Einerseits beruht sein Haftungssystem grundsätzlich auf einer Generalklausel nach französischem Vorbild (dieses kennt die Rechtswidrigkeit nicht als eigenständige, vom Verschulden getrennte Voraussetzung der Haftpflicht, vgl. Art. 1382 CCF). Andererseits ist es von der deutschen Konzeption beeinflusst (diese steht der romanistischen Tradition näher, welche man übrigens in einer noch archaischeren Form im *common law* wiederfindet). Diese Konzeption zeichnet sich durch

---

95 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VII/1.3, S. 195 ff.

96 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2, S. 86 f.; vgl. auch hinten 2.3.2.2.5 und 2.3.2.4.

97 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6 sowie Thesen 56-1 und 56-2, S. 90 ff.

eine Aufzählung von "Delikten" aus, die bestimmten absolut geschützten Rechtsgütern entsprechen (§ 823 Abs. 1 BGB). Ausserhalb dieses harten Kerns von elementaren Rechten (den die Rechtsprechung inzwischen im Zusammenhang mit dem Schutz der Persönlichkeit und des Betriebs erweitert hat) kann sich die Rechtswidrigkeit einer Einwirkung nur aus der Verletzung eines "*Schutzgesetzes*" oder einer Schutznorm ergeben, deren *Sinn und Zweck* gerade darin bestehen muss, das Vermögen vor solchen Einwirkungen zu schützen (§ 823 Abs. 2 BGB). Daraus ergibt sich eine dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit. Dazu wird sie noch durch ein Sicherheitsventil für Schäden ergänzt, die keiner der beiden Formen der Rechtswidrigkeit entsprechen und in Schädigungsabsicht verursacht wurden (§ 826 BGB). Im schweizerischen Recht enthält Artikel 41 Absatz 2 OR eine solche Auffangnorm.

Die Kommission hat sich nicht lange mit den verschiedenen *objektiven und subjektiven Theorien* befasst, von denen die eine mehr auf den Erfolg der Einwirkung ausgerichtet ist, die andere mehr auf das Verhalten des Urhebers der Einwirkung[98]. Sie war der Ansicht, dass keine der beiden Theorien eine klare und endgültige Lösung des Problems bringen konnte, das ihnen zugrunde liegt. Dieses - wesentlich politische - Problem besteht darin, *vernünftige Grenzen der Schadenersatzpflicht* abzustecken[99]. Die Rechtswidrigkeit ist *ein* Mittel unter anderen, um gegen die übermässige Anwendung des Satzes "*neminem laedere*" eine normative Bremse einzurichten. Im französischen Recht, wo dieses Element fehlt, behilft man sich eher mit der Kausalität.

Hingegen empfahl die Kommission - im Gegensatz zu ihrer Entscheidung zum Schadensbegriff -, *im Gesetz die Rechtswidrigkeit positiv zu umschreiben.* Diese Umschreibung könnte sich darauf beschränken, die herrschende Auffassung wiederzugeben, wonach die Rechtswidrigkeit sich entweder aus der Verletzung eines absolut geschützten Rechts oder aus der Verletzung einer Schutznorm ergibt[100].

Die Kommission hat auch die Möglichkeit geprüft, durch eine ausdrückliche Bestimmung den gordischen Knoten der *reinen Vermögensschäden* zu durchschneiden. Dabei hätte sie insbesondere die Ersatzfähigkeit der indirekten Schäden ausdrücklich ausschliessen können. Schliesslich verzichtete sie darauf. Sie befand, es sei Aufgabe der Rechtsprechung[101], "*das rechte Mass in der Ersatzpflicht für Reflex- und andere reine Vermögensschäden zu finden (sei es durch Anerkennung entsprechender Schutznormen, sei es durch Annahme eines Direktschadens wie in BGE 112 II 124)*"[102]. Nach Auffassung der Kom-

---

98 Die Kommission hat es sogar ausdrücklich abgelehnt, sich für die eine oder andere Richtung auszusprechen. Denn sie lehnte einen Vorschlag ab, die Grundnorm nach dem Vorbild von Art. 2043 CCI zu formulieren, wo der Begriff "*unrechtmässig (=rechtswidrig)*" als Eigenschaftswort verwendet wird, das den Schaden selbst bezeichnet ("*danno ingiusto*"); vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 39 f., Anm. 3.

99 Vgl. dazu: Honsell H., Schweizerisches Haftpflichrecht, a.a.O. (Anm. 51), § 4, S. 33 ff.; Widmer P., Anmerkungen zu den "Gedanken" von Hansjörg Seiler, ZBJV 131 (1995), S. 406 ff.

100 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1 und These 52-2, S. 40 ff.

101 Vgl. vorne 1.1.2.3.

102 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/ 2.2.1.2 und These 52-3, S. 42 ff.

mission sollten explizite Begrenzungen der Ersatzfähigkeit einzelner Schadenskategorien - wie beispielsweise jene von Artikel 58 Absatz 1 SVG - beseitigt werden, sofern nicht wichtige Gründe für ihre Beibehaltung sprechen.

Hinsichtlich der negativen Seite der Rechtswidrigkeit, der *Rechtfertigungsgründe,* hat die Kommission die Idee verworfen, sich mit einer generellen und abstrakten Norm nach dem Vorbild von Artikel 28 Absatz 2 ZGB zu begnügen. Sie sprach sich im Gegenteil für eine konkrete Aufzählung dieser Gründe aus. In systematischer Hinsicht sollte sie gegenüber der heutigen Regelung, die auf die Artikel 44 Absatz 1 und 52 OR verteilt ist, leicht umgestellt werden[103]. Ausserdem schlug sie vor, den Notstand getrennt als einen Fall der Haftung für rechtmässiges Handeln zu regeln[104]. Diese Kategorie könnte schliesslich um *zwei neue Tatbestände* erweitert werden: die Haftung des Grundeigentümers für schädliche Einwirkungen, die den Nachbarn durch rechtmässige *Bauarbeiten* verursacht werden (diese wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits bejaht)[105], und die *Billigkeitshaftung des Gemeinwesens* für Schäden, die Personen im Rahmen *rechtmässiger Ausübung amtlicher Gewalt* zugefügt werden[106].

1.2.2.1.9 Dritte allgemeine Voraussetzung: die Kausalität - Entlastungs- und Herabsetzungsgründe

Die Kommission erachtete es für den Kausalzusammenhang ebensowenig wie für den Schaden als zweckmässig, ihn im Gesetz positiv zu definieren. Denn es kann nicht in Frage kommen, die Formel des Bundesgerichts über den "*adäquaten Kausalzusammenhang*" zu übernehmen, deren praktischer Wert umstritten ist[107].

Die Kommission hat hingegen vorgeschlagen, im neuen Allgemeinen Teil eine Bestimmung über die *Entlastungsgründe* einzufügen. Diese sind letzten Endes nichts anderes als "Gründe der Inadäquanz". Es handelt sich um äussere Umstände. Diese erlauben - bei der erneuten Überprüfung einer auf den ersten Blick scheinbar klaren kausalen Verkettung - festzustellen, dass das vermutete Band zwischen Ursache und Wirkung letzten Endes doch nicht so stark ist, dass der Schaden der ursprünglich belangten Person zugerechnet werden könnte. In diesem Zusammenhang spricht man bisweilen unzutreffend von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs". Die Kommission war also der

---

103 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3 und These 52-4, S. 44 ff.

104 Bericht, a.a.O., These 52-5. Vgl. hinten 3.2.2.

105 Bericht, a.a.O., These 52-6; BGE 91 II 100, 114 II 230. Vgl. hinten 3.2.3.

106 Bericht, a.a.O., These 52-7 ("Aufopferungsanspruch"; "droit à réparation fondé sur le sacrifice"); vgl. in diesem Sinne ebenfalls: Art. 6 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs 1977 (Expertenkommission Furgler) und Art. 5 Abs. 2 der Modellstudie vom 30. November 1985 "So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen" (BBl 1985 III 1 ff.; bes. 162 ff. und 189 ff.). Der Entwurf vom 20. November 1996 zu einer neuen Bundesverfassung erwähnt in Art. 137 nur die Haftung des Bundes für "Schäden, die seine Organe ... *widerrechtlich* verursachen". In den Erläuterungen zu diesem Artikel wird darauf hingewiesen, dass die - in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene - Ausdehnung der Haftung auf rechtmässig verursachte Schäden, "sowohl gutgeheissen als auch abgelehnt" wurde. (BBl 1997 I 375).

107 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1 und These 52-8, S. 47 f.

Auffassung, dass eine ausdrückliche Norm gerechtfertigt sei. Diese solle die *klassischen Entlastungsgründe - höhere Gewalt, ein Verschulden oder ein anderer Umstand aufseiten eines Dritten, des Opfers oder einer Person, für die es einzustehen hat* - nennen und so gleichzeitig ihre normative Funktion und ihre allgemeine Anwendbarkeit hervorheben. Diese Norm sei zugleich aus didaktischen Gründen und durch das Bestreben gerechtfertigt, die Verwirrung zu beseitigen, die in dieser Hinsicht vor allem in der Spezialgesetzgebung bestehe. Dort werden die Gründe bald ausdrücklich genannt, z.B. in Artikel 59 Absatz 1 SVG, bald mit Schweigen übergangen (z.B. im LFG und bei allen gewöhnlichen Kausalhaftungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts). In gewissen Fällen (z.B. Art. 33 Abs. 2 RLG) wird der eine oder andere Grund weggelassen, ohne dass man weiss, ob es sich um ein qualifiziertes Schweigen oder ein Versehen des Gesetzgebers handelt[108].

Im Gegensatz zur natürlichen Kausalität lässt sich die rechtliche Kausalität nicht auf die einfache Alternative des "alles oder nichts" reduzieren (sie ist in Wirklichkeit eine "Beziehung der Zurechnung" und kann deshalb einen schädigenden Erfolg auch mit einer "Nicht-Ursache" verbinden, wie sie die Unterlassung darstellt). Sie kann teilweise bestehen und mit verschiedenen Nuancen auftreten. Dies erlaubt - was das schweizerische Recht seit langem anerkennt - , den Ersatz nach der mehr oder weniger grossen *Intensität* der "Kausalität" abzustufen und ihn dadurch "adäquat" zu machen. Aus diesem Grund wollte die Kommission die vollständige und teilweise Entlastung gemeinsam behandeln. Sie konnte sich allerdings in der Gliederungsfrage nicht klar entscheiden, ob es besser sei, beide Seiten des Problems im Zusammenhang mit der Kausalität als Haftungsvoraussetzung zu regeln, oder ob die "*Herabsetzungsgründe*" im Kapitel über die Schadenersatzbemessung behandelt werden sollten, gemäss dem vorherrschenden Ansatz der Praxis[109].

1.2.2.2 Verwirklichung und Einzelheiten der Haftung

1.2.2.2.1 Bemessung des Schadenersatzes

Hinsichtlich *Art und Umfang des Schadenersatzes* ging die Kommission vom Leitgedanken der grösstmöglichen Freiheit des Richters aus, den Ersatz an die konkreten Umstände und die Bedürfnisse der geschädigten Person anzupassen.

Bezüglich der *Form des Schadenersatzes* gab es also keinen Grund, den wesentlichen Inhalt des geltenden Artikels 43 Absatz 1 OR zu ändern. Es wurde lediglich empfohlen, die Fessel etwas zu lockern, die die Praxis sich selbst angeschnallt hat, indem sie den *Ersatz in Form des Kapitals gegenüber der Rente* fast absolut bevorzugte, sogar gegen den Willen der Berechtigten[110]. Die Kommission war der Meinung, dass der Richter im Allgemeinen den Anträgen des Klägers folgen sollte, soweit nicht eindeutige Gründe eine andere Lösung

---

[108] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.2 und These 52-9, S. 48 ff.; vgl. auch Stark E.W., Probleme der Vereinheitlichung, a.a.O. (Anm. 31), S. 19 ff.; ders., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1946.

[109] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.3 und These 52-10, S. 51 ff.

[110] BGE 112 II 129.

erforderten[111]. Umgekehrt sollte der Schuldner den Naturalersatz wählen können, wenn dieser in Frage kam[112].

Hinsichtlich der Bestimmung *des Umfanges* des Ersatzes ging es nach Auffassung der Kommission nur darum, den Gedanken der "adäquaten Haftung" praktisch anzuwenden, d.h. einer Haftung, die in einem angemessenen Verhältnis zur Intensität des betreffenden Zurechnungszusammenhanges steht[113]. Sie betrachtete diese *Flexibilität* des schweizerischen Systems, die in den Artikeln 43 und 44 OR vorgesehen ist, als einen Vorteil, um den Leute, die unter starreren Rechtsordnungen leben, uns beneiden. Daher sprach sie sich für die Beibehaltung und sogar für die Verstärkung dieses Ansatzes aus. Dieser könnte in einer allgemeinen Bestimmung konkretisiert werden, die die Elemente der geltenden Artikel 43 Absatz 1 und 44 OR in sich vereinigt und dem Richter - wie heute - alle Möglichkeiten zwischen dem vollständigen Ersatz und verschiedenen Graden der Herabsetzung bis zur gänzlichen Verweigerung jeder Entschädigung - im Falle einer völligen Entlastung oder Rechtfertigung der belangten Person - belässt. Diese Norm erteilt dem Richter die volle Befugnis, den Umfang des Ersatzes nach dem Haftungsanteil zu bemessen, der jeder beteiligten Person (auch der geschädigten) zukommt[114]. Die - ganz relative - Neuheit dieser Norm bestehe im Umstand, dass sie ausdrücklich nicht nur auf das Verschulden als massgebliches Zurechnungskriterium verweist, sondern auch auf die Gefahren, für welche die verschiedenen Beteiligten kausal haften[115].

1.2.2.2.2 Kollision und Konkurrenz von Haftungen

Die Überlegungen im vorhergehenden Abschnitt betrafen die Zuweisung des Haftungsanteils an jeden Schädiger aufgrund der Haftungsgründe (oder der Selbsthaftungsgründe) und im Verhältnis, in dem sie zum Schaden beigetragen haben. Die Kommission hat diese Überlegungen für den Fall weitergeführt, wo mehrere Personen einander schädigen. Sie erachtete eine allgemeine Norm als zweckmässig, die klar aufzeigt, dass sich hier dasselbe Problem stellt. Ein solcher Fall von *Haftungskollision* unter Motorfahrzeughaltern wird schon heute von Artikel 61 SVG erfasst. Diese Bestimmung sieht freilich eine Regelung vor, die noch stark vom Vorrang des Verschuldens geprägt ist. Hinzu kommt, dass sie eine diskriminierende Unterscheidung zwischen Personen- und Sachschaden trifft. Wenn sie von diesen störenden Elementen befreit wird, kann sie aber als Muster für die Darstellung des Grundmechanismus dienen. Auch hier muss der Richter den Anteil, den jeder Haftpflichtiger vom Schaden tragen muss, "unter Berücksichtigung aller Umstände" festsetzen. Unter diesen wird er namentlich die Schwere der Fehler und die Intensität der charakteristischen Risi-

---

111 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.1 und These 57-1, S. 97 ff.

112 BGE 100 II 142 f. E. 6b.

113 Vgl. vorne 1.2.2.1.9.

114 Vgl. auch hinten 1.2.2.2.2 hinsichtlich der Kollision und der Konkurrenz von Haftungen.

115 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.2 und These 57-2, S. 98 ff.

ken berücksichtigen, die aufeinandergestossen sind. Er wird jedoch nicht von vornherein einem dieser Kriterien mehr Gewicht zumessen[116].

Eine Art Haftungskollision liegt auch vor, wenn die Last des Schadenersatzes endgültig unter mehrere Haftpflichtige verteilt werden muss, die im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - solidarisch haften. Auch in diesem Zusammenhang - des *Rückgriffs (Regresses)* - wollte die Kommission hervorheben, dass die Verteilung aufgrund einer Würdigung aller bedeutsamen Umstände vorgenommen werden muss, ohne dass einem Zurechnungskriterium von Anfang an gegenüber den anderen eine grössere Bedeutung zukommt[117]. Dies kam vor allem im Vorschlag zum Ausdruck, die Rangordnung nach dem heutigen Artikel 51 Absatz 2 aufzuheben, die zu einer quasi-absoluten Vorschrift erhoben worden ist, entgegen dem Gesetzeswortlaut und der Absicht des Gesetzgebers von 1911[118]. Wie bei der Kollision und bei der Bemessung des Schadenersatzes im Allgemeinen ist es nicht mehr angebracht, die Person, die "aus Gesetzesvorschrift" (d.h. kausal) haftet, gegenüber jener zu privilegieren, die für ihr Verschulden einstehen muss. Auch die Zwischenkategorie der Personen, die "aus Vertrag" haften, hat keine Daseinsberechtigung mehr, wenn man die Zweiteilung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung weitgehend aufhebt[119].

Für das Aussenverhältnis im Falle der Konkurrenz von Haftungen und namentlich für den *Grundsatz der Solidarität* hat die Kommission ebenfalls vorgeschlagen, dass geltende System zu vereinheitlichen und zu vereinfachen, aber auch zu präzisieren. Vereinheitlicht und vereinfacht wird das System durch *die Beseitigung des Unterschieds zwischen echter und unechter Solidarität*, dessen Einfluss auf die Theorie seine praktische Bedeutung bei weitem übersteigt[120]. Dagegen solle *der Begriff der Solidarität selbst präzisiert werden*. Die Kommission wollte in einer allgemeinen Bestimmung den Grundsatz des neuen Artikels 759 Absatz 1 OR verankern, der bei der Revision des Aktienrechts aufgestellt worden ist[121].

1.2.2.2.3 Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung

Die Studienkommission ging von folgender Feststellung aus: Das Haftpflichtrecht kann heutzutage wissenschaftlich nicht mehr vernünftig diskutiert und noch weniger mit Blick auf seine praktische Anwendung geändert werden, ohne dass man die immer engeren Beziehungen zwischen den Bestimmungen über die Zurechnung der Schäden und jenen über die Privat- und Sozialversicherung berücksichtigt. Im geltenden Recht scheinen die verschiedenen Schadenausgleichsmechanismen in einer "splendid isolation" nebeneinander zu stehen,

---

116 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/8 und These 58-1, S. 101 f.

117 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9 und These 59-3, S. 105 f.

118 Vgl. zu diesen Fragen Widmer P., Ethos und Adäquanz der Regressordnung ..., a.a.O. (Anm. 8).

119 Vgl. vorne 1.2.2.1.5 und hinten 2.2.2.

120 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, These 59-1, S. 102 ff.; vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10 N 14 ff.

121 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), These 59-2.

ohne sichtbare und bewusste Koordinationsbemühungen, obwohl sie doch ihrer Natur nach voneinander abhängig sind[122]. Dies schliesst übrigens nicht aus, dass das Vorhandensein einer Versicherung den Grundsatz oder jedenfalls den Umfang einer Ersatzpflicht beeinflusst[123]. Aber im Allgemeinen bestehen die einzigen Berührungspunkte zwischen Haftpflicht und Versicherung in der Frage, ob und in welchem Ausmass die Leistung des Versicherers an den Ersatzanspruch der geschädigten Person angerechnet wird und wie es um den Rückgriff des Versicherers gegen die haftpflichtige Person oder deren Haftpflichtversicherer bestellt ist. In Anbetracht der damals laufenden Vorarbeiten zum Bundesgesetz über einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, hatte die Studienkommission diesbezüglich bloss das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privatversicherung behandelt.

Grundsätzlich ist klar, dass die geschädigte Person (die versichert ist), ihre Ansprüche gegenüber der *Schadensversicherung* einerseits und der haftpflichtigen Person andererseits nicht kumulieren kann. Sie muss sich also die Entschädigung der Versicherung auf ihren Anspruch gegen den Haftpflichtigen anrechnen lassen. Viel weniger klar ist einerseits das Ausmass des *Rückgriffsrechts* des Versicherers gegen den oder die Haftpflichtigen und andererseits, in theoretischer Hinsicht, die *Beziehungen zwischen Artikel 72 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) und Artikel 51 OR*. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gewähren dem Versicherer das Rückgriffsrecht nur gegenüber Schädigern, die ausservertraglich aus Verschulden oder vertraglich aufgrund eines schweren Verschuldens haften[124]. Soweit der Rückgriff verweigert wird, gereicht der haftpflichtigen Person der Umstand zum Vorteil, dass die geschädigte Person durch eine Versicherung gedeckt ist, deren Prämien sie oder ihre Angehörigen bezahlt haben. Dieser Vorteil erwächst vor allem der Person, die kausal haftet. Nach Ansicht der Kommission verfälscht diese Regelung die Zurechnung nach den Kriterien des Haftpflichtrechts; daher sei es notwendig, sie der allgemeinen Konzeption anzupassen, die für die Konkurrenz der Haftungen[125] entwickelt wurde. Als Grundsatz sei daher vorzusehen, *dass der Versicherer in die Rechte der geschädigten Person eintritt, soweit er sie entschädigt hat*.

Grundsätzlich sollen für das Rückgriffsrecht des Versicherers also dieselben Kriterien gelten wie unter irgendwelchen Mithaftpflichtigen. Die Kommission wollte jedoch einige Fälle vorbehalten, wo die Ausübung des Rückgriffsrechts stossend sein könnte: Sie dachte namentlich an Fälle, wo die Haftpflichtigen Familienangehörige der geschädigten Person sind oder in einer anderen besonderen Beziehung zu ihr stehen. Ein solcher Fall könnte auch gegeben sein, wenn der Haftpflichtige nicht durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt ist, sei es überhaupt nicht, sei es infolge eines besonderen Ausschlusses der betref-

---

122 Diese fehlende gegenseitige Berücksichtigung und Koordination zwischen den Systemen ist Ausgangspunkt des Werks von Schär R., Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984.

123 Zum Grundsatz "Assurance oblige" und seiner Anwendung, insbesondere im Rahmen von Art. 54 Abs. 1 OR, vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 57 ff. und hinten 2.4.2.3, Anm. 589.

124 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 61 ff. und 108 ff. zu Art. 51 OR.

125 Vgl. vorne 1.2.2.2.2.

fenden Schadensart. Die Kommission erwog sogar den gegenteiligen Grundsatz, wonach der Rückgriff nur unter besonderen Umständen zulässig wäre. Diese alternativen Vorschläge sind in der These 510-2 der Kommission enthalten[126]: Entweder soll der *Grundsatz der Subrogation gelten, "wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen"* oder *die Subrogation soll nur gelten, "wenn besondere Umstände wie die Schwere des Verschuldens oder die besondere Gefahr, die der Haftpflichtige zu vertreten hat, es rechtfertigen"*.

Der besondere Fall des *Rückgriffs des Haftpflichtversicherers* gegen die Mithaftpflichtigen seines Versicherten wird von Artikel 72 VVG nicht ausdrücklich behandelt. Lehre und Rechtsprechung wenden diese Bestimmung analog an, ohne aber ein Verschulden der belangten Person vorauszusetzen. Die Kommission war der Auffassung, dass der Haftpflichtversicherer gegenüber der geschädigten Person praktisch die haftpflichtige Person ersetzt und deshalb gegenüber den Mithaftpflichtigen dieselbe Stellung innehaben soll. Es sollen ihm auch dieselben Rückgriffsrechte zustehen[127].

Je nach der Lösung für ein anderes Grundproblem, das die Kommission behandelt hat, könnte die aufgeworfene Frage noch bedeutsamer werden: Das Problem betraf die Frage, inwieweit das *direkte Forderungsrecht* der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer verallgemeinert werden soll. Dieses gilt heute im Bereich der *obligatorischen Haftpflichtversicherung*[128]. Die Kommission kam in dieser Frage nicht zu einheitlichen Schlussfolgerungen. In ihrer These 510-9 stellte sie zwei Vorschläge zur Diskussion: Der erste gestand das direkte Forderungsrecht auch im Bereich der nicht-obligatorischen Versicherung zu, gewährte der geschädigten Person aber kein Privileg des Einredenausschlusses. Der zweite sah vor, dass die geschädigte Person - im Bereich der nicht-obligatorischen Versicherung - im Prozess gegen den Haftpflichtigen ihren Rechtsanspruch gegenüber dem Versicherer feststellen lassen kann. In jedem Fall muss der Haftpflichtversicherer, der der geschädigten Person Ersatz leisten muss, die Möglichkeit haben, auf den eigenen Versicherungsnehmer Rückgriff zu nehmen, zumindest soweit, als das VVG (namentlich Art. 14) und/oder der massgebende Versicherungsvertrag es ihm erlauben[129].

Die Kommission hat sich auch mit anderen Beziehungen zwischen Haftpflicht und Privatversicherern befasst. Sie schlug vor, zwei Normen zu verallgemeinern, die man zur Zeit im SVG findet: Dies betrifft zum einen die Bestimmung, wonach *die Versicherungsleistungen verhältnismässig gekürzt* werden, wenn die (obligatorische oder frei vereinbarte) Versicherungsdeckung nicht ausreicht, um alle Ansprüche zu befriedigen (Art. 66 SVG)[130]. Zum anderen erfasst Artikel 62 Absatz 3 SVG den Fall, wo die haftpflichtige Person die Prämien einer Direktversicherung zugunsten des Geschädigten

---

126 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 106 ff.

127 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.2, S. 108 f. und These 510-3.

128 Z.B. Art. 63 SVG, 35 KHG, 31 StSG usw.; vgl. dazu: Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 113 f. und These 510-8.

129 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2., S.114 ff. und These 510-10.

130 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.5 und These 510-6.

ganz oder teilweise bezahlt hat. Hier ist es richtig, dass die Versicherungsleistungen im Verhältnis ihres Prämienbeitrages auf die Ersatzpflicht der haftpflichtigen Person angerechnet werden, wenn der massgebende Versicherungsvertrag nichts anderes vorsieht[131].

Im Zusammenhang mit dem Rückgriffsrecht des Versicherers gegen einen haftpflichtigen Dritten kann auch der Fall eintreten, wo ein Gegensatz zwischen dem verbleibenden Anspruch der geschädigten Person (die vom Versicherer nicht voll entschädigt wurde) gegen die haftpflichtige Person und dem Rückgriff des Versicherers besteht. Dann stellt sich die Frage, ob der geschädigten Person oder dem Versicherer der Vorrang zukommt. Diese Frage ist im Sozialversicherungsrecht wohlbekannt, stellt sich aber auch im Privatversicherungsrecht. Artikel 88 SVG hat für diese Fälle den Grundsatz des "*Quotenvorrechts" ("le droit préférentiel")* der geschädigten Person aufgestellt. Dieser ist von den Artikeln 34 Absatz 2 BSG, 20 Absatz 1 KHG sowie von den meisten Sozialversicherungsgesetzen und dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts übernommen worden[132]. Die Studienkommission schlägt vor, diesen Grundsatz zu verallgemeinern und daher in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufzunehmen[133]. Ein solcher Grundsatz muss allerdings in gewissen Fällen eingeschränkt werden, in denen die geschädigte Person "es nicht verdient", voll begünstigt zu werden. Dies gilt vor allem, wenn sie den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat oder wenn dieser bei der vorsätzlichen Begehung einer strafbaren Handlung entstanden ist. Nach dem Vorbild der Artikel 48^{quater} Absatz 2 AHVG und 42 Absatz 2 UVG hat die Kommission für diese Fälle den Grundsatz der "*Quotenteilung" ("partage proportionnel")* vorgesehen. Dabei hat sie die Berechnungsmethode verbessert, die heute zu unbilligen Ergebnissen führen kann; denn je nach Fall kann der Versicherer durch die Quotenteilung ein Rückgriffsrecht erwerben, das sonst gar nicht bestünde[134].

1.2.2.2.4 Die Verjährung

Die Bestimmungen über die Verjährung der Schadenersatzklage wurden seit langem in verschiedener Hinsicht als unbefriedigend angesehen. In den Referaten am Schweizerischen Juristentag von 1967 zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts hatten die Berichterstatter keine Mühe, die übertriebene Vielfalt und Uneinheitlichkeit der Lösungen aufzuzeigen[135].

Seitdem hatte die *Rechtsprechung* wiederholt Gelegenheit, Lücken oder Mängel des geltenden Systems aufzuzeigen. Aber das Bundesgericht hat es auch entschieden abgelehnt, Nachteile zu korrigieren, von denen man annehmen muss, dass der Gesetzgeber sie kannte, als er die geltenden Bestimmungen

---

131 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.6 und These 510-7.

132 Art. 42 Abs. 1 UVG; Art. 48^{quater} Abs. 1 AHVG; Art. 68 Abs. 1 MVG; Art. 80 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 207).

133 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 109 ff.

134 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

135 Stark E.W. ZSR 86 a.a.O. (Anm. 31), S. 93 ff.; Gilliard F., ZSR 86 a.a.O. (Anm. 32), S. 225 ff.

erliess. Dies gilt vor allem für den Beginn der absoluten Verjährung, der auf den "Tag der schädigenden Handlung" festgesetzt wurde, verstanden als Tag der Begehung der schädigenden Handlung. Die Überlegung trifft auch auf den Umstand zu, dass ein Anspruch verjähren kann, ohne dass der Gläubiger ihn kennen konnte, sowie auf den Umstand, dass die Verjährung während eines hängigen Prozesses eintreten kann[136]. Diese Urteile haben übrigens parlamentarische Vorstösse veranlasst, welche die Studienkommission natürlich berücksichtigt hat[137].

Allgemein werden die *Verjährungsfristen* im Haftpflichtrecht als zu kurz angesehen. Zu kurz erscheinen sie auch unter dem rechtsvergleichenden Gesichtspunkt[138]. Die Bestimmung von Artikel 60 Absatz 2 OR, wonach bei einer strafbaren Handlung die strafrechtliche Verjährung für die zivilrechtliche Schadenersatzklage gilt, scheint schliesslich mehr Probleme aufgeworfen als gelöst zu haben[139].

Aufgrund dieser Feststellungen schlug die Studienkommission einstimmig eine *grundlegende Neuregelung der Verjährungsbestimmungen* vor, vor allem im Bereich der Haftpflicht, in gewisser Hinsicht aber auch im Bereich der allgemeinen Bestimmungen[140]. Wie andere Bestimmungen über die Einzelheiten der Ersatzpflicht sollten die Verjährungsbestimmungen im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts für sämtliche Haftpflichttatbestände gelten, ausser wenn besonders begründete Ausnahmefälle vorliegen[141]. Sie müssen also so ausgestaltet werden, dass sie möglichst weitgehend anwendbar sind.

Zu diesem Zweck hat die Kommission zunächst eine Verlängerung der allgemeinen Fristen befürwortet, wobei das bewährte System der doppelten Fristen beizubehalten sei. Sie schlug daher vor, die ordentliche oder relative Frist, deren Beginn durch subjektive Elemente gekennzeichnet ist ("Kenntnis des Schadens und der haftpflichtigen Person") von einem Jahr auf *zwei bis drei Jahre* zu verlängern. Die subsidiäre oder absolute Frist könne *für einen zehnmal längeren Zeitraum festgesetzt werden, doch sei ihr Beginn mit einem objektiven und unveränderlichen Kriterium zu umschreiben*. Bei dieser Frage hat die Auslegung des Begriffs "schädigende Handlung" Anlass zu einer wechselhaften Rechtsprechung und zu Auseinandersetzungen in der Lehre gegeben. Die Kommission hielt es nicht für gut, eine neue Lösung vorzuschlagen, die nach ihrer Auffassung die Rechtssicherheit beeinträchtigt hätte. Sie war jedoch überzeugt, dass allein die Verlängerung der Fristen - vor allem die doppelte oder

---

136 BGE 106 II 134, 119 II 216 ff. sowie 106 II 32.

137 Motion Crevoisier (NR 80.429) 1981; Postulat Ziegler (NR 80.476) 1981; Postulat Leuenberger (NR 80.590) 1982.

138 Vgl. Spiro K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, S. 607 ff. § 261 ff.; Dannemann G./Karatzenis F:/Thomas G.V., Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in: AcP 55 (1991), S. 697 ff.

139 BGE 106 II 213, 111 II 429, 112 II 172.

140 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.1 und 11.2 sowie These 511-1, S. 116 ff.

141 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.5 und These 511-3 und 511-4, S. 120 ff.; vgl. auch vorne 1.2.2.1.4.

dreifache Verlängerung der absoluten Frist - die meisten praktischen Probleme entschärfen würde, die sich aus der geltenden Regelung ergeben[142].

Aus demselben Grund kam die Kommission zum Schluss, dass man *auf Artikel 60 Absatz 2 OR verzichten könne*, der für Klagen, die aus einer strafbaren Handlung hergeleitet werden, eine ausserordentliche Frist vorsieht. Dabei bestritt sie den an sich einleuchtenden Zweck und die praktische Bedeutung der Bestimmung im geltenden Recht nicht. Ihr Anwendungsbereich wird aber stark eingeschränkt, wenn die normalen Verjährungsfristen für die Zivilklage gemäss den Vorschlägen im Bericht verlängert werden.

Hinsichtlich der *Verlängerung der Fristen* (durch Hinderung und Stillstand, Unterbrechung der Verjährung und durch Verzicht) entschied die Kommission zunächst, dass alle diese Tatbestände - soweit sie die Verjährung eines Anspruchs gegenüber einem Haftpflichtigen beeinflussen - *dieselben Wirkungen gegenüber seinem Versicherer* entfalten sollen, wenn ein direktes Forderungsrecht gegen diesen besteht[143]. Es sei also die Regel von Artikel 83 Absatz 2 SVG zu verallgemeinern, die auch in den Artikeln 39 Absatz 2 RLG und 10 Absatz 4 KHG enthalten ist[144]. Was die einzelnen Verlängerungsgründe betrifft, hielt die Kommission es für richtig, einen allgemeinen Stillstand der Verjährung während eines gerichtlichen Verfahrens über die betreffende Forderung vorzusehen. Diese Neuerung könnte durch einen Zusatz in Artikel 134 Absatz 1 OR eingeführt werden[145]. Hinsichtlich der *Unterbrechung der Verjährung* begnügte sich die Kommission mit der Empfehlung, diese zu erleichtern, indem eine einfache gerichtliche Zustellung als Unterbrechungsgrund anerkannt wird. So würden zwar gewisse formelle Erfordernisse beibehalten; es müsste aber nicht eine wirkliche Klage oder Schuldbetreibung eingeleitet werden[146].

Sehr eingehend befasste sich die Kommission mit dem *Verzicht auf die Verjährung*. Dieser ist eine weit verbreitete Praxis. Manchmal kann er aber mit der Bestimmung von Artikel 141 Absatz 1 OR in Konflikt kommen, wonach nicht zum voraus auf die Verjährung verzichtet werden kann. Dies gilt vor allem für den Verzicht auf die relative Verjährung. Die Rechtsprechung hat zwar gewisse vertragliche Abweichungen zugelassen, dabei aber eine Reihe von Einschränkungen vorgenommen. Daher war es angebracht, einen genügenden positivrechtlichen Rahmen für derartige Vereinbarungen zu geben, die die gütliche Erledigung von Haftpflichtansprüchen erleichtern können. Die Kommission schlägt deshalb vor, *der haftpflichtigen Person den Verzicht auf die Verjährung zu erlauben*, sobald das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dieser Verzicht könnte für eine Höchstdauer erklärt werden, die der absoluten Verjährungsfrist entspricht, d.h. nach den Revisionsvorschlägen der Kommission 20 oder 30 Jahre seit dem Tag der Schädigung ("jour où le fait dommageable s'est produit"). Nach Ablauf dieser langen Frist solle ein zusätzlicher Verzicht nur für die

---

142 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7 und These 511-5, S. 122 ff.

143 Vgl. vorne 1.2.2.2.3 und Anm. 128. Die Bedeutung dieser Regel würde freilich stark zunehmen, wenn man - gemäss dem Vorschlag der Verfasser des Vorentwurfs - auch dem direkten Forderungsrecht eine allgemeinen Tragweite gibt; vgl. hinten 2.7.4.2.1.

144 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10, S. 130 und These 511-8.

145 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.1, S. 131 und These 511-9.

146 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.2, S. 131 und These 511-10.

Dauer der relativen Frist (d.h. nach den Revisionsvorschlägen für zwei oder drei Jahre) zulässig sein; dieser Verzicht könne erneuert werden. Die letztgenannte Regel soll auch für den Fall gelten, wo der Verzicht ohne genaue Angabe seiner Dauer erklärt wird[147].

Die Studienkommission hat schliesslich eine umstrittene Frage behandelt, die von der neueren Rechtsprechung nur zu einem kleinen Teil gelöst worden ist[148]: *die Verjährung des Rückgriffsanspruchs*. Das Bundesgericht erkannte zwar das Problem, lehnte es aber formell ab, gewissen Bestimmungen eine allgemeine Tragweite zuzubilligen, wie Artikel 83 Absatz 3 SVG oder 10 Absatz KHG, die je eine andere Lösung enthalten. Die Kommission folgte dennoch diesen Bestimmungen. Sie schlug *für den Rückgriffsanspruch eine Frist vor, die jener der ordentlichen relativen Verjährung (2 oder 3 Jahre)* entspricht. Die Frist würde aber nach dem Vorbild der genannten SVG-Bestimmung erst am Tag beginnen, wo die Ersatzleistung an die geschädigte Person vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt ist, gegen die sich der Rückgriff richtet. Die absolute Frist soll dagegen ganz wie die Verjährung der Hauptforderung ausgestaltet werden; sie soll 20 oder 30 Jahre seit dem Tag der Schädigung betragen. Für die Renten soll das System gelten, das Artikel 131 OR schon jetzt vorsieht. Die Kommission konkretisierte schliesslich eine Obliegenheit, die zur Not auch aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben hätte abgeleitet werden können: Wer auf Schadenersatz belangt wird und eine oder mehrere mithaftpflichtige Personen kennt, gegen die er eine Rückgriffsforderung stellen könnte, soll verpflichtet sein, sie über diese Möglichkeit zu unterrichten. Die Nichtbeachtung dieser *Informationspflicht* soll die Sanktion nach sich ziehen, dass der Rückgriffsanspruch gleich wie der Hauptanspruch verjährt[149].

1.2.2.2.5 Verfahrens- und Beweisfragen

Die Kommission war sich durchaus bewusst, dass das Verfahrensrecht in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt. Sie stützte sich aber auf den allgemein anerkannten Grundsatz, wonach der Bundesgesetzgeber gewisse Verfahrensbestimmungen erlassen kann, wenn dies für eine wirksame und einheitliche Anwendung des materiellen Privatrechts notwendig ist[150]. Daher betrachtete sie es als ihre Aufgabe, sich zu gewissen Themen in diesem Zusammenhang zu äussern. Eine der wichtigsten Fragen, jene des Beweises und vor allem der Verteilung der Beweislast, gehört weitgehend zum materiellen Recht oder kann jedenfalls kaum davon getrennt werden.

Die Kommission wollte daher eine Diskussion zu folgenden Problemen in Gang bringen:

---

147 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.3, S. 131 f. und These 511-11.

148 BGE 115 II 42 ff.

149 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f. und These 511-12.

150 Vgl. Knapp B. in: Kommentar der Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1986, Art. 64, N 69 ff.

1.2.2.2.5.1 Der Gerichtsstand

Überlegungen zu diesem Thema drängten sich auf, da viele haftpflichtrechtliche Spezialgesetze unterschiedliche Gerichtsstandsbestimmungen enthalten, ohne dass die Gründe dieser Unterschiede immer klar ersichtlich wären[151]. Für internationale Sachverhalte haben das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht[152] einerseits und das Übereinkommen von Lugano[153] andererseits neue Bestimmungen zu den bestehenden hinzugefügt. Dagegen enthält die grundlegende Kodifikation des Haftpflichtrechts im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts überhaupt nichts zu diesem Thema[154].

Nach Auffassung der Kommission wäre es ideal gewesen, eine möglichst einheitliche Regelung einzuführen, und zwar auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene. Ferner seien gewisse Kriterien und Ziele zu beachten, die einander teilweise widersprechen. Dies gilt z.B. für den Schutz des Beklagten einerseits und den ebenso legitimen Schutz der geschädigten Person andererseits. Normalerweise geht man davon aus, dass dieser Schutz am besten gewährleistet ist, wenn jedermann den Richter an seinem Wohnsitz anrufen kann oder bei diesem Richter belangt werden muss. Wenn man jedoch der Ansicht ist, dass jenes Gericht zuständig sein muss, das die geographischen oder technischen Umstände am besten kennt, unter denen sich die Schädigung zugetragen hat, wird man eher das Gericht am Unfallort für zuständig erklären - wie Artikel 84 SVG - oder sogar eine einzige spezialisierte Instanz, wie die Artikel 23 und 24 KHG. Die Kommission erkannte jedoch sofort, dass es unmöglich war, eine einzige Bestimmung zu finden, die allen Anforderungen in allen Situationen entsprach. Sie begnügte sich daher damit, Vorschläge zu bestimmten Gebieten vorzulegen[155].

Der wichtigste Vorschlag der Kommission sieht vor, *die Bestimmung von Artikel 84 SVG* für alle *Fälle zu verallgemeinern, wo Schäden durch einen Unfall verursacht worden sind*[156]. Wahrscheinlich handelt es sich dabei um die Mehrheit der Schadenfälle. Diese einfache und klare Lösung bietet eine Reihe von Vorteilen, namentlich die Möglichkeit, im Falle einer Mehrzahl von Geschädigten oder Haftpflichtigen alle Verfahren bei demselben Gericht zu konzentrieren und so unterschiedliche und gegensätzliche Urteile zu vermeiden. Diese Regelung stimmt teilweise mit dem Lugano-Übereinkommen überein, nicht aber mit Artikel 129 IPRG, wonach der Hauptgerichtsstand der Wohnsitz des Beklagten bleibt; nur wenn die belangte Person weder Wohnsitz noch Niederlassung noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, gilt subsidiär der Gerichtsstand des Handlungs- oder Erfolgsortes. Andere Unterschiede bleiben gegenüber verschiedenen Staatsverträgen, namentlich im Transportwesen, bestehen. Da

---

151 Für einen Überblick vgl. Vogel O., Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1992, Kap. 2, N 21, S. 52 ff.

152 SR 291, Art. 129-131.

153 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.11, Art. 2, 5 Ziff. 3 und 7 ff.

154 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.1, S. 134 ff.

155 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.2 und 12.1.3, S. 136 ff.; vgl. auch: V/12.1.3.4 und 12.1.3.5 sowie die These 512-4.

156 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.1 und These 512-1.

aber diese internationalen Rechtsquellen selbst unterschiedliche Lösungen enthalten, wäre hier ohnehin keine einheitliche Regelung möglich.

Die Kommission lehnte sich hingegen an Artikel 129 Absatz 3 IPRG an und schlug eine *allgemeine Attraktionsklausel für konnexe Klagen* vor. Diese Bestimmung würde den Grundsatz des einheitlichen Gerichtsstandes verstärken und so die Verfahren vereinfachen[157].

1.2.2.2.5.2 Beweis: Freiheit des Gerichts und Erleichterung der Beweislast

Die klassischen Bestimmungen des Zivilprozessrechts sehen vor, dass das Verfahren weitgehend von der Entscheidung und der Initiative der Parteien abhängt. Das Haftpflichtrecht ist ein Gebiet, wo diese Bestimmungen nicht zu passen scheinen[158]. Normalerweise hatten die betreffenden Personen vorher keine Gelegenheit, ihre rechtlichen Beziehungen auszuhandeln. Und selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, so beruht die Schadenersatzklage auf einer Verpflichtung, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ableitet und deren Ausführung nicht dem Belieben der Parteien - oder vielmehr dem Belieben der kundigeren oder stärkeren Partei - überlassen werden kann. Meistens wird die geschädigte Person gegenüber der potentiell haftpflichtigen Person oder Unternehmung an technischen Kenntnissen unterlegen sein, die zur Rekonstruktion der schädigenden Handlung oder zur Beurteilung allfälliger Sorgfaltspflichtverletzungen notwendig sind. Denn immer häufiger sind die Sorgfaltspflichten durch technischen Anweisungen bestimmt, die nur für Spezialisten zugänglich und verständlich sind.

Diese Überlegungen haben den Gesetzgeber veranlasst, in den neuesten Gesetzen Beweisbestimmungen vorzusehen. Diese sollen den Gerichten den notwendigen Spielraum im Beweisverfahren und in der Beweiswürdigung geben, um angemessene Lösungen zu ermöglichen und den Ersatz des Schadens bei der Verletzung von Rechtsgütern zu gewährleisten, die die Rechtsordnung mit möglichst wenig Abstrichen schützen muss[159]. Mehrere Gesetze sehen deshalb ausdrücklich den *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* im Haftpflichtrecht vor[160], obwohl dieser Grundsatz heutzutage in den meisten kantonalen Prozessordnungen kaum je durchbrochen wird. Die Kommission erachtete es dennoch als richtig, ihn im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts als Prinzip festzulegen, das sich unmittelbar aus dem Bundesrecht ergibt. Beiläufig liess sie sogar durchblicken, dass nach ihrer Ansicht der Grundsatz für das gesamte Bundesprivatrecht anerkannt werden müsse[161].

In einer zweiten Phase fragte sich die Kommission, ob nicht auch die *Untersuchungsmaxime (Offizialmaxime, maxime inquisitoriale)* zu einem allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsatz erhoben werden sollte. Diese Maxime ist weni-

---

157 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.2 und These 512-2.

158 Vgl. schon BGE 54 II 196.

159 Vgl. hinten 1.2.2.2.6.

160 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 58, N 24.

161 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2 und These 512-5.

ger verbreitet. Immerhin ist sie in Artikel 26 KHG zu finden und sie gilt allgemein im Sozialversicherungsrecht[162]. Gerade in diesem Bereich soll man aber schlechte Erfahrungen mit ihr gemacht haben. Deswegen verzichtete die Kommission schliesslich auf diesen Vorschlag. Sie gab jedoch die allgemeine Idee nicht auf, wonach es vor allem Sache des Gerichts ist, die Beweise so zu erheben, dass es sich eine vernünftige Überzeugung über das Bestehen des streitigen Anspruchs bilden kann. Die Kommission wünschte daher in der These zu dieser Frage eine Bestimmung, die dem Gericht zwar keine Verpflichtung auferlegt, aber die Befugnis gibt, alle Beweismittel zu sammeln oder zu verlangen, die ihm notwendig scheinen, und dies unabhängig von einem ausdrücklichen Begehren der Parteien[163].

Schliesslich mass die Kommission den Problemen bei der *Beweislast* grosse Bedeutung zu. Sie befasste sich mit Vorschlägen, die Beweislast - die vor allem die geschädigte Person als Klägerin trägt -, zu erleichtern. Sie sah es nicht als zweckmässig an, die Beweislast allgemein umzukehren, wenn die Partei, der sie obliegt (meistens jene, die Schadenersatz verlangt), ernsthafte Beweisschwierigkeiten hat, namentlich hinsichtlich des Kausalzusammenhanges. Dagegen hielt sie es für richtig, für den Beweis des Kausalzusammenhanges dieselben Normen vorzusehen, wie jene, die heute nach Artikel 42 OR für den Beweis des Schadens gelten. Diese Bestimmung stellt zum einen den Grundsatz auf, dass der Kläger den Schaden beweisen muss - gemäss der allgemeinen Regel von Artikel 8 ZGB (Abs. 1)[164]. Zum anderen erlaubt sie dem Gericht, eine Schätzung vorzunehmen, wenn der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist[165]. Die Befugnis des Richters, *sich anstelle eines strengen Beweises mit einem relativ hohen Wahrscheinlichkeitsgrad zu begnügen*, betrifft nach ständiger Rechtsprechung nicht nur das Ausmass, sondern auch das Vorhandensein des Schadens selbst. Die beiden Elemente sind ja schwierig voneinander zu trennen[166]. Die Kommission ging von der Grundidee aus, dass die Höhe des Schadenersatzes sowohl an den Wahrscheinlichkeitsgrad der Existenz und des Ausmasses des Schadens als auch an den Wahrscheinlichkeitsgrad des Kausalzusammenhangs - zwischen einem Anknüpfungssachverhalt und dem Schaden - angepasst werden kann. Sie suchte eine Formulierung, die es dem Richter erlaubt, sich einerseits auf einen Prima-facie-Beweis[167] oder eine *Tatsachenvermutung* zu stützen und sich andererseits von der Fessel des "Alles oder Nichts" zu lösen und die Höhe des Schadenersatzes im Verhältnis zur Wahrscheinlichkeit des betreffenden Kausalzusammenhangs abzustufen.

Mit der *Ermächtigung des Gerichts, bei der Bestimmung des angemessenen Schadenersatzes den Wahrscheinlichkeitsgrad der belegten Tatsachen zu be-*

---

162 Maurer A., Bundessozialversicherungsrecht, Basel/Frankfurt 1993, § 13/IV, S. 422; vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 59, N 25 und S. 155 ff., N 54 ff.

163 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), 12/3 und These 512-6, S. 142 f.

164 Nach der Studienkommission sollte das neue Recht denselben Grundsatz für den Beweis der Kausalität aufstellen: vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 undThese 512-7, S. 143 ff.

165 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 und These 512-9.

166 BGE 74 II 76 ff., 81 II 50 f., 93 II 453 ff., 95 II 481 ff., 98 II 34 ff.

167 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 undThese 512-8, S. 143 ff.

rücksichtigen[168], wollte die Kommission den Schlüssel zur Lösung verschiedener Probleme geben: Ein teilweiser Ersatz könnte für die Fälle eine angemessene Lösung sein, die unter der Bezeichnung "*perte d'une chance*"[169] bekannt geworden sind. Hier war der schädigende Vorgang nicht die ausschliessliche Ursache der Verletzung (der körperlichen Integrität), sondern er machte nur eine ungewisse und begrenzte Heilungschance zunichte (z.B. wenn ein ärztlicher Fehler die Heilungschance zunichte macht, die beim Gelingen der Operation auf 40 % geschätzt wird). Der Grundsatz des abgestuften Ersatzes könnte auch auf die *verschiedenen Fälle der hypothetischen oder ungewissen Kausalität*[170] angewendet werden. Es kann sich dabei um mehrere Ursachen handeln, die alternativ in Frage kommen (*alternative Kausalität*) oder sich überlagern (*kumulative Kausalität*), ohne dass man feststellen kann, welche von ihnen einen massgeblichen Einfluss hatte oder was ihr genauer Anteil an der Entstehung des Schadens war. Man kann sich auch eine Situation vorstellen, wo eine statistisch signifikante Beziehung zwischen einem Ereignis oder einer Gefahrensituation und gewissen Schädigungen festgestellt worden ist, aber wo man nicht in jedem Einzelfall den Kausalzusammenhang mit letzter Sicherheit nachweisen kann.

In solchen Fällen sollte das Gericht eine Haftung bejahen können, die dem Grad der Gewissheit entspricht, den es für den Beitrag der belangten Partei zur Entstehung des Schadens erlangt hat. Dabei soll es sich sogar auf Indizien stützen können, etwa auf den Marktanteil jeder Unternehmung, die als wahrscheinliche (Mit-)Urheberin des Schadens angesehen werden kann ("*market-share-liability*").

1.2.2.2.5.3 Ausdrückliche Zulassung der Feststellungsklage

Wie vorne bei den Überlegungen zum Schaden bemerkt[171], gibt Artikel 46 Absatz 2 OR nur eine äusserst beschränkte Möglichkeit, *ein Urteil zu berichtigen, das sich über die ungewissen Folgen von Körperverletzungen ausspricht* (vor allem bei Kleinkindern). Die Kommission kam zum Schluss, dass diese Möglichkeit absolut unbefriedigend ist. Die Bestimmung verstärkt hauptsächlich - gestützt auf das Argument *a contrario* - die Neigung der Gerichte, den künftigen Schaden als beweisbar und regelungsfähig anzusehen, auch wenn seine Entwicklung rein hypothetisch ist. Diese Haltung wurde vom Bundesgericht noch vor kurzem bestätigt. Nach seiner Ansicht konnten die künftigen Folgen der Verletzung des Auges eines 8jährigen Kindes mit genügender Sicherheit abgeschätzt werden. Daher verneinte es ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Grundsatzes der Haftpflicht[172]. Nach Auffassung der Kommission

---

168 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 und These 512-7, S. 144 ff.

169 Zu diesem Problem: Stark E.W., Die 'perte d'une chance' im schweizerischen Recht, in: Guillod O., Dévéloppements récents ..., a.a.O. (Anm. 52), S. 101 ff.

170 Neuere Untersuchungen dieser Fragen: Quendoz R., Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991; Loser P., Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Bern/Stuttgart/Wien 1994.

171 Vgl. vorne 1.2.2.1.7, vor Anm. 94.

172 BGE 114 II 253 ff.

rechtfertigt es sich jedoch, die *Feststellungsklage* in einem viel grösseren Ausmass zuzulassen. Daher sollte der entsprechende Grundsatz ausdrücklich im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts festgehalten werden[173].

1.2.2.2.5.4 Die Kosten der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs

Im Haftpflichtrecht hängen die Anwendung des materiellen Rechts und die Durchsetzung der daraus abgeleiteten Ansprüche nicht nur weitgehend von der Durchführbarkeit des gerichtlichen Verfahrens ab, sondern auch von den Kosten der Rechtsverfolgung für den Kläger. Dies gilt vielleicht noch mehr als in anderen Zivilrechtsgebieten.

Ein Problem kann sich hier schon vor Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens stellen. Denn die meisten Fälle werden aussergerichtlich geregelt, namentlich jene, wo Versicherungen beteiligt sind. Der geschädigten Person erwachsen *Kosten für die Geltendmachung ihres Ersatzanspruchs*, beispielsweise durch den Beizug eines Anwalts oder die Einholung eines Gutachtens. Es wird kaum mehr bestritten, dass Ausgaben, die nach Treu und Glauben und in einem vernünftigen Ausmass getätigt wurden[174], zum ersatzfähigen Schaden gehören. Die Kommission schlägt vor, diesen Grundsatz im Gesetz ausdrücklich anzuerkennen und dem Gericht bei der Bestimmung der Höhe der zu ersetzenden Kosten einen grossen Ermessensspielraum einzuräumen[175].

Die *Verfahrenskosten* können den Zugang zum Gericht sehr stark beeinflussen. Diese Auswirkung kann sich schon im Beweisverfahren zeigen, namentlich wenn das Gericht der Auffassung ist, es müsse Sachverständige beiziehen, und wenn es den Fortgang des Prozesses von *Kostenvorschüssen* abhängig macht, die normalerweise dem Kläger auferlegt werden. Um zu verhindern, dass diese Kosten von vornherein eine abschreckende Wirkung zeigen, möchte die Kommission dem Gericht bundesrechtlich erlauben, den Kostenvorschuss auf beide Parteien zu verteilen, wobei es die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen jeder Partei berücksichtigt[176].

Hinsichtlich der eigentlichen Gerichtskosten, d.h. ihrer Verteilung am Ende des Prozesses, bestand der Leitgedanke der Kommission darin, dem Gericht in berechtigten Fällen zu erlauben, von allfälligen kantonalen Verfahrensbestimmungen abzuweichen, die starr die Kosten der unterliegenden Partei auferlegen. Zu berücksichtigen ist hier auch eine andere Gefahr: In einem Kostenentscheid könnte dem Kläger eine Sanktion auferlegt werden, weil er einen überhöhten Betrag eingeklagt hat, obwohl er vielleicht den erlittenen Schaden nicht genauer bestimmen konnte. In all diesen Fällen sollte das Gericht *die Kosten auf den Kläger und den Beklagtem verteilen können*. Dabei soll es sich vor allem fragen können, inwiefern das Verfahren selbst als adäquate Folge der Schädigung

---

173 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.5 und These 512-10, S. 146.

174 BGE 117 II 394 ff.; Gauch P., Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, in: recht 5/94, S. 189 ff. Vgl. auch BGE 117 II 101 ff.

175 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.2 und These 512-13, S. 148 f.

176 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1 und These 512-11, S. 148 f.

anzusehen ist (*"Veranlassungsprinzip"*). Ferner soll es die Haltung der Parteien würdigen, namentlich die Art und Weise, in der jede Partei die Erledigung des Streitfalls erleichtert oder erschwert hat[177].

1.2.2.2.5.5 Vorläufige Zahlungen

Eines der bedeutendsten Probleme bei der Anwendung des Haftpflichtrechts ergibt sich daraus, dass die Verhandlungen mit oder unter Versicherern sowie die Gerichtsverfahren häufig langwierig sind. Mehrere Jahre können so vergehen, ohne dass das Opfer auch nur die geringste Entschädigung bekäme. Je nach Fall kann die geschädigte Person in eine schwierige Lage oder in Not geraten[178]. Die Kommission wollte diese Schwierigkeiten vermeiden. In Anlehnung an Bestimmungen wie Artikel 28 KHG oder wie Artikel 281 Absatz 2 und 283 ZGB bezüglich der Unterhaltsklage empfahl sie daher, die beklagte Partei (oder ihren Versicherer) zu *vorläufigen Zahlungen* zu verurteilen, wenn der Grundsatz der Haftpflicht erwiesen oder genügend wahrscheinlich ist und die wirtschaftliche Lage der klagenden Partei es erfordert oder rechtfertigt. Die Kommission erwähnte auch die Möglichkeit, Vorschüsse durch das Gemeinwesen vorzusehen, in Anlehnung an die Bevorschussung der Unterhaltsleistungen nach Artikel 293 Absatz 2 ZGB[179].

Die Möglichkeit vorläufiger Zahlungen kann natürlich nur verwirklicht werden, wenn die *Koordination mit dem Sozialversicherungsrecht* gewährleistet ist und die belangte Person oder ihr Haftpflichtversicherer nicht befürchten müssen, die Schuld ein zweites Mal zu bezahlen, wenn der Sozialversicherer Rückgriff nimmt. Denn dieser tritt grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens in die Rechte des (oder der) Versicherten gegen haftpflichtige Dritte ein[180]. Im Hinblick darauf hat die Kommission einen Vorschlag zuhanden der gesetzgebenden Stellen unterbreitet, die sich mit der Ausarbeitung eines "Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts" (ATSG)[181] befassen: Die geschädigte Person soll als Gegenleistung für vorläufige Zahlungen[182] ihre Ansprüche gegen den Sozialversicherer an die mutmassliche haftpflichtige Person oder deren Versicherer abtreten können. Dies soll innerhalb gewisser Grenzen und mit Zustimmung des Sozialversicherers möglich sein.

1.2.2.2.6 Ausschluss und Beschränkung der Haftpflicht

Es wurde bereits bei der Behandlung der Grundregeln des Haftpflichtprozesses erwähnt[183]: Der Ersatzanspruch des Opfers muss in der Regel durch zwingende Normen gewährleistet werden. Diese dürfen daher für vertragliche Änderun-

---

177 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1 und These 512-12, S. 146 ff.

178 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.9.1, S. 182 f.

179 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7 und These 512-14, S. 149 f.

180 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.4 und These 62-4, S. 170 ff.

181 Vgl. hinten 2.7.1, von Anm. 145 an.

182 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.9.2 und These 62-15, S. 183 ff.

183 Vgl. vorne 1.2.2.2.5.2.

gen, die aufgrund der Privatautonomie vorgenommen werden, keinen oder nur einen geringen Spielraum lassen. Aufgrund dieser Überlegungen hat die Kommission die Frage der Gültigkeit von Vertragsbestimmungen geprüft, die die Haftpflicht ganz oder teilweise ausschliessen, und sich mit Vergleichen über einen Schadenersatzanspruch befasst.

1.2.2.2.6.1 Eingeschränkte Zulassung von Ausschluss- und Beschränkungsklauseln

Einseitige Erklärungen, die die Haftpflicht ausschliessen, schienen der Kommission kein Problem zu sein, das ein Eingreifen des Gesetzgebers erfordert[184]. Dagegen sprach sie sich *für eine ziemlich einschränkende Regelung der vertraglichen Haftungsbeschränkungs- und Haftungsausschlussklauseln* aus. Sie nahm jedoch nicht eindeutig zur Frage Stellung, wie stark der Gesetzgeber eingreifen müsse.

Die Kommission ging von einer doppelten Feststellung aus. Zum einen ist die Wirkung dieser Klauseln im Bereich des ausservertraglichen Haftpflichtrechts umstritten. Zum anderen wird die Frage diskutiert, ob derartige Klauseln, soweit sie die Haftung für Personenschäden ausschliessen oder beschränken, nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB in Verbindung mit den Artikeln 19 und 20 OR zulässig sind - auch dann wenn die Anforderungen der Artikel 100 und 101 Absätze 2 und 3 OR eingehalten sind[185]. Die Kommission berücksichtigte auch, dass schon jetzt viele Gesetze diese Klauseln verbieten, und zwar ausnahmslos und ohne Unterscheidung zwischen den Schadenskategorien[186]. Sie verhehlte ihre Sympathie für eine radikale Lösung nicht (Variante I). Dennoch schlug sie *drei weitere Varianten vor, die vertragliche Abmachungen mehr oder weniger weitgehend zulassen*. Diese Varianten unterscheiden zwischen den Personenschäden und allen übrigen Schäden. Sie können auch untereinander kombiniert werden. So könnte ein System vorgesehen werden, das alle Klauseln untersagt, die die Haftung für Personenschäden (ganz oder teilweise) ausschliessen, aber für andere Schäden bei leichtem Verschulden Ausschlussklauseln zulässt (nach dem Vorbild des heutigen Artikels 100 Absatz 1 OR). Zusätzliche Beschränkungen könnten für die Fälle vorgesehen werden, wo die Vertragspartei, die auf ihre Rechte verzichtet, ein Konsument ist und/oder insoweit, als dieser Verzicht über konkret voraussehbare Risiken hinausgeht[187].

1.2.2.2.6.2 Missbräuchliche Vergleiche

Gewisse Gesetze sehen für den Vergleich eine Regelung vor, die jener der (vorhin behandelten) Haftungsausschlussklauseln entspricht. Ein Opfer kann

---

184 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.1, S. 150 f.

185 Dagegen: Tercier P., De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 265 ff.; Lörtscher Th., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977.

186 Art. 16 EHG, Art. 39 EleG, Art. 87 Abs. 1 SVG, Art. 8 Abs. 1 KHG und Art. 8 PrHG.

187 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2 sowie Thesen 513-1 und 513-2, S. 151 ff.

den Vergleich über seinen Ersatzanspruch[188] anfechten, den es mit einem Haftpflichtigen oder dessen Versicherer abgeschlossen hat, wenn es einem offensichtlich ungenügenden Betrag zugestimmt hat. Es handelt sich um einen speziellen Rechtsbehelf. Er besteht zusätzlich zu den traditionellen Anfechtungsmöglichkeiten wegen Willensmängeln, namentlich Übervorteilung (Art. 21 und 23 ff. OR) oder zu Rechtsbehelfen, die direkt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) abgeleitet sind. Er konkretisiert diese anderen Behelfe und erleichtert ihre Anwendung. Freilich sind diese Bestimmungen in der Praxis nicht oft angewendet worden und die wenigen Entscheide waren bei der Gutheissung einer Anfechtungsklage ziemlich streng[189]. Andererseits wurde in der Lehre kritisiert, dass drei Spezialgesetze die geschädigten Personen im Vergleich zu den ordentlichen Bestimmungen privilegieren. Es wurde sogar vorgeschlagen, die Bestimmungen der Spezialgesetze aufzuheben[190]. Man kann aber auch ihre Vereinheitlichung (soweit sie für die Anfechtung unterschiedliche Fristen vorsehen) und ihre *Verallgemeinerung* befürworten. Dies war die Meinung der Studienkommission. Sie schlägt vor, eine solche Bestimmung in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einzufügen[191].

1.2.2.3 Andere Vorschläge der Kommission

1.2.2.3.1 Neue Kausalhaftungstatbestände

Die Kommission war vom EJPD beantragt worden, sich zur Einführung neuer verschuldensunabhängiger Haftungsformen für Sachverhalte zu äussern, die besondere Regelungen notwendig machen könnten[192]. Angesichts der Grundgedanken der Studienkommission, ihrer Entscheidung für einen Allgemeinen Teil und für Generalklauseln, die die drei Grundprinzipien der Haftpflicht zum Ausdruck brachten[193], wie auch angesichts ihres allgemeinen Zieles der Vereinheitlichung hat sie natürlich nicht selbst neue Haftungstypen vorgeschlagen. Sie hat im Gegenteil versucht, noch mehr Neuschöpfungen vor der Gesamtrevision zu verhindern. Als einzige Ausnahme befürwortete sie eine vorgezogene Revision des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes[194].

Zur Zeit, als die Arbeiten der Kommission abgeschlossen wurden und der Bericht dem Departement übergeben wurde, war indessen ein aktuelles Thema bereits aus dem Bereich der Gesamtrevision ausgeschieden: Aufgrund einer parlamentarischen Initiative[195] hatte eine Kommission des Nationalrates begonnen, einen Gesetzesentwurf über die *Produktehaftpflicht* auszuarbeiten, der

---

188 Art. 17 EHG, Art. 87 Abs. 2 SVG, Art. 8 Abs. 2 KHG.

189 BGE 99 II 366 ff., 109 II 347 ff.

190 Merz H., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973 / Obligationenrecht, in: ZbJV 1975, S. 104 f.

191 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14 und These 512-1, S. 155 ff.

192 Vgl. vorne 1.2.1 c.

193 Vgl. vorne 1.2.2.1.3/1.4.

194 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.4, S. 197.

195 Initiative Neukomm, Produktehaftpflicht (NR 89.247).

sich an die entsprechende Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft (Union) anlehnte. Der Entwurf wurde danach in die Gesetzgebungsprogramme EUROLEX und SWISSLEX aufgenommen. Die Eidgenössischen Räte verabschiedeten ihn am 18. Juni 1993[196]. Die Kommission hiess diesen Einbruch in ihr allgemeines Konzept wohl oder übel gut. Sie liess das Argument gelten, wonach die europäische Integration dieses Opfer rechtfertigte[197]. Ihre einzige inhaltliche Empfehlung ging dahin, in Abweichung von der Richtlinie die reinen Vermögensschäden den Sachschäden gleichzustellen[198]. Diese Empfehlung fand kein Gehör.

Die Kommission befasste sich mit einer neuen Kausalhaftung, ohne es zu wagen, einen konkreten Vorschlag zu unterbreiten: die *Haftung des Veranstalters*. Ausgangspunkt der Überlegungen war, das grosse Ansammlungen von Personen ein hohes Risiko von unkontrolliertem und unkontrollierbarem Verhalten mit sich bringen. Dieses kann Personen- und Sachschäden verursachen, für die es oft schwierig ist, individuelle Verantwortlichkeiten nachzuweisen. Nach Ansicht der Kommission kann man nicht einfach die Teilnehmer einer Veranstaltung als Hilfspersonen der Organisatoren ansehen. Eine direkte oder analoge Anwendung der Organisationshaftung[199] kam daher nicht in Frage. Man hätte daher eine spezielle Haftung für diesen Sachverhalt schaffen müssen. Andererseits waren sich die Kommissionsmitglieder des Gegensatzes bewusst, der zwischen dieser Bestimmung und den Grundrechten der Vereins- und Versammlungsfreiheit entstehen könnte. Daher begnügten sie sich vorzuschlagen, dass die Zweckmässigkeit einer speziellen Haftung des Veranstalters und die Detailprobleme ihrer Abgrenzung und praktischen Anwendung eingehend untersucht werden sollten[200].

Eine der ältesten Forderungen auf dem Gebiet der Kausalhaftung zielt darauf ab, *eine Gefährdungshaftung der Inhaber oder Halter von Staudämmen einzuführen*. Bereits am Juristentag 1967 war davon die Rede. Seitdem wurde der Vorschlag in mehreren parlamentarischen Vorstössen und in einer Standesinitiative unterbreitet[201]. 1990 griff ihn die Eidg. Wasserwirtschaftskommission als dringendes Anliegen auf. Die Studienkommission betrachtete es als gerechtfertigt, in diesem Fall eine Spezialgesetzgebung vorzusehen. Diese könnte sich weitgehend an die Grundsätze des KHG anlehnen[202]. Inzwischen hat eine vom EVED und vom EJPD eingesetzte Expertenkommission einen Vorentwurf zu einem Gesetz ausgearbeitet, der demnächst dem Parlament unterbreitet werden soll.

---

196 Vgl. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), a.a.O. (Anm. 60), S. 32 N 8 und S. 37 f. N 14.

197 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.1 und Thesen 61-1 bis 61-3, S. 157 ff.

198 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), S. 161 und These 61-2.

199 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 a.E. und hinten 2.4.3.4.

200 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.2 und These 61-4, S. 163 f.

201 Vgl. vorne 1.1.2.1 und Stark E.W., ZSR 86 (a.a.O. Anm. 31), S. 134 ff.; Gilliard F., (a.a.O. Anm. 32), S. 309; Motion Guntern (SR 80.336); Postulat Vannay (NR 81.492); Interpellation Dirren (NR 85.535); Einfache Anfrage Hildbrand (NR 88.693); Standesinitiative des Kantons Wallis (90.203).

202 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.3 und Thesen 61-5 bis 61-8, S. 165 ff.

Hinsichtlich der *Umweltschäden* erkannte die Studienkommission an, dass die besonderen Probleme bei Deponien eine ergänzende staatliche Versicherung erfordern könnten. Diese würde allfällige Lücken in der Deckung der Privatversicherer schliessen. Dabei sollte die *Haftung der Inhaber von Deponien* als Gefährdungshaftung ausgestaltet werden. Die staatliche Versicherung sollte auch *Sanierungskosten* für alte Deponien decken können, wenn möglich bevor diese Schaden anrichten[203]. Eher widerwillig musste die Kommission zugeben, dass sich die Einführung einer *allgemeinen Kausalhaftung für besonders umweltgefährliche Tätigkeiten* im Rahmen der laufenden Revision des Umweltschutzgesetzes rechtfertigen liess. Denn damit wurde einer politischen Erwartung entsprochen, die auf diesem Gebiete besonders empfindlich war. Diese Lösung musste aber von vornherein als ein vorübergehender Notbehelf angesehen werden. Später sollte dieser in der Generalklausel aufgehen, die in der Gesamtrevision vorgeschlagen wurde[204].

Die Studienkommission äusserte sich nicht klar zu den *bestehenden "gewöhnlichen" Kausalhaftungen* und ihrem Schicksal in der Gesamtrevision. Sie empfahl lediglich, diese im Lichte allfälliger Neuerungen bei den Generalklauseln zu überprüfen. Im Übrigen riet sie davon ab, neue Tatbestände dieses Haftungstyps vorzusehen[205].

1.2.2.3.2 Probleme der Koordination mit den Sozialversicherern

Die Studienkommission interessierte sich sehr für die parallelen Arbeiten einer Kommission des Ständerates über den Entwurf eines "Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)". Als 1990 das Bundesamt für Sozialversicherung im Auftrag der zuständigen Ständeratskommission eine Vernehmlassung über diesen Entwurf durchführte[206], unterbreitete die Studienkommission eine ausführliche Stellungnahme. Sie betonte darin die Notwendigkeit, die verschiedenen Schadenausgleichssysteme untereinander zu koordinieren.

Der Bericht übernahm die Hauptpunkte dieser Stellungnahme. Es sei hier namentlich der Fragenkreis des *Rückgriffs des Sozialversicherers* erwähnt. Hier hat die Kommission die Bedeutung einer Verallgemeinerung erwähnt, die auch die berufliche Vorsorge einschliesst[207], damit das Gleichgewicht des Systems,

---

203 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/3 und These 63-1 und 63-2, S. 186 ff. Anlässlich der Revision des Umweltschutzgesetzes (vgl. vorne 1.1.2.2 und Anm. 42) reduzierten sich die Vorschläge einer Arbeitsgruppe über die "Deckung der Haftpflicht und Sanierungspflicht bei Deponien" auf eine Kompetenzdelegation an den Bundesrat, die ihn ermächtigte vorzusehen, "*dass das Gelände von Deponien bei ihrem Abschluss in das Eigentum des Kantons übergeht, und Vorschriften über eine allfällige Entschädigung"* zu erlassen (Art. 59*b* Bst. e).

204 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.3, S. 195 ff.; Widmer P., Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZbJV 1994, S. 405 ff.

205 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 a.E.

206 Für einen Überblick über Geschichte und Entwicklung dieses Entwurfs vgl. den Bericht der Kommission des Ständerates (BBl 1991 II 185 ff.) und die Stellungnahme des Bundesrates (BBl 1991 II 910 ff. und 1994 V 921 ff.

207 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/ 2.1, S. 167 ff. und Thesen 62-1 bis 62-2 (bes. 2.1.2); vgl. auch VI/2.7 und These 62-11, S. 179, zur verfahrensmässigen Koordination der Rückgriffe verschiedener Sozialversicherer.

das auf einer angemessenen Zurechnung der Haftpflicht beruht, nicht gestört wird. Andererseits hat die Kommission empfohlen - im Rahmen eines *allgemeinen Ausgleichssystems* - die Leistungen der Haftpflichtversicherer zu berücksichtigen[208]. In diesem Zusammenhang sind auch verschiedene Empfehlungen zu erwähnen, die bezwecken, die Beziehungen zwischen Sozialversicherern, Haftpflichtigen und Geschädigten (sowie ihrer allfälligen Privatversicherer) flexibler an veränderte Umstände anzupassen, die während der Dauer der Rentenberechtigung auftreten[209]. Schliesslich schlug die Kommission vor, die *Haftungsprivilegien* zugunsten der Familienmitglieder und des Arbeitgebers der geschädigten Person nach Artikel 44 UVG aufzuheben bzw. in einfache Rückgriffsprivilegien umzuwandeln[210].

1.2.2.3.3 Massen- und Katastrophenschäden

Die Studienkommission hat diese Themen nicht vertieft behandelt, obwohl ihr Auftrag dies vorgesehen hätte[211]. Sie begnügte sich damit, grundsätzlich einer Regelung zuzustimmen, die im Fall einer grossen Zahl von Geschädigten eine *Zwangsgemeinschaft* dieser Personen und eine gemeinsame Vertretung ihrer Ansprüche vorsah[212].

Eine *Katastrophensituation* würde besondere Bestimmungen und Abweichungen vom ordentlichen Recht bedingen. Die Kommission sprach sich hier für die Ausarbeitung eines Spezialgesetzes aus. Dieses könnte sich weitgehend an die Thesen im Referat zum Schweizerischen Juristentag 1990 anlehnen, das ein Mitglied der Kommission vorgelegt hat[213].

1.3 Besonderheiten des Vorentwurfs und Abweichungen von den Entscheiden der Studienkommission

Im Auftrag an die Verfasser des Vorentwurfs war vorgesehen: "Als Grundlage dient der Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts vom August 1991. Die Experten können jedoch abweichende Lösungen vorschlagen". Die Verfasser des Vorentwurfs sind den Empfehlungen und Thesen der Studienkommission in einem hohen Mass gefolgt. Sie sind nur aus dreierlei Beweggründen davon abgewichen, die auch zusammentreffen können:

---

208 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.2 und These 62-5, S. 171 ff. sowie VI/2.9 und These 62-15.

209 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.8 und Thesen 62-12 bis 62-14, S. 179 ff.

210 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4 und These 62-7, S. 174 ff. Vgl. dazu auch: Postulat beider Räte 83.227.

211 Vgl. vorne 1.2.1 h.

212 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/4 und These 64-1, S. 190 ff. Vgl. die Vorschläge von Stark E.W./ Knecht St., Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden, in: ZSR 1978, I, S. 51 ff.

213 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/5 und These 65-1, S. 192 f. Vgl. Tercier P., L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, in ZSR 190 (1990) II, S. 73 ff. sowie - in demselben Band (S. 1 ff.) und unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts - Schmid G., Rechtsfragen bei Grossrisiken.

- wenn eine grundlegende Frage von der Kommission nicht gelöst wurde oder umstritten blieb (z.B. das Problem der Widerrechtlichkeit oder der reinen Vermögensschäden);
- wenn ein wesentliches Problem von der Kommission in einem eher konservativen Sinn gelöst wurde, aber reformfreudigere Lösungen in der (schweizerischen und/oder ausländischen) Lehre eine gewisse Unterstützung fanden und eine erweiterte und vertiefte Diskussion darüber angezeigt schien (z.B. die Harmonisierung der ausservertraglichen und der vertraglichen Haftungsregelung);
- in Fällen, wo die neuen Bestimmungen mit einem didaktischen Element angereichert wurden, um eine Entwicklung der Rechtsprechung zu verankern, um das Verständnis zu erleichtern oder zu einer Auslegung oder Anwendung im gewünschten Sinn zu ermutigen (z.B. hinsichtlich der verschiedenen Schadensposten oder des Grundsatzes des "rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhanges").

1.3.1 Systematik

In systematischer Hinsicht hält sich der Vorentwurf an das allgemeine Konzept der Studienkommission, wonach ein Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts in den Zweiten Abschnitt des Ersten Titels des Obligationenrechts einzufügen ist, anstelle der heutigen Artikel 41 - 61[214]. Als relative Neuerung ist die Aufteilung dieses Abschnittes in zwei Unterabschnitte zu erwähnen. Der erste enthält die Allgemeinen Bestimmungen, der zweite dient als Reservegefäss für die Tatbestände der gewöhnlichen Kausalhaftung (namentlich jene, die bisher in den Artikeln 56 und 58 OR geregelt sind) sowie für die Fälle der Haftung für rechtmässiges Verhalten, die von der Kommission vorgeschlagen worden sind[215]. Die Systematik ist auch im Vergleich zum Bericht der Kommission leicht geändert: Die Abgrenzungen, in denen zugleich der Anwendungsbereich des Allgemeinen Teils umschrieben wird, sind zu Beginn des ersten Unterabschnitts (Art. 42 - 44 VE) eingeordnet, vor den allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht (Art. 45 - 47*a* VE) und den Haftungsgründen (Art. 48 - 51*a* VE)[216].

Ausserhalb dieses Kerns bestehen die speziellen Bestimmungen und Gesetze weiter, soweit sie durch die besondere Situation gerechtfertigt sind, die sie regeln sollen. Dies gilt vor allem für die in einer Reihe von Spezialgesetzen enthaltenen Gefährdungshaftungen im Verhältnis zur Generalklausel, die im Vorentwurf vorgeschlagen wird[217].

---

214 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

215 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3 und Thesen 52-5 bis 52-6, S. 45 ff.

216 Vgl. hinten 2.2.

217 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und hinten 2.4.4.2.

1.3.2 Grundnorm der Zurechnung

Die Grundnorm der Zurechnung am Anfang der gesamten Haftungsbestimmungen (Art. 41 VE) entspricht einem Vorschlag der Studienkommission[218]. Im Vergleich zu These 52 - 1 der Kommission[219] betont der Vorentwurf die *wichtigsten Zurechnungsgründe*. Diese werden im Absatz 2 aufgezählt, wobei ausdrücklich auf die betreffenden Bestimmungen verwiesen wird.

1.3.3 Anwendungsbereich: Ausweitung auf die vertragliche Haftpflicht

In Bezug auf die Abgrenzung der zivilrechtlichen Haftung von jener der Gemeinwesen oder, besser gesagt, die "*Privatisierung" der Staatshaftung* (Art. 43 und 43*a* VE) übernimmt der Vorentwurf getreulich die Überlegungen der Studienkommission[220]. Dasselbe gilt für die Anerkennung des Vorranges des Völkerrechts (Art. 44 VE)[221].

Eine der wichtigsten Abweichungen von den Thesen der Studienkommission ist dagegen der Versuch des Vorentwurfs, eine möglichst vollständige Vereinheitlichung der deliktischen oder ausservertraglichen Haftung mit der Haftung zwischen Vertragsparteien zu verwirklichen (Art. 42 VE). In dieser Frage hatte die Studienkommission praktisch kapituliert, obwohl zu Beginn ihrer Arbeit die Mehrheit ihrer Mitglieder noch einem Konzept der Annäherung oder Angleichung zugestimmt hatte, wie es bereits in der Lehre vorgeschlagen worden war[222].

Die Verfasser des Vorentwurfs legten Wert darauf, dass in dieser Frage erst endgültig entschieden wird, wenn die jeweiligen Vorzüge der traditionellen dualistischen Konzeption und des neuen zusammenfassenden Ansatzes sorgfältig diskutiert worden sind. Sie sind sich durchaus bewusst: Ihr Modell erlaubt es nicht, gewisse grundsätzliche Unterschiede zwischen der einfachen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und jener Vertragsverletzung zu beseitigen, die zugleich die Rechtsgüter des Vertragspartners beeinträchtigt, deren Schutz unabhängig von jeder vertraglichen Bindung gewährleistet werden muss. Daher versuchen sie mit ihrem Vorschlag die "passive" von der "aktiven" oder "positiven" Vertragsverletzung zu trennen. Nur die letztere soll vom gemeinen Haftpflichtrecht geregelt werden. Umgekehrt sind sich die Befürworter der Harmonisierung auch der Schwierigkeiten bewusst, die die Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung verursachen kann, vor allem bei Dienstleistungsverträgen. Ihres Erachtens können jedoch die meisten Zweifelsfälle gelöst werden, wenn man sich fragt, ob die betreffende Beeinträchtigung in ähnlicher oder analoger Weise ausserhalb eines vertraglichen Verhältnisses vorkommen kann. So erscheint es durchaus als einleuchtend, eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, die auf die Untätigkeit und

---

218 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

219 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 38 ff.

220 Vgl. vorne 1.2.2.1.6.

221 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.3 und These 54-4.

222 Vgl. vorne 1.2.2.1.5 und Anm. 83.

somit die Unterlassung des Arztes zurückzuführen ist, den ordentlichen Bestimmungen der ausservertraglichen Haftpflicht zu unterstellen, selbst wenn dieses Verhalten gleichzeitig eine schuldhafte Vertragsverletzung darstellt. Wesentlich ist der Erfolg, der das Verhalten des Arztes rechtswidrig werden lässt. Diese Auffassung wirkt sich natürlich auch auf den Begriff der Widerrechtlichkeit aus[223].

1.3.4 Allgemeine Bestimmungen

Im Bereich der allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht haben die Verfasser des Vorentwurfs am meisten ihren didaktischen Regungen nachgegeben. Einerseits stellten diese Bestimmungen ihres Erachtens sozusagen das Alphabet des Haftpflichtrechts dar. Andererseits waren sie der Ansicht, dass in der Darstellung der einzelnen Voraussetzungen ein gewisses Gleichgewicht eingehalten werden musste. Bei der Abklärung einer Haftung gibt es eine logische Reihenfolge der Voraussetzungen, die eine umgekehrte chronologische Reihenfolge darstellt: *der Schaden, die Widerrechtlichkeit und der Kausalzusammenhang*. Die Anknüpfungstatbestände und die Zurechnungskriterien sind je nach Art der Haftung verschieden und daher in den Normen enthalten, die die einzelnen Haftungen begründen.

1.3.4.1 Der Schaden

Die Kommission hatte bewusst auf eine Definition des Schadens verzichtet[224]. Dagegen versuchten die Verfasser des Vorentwurfs in einer ersten Phase, eine allgemeine Formulierung dafür zu finden. Diese sollte in Wirklichkeit eher als Einführung zu den einzelnen Bestimmungen dienen und den Anschein vermeiden, dass die Detailbestimmungen im luftleeren Raum dastehen. Aufgrund wohlmeinender Kritik[225] verzichteten die Autoren auf die Formulierung. Dennoch beschlossen sie, eine Einführungsnorm zu schaffen (Art. 45 VE). Absatz 1 von Artikel 45 nennt die zwei klassischen Schadenskategorien, das heisst den Vermögensschaden und den immateriellen Schaden. Absatz 2 zählt die verschiedenen Schadensarten auf, die zum Vermögensschaden gehören, namentlich den reinen Vermögensschaden, den die Verfasser des Vorentwurfs allerdings nicht definieren. Absatz 3 schliesslich bezieht sich auf die Gefährdungshaftung und beschränkt die Schadenersatzpflicht auf diesem Gebiet, indem er den Ersatz des reinen Vermögensschaden ausschliesst. Dadurch wird eine Frage gelöst, welche die Studienkommission nicht regeln konnte[226].

Was die Tötung und die Körperverletzung im Allgemeinen betrifft, übernimmt der Vorentwurf die Empfehlungen der Kommission (Art. 45*a* und 45*b* VE)[227]. Davon abweichend schlägt er jedoch eine neue Bestimmung über den *Sach-*

---

223 Vgl. hinten 2.2.2 und 2.3.3.

224 Vgl. vorne 1.2.2.1.7.

225 Stein P., Der Schaden (Ein juristisches Märchen), in SJZ 1995, S. 183 f.

226 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2 und These 52-3, S. 42 ff., sowie V/3.3.5, S. 66 f.; vgl. hinten 2.3.2.1 a.E. und 2.3.2.2.5.

227 Vgl. vorne 1.2.2.1.7.

schaden vor (Art. 45*c* VE). Deren Aufgabe besteht ausschliesslich darin, ein Gegenstück zu den erwähnten Bestimmungen zu bilden und als Richtlinie zu dienen, die der Praxis entnommen ist, und zwar für den Fall, wo jemand mit Fragen bezüglich des ersatzfähigen Schadens bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache konfrontiert ist[228].

Die Bestimmung über den *Umweltschaden* (Art. 45*d* VE) ist vollständig neu, denn die Kommission musste sich nicht damit befassen (mangels Koordination mit den Vorbereitungsarbeiten für die Revision des USG). Diese Bestimmung lehnt sich jedoch, wie noch darzulegen ist, an Texte des internationalen Rechts an[229].

Beim Ersatz *des immateriellen Schadens* haben die Verfasser des Vorentwurfs eine - blosse - Anregung der Kommission[230] verwirklicht, nämlich die Vereinigung der heutigen Artikel 47 und 49 OR in einer einzigen Bestimmung (Art. 45*e* VE)[231].

Schliesslich hatte die Kommission in abgeschwächter Form ("könnte") die Idee geäussert, eine besondere Bestimmung über den Ersatz von Rettungs- und/oder Schadenabwehrkosten einzuführen, ebenso wie für Kosten von Massnahmen zur Verminderung eines eingetretenen Schadens oder gegen dessen Verschlimmerung[232]. Der Vorentwurf enthält dazu eine ausdrückliche Bestimmung (Art. 45*f* VE). Deren systematische Stellung am Ende der Bestimmungen über den Schaden zeigt an, dass sie für alle Kategorien gilt, auch für den immateriellen Schaden[233].

1.3.4.2 Die Rechtswidrigkeit

Für diese allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht hatte die Kommission ausnahmsweise ihre eher reservierte Haltung gegenüber "erklärenden" Bestimmungen aufgegeben und vorgeschlagen, die Formulierung ins positive Recht aufzunehmen, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden war. Dabei war sie sich bewusst, dass diese Definition kaum dazu beitragen werde, die wichtigsten Probleme zu lösen[234]. Der Vorentwurf behält den grundsätzlichen Standpunkt der Kommission bei, wonach die Widerrechtlichkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht ist, die auch erfüllt sein muss, wenn es sich um eine reine Kausalhaftung handelt. Er bemüht sich jedoch, die Schwierigkeit noch etwas besser zu erfassen, indem er einen neuen Ansatz vorschlägt: Einerseits beschränkt er den Kreis der ersatzfähigen Schäden im Rahmen der Gefährdungshaftung (Art. 45 Abs. 2 VE)[235]. Andererseits erweitert er den Wi-

---

228 Vgl. hinten 2.3.2.2.4.

229 Vgl. hinten 2.3.2.2.5.

230 Vgl. vorne 1.2.2.1.7 a.E. und Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.5, S. 95 f.

231 Vgl. hinten 2.3.2.3.

232 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2 und These 55-2, S. 86 f.

233 Vgl. hinten 2.3.2.4.

234 Vgl. vorne 1.2.2.1.8.

235 Vgl. vorne 1.3.4.1.

derrechtlichkeitsbegriff im Bereich der Haftungen, die an ein individuelles Verhalten anknüpfen, namentlich bei der Verschuldenshaftung[236]. Dieses Konzept konkretisiert sich in einer allgemeinen Definition der Widerrechtlichtkeit, die den Vorschlägen der Kommission entspricht (Art. 46 Abs. 1 VE). Danach folgt eine speziellere Definition, die namentlich auf die Verschuldenshaftung gemünzt ist und insbesondere - als mögliche "Schutznormen" - den Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Bestimmungen und Klauseln erwähnt, die vertragliche Pflichten auferlegen.

Die Bestimmung über die *Rechtfertigungsgründe* (Art. 46*a* VE) - die Umkehrung der Widerrechtlichkeitsvoraussetzung - entspricht voll den Thesen der Studienkommission[237].

1.3.4.3 Die rechtliche Kausalität

Die Kommission wollte zu Recht keine Begriffsbestimmung für die Kausalität, die die klassische Formel wiedergegeben hätte, welche Lehre und Rechtsprechung in Anwendung der Theorie des "adäquaten Kausalzusammenhanges" verwenden. Sie befürwortete hingegen eine allgemeine Bestimmung, die den Grundsatz der *Entlastungsgründe* festlegt - als die negative Seite der Zurechnung - und für alle Haftungsarten gilt[238] Der Vorentwurf stützt sich auf diesen Ansatz, verdeutlicht ihn aber durch eine allgemeine Bestimmung über die Rolle der Kausalität in der Zurechnung (Art. 47 VE). Diese Bestimmung wird durch eine speziellere Norm (Art. 47*a* VE) präzisiert, welche die wichtigsten "Fremdursachen" aufzählt, die den Kausalzusammenhang "unterbrechen"[239].

Die Kommission hat nicht endgültig entschieden, ob die Bestimmungen über die vollständige Entlastung mit jenen über die Herabsetzung des Schadenersatzes (als teilweise Entlastung ausgestaltet) kombiniert werden sollen. Sie hat auch in systematischer Hinsicht nicht entschieden, ob die beiden Fragen bei den allgemeinen Bestimmungen über die Haftpflicht oder unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes behandelt werden sollen. Der Vorentwurf spricht im Zusammenhang mit der Kausalität nicht ausdrücklich von teilweiser Entlastung. Aber der Wortlaut der Bestimmung über die Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE)[240], die die Ausdrücke von Artikel 47*a* VE voll übernimmt, sollte klar aufzeigen, dass es sich letztendlich um ein und dieselbe Frage handelt: Die angemessene Haftpflicht kann nämlich zwischen dem vollständigen Ersatz und der vollständigen Verweigerung einer Entschädigung abgestuft werden. Zwischen diesen Extremen sollen alle Schattierungen möglich bleiben[241].

---

236 Vgl. hinten 2.3.3.

237 Vgl. vorne 1.2.2.1.8 a.E. und hinten 2.3.3.4.

238 Vgl. vorne 1.2.2.1.9.

239 Vgl. hinten 2.3.4.

240 Vgl. hinten 2.5.2.

241 Widmer P., Détermination et réduction de la réparation en droit suisse, in: The limits of liaibility, Den Haag/London/Boston 1996, S. 137 ff.

1.3.5 Haftungsgründe

1.3.5.1 Die Verschuldenshaftung

Der Vorentwurf (Art. 48 - 48*b* VE) folgt hier vollständig dem von der Studienkommission eingeschlagenen Weg[242], ausser in einem Punkt, der nebensächlich scheinen mag, aber nicht ohne Bedeutung ist. Die Kommission hatte sich grundsätzlich der Auffassung angeschlossen, wonach die *Haftung der Unzurechnungsfähigen* gemäss dem heutigen Artikel 54 Absatz 1 OR im neuen Recht nicht mehr als ordentlicher Tatbestand der Kausalhaftung in Erscheinung treten soll, sondern nur noch als Ausnahme von der Regel, wonach nur die schuldfähigen Personen für ihr rechtswidriges Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden können. Die Kommission zog jedoch aus dieser Meinung nicht die notwendige Schlussfolgerung. Sie präzisierte nicht, dass das Gericht diesen Behelf nur in ganz besonderen Fällen anwenden solle. Sie liess sogar durchblicken, dass diese Bestimmung (Art. 48*b* VE) benützt werden könne, um die Wirkungen der "Resubjektivierung" des Verschuldensbegriffes - gemäss der neuen Definition der Fahrlässigkeit (Art. 48*a* VE) - zu mildern oder auszugleichen. Der Vorentwurf will hingegen einer zu grosszügigen Auslegung eines Rechtsbehelfs, der "*ultima ratio*" bleiben muss[243], entschieden entgegentreten. Er betont den aussergewöhnlichen Charakter einer Haftung, die in Wirklichkeit unangemessen ist und deren Anwendung sich nur in ganz seltenen Fällen rechtfertigt, wo Not am Mann ist.

1.3.5.2 Die Haftung für Hilfspersonen

Die Kommission hatte die Möglichkeit geprüft, neben der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung als dritte Säule der Haftpflicht eine "*Organisationshaftung*" einzuführen. In Tat und Wahrheit ging es dabei darum die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zu legalisieren und zu kodifizieren[244]. Diese hat den Befreiungsbeweis, der dem Geschäftsherrn grundsätzlich zusteht, praktisch aus Artikel 55 OR entfernt. Mit dieser ziemlich spektakulären Praxisänderung folgte unser oberstes Gericht jedoch nur - sozusagen "verspätet" - den Vorschlägen, die in der Lehre 20 Jahre früher geäussert worden waren und sich - bereits damals - an die neuere Entwicklung in der Staatshaftung angelehnt hatten[245]. Zweck einer solchen subsidiären Generalklausel wäre es, gewisse Situationen einer Kausalhaftung zu unterstellen, wo nicht ein technisches Risiko die Aufgabe des Verschuldenskriteriums rechtfertigt, sondern das Risiko, das mit immer komplexeren und immer schwieriger zu beherrschenden Formen der Organisation und der Arbeitsteilung verbunden ist. Die Haftung des Produzenten ist dabei das auffallendste Beispiel. Denn um dieses Problem zu lösen, hat die Rechtsprechung die traditionelle Haftung des Geschäftsherrn so streng ausgelegt. In seiner heutigen Fassung widerspiegelt Artikel 55 OR tatsächlich noch die handwerklichen Strukturen des 19. Jahrhunderts, wo der Meister kei-

---

242 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und hinten 2.4.2.

243 Vgl. hinten 2.4.2.3.

244 BGE 110 II 456 ff.; vorne 1.1.2.3 a.E.

245 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 295 ff.; vgl. auch in demselben Band (ZSR 1967 II) das Votum von Professor P. Jäggi, S. 754 ff.

ne Mühe hatte, die Tätigkeit seiner Handvoll Mitarbeiter zu leiten und zu überwachen.

Ergebnis der Überlegungen der Studienkommission war indessen eine Form *halbkausaler Haftung*, die auf einem "Organisationsfehler" beruhte[246]. Die Kommission setzte sich damit in Widerspruch zu ihrer eigenen Grundsatzerklärung, wonach es nicht angebracht sei, neue hybride Haftungsformen zu schaffen, die auf halbem Weg zwischen Verschulden und Gefahr stehen. Die Verfasser des Vorentwurfs berücksichtigten die Kritik an dieser Lösung und Empfehlungen, die an einem Hearing während der Ausarbeitung des Vorentwurfs gemacht wurden. Sie beschlossen, eine veränderte zweistufige Ausgestaltung vorzuschlagen. Demnach soll die Haftung der "Chefs" für ihre Hilfspersonen unterteilt werden. Ein erster allgemeiner oder "häuslicher" Tatbestand steht dem heutigen Artikel 55 OR nahe; hier wird der Befreiungsbeweis der drei klassischen Sorgfaltspflichten - "*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*" - beibehalten oder wiederbelebt (Art. 49 VE). Der zweite Tatbestand der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49*a* VE) soll spezifisch "gewerblich oder beruflich" sein. Grundlage der Haftung wird immer ein "Organisationsfehler" sein. Die Beweislast für diesen Mangel soll aber umgekehrt werden: Der belangten Person soll der Nachweis obliegen, dass der betreffende Schaden nicht auf einen Mangel der Organisation zurückzuführen ist[247]. Allerdings ist der verbleibende Schritt zu einer "scharfen" Kausalhaftung (für das Organisationsrisiko) vielleicht mehr psychologisch als rechtlich. Aber die Studienkommission selbst nahm diese Auswirkung bei ihrer Lösung in Kauf, die sie als weniger streng ansah[248].

Die Studienkommission hatte auch empfohlen, dass die Organisationshaftung analog zu den modernen Gesetzen des Bundes und der Kantone über die Staatshaftung *primär und ausschliesslich* sein solle. Dies hätte bedeutet, dass die geschädigte Person nur den "Herrn" oder "Inhaber" der Organisation einklagen könnte, nicht aber den einzelnen Bediensteten oder Angestellten, der den Schaden unmittelbar verursacht hat. Nachdem die Verfasser des Vorentwurfs das Problem überdacht und berücksichtigt haben, das der allgemeine Zweck der Revision in der Verbesserung der Stellung des Geschädigten besteht, verzichten sie auf diese Einschränkung des Kreises der möglichen Haftpflichtigen und die - möglicherweise damit verbundene - Einschränkung des Regresses.

1.3.5.3 Gemeinsame Bestimmungen für die Kausalhaftung

Im Rahmen ihrer Überlegungen zur Generalklausel der Gefährdungshaftung hatte die Studienkommission auch vorgeschlagen, zwei zusätzliche - von Rechtsprechung und Lehre entwickelte - Grundsätze im Gesetz ausdrücklich zu verankern.

Der erste Grundsatz betrifft die sogenannte "*annexe" Haftung für fremdes Verhalten*. Diese ist in jeder Kausalhaftung enthalten, die mehr an einen objektiven Sachverhalt als an ein individuelles Verhalten anknüpft. Die Person, die dieser

---

246 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4 und These 53-5, S. 69 ff.

247 Vgl. hinten 2.4.3.

248 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.3 a.E., S. 72.

Haftung hauptsächlich untersteht, muss demnach für jede Person haften, deren Verhalten auf irgendeine Weise zur Verwirklichung des Sachverhaltes beigetragen hat, der von der betreffenden Norm erfasst wird[249].

Der zweite Grundsatz betrifft das sogenannte "*zusätzliche Verschulden*", womit folgendes gemeint ist: Selbst wenn das Verschulden der Beteiligten keine Voraussetzung der Haftung ist - weil diese eine objektive Grundlage hat -, kann es als "zusätzliches" Element berücksichtigt werden. Dieses Element erhält sein Gewicht, wenn die Haftungsanteile unter mehreren Mithaftpflichtigen bestimmt werden, einschliesslich der geschädigten Person selbst, also bei der Bemessung des Schadenersatzes im Falle der Haftungskollision oder der Aufteilung des Schadens unter Mithaftpflichtigen[250].

Im Vorentwurf sind diese beiden Grundsätze (Art. 51 und 51*a* VE) - gemäss ihrer allgemeinen Tragweite - von der Gefährdungshaftung abgetrennt und als allgemeine Regeln für alle Formen der Kausalhaftung aufgestellt.

1.3.6 Mehrheit von Haftungen und Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen

1.3.6.1 Häufung von Haftungen

Die Kommission hat die Probleme der Kollision und der Konkurrenz von Haftungen oder von Haftpflichtigen untersucht. Ihre Vorschläge zu diesem Thema sind im Vorentwurf übernommen worden (Art. 53*a* - 53*c* VE)[251]. Sie äusserte sich hingegen nicht zu den Fällen, wo verschiedene Haftungsgründe bei derselben Person gegeben sind und entschieden werden muss, ob gewisse Normen ausschliesslich oder wahlweise anwendbar sind. Der Vorentwurf empfiehlt, eine Bestimmung in den Allgemeinen Teil aufzunehmen (Art. 53 VE), die gleichzeitig den *Grundsatz der Alternativität* festhält - sofern keine klar begründete Ausnahme besteht - sowie den Grundsatz, wonach das Gericht unter den anwendbaren Bestimmungen frei jene wählen kann, die der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschafften (*"iura novit curia"*)[252].

1.3.6.2 Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen

1.3.6.2.1 Quotenvorrecht und Quotenteilung

Gemäss den Thesen der Studienkommission[253] verankert der Vorentwurf auch für die Privatversicherung den Grundsatz des Quotenvorrechts der geschädigten Person, der im Sozialversicherungsrecht anerkannt ist, und er mildert ihn durch eine *Quotenteilung* in bestimmten Fällen, wo es unbillig wäre und gegen Treu und Glauben verstossen würde, dass das Rückgriffsrecht des Versicherers gegen die haftpflichtige Person hinter dem verbleibenden Direktanspruch

---

249 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.6 und These 53-4, S. 67 f.

250 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.7 und These 53-4 Abs. 4, S. 67 f.

251 Vgl. vorne 1.2.2.2.2 sowie hinten 2.6.3 und 2.6.4.

252 Vgl. hinten 2.6.2.

253 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4 und These 510-5, S. 109 ff.

der geschädigten Person zurücktreten muss, obwohl sie den Eintritt oder die Verschlimmerung des Schadens durch ein vorsätzliches Verschulden oder ein verbrecherisches Verhalten verursacht hat (Art. 54*b* VE). Für diese Fälle schlägt der Vorentwurf aber eine Berechnungsmethode vor, die von jener der Kommission ein wenig abweicht[254].

1.3.6.2.2 Direktes Forderungsrecht

Die Kommission hatte gezögert, der geschädigten Person ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer *ausserhalb der Tatbestände des Versicherungsobligatoriums* einzuräumen. Nach ihren Vorschlägen sollte der Bundesrat den Abschluss einer Versicherung für all jene Fälle vorschreiben können, wo eine Tätigkeit einer bundesrechtlichen Bewilligung bedarf (Art. 54*g* VE)[255]. Der Vorentwurf sieht die *Verallgemeinerung des direkten Forderungsrechts* vor[256]. Bei der freiwilligen Versicherung behält er jedoch das Recht des Versicherers vor, den Geschädigten alle Einwendungen und Einreden entgegenzuhalten, die ihm gegenüber der versicherten Person zustehen (Art. 54*c* und 54*a* VE *e contrario*).

1.3.7 Die Verjährung

Die Verjährungsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 55 - 55*c* VE) entsprechen den Beschlüssen der Studienkommission[257]. Nur in zwei Nebenpunkten weicht er davon ab: Einerseits gibt er den Gedanken eines "*Zehner-Parallelismus*" zwischen der relativen und der absoluten Verjährungsfrist auf. Diese Idee ist an sich verlockend, entspricht aber mehr einem Bedürfnis nach Symmetrie als rechtlichen oder praktischen Beweggründen[258]. Andererseits verzichtet er darauf, den Beginn der Verjährung des Rückgriffsanspruchs für eine *Ersatzleistung in Form einer Rente* ausdrücklich zu regeln. Denn er geht davon aus, dass Artikel 131 OR zur Lösung des Problems genügt[259].

1.3.8 Verfahren

Im Verfahrensrecht ergänzt der Vorentwurf (Art. 56 - 56*h* VE) die Empfehlungen der Studienkommission[260] mit einer Bestimmung, die dem heutigen Artikel 53 OR entspricht. Sie behandelt das *Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht* bezüglich des materiellen Rechts und des Verfahrens.

---

254 Vgl. hinten 2.7.3.3.2.

255 Vgl. vorne 1.2.2.2.3.

256 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2 und These 510-9; vgl. hinten 2.7.4.2.1.

257 Vgl. vorne 1.2.2.2.4.

258 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.3 und These 511-5.

259 Vgl. hinten 2.8.7 a.E.

260 Vgl. vorne 1.2.2.2.5 und hinten 2.9.3.

1.3.9 Vertragliche Haftungsausschlüsse und Vergleiche

Die Studienkommission wollte keine Wahl unter den verschiedenen mehr oder weniger einschränkenden Varianten treffen, die sie "*zur Begrenzung der Haftungsbegrenzungen*" vorschlug[261]. Der Vorentwurf nimmt diese Wahl vor (Art. 57 VE). Er erklärt diese Vertragsbestimmungen als missbräuchlich und vollständig nichtig, soweit sie die Haftung für *Einwirkungen auf das Leben oder die körperliche oder geistige Unversehrtheit* betreffen. Dasselbe sieht er für den *Umweltschaden* vor (Art. 45*d* VE), den die Kommission nicht behandelt hatte. Für *andere Schäden* (Sachschäden, reine Vermögensschäden) behält der Vorentwurf grundsätzlich dieselben Beschränkungen bei wie der heutige Artikel 100 OR. Er hebt jedoch das Ermessen des Richters in den Fällen von Artikel 100 Absatz 2 OR auf. Als neues einschränkendes Kriterium führt er die "*vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen*" ein[262].

Was schliesslich die *missbräuchlichen Vergleiche* betrifft, haben sich die Verfasser des Vorentwurfs - im Gegensatz zur Studienkommission - für einen *Ausgangspunkt der Anfechtungsfrist* entschieden, der mehr der allgemeinen Regelung von Artikel 31 Absatz 2 OR als der spezielleren Regelung von Artikel 21 Absatz 2 OR entspricht.

---

[261] Vgl. vorne 1.2.2.2.6.1.

[262] Vgl. hinten 2.10.2.

2 Allgemeine Bestimmungen (Art. 41 - 58 VE)

2.1 Zurechnung der Haftpflicht (Art. 41 VE)

2.1.1 Grundnorm

Die wesentliche Funktion des Haftpflichtrechts ist die Ersetzung des Schadens. Wenn ein Schaden entsteht, so besteht die grundlegende Frage darin, ob die geschädigte Person selbst die finanziellen Folgen tragen muss (nach dem Grundsatz "Casum sentit dominus"), oder ob sie - gestützt auf eine Gesetzesbestimmung, die eine Forderung begründet - die Last des Ersatzes ganz oder teilweise auf eine Drittperson abwälzen kann (nach dem Zurechnungsprinzip). Gemäss der These der Studienkommission[263] und nach dem Beispiel des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs[264] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass der Grundsatz der Zurechnung der Haftpflicht im Gesetz als Grundnorm verankert wird (Art. 41 Abs. 1 VE). Positiv formuliert, bestimmt diese Norm, dass eine Person zum Ersatz eines Schadens, den sie einer anderen zugefügt hat, verpflichtet ist, insoweit er ihr nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.

In sprachlicher Hinsicht ist zu präzisieren, dass das Bindewort "insoweit" den normativen Charakter der juristischen Kausalität und ihre möglichen Abstufungen widerspiegelt[265]. Ausserdem ist zu beachten, dass die Bestimmung weit formuliert ist, so dass alle Fälle von Haftungen erfasst sind, auch die Haftung für fremdes[266] oder für rechtmässiges[267] Verhalten. Inhaltlich hat die Regel gewiss eine symbolische Bedeutung. Durch die Stellung, die sie einnimmt, unterstreicht sie die Einheit des Haftpflichtrechts. Sie will aber auch die allgemeinen Voraussetzungen jeder Ersatzpflicht hervorheben: das Vorhandensein eines gesetzlich vorgesehenen Zurechnungsgrundes (oder -kriteriums)[268], eines Schadens[269] und eines Kausalzusammenhanges zwischen dem Sachverhalt, an den angeknüpft wird, und dem Schaden[270]. Nach Ansicht der Verfasser des Vorentwurfs ist auch die Rechtswidrigkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht[271], unter Vorbehalt der aussergewöhnlichen Fälle der Haftung für rechtmässiges Verhalten[272]. Der Hinweis auf das Gesetz ist keineswegs tautologisch. Er drückt einfach aus, dass die Haftung dann und nur dann besteht, wenn das Gesetz sie vorsieht. Dadurch soll klar gezeigt werden, dass die Revi3esion die Haftung in vernünftigen und sozial gerechtfertigten Schranken halten und somit sogenannte "amerikanische Auswüchse" verhindern will.

---

263 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1S.38 ff.

264 Art. 162 Abs. 1 des Buches 6, in Kraft getreten am 1. Januar 1992.

265 Vgl. hinten 2.3.4.

266 Vgl. z.B. die Fälle von Art. 49, 49*a* und 51 VE.

267 Vgl. die Fälle von Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

268 Vgl. hinten 2.1.2.

269 Art. 45 - 45*f* VE; vgl. hinten 2.3.2.

270 Art. 47 - 47*a* VE; vgl. hinten 2.3.4.

271 Art. 46 VE; vgl. hinten 2.3.3.

272 Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

2.1.2 Allgemeine Zurechnungsgründe

Artikel 41 Absatz 2 VE ergänzt und konkretisiert die Haftungs-Zurechnungsnorm von Absatz 1. Er nennt die drei allgemeinen Zurechnungsgründe, die mit rechtswidrig verursachten Schädigungen verbunden sind. Diese Zurechnungsgründe und Haftungsprinzipien sind die Grundlagen der Verschuldenshaftung (Art. 48 VE[273]), der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE[274]) und der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE[275]). Die Aufzählung ist nicht abschliessend[276]. Sie erwähnt die besonderen Haftungstatbestände nicht, die im ZGB, im OR oder in einem Spezialgesetz vorgesehen sind[277]. Demnach ruht das System, das durch den Vorentwurf eingeführt wird, von nun an auf drei gleichrangigen Pfeilern. Es enthält nebeneinander allgemeine und besondere Haftungsbestimmungen.

Der Vorschlag ist an sich gar nicht revolutionär. Das geltende Recht kennt neben besonderen haftungsbegründenden Bestimmungen die Einrichtung der Generalklausel der Verschuldenshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR). Diese Regelung bestand schon im OR von 1881. Ihr neuzeitliches Vorbild ist in Artikel 1382 des französischen Code civil von 1804 zu finden. Die Neuerung des Vorentwurfs besteht hier in der Anerkennung zweier neuer Generalklauseln der Haftung. Beide klammern das Verschulden aus. Sie beruhen beide auf einer Zurechnungsnorm, die nicht mehr einen moralischen Vorwurf gegenüber einem menschlichen Verhalten, sondern den Ausgleich der Möglichkeit und des Privilegs darstellt, eine Tätigkeit auszuüben, sei es wegen der Art und Weise, in der die Tätigkeit ausgeübt wird (Hilfspersonenhaftung, Art. 49 und 49*a* VE), sei es wegen der Natur der Tätigkeit selbst (Gefährdungshaftung, Art. 50 VE). Die Verankerung neuer Generalklauseln der Haftung im gemeinen Recht erfüllt zwei wichtige Reformanliegen. Einerseits geht es darum, in Zukunft die Vermehrung von Spezialbestimmungen zu vermeiden und folglich die Vereinheitlichung des Systems anzustreben. Anderseits geht es darum, die Rechte der geschädigten Person in bestimmten Situationen zu verbessern, die heute nicht auf befriedigende Art und Weise erfasst sind.

2.2 Geltungsbereich

2.2.1 Einführung

Nach dem Wortlaut von Artikel 41 Absatz 1 VE ist es die Aufgabe der allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts, alle Fälle zu regeln, in denen das Gesetz eine Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens vorsieht. Ihr Geltungsbereich erscheint von vornherein äusserst weit, was übrigens dem Willen der Verfasser des Vorentwurfs entspricht. Er ist indessen mit einer dreifachen Abgrenzung versehen, die erstens durch das Vertragsrecht (Art. 42 VE), zweitens

---

273 Vgl. hinten 2.4.2.

274 Vgl. hinten 2.4.3.

275 Vgl. hinten 2.4.4.

276 Der Text von Art. 41 Abs. 2 VE sagt "namentlich".

277 Vgl. hinten 3.1.1.

durch das öffentliche Recht (Art. 43 und 43*a* VE) und drittens durch das internationale Recht (Art. 44 VE) vorgenommen wird.

2.2.2 Abgrenzung gegenüber dem Vertragsrecht

2.2.2.1 Deliktische und vertragliche Haftung

Das geltende schweizerische Obligationenrecht enthält zwei formell verschiedene Regelungen der Haftpflicht:

- die deliktische (oder ausservertragliche) Regelung, wenn die Schädigung, für welche die belangte Person (aufgrund von Art. 41 OR oder einer Spezialbestimmung) haftet, die Verletzung einer allgemeinen Pflicht der Rechtsordnung darstellt.
- die vertragliche Regelung, wenn die Schädigung, für welche die belangte Person haftet (nach Art. 97 OR oder einer Spezialbestimmung), die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung darstellt[278].

Die bedeutendsten Auswirkungen der Unterscheidung bestehen in der Verteilung der Beweislast für das Verschulden (das im Vertragsrecht vermutet wird, Art. 97 Abs. 1 OR, zu vergleichen mit Art. 41 OR), in der Haftung für Hilfspersonen (mit dem Befreiungsbeweis der objektiven Sorgfalt im Deliktsrecht, Art. 55 Abs. 1 OR, zu vergleichen mit Art. 101 Abs. 1 OR) und in der Verjährung (die im allgemeinen im Vertragsrecht länger ist, Art. 127 OR, zu vergleichen mit Art. 60 OR). Auf die - umstrittenen - Auswirkungen der vertraglichen Beschränkungen der Haftpflicht oder andere Auswirkungen im internationalen Privatrecht (Zuständigkeit, anwendbares Recht) wird hier nicht eingegangen.

Der Unterschied zwischen den beiden Haftungsregelungen wird durch die Verweisungsbestimmung von Artikel 99 Absatz 3 OR gemildert, über deren Tragweite diskutiert wird. Nach dem Bundesgericht geht der französische Text zu weit. Man muss sich an die deutsche und die italienische Fassung halten. Diese Fassungen verweisen auf die "Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen" (Disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti), namentlich also auf die Artikel 42 - 47, nicht aber auf Artikel 60[279]. Man stellt fest, dass Artikel 99 Absatz 3 OR in einem gewissen Mass schon den Ausdruck einer wesentlichen Einheit des Haftpflichtrechts darstellt[280].

Es ist möglich, dass die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung - einer Haupt- oder Nebenpflicht - auch die rechtswidrige Verletzung einer allgemeinen Pflicht der Rechtsordnung darstellt. Es kann sich um eine gesetzliche Pflicht (z.B. Art. 328 OR) oder um eine Pflicht handeln, die sich unmittelbar aus allgemeinen Grundsätzen ableitet, wie die Unterlassungspflichten, die die Schädigung Dritter ohne rechtfertigenden Grund verbieten (*neminem laedere*), oder

---

278 Im Sinn, der hier gemeint ist, bewirkt der Ausdruck "vertragliche Haftung" eine Ersatzpflicht, die nicht im Vertrag als solchem (z.B. einem Versicherungsvertrag) begründet ist, sondern in der Vertragsverletzung. Vgl. dazu Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 269 f.

279 BGE 80 II 258 f., 87 II 159 f. Zu dieser Frage vgl. Brunner H.U., Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, S. 49 ff., 159 ff.

280 Brunner H.U., a.a.O. (Anm. 279), S. 10.

die Pflicht, sich gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verhalten[281]. Dies ist namentlich der Fall, wenn der schädigende Vorgang das Leben, die körperliche Integrität oder das Eigentum an einer Sache der Gegenpartei beeinträchtigt und so den Zweck des Vertrags gefährdet. Dann liegt das vor, was man gemeinhin "positive Vertragsverletzung" nennt[282].

Unter Vorbehalt der Fälle, wo ein Spezialgesetz das Ausschliesslichkeitsprinzip vorsieht[283], kann die geschädigte Person sich auf den einen oder anderen Haftungsgrund berufen. Man spricht manchmal von einer Anspruchskumulation (im Sinne, dass der deliktische und der vertragliche Anspruch gleichzeitig geltend gemacht werden können[284]), häufiger aber von Anspruchskonkurrenz (im Sinne, dass die Gutheissung einer Klage die andere gegenstandslos macht[285]). Das Institut der Klagekonkurrenz relativiert den Unterschied zwischen den zwei Haftungsformen. Es zeigt nämlich, dass die Grenze zwischen den beiden nicht dicht ist, und ermöglicht bereits heute die Feststellung, dass bei einem Schaden aus Vertragsverletzung nicht unbedingt die Regelung der vertraglichen Haftung zur Anwendung kommt.

2.2.2.2 Kritische Stellungnahmen zur heutigen Lösung

Im Ausland wird der Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung mit Skepsis und Kritik begegnet[286]. Die Unterscheidungsmerkmale variieren von Land zu Land; dasselbe gilt für die Behandlung der Fälle von Klagekonkurrenz. Festzustellen ist ferner, dass die Folgen der Unterscheidung gar nicht so gross sind, wie behauptet wird. Schliesslich ist zu erwähnen, dass es in gewissen Bereichen keine Unterscheidung mehr gibt und die ausservertragliche Haftung allein zum Tragen kommt.

In der Schweiz hat eine von Jäggi[287] angeführte Richtung der Lehre ernsthafte Kritik an der Berechtigung der Anspruchskonkurrenz und an der Zweckmässigkeit geübt, die Zweiteilung zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung beizubehalten. Die Existenz eines dualistischen Systems wird nicht an sich in Fra-

---

281 Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), II, N 2608.

282 Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), N 2603 ff.; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), II, N 1572 ff.; Koller A., Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 12/92, S. 1483 ff. Ohne die allgemeine Tragweite von Art. 97 Abs. 2 OR zu verneinen, sind einige Autoren der Ansicht, dass der Begriff der "positiven Vertragsverletzung" überflüssig ist (Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 709; von Tuhr A./Escher A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., II, Zürich 1974, S. 106 f.). Das Bundesgericht verwendet diesen Begriff (z.B.: BGE 113 II 427), manchmal allerdings in einem anderen Sinn als demjenigen, der heute allgemein anerkannt ist (BGE 69 II 244 f.).

283 Vgl. z.B. Art. 59 Abs. 4 SVG *a contrario*.

284 Secrétan R., Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, ZSR 1949, S. 186 und 191. Vgl. auch Art. 53 VE und hinten 2.6.2.

285 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 482 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 13, N. 43; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 271 f.; BGE 112 II 141 ff., 113 II 247.

286 Vgl. Tunc, a.a.O. (Anm. 83), S. 32 ff., mit Hinweisen; Marchand S., Droit des transports internationaux et "contort", ZSR 1995, S. 119 ff. mit Hinweisen.

287 Jäggi P., a.a.O. (Anm. 83), S. 181 ff. Vgl. auch Gauch P./Schluep., a.a.O. (Anm. 51), N 2621 und Verweisungen.

ge gestellt. So müssen die Fälle der Nichterfüllung der versprochenen Leistung (wenn die Erfüllung im wörtlichen Sinn von Art. 97 Abs. 1 OR unmöglich oder im Sinne der Art. 102ff. OR verspätet ist) weiterhin den einschlägigen Bestimmungen unterstehen (unter Vorbehalt der Verweisungsnorm von Art. 99 Abs. 3 OR). Hingegen - und im Gegensatz zur extensiven Auslegung, die man heute bei Artikel 97 Absatz 1 OR anwendet - müsste in den Fällen der positiven Vertragsverletzung eine andere Regelung gelten, wenn eine Vertragspartei die andere durch die mangelhafte Art und Weise, die Leistung zu erfüllen, schädigt. Aufs Ganze gesehen, befindet sich diese Partei in der Situation einer Person, die aus Delikt haftet: Sie hat einen Schaden - meist einen Personen- oder Sachschaden - verursacht, indem sie die Norm der Rechtsordnung übertreten hat, welche es verbietet, andere zu schädigen. Nehmen wir als Beispiel den Fall eines Arztes, der bei einer chirurgischen Operation zur Behandlung eines Beinbruchs die Oberschenkel-Schlagader zerschneidet! In einem solchen Fall verletzt der Schuldner eine allgemeine Pflicht, die alle Personen trifft. Er verletzt gleichzeitig aber auch eine Schutzpflicht, deren Einhaltung der Vertragspartner erwarten konnte. Der Inhalt dieser Pflicht bleibt selbstverständlich derselbe, ob die eine oder die andere Regelung anwendbar ist, obwohl er durch den Vertrag konkretisiert wird. Es handelt sich um die Pflicht, sich gegenüber Dritten sorgfältig und loyal zu verhalten und die Massnahmen zur Sicherung ihres Lebens, ihrer körperlichen Unversehrtheit und ihres Eigentums zu treffen. Mit Tunc ist zuzugeben, dass sich eine solche Pflicht eher aus der Natur der ausgeübten Tätigkeit als aus der Existenz eines Vertrags ergibt[288]. Diese Pflicht wird übrigens von den Vertragsparteien in der Regel nicht einmal diskutiert.

Übrigens erscheint in vielen Situationen das vertragliche Umfeld, in dem der Schaden auftritt, als mehr oder weniger zufälliger Umstand, der keine unterschiedliche Behandlung der Ausübung des Rechts auf Ersatz rechtfertigt. Denken wir beispielsweise an den Fall des Malers, der beauftragt ist, die Decke zu weisseln und dabei den Teppich verschmutzt: Ist es gerechtfertigt, die vertragliche Regelung, die normalerweise vorteilhafter ist, anzuwenden, wenn der Teppich der Person gehört, die die Arbeit in Auftrag gegeben hat (der Wohnungs-Vermieter) oder die deliktische Regelung, wenn der Teppich Eigentum eines Dritten (des Wohnungs-Mieters) ist[289]? Im einen wie im anderen Fall verletzt der Täter rechtswidrig ein rechtlich geschütztes Gut, indem er objektiv dieselben schädigenden Auswirkungen verursacht. Die ausschliessliche Anwendung der Artikel 41ff. OR ist geboten, denn sonst besteht die Gefahr, dass man künstliche rechtliche Unterscheidungen trifft.

Übrigens bewirkt der Grundsatz der Anspruchskonkurrenz eine übermässige Ausdehnung des Begriffs der vertraglichen Verpflichtung. Denn er fügt Schutzpflichten als Nebenpflichten zur Hauptleistung hinzu. Man muss zugeben, dass diese Schutzpflichten von den Parteien oft nicht vorausgesehen wurden[290].

---

288 Tunc, a.a.O. (Anm. 83), S. 41.

289 Beispiel von Koller A., in Symposium Stark. Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 79 f.

290 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 273; Cuendet J., La faute contractuelle et ses effets, Lausanne 1970, S. 218; Koller A., a.a.O. (Anm. 282), S. 1492 ff.

Obwohl die Studienkommission sich der Kritik an der geltenden Lösung bewusst war, konnte sie sich nicht über eine engere Zusammenführung der beiden Haftungsregelungen einigen. Einige Mitglieder befürchteten eine Verschlechterung der Lage der geschädigten Person, besonders eine Verwischung des Unterschieds zwischen Rechtswidrigkeit und Vertragsverletzung[291].

2.2.2.3 Vorschläge des Vorentwurfs

Die Verfasser des Vorentwurfs sind von der Notwendigkeit überzeugt, die Normen über den Schadenersatz stärker zu vereinheitlichen, damit ein bedeutsames Reformanliegen erfüllt werden kann. Gleichzeitig möchten sie die Unterscheidung zwischen Delikts- und Vertragshaftung beibehalten. Sie schlagen dazu eine neue Norm vor, die im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einzuordnen ist, um die Einheit der Materie zu unterstreichen (Art. 42, 1. Halbsatz VE). Diese Norm stellt den Grundsatz auf, dass die Artikel 41ff. OR auch für Schäden gelten, die durch vertragswidriges Verhalten entstanden sind. Dies bedeutet, dass die Haftung aus positiver Vertragsverletzung von den Normen über die Deliktshaftung absorbiert wird. In diesen Situationen gibt es keine vertragliche Haftung und keine Anspruchskonkurrenz mehr. Die geschädigte Person kann sich nur auf die Deliktshaftung berufen. Daraus ergibt sich eine Ausdehnung des Begriffs der Widerrechtlichkeit, was Artikel 46 Absatz 2 ausdrücklich festhält[292].

Es ist gerechtfertigt, andere Fälle vertraglicher Haftung wie nach geltendem Recht ihren eigenen Regeln zu unterstellen. Dies ergibt sich sowohl aus der Besonderheit der betreffenden Fälle (wenn das Gesetz die Nichterfüllung ahndet) als auch aus der Natur des Ersatzanspruchs (wenn das Gesetz eine spezifische Regelung enthält). In diesem Sinn ist der doppelte Vorbehalt in Artikel 42, 2. Halbsatz VE zu verstehen.

Der erste Vorbehalt bezieht sich auf die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung der geschuldeten Leistung. Zwei Kategorien von Fällen sind erfasst:

- einerseits die eigentlichen Fälle der Nichterfüllung, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht oder nur teilweise bewirkt werden kann (Art. 97 - 101 OR), wie es die neue Fassung von Artikel 97 Absatz 1 OR präzisiert.
- andererseits die Fälle von Schuldnerverzug, sei es aufgrund der allgemeinen (Art. 102 - 109 OR) oder der besonderen Bestimmungen, wie beispielsweise jenen über den Verzug des Käufers (Art. 214f. OR) oder des Mieters (Art. 257d OR).

Der zweite Vorbehalt betrifft die für einzelne Vertragsarten geltenden Sonderbestimmungen[293]. Es kann sich um Bestimmungen handeln, die eine für die geschädigte Person günstigere Haftungsordnung vorsehen, was namentlich bei

---

291 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.1 S.75 ff. Vgl. hinten 2.2.2.5.

292 Vgl. hinten 2.3.3.3 a.E.

293 Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser Vorbehalt auch die Grundsätze anvisiert, die von Lehre und Rechtsprechung für den einen oder den anderen Innominatvertrag entwickelt wurden.

Bestimmungen wie Artikel 306 Absatz 3 OR (Haftung des Entlehners, der einem Dritten den Gebrauch der geliehenen Sache gestattet) oder Artikel 474 Absatz 2 OR (Haftung des Aufbewahrers, der die hinterlegte Sache ohne Erlaubnis des Hinterlegers gebraucht) zutrifft, nach denen das Verschulden des Schuldners keine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist. Es kann sich aber auch um Bestimmungen handeln, die eine für die geschädigte Person ungünstigere Haftungsordnung vorsehen, wie dies beispielsweise bei Artikel 210 Absatz 1 und bei Artikel 371 Absatz 1 OR der Fall ist, die auf Schadenersatzklagen wegen Mängeln der Sache oder des Werkes anwendbar sind und eine sehr kurze Verjährungsfrist vorsehen (ein Jahr seit der Lieferung der Kaufsache oder seit der Abnahme des Werkes). Auf alle Fälle ist nicht im Rahmen einer Revision des Haftpflichtrechts auf die Regelung der einzelnen Verträge einzugehen und zu fragen, ob eine Revision einzelner Regelungen angebracht wäre. Die Beantwortung solcher Fragen setzt nämlich eine globale Betrachtung sowohl der Rechtspolitik auf dem betreffenden Gebiet wie auch eines jeden Einzelvertrags voraus. Wo das Gesetz einen Fall besonders regelt, kann somit das Problem der Haftung des Schuldners nicht allein, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Vertragsart und insbesondere der Risiken der Parteien gelöst werden. Dies ginge selbstverständlich weit über das Mandat der Verfasser des Vorentwurfs hinaus.

2.2.2.4 Änderung von Bestimmungen über die Haftung des Schuldners

Nach Ansicht der Verfasser des Vorentwurfs macht der neue Artikel 44 VE die Änderung zweier Normen über die Haftung des Schuldners notwendig. Es handelt sich einerseits um die allgemeine Bestimmung von Artikel 97 Absatz 1 OR, andererseits um die Verweisungsnorm von Artikel 99 Absatz 3 OR.

Nach der geltenden Fassung von Artikel 97 Absatz 1 OR muss der Schuldner, den ein Verschulden trifft, dem Gläubiger den Schaden ersetzen, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig bewirkt werden konnte. So wie sie heute angewendet wird, regelt die Bestimmung die Haftung des Schuldners bei Nichterfüllung - und dies ist ohne Zweifel der erste Sachverhalt, den der Gesetzgeber im Auge hatte -, aber auch die Haftung für positive Vertragsverletzung[294]. Soweit die Ersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung in Zukunft dem Deliktsrecht untersteht (Art. 42, 1. Halbsatz VE), rechtfertigt es sich, Artikel 97 Absatz 1 OR redaktionell zu ändern, um seine Tragweite einzuschränken. Der vorgeschlagene Text schränkt daher die Haftung des Schuldners auf die Fälle eigentlicher Nichterfüllung ein, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht bewirkt werden kann (Beispiel: Die verkaufte, individualisierte Sache wurde einem Dritten übertragen) oder nur teilweise bewirkt werden kann (Beispiel: Es wurde eine ungenügende Menge der verkauften Sache wurde geliefert, und weder der Verkäufer noch ein Dritter kann bis zum vorgesehenen Termin den Vertrag korrekt erfüllen).

Die heutige Rechtsprechung legt Artikel 99 Absatz 3 OR so aus, dass die Bestimmungen über den Umfang der Haftung aus unerlaubter Handlung analog

---

[294] Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), II, N 2602 ff.; Bucher E., Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 335 f.

für die Auswirkungen des Verschuldens im Vertragsrecht gelten[295]. Diese Norm behält bei der OR-Revision ihre Funktion und somit ihre Daseinsberechtigung. Sie gilt für die Fälle von Artikel 97 Absatz 1 OR (in seiner neuen Fassung), aber auch für andere Fälle, welche die vertragliche Haftung des Schuldners begründen, wie jene der Artikel 98 Absatz 2, 259e oder 368 Absatz 2 OR. Es besteht kein Grund, sie nicht auch auf die Bestimmungen anzuwenden, die eine Kausalhaftung (ohne Verschulden) des Schuldners vorsehen, wie die Artikel 101 Absatz 1 oder 208 Absatz 2 OR. Daher wird vorgeschlagen, den Wortlaut von Artikel 99 Absatz 3 OR zu ändern. Die Verweisung soll nicht nur für die Auswirkungen des Verschuldens im Vertragsrecht gelten, sondern in weiterem Ausmass für die Auswirkungen der Vertragsverletzung. Die Verfasser des Vorentwurfs möchten den Anwendungsbereich der Bestimmungen auf andere Weise erweitern und gleichzeitig präzisieren, um noch einmal die Einheit des Systems zu unterstreichen. Die Bestimmungen, auf die verwiesen wird, sollen unmittelbar - nicht analog - anwendbar sein. Die Verweisung muss möglichst umfassend sein. Sie soll alle Bereiche erfassen, die in den allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts geregelt sind; eine Ausnahme bilden lediglich die Bereiche, für die das Vertragsrecht eine besondere Regelung enthält, wie dies beispielsweise bei der Verjährung (Art. 127 ff. OR) der Fall ist. So wird der revidierte Artikel 99 Absatz 3 OR auf die Bestimmungen über die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung (Art. 45 - 47*a* VE), die Festlegung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52*a* VE), die Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53*c* VE), das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 - 54*i* VE), das Verfahren und den Beweis (Art. 56 - 56*h* VE)[296] sowie über die haftungsbeschränkenden Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE) verweisen.

2.2.2.5 Einige Schlussbemerkungen

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen keineswegs vor, die Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung aufzuheben und sie durch eine synthetische Konstruktion zu ersetzen, die im Englischen - als Fusion der Worten "contract" und "tort" - "contort" genannt werden könnte[297]. Im Namen der Vereinheitlichung des Schadenersatzrechts regen sie aber an, die Grenze zwischen beiden Systemen zu verschieben. Das Vertragsrecht sollte nur die Fälle von Nichterfüllung der versprochenen Leistung sanktionieren, während die Fälle positiver Vertragsverletzung - abgesehen von einzelnen Ausnahmen - unter die Bestimmungen betreffend die Deliktshaftung fallen sollten.

Da die positive Vertragsverletzung in Zukunft den Artikeln 41ff. OR untersteht, könnte man für diese Fälle eine Verschlechterung der Lage der geschädigten Person befürchten. Diese Befürchtung wurde übrigens in der Studienkommission geäussert. Sie muss aber hauptsächlich aus zwei Gründen relativiert werden.

---

295 Vgl. vorne 2.2.2.1.

296 In Bezug auf den Gerichtstand (Art. 56 und 56*a* VE) könnte sich ein Vorbehalt zugunsten des künftigen Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen, insbesondere zugunsten der Bestimmungen über die Klagen aus Vertrag, als nötig erweisen.

297 Vgl. Marchand S., a.a.O. (Anm. 286), S. 121.

Zunächst kann man nicht genug wiederholen: Wenn eine Sonderbestimmung eine Gefährdungshaftung vorsieht, gibt es eine einheitliche Regelung des Schadenersatzes, die im wesentlichen dem Deliktsrecht untersteht. Hier ist unerheblich, ob zwischen den Parteien vorher ein vertragliches Verhältnis bestanden hat. In diesen Fällen wendet man das Ausschliesslichkeitsprinzip an, insofern als die Haftung an einen objektiven Sachverhalt und nicht mehr an ein Verhalten des Vertragspartners geknüpft ist. Der Anwendungsbereich dieses Prinzips wird in Zukunft durch die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) noch erweitert.

Man muss zugeben, dass in den anderen Fällen, wo weiterhin ein Unterschied zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung besteht, die klassischen Auswirkungen des Unterschieds sehr erheblich vermindert werden. Gewisse Unterschiede erscheinen schon heute mehr als theoretisch denn als praktisch[298]. Bei der Hilfspersonenhaftung ist daran zu erinnern, dass sich die Rechtsprechung zum Befreiungsbeweis der Sorgfalt, der dem Geschäftsherrn obliegt (Art. 55 Abs. 1 OR), sehr streng gezeigt hat[299]. Und diese Tendenz sollte in Zukunft bestätigt werden, namentlich wenn der Haftpflichtige beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlichem oder beruflichem Zweck Hilfspersonen einsetzt (Art. 49*a* VE)[300]. Was die Verjährung betrifft, ist hervorzuheben, dass der Vorentwurf eine erhebliche Verlängerung der heute geltenden Fristen von Artikel 60 Absatz 1 OR vorsieht (Art. 55 VE)[301]. Bezüglich des Beweises des Verschuldens geht der Vorteil, der in der Verschuldensvermutung des Vertragsrechts gesehen wird, in gewisser Hinsicht auf einen Sophismus zurück. Das Verschulden ist an sich kein Sachverhalt, sondern eine Wertung, mit der das Gericht ein gewisses Verhalten beurteilt. Nur dieses Verhalten kann Gegenstand eines Beweises sein, und dies gilt im Vertragsrecht gleich wie im Deliktsrecht, heute und morgen. Das heisst, das Verhalten, das dem Schuldner zurechenbar ist, muss auch vom Gläubiger bewiesen werden, wenn er die Nichterfüllung des Vertrages nachweisen will. Daraus ergibt sich, dass man faktisch zu einer Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien gelangt, namentlich in den Fällen, wo Verpflichtungen in Bezug auf die Mittel (obligations de moyens) verletzt werden (z.B. Arzthaftung), bei denen das Verschulden mit der Nichterfüllung identisch ist. Hinzu kommt der nicht zu unterschätzende Vorteil für die geschädigte Person, den die neue Verfahrensbestimmung von Artikel 56*c* Absatz 2 VE darstellt. Sie ermächtigt das Gericht, die Beweise, welche es als notwendig erachtet, von Amtes wegen zu erheben.

---

298 Vgl. vorne 2.2.2.1.

299 Vgl. z.B. BGE 110 II 456, insbes. Erw. 2 und 3. Vgl. hinten 2.4.3.1.

300 Vgl. hinten 2.4.3.4.

301 Vgl. hinten 2.8.4.1.

2.2.3 Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht (Art. 43 und 43a VE)

2.2.3.1 Heutige Rechtslage

Man unterscheidet herkömmlicherweise die zivilrechtliche Haftung von der öffentlich-rechtlichen Haftung. Diese kommt nach heutiger Auffassung zum Zuge, wenn das Opfer eines Schadens, der in Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit verursacht wurde, Schadenersatz vom Staat oder von einer juristischen oder natürlichen Person verlangen kann, die irgendwie von ihm abhängig ist (Körperschaft, Anstalt, Beamter). Das Abgrenzungskriterium ist objektiv: Es besteht nicht so sehr in der Eigenart der Person, die gehandelt hat, als in der Natur der Tätigkeit, die Ursprung des Schadens ist[302]. Die Abgrenzung zwischen zivil- und öffentlich-rechtlicher Haftung ist somit im grösseren Rahmen der klassischen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht einzuordnen. Diese Unterscheidung ist nach bisheriger Auffassung mit unserer Rechtsordnung eng verbunden. Es stimmt zwar, dass sie dazu neigt, sich zu verwischen, wie man im Bereich des Umwelt- und des Datenschutzes feststellen kann. Die grundlegende Frage bleibt jedoch, wieweit es sich rechtfertigt, die Ersatzpflicht einer besonderen öffentlich-rechtlichen (eidgenössischen oder kantonalen) Regelung anstelle der allgemeinen privatrechtlichen Regelung (des Bundes) zu unterstellen[303].

Im geltenden Recht befinden sich die gesetzlichen Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Haftung in den Artikeln 59 Absatz 1 ZGB und 61 OR. Diese zwei allgemeinen Bestimmungen enthalten einen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts des Bundes oder der Kantone. Der Vorbehalt von Artikel 59 Absatz 1 ZGB ist insoweit unecht, als er "gleich wie Artikel 6 Absatz 1 ZGB einen Grundsatz bestätigt, der sich aus der verfassungsmässigen Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen ergibt"[304]. Die Regel gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese haften Dritten nur, wenn und insoweit das öffentliche Recht dies vorsieht[305]. Wenn sie hingegen ein Gewerbe betreiben oder - allgemeiner ausgedrückt - sich als Subjekt des Privatrechts betätigen, so untersteht ihre Haftung dem Zivilrecht (Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 55 Abs. 1 und 101 Abs. 1 OR)[306]. Artikel 61 OR betrifft die öffentlichen Beamten und Angestellten. Für ihre Haftung gegenüber Dritten behält er das öffentliche Recht vor (Absatz 1)[307], ausser wenn die schädigende Handlung mit gewerblichen Verrichtungen zusammenhängt (Abs. 2), beispielsweise dem Betrieb eines öffentlichen Schwimmbades[308]. In diesem Fall untersteht die Haftung ausschliesslich dem Bundesprivatrecht (Art. 41ff. OR).

---

302 Tercier P., La Délimitation entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, in Die Verantwortlichkeit im Recht, Zürich 1981, II, S. 703 und 712.

303 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 706; Stark E.W, a.a.O. (Anm. 89), S. 1 und 2.

304 Grisel A., Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, II, S. 815.

305 Dies ist bei Bund und Kantonen der Fall, ausser im Kanton Appenzell .Rh.

306 BGE 111 II 151; vgl. auch Grisel A., a.a.O. (Anm. 304 S. 815.

307 Zu beachten ist, dass der Bund und alle Kantone in diesem Bereich Bestimmungen erlassen haben; vgl. auch hinten 2.2.3.4.

308 BGE 113 II 426.

Viele besondere Bestimmungen regeln Haftungstatbestände bei Tätigkeiten, die öffentlichen Charakter haben oder haben können. Wie Tercier[309] muss man diese Bestimmungen in zwei Kategorien einteilen. Es gibt einerseits Bestimmungen, die die Haftung der öffentlich-rechtlichen juristischen Person oder ihrer Bediensteten für Tätigkeiten festlegen, die meistens mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt zusammenhängen (Beispiele: Art. 426ff. ZGB, 928 OR, 135 ff. MG; 58 ff. ZSG). Anderseits gibt es Bestimmungen, die die Haftung ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der Person festlegen, die die Tätigkeit ausübt. Dies ist bei den Gesetzen der Fall, die eine scharfe Kausalhaftung begründen. In diesen Fällen spielt es keine Rolle, ob die Schädigung in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht worden ist. Beispielsweise bestimmen dies Artikel 73 Absatz 1 SVG und Artikel 59*a* Absatz 6 USG ausdrücklich. Die Regeln des gemeinen Rechts über die milde Kausalhaftung gelten meistens auch für die Gemeinwesen, die Grundeigentümer oder Werkeigentümer (Art. 679 ZGB, 58 OR), Familienoberhaupt (Art. 333 ZGB) oder Tierhalter (Art. 56 OR) sind[310]. Hingegen trifft dies nicht auf Artikel 58 OR zu. Dieser wird von den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Kantone abgelöst, soweit die Schäden von Bediensteten in Erfüllung staatlicher Aufgaben verursacht wurden. Entsprechend der Lösung des VG sieht die Mehrheit der Kantone eine primäre Haftung des Gemeinwesens vor, die vom Verschulden des Urhebers der schädigenden Handlung unabhängig ist[311].

2.2.3.2 Kritische Würdigung und Reformvorschläge

Die heutige Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Haftpflichtrecht veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs zu einer kritischen Beurteilung in drei Punkten:

a. Zunächst muss man feststellen, dass zahlreiche Normen, die zivilrechtliche Haftungen begründen, auf öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten und deren Bedienstete anwendbar sind, sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen, sei es aufgrund von Lösungen, die Rechtsprechung und Lehre gefunden haben. Daraus ergibt sich namentlich für die Kantone - denn die Frage stellt sich im wesentlichen für sie -, dass die Verknüpfung der Haftung mit der staatlichen Natur einer Tätigkeit nicht notwendigerweise dazu führt, dass die Ersatzpflicht ausschliesslich durch das kantonale öffentliche Recht geregelt wird[312]. Das ist eine erste Ursache der Komplexität, ja der Unsicherheit des Systems[313].

---

309 A.a.O. (Anm. 302) S. 710 f.; vgl. auch Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 2 ff.

310 Vgl. Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 3 und 4; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.1, S. 79; BGE 106 II 204, 108 II 185, 115 II 242 ff., wo das Bundesgericht die Auffassung vertritt, dass Art. 56 OR als Sonderbestimmung dem Verantwortlichkeitsgesetz vorgeht, ausser wenn der Halter das Tier bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse des Bundes verwendet und der Schaden mit dieser Situation zusammenhängt.

311 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4; Gross J., Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 51 ff.

312 Gutachten des Bundesamtes für Justiz, Hauptabteilung Staats- und Verwaltungsrecht, vom 23. März 1993, S. 7.

313 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 716.

b. Heute sind die Kantone frei, ihre Haftung und jene ihrer Bediensteten zu regeln, mit Ausnahme der Schädigungen, die bei der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten verursacht wurden (Art. 59 Abs. 1 ZGB, 61 OR). Nach geltendem Recht ist also die hoheitliche Gewalt für die Bestimmung der Kompetenz in diesem Bereich nicht entscheidend[314]. Das negative Abgrenzungskriterium - das Gewerbe - hat seine historische Bedeutung verloren[315]. In der heutigen Praxis erweist es sich als ungenügend, da es künstliche Unterscheidungen bedingt. Nach einer seit langem bestehenden Rechtsprechung stellt etwa die Krankenpflege in einem öffentlichen Spital keine gewerbliche Verrichtung dar, sondern - als Folge davon - eine hoheitliche staatliche Tätigkeit. Wenn ein Arzt aufgrund seiner amtlichen Eigenschaft haftet, so gilt das öffentliche Recht[316]. Nach Ansicht der Autoren des Vorentwurfs ist die Lösung in ihrer Begründung und in ihren Auswirkungen zu beanstanden. Es ist zwar richtig, dass die Tätigkeit in einem öffentlichen Spital kein Gewerbe darstellt. Dagegen ist es fraglich, sie als Anwendungsfall der hoheitlichen Gewalt anzusehen, denn sie ist für die Parteien nicht zwingend[317]. Die Zulassung der öffentlich-rechtlichen Haftung in Bereichen wie Spitalpflege begünstigt übrigens föderalistische Lösungen, für deren Unterschiede es in Wirklichkeit keine vernünftigen Gründe gibt. Sie rührt übrigens heute weitgehend vom Umstand her, dass die meisten Regelungen des kantonalen öffentlichen Rechts vom Verschulden unabhängig und für die geschädigte Person günstiger als das Bundeszivilrecht sind[318]. Dies wird in Zukunft nicht notwendigerweise so bleiben[319].

c. Ihrer Natur nach gehört die Haftung zuerst zum Privatrecht. Wenn der Staat schadenersatzpflichtig ist, so tritt er meistens als gleichberechtigtes Subjekt auf, und zwar nicht nur gegenüber der geschädigten Person, sondern auch verglichen mit einer Einzelperson, die unter ähnlichen Umständen verpflichtet wäre[320]. Es sei daran erinnert, dass die Bestimmungen über die Gefährdungshaftung schon heute ohne weiteres für ihn gelten, unabhängig davon, ob die schädigende Handlung in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe begangen wurde.

Diese dreifache Feststellung veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs, der Auffassung von Stark[321] zu folgen und die Haftpflicht der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts und ihrer Bediensteten den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung zu unterstellen. Abweichungen zugunsten des

---

314 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4.

315 Bischof P., Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht, ZSR 1985 I, S. 83 ff.; Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 723.

316 BGE 102 II 47, 111 II 151, 122 III 101.

317 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 5. Vgl. auch vorne 1.2.2.1.6.

318 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 723; Bischof P., a.a.O. (Anm. 315), S. 105.

319 Vgl. Art. 49*a* VE und hinten 2.4.3.4.

320 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 7.

321 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 6 ff.; in diesem Sinn auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.2, S. 80 ff.

kantonalen Rechts sind nur für schädigende Handlungen gerechtfertigt, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangen werden, und zwar angesichts der besonderen Stellung des Staates und der Eigenart seiner Aufgaben[322]. Dies bedeutet, dass die Kantone (zwingend) und der Bund (soweit wie möglich) den Regelungen des Bundesrechts über die Kausalhaftungen unterstellt werden müssen. Dies bedingt auch, dass die Abweichungen des kantonalen öffentlichen Rechts einen Minimalstandard einhalten, der vom Bundesrecht festgelegt wird. Dieser Standard wird übrigens schon heute von den meisten Kantonen eingehalten.

Nach Auffassung des Bundesamtes für Justiz sind die Vorschläge der Verfasser des Vorentwurfes mit der Auslegung vereinbar, die auf die Bundesverfassung, insbesondere Artikel 64 Absätze 1 und 2 (vgl. Art. 122 Abs. 1 der revidierten BV) angewendet werden kann[323]. Die Vorschläge führen zum Ergebnis, dass die Abgrenzung zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung in Zukunft auf der Unterscheidung beruht, ob staatliche Tätigkeiten eine Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellen oder nicht. Infolgedessen verliert das unsichere Kriterium des Gewerbes seine Bedeutung. Ausserdem nimmt der Anwendungsbereich des Bundesprivatrechts im grösstmöglichen Umfang zu.

2.2.3.3 Grundregel (Art. 43 VE)

Gemäss Artikel 43 VE unterstehen der Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie ihre Körperschaften, Anstalten und Bediensteten den zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen des Bundes. Damit sind die Bestimmungen des zweiten Abschnittes des ersten Titels des OR, aber auch die Bestimmungen von Spezialgesetzen gemeint. Der Grundsatz von Artikel 3 gilt von vornherein für die gesamte staatliche Tätigkeit und für die Grundlage der Ersatzpflicht ebenso wie für ihre Ausgestaltung im einzelnen. Was den Ersatz von Schäden aus Spitalpflege betrifft, könnten in Zukunft auf das Spital die Bestimmungen über die Kausalhaftung in Betrieben anwendbar sein (Art. 49 und 49*a* VE) und auf den Arzt die Bestimmungen über die Verschuldenshaftung (Art. 48 ff. VE). Dies würde unabhängig von der Rechtsstellung oder der örtlichen Lage des Spitals gelten und unabhängig von der Rechtsstellung des Arztes oder des Patienten.

Artikel 43 VE behält spezielle Bestimmungen der Bundesgesetzgebung vor. Dieser Vorbehalt bezieht sich vor allem auf gesetzliche Regelungen von Tätigkeiten der Eidgenossenschaft, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgen, wie dies beim VG, MG und beim ZSG zutrifft[324]. Dies bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber von den Artikeln 41ff. OR oder von anderen Haftungsregelungen abweichen kann. Aber er sollte es nur aus triftigen Gründen und mit einer ausdrücklichen Erwähnung tun, gemäss dem Postulat einer formellen und materiellen Vereinheitlichung des Rechtsgebiets

---

322 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 7; vgl. auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 716 und 724.

323 Gutachten a.a.O. (Anm. 312), S. 12 ff.

324 In Art. 3 Abs. 1 VG sollte "in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit" durch "in Ausübung hoheitlicher Gewalt" ersetzt werden. Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.4, S. 82; vgl. auch hinten 4.2.11.

2.2.3.4 Vorbehalt für das kantonale öffentliche Recht (Art. 43a VE)

Nach Artikel 43*a* Absatz 1 VE sind die Kantone ermächtigt, abweichende Bestimmungen über ihre Haftung - sowie diejenige ihrer Körperschaften, Anstalten und Bediensteten - für Schäden zu erlassen, welche in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden. Dieser Vorbehalt rechtfertigt sich aufgrund der Aufgabe des Staates und der besonderen Tätigkeiten, die ihm übertragen sind, namentlich im Bereich der öffentlichen Ordnung und der Justizverwaltung. Er betrifft nicht das Bundesrecht, das schon in Artikel 43 VE vorbehalten ist.

Der Begriff der hoheitlichen Gewalt muss hier in einem engen Sinn verstanden werden. Er setzt die Befugnis zu befehlen und zu verbieten voraus, sowie die Befugnis, wenn nötig mit physischer Gewalt zu zwingen[325]. Zur hoheitlichen Gewalt gehören daher die Entscheidung über die Haft oder die Verurteilung eines Beschuldigten, die polizeiliche Unterdrückung einer Kundgebung auf öffentlichem Grund, die Erfüllung militärischer Aufgaben, die Brandbekämpfung, die Erteilung einer Bewilligung oder einer Konzession, die Verhängung von Disziplinarstrafen gegen einen Beamten oder eine Person, deren Beruf der Verwaltungsaufsicht untersteht, die Anordnung einer Impfung, die Organisation des Strassenverkehrs usw.[326]

Nicht unter den Begriff der hoheitlichen Gewalt fallen hingegen staatliche Tätigkeiten, die keinen Zwang auf Privatpersonen ausüben. Es handelt sich namentlich um sozialpolitische Aufgaben - unabhängig davon, ob für sie eine finanzielle Gegenleistung erbracht wird -, die auch von Personen, die dem Privatrecht unterstehen, ausgeführt werden könnten. Dies ist der Fall bei der Pflege in einem öffentlichen Spital, beim Unterricht in einer höheren Schule, bei den Leistungen einer Kantonalbank, bei der Energieversorgung durch eine Gemeinde und allgemein bei Verträgen, die mit Privatpersonen abgeschlossen werden, beispielsweise bei Verträgen, die sich aus dem Betrieb einer öffentlich zugänglichen Eisbahn ergeben.

Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass die Unterscheidung der staatlichen Tätigkeiten im Hinblick auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt Abgrenzungsprobleme mit sich bringt, insbesondere beim obligatorischen Unterricht, bei den Dienstleistungen eines amtlich bezeichneten Anwaltes oder beim Notar, der als öffentlicher Beamter tätig ist. Die Verfasser schlagen vor, im Zweifel das Bundesprivatrecht anzuwenden.

Artikel 43*a* Absatz 1 VE knüpft die Abweichungen zugunsten der kantonalen Gesetzgebung an die Bedingung, dass die Körperschaft oder Anstalt, die die öffentliche Gewalt ausübt, verschuldensunabhängig haftet, sei es ausschliesslich, sei es solidarisch mit den Bediensteten. Mit anderen Worten müssen die Bestimmungen, die die Kantone erlassen können, einen Mindeststandard einhalten, welcher der modernen Auffassung in diesem Bereich entspricht. Diese Bedingung entspricht auch dem Willen, eine Parallele zwischen dem Bundesprivatrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht zu schaffen. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten einen solchen Vorschlag als mit der Bundesverfas-

---

325 Knapp B., Précis de droit administratif, 4. Aufl. Basel 1991, S. 25 f.; Moor P., Droit administratif, I, Bern 1988, S. 13; vgl. auch Grisel A., a.a.O. (Anm. 304), S. 115.

326 Vgl. Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 9.

sung vereinbar[327]. Sie stellen ausserdem fest, dass schon der geltende Artikel 61 Absatz 1 OR sich aus einer ausgedehnten (zivilrechtlichen) Kompetenz des Bundes zur Regelung der Haftpflicht ableitet und als teilweise Rückübertragung dieser Kompetenz an die Kantone formuliert ist[328].

Das Erfordernis einer verschuldensunabhängigen Haftung der juristischen Person - das heisst das Erfordernis einer vom Verschulden der Bediensteten unabhängigen Haftung - ist durch die besonderen Risiken gerechtfertigt, die mit der Ausübung der öffentlichen Gewalt verbunden sind. Es wäre stossend, wenn die Körperschaft oder Anstalt sich von vornherein befreien könnte und die geschädigte Person gegebenenfalls unter der Zahlungsunfähigkeit des Bediensteten leiden müsste[329]. Dagegen ist es zulässig, den Kantonen die Entscheidungsfreiheit darüber zu belassen, ob die juristische Person ausschliesslich[330] oder solidarisch mit dem Bediensteten haften soll. Die Regelung des internen Verhältnisses bleibt in beiden Varianten stillschweigend vorbehalten.

Artikel 43*a* Absatz 2 VE setzt dem Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts eine Schranke. Er sieht vor, dass die Kantone von den Bestimmungen über die Gefährdungshaftung nicht abweichen können. Diese Haftungsbestimmungen sind streng. Es scheint daher angebracht, dass sie auf alle Fälle Anwendung finden, ob die Schädigung mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verknüpft ist oder nicht. Die Lösung unterscheidet sich übrigens kaum vom geltenden Recht[331]. Es ist nicht nötig, die Beschränkung von Artikel 43*a* Absatz 2 VE auf andere Bestimmungen auszudehnen, die eine verschuldensunabhängige Haftung vorsehen, wie beispielsweise diejenigen über die Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) oder des Werkeigentümers oder -inhabers (Art. 61 VE)[332]. Dies ist vor allem deshalb nicht nötig, weil der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts an strenge Voraussetzungen geknüpft ist, namentlich diejenige bezüglich der verschuldensunabhängigen Haftung (vgl. Art. 43*a* Abs. 1 VE). Eine noch strengere Haltung des Bundesgesetzgebers ist daher für diese Fälle nicht gerechtfertigt.

2.2.4 Abgrenzung gegenüber dem internationalen Recht (Art. 44 VE)

Die Schweiz hat zahlreiche völkerrechtliche Verträge ratifiziert, die Haftungsbestimmungen enthalten. Zu erwähnen sind namentlich Übereinkommen über das Transportwesen wie das Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Regeln

---

327 In diesem Sinn äussert sich das Gutachten des Bundesamtes für Justiz (Anm. 312), S. 12 ff., namentlich 19.

328 In diesem Sinn Huber H.,Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung I, Bern 1966, N 95 ff., insbesondere N 103 zu Art. 6 ZGB; a. M. Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 39 zu Art. 64.

329 Stark. E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 10 f.

330 Diese Regelung gilt schon heute im Bund und in den meisten Kantonen, vgl. dazu Stark E.W., a.a. O. (Anm. 89), S. 4.

331 Vgl. vorne 2.2.3.1.

332 Die Verfasser des Vorentwurfs hatten ursprünglich vor, Art. 43*a* Abs. 2 auch auf diese Sonderbestimmungen anzuwenden.

über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. Oktober 1929[333]. Vorauszusehen ist ferner, dass unser Land in Zukunft neue völkerrechtliche Verträge unterzeichnet oder ratifiziert, wie etwa jene, die im Rahmen des allgemeinen europäischen Integrationsprozesses abgeschlossen werden. Dazu gehört beispielsweise das Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten, das am 21. Juni 1993 im Rahmen des Europarates verabschiedet wurde.

Für Verträge, die für die Schweiz verbindlich sind, gilt auch ohne besonderen Vorbehalt der Vorrang des Völkerrechts[334]. Dennoch betrachten die Verfasser des Vorentwurfs es als zweckmässig, in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einen ausdrücklichen Vorbehalt einzufügen, der den erwähnten Grundsatz wie in Artikel 1 Absatz 2 IPRG ausdrücklich festhält. Dieser Vorschlag beruht auf der Überlegung, dass die allgemeine Regelung der Haftpflicht die grundlegenden Prinzipien enthalten muss, welche für den gesamten Regelungsbereich gelten. Aufs Ganze gesehen, stehen die Interessen der Rechtsunterworfenen und der Rechtspraktiker auf dem Spiel.

2.3 Allgemeine Voraussetzungen (Art. 45 - 47 VE)

2.3.1 Konzeption des Vorentwurfes

Ausser dem Zurechnungsgrund, auf den sich die Ersatzpflicht stützt, ist jede Haftung an drei allgemeine Voraussetzungen geknüpft: den Schaden, die Widerrechtlichkeit der Beeinträchtigung, die durch den Anknüpfungssachverhalt entstanden ist, und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Sachverhalt und dem Schaden. Grundsätzlich muss die geschädigte Person das Vorhandensein dieser Voraussetzungen beweisen[335].

Im geltenden Recht begnügt sich Artikel 41 Absatz 1 OR mit der Erwähnung der drei allgemeinen Voraussetzungen. Sie werden neben dem Verschulden genannt, das die Verschuldenshaftung begründet. Der Vorentwurf gibt eine systematische Darstellung der Voraussetzungen und nennt für jede das wesentliche Merkmal. Insofern sind die Artikel 45 - 47*a* VE formell neu. Inhaltlich übernehmen sie weitgehend die Lösungen von Lehre und Rechtsprechung. In einigen Punkten bringen sie Präzisierungen und Neuerungen, die den Erwartungen der Praxis entsprechen sollten. Unter dem Gesichtspunkt der Systematik erscheint es als logisch, dass das Gesetz die Voraussetzungen behandelt, die allen Haftungen gemeinsam sind, bevor es die verschiedenen Grundlagen bezeichnet, die im Einzelfall erlauben, die Ersatzpflicht einem Dritten aufzuerlegen.

---

333 SR 0.748.410.

334 Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung. Gemeinsame Veröffentlichung des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 431.

335 Vgl. Art. 56*d* VE und hinten 2.9.4.3.

2.3.2 Schaden (Art. 45 - 45f VE)

2.3.2.1 Arten und Kategorien (Art. 45 VE)

Artikel 45 Absatz 1 VE nennt die zwei klassischen Schadensarten, nämlich den Vermögensschaden und den immateriellen Schaden. Sie unterscheiden sich danach, ob die Schädigung finanzielle Auswirkungen hat oder die Persönlichkeit als solche in Mitleidenschaft zieht. Artikel 45 Absatz 2 VE präzisiert, dass der Vermögensschaden die in Artikel 45*a* - 45*d* VE erwähnten Kategorien - Folgen der Tötung oder der Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person, Folgen der Einwirkungen auf Sachen oder auf die Umwelt - sowie den reinen Vermögensschaden erfasst, der als solcher nicht definiert wird. Der immaterielle Schaden ist in Artikel 45*e* VE geregelt, der sich über Grundsatz, Voraussetzungen und Ersatzformen äussert.

Artikel 45*f* VE regelt den Ersatz ergänzender Schadensposten. Es handelt sich um die Kosten, welche die geschädigte Person unter bestimmten Umständen aufwendet, namentlich um eine drohende Einwirkung abzuwehren, die Folgen einer eingetretenen Einwirkung zu mindern oder ihre Ansprüche geltend zu machen. Diese Kosten können mit dem Eintritt sowohl eines Vermögensschadens wie auch eines immateriellen Schadens zusammenhängen. In diesem Sinne stellen sie "ergänzende" Schadensposten dar.

Die Verfasser des Vorentwurfs folgen den Feststellungen der Studienkommission[336], wonach die Frage des Schadens und seiner Berechnung eng mit jener des Ersatzes verbunden ist und dass es in diesem Bereich nicht zweckmässig, ja unrealistisch ist, eine vollständige Regelung anzustreben. Bestimmte Probleme, wie jenes der Anrechnung von Vorteilen, haben in der Praxis befriedigende Lösungen gefunden, so dass der Gesetzgeber nicht eingreifen muss. Andere Probleme, wie jene im Zusammenhang mit der Fälligkeit oder der Verzinsung der Entschädigung, kennen derart unterschiedliche Anwendungsfälle, dass es nutzlos wäre, im Gesetz allgemein formulierte Antworten zu geben. Folglich befasst sich der Vorentwurf mit dem Wesentlichen, indem er die wichtigsten Typen von ersatzfähigen Schäden nennt. Der letztgenannte Ausdruck mag auf den ersten Blick tautologisch erscheinen. Er drückt jedoch aus, dass der Schadensbegriff im Haftpflichtrecht eine normative Bedeutung hat. Denn gewisse Schäden sind nicht ersatzfähig, weil man sie nicht ersetzen will, und nicht deshalb, weil man sie nicht ersetzen kann. Ein Beispiel sind die Kosten für den Grabunterhalt nach einem Todesfall[337]. Demnach erlaubt die Verwendung des Begriffs "ersatzfähiger Schaden" in den gesetzlich vorgesehen Fällen die Aktivlegitimation der geschädigten Person zu bestimmen.

Der Vorentwurf definiert in den Artikeln 45*a* - 45*d* verschiedene Kategorien von Vermögensschäden. Die Unterscheidung wird nach der Natur des verletzten Rechtsguts vorgenommen: Leben, körperliche oder geistige Unversehrtheit, Sachen, natürliche Umwelt. Solche Schäden sind grundsätzlich immer ersatzfähig, wenn die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind. Etwas anderes muss für Vermögensverminderungen gelten, die nicht durch eine Verletzung der genannten Rechtsgüter entstanden sind. Man nennt sie heute in

---

336 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.1, S. 74 ff.

337 BGE 113 II 338.

Ermangelung eines Besseren "andere Schäden" oder "reine Vermögensschäden" ("dommages purement économiques", dieser Begriff ist unglücklich, da jeder Vermögensschaden definitionsgemäss ein wirtschaftlicher Schaden ist). Damit meint man beispielsweise die finanziellen Folgen von Beeinträchtigungen des geschäftlichen Rufs, der Wirtschaftsfreiheit und des Wettbewerbs sowie die Folgen einer kriminellen Tätigkeit, wie etwa eines Betrugs, die die Vermögensinteressen Dritter beeinträchtigt. Dazu werden auch die Reflexschäden (oder indirekte Schäden, dommages réfléchis, indirects) gerechnet, d.h. der Erwerbsausfall oder die Mehrausgaben, die ein Dritter indirekt erleidet, der mit dem Opfer der ersten Beeinträchtigung vertraglich oder persönlich verbunden ist[338].

Im geltenden Recht sieht Artikel 41 Absatz 1 OR grundsätzlich den Ersatz jedes Schadens vor, ohne Rücksicht auf den Ursprung der Beeinträchtigung oder die Natur des verletzten Rechtsgutes. Der Grundsatz unterliegt einer allgemeinen Begrenzung, insoweit als normalerweise die Reflexschäden nicht ersatzfähig sind, wenn sie reine Vermögensschäden sind. Eine gesetzliche Ausnahme besteht zugunsten der Angehörigen eines Verstorbenen für den Verlust des Versorgers (Art. 45 Abs. 3 OR). Die Aktivlegitimation steht daher in der Regel der unmittelbar geschädigten Person zu und nicht der nur indirekt geschädigten Person[339]. Diese Begrenzung beruht nicht auf einer klaren gesetzlichen Bestimmung. Sie ergibt sich aus einer a-contrario-Auslegung von Artikel 45 Absatz 3 OR und aus der Vorstellung, dass es sich rechtfertigt, der Haftpflicht vernünftige Schranken zu setzen. Sie ist auch in der Feststellung begründet, dass im Bereich der ausservertraglichen Haftung das Vermögen nicht an sich von der Rechtsordnung geschützt wird - im Gegensatz zu den absoluten Rechten. Anders ist die Rechtslage, wenn die Person, die in ihren Vermögensinteressen geschädigt ist, sich auf eine spezifische Schutznorm berufen kann. Zur Beantwortung dieser Frage begibt sich das Gericht auf das Gebiet der Widerrechtlichkeit (Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Urhebers der fraglichen Handlung) und wendet die sogenannte Theorie des Schutzzwecks der Norm an[340]. So ging das Bundesgericht in zwei Urteilen von 1975 und 1976 vor. Diese bejahen die Ersatzpflicht für den Schaden, den Unternehmungen in Folge des Bruchs einer Wasserkanalisation bzw. eines elektrischen Kabels erlitten haben, wobei ihnen die gebrochene Sache nicht gehörte[341].

Gewisse Spezialgesetze, die eine scharfe Kausalhaftung begründen, setzen dem Umfang des Schadenersatzes besondere Grenzen[342]. Sie schliessen namentlich die Entschädigung für andere Schäden als jene, die sich aus einer Einwirkung auf das Leben, die körperliche oder geistige Unversehrtheit oder auf

---

338 Tercier P., La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in Gedächtnisschrift für Peter Jäggi, Freiburg 1977, S. 242 f. .

339 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28) S. 64 f.; BGE 101 Ib 254, 112 II 124.

340 Giovannoni P., Le dommage par ricochet en droit suisse,in Développements récents en droit de la responsabilité civile, Zürich 1991, S. 242 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 2, N. 72 ff.; Kramer E.A., Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, S. 133. Vgl. hinten 2.3.3.1.

341 BGE 101Ib 254 ff., 102 II 86 ff.

342 Vgl. namentlich Art. 27 EleG; Art. 1 Abs. 1 und 11 EHG; Art. 64 LFG; Art. 58 Abs. 1 SVG; Art. 33 Abs. 1 RLG.

Sachen ergeben, von ihrem Anwendungsbereich aus. Dies gilt selbst dann, wenn diese Schäden die indirekte Folge eines Personen- oder Sachschadens sind. Die Ratio legis liegt in geschichtlichen Motiven, die ein gewisses Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den scharfen Kausalhaftungen ausdrükken. Sie ergibt sich auch aus dem Willen, den Ersatz auf die typischen Folgen der Verwirklichung einer Gefahr zu beschränken, die dieser oder jener Haftung zugrunde liegt[343]. In diesem Zusammenhang kann man bezweifeln, dass diese besonderen Begrenzungen wirklich eine konkurrierende Anwendung der Bestimmungen des gemeinen Rechts ausschliessen, wie das Bundesgericht dies bezüglich Artikel 58 Absatz 1 SVG entschieden hat[344].

Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission[345] verzichten die Verfasser des Vorentwurfs auf eine Definition des "reinen Vermögensschadens" und infolgedessen auch auf eine Präzisierung, in welchen Fällen der Reflexschaden zu ersetzen ist. Denn es ist schwierig, in diesem Punkt der Haftung mit allgemeinen Ausdrücken Grenzen zu setzen - deren Notwendigkeit niemand bestreitet -, und dies würde die Gefahr willkürlicher Lösungen mit sich bringen. Gewisse besondere Tatbestände des "reinen Vermögensschadens" sind immerhin da und dort ausdrücklich geregelt[346]. Im Übrigen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, im Einzelfall das rechte Mass für die Entschädigung des Schadens zu finden, den eine Person reflexweise erleidet, sei es durch die Anerkennung einer spezifischen Schutznorm[347] oder durch die Bejahung eines eigenen (oder direkten) Schadens[348].

Für Gefährdungshaftungen halten es die Verfasser des Vorentwurfs dagegen für notwendig, den Umfang der Ersatzpflicht zu begrenzen und so eine Frage zu regeln, welche die Studienkommission nicht entscheiden konnte[349]. Die Begrenzung gilt für Gefährdungshaftungen, die sich auf die Generalklausel (Art. 50 Abs. 1 und 2 VE) oder eine Spezialbestimmung (Art. 50 Abs. 3 VE) stützen. Artikel 45 Absatz 2 VE sieht vor, dass, unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen, nur der Schaden ersatzfähig ist, der durch Tötung (Art. 45*a* VE), durch Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45*b* VE), auf Sachen (Art. 45*c* VE) oder auf die Umwelt (Art. 45*e* VE) entsteht, kurz auf Güter, die wegen ihres höheren Wertes einen vollständigen Rechtsschutz verdienen. Diese Begrenzung ergibt sich aus dem Willen, die Haftung in gewissen Schranken zu halten. Denn die Entschädigung der "reinen Vermögensschäden" kann zur Bezahlung beträchtlicher Summen führen. Diese Begrenzung rechtfertigt sich auch aufgrund des Begriffs der Gefahr selbst, die hier im physikalischen Sinne verstanden wird. Bei den scharfen Kausalhaftungen ist die charakteristische Tätigkeit vor allem für Menschen und Sachen gefährlich, ein-

---

343 Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 255 ff.

344 Vgl. BGE 106 II 77 ff. und die Kritiken von Kramer E.A., a.a.O. (Anm. 340), S. 130 ff. Vgl. hinten 2.6.2.

345 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2, S. 43f.

346 Vgl. Art. 45*a*, 45*d* und 45*f* VE.

347 Wie in BGE 101 Ib 254 ff. und 102 II 86 ff. Vgl. hinten 2.3.3.

348 Wie in BGE 112 II 128.

349 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.5, S. 66.

schliesslich der natürlichen Umwelt, und nicht so sehr für reine Vermögensinteressen Dritter.

In Bezug auf die Verschuldenshaftung ist eine solche Begrenzung nicht nötig, denn der Umfang der Ersatzpflicht ist schon durch besondere Voraussetzungen beschränkt: einerseits durch jene, die mit dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit verknüpft sind (Art. 48 VE), andererseits durch jene, die mit dem Verhaltensunrecht verknüpft sind (Art. 46 Abs. 2 VE). Bei der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) ist die Ersatzpflicht durch den Befreiungsbeweis begrenzt, welcher der beklagten Partei zusteht. Einer Person, die infolge der Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit Opfer eines reinen Vermögensschadens ist, steht es im Übrigen frei, sich auch auf die genannten Bestimmungen zu berufen, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind[350].

Artikel 45 Absatz 3 VE behält anderslautende Bestimmungen vor. Dies betrifft z.B. die Norm von Artikel 45*f* VE oder spezielle Abweichungen, die durch die Natur der Einwirkung auf fremde Güter und durch das Ausmass des Schutzes, das der Gesetzgeber ihnen verleihen will, gerechtfertigt sein könnten[351].

2.3.2.2 Vermögensschaden (Art. 45a - 45d VE)

2.3.2.2.1 Einführung

Die Verfasser des Vorentwurfes erachteten es als unnötig, im Gesetz eine positive Definition des Vermögensschadens vorzunehmen. Dieser Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den dieses erreicht hätte, wenn die Schädigung nicht eingetreten wäre[352]. Ein Nachteil, der sich nicht in einem finanziellen Verlust ausdrückt, stellt daher keinen Vermögensschaden[353] oder - nach einer in Deutschland üblichen, vom Bundesgericht letzthin übernommenen Bezeichnung[354] - keinen normativen Schaden dar. Dieser Nachteil kann aber unter Umständen zu einem immateriellen Schaden führen.

Der Vorentwurf definiert in den Artikeln 45*a* - 45*d* verschiedene Kategorien von Vermögensschäden. Das Unterscheidungskriterium ist die Natur des verletzten Rechtsguts, d.h. Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Sachen, natürliche Umwelt.

---

350 Vgl. Art. 53 VE und hinten 2.6.2.

351 Zu einem Anwendungsfall des KHG vgl. BGE 116 II 480.

352 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 54; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 2, N. 9. Vgl. auch BGE 104 II 199, 116 II 444.

353 BGE 115 II 481 f., Vgl. auch Stark E.W., Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, in Festschrift Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 320 f.

354 Pra 1995, S. 556. Zum Begriff des normativen Schadens vgl. insbes. Fellmann W., Neuere Entwicklungen im Haftplichtrecht, AJP 7/795, S. 881 f.

2.3.2.2.2 Bei Tötung (Art. 45a VE)

Artikel 45*a* VE übernimmt den bisherigen Artikel 45 OR und präzisiert ihn. Er bestimmt den ersatzfähigen Schaden bei Tötung einer Person. Dieser Schaden umfasst zwei Grössen. Er betrifft zunächst die Todesfallkosten, namentlich diejenigen der Bestattung (Abs. 1). Derartige Kosten werden normalerweise vom Nachlass getragen (Art. 474 Abs. 2 ZGB); die Vergütung dafür ist also den Erben des Verstorbenen geschuldet[355]. Der ersatzfähige Schaden umfasst auch den Versorgerschaden, den Angehörige des Opfers erleiden, wenn dieses ganz oder teilweise für ihren Unterhalt sorgte (Abs. 2). Gleich wie Artikel 45 Absatz 3 OR gewährt Artikel 45*a* Absatz 2 VE diesen Personen ein eigenes Recht auf Ersatz eines Reflexschadens. Andere Probleme betreffend den Umfang des Ersatzes im Todesfall wurden vom Gesetz nicht geregelt. Dies gilt vor allem für die Frage, in welchem Ausmass die Reisekosten von Angehörigen zur Teilnahme an der Beerdigung ersetzt werden müssen, oder ob das Selbstverschulden des Verstorbenen den Erben, die die Bezahlung der Bestattungskosten verlangen, entgegengehalten werden kann. Dasselbe gilt für die Herabsetzung der Entschädigung für den Versorgerschaden des überlebenden Ehegatten aufgrund hypothetischer Wiederverheiratungschancen.

Die Verfasser des Vorentwurfs betrachten die Bestimmung von Artikel 45 Absatz 2 OR als überflüssig. Sie regelt den Ersatz für Schäden, den das unmittelbare Opfer der Einwirkung zu Lebzeiten erlitt, namentlich die Behandlungskosten und den Erwerbsausfall. Der Anspruch auf Ersatz dieser Schäden ergibt sich aus Artikel 45*b* VE (Art. 46 Abs. 1 OR). Wenn der Berechtigte stirbt, so geht der Anspruch auf seine Erben über (Art. 360 ZGB)[356].

2.3.2.2.3 Bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45b VE)

Artikel 45*b* VE übernimmt im wesentlichen den bisherigen Artikel 46 Absatz 1 OR. Er bestimmt den ersatzfähigen Schaden bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person. Dieser Schaden umfasst zwei Posten. Er umfasst zunächst die Kosten, welche der geschädigten Person entstanden sind, namentlich jene der Behandlung. Er umfasst auch den entgangenen Erwerb oder andere Verluste, die infolge von Arbeitsunfähigkeit und Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens eingetreten sind; diese beiden Berechnungsfaktoren des Invaliditätsschadens können alternativ oder kumulativ angewendet werden[357]; beide sind gesetzgeberisch gerechtfertigt. Der Schaden, der hier ersatzfähig ist, umfasst neben dem entgangenen Erwerb "andere Verluste", die aus der Arbeitsunfähigkeit oder der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens entstehen. Dieser Zusatz ist formell neu. Er betrifft finanzielle Nachteile, die sich nicht vollständig in die klassischen Schadensposten bei Körperverletzung einordnen lassen, wie etwa Nachteile infolge der Unfähigkeit, einen Haushalt zu führen. Im Übrigen ist es Sache der Recht-

---

355 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 19 zu Art. 45 OR.

356 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 25 f. zu Art. 45 OR.

357 Vgl. BGE 99 II 218 ff.

sprechung zu präzisieren, für welche Folgen einer Gesundheitsschädigung Schadenersatz verlangt werden kann.

Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission[358] befürworten die Verfasser des Vorentwurfs die Aufhebung der Norm von Artikel 46 Absatz 2 OR. Diese Bestimmung erlaubt dem Gericht, während einer Verwirkungsfrist von zwei Jahren die Abänderung des Urteils vorzubehalten, wenn es die Folgen von Körperverletzungen nicht mit genügender Sicherheit feststellen kann. Jede Partei kann gegebenenfalls eine Änderungsklage einreichen, wenn die Umstände, die im Urteil vorbehalten wurden, und namentlich der Grad der dauernden Invalidität sich erheblich geändert haben.

Artikel 46 Absatz 2 OR durchbricht den Grundsatz der sofortigen und endgültigen Streiterledigung im Haftpflichtrecht[359]. Dies hat die Rechtsprechung zu einer zurückhaltenden, ja ausnahmsweisen Anwendung veranlasst[360]. In Tat und Wahrheit bringt vor allem die Kürze der zweijährigen Frist praktische Schwierigkeiten mit sich. Sie zwingt das Gericht, auf den Revisionsvorbehalt zu verzichten, wenn es sich herausstellt, dass der Gesundheitszustand des Opfers sich nicht vor zwei Jahren stabilisieren wird. Faktisch sind daher jene Fälle von der Anwendung von Artikel 46 Absatz 2 OR ausgeschlossen, die diese Norm in erster Linie erfasste, nämlich die Schwerbehinderten, deren Zustand im Zeitpunkt des Urteils noch nicht konsolidiert ist. Zu denken ist vor allem an Kinder, für die der Invaliditätsgrad oft erst am Ende der Pubertät festgelegt werden kann[361]. Die äusserst seltene Verwendung des Revisionsvorbehaltes erklärt sich auch aus der Prozessdauer und der weiten Auslegung des Begriffs der "Kenntnis des Schadens" in der Praxis. Diese erlaubt der geschädigten Person, die Einreichung einer Schadenersatzklage zu verschieben, ohne befürchten zu müssen, dass ihr die Verjährungseinrede entgegengehalten wird[362]. Aus all diesen Gründen kommen die Verfasser des Vorentwurfs zum Schluss, dass die Norm von Artikel 46 Absatz 2 OR unangemessen ist und dass im Obligationenrecht eine Klage eingeführt werden muss, die der geschädigten Person erlaubt, den Grundsatz ihres Ersatzanspruchs feststellen zu lassen, wenn es nicht möglich ist, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen[363].

2.3.2.2.4 Bei Einwirkung auf Sachen (Art. 45c VE)

Im geltenden Recht erwähnen die allgemeinen Bestimmungen über die Haftpflicht den Ersatz des Sachschadens nicht besonders. Einige Sonderbestimmungen behandeln ihn, oft um die Entschädigung zu begrenzen. So sehen die Artikel 447 OR und 12 EHG die objektive Berechnungsmethode vor, die nur

---

358 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.4, , S. 88.

359 BGE 86 II 45 ff.

360 BGE 57 II 59; vgl. auch Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 82 f.

361 BGE 86 II 44; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 IVG; Wessner P., L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité: une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, in: Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, S. 159 ff.

362 Vgl. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 55 Abs. 1 VE und hinten 2.8.4.

363 Vgl. Art. 56*e* VE und hinten 2.9.5.

den realen Wert (oder Verkehrswert) der beschädigten oder zerstörten Sachen berücksichtigt[364].

Die Studienkommission hat die Einführung einer allgemeinen Norm auf diesem Gebiet abgelehnt. Sie betonte vor allem die Komplexität und die Vielfalt der einzelnen Probleme, die der Ersatz des Sachschadens mit sich bringt. Sie befürchtete auch, dass eine Regelung die Praxis zu unerwünschten a-contrario-Antworten auf Fragen führen würde, die vom Gesetz nicht ausdrücklich behandelt sind[365].

Die Verfasser des Vorentwurfs erachteten es hingegen als zweckmässig, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts auf diesem Gebiet gewisse Grundprinzipien aufstellt, um die Praxis des Schadenersatzes zu erleichtern und eine Parallele zu anderen Typen des Vermögensschadens zu schaffen. Zu diesem Zweck definiert Artikel 45*c* VE in den Absätzen 1 und 2 die elementaren Posten des ersatzfähigen Schadens bei gänzlicher oder teilweiser Beschädigung einer Sache. Er erwähnt in Absatz 3 zusätzliche Posten, die je nach den Umständen Anspruch auf Entschädigung geben können. Diese Regelung ist ein grober Rahmen. Sie soll nicht ausschliesslich sein. Sie überlässt es also der Rechtsprechung zu präzisieren, welche anderen Ansprüche die geschädigte Person im Zusammenhang mit dieser Art von Schaden geltend machen kann. Dies bedeutet, dass die Grundsätze, die die gegenwärtige Praxis anwendet, in Zukunft einen gewissen Wert behalten sollten. Das gilt vor allem für die subjektive Berechnungsmethode, die in der Regel Anwendung findet, und die den Nutzen berücksichtigt, welchen die Sache im Vermögen der geschädigten Person darstellte. Dieser Nutzen kann im Einzelfall höher als der objektive Wert der Sache sein. Er kann aber nie den Affektionswert umfassen, dessen Verlust normalerweise keine Entschädigung in Geld rechtfertigt[366].

Artikel 45*c* Absatz 1 VE regelt die Entschädigung des Totalschadens, wenn die Sache zerstört (oder verloren) oder die Reparatur technisch unmöglich oder unwirtschaftlich ist. In der Regel entspricht dieser Schaden den Kosten für die Anschaffung einer gleichwertigen neuen Sache. Es wird also der Wiederbeschaffungswert ersetzt, unabhängig davon, ob die geschädigte Person eine neue Sache anschafft. Die Regel gilt voll und ganz für Sachen, deren Wert stabil ist und keine Entwertung kennt (z.B. ein Stilmöbel). Für andere Sachen (z.B. für ein Automobil) kann die Entschädigung um den Betrag der Entwertung bis zum Tag der Schädigung herabgesetzt werden. Damit wird eine angemessene Abschreibung berücksichtigt. Das Gericht verfügt hier über ein Ermessen. Es kann im Einzelfall von jeder Herabsetzung absehen und namentlich für übliche Gebrauchsgegenstände vom Gebrauchswert ausgehen, den sie für die geschädigte Person darstellen[367]. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als unnütz, in diesem Punkt eine gesetzgeberische Präzisierung anzubringen. Sie

---

364 Vgl. zu diesen Fragen Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 250 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51) S. 224 f.

365 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.5, S. 89.

366 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 251 f. und 258; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 379; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 223 und 225; vgl. auch BGE 87 II 291 f.

367 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 253; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 223.

betrachten es ferner als überflüssig, ein besonderes Entschädigungskriterium vorzusehen, wenn keine gleichwertige Sache angeschafft werden kann.

Artikel 45*c* Absatz 2 VE regelt die Entschädigung des Teilschadens. Der Schaden umfasst namentlich die Reparaturkosten, unabhängig davon, ob die geschädigte Person die Sache reparieren lässt. Zu diesen Kosten können weitere Auslagen hinzukommen, wie jene der Pannenhilfe oder der administrativen Begutachtung für einen Unfallwagen sowie ein Betrag, der einen allfällig verbleibenden Minderwert ersetzt. Unter aussergewöhnlichen Umständen kann die Entschädigung den Wert der Sache am Tag der Schädigung übersteigen, etwa bei Reparaturkosten für ein beschädigtes Kunstwerk oder Behandlungskosten für ein verletztes Tier[368].

Artikel 45*c* Absatz 3 VE erwähnt andere Posten des ersatzfähigen Schadens im Falle der vollständigen oder teilweisen Beschädigung einer Sache. Es handelt sich namentlich um die Mietkosten für eine gleichwertige Sache oder (wenn diese Miete nicht möglich ist) den entgangenen Gewinn. Für beide Posten kann während der zur Instandstellung oder zur Neubeschaffung erforderlichen Zeitspanne Ersatz verlangt werden. Die Sache muss für die geschädigte Person nützlich oder notwendig sein[369]. Sie ist notwendig, wenn sie für das Dasein unentbehrlich ist (z.B. Wohnung) oder, wie es der Vorentwurf präzisiert, der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dient (z.B. das Fahrzeug eines Arztes oder eines Handelsreisenden). Sie ist nützlich, wenn sie nach Treu und Glauben einem wichtigen Bedürfnis der beschädigten Person entspricht, ohne notwendig zu sein. Das ist bei der Miete eines Fahrzeugs während der Ferien der Fall, namentlich, wenn diese in einer Region vorgesehen sind, die von den öffentlichen Verkehrsmitteln wenig bedient wird[370].

Wenn die geschädigte Person weder die Vergütung von Mietkosten für eine gleichwertigen Sache noch den Ersatz von entgangenem Gewinn verlangen kann, stellt sich die Frage, ob sie Ersatz für den Ausfall der Nutzung an der beschädigten Sache verlangen kann, namentlich wenn die fixen Kosten für diese Sache weiterhin anfallen, wie dies für das Auto der Fall ist. Diese Frage ist heute umstritten[371]. Die Verfasser des Vorentwurfs wollen keine gesetzgeberische Antwort darauf geben. Sie sind sich bewusst, dass man sich hier an der Grenze des Frustrationsschadens befindet[372].

---

368 Vgl. dazu die parlamentarischen Initiativen von François Loeb vom 24. August 1992 (92.437, Tier keine Sache) und von Suzette Sandoz vom 16. Dezember 1994 (93.459, Wirbeltiere. Gesetzliche Bestimmungen) sowie den von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats ausgearbeiteten Vorentwurf vom 27. März 1997, der insbesondere die Einführung eines neuen Absatzes 3 von Artikel 42 OR vorsieht: "Im Rahmen von Treu und Glauben können Heilungskosten für ein Tier auch dann als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen".

369 Die Eigenschaftswörter "notwendig" und "nützlich" sind im Besitzesrecht (Art. 939 Abs. 1 ZGB) und im Bereicherungsrecht (Art. 65 Abs. 1 OR) erwähnt.

370 Bussy A./Rusconi B., Code suisse de la circulation routière, 2. Aufl., Lausanne 1984, N 2.3 zu Art. 62 SVG; vgl. auch RJN 1980/1981, S. 59 f.

371 Für die Entschädigung: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 224; gegen die Entschädigung: Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 258; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 373.

372 Vgl. vorne 2.3.2.2.1 und die Hinweise in Anm. 353.

2.3.2.2.5 Bei Einwirkung auf die Umwelt (Art. 45d VE)

Artikel 45*d* VE definiert den ersatzfähigen Schaden im Falle der Einwirkung auf die natürliche Umwelt. Zudem räumt er unter bestimmten Voraussetzungen die Aktivlegitimation für den Ersatzanspruch andern Personen als den Berechtigten (im Sinne des Sachenrechts) ein: dem Gemeinwesen, das für vorbeugende Massnahmen und für Massnahmen zum Schutz und zur Wiederherstellung des Umwelt-Gleichgewichts zuständig ist, sowie den gesamtschweizerischen und regionalen Umweltschutzorganisationen, die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren.

Diese Bestimmung ist neu. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs rechtfertigen es viele Gründe, sie in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufzunehmen, auch wenn die Studienkommission dies noch nicht vorgesehen hatte. Zunächst muss man feststellen, dass die natürliche Umwelt, die mehr und mehr Gefahren ausgesetzt ist, die von gewissen Tätigkeiten ausgehen, heute als ein besonders schutzwürdiges Gut angesehen wird. Diese Feststellung hat in der Schweiz und anderswo ihre rechtliche Anerkennung gefunden. In der Schweiz sind namentlich das (letzthin revidierte) Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966[373], das (soeben revidierte) Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991[374] und das Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, das zurzeit revidiert wird[375], zu erwähnen. Auf internationaler Ebene ist allein auf dem Gebiete des Haftpflichtrechts auf die Konvention des Europarates über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten hinzuweisen, die am 21. Juni 1993 in Lugano verabschiedet wurde und noch nicht in Kraft getreten ist[376].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind zudem der Ansicht, dass die Notwendigkeit einer Regel, die den Umweltschaden und die Aktivlegitimation für dessen Ersatz definiert, sich nicht nur durch den Wert des betreffenden Rechtsguts, sondern auch durch seine Besonderheit rechtfertigt. Denn die natürliche Umwelt, die sich aus Bestandteilen wie Luft, Wasser, Boden, Pflanzen- und Tierwelt zusammensetzt, ist nicht abgegrenzt. Sie kann daher nicht immer bestimmten Berechtigten zugeschrieben werden. Dies erklärt, weshalb die Klageberechtigung unter gewissen Umständen Rechtssubjekten zustehen muss, die aus Pflicht oder Interesse für die Erhaltung der natürlichen Umwelt arbeiten, ohne persönlich geschädigt zu sein. Dazu kommt die Besonderheit des betreffenden Schadens. Die finanziellen Folgen von Einwirkungen auf die Umwelt ergeben sich oft ebensosehr aus Vorbeuge- und Schutzmassnahmen wie aus Wiederherstellungmassnahmen. Daraus ergibt sich unbestrittenermassen eine Ausdehnung des Schadensbegriffs, wie sie im Übrigen die genannte Europäische Konvention vorsieht[377]. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die

---

373 SR 451.

374 SR 814.20.

375 SR 814.01. Revision vom 21. Dezember 1995; vgl. Entwurf und Botschaft des Bundesrates vom 7. Juni 1993, BBl 1993 II 1445 ff.

376 Vgl. Série des Traités européens 150 und BBl 1993 II 1554 f.

377 Vgl. namentlich die Art. 1, 6 und 7 sowie Art. 2 Abs. 7 Bst. d, 8 und 9.

diesbezügliche Rechtsprechung bisher an einem klassischen Begriff des Schadens festgehalten hat. So hat das Bundesgericht in einem Fall, wo es um die Folgen der Verunreinigung der Broye durch chemische Produkte ging, den Kantonen Waadt und Freiburg die Entschädigung verweigert, die sie als Gegenwert für die getöteten Fische verlangten. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass die beiden Gemeinwesen weder Eigentümer der vergifteten Fische waren noch ein dem Eigentum ähnliches Recht über diese ausübte, so dass sie eigentlich keine Vermögensminderung erlitten hatten[378]. Diese Rechtsprechung ist vom Bundesrat kritisiert worden, weil sie im Widerspruch zu Entschädigungspraxen bei Schäden an Fischbeständen stehe und den Verursacher der Verunreinigung in ungerechtfertigter Weise von seiner Haftung befreie[379].

Auch ist daran zu erinnern, dass nach dem letzthin revidierten Umweltschutzgesetz, das eine Gefährdungshaftung des Inhabers eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist, eingeführt hat, der Ersatz des "eigentlichen Umweltschadens" ausgenommen ist (Art. 59*a* Abs. 1). Unter diesem Begriff sind nach den Materialien namentlich die Kosten für die Wiederaussetzung freilebender Tiere zu verstehen[380]. Aus Angst, dass sich die Rechtsprechung auf diesem Gebiet in einer extensiver Weise entwickelt, beschloss das Parlament, diese Ausnahme im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern. Bei der Revision hat der Gesetzgeber aber klar erkannt, dass sich die Frage nach dem Ersatz des eigentlichen Umweltschadens anlässlich der Totalrevision des Haftpflichtrechts und der Prüfung der Ratifikation der erwähnten Konvention von Lugano wieder stellen wird[381]. In diesem Sinne stellt Artikel 45*d* VE eine positivrechtliche Antwort auf diese Frage dar.

Diesbezüglich kann man sich fragen, ob der Umweltschaden nicht in der Umweltschutzgesetzgebung definiert werden sollte. Die Verfasser des Vorentwurfs verneinen dies. Zum einen sind sie der Auffassung, dass das Haftpflichtrecht soweit wie möglich im Allgemeinen Teil des OR geregelt werden muss. Zum zweiten betonen sie damit ihren Willen, die Einwirkungen auf die Umwelt gleichrangig mit den "klassischen" Einwirkungen zu behandeln. Schliesslich kann eine Einwirkung auf die Umwelt auch die Folge einer Tätigkeit sein, die von einem anderen Gesetz als dem USG erfasst ist, beispielsweise einer Tätigkeit im Militär- oder Atombereich[382]. Dies bedeutet, dass die in Artikel 45*d* VE enthaltene Regelung von allgemeiner Tragweite ist und daher nicht als ausschliessliche Anwendung des USG verstanden werden darf.

Artikel 45*d* Absatz 1 VE definiert spezifische Schadensposten, die als Folge einer Einwirkung auf die natürliche Umwelt auftreten. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Sie erwähnt nicht die klassischen Posten des Sachschadens, wie die Kosten der Sanierung eines landwirtschaftlichen Grundstücks, das durch Erdölprodukte verunreinigt ist, oder den Erwerbsausfall infolge einer vernichteten Getreideernte. Die spezifischen Posten, von denen hier die Rede ist,

---

378 BGE 90 II 417.

379 BBl 1973 I 698 f.

380 Vgl. die Botschaft des Bundesrats, BBl 1993 II 1550; Amtl. Bull. 1995 N 2419.

381 BBl 1993 II 1546 f., 1554 f.; Amtl. Bull. 1995 N 2419.

382 Vgl. Art. 3 USG.

betreffen vor allem Kosten von Vorbeuge-, Schutz- und Wiederherstellungsmassnahmen infolge einer Einwirkung (oder einer drohenden Einwirkung) auf die Umwelt. Ferner wird vorausgesetzt, dass diese Massnahmen nach Treu und Glauben ergriffen wurden, d.h. dass sie aufgrund der konkreten Umstände als objektiv angemessen erscheinen. Der Ersatz von Vorbeugemassnahmen im Falle einer drohenden Einwirkung oder von Schutzmassnahmen im Falle einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung ist auch durch die allgemeine Regel von Artikel 45*f* VE vorgesehen, der ergänzende Schadensposten definiert[383]. Die Verfasser des Vorentwurfs haben diese Regelung dennoch in Artikel 45*d* besonders erwähnt, da die Aktivlegitimation einem weiteren Personenkreis zusteht.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe a VE sieht den Ersatz der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um eine drohende Einwirkung auf die natürliche Umwelt abzuwehren. Hier wird der Ersatz eines typischen "reinen Vermögensschadens" angestrebt[384]. Dieser Ersatz wird schon im geltenden Recht durch Sonderbestimmungen wie Artikel 54 GSchG[385] oder Artikel 59 USG[386] vorgesehen. Diese Bestimmungen gelten zwar ausschliesslich für die von den Behörden angeordneten Massnahmen. Aber man sieht nicht ein, weshalb nicht auch eine Person, der eine Schädigung droht und die aus diesem Grund vorbeugende Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens ergriffen hat, von Dritten, bei denen die Voraussetzungen der Haftpflicht erfüllt sind, den Ersatz von Kosten verlangen kann, die nach Treu und Glauben aufgewendet wurden. Unter den Ausgaben, die in Frage kommen, sind beispielsweise jene zu erwähnen, die getätigt wurden, um die Existenz einer Einwirkung festzustellen oder um Pflanzungen im Falle einer Luftverunreinigung mit Plastikmaterial zuzudekken oder um die Verunreinigung eines Bodens zu vermeiden, der sich in der Nähe einer unkontrollierten Abfalldeponie befindet.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe b VE sieht die Vergütung der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um die Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung auf die natürliche Umwelt zu mindern. Es handelt sich um Schutzmassnahmen, die ausdrücklich in internationalen Übereinkommen vorgesehen sind, welche dieses Gebiet regeln[387]. Ein Beispiel sind die Ausgaben, die durch die Sanierung einer verschmutzenden Deponie oder durch die Einrichtung eines Dammes verursacht werden, der auf einer mit Heizöl verschmutzten Gewässerschicht schwimmt.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe c VE sieht die Vergütung der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um zerstörte oder beschädigte Bestandteile der Umwelt wiederherzustellen (z.B. Wiederanpflanzung von Bäu-

---

383 Vgl. hinten 2.3.2.4.

384 Vgl. vorne 2.3.2.1.

385 SR 814.20.

386 SR 814.01; vgl. auch BBl 1993 II 1501 und 1570.

387 Vgl. Art. 1 Ziff. 6 und 7 des Internationalen Übereinkommens vom 29. November 1969 über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden (AS 1988 1444, SR 0.814.291), das von der Schweiz mit Wirkung ab 15. Mai 1998 gekündigt wurde (AS 1999 739); Art. 2 Abs. 7 Bst. d und 9 der Konvention vom 21. Juni 1993 über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten (vgl. vorne, Anm. 376).

men, Wiedereinführung von wildlebenden einheimischen Tieren, Wiederherstellung der Fruchtbarkeit des Bodens), oder um sie durch gleichwertige Bestandteile zu ersetzen, wenn es nicht möglich ist, die beschädigten Bestandteile wiedereinzuführen (z.B. Wiederbevölkerung eines Flusses mit einer anderen Fischart oder Wiederherstellung eines zerstörten Biotops an einem anderen Ort). Die Entschädigung für Massnahmen zur Wiederherstellung des Umwelt-Gleichgewichts ist schon im Fischereigesetz[388] sowie in der Konvention über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten[389] vorgesehen.

Artikel 45*d* Absatz 2 VE gewährt unter bestimmten Voraussetzungen die Aktivlegitimation für Ersatzforderungen anderen Rechtssubjekten als der Person, die geschädigt oder vom Schaden bedroht ist. Es handelt sich einerseits um das Gemeinwesen (je nach Einzelfall eidgenössisch oder kantonal), das nach der Gesetzgebung über den Umweltschutz[390] zuständig ist, Vorbeuge-, Schutz- und Wiederherstellungmassnahmen anzuordnen oder zu ergreifen. Anderseits handelt es sich um gesamtschweizerische oder regionale Umweltschutzorganisationen, die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren. Auf schweizerischer Ebene sind Vereine und Stiftungen, die sich nach ihren Satzungen der Erhaltung der natürlichen Umwelt widmen, seit langem ermächtigt, eine Art gerichtliche Kontrolle in diesem Bereich auszuüben. So gewähren ihnen die Gesetze über den Natur- und Heimatschutz und über den Umweltschutz je nach Fall ein Beschwerde- oder Einspracherecht[391]. Auf internationaler Ebene geht die Tendenz in dieselbe Richtung. Die Europäische Konvention über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten gewährt namentlich den anerkannten Organisationen ein Klagerecht, um den Betreiber einer gefährlichen Tätigkeit zu verpflichten, Vorbeuge-, Schutz- oder Wiederherstellungsmassnahmen zu ergreifen[392]. Der Vorentwurf gewährt ihnen logischerweise ein Recht auf Vergütung der Kosten solcher Massnahmen, sofern die betreffenden Organisationen, die solche Massnahmen geplant oder ergriffen haben, vorher vom zuständigen Gemeinwesen eine allgemeine oder spezielle Ermächtigung erhalten haben. Diese strenge Voraussetzung verpflichtet die Behörde in jedem Fall, die Situation zu beurteilen. Sie erlaubt es auch, übertriebene oder missbräuchliche Initiativen von Drittpersonen, die sich für den Schutz der Umwelt einsetzen, zu vermeiden.

Nach dem Wortlaut von Artikel 45*d* Absatz 2 VE wird die Aktivlegitimation des zuständigen Gemeinwesens oder der Umweltschutzorganisation nur in zwei Fällen anerkannt: einerseits, wenn die bedrohten, zerstörten oder beschädigten Umweltbestandteile nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sind, wie bei Luft oder Wasser, anderseits, wenn der Berechtigte (Eigentümer, Dienstbarkeits- oder Baurechtsberechtigter, Mieter einer Sache, die einen Umweltbestandteil darstellt) nicht die in Artikel 45*d* Absatz 1 genannten Massnahmen

---

388 Art. 15 Abs. 3, SR 923.0.

389 Art. 2 Abs. 7 Bst. c und 8 (vgl. vorne Anm. 376).

390 Vgl. namentlich Art. 36 ff. USG, Art. 45 ff. GSchG, Art. 21 ff. Fischerei-G.

391 Art. 12 Abs. 1 und 3 NHG; Art. 55 USG. Vgl. auch BBl 1995 III 749.

392 Art. 18 Abs. 1 (vgl. vorne Anm. 376).

ergreift; dies wäre der Fall, wenn der Inhaber einer verschmutzenden Deponie keine Sanierung vornimmt. Diese Tatbestände sind klar umschrieben. Sie betreffen Situationen, wo das Eingreifen des zuständigen Gemeinwesens oder einer von diesem ermächtigten spezialisierten Organisation gerechtfertigt ist, und zwar angesichts eines eindeutigen öffentlichen Interesses.

2.3.2.3 Immaterieller Schaden (Art. 45e VE)

Artikel 45*e* VE regelt Grundsatz, Voraussetzungen und Art der Genugtuung für immateriellen Schaden. Dieser Schaden kann als ungewollte Verminderung des Wohlbefindens definiert werden - der Begriff ist selbstverständlich relativ -, die eine Person infolge Verletzung in ihrer Persönlichkeit erleidet[393]. In der Regel wird dieser Schaden - mangels besserer Lösung - durch Leistung eines Geldbetrags ersetzt.

Im geltenden Recht ist das Institut der Genugtuung Gegenstand dreier Arten von Bestimmungen[394]. Als erste ist die allgemeine Regelung von Artikel 49 OR zu erwähnen, die die Genugtuung bei Persönlichkeitsverletzung regelt. Daneben bestehen Bestimmungen über die Genugtuung bei spezifischen Verletzungen, beispielsweise bei Anmassung des Rechts auf den Namen (Art. 29 Abs. 2 ZGB) oder - es sind dies die häufigsten Anwendungsfälle - bei Tötung und Körperverletzung (Art. 47 OR; Art. 8 EHG, der für die Zusprechung einer Genugtuung einschränkende Voraussetzungen vorsieht). Schliesslich sind die Regelungen zu erwähnen, die in Spezialgesetzen enthalten sind. Die meisten davon verweisen ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen des OR (Art. 79 LFG, Art. 27 Abs. 1 SprstG, Art. 62 Abs. 1 SVG, Art. 9 Abs. 3 UWG, Art. 8 Abs. 1 Bst. e KG), was auch für die Regelungen der Staatshaftung zutrifft (Art. 6 VG, wonach die Pflicht des Bundes zur Leistung einer Genugtuung ein Verschulden des Beamten voraussetzt). In den übrigen Fällen ist der Verweis auf Artikel 47 und 49 OR grundsätzlich als ein stillschweigender zu betrachten[395]. Nach der Rechtsprechung ist er ohne weiteres in der Regelung von Artikel 99 Absatz 3 OR enthalten[396].

Die Genugtuung als solche, d.h. als Wiedergutmachung eines immateriellen Schadens, ist heute ein unumstrittenes Institut. Ebenso unumstritten dürfte sein, dass sie im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu regeln ist. In systematischer Hinsicht scheint es angebracht, für diese Regelung einen Platz zu wählen, der den Parallelismus zum Ausdruck bringt, der zwischen immateriellem Schaden und Vermögensschaden besteht und der verlangt, dass die Regelungen des Ersatzes beider Schadensarten soweit wie möglich angeglichen werden. Eine solche Angleichung wurde übrigens bereits 1983 weitgehend verwirklicht, als Artikel 49 OR revidiert wurde. Seither stellt das Verschulden -

---

393 Tercier P., Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 2029 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 49 OR.

394 Vgl. Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 1970 ff.; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.1, S. 90.

395 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 287; Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 1973.

396 BGE 54 II 483 ff., 116 II 520.

falls es im konkreten Einzelfall nicht gerade die Haftung begründet[397] - keine notwendige Voraussetzung der Genugtuung mehr dar. Somit sind die Grundsätze, die für die Festlegung des Schadenersatzes allgemein gelten, auch auf die Genugtuung anzuwenden[398] - dies selbstverständlich unter Vorbehalt gewisser Besonderheiten, die durch die ganz persönliche Natur dieser Schadensart begründet sind. Daraus folgt auch, dass sich die Spezialgesetze bezüglich der Genugtuung auf einen Verweis auf die allgemeine Regelung beschränken sollen. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Grund, von diesem Grundsatz abzuweichen und schlagen daher vor, bestehende restriktive Bestimmungen über die Genugtuung, wie z.B. Artikel 8 SVG und 6 VG, aufzuheben[399].

Als allgemeine Regel übernimmt der vorgeschlagene Artikel 45*e* VE im wesentlichen den heutigen Artikel 49 OR, erfasst aber gleichzeitig auch die Tatbestände von Artikel 47 OR. Zwischen diesen zwei Bestimmungen ist nämlich - besonders seit der Revision von 1983 - ein Parallelismus festzustellen. Artikel 47 OR erweist sich letztlich insofern als blosser Anwendungsfall von Artikel 49 OR, als die von Artikel 47 OR anvisierten besonderen Verletzungen zweifellos die Persönlichkeit des Menschen treffen, der sie erlitten hat[400]. Der Anwendungsbereich des neuen Artikel 45*e* VE geht weiter als derjenige von Artikel 49 OR; dadurch verliert Artikel 47 OR jede Existenzberechtigung, und dies umso mehr, als Artikel 45*e* VE den Angehörigen des Opfers einer besonders schweren Körperverletzung ausdrücklich einen eigenen Anspruch auf Genugtuung gewährt. In diesem Punkt kodifiziert der Vorentwurf die jetzige Rechtsprechung; für andere Fragen, wie die - besonders schwierigen - der Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs, überlässt er es indessen der Praxis, die geeignete Lösungen zu finden wird[401].

Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, hat nach Artikel 45*e* Absatz 1 VE Anspruch auf Genugtuung für immateriellen Schaden, sofern die Schwere der Verletzung, insbesondere der körperliche oder seelische Schmerz, es rechtfertigt. Diese Bestimmung legt den Grundsatz und die Voraussetzungen der Wiedergutmachung immateriellen Schadens fest. Sie wurde absichtlich flexibel formuliert und drückt aus, dass das Gericht in diesem Bereich über einen breiten Ermessensspielraum verfügt. In der französischen Fassung wird der Ausdruck "satisfaction" verwendet, weil er umfassender als "réparation" ist und daher zutreffender scheint; er entspricht übrigens dem deutschen Ausdruck "Genugtuung". Mit "satisfaction" wird zudem zum Ausdruck gebracht, dass der immaterielle Schaden als solcher nicht ersetzt werden kann; denn die immateriellen Folgen einer Persönlichkeitsverletzung, insbesondere die physischen oder psychischen Schmerzen, können in keiner Weise wirklich wettgemacht werden. In Ausnahmefällen rechtfertigt es sich dennoch, dem Opfer einen An-

---

397 BGE 117 II 56; vgl. auch Sutter Th., Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrechts, BJM 1991, S. 6 ff.

398 Vgl. Art. 52 und 52*a* VE und hinten 2.5.

399 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.2, S. 92.

400 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 49 OR.

401 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.4, S. 94 f.; vgl. auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2000 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 121 ff. zu Art. 47 OR, N 87 f. zu Art. 49 OR.

spruch auf Genugtuung zuzugestehen, der am häufigsten in einem angemessenen Geldbetrag bestehen wird. Diese Art der Genugtuung vermag insofern nicht zu befriedigen, als es paradox ist, eine Geldentschädigung für Schäden vorzusehen, die definitionsgemäss nicht materieller Natur sind. So präzisiert Artikel 45*e* Absatz 2 VE, dass das Gericht statt oder neben der Geldentschädigung auch eine Genugtuung anderer Art zusprechen kann. Es ist auch möglich, dass die haftpflichtige Person den immateriellen Schaden des Opfers in anderer Weise wiedergutgemacht hat. Diese letzte Möglichkeit, die das geltende Recht als negativen Vorbehalt ausdrückt, wird von den Verfassern des Vorentwurfs als überflüssig betrachtet. Einerseits wird der Ausnahmecharakter des Instituts bereits durch die Voraussetzung der Schwere der Verletzung hervorgehoben. Anderseits versteht es sich von selbst, dass das Gericht kraft seines Ermessensspielraums berücksichtigen kann, ob und wie die haftpflichtige Person den verursachten immateriellen Schaden wiedergutgemacht hat. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die haftpflichtige Person im Falle einer Persönlichkeitsverletzung durch die Presse dem Opfer ein Recht auf Gegendarstellung oder auf Berichtigung eingeräumt hat. In einem solchen Fall besteht überhaupt kein oder bloss ein geminderter immaterieller Schaden.

Der Genugtuungsanspruch nach Artikel 45*e* Absatz 1 VE setzt zunächst voraus, dass die geschädigte Person infolge einer Persönlichkeitsverletzung einen immateriellen Schaden erlitten hat. Der immaterielle Schaden muss vom Opfer bewiesen werden, was nicht immer leicht ist. Diesbezüglich ändert der Vorentwurf an der heutigen Lage nur insofern etwas, als er Bestimmungen enthält, die die Beweislast erleichtern sollen[402]. Es braucht nicht präzisiert zu werden, dass die Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich sein muss, wie dies Artikel 49 Absatz 1 OR tut. Die Widerrechtlichkeit ist nämlich eine allgemeine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht[403]. Diese Voraussetzung muss daher bei der Genugtuung für immateriellen Schaden ebensowenig erwähnt werden wie beim Ersatz für die verschiedenen Kategorien materiellen Schadens[404]. Der Schaden ist nämlich in allen Fällen nur dann zu ersetzen, wenn die weiteren allgemeinen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Die Genugtuung für immateriellen Schaden setzt auch voraus, dass die Persönlichkeitsverletzung von einer gewissen Schwere ist, was den Ausnahmecharakter des Instituts kennzeichnet. Diesbezüglich übernimmt der Vorentwurf die Formulierung des geltenden Rechts, die er durch Bezugnahme auf den vom Opfer erlittenen "körperlichen oder seelischen Schmerz" konkretisiert. Dieser Schmerz muss nach dem Bundesrat "das Mass dessen überschreiten, was eine Person nach der heute geltenden Auffassung ohne besonderen Rechtsschutz zu erdulden hat"[405]. Diese Voraussetzung soll nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs nicht zu einer Herabsetzung der Geldbeträge führen, die bei Körperverletzungen geleistet werden. Unabhängig von seinem Wortlaut

---

402 Vgl. insbesondere Art. 56*d* Abs. 3 und 3 VE; vgl. hinten, 2.9.4.3.

403 Vorzubehalten sind die Ausnahmefälle der Haftung für rechtmässige Handlungen; vgl. Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

404 Vgl. Art. 45*a* bis 45*d* VE.

405 Botschaft vom 5. Mai 1982 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR), BBl 1982 II 681.

verlangt nämlich Artikel 47 OR nach jetziger Praxis, dass die Beeinträchtigungen, die sich aus der Verletzung der körperlichen oder seelischen Integrität ergeben, von einer gewissen Bedeutung sind[406].

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei totaler und definitiver Bewusstlosigkeit dem Opfer eine Genugtuung für immateriellen Schaden zusteht. Nach der einen Meinung[407] setzt die Genugtuung sowohl ein objektives Element (das Opfer hat eine Persönlichkeitsverletzung erlitten) wie auch ein subjektives Element voraus (das Opfer hat die Verletzung körperlich oder seelisch empfunden, was sein Wohlbefinden beeinträchtigt). Die Genugtuung kann aber ihren Zweck nicht erfüllen, wenn das Opfer sie nicht empfinden und kein Gefühl der Wiedergutmachung haben kann. Nach der anderen Meinung, die auch vom Bundesgericht vertreten wird[408], stellt das objektive Element, also der immaterielle Schaden, die Voraussetzung der Genugtuung dar, während das subjektive Element vor allem dazu dient, deren Umfang zu bestimmen. Das erste Element ist gewichtiger. Das Bundesgericht hat hinzugefügt, der Gesetzgeber habe sicher nicht den Willen gehabt, die Klageberechtigung des Opfers zu verneinen, das sich in einem irreversiblen Koma befindet, aber diejenige des Opfers zu bejahen, das eine leichtere Verletzung erlitten habe und im Besitz seiner Verstandes- oder Empfindungsfähigkeiten geblieben sei. Andernfalls müsste logischerweise den juristischen Personen jeglicher Anspruch auf Genugtuung aberkannt werden; denn sie sind nicht imstande, die Folgen der Verletzung ihrer Rechte subjektiv zu empfinden[409]. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass das Problem komplex ist, und wollen den Meinungsstreit nicht kategorisch entscheiden. Sie legen dennoch Wert darauf, die Bestimmung über die Genugtuung für immateriellen Schaden in einer Weise zu formulieren, die das Klagerecht der total bewusstlosen natürlichen Person - und, bei Erweiterung des Gedankengangs, der juristischen Person - nicht a priori ausschliesst[410]. Dies ist zunächst dadurch gerechtfertigt, dass die gegenteilige gesetzgeberische Lösung verglichen mit dem geltenden Recht als Rückschritt ausgelegt würde. Weiter ist festzustellen, dass das subjektive und das objektive Element des immateriellen Schadens eng verknüpft sind[411]. Wenn die Verletzung so schwer ist, dass sie die Persönlichkeit des Opfers zerstört, ist das subjektive Element praktisch nicht mehr vom objektiven zu unterscheiden: Die Verletzung ist gerade deshalb sehr schwer, weil das Opfer nun keine Schmerzen mehr empfinden kann. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, vom

---

406 BGE 110 II 166; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 29 und 161 ff. zu Art. 47 OR.

407 Vgl. insbesondere Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2033 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 und 26 zu Art. 47 OR; Merz H., ZBJV 1984, S. 275; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 8, N. 14; RVJ 1968, S. 279 ff.

408 Vgl. insbesonder Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 290; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 21 Anm. 14; BGE 108 II 430 ff.; SJZ 1969, S. 297.

409 BGE 108 II 431 f. und die dortigen Hinweise.

410 In diesem Sinne ist das Adverb "insbesondere" in Art. 45*e* Abs. 1 VE zu verstehen, welches bedeutet, dass die körperlichen oder seelischen Schmerzen ein wichtiges Element der Genugtuung für immateriellen Schaden sind, ohne eine conditio sine qua non darzustellen.

411 BGE 108 II 431.

subjektiven Element des immateriellen Schadens abzusehen[412]. Daraus darf allerdings nicht abgeleitet werden, dass dieser Umstand bei der Festlegung der Genugtuung keine Rolle spielt. Vielmehr wird es Aufgabe des Gerichts sein, Art und Umfang der Genugtuung im Einzelfall und unter Berücksichtigung des Zustandes des Opfers zu bestimmen; so wird es insbesondere den allfälligen Genugtuungsleistungen Rechnung tragen, die den Angehörigen des Opfers erbracht wurden und welche die Existenzbedingungen der direkt betroffenen Person verbessern könnten.

Artikel 45*e* Absatz 2 VE übernimmt im wesentlichen den Wortlaut des geltenden Artikel 49 Absatz 2 OR. Er regelt die Art der Genugtuung für immateriellen Schaden und sieht vor, dass das Gericht der verletzten Person einen angemessenen Geldbetrag - was in der Praxis der häufigste Fall ist - zusprechen kann. Die Bestimmung präzisiert aber, dass das Gericht diese Geldentschädigung durch eine geeignetere Art der Genugtuung ersetzen oder ergänzen kann. Man denke beispielsweise an die Verurteilung der haftpflichtigen Person zur Bezahlung eines symbolischen Franken an das Opfer oder zur Überweisung einer Geldsumme an eine wohltätige Institution[413]. Nach der heutigen Rechtsprechung ist die Urteilsveröffentlichung nicht "eine andere Art" der Genugtuung, sondern ein Mittel zur Beseitigung der Verletzung[414]. Diese Bestimmung hat zur Zeit eine beschränkte praktische Tragweite[415]. Sie ist dennoch geeignet, gute Dienste zu leisten, wenn der erlittene immaterielle Schaden nicht durch Geld wiedergutgemacht werden kann, namentlich wenn das Opfer vermögend oder eine juristische Person ist. Wie dem auch sei, steht dem Gericht auch hier ein Ermessensspielraum zu; entsprechend der Norm, die die Art der Ersatzleistung im Allgemeinen regelt, wird es aber nur aus triftigen Gründen von den Anträgen der geschädigten Person abweichen dürfen (Art. 52*a* Abs. 1 VE)[416].

Artikel 45*e* Absatz 3 VE sieht vor, dass bei Tötung oder besonders schwerer Körperverletzung einer Person auch deren Angehörigen Anspruch auf Genugtuung haben. Der Fall der Tötung ist schon von Artikel 47 OR erfasst. Diesbezüglich ist bloss zu erwähnen, dass es angebracht ist, in der französischen Fassung die "proches" des Verstorbenen (und nicht mehr seine "famille") als klageberechtigt zu bezeichnen, wie dies der deutsche Text bereits tut. Wie es sich gehört, wird es der Rechtsprechung überlassen, den Kreis der erfassten Personen zu definieren und ihn dabei - warum nicht? - auch auf Personen auszudehnen, die keine Familienmitglieder sind. Der Fall der schweren Körperverletzung stellt eine Kodifizierung der Rechtsprechung zum geltenden Artikel 49 OR dar. In einem Entscheid von 1986, der wiederholt bestätigt wurde, hat das Bundesgericht nämlich erkannt, dass den Angehörigen des Opfers einer Körperverletzung ein Anspruch auf Genugtuung für den daraus erlittenen immate-

---

412 Vgl. Geiser Th., Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, S. 101.

413 Vgl. Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2088 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 100 ff. zu Art. 49 OR und die dortigen Hinweise auf die Rechtsprechung.,

414 BGE 95 II 499 ff., 104 II 2; contra: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 102 ff. zu Art. 49 OR.

415 BBl 1982 II 682.

416 Vgl. hinten 2.5.3.

riellen Schaden zusteht, sofern ihr Schmerz einen ausserordentlichen Charakter aufweist[417]. Diese Rechtsprechung beruht insbesondere auf der Auffassung schweizerischer und ausländischer Autoren, auf Entscheiden kantonaler Instanzen und auf der Resolution des Ministerkomitees des Europarates vom 14. März 1975[418]. Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Ist eine Person in ihrer körperlichen oder seelischen Integrität schwer verletzt, so darf nicht bestritten werden, dass auch ihre Angehörigen in ihrer Persönlichkeit - insbesondere in ihrem Recht auf normale Beziehungen zu ihrer Umgebung - tief und dauernd betroffen sein können, und zwar ebensosehr oder vielleicht noch mehr, als wenn die Person getötet worden wäre. Im Sinne eines Vorschlags der Studienkommission[419] scheint es angebracht, den Grundsatz im Gesetz zu verankern, um zu betonen, dass den Angehörigen ein eigener Anspruch auf Genugtuung zusteht, selbst wenn es sich dabei - wie übrigens bei der Tötung - um einen immateriellen Reflexschaden handelt.

2.3.2.4 Ergänzende Schadensposten (Art. 45f VE)

Artikel 45*f* VE regelt den Ersatz ergänzender Schadensposten. Genauer gesagt: Er gewährt einen Anspruch auf Ersatz bestimmter atypischer Kosten, die mit einer eingetretenen oder bloss möglichen Einwirkung verbunden sind und zu den klassischen Schadensposten hinzukommen können. Nötig ist allerdings, dass die geschädigte Person diese Kosten nach Treu und Glauben getragen oder veranlasst hat. Zwei Fälle sind erfasst. Im ersten Fall ergeben sich die Kosten entweder aus Vorbeugemassnahmen, die zur Abwehr einer drohenden Einwirkung ergriffen wurden, oder aus Schutzmassnahmen zur Minderung der Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung (Abs. 1). Im zweiten Fall geht es um die Kosten, die die geschädigte Person tragen musste, um ihren Anspruch geltend zu machen (Abs. 2). Diese Kosten können sowohl auf den Eintritt eines Vermögens- wie auch eines immateriellen Schadens zurückgehen. Die Regelung als solche ist neu; einige der vorgesehenen Fälle sind allerdings von gesetzlichen Bestimmungen oder von der Rechtsprechung bereits erfasst. In diesem Sinne bedeutet die Neuregelung eine Ausdehnung des Schadensbegriffs und ist daher geeignet, die Rechtslage der geschädigten Person zu verbessern.

Nach einem auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beruhenden Grundsatz, der schon heute gilt (Art. 44 Abs. 1 OR) und weiterhin gelten wird (Art. 52 Abs. 1 VE), muss das Opfer eines Personen- oder eines Sachschadens alle Massnahmen treffen, die nach den Umständen geboten sind, um die negativen Folgen der Einwirkung zu verhindern oder zu mindern. So muss sich beispiels-

---

417 BGE 112 II 222 ff. Vgl. auch BGE 112 II 227 f., 117 II 56 und 116 II 521, der den Grundsatz auf die vertragliche Haftung anwendet.

418 Resolution 75-7 über die Grundsätze betreffend den Schadenersatz bei Körperverletzungen und Tötungen. Diese Resolution beabsichtigte allerdings eher eine Einschränkung der Ersatzfähigkeit immateriellen Schadens; so beschränkte der Grundsatz Nr. 13 die Klageberechtigung auf Vater, Mutter und Ehegatten des Opfers von Köperverletzungen; vgl. zu diesem Punkt Egli J.F., Le prix de la vie et de la santé en responsabilité civile. Une recomandation du Conseil de l'Europe confrontée au droit suisse, in Mélanges André Grisel, Neuenburg 1983, S. 325 und 338.

419 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.2, S. 93.

weise die geschädigte Person einer chirurgischen Operation unterziehen, oder sie muss über dem teilweise zerstörten Gebäude ein provisorisches Dach errichten. Verletzt sie schuldhaft diese Obliegenheit, so trägt sie den daraus entstandenen Nachteil[420]. Dementsprechend gilt, dass die von diesen Massnahmen verursachten Kosten der Person überwälzt werden können, die für die Schädigung haftet, denn sie sind eine Folge dieser Schädigung. Der Grundsatz ist heute unumstritten[421] und sogar in einigen Spezialbestimmungen ausdrücklich verankert[422]. Im Sinne der Schlussfolgerungen der Studienkommission[423] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, das Prinzip im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu verankern und es auf die Kosten auszudehnen, die von den Massnahmen zur Abwehr einer drohenden Einwirkung verursacht werden (Art. 45*f* Abs. 1 VE). Bei diesem Tatbestand kann die Person, die Objekt einer ernsthaften - und nicht bloss hypothetischen - Bedrohung ist, die Einwirkung gerichtlich (etwa durch eine Persönlichkeitsschutzklage)[424] oder aussergerichtlich (etwa durch Notwehr)[425] abwehren. Wird diese Idee weiterentwickelt, so scheint es gerechtfertigt, dass diese Person vom Dritten, der das Einwirkungsrisiko verursacht hat, auch Ersatz für die Kosten verlangen kann, dass sie nach Treu und Glauben getragen hat, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern[426]. Man denke zum Beispiel an die Kosten für die Evakuierung eines Gebäudes in der Nähe einer brennenden chemischen Fabrik oder an die Kosten für die Konsolidierung eines Hangs, der zu rutschen droht. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das Bundesgericht letzthin die Frage verneint hat, ob Art. 41 OR eine genügende Grundlage für eine Klage auf Ersatz der Kosten aus Präventivmassnahmen[427] bietet. Dies bedeutet, dass eine neue allgemeine Bestimmung notwendig ist. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass gewisse Spezialbestimmungen bereits heute die Wiedergutmachung eines solchen Nachteils zulassen (Art. 54 GSchG, Art. 59 USG, Art. 2 Abs. 1 Bst. c KHG); diese Bestimmungen gelten allerdings nur für die Massnahmen, die von einer Behörde angeordnet wurden[428].

Die in Artikel 12 Absatz 1 vorgesehenen Massnahmen - ob sie der Abwehr einer drohenden Einwirkung oder der Minderung der Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung dienen - müssen von der geschädigten Person im eigenen Interesse getroffen werden. Werden sie im Interesse einer Drittperson ergriffen, ist die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar. Dasselbe gilt, wenn die Massnahmen von einer Drittperson im Interesse des

---

420 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 14.IV; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 255, 266 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 50 f. zu Art. 44 OR.

421 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 14.VI, § 48.V.4; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 267 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N. 377.

422 Art. 70 Abs. 1 VVG; vgl. auch die internationalen Konventionen über die Haftpflicht bei Umweltschäden, vorne 2.3.2.2.5, Anm. 387.

423 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2, S. 86 f.

424 Vgl. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

425 Vgl. Art. 52 Abs. 1 OR, Art. 46*a* Abs. 2 VE.

426 In diesem Sinne von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 48.V.4.

427 BGE 117 II 269 f.

428 Vgl. hinten 4.2.33, 4.2.45 und 4.2.46.

Opfers getroffen wurden[429]. In diesem Punkt unterscheidet sich Artikel 45*f* Absatz 1 VE von Artikel 45*d* VE, wonach die Aktivlegitimation bei Einwirkungen auf die natürliche Umwelt unter gewissen Bedingungen anderen Rechtssubjekten zusteht als der geschädigten oder von einem Schaden bedrohten Person[430]. Die Vorbeuge- und die Schutzmassnahmen müssen nach Treu und Glauben ergriffen werden. Mit anderen Worten: Sie müssen angesichts der konkreten Umstände nach objektiver Betrachtung vernünftig erscheinen, und es ist unerheblich, ob sie sich als wirksam erweisen. Diesbezüglich braucht sich die berechtigte Person nicht an die Instruktionen der haftpflichtigen Person zu halten. Sein Recht geht sogar weiter als seine Pflicht, den Schaden zu vermeiden oder zu mindern, denn er handelt im eigenen Interesse, wenn er die fraglichen Massnahmen trifft. Die Kosten, die Gegenstand der Forderung bilden, sind als Schadenersatz und nicht als Rückerstattung von Auslagen geschuldet, weil ihre Ursache gegen den Willen der geschädigten Person entstanden ist[431]. Zu ersetzen ist nur der erlittene Verlust unter Ausschluss des allfälligen entgangenen Gewinns. Im Fall der Vorbeugemassnahmen ist der ersatzfähige Schaden ein "reiner Vermögensschaden"[432]. Wer Ersatz für die Kosten verlangt, muss beweisen, dass die drohende Einwirkung, falls sie eingetreten wäre, rechtswidrig gewesen wäre und dass die Person, die sie verursacht hat, dafür gehaftet hätte.

Die meisten haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten werden aussergerichtlich erledigt. Oft entstehen dabei der geschädigten Person Kosten, weil sie beispielsweise ein Gutachten braucht oder sich durch einen Anwalt unterstützen lässt. Wird der Streit gerichtlich ausgetragen, so regelt das Prozessrecht die Frage nach den Verfahrenskosten und der Parteientschädigung. Abgesehen von gewissen Ausnahmen[433] wird aber das Problem der Kosten, die der klagenden Partei ausserhalb des Gerichtsverfahrens entstanden sind, vom Prozessrecht nicht gelöst. Sofern sie nicht zu den Verfahrens- und Anwaltskosten gehören, stellen diese Kosten einen Schadensposten dar, allerdings unter der Bedingung, dass sie nötig und angemessen waren[434].

Die Verfasser des Vorentwurfs stimmen der jetzigen Rechtsprechung in diesem Bereich zu und sind der Meinung, dass eine gesetzliche Verankerung des Grundsatzes angebracht ist. So bestimmt Artikel 45*f* Absatz 2 VE, dass der ersatzfähige Schaden auch die Kosten umfasst, die der geschädigten Person nach Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihres Anspruchs entstehen. Dies trifft zu, wenn die Kosten in einem rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhang mit der Schädigung stehen und sie gerechtfertigt erscheinen, um den Schaden festzustellen oder den Umfang des Schadenersatzes zu bestimmen. Es geht vor allem um das Honorar des Anwalts, der mit der haftpflichtigen Per-

---

429 Gegebenenfalls ist Art. 422 Abs. 1 OR anwendbar. Vgl. auch Art. 58 Abs. 3 SVG betreffend die Hilfeleistung bei einem Strassenverkehrsunfall.

430 Vgl. vorne 2.3.2.2.5.

431 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 12.II, § 14.VI, § 17.I.

432 BGE 117 II 270. Vgl. vorne 2.3.2.1.

433 Vgl. z.B. ZR 1973, S. 28; ZBJV 1984, S. 283.

434 BGE 97 II 267, 113 II 340, 117 II 104 ff. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 87 ff. zu Art. 41 OR; Stein P., Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall, ZSR 1987 I S. 642.

son, einem Privat- oder einem Sozialversicherer einen Vergleich abschliesst oder die geschädigte Person in einem Strafverfahren vertritt, wo diese Zivilklägerin, Strafantragsstellerin oder Angeschuldigte ist[435].

Die Ersatzleistung für die Kosten, die die geschädigte Partei zur Geltendmachung ihres Anspruchs getragen hat, ist grundsätzlich im Verhältnis zum Haftungsanteil der beklagten Person festzulegen. Dies bedeutet, dass die diesbezügliche Forderung in dem Ausmass herabgesetzt werden kann, in dem der Schadenersatz selbst - aus welchem Grund auch immer - herabgesetzt wird[436]. Für das Opfer kann diese Lösung unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen führen. Dies träfe insbesondere dann zu, wenn der Anwalt des Opfers erhebliche Arbeit leisten musste und letztlich nur einen stark herabgesetzten Schadenersatz erhält oder wenn bloss ein bescheidener Schadensposten, zum Beispiel die Genugtuung wegen schwerer Körperverletzung, strittig bleibt. So soll das Gericht in diesem Bereich über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen. Neben dem Haftungsanteil der belangten Person kann es die Natur und die Höhe der Kosten berücksichtigen, die der geschädigten Person vor dem Prozess entstanden sind, wie auch das Verhalten der Parteien bei den aussergerichtlichen Verhandlungen. Hingegen sollte es sich nicht an den Streitwert oder das Obsiegen im Prozess gebunden sein[437], wie dies übrigens Artikel 56*g* VE für die konnexe Frage der Festlegung von Gerichtskosten und Parteientschädigung ausdrücklich vorsieht.

2.3.3 Rechtswidrigkeit (Art. 46 und 46a VE)

2.3.3.1 Einleitung

In der Regel - und unter Vorbehalt der Ausnahmefälle einer Haftung wegen rechtmässiger Handlung - ist eine Person nur dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn dieser in rechtswidriger Weise verursacht wurde[438]. In diesem Sinne stellt die Rechtswidrigkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftung[439] dar. Sie setzt der Haftung eine Schranke, ohne welche rechtmässige Tätigkeiten, die - wie die Wettbewerbstätigkeiten (auch die lauteren) im Wirtschaftsleben - für Drittpersonen negative Folgen haben, eine Haftung begründen könnten[440].

---

435 BGE 117 II 107, der im letzten Fall den Grundsatz einer teilweisen Entschädigung bejaht; anderer Meinung: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 90 f. zu Art. 41 OR.

436 BGE 113 II 340, 117 II 104.

437 Stein P., a.a.O (Anm. 434), S. 643 f.; Schaffhauser R./Zellweger J., Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, II, Bern 1988, N 966.

438 Vgl. vorne 2.1 und hinten 3.2.

439 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 127, 135; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 1 und 55; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 89; BGE 112 II 128; *contra*: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 41. f. Vgl. auch hinten 2.3.3.2.

440 Merz H., Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 1955 (91 bis), S. 306, 308 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 4 und 5, II/1, § 16, N. 41 und 65 ff.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist mehrdeutig[441]. Im Haftpflichtrecht hat er eine eigene Bedeutung. Für die herrschende Lehre und die Rechtsprechung beruht die Rechtswidrigkeit auf einer "objektiven" Auffassung, die vom deutschen Recht (insbesondere von § 823 BGB) stark beeinflusst ist[442]. Bei globaler Betrachtung wird die Rechtswidrigkeit als Verletzung einer (objektiven) Norm der Rechtsordnung definiert, die dem Schutz fremder Rechtsgüter dient, und zwar ohne Rechtfertigungsgrund. Diese Definition hat allerdings verschiedene Bedeutungen - die von Artikel 41 Absatz 1 OR nicht zum Ausdruck gebracht werden - je nachdem, ob es sich beim verletzten Rechtsgut um ein absolutes Recht handelt oder nicht. Besteht die Schädigung in der Verletzung eines absoluten Rechts - wie das Leben, die körperliche oder seelische Unversehrtheit, das Eigentum und der Besitz, die Persönlichkeitsrechte und das geistige Eigentum, nicht aber das Vermögen als solches -, ist die Rechtswidrigkeit von vornherein gegeben, und es braucht nicht abgeklärt zu werden, ob und wie die schädigende Person eine spezifische Verhaltensnorm verletzt hat. Man spricht von Erfolgsunrecht[443]. Besteht hingegen die Schädigung nicht in der Verletzung eines absoluten Rechts, sondern in der Verletzung eines anderen Interesses, so ist die Rechtswidrigkeit nur dann gegeben, wenn die schädigende Person gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, die den Schutz des betreffenden Rechtsguts bezweckt. Man spricht hier von Handlungs- oder Verhaltensunrecht[444]. Im letzteren Sinne - und unter Vorbehalt der Tatbestände, die unter Artikel 41 Absatz 2 OR fallen - ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus einer gewissen Art des Handelns (oder des Unterlassens), die die Rechtsordnung verurteilt. Sie ist nur von Bedeutung, wenn kein absolutes Recht verletzt wird, also nur im Falle des Eintritts eines "reinen Vermögensschadens". In einem solchen Fall kann die geschädigte Person bloss dann Schadenersatz verlangen, wenn sie sich auf eine Schutzbestimmung zu ihren Gunsten berufen kann. Am häufigsten wird es sich dabei um Bestimmungen des Straf- oder des Verwaltungsrechts handeln, wie diejenigen des Arbeits-, des Bau-, des Strassenverkehrs-, des Wettbewerbs- oder des Gesundheitsrechts[445]. Nach der Rechtsprechung trifft dies bei einem konzessionierten Transportunternehmen zu, weil das Postverkehrsgesetz, worauf sich die Konzession stützt, ihm Schutz vor schädlicher Konkurrenz gewährt[446]. Dies trifft auch in Bezug auf Artikel 239 StGB zu, der die Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen, als strafbar erklärt und

---

441 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 68.

442 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 309 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 9 ff. und 22; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 33 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 70 ff; Raschein H., Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. iur. Bern 1986, S. 209 ff.; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 243; BGE 82 II 28, 115 II 18, 116 Ib 373 f., 118 Ib 476 f.

443 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 309, drückt diese Bedeutung der Rechtswidrigkeit durch das Gebot: "Du sollst nicht ... was (z.B.: Eigentum) verletzen".

444 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 312, drückt diese Bedeutung der Rechtswidrigkeit durch das Gebot: "Du sollst nicht ... wie (z.B.: durch unlauteren Wettbewerb) jemanden in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzen".

445 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 94 ff. Im Strafrecht kommen vor allem die Bestimmungen über die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen in Frage; vgl. dazu Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 zu Art. 41 OR.

446 BGE 75 II 212 f.

somit auch das persönliche Recht der Bezüger auf Elektrizitätsversorgung schützt[447]. Anders verhält es sich in Bezug auf die Gesetzgebung über die Bankenaufsicht, weil sie nicht zum Schutz der Interessen der Banken gegenüber ihren Organen, sondern derjenigen ihrer Gläubiger erlassen wurde[448], und in Bezug auf Artikel 229 StGB, der die Opfer einer Verletzung der Regeln der Baukunde nur vor Schäden schützt, die sich aus einer Tötung oder Körperverletzung ergeben[449]. In all diesen Fällen ist das Gericht deshalb gezwungen abzuklären, ob und in welchem Ausmass das verletzte Vermögensinteresse von einer Bestimmung der Rechtsordnung abgedeckt ist - sei es von einer ad-hoc-Bestimmung, sei es von einem allgemeinen Grundsatz wie demjenigen von Treu und Glauben, der unter gewissen ausservertraglichen Umständen verbietet, einem Dritten unrichtige oder unvollständige Auskünfte zu erteilen[450]. Bei dieser Abklärung wendet das Gericht die Normzwecktheorie an, die je nach Fallkonstellation zum Ersatz von Reflexschäden führt[451].

Nach einer Lehrmeinung, die von der Minderheit der Autoren vertreten wird, ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus einer "subjektiven" Betrachtung. Danach ist jede Schädigung rechtswidrig, wenn sich der Verursacher nicht auf einen (subjektiven) Rechtfertigungsgrund berufen kann[452]. Diese Theorie scheint insofern einfach - und das ist der Vorteil, den man ihr zuschreibt -, als sie alle Schäden demselben Rechtssystem unterwirft. Sie ist allerdings Gegenstand überzeugender Kritik[453]. Der Streit betrifft die "reinen Vermögensschäden". Abgesehen von den Materialien zu Artikel 41 OR, die in diesem Punkt nicht schlüssig sind, und abgesehen vom Wortlaut dieser Bestimmung, der für die objektive Auffassung spricht, sprechen zwei Hauptvorwürfe gegen die subjektive Betrachtung. Der erste ist dogmatischer Natur: In einem Rechtssystem wie unserem, wo die Freiheit vermutet wird, muss nicht der Verursacher einer Schädigung beweisen, dass er ein Recht zu handeln hatte, sondern es ist vielmehr die Person, die sich als geschädigt betrachtet, die beweisen muss, dass ein Dritter eine Norm verletzt hat, die ihm verbot, sie zu schädigen[454]. Der zweite Vorwurf ist praktischer Natur: Da nach der subjektiven Theorie jede Schädigung von vornherein als rechtswidrig betrachtet wird, müsste für ihre Anwendung notwendigerweise ein detailliertes System der Rechtfertigungsgründe aufgestellt werden; denn ohne ein solches System würde die Haftpflicht in einer Weise ausgedehnt, die mit

---

447 BGE 102 II 87 ff.

448 BGE 106 Ib 362 f.

449 BGE 117 II 269 ff.; vgl. auch BGE 119 II 129.

450 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 117 ff.; BGE 111 II 474 Vgl. hinten Anm. 482.

451 Vgl. vorne 2.3.2.1. Bisher hat das Bundesgericht allerdings nie ausdrücklich erklärt, diese Theorie anwenden zu wollen; vgl. Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 246.

452 Vgl.insbesondere Simonius A., Les droits de la personnalité, ZSR 1947, S. 31 ff.; denselben, Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, ZSR 1957, S. 316 f.; Gabriel B., Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 OR, Diss. iur. Freiburg 1987, S. 81 ff., 113 ff., 257 ff. und die dortigen Hinweise.

453 Vgl. die Hinweise in Anm. 442. Die dichotomische Bedeutung der Widerrechtlichkeit führt Merz, a.a.O. (Anm. 440), S. 324, zu einem mittleren Standpunkt.

454 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 69.

der sozialen Wirklichkeit nicht vereinbar wäre[455]. In Wirklichkeit wird die Problematik des Ersatzes für "reine Vermögensschäden" von der subjektiven Theorie der Rechtswidrigkeit bloss verschoben, aber nicht gelöst. Somit vermag sie nicht zu überzeugen.

2.3.3.2 Konzept des Vorentwurfs

Entsprechend dem Vorschlag der Studienkommission[456] sind die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass das Obligationenrecht die Rechtswidrigkeit in positiver Weise definieren muss, wie dies in Artikel 46 VE geschieht. Die Neuerung ist aus zwei Hauptgründen gerechtfertigt. Zum einen stellt die Rechtswidrigkeit - abgesehen von Ausnahmefällen[457] - zusammen mit dem Schaden (Art. 45 - 45*f* VE) und dem Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47*a* VE) eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar, und zwar unabhängig von der Art der Haftung. Diese Auffassung wird heute von der Mehrheit der Autoren und von der Rechtsprechung[458] vertreten. Sie beruht auf dem Grundsatz, dass jeder ersatzfähige Schaden in der Regel die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Rechts voraussetzt. Die Rechtswidrigkeit ist übrigens auch Voraussetzung der Haftung des Gemeinwesens - und diese Bemerkung ist im Zusammenhang mit den Vorschriften von Art. 43 und 43*a* VE zu sehen -, was für das Verschulden hingegen oft nicht zutrifft[459]. Zum zweiten definiert Artikel 46 VE die Rechtswidrigkeit in einer Weise, die die Funktion dieser allgemeinen Haftungsbedingung zum Ausdruck bringt, die - wie die anderen Bedingungen - die Haftung einschränkt, indem sie insbesondere den Kreis der Opfer "reiner Vermögensschäden" beschränkt, denen ein Anspruch auf Schadenersatz zusteht[460]. Diese Definition steht auch in Zusammenhang mit den in Artikel 14 erwähnten Rechtfertigungsgründen, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit und infolgedessen auch die Haftbarkeit der belangten Person auszuschliessen. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit nach einer chronologischen Argumentation überprüft wird: Es gilt zu bestimmen, ob die Verletzung eines (von der Rechtsordnung) geschützten Rechts, die in einer ersten Phase rechtswidrig ist, in einer zweiten Phase durch einen (von der Rechtsordnung) anerkannten Grund gerechtfertigt werden kann. Trifft dies zu - die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds stellt sich häufig überhaupt nicht -, gibt es eine

---

455 Gauch P./Sweet J., Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 138; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 247, und die dortigen Beispiele, insbesondere das Schulbeispiel der Annullierung einer Theatervorstellung, weil ein Schauspieler verletzt ist und deshalb an der Aufführung nicht teilnehmen kann.

456 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 40 ff.

457 Vgl. vorne 2.1 und hinten 3.2.

458 Vgl. vorne 2.3.3.1. und die Hinweise in Anm. 439.

459 Stark E. W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4, 11; vgl. auch vorne 2.2.3.

460 Vgl. vorne 2.3.3.1.

"Normenkollision"[461], die mittels einer Abwägung der im Spiel stehenden Interessen zu lösen ist[462].

In Bezug auf den Begriff der Rechtswidrigkeit als solchen schliessen sich die Verfasser des Vorentwurfs im wesentlichen den heutigen Lösungen der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung an, wie dies bereits von der Studienkommission vorgeschlagen wurde[463]. So verzichten sie auf eine Verallgemeinerung der Negativformel von Artikel 28 Absatz 2 ZGB, der die Widerrechtlichkeit als Fehlen von Rechtfertigungsgründen definiert, weil dies einer Übernahme der subjektiven Theorie gleichkäme. Dass der Vorentwurf auf der objektiven Theorie beruht, wird von Artikel 46 VE in doppelter Weise ausgedrückt: In allgemeiner Weise, indem er die Schädigung als rechtswidrig qualifiziert, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt (Abs. 1), und in spezieller Weise für den Fall, dass die Schädigung im Verhalten einer Person besteht; das Verhalten ist dann rechtswidrig, wenn es einen Verstoss gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht darstellt (Abs. 2). In allen Fällen stellt die Rechtswidrigkeit die Verletzung einer objektiven Norm dar, die den Schutz des verletzten Rechtsguts bezweckt. Diesbezüglich erklärt das Bundesgericht zu Recht, dass der Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden kein adäquater wäre, wenn die verletzte Norm einen anderen Zweck als den Schutz der geschädigten Person verfolgte[464]. Dies zeigt, dass die Begriffe der Rechtswidrigkeit und der rechtlichen Kausalität eine grundsätzlich normative Bedeutung haben und somit konnex sind.

2.3.3.3 Definition der Rechtswidrigkeit (Art. 46 VE)

Artikel 46 Absatz 1 VE gibt eine allgemeine Definition der Rechtswidrigkeit, die auf alle Haftungsarten anwendbar ist. Der Bestimmung liegt die heute vorherrschende dichotomische oder dualistische Auffassung zugrunde - was allerdings nicht ausdrücklich gesagt wird -, die danach unterscheidet, ob das verletzte Recht ein absolutes ist oder nicht. Mit anderen Worten: Artikel 13 Absatz 1 postuliert eine Hierarchie unter den von der Rechtsordnung geschützten Rechten[465]. Gewisse als absolut qualifizierte Rechte wie das Leben, die körperliche und seelische Integrität, das Eigentum und der Besitz, die Persönlichkeit und das geistige Eigentum sind als solche, kraft des Wertes geschützt, die sie für ihren Inhaber aufweisen. In den meisten Fällen werden sie übrigens sowohl durch zivil- wie auch durch strafrechtliche Normen geschützt[466]. Verletzt die Schädigung ein solches Recht, ist die Rechtswidrigkeit von vornherein gegeben, und es braucht nicht abgeklärt zu werden, ob und wie die der Verursacher gegen eine spezifische Verhaltensnorm verstossen hat. Man spricht von Erfolgsunrecht oder von Rechtswidrigkeit im engeren Sinne. In Anbetracht ihres

---

461 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73.

462 BGE 101 II 196 f.

463 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 40 f.; vgl. auch vorne 2.3.3.1.

464 BGE 94 I 643, 101 Ib 255. Vgl.auch Tuhr A./Peter H., a.a.O., (Anm. 51), S. 416 Anm. 59.

465 Vgl. vorne, 2.3.3.1.

466 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 und 39 zu Art. 41 OR.

eingeschränkten Geltungsbereichs ist dieser Sinn besonders wichtig für die Gefährdungshaftungen[467]. Verletzt hingegen die Schädigung ein anderes Recht, also ein Rechtsgut, das nicht den erhöhten Schutz der absoluten Rechte geniesst, wie beispielsweise das Vermögen als solches, so ist die Rechtswidrigkeit nur gegeben, wenn der Verursacher einer ad-hoc-Verhaltensnorm zuwider gehandelt hat, die den Schutz des verletzten Rechtsgutes bezweckt. Man spricht von Handlungs- oder Verhaltensunrecht oder von Rechtswidrigkeit im weiteren Sinne. Dieser Sinn ist besonders wichtig für die Verschuldenshaftung.

Bei genauer Betrachtung ist die dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit nicht wortwörtlich zu nehmen. So kann im Falle der Verletzung eines absoluten Rechts wie beispielsweise des Lebens oder der körperlichen Integrität auch die Verletzung einer zivilrechtlichen (Art. 28 ZGB) oder einer strafrechtlichen (Art. 111 ff. StGB) Schutzbestimmung bejaht werden. Und im Falle der Verletzung eines Vermögensinteresses, das durch eine spezifische Verhaltensnorm geschützt ist, wie bei einem Betrug (Art. 146 StGB) oder einer unlauteren Wettbewerbshandlung (Art. 2 ff. UWG), ist es nicht abwegig zu sagen, dass auch das Vermögen in diesem Ausmass einen absoluten Schutz geniesst[468].

Dennoch ist die dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit keineswegs unbegründet. Zum einen beruht sie auf einer seit langem anerkannten Unterscheidung, die eine Rangordnung unter den verschiedenen Rechtsgütern schafft. Eine solche Unterscheidung ist durch die allgemein anerkannte Notwendigkeit gerechtfertigt, der Haftung eine Schranke zu setzen. So ermöglicht die dualistische Auffassung die Aussage, dass nicht jede Schädigung, die ein subjektives Recht verletzt, automatisch eine Schadenersatzpflicht begründet. Diese Auffassung findet im Übrigen eine Rechtfertigung in der Tatsache, dass die Unterscheidung zwischen Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht in der Praxis nicht immer leicht ausfällt. Dies trifft bei der Verletzung gewisser (absoluter) Persönlichkeitsrechte wie der Ehre oder der Privatsphäre zu, deren Umfang nicht klar umrissen ist. Die Abgrenzung des geschützten Rechtsguts zwingt dann nämlich dazu, von Fall zu Fall das Kriterium des Zwecks der Schutzbestimmung heranzuziehen[469].

Dieses Kriterium ist theoretisch überzeugend. In der Praxis ist es jedoch nicht von gewissen Kritiken geschont geblieben[470]. Je nach den Umständen stellt es den Richter vor eine schwierige Aufgabe. Dies trifft zu, wenn die - oft straf- oder verwaltungsrechtliche - Schutznorm nicht augenfällig oder wenn ihr Zweck mangels klaren Willens des Gesetzgebers nicht deutlich ersichtlich ist. Als fragwürdig erschien im weiteren, dass die Klageberechtigung der geschädigten Person mit der Berufung auf gewisse Strafrechtsbestimmungen - wie Artikel 239 StGB, der nicht zu den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen zählt - begründet wurde[471]. Daraus entsteht der Eindruck, dass das Kriterium des Zwecks der Schutznorm zu unbefriedigenden Lösungen führen kann, wenn

---

467 Vgl. Art. 45 Abs. 3 VE, vorne 2.3.2.1.

468 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 41.

469 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 41.

470 Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 245 ff.; Gauch P./Sweet J., a.a.O. (Anm. 455), S. 122.

471 Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 244 f.; Tercier P., a.a.O. (Anm. 383), S. 262 f.

auch nur in Ausnahmefällen. Für die Verfasser des Vorentwurfs bietet dieses Kriterium dennoch die einzige überzeugende Antwort auf die Frage nach der Ersatzfähigkeit des "reinen Vermögensschadens". Ein Verzicht auf dieses Kriterium käme einer Übernahme der subjektiven Auffassung der Rechtswidrigkeit gleich, die keineswegs überzeugt[472]. Würde dieses Kriterium durch ein genaueres ersetzt - wie dasjenige, das jeden Anspruch auf Ersatz des Reflexschadens ausschliesst -, so würde dies offensichtlich zu willkürlichen und somit ungerechten Ergebnissen führen. Letztlich passt das Kriterium des Zwecks der Schutznorm in die Logik der objektiven Theorie der Rechtswidrigkeit, deren Anwendung es in einer Weise einschränkt, die nur flexibel und pragmatisch sein kann. Es steht in erster Linie der Rechtsprechung zu, im Einzelfall zu entscheiden, ob und in welchem Ausmass eine Schutznorm Anwendung findet[473]. Inskünftig wird ihr das Gesetz eine bessere Stütze bieten, weil Artikel 46 Absatz 2 VE mit allgemeinen Begriffen die Verhaltensnormen erwähnt, die bei den Haftungen in Frage kommen, die nicht mit einem besonderen Risiko verbunden sind. Die Regelung der Rechtswidrigkeit sollte daher an Sicherheit gewinnen.

Artikel 46 Absatz 2 VE ist auf die Haftungen anwendbar, die auf das Verhalten einer Person zurückzuführen sind, also auf die Verschuldenshaftung (Art. 48 und 48*a* VE), auf die milden Kausalhaftungen, die auf einer Sorgfaltspflicht in besonderen Situationen beruhen, wie die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB) oder des Werkinhabers (Art. 61 VE), und auf die Haftung für Hilfspersonen im Sinne der neuen allgemeinen Regelungen der Artikel 49 und 49*a* VE. Artikel 46 Absatz 2 VE erfasst ausschliesslich den Ersatz des "reinen Vermögensschadens", wenn sich die von der geschädigten Person erlittene Vermögensminderung nicht aus der Verletzung eines absoluten Rechts ergibt. Letztlich konkretisiert die Bestimmung das Verhaltensunrecht, wie es in Artikel 46 Absatz 1 VE implizite vorgesehen ist - entsprechend der dualistischen Auffassung, die von den Verfassern des Vorentwurfs vertreten wird. Zu diesem Zweck bestimmt Artikel 46 Absatz 2 VE, dass ein schädigendes Verhalten rechtswidrig ist, wenn es gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht verstösst. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist die Verletzung eines geschützten Rechts nach Artikel 46 Absatz 1 anzunehmen.

Ein schädigendes Verhalten ist rechtswidrig, wenn es gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung verstösst. Gemeint sind hier die unzähligen gesetzlichen Normen des Zivil- und vor allem des Straf- und des Verwaltungsrechts, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, wie beispielsweise diejenigen, die Überschreitungen des Nachbarrechts verbieten (Art. 684 ff. ZGB), die Veruntreuung (Art. 138 StGB) oder den Betrug (Art. 146 StGB) als strafbar erklären oder Bereiche des Soziallebens wie Arbeit, wirtschaftlichen Wettbewerb, Bauwesen oder Strassenverkehr regeln[474]. Man braucht wohl nicht daran zu erinnern, dass die fragliche Norm den Schutz des verletzten Interesses bezwecken muss[475]. Im Gegensatz zur Auffassung, die das Bundesgericht manchmal ver-

---

472 Vgl. vorne 2.3.3.1.

473 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2, S. 43 f.

474 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 94 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 zu Art. 41 OR.

475 Vgl. vorne 2.3.3.1. und die erwähnten Beispiele. Vgl. auch vorne 2.3.3.2.

treten hat, stellt der ungeschriebene Gefahrensatz kein Gebot nach Artikel 46 Absatz 2 VE dar, weil er bloss eine allgemeine Sorgfaltspflicht im Sinne des Grundsatzes *neminem laedere* vorschreibt; indessen kann der Gefahrensatz das Vorliegen eines Verschuldens begründen[476].

Ein schädigendes Verhalten ist auch dann rechtswidrig, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 2 ZGB). Als allgemeine Klausel gebietet dieser Grundsatz ein loyales Verhalten und Rücksichtnahme im Sozialleben. Die Frage, ob und in welchem Ausmass die Verletzung dieses Grundsatzes rechtswidrig ist, ist heute Gegenstand eines Meinungsstreits. Schematisch sind in der Lehre zwei Strömungen festzustellen, und auch das Bundesgericht - beschränkt man sich auf die neusten, freilich von verschiedenen Kammern gefällten Entscheide - scheint diesbezüglich keine einheitliche Praxis entwickelt zu haben. Nach der Mehrheit der Lehrmeinungen setzt die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Sonderverbindung[477] zwischen den Parteien voraus. Mit anderen Worten kann die Verletzung des Grundsatzes nur dann die Rechtswidrigkeit begründen, wenn die schädigende Person gegenüber der geschädigten zu einer bestimmten (vorvertraglichen, vertraglichen oder gesetzlichen) Verpflichtung gehalten war, der ein gewisses Vertrauen zugrunde lag[478]. In einem Entscheid von 1982 hat das Bundesgericht betont, es sei nicht ausgeschlossen, dass aus Artikel 2 ZGB eine autonome Verpflichtung abgeleitet werden könne; diese Möglichkeit sei allerdings auf Ausnahmefälle beschränkt[479]. Ein solcher Ausnahmefall liegt beispielsweise dann vor, wenn es selbst bei ausservertraglichen Beziehungen verboten ist, einer Drittperson ungenaue oder unvollständige Auskunft zu erteilen[480]. In zwei neueren Entscheiden hat das Bundesgericht den Grundsatz der Vertrauenshaftung in Fällen anerkannt, in denen eine Person bei einem Dritten eine Hoffnung entstehen liess, die dann in treuwidriger Weise enttäuscht wurde. Darin sieht das Bundesgericht allerdings einen autonomen Haftungsgrund und nicht die Anwendung der Generalklausel von Artikel 41 OR[481]. Nach der Minderheit der Lehrmeinungen begründet die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben an sich die Rechtswidrigkeit. Dadurch wird das Recht auf Einhaltung dieses Grundsatzes auf den Rang eines absoluten Rechts erhoben, mit der Folge, dass jede Schädigung, die diesen Grundsatz verletzt, von vornherein

---

476 BGE 64 II 260, 82 II 28, 95 II 96, 116 Ia 169; in BGE 119 II 128 ff. scheint allerdinsg das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung zu korrigieren; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 f. zu Art. 41 OR; Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 107; Gabriel, a.a.O. (Anm. 452), S. 76.

477 Merz H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1956, N 34 zu Art. 2 ZGB; Deschenaux H., Le titre préliminaire du Code civil, SPR II.I., Freiburg 1969, S. 138; Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 111 ff.

478 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 111 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 53 zu Art. 41 OR; Raschein H., a.a.O. (Anm. 442), S. 275, 304 f.; Gabriel, a.a.O. (Anm. 452), S. 69.

479 BGE 108 II 311.

480 BGE 111 II 474. Vgl. auch Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 40 f. und die dort angegebene Rechtsprechung.

481 BGE 120 II 334 ff., 121 III 354 ff.

rechtswidrig ist[482]. In einem Entscheid von 1990 geht das Bundesgericht praktisch in diese Richtung und anerkennt vorbehaltlos, dass die Regeln von Artikel 2 ZGB Verhaltensnormen darstellen, deren Verletzung als rechtswidrig nach Artikel 41 OR betrachtet werden muss[483].

Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich der zuletzt geschilderten Lehrmeinung an. Sie sind der Ansicht, dass sowohl das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) wie auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) allgemeine Schutznormen der Rechtsordnung sind. Diese Normen sind definitionsgemäss mit dem Verhalten der belangten Person verbunden. Sie sind daher für die vorne geschilderten Haftungen von Bedeutung, nicht aber für die Gefährdungshaftungen (die Gefährdung kann selbst dann eintreten, wenn dem Haftpflichtigen subjektiv kein Vorwurf gemacht werden kann oder wenn er den Beweis der objektiven Sorgfalt erbringen kann). Die Verletzung der genannten Normen bewirkt *a priori* die Widerrechtlichkeit. Ist nämlich der Grundsatz von Treu und Glauben als solcher eine Schranke für jede Ausübung eines Rechts, stellt seine Verletzung als solche auch ein rechtlich verpöntes und somit rechtswidriges Verhalten dar[484]. Infolgedessen gibt es keinen Grund, die Anwendung des Grundsatzes auf die Fälle zu beschränken, in denen die schädigende und die geschädigte Person in einer Sonderverbindung stehen. Ein sozialer Kontakt, selbst ein zufälliger oder ein mittelbarer, genügt. Dies trifft beispielsweise im Fall des Mieters zu, der nach Beendigung der Miete ohne Recht in den Räumlichkeiten bleibt und damit dem neuen Mieter deren Gebrauch verunmöglicht; entsteht dem neuen Mieter daraus ein Schaden, so ist dieser nicht vom Vermieter, dem keine schuldhafte Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, sondern vom ersten Mieter zu ersetzen, der sich gegenüber dem neuen Mieter rücksichtslos, also rechtswidrig im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE verhalten hat.

Die Anerkennung von Treu und Glauben als allgemeine Norm wird es inskünftig ermöglichen, eine Schädigung als rechtswidrig zu betrachten, die weder eine Verletzung eines absoluten Rechts noch die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift mit spezifischem Gebots- oder Verbotsgehalt darstellt. Der Grundsatz wird den Begriff der Rechtswidrigkeit erweitern. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Haftungen ausgedehnt, die auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen sind, namentlich der Verschuldenshaftung, wie dies übrigens - im selben Geist, aber in einschränkender Weise - bereits der geltende Artikel 41 Absatz 2 OR bewirkt. Daher kann auf diese Bestimmung, deren Anwendungsfälle von Artikel 13 Absatz 2 (ohne die Voraussetzung der Absicht) erfasst sein werden, verzichtet werden. Man denke beispielsweise an den Fall der Person, die einen Menschen nicht auf die ihm drohende Gefahr aufmerksam macht oder die eine Partei zur Verletzung oder Auflösung des mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags auffordert[485].

---

482 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 130, und 488 Anm. 44; Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 9 zu Art. 41 OR; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 37 ff.

483 BGE 116 Ia 169.

484 Widmer P., Variationen über Treu und Glauben oder Il tempo più bello è quello perduto, in Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 200 f.

485 BGE 80 II 38, 108 II 312, 114 II 91.

Schliesslich ist ein Verhalten nach Artikel 46 Absatz 2 VE rechtswidrig, wenn es gegen eine vertragliche Pflicht verstösst. Dieser Grundsatz ist in Zusammenhang mit der Regel von Artikel 42, 1. Satz, VE zu betrachten, die den Schaden aus Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung ausschliesslich den allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts unterstellen will. Mit anderen Worten bezieht sich Artikel 46 Absatz 2 in fine VE auf das - schuldhafte - Verhalten des vertraglichen Schuldners im Sinne und in den Schranken von Artikel 42 VE und erfasst den Fall der (in Art. 42, 1. Satz, VE vorgesehenen) positiven Vertragsverletzung, und zwar unter Ausschluss anderer (von Art. 42, 2. Satz, VE vorbehaltenen) Fälle der Nichterfüllung des Vertrags[486].

2.3.3.4 Rechtfertigungsgründe (Art. 46a VE)

Als "Rechtfertigungsgründe" werden gewöhnlich besondere von der Rechtsordnung anerkannte Umstände bezeichnet, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit und somit auch die Haftung der belangten Person auszuschliessen. Die Frage lautet demnach, ob die Verletzung eines geschützten Rechts, die prima vista als rechtswidrig betrachtet wird, nachträglich eine juristische Rechtfertigung findet[487]. Dies führt zur Feststellung, dass die subjektiven Rechte nur in beschränktem Ausmass geschützt sind, und zwar nur soweit, als sich die haftpflichtige Person auf keinen Rechtfertigungsgrund berufen kann. In diesem Sinne werden die Rechtfertigungsgründe manchmal als "negative Voraussetzungen" der Rechtswidrigkeit bezeichnet[488].

Im geltenden Recht definiert Artikel 52 OR die Rechtfertigungsgründe unter den Bezeichnungen "Notwehr", "Notstand" und "Selbsthilfe". Art 44 Absatz 1 OR spielt auf die Einwilligung der geschädigten Person an[489]. Artikel 28 ZGB erwähnt seinerseits die Umstände, die die Rechtswidrigkeit einer Persönlichkeitsverletzung ausschliessen können, d.h. - neben der Einwilligung des Opfers - ein überwiegendes (privates oder öffentliches) Interesse und das Gesetz. Der Auffassung der Studienkommission[490] folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Ansicht, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts die Rechtfertigungsgründe in konkreter Weise erwähnen muss. Zu diesem Zweck verzichten sie auf die Übernahme der allgemeinen Formulierung von Artikel 28 Absatz 2 ZGB, die auf die Regelung des Persönlichkeitsschutzes gemünzt ist. Dies wird dennoch nicht bewirken, dass die Bedeutung dieser Bestimmung inskünftig geringer sein wird. So wird die Person, die das Persönlichkeitsrecht einer anderen verletzt hat, nach wie vor ein überwiegendes privates Interesse - das in Artikel 46*a* VE nicht allgemein vorgesehen ist - geltend machen können, wie beispielsweise die Pflicht zur Information der Öffentlichkeit durch die Presse bei

---

[486] Vgl. vorne 2.2.2.1. und 2.2.2.3.

[487] Vgl. vorne 2.3.3.2.

[488] Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 222.

[489] Dieser Grund berührt allerdings auch den rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang und daher auch die Zurechnung der Haftung. Eine Person, die in die Verletzung ihres Rechts durch eine Drittperson einwilligt, darf nämlich nicht berechtigt sein, die Last des Schadenersatzes auf diese Person zu überwälzen.

[490] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45.

einer Verletzung des wirtschaftlichen Rufs eines Unternehmens[491] oder wie die Pflicht zur Verlängerung des Lebens einer kranken Person, wenn das Recht der Angehörigen, über die Leiche zu verfügen, durch eine Organtransplantation verletzt wird[492]. In diesen Fällen hängt die Rechtswidrigkeit weitgehend von einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ab, wie dies vom neuen Gesetz über den Datenschutz ausdrücklich vorgesehen wird[493].

Artikel 46*a* VE nennt die Rechtfertigungsgründe, die im Bereich der Haftpflicht geeignet sind, die Rechtswidrigkeit der Verletzung eines geschützten Rechts auszuschliessen. Die Bestimmung nimmt eine grobe Unterscheidung zwischen Rechtfertigungsgründen vor, die auf einer öffentlich-rechtlichen Norm oder auf einer öffentlich-rechtlichen Pflicht beruhen (Abs. 1), und anderen Rechtfertigungsgründen, die sich auf das Verhalten der einen oder der anderen Partei beziehen, je nach ihrem privaten Interesse, die Verletzung zu dulden oder herbeizuführen (Abs. 2). Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als unnötig, im Gesetz die Rechtfertigungsgründe ausführlich zu umschreiben, und verweisen für das Wesentliche auf die anerkannten Lösungen von Lehre und Rechtsprechung. Mit der Wendung "insoweit" wollen sie zum Ausdruck bringen, dass die korrelativen Begriffe "Rechtswidrigkeit" und "Rechtfertigungsgründe" normativ sind und dass ein bestimmter Grund nur dann die Rechtswidrigkeit ausschliessen kann, wenn das diesbezügliche Verhalten eine gewisse Grenze nicht überschreitet. So kann sich die belangte Person nur dann auf Notwehr berufen, wenn die Notwehrhandlung nicht übermässig war, und sie kann nur dann die Einwilligung des Opfers geltend machen, wenn die Einwilligung nicht unsittlich oder widerrechtlich war. Hinzuzufügen ist noch, dass der Vorentwurf den "Notstand", der heute in Artikel 52 OR geregelt ist, nicht mehr unter den Rechtfertigungsgründen erwähnt. Da der Notstand eine Haftung wegen rechtmässiger Tätigkeit begründen kann, wird er inskünftig Gegenstand einer Sonderbestimmung bilden. Dies gilt auch für die Fälle der Schädigung bei einer rechtmässigen Ausübung des Eigentumsrechts[494].

Nach Artikel 46*a* Absatz 1 VE ist eine Schädigung insoweit nicht rechtswidrig, als sie durch das öffentliche Recht geboten ist. Diese Bestimmung muss im Zusammenhang mit Artikel 28 Absatz 2 ZGB und Artikel 32 StGB betrachtet werden. Sie bezieht sich im wesentlichen auf Handlungen, die mit der Erfüllung einer Amtspflicht zusammenhängen, wie beispielsweise die Verhaftung oder die Gefangenhaltung eines Verbrechers, die Pfändung oder die Arrestierung einer Sache, die Hausdurchsuchungen oder die Rückweisung einer unerwünschten Person an die Grenze[495]. Nach Artikel 46*a* Absatz 2 VE ist eine Schädigung auch insofern nicht rechtswidrig, als die geschädigte Person in sie eingewilligt hat; dies gilt unter der stillschweigenden Voraussetzung, dass die

---

491 BGE 95 II 491 ff.

492 BGE 101 II 196 ff.

493 Art. 13 Abs. 2 DSG vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

494 Vgl. Art. 59 und 59*a* VE und hinten 3.2.

495 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 227; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 61 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73; BGE 47 II 179 ff., 111 IV 115 ff.

Einwilligung gültig ist[496]. Schliesslich ist eine Schädigung insofern nicht rechtswidrig, als die schädigende Person in Notwehr[497] gehandelt hat oder als sie eigene Rechte schützen wollte und nach den gegebenen Umständen eine rechtzeitige Intervention der Behörden nicht erlangt werden konnte. Der letzte Grund stellt einen sogenannten "Akt der Selbstjustiz"[498] dar, der vom geltenden Artikel 52 Absatz 3 OR "Selbsthilfe" genannt wird[499]; dieser Ausdruck ist allerdings zu eng, was die vorgeschlagene redaktionelle Änderung rechtfertigt.

2.3.4 Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47a VE)

2.3.4.1 Einleitung

Nach der in Artikel 41 Absatz 1 VE verankerten Grundnorm der Zurechnung kann das Opfer einer Schädigung nur soweit Schadenersatz von einer Drittperson verlangen, als die Schädigung nach dem Gesetz dieser Person zugerechnet werden kann[500]. Zudem muss das Opfer einen Ursachenzusammenhang zwischen dem Anknüpfungssachverhalt (menschliches Verhalten, Gefahr), der die Ersatzpflicht begründet, und dem Schaden nachweisen. Dies entspricht einem Postulat der Vernunft und der Gerechtigkeit[501]. In diesem Sinne stellt der Ursachenzusammenhang eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar.

In diesem Zusammenhang ist der fragliche Anknüpfungssachverhalt ein Umstand, ohne welchen der Schaden nicht entstanden wäre. A priori erscheint er als condicio sine qua non des Schadens, selbst wenn er sich in eine Vielzahl anderer - früherer, gleichzeitiger oder späterer - Sachverhalte einreiht, die bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben und Glieder der Kausalitätskette sind. Man spricht vom "natürlichen Kausalzusammenhang". Die sture Anwendung dieses Kriteriums würde aber insofern zu unannehmbaren Ergebnissen führen, als sie ermöglichen würde, dass die belangte Person alle - selbst die entferntesten oder gar die völlig ausserordentlichen - Folgen des ihr zugerechneten Sachverhalts tragen müsste. So könnte beispielsweise der Fussgänger als haftpflichtig erklärt werden, der irrtümlicherweise einem Wanderer empfiehlt, einen bestimmten Weg zu begehen, wenn der Wanderer bald darauf von

---

496 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 238 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 f. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73. In bestimmten Fällen, insbeondere bei chirurgischen Interventionen, ist die Einwilligung nur gültig, wenn sie eine "aufgeklärte" ist; vgl. BGE 108 II 61 ff., 113 Ib 424 ff. Über die Risikoakzeptanz als Anwendungsfall der Opfereinwilligung vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 250 ff. und die dortigen Hinweise.

497 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 259 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 74 f.; BGE 44 II 150 f. Vgl. auch Art. 926 ZGB, 33 StGB.

498 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 495 ff.

499 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 275 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 58 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75; BGE 70 II 135.

500 Vgl. oben, 2.1.1.

501 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), p. 70; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 2; Deschenaux H., Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du TF, Basel 1975, S. 399.

einem Auto überfahren wird[502]. Aus dieser Überlegung wurde die Theorie des "adäquaten" Kausalzusammenhangs entwickelt, die das Kriterium des natürlichen Kausalzusammenhangs abschwächt und daher bezweckt, der Haftpflicht eine vernünftige Schranke zu setzen. Diese Theorie setzt eine Wahrscheinlichkeitsbeurteilung voraus; danach wird ein Sachverhalt, der in einem Kausalzusammenhang mit dem Schaden steht, nur dann als rechtlich massgebend betrachtet, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des tatsächlich eingetretenen herbeizuführen.

Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs wurde am Ende des letzten Jahrhunderts vom deutschen Psychologen von Kries entwickelt[503]. Sie wurde in Deutschland und danach in der Schweiz anerkannt, und das Bundesgericht wendet sie seit Jahrzehnten an, und zwar sowohl im Haftpflichtrecht[504] als auch in anderen Rechtsgebieten wie im Strafrecht[505] und im Sozialversicherungsrecht[506]. Im Allgemeinen stimmt die Lehre dieser Theorie zu; die Kritiken beziehen sich vor allem auf ihre rechtliche Bedeutung und auf gewisse Anwendungskriterien[507]

2.3.4.2 Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs

Die Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs erfolgt in zwei aufeinanderfolgenden Phasen:

- In einem ersten Schritt prüft das Gericht, ob der Sachverhalt, welcher der belangten Person zugerechnet wird, an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden zu verursachen. Hier wird der Kausalzusammenhang an und für sich überprüft, und die Frage ist eine positive.
- In einem zweiten Schritt klärt das Gericht ab, ob der Kausalzusammenhang zwischen dem betreffenden Sachverhalt und dem Schaden nicht durch einen anderen - den sog. "unterbrechenden" - Sachverhalt in den Hintergrund gerückt wird, der für den Schadenseintritt eine überwiegende Rolle gespielt hat. Hier wird der Kausalzusammenhang im Vergleich zu anderen Gliedern der Kausalitätskette überprüft, und die Frage ist eine negative.

Der Kausalzusammenhang wird zunächst an und für sich geprüft. Diese Beurteilung setzt die Feststellung voraus, dass der fragliche Sachverhalt logisch und wissenschaftlich auf die belangte Person zurückgeführt werden kann, das heisst, dass er eine der notwendigen oder "natürlichen" Ursachen des Schadens - oder gar die Ursache - ist. Der betreffende Sachverhalt kann auch in einer Unterlassung bestehen, wie beim Fahrer, der die Handbremse seines auf

---

502 Die Beispiele stammen aus Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 131 zu Art. 41 OR.

503 Vgl. Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 400; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

504 Vgl. insbesondere BGE 87 II 120 ff., 101 II 73 ff., 102 II 237 ff., 103 II 244 ff.

505 Vgl. beispielsweise BGE 103 IV 291.

506 Vgl. beispielsweise BGE 112 V 33.

507 Vgl. hinten, 2.3.4.3.

einer steilen Strasse parkierten Autos nicht zieht. Voraussetzung ist, dass eine Bestimmung der Rechtsordnung zum Handeln verpflichtet. Diesfalls vergleicht das Gericht das tatsächliche Ergebnis mit dem hypothetischen Ergebnis, welches aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre, wenn die belangte Person entsprechend dem Gesetz gehandelt hätte[508]. Zu diesem Zweck - und bereits in dieser Phase - kann das Gericht auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellen[509]. Dies zeigt, dass sich die Frage nach der sogenannten natürlichen Kausalität auch in normativer Hinsicht stellt und dass sie daher mit derjenigen nach der Zurechnung der Haftung verbunden ist. Zu betonen ist, dass der natürliche Kausalzusammenhang nicht aufhört, wenn nach dem betreffenden Sachverhalt neue Ereignisse eintreten (überschiessende Kausalität) oder wahrscheinlich eingetreten wären (hypothetische überschiessende Kausalität), die denselben Schaden hätten bewirken können. Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität sind diese Ereignisse grundsätzlich ohne Bedeutung. Bei der Berechnung des Schadens müssen sie hingegen berücksichtigt werden können[510].

Wird die (Tat)frage nach dem natürlichen Kausalzusammenhang bejaht, so stellt sich das Gericht die (Rechts)frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang[511]. Diese Frage lautet, ob der auf die belangte Person zurückzuführende Sachverhalt ihr auch rechtlich zugerechnet werden und so ihre Schadenersatzpflicht begründen kann. Nach dem Bundesgericht ist der Kausalzusammenhang ein adäquater, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung der fragliche Sachverhalt geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch den fraglichen Sachverhalt allgemein als begünstigt erscheint[512]. Mit anderen Worten muss man sich bei einer Kette konkreter Sachverhalte fragen, ob es wahrscheinlich war, dass der fragliche Sachverhalt den eingetretenen Erfolg bewirken würde. Nach der Rechtsprechung ist nicht die subjektive, sondern die objektive Voraussehbarkeit des Erfolgs massgebend[513]. Je nach den Umständen ist es nicht ausgeschlossen, dass der adäquate Kausalzusammenhang sich auf Folgen ausdehnt, die ein Laie als ausserordentliche bezeichnen würde, wie beispielsweise auf die Anspruchsneurose eines Opfers von Körperverletzungen[514]. Dies ist oft der Fall beim Eintritt eines Folgeschadens, wenn der massgebende Sachverhalt einen anderen Sachverhalt verur-

---

508 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 108 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 38; BGE 102 II 263.

509 BGE 115 II 447.

510 Deschenaux H., a.a.O., (Anm. 501), S. 405; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 92 f.; vgl. auch BGE 115 II 443 f., der nicht kategorisch zu dieser Frage Stellung nimmt, der aber nicht ausschliesst, dass die hypothetische Kausalität berücksichtigt werden könnte.

511 In einem strafrechtlichen Fall hat das Bundesgericht allerdings seine Kognitionsbefugnis bezüglich der natürlichen Kausalität rechtfertigen können; es erklärte sich für zuständig zur Prüfung der Frage, ob die kantonale Instanz von einem bundesrechtswidrigen Begriff ausgegangen war (BGE 101 IV 152).

512 BGE 103 II 245, 101 II 73 und die dortigen Hinweise.

513 BGE 101 II 73. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 22

514 BGE 96 II 396 ff.

sacht hat, der seinerseits den Schaden bewirkt hat; man spricht in diesen Fällen von mittelbarer Kausalität[515].

In einer zweiten Phase wird der - von vornherein als adäquat betrachtete - Kausalzusammenhang aufgrund eines Vergleichs mit anderen Sachverhalten überprüft, beim Schadeneintritt eine Rolle spielen konnten. Das Gericht wird dabei prüfen, ob eine Ursache vorliegt, für welche die belangte Person nicht haftet und die den ersten Sachverhalt als so entfernt vom Schaden erscheinen lässt, dass es ungerechtfertigt wäre, daraus rechtliche Folgen abzuleiten[516]. Trifft dies zu, wird der Kausalzusammenhang nachträglich in dem Ausmass als "nicht adäquat" erachtet, als der Sachverhalt an sich nicht mehr als geeignet betrachtet wird, einen Erfolg wie den eingetretenen zu bewirken; man sagt, dass der Kausalzusammenhang "unterbrochen" ist. Dies trifft je nach den Umständen bei höherer Gewalt und bei schwerem Verschulden des Opfers oder einer Drittperson zu[517].Der "unterbrechende Sachverhalt" muss aber eine gewisse Intensität aufweisen[518]. Diese wird von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des konkreten Haftungsgrundes bemessen. Dabei zu berücksichtigen sind insbesondere das typische Risiko, das der belangten Person zugerechnet werden kann, und die Vorsichtsmassnahmen, die von ihr erwartet werden konnten. So darf die Bedeutung des Blitzes für den Kausalzusammenhang nicht dieselbe sein, wenn er einen Baum trifft oder wenn er in ein Elektrizitätswerk einschlägt[519].

2.3.4.3 Konzept des Vorentwurfs

Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs wird von der schweizerischen Lehre allgemein anerkannt, häufig allerdings mit Vorbehalten. Sie ist Gegenstand von kritischen Stellungnahmen, die nicht so sehr die Funktion des Instituts, insbesondere seine praktische Nützlichkeit, sondern vor allem seine rechtliche Bedeutung und gewisse seiner Anwendungskriterien betreffen.

Zum einen wird eingewendet, dass in der Logik wie in den Naturwissenschaften eine Ursache gegeben oder eben nicht gegeben sei. Der Begriff der Kausalität sei somit ein "absoluter", der keine Abstufungen kenne. Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs sei in Wirklichkeit eine Theorie der Wahrscheinlichkeit, die von Fall zu Fall normativ angewandt werde. Zu diesem Zweck nehme das Gericht eine Wertung vor und bestimme die Folgen, die dem fraglichen Sachverhalt richtigerweise noch zugerechnet werden könnten[520]. Je nach den Umständen werde es der geschädigten Person eine Entschädigung zusprechen, die den erlittenen Schaden ersetzt, oder es werde die Entschädigung herabsetzen oder gar keine zusprechen. In diesem Sinne sei der adäquate Kausalzusammenhang ein relativer Begriff, der unterschiedliche Inten-

---

515 BGE 33 II 570 ff., 43 II 243 f.

516 BGE 112 II 442.

517 Für Beispiele vgl. BGE 49 II 262 f., 95 II 185 ff., 95 II 350 f.

518 BGE 116 II 524 f. und die dortigen Hinweise.

519 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 62.

520 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 76; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 408 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 61; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

sitätsstufen kenne und dazu tendiere, die Haftpflicht in vernünftigen Schranken zu halten. Diese Schranken seien mit dem fraglichen Zurechnungsgrund verbunden. Diese Feststellung führt einige Autoren dazu, für die Anwendung eines Kriteriums einzutreten, das sich unabhängig von der natürlichen Kausalität allein auf die angewandte Bestimmung stützen würde[521].

Auch wird geltend gemacht, dass das Kriterium der objektiven Voraussehbarkeit des Erfolgs - das darin besteht, sich zu fragen, ob der festgestellte Erfolg objektiv als Folge einer bestimmten Ursache betrachtet werden konnte - diskutabel sei. Bei der Verschuldenshaftung führe dieses Kriterium zu einer Verschmelzung von Verschulden und Kausalität, und zwar in dem Sinne, dass der belangten Person nur die Folgen zugerechnet werden könnten, die sie habe voraussehen können. Mit anderen Worten könne die Haftung nicht über die subjektive Voraussehbarkeit hinausgehen, was bedeute, dass das Verschulden die Tragweite der Haftung bestimme. Im Übrigen sei der Kausalzusammenhang immer dann adäquat, wenn die schädigende Person absichtlich gehandelt habe. Wie Deschenaux[522] bemerkt, ist die Prognose nicht mehr objektiv und retrospektiv, sondern subjektiv und muss "ex ante" erfolgen. Bei den Kausalhaftungen kann man in Bezug auf gewisse Aspekte im Sinne einer objektiven Voraussehbarkeit des Erfolgs argumentieren, und zwar nicht abstrakt, sondern nur bezüglich des fraglichen Anknüpfungssachverhalts[523]. In Tat und Wahrheit stellt sich in diesen Fällen eine einzige Frage: Ob der Schaden als eine Konkretisierung des Risikos erscheint, das der belangten Person zugerechnet werden kann, wie sich dies im Streit zwischen den Gemüseproduzenten und dem Bund nach dem Vorfall von 1986 im Atomkraftwerk von Tschernobyl zeigte[524].

Die Verfasser des Vorentwurfs legen Wert darauf, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts die Voraussetzung eines rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhangs zwischen dem Sachverhalt, der der belangten Person zuzurechnen ist, und dem Schaden enthält. Diese Voraussetzung ist in Artikel 47 VE verankert, und zwar als Grundsatz, dem eine dreifache Bedeutung zukommt. Erstens erinnert Artikel 47 VE daran, dass die Kausalität eine allgemeine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist, und dies unabhängig von der Haftungsart[525]. Zweitens stellt die Bestimmung klar, dass die Kausalität ein rechtlicher Begriff ist, dessen Bedeutung nicht derjenigen der Logik und der Naturwissenschaften entspricht. Drittens gibt diese Bestimmung eine Grundlage für die ausdrückliche Regelung von Artikel 47*a* VE. Diese erlaubt es, die belangte Person zu entlasten, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zuzurechnen ist, in

---

521 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 414 ff.; Lanz W., Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. iur. St. Gallen 1974, S. 94 ff., insbesondere 169 ff.

522 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 423, 407. Vgl. auch Schwartz P., Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, S. 10 ff. Bezüglich der Verwischung der Unterschiede zwischen Verschulden und Kausalzusammenhang vgl. insbesondere BGE 66 II 120.

523 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 424.

524 BGE 116 II 487: Das blosse Wissen um das Bestehen einer radioaktiven Verseuchung ist geeignet, die Bevölkerung zu verunsichern und sie zu einem massiven Verzicht auf den Konsum bestimmter landwirtschaftlicher Produkte zu veranlassen, so dass der Rückgang des Verkaufs dieser Produkte eine adäquate Folge der Verseuchung darstellt.

525 Vgl. vorne 2.3.1.

offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Daraus folgt, dass die Überprüfung der Kausalität - wie diejenige der Rechtswidrigkeit[526] - nach einem zweiphasigen Vorgehen zu erfolgen hat, wie dies die Systematik des Gesetzes ausdrückt.

Wie bereits erwähnt, legt Artikel 47 VE die Voraussetzung eines rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhangs zwischen dem der belangten Person zugerechneten Verhalten und dem Schaden fest. Einem Vorschlag der Studienkommission[527] folgend verzichten die Verfasser des Vorentwurfs darauf, die Kausalität im Gesetz positiv zu definieren. Sie befürchteten, dass eine solche Definition das Gericht bei einer Frage, die einen breiten Ermessensspielraum verlangt, zu stark binden würde. Die Verfasser sehen kein unfehlbares Kriterium, das es erlauben würde, mit Genauigkeit festzustellen, wann bestimmte Auswirkungen mit der Ursache in einem solchen Verhältnis stehen, dass daraus eine Schadenersatzpflicht abgeleitet werden kann[528]. Auf diesem Gebiet ziehen sie es vor, wenn sich das Gesetzbuch darauf beschränkt, dem Gericht eine einfache, notwendigerweise flexible Anweisung zu geben, wonach die Kausalität ein Rechtsbegriff ist. Diese Anweisung bedeutet, dass der blosse Ursachenzusammenhang zwischen dem der belangten Person zuzurechnenden Verhalten und dem Schaden nicht genügt, um das Bestehen eines rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhangs zu bejahen. Die Überprüfung dieser Voraussetzung muss vielmehr normativ erfolgen. Es wird darum gehen, für jeden Einzelfall die Tragweite der anwendbaren Bestimmung abzuklären, um zu entscheiden, ob diese den eingetretenen Schaden noch abdeckt. Dies bedeutet, dass der rechtlich bedeutsame Kausalzusammenhang mit dem Haftungsgrund, also mit der Zurechnung verknüpft ist.

Diesbezüglich weist die Kausalität eine deutliche Analogie mit der Rechtswidrigkeit auf[529]. Beide Begriffe bezwecken nämlich, der Haftpflicht Grenzen zu setzen, und beide haben normative Bedeutung. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit fragt sich das Gericht, ob das verletzte Recht zu den Gütern gehört, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt. Dieses Kriterium erlaubt insbesondere den Entscheid darüber, ob der Reflexschaden (also der Schaden, der von einer Drittperson indirekt erlitten wird, die mit dem Opfer der Verletzung in einer Beziehung stand) zu ersetzen ist. Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität prüft das Gericht, ob in Anbetracht der Norm und des festgestellten Erfolgs das der belangten Person zuzurechnende Verhalten ihr auch rechtlich zuzurechnen ist. Das Kriterium ist insbesondere nützlich beim Entscheid, ob der Folgeschaden (also der Schaden, der vom Opfer indirekt wegen eines Sachverhalts erlitten wird, der ohne die vorangegangene Verletzung nicht eingetreten wäre) zu ersetzen ist[530]. Das Gericht fragt in jedem Fall - aber unter einem verschiedenen Gesichtspunkt - nach dem Verhältnis, das zwischen der

---

526 Vgl. vorne 2.3.3.2

527 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 47.

528 Zu dieser Feststellung kommt das Bundesgericht bei der Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs (BGE 66 II 174).

529 Vgl. vorne 2.3.3.

530 Vgl. Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 48 f. ; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 103 ff.

Norm, die die Schadenersatzpflicht begründet, und dem Schaden besteht. In diesem Sinne sind die Kausalität und die Rechtswidrigkeit konnexe und komplementäre Begriffe.

2.3.4.4 Grundsatz (Art. 47 VE)

Nach Artikel 47 VE ist eine Person nur soweit ersatzpflichtig, als der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht. Die Ersatzpflicht hängt somit vom Bestehen eines qualifizierten Kausalzusammenhangs ab. In dieser Phase wird die Kausalität an sich geprüft. In einem ersten Schritt bestimmt das Gericht - nach demselben Gedankengang wie bei der Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs[531] -, ob der Sachverhalt eine notwendige ("natürliche") Ursache des Schadens ist, also ob er logisch der belangten Person zugerechnet werden kann. In einem zweiten Schritt prüft es, ob der betreffende Sachverhalt rechtlich der belangten Person zugerechnet werden kann, also ob der Schaden in einem genügenden rechtlichen Verhältnis mit der anzuwendenden Bestimmung steht. In diesem Sinne erfolgt die Zurechnung des festgestellten Erfolgs zur betreffenden Ursache unter dem Gesichtspunkt des Haftungsgrunds. Das Gericht muss hier ein Werturteil fällen[532].

In terminologischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass das - bereits in Artikel 41 Absatz 1 VE verwendete - Bindewort "soweit" den normativen Charakter der Kausalität und ihre möglichen Abstufungen widerspiegelt. Das mit der Zurechnung verbundene Wort "Sachverhalt" bezeichnet die Handlung aber auch die Unterlassung, die in rechtlicher Hinsicht ebensogut die Ursache eines Schadens sein kann[533]. Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf die Verwendung des Adjektivs "adäquat", mit dem die heute massgebende Theorie die Kausalität bezeichnet. Zum einen handelt es sich dabei um einen Terminus der Lehre, der in einem Gesetzestext keinen Platz hat. Zum zweiten - und vor allem - ist es nicht angebracht, dass das Gesetz das Gericht fest an eine Theorie bindet, die ein Gebiet betrifft, wo das Gericht über einen weiten Ermessensspielraum verfügt. Hinzu kommt, dass die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs zur Zeit Gegenstand von kritischen Stellungnahmen ist[534]. Weiter bezieht sich die Anwendungsformel, die sich aus der Rechtsprechung ergibt, auf so vage Beurteilungskriterien, dass sie praktisch allen möglichen Antworten die Türe öffnet und mit dem Risiko inkonsequenter Lösungen verbunden ist[535]. Allerdings gehört diese Theorie zur schweizerischen Rechtstradition und nach allgemein anerkannter Meinung hat sie bisher gute Dienste geleistet[536]. Nichts wird die Gerichte daran hindern, auch inskünftig den Kriterien zu

---

531 Vgl. vorne 2.3.4.2.

532 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 162 zu Art. 41 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 484; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

533 Vgl. vorne 2.3.4.2.

534 Vgl. vorne 2.3.4.3.

535 Lanz W., a.a.O. (Anm. 521), S. 37; Giovannoni P., La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle, ZBJV 1962, S. 261.

536 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 77; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 163 zu Art. 41 OR; Deschenaux H., a.a.O., (Anm. 501), S. 402, 422; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 535), S. 280.

folgen, die aus dieser Theorie entwickelt wurden, sofern sie sich immer der Tatsache bewusst sind, dass die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs in Wirklichkeit eine Theorie der Haftung ist.

Wie bereits erwähnt, setzt nach Artikel 47 VE die Ersatzpflicht einen rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang voraus, und zwar zwischen dem der haftpflichtigen Person zuzurechnenden Sachverhalt und dem Schaden. Wie dies in Artikel 56*d* Absatz 1 VE präzisiert wird, muss dieser Zusammenhang grundsätzlich von der Person bewiesen werden, die Schadenersatz verlangt. Die heutige Rechtsprechung in diesem Bereich hat bereits einige Erleichterungen eingeführt. Die Verfasser des Vorentwurfs wollen im Gesetz eine Regelung verankern, die dem Gericht ermöglicht, sich unter bestimmten Umständen mit einer überzeugender Wahrscheinlichkeit zu begnügen und die Ersatzleistung dementsprechend zu bemessen (Art. 56*d* Absatz 2 VE). Diese Regelung dürfte vor allem bei der Beurteilung der Haftung im Falle der hypothetischen Kausalität, insbesondere der alternativen Kausalität, vom Nutzen sein[537].

2.3.4.5 Entlastung (Art. 47a VE)

Nach Artikel 47*a* VE ist eine Person von jeglicher Haftpflicht entlastet, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zugerechnet werden kann, in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat; es handelt sich namentlich um die höhere Gewalt und um ein Verhalten oder eine Gefahr, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen sind. Die Bestimmung regelt die Entlastung von der Haftpflicht für den Fall, dass die Kausalität, die prima vista bejaht wurde, doch verneint werden muss, weil der fragliche Sachverhalt infolge eines externen Elements so in den Hintergrund gerückt wird, dass es ungerechtfertigt wäre, aus ihm rechtliche Folgen zu ziehen. Bildlich ausgedrückt könnte man sagen, dass die Entlastungsgründe den Kausalzusammenhang "unterbrechen", wie dies heute üblich ist[538].

In diesem Stadium wird die Kausalität nicht mehr an sich, sondern im Vergleich zu anderen Elementen geprüft, die beim Schadenseintritt eine Rolle gespielt haben. Dies beweist einmal mehr, dass der Begriff ein relativer ist, und zwar insofern, als er unterschiedliche Intensitätsstufen kennt. Je nach den Umständen kann derselbe Sachverhalt, für den die belangte Person nicht einzustehen hat, zu einer teilweisen Entlastung (im Sinne einer Herabsetzung der dem Opfer geschuldeten Entschädigung) oder zu einer totalen Entlastung führen[539]. Dies trifft zu, wenn der Sachverhalt als Zufall oder höhere Gewalt qualifiziert wird oder wenn er als leichte Fahrlässigkeit oder schweres Verschulden einer Dritt- oder der geschädigten Person gilt. Festzustellen ist, dass die Entlastung stark vom Ermessen abhängt. In einem gewissen Sinne setzt sie eine "adäquate Verteilung der Risiken" voraus.

---

537 Vgl. hinten 2.9.4.3.

538 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 109, N 151; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 132 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 132 zu Art. 41 OR.

539 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 48; vgl. auch Art. 52 VE und hinten 2.5.2.

Damit sich die belangte Person entlasten kann, muss sie nachweisen, dass ein externer Sachverhalt in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Dies bedeutet, dass der fragliche Sachverhalt eine gewisse Intensität aufweisen muss. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist anhand des Haftungsgrunds zu entscheiden. Besteht beispielsweise der Anknüpfungssachverhalt in einer besonders schwerwiegenden Gefahr, so muss das externe Element einen besonders starken Einfluss gehabt haben, um einen Entlastungsgrund darzustellen. Dies wird übrigens von einigen Sonderbestimmungen des geltenden Rechts ausgedrückt. So sieht Artikel 59 Absatz 1 SVG vor, dass nur ein schweres Verschulden einer Drittperson oder der geschädigten Person den Halter eines Fahrzeugs entlastet. Weiter geht Artikel 5 KHG, indem er die höhere Gewalt und (über den Weg der Kanalisierung der Haftung) das schwere Verschulden einer Drittperson als Entlastungsgründe ausschliesst, die den Inhaber einer Kernanlage von jeglicher Ersatzpflicht befreien könnten. Diese Bestimmungen zeigen, dass die Entlastungsgründe in dem Sinne relativ sind, dass ihre Einschätzung nach der anzuwendenden Norm, aber auch nach der betreffenden Haftungsart erfolgt. Was die Kausalhaftungen betrifft, stellt das Gericht in einer ersten Phase das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem objektiven Anknüpfungssachverhalt und dem Schaden fest, und es prüft in einer zweiten Phase, ob ein Entlastungsgrund vorliegt. Was die Verschuldenshaftung betrifft, werden die Entlastungsgründe in der Regel bereits bei der Prüfung der Verschuldensfrage berücksichtigt[540]. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob bei den Kausalhaftungen das zusätzliche Verschulden der ersatzpflichtigen Person (oder einer ihrer Hilfspersonen) von vornherein die Entlastung ausschliesst. Die Verfasser des Vorentwurfs verneinen die Existenzberechtigung und die Zweckmässigkeit einer solchen Ausnahme, die in Artikel 59 Absatz 1 SVG vorgesehen ist: Zum einen ist eine entsprechende Regelung insofern unnötig, als der fragliche Sachverhalt aufgrund der Rechtsnatur der Kausalität und wegen des Verschuldens der belangten Person in aller Regel nicht in den Hintergrund gerückt wird. Zum zweiten wäre es nicht immer billig, wenn ein leichtes Verschulden der ersatzpflichtigen Person ihre Entlastung auch dann ausschliessen würde, wenn das Verschulden der geschädigten oder einer Drittperson besonders schwer ist. Es kommt hinzu, dass die Umkehrung der Beweislast, wie sie in Artikel 59 Absatz 1 SVG vorgesehen ist, zumindest fraglich ist[541].

Im geltenden Recht sagt das OR - unter Vorbehalt von Artikel 44 Absatz 1, der die Sachverhalte aufzählt, für die die geschädigte Person einstehen muss - nichts über die Entlastungsgründe. Ein guter Teil der Spezialgesetze, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, erwähnen einige Entlastungsgründe, und zwar mit uneinheitlichen Formulierungen[542]. Mangels abweichender Bestimmung[543]wird heute angenommen, dass die höhere Gewalt und das Verschulden der geschädigten oder einer Drittperson die wichtigsten Elemente darstel-

---

[540] Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 48.

[541] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 443 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N1.3 zu Art. 59 SVG.

[542] Vgl. beispielsweise Art. 1 Abs. 1 EHG, Art. 27 EleG, Art. 59 Abs. 1 SVG, Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 5 KHG.

[543] Vgl. beispielsweise Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 5 KHG.

len, die als Entlastungsgründe zu berücksichtigen sind. Ihnen wird allgemeine Tragweite zuerkannt[544].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Meinung, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts eine beispielhafte Aufzählung der Gründe enthalten soll, die ihrer Natur nach geeignet sind, die belangte Person zu entlasten. Zu diesem Zweck erwähnt Artikel 47*a* VE an erster Stelle die höhere Gewalt, die nichts anderes als ein qualifizierter Zufall ist[545]. Normalerweise wird der einfache Zufall als Grund zur Herabsetzung der Entschädigung betrachtet[546]. Man kann allerdings nicht von vornherein ausschliessen, dass er beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände zur totalen Befreiung der beklagten Partei führen kann. Dies würde zutreffen, wenn diese aus Verschulden haftet und ihr letztlich nur eine sehr leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Artikel 47*a* VE erwähnt auch das einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnende Verhalten. Selbstverständlich ist hier vor allem das Verschulden erfasst, und diesbezüglich kann auf die bei der Anwendung des geltenden Rechts massgebenden Grundsätze abgestellt werden[547]. In Bezug auf das Verschulden einer Drittperson ist hervorzuheben - diese Ausführungen gelten insbesondere für die Gefährdungshaftungen -, dass die Rechtsprechung zu Recht streng war, wenn sich die beklagte Person auf diesen Entlastungsgrund berief, und sie nur dann befreite, wenn dieses Verschulden eine bestimmte Schwere erreicht hatte; andernfalls wäre der Inhalt der Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz teilweise ausgehöhlt worden[548]. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die Hilfsperson des Belangten keine Drittperson im Sinne dieser Bestimmung ist; das schwere Verschulden der Hilfsperson kann somit die belangte Person nicht entlasten. Hingegen kann der geschädigten Person das schwere Verschulden ihrer Hilfsperson entgegengehalten werden[549]. Unter den Sachverhalten, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen sind, kann noch das schuldlose Verhalten, wie dasjenige einer urteilsunfähigen Person, erwähnt werden. Je nach Intensität kann ein solches Verhalten in einer ebenso überwiegenden Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen haben wie das subjektive Verschulden, ob es die Ersatzpflicht der betreffenden Person begründet oder nicht. Dies Frage ist heute umstritten[550]. Derzeit neigt das Bundesgericht nicht dazu,

---

544 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 62; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 132 ff. zu Art. 41 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 141.

545 Zum Begriff vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 142 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51) , S. 62 f. und die dort angegebene Rechtsprechung.

546 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 141 zu Art. 41 OR, N 52 zu Art. 43 OR.

547 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 134 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 63 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 151 ff. und die dort angegebene Rechtsprechung.

548 BGE 89 II 122 f., 96 II 359. Vgl. auch Art. 53*b* VE und hinten 2.6.4.3.

549 BGE 99 II 200 f.

550 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.2, S. 50 und V/3.2.3, S. 58 f.; vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 99 ff.

in einem solchen Verhalten einen Entlastungsgrund zu sehen[551]. Dasselbe gilt für die konstitutionelle Prädisposition des Opfers[552].

Schliesslich erwähnt Artikel 47*a* VE die Gefahr, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen ist. Gemeint ist eine charakteristische, vom Verschulden unabhängige Gefahr, wie sie in der allgemeinen Klausel der Gefährdungshaftung oder in Spezialgesetzen vorgesehen ist (Art. 50 VE). Es ist angebracht, diesen möglichen Entlastungsgrund besonders hervorzuheben, der in den geltenden Gesetzestexten nicht deutlich erscheint oder im allgemeinen Begriff der Umstände verschwindet[553]. Wie Rusconi[554] zu Recht bemerkt hat, wird ein Sachverhalt, der die Haftung der geschädigten Person begründen würde, wenn diese eine Drittperson geschädigt hätte, zu einem Element, das eine Herabsetzung des Ersatzes für den Schaden bewirkt, den die geschädigte Person selbst erlitten hat. Weist dieses Element eine genügende Intensität auf, so muss es logischerweise als Entlastungsgrund berücksichtigt werden können. Gewiss werden diese Fälle nicht häufig sein; sie sind aber denkbar und können daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Man denke beispielsweise an den Fall eines Kindes oder eines Tieres, das unglücklicherweise in einen Sprengstofflager eindringt und eine Explosion verursacht, die das Lager und die umliegenden Gebäude zerstört. Selbst wenn den Inhaber der Sprengstoffe kein Verschulden trifft, könnte es billig sein, das Haupt der Familie des Kindes oder den Halter des Tieres zu entlasten.

2.4 Haftungsgründe (Art. 48 - 51a VE)

2.4.1 Vorbemerkungen

Die Artikel 48 - 51*a* VE regeln die Haftungsgründe, d.h. die allgemeinen Zurechnungsgründe, die es rechtfertigen, die Last des Ersatzes des Schadens, den das Opfer erlitten hat, einer Drittperson aufzuerlegen. Diese Bestimmungen begründen in Form von Generalklauseln drei Haftungskategorien: die Verschuldenshaftung (Art. 48 VE), die Hilfspersonenhaftung in zwei Varianten (Art. 49 und 49*a* VE) und die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE). Jeder dieser Tatbestände setzt voraus, dass der Schaden widerrechtlich verursacht wurde, wie es Artikel 1 Absatz 2 VE ausdrücklich sagt. Mit anderen Worten müssen die drei allgemeinen Voraussetzungen der Haftung immer gegeben sein: der Schaden (Art. 45 - 45*f* VE), die Widerrechtlichkeit (Art. 46/46*a* VE) und der Kausalzusammenhang (Art. 47/47*a* VE).

Unter dem systematischen Gesichtspunkt unterscheidet das geltende Recht die Verschuldenshaftung, die der Generalklausel von Artikel 41 Absatz 1 OR untersteht, und die Kausalhaftungen, die in Spezialbestimmungen des OR, ZGB oder anderer Bundesgesetze vorgesehen sind. Diese Haftungen weisen inso-

---

551 BGE 102 II 239, 102 II 367.

552 BGE 113 II 89 ff.

553 Die Frage nach der Berücksichtigung des Elements "Gefahr" stellt sich auch bei der Anwendnug des geltenden Art. 51 Abs. 2 OR, der die interne Verteilung der Solidarschuld regelt; zu diesem Punkt vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 269 ff., insbesondere S. 287 ff.

554 Rusconi B., Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts, in Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zürich 1981, S. 552. Vgl. auch BGE 119 Ib 346 f.

fern ein gemeinsames Merkmal auf, als das subjektiv vorwerfbare Verhalten der beklagten Person (oder des Dritten, für den sie haftet) keine Haftungsvoraussetzung darstellt[555]. Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründe haben den Gesetzgeber veranlasst, diese Haftungsarten einzuführen. Man unterscheidet bei ihnen die einfachen (oder milden oder gewöhnlichen) Kausalhaftungen[556] von den scharfen Kausalhaftungen (oder Gefährdungshaftungen)[557]. Letzten Endes macht das schweizerische Recht eine Dreiteilung. Man hat von einer "Haftungstrilogie" gesprochen[558].

Die Rechtsnatur der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung ist ziemlich klar definiert. Bei der Verschuldenshaftung ist der Anknüpfungssachverhalt das menschliche Verhalten und der Zurechnungsgrund ist das Verschulden im Sinne einer individuellen Nicht-Erfüllung einer Pflicht, die von der Rechtsordnung auferlegt wird. Bei der Gefährdungshaftung ist der Anknüpfungssachverhalt eine besondere Gefahr und der Zurechnungsgrund ist der Ausgleich des Privilegs, eine für andere besonders gefährliche Tätigkeit zu betreiben. Die einfache Kausalhaftung ist eine Zwischenregelung mit uneinheitlichen Tatbeständen. Man kann den Anknüpfungssachverhalt gewissermassen in einer bestimmten Situation finden, wo das Haftungssubjekt eine gewisse Herrschaft über andere Personen oder eine gewisse Gewalt über ein Tier oder eine Sache ausübt, von denen sie Nutzen zieht. Diese Haftungsart knüpft also teilweise an ein menschliches Verhalten an, was sich direkt aus dem Befreiungsbeweis gemäss einigen Bestimmungen ergibt (Art. 333 ZGB, 55 und 56 OR) oder indirekt aus der Voraussetzung der Überschreitung eines Rechts (Art. 679 ZGB), des Werkmangels (Art. 58 OR) oder des Produktefehlers (Art. 1 PrHG)[559]. Als Zurechnungsgrund sieht man bald die Unregelmässigkeit[560], bald die vorausgesetzte Verletzung einer Sorgfaltspflicht an[561].

In Bezug auf die Haftungsgründe folgen die Verfasser des Vorentwurfs im wesentlichen den Vorschlägen der Studienkommission[562]. Die wichtigste Neuerung der Revision besteht hier in der Zulassung zweier neuer Generalklauseln. Beide setzen kein Verschulden voraus. Gesamthaft gesehen besteht ihr Zurechnungsgrund im Ausgleich der Möglichkeit und des Privilegs, eine Tätigkeit auszuüben, sei es wegen der Art und Weise, in der die Tätigkeit ausgeübt wird (Haftung für Hilfspersonen, Art. 49 und 49*a* VE), sei es wegen der Natur der Tätigkeit (Gefährdungshaftung, Art. 50 VE). Die Hilfspersonenhaftung ist eine einfache Kausalhaftung. Ihr Haftungsgrund liegt im allgemeinen in der vorausgesetzten Verletzung einer Sorgfaltspflicht (Art. 49 VE) und im besonderen in

---

555 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 16.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 1, N. 105 ff.

556 Art. 333 und 679 ZGB, 54, 55, 56 und 58 OR, 39 StSG, 1 PrHG.

557 Art. 27 EleG, 1 EHG, 64 LFG, 58 SVG, 33 RLG, 27 SprStG, 3 KHG, 15 JSG, 59*a* USG.

558 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 36; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21.

559 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21 f.

560 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 38.

561 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 43; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.

562 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3, S. 53 ff.

einem Organisationsmangel, wenn die belangte Person eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreibt (Art. 49*a* VE). Die Verfasser des Vorentwurfs haben in diesem Zusammenhang darauf verzichtet, eine Generalklausel der Kausalhaftung für Unregelmässigkeit einzuführen. Dieses Kriterium ist zu ungenau. Es droht, mit der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit verwechselt zu werden und in den Anwendungsbereich der anderen Generalklauseln einzudringen[563]. Aus demselben Grund hat die Studienkommission darauf verzichtet, eine Haftung einzuführen, die an den Besitz einer Sache anknüpft[564].

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Haftungsordnung des Vorentwurfs auf drei allgemeinen und gleichwertigen Pfeilern ruht. Die Verankerung neuer Generalklauseln in diesem Bereich erfüllt zwei wichtigere Anliegen der Revision. Einerseits geht es darum, die Vervielfältigung von Sonderbestimmungen zu vermeiden und die Vereinheitlichung des Systems anzustreben. Anderseits geht es darum, die Rechte der geschädigten Person in Situationen zu verbessern, die heute nicht auf befriedigende Weise geregelt sind.

2.4.2 Verschuldenshaftung (Art. 48 - 48b VE)

2.4.2.1 Grundsatz (Art. 48 VE)

Artikel 48 VE regelt den Grundsatz der Verschuldenshaftung in Form einer Generalklausel. Dieser Grundsatz war schon im römischen und im gemeinen Recht bekannt[565]. Gemäss dem neuzeitlichen Modell von Artikel 1382 des französischen Code civil von 1804 wurde er in Artikel 50 des alten und danach in Artikel 41 Absatz 1 des geltenden Obligationenrechts verankert. Er ist immer anwendbar, wenn eine Person einer anderen vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden zufügt, sofern ihre Haftung nicht gemäss einem besonderen Zurechnungsgrund gegeben ist[566]. Die Schadenersatzpflicht knüpft an ein menschliches Verhalten an und ist im Vorwurf begründet, dass der Täter dem Opfer rechtswidrig Schaden zugefügt hat. Dieser Vorwurf betrifft vor allem den Einzelmenschen (im Sinne eines subjektiven Fehlers seines Willens), er hat aber notwendigerweise auch eine soziale Bedeutung (im Sinne eines Verstosses gegen das Verhalten, welches die Gesellschaft vom Einzelmenschen unter bestimmten Umständen erwartet)[567]. Bei dieser Gelegenheit ist daran zu erinnern, dass das Verschulden ein Werturteil des Gerichts über ein bestimmtes Verhalten darstellt. Es ist also an sich nicht ein Sachverhalt, der bewiesen werden

---

563 Widmer P., La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, AJP 1992, S. 1091.

564 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3, S. 53 ff.

565 Oftinger K., a.a.O. (N 28), S. 14.

566 Zahlreiche Bestimmungen verweisen ausdrücklich oder stillschweigend auf den Grundsatz der Verschuldenshaftung, etwa Art. 29 Abs. 2 und 726 Abs. 3 ZGB, Art. 752 ff. OR oder Art. 9 Abs. 3 UWG; vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 6.

567 Werro F., La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Freiburg 1986, S. 10; vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 15 und 34.

kann. Nur das Verhalten, das dem Täter zuzurechnen ist, kann Gegenstand eines Beweises sein[568].

Das Verschulden ist ein individueller Verstoss gegen eine von der Rechtsordnung auferlegte Pflicht. Die Pflicht kann sich aus einer Vorschrift ergeben, die ausdrücklich ein Verbot oder ein Gebot enthält, z.B. eine Bestimmung über den Strassenverkehr oder das Bauwesen. Sie kann sich auch aus einem allgemeinen Grundsatz des ungeschriebenen Rechts ergeben, wie dem Gefahrensatz. Dieser verpflichtet in einer bestimmten Situation die betreffende Person, die geeigneten Vorsichtsmassnahmen zu treffen, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern[569]. Je nach Fall kann daher die Verletzung derselben Norm objektiv rechtswidrig und subjektiv schuldhaft sein. Die Frage der Rechtswidrigkeit stellt sich im Verhältnis zum Opfer: Man muss sich fragen, ob ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt ist. Die Frage des Verschuldens stellt sich gegenüber dem Täter: Man muss sich fragen, ob die Verletzung ein tadelnswertes Verhalten darstellt.

Die herrschende Lehre sieht heute im Verschulden zwei Elemente, die seine Voraussetzungen darstellen[570]. Beide sind aufgrund der Umstände zu würdigen. Das erste - subjektive - Element ist die Urteilsfähigkeit oder, besser gesagt, die Verschuldensfähigkeit (oder Deliktsfähigkeit). Dabei geht es um die Frage, ob der belangten Person - unter dem Gesichtspunkt des Verstandes und des Charakters - ihr Verhalten zugerechnet werden kann. Beim zweiten - objektiven - Element geht es darum zu entscheiden, ob das betreffende Verhalten von jenem abweicht, das ein umsichtiger Mensch mit durchschnittlichen Fähigkeiten in der gleichen Situation an den Tag gelegt hätte. Dies soll der Fall sein, wenn das schädigende Ergebnis an sich voraussehbar war, unabhängig davon, ob die haftpflichtige Person es vorausgesehen hatte[571]. Daraus ergibt sich eine starke Objektivierung der Fahrlässigkeit. Nicht berücksichtigt werden subjektive Entschuldigungsgründe, die der Täter zu seiner Entlastung geltend machen könnte (wie Müdigkeit, Stress, berufliche oder familiäre Probleme), es sei denn, dass diese Gründe eine Ursache der Urteilsunfähigkeit im Sinne von Artikel 16 ZGB darstellen[572]. Freilich sieht die Rechtsprechung nicht von persönlichen Umständen ab. So stellt das jugendliche Alter - das bei der Frage, ob die Urteilsfähigkeit und das Verschulden überhaupt gegeben sind, eine Rolle spielt - häufig einen Umstand dar, der die Härte des "objektiven Ansatzes" mildert[573].

---

568 Vgl. zu dieser Frage Cuendet J., a.a.O. (Anm. 290), S. 189 ff., vgl. auch vorne 2.2.2.5.

569 Vgl. vorne 2.3.3.3 und die in Anm. 476 zitierten Verweisungen.

570 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 141 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 169 ff. zu Art. 41 OR; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 57 ff.

571 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 148 f. .; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 36 ff.

572 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 146; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 190 zu Art. 41 OR; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 63 ff.; BGE 88 II 452 f.; vgl. auch BGE 69 II 332, 77 II 63, 81 II 389, 111 II 367 f.

573 BGE 90 II 11 f., 102 II 367 f., 111 II 90 f.

Trotz Diskussionen hat die Studienkommission nicht gezögert, den Grundsatz der Verschuldenshaftung nach Artikel 41 Absatz 1 OR vorzuschlagen[574]. Artikel 48 VE folgt weitgehend dieser Bestimmung. In der Formulierung weicht er aber in mehrfacher Hinsicht davon ab. Zunächst entfällt der Hinweis auf die "Widerrechtlichkeit" der Zufügung des Schadens, denn diese stellt eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar[575]. Im französischen Text kann auch der Begriff "imprudence" gestrichen werden, der im Begriff der Fahrlässigkeit enthalten ist[576]. In dieser Hinsicht begnügt sich die vorgeschlagene Bestimmung damit, die Verschuldensarten - Vorsatz und Fahrlässigkeit - anzugeben, ohne deren Abstufungen zu nennen (Absicht, einfacher oder Eventual-Vorsatz, grobe, mittlere oder leichte Fahrlässigkeit). Was den Grundsatz der Haftung betrifft, haben diese Abstufungen kaum eine praktische Bedeutung, da auch eine leichte Fahrlässigkeit die Ersatzpflicht begründet[577]. Der Text nennt ferner ausdrücklich das "Verhalten" als Anknüpfungssachverhalt der betreffenden Haftung. Denn die Verfasser des Vorentwurfs möchten hervorheben, dass die Verschuldenshaftung wesentlich mit einer Handlung (oder einer Unterlassung) der menschlichen Person verknüpft ist, die individuell und konkret beurteilt werden soll. In diesem Sinn wollen sie den Verschuldensbegriff "resubjektivieren". Zu diesem Zweck schlagen sie in Artikel 18 eine neue Bestimmung vor, die die Fahrlässigkeit definiert und die allgemeinen Kriterien für die Bestimmung ihres Masses angibt.

2.4.2.2 Fahrlässigkeit (Art. 48a VE)

Nach der heute vorherrschenden "objektivierten" Auffassung handelt die Person schuldhaft, die nicht das Verhaltensmuster einhält, das man von einem "idealen" Individuum seiner Kategorie zu erwarten berechtigt ist. Dies gilt offensichtlich nur für die Fahrlässigkeit. Gemäss diesem Standpunkt ist es ohne Bedeutung, dass die Person beweist, alles in ihrer Macht Stehende unternommen zu haben, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Die abstrakte Beurteilung des Zurechnungsgrundes geht vor. Im Extremfall beschränkt sich das subjektive Element des Verschuldens auf die Urteilsfähigkeit des Schädigers[578]. Eine solche Auffassung denaturiert die Verschuldenshaftung. Sie bewirkt, dass der Anwendungsbereich in unzulässiger Weise ausgedehnt wird. Zu Recht wurde sie in der Lehre kritisiert. Es wird namentlich geltend gemacht, dass die Objektivierung der Fahrlässigkeit den Gedanken des Vorwurfs beseitigt, der indessen ihr Wesen ausmacht. Wenn der Schädiger keine subjektiven Ent-

---

574 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23.

575 Vgl. vorne 2.1.1, 2.3.1, 2.3.3.

576 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 83.

577 Man muss die Bestimmungen über die Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 Abs. 1 VE) vorbehalten. Über die Arten des Verschuldens vgl. Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 82 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 191 ff. zu Art. 41 OR und die zitierten Verweisungen auf die Rechtsprechung.

578 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 457 f.

schuldigungen mehr vorbringen kann, gilt für ihn gewissermassen eine "Verschuldenshaftung ohne Verschulden"[579].

Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs muss das gegenwärtige Abgleiten der Verschuldenshaftung - das sich nur durch das Bestreben erklären lässt, die Rechte des Opfers zu erweitern - korrigiert werden. Diese Korrektur kann dadurch geschehen, dass der Begriff der Fahrlässigkeit stärker subjektiviert wird. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als ein grosser Teil der Fälle, die in Zukunft nicht durch die Norm über die Verschuldenshaftung erfasst werden, durch die zwei anderen Generalklauseln erfasst werden sollten, die eine Kausalhaftung begründen, einerseits die Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE), anderseits die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[580]. Den genannten Zweck verfolgt Artikel 48*a* VE. Absatz 1 definiert die Fahrlässigkeit als Missachtung der Sorgfalt, die nach den Umständen und nach den persönlichen Verhältnissen des Schädigers geboten ist. Absatz 2 präzisiert, dass die erforderliche Sorgfalt des Schädigers sich nach dessen Alter, Bildung, Kenntnissen sowie Fähigkeiten und Eigenschaften beurteilt.

Artikel 48*a* Absatz 1 VE nimmt Artikel 18 Absatz 3 StGB zum Vorbild. Er drückt aus, dass die Fahrlässigkeit in einem Verstoss gegen die Sorgfalt besteht. Er schreibt vor, dass das Gericht die objektiven Umstände des Eintritts des Schadens (z.B. das Verhalten der Beteiligten, die Natur der Tätigkeit, die Wetterbedingungen, die Örtlichkeiten usw.) aber auch die persönlichen Verhältnisse der belangten Person berücksichtigen muss, um über das Vorliegen - aber auch über die Schwere - der Fahrlässigkeit zu entscheiden. Das Kriterium der persönlichen Verhältnisse zeigt klar, dass der Begriff der Fahrlässigkeit subjektiv ist und konkret zu prüfen ist. Zunächst ist eine objektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger das Verhaltensmuster seiner (sozialen, beruflichen usw.) Kategorie eingehalten hat. Danach ist, wenn nötig, eine subjektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger tatsächlich imstande war, sich so zu verhalten. Je nach Fall kann das Verhalten des Schädigers objektiv verwerflich aber subjektiv so entschuldbar sein, dass es kein Verschulden darstellt. Dies ist der Fall, wenn er eine grosse Müdigkeit geltend macht (dies könnte der Chirurg anführen, der notfallmässig gebeten wird, eine Operation am späten Abend vorzunehmen) oder einen Krankheitszustand, der die Urteilsfähigkeit nicht herabsetzt. Dies ist auch der Fall, wenn die belangte Person in guten Treuen geltend macht, dass sie den - an sich voraussehbaren - schädigenden Erfolg aufgrund ihrer unterdurchschnittlichen intellektuellen oder charakterlichen Fähigkeiten nicht voraussehen konnte[581].

Artikel 18 Absatz 2 konkretisiert Absatz 1, indem er präzisiert, dass die erforderliche Sorgfalt des Schädigers sich nach dessen Alter[582], Bildung, Kenntnis-

---

579 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 84, vgl. auch Yung W., a.a.O. (Anm. 17), S. 422; Widmer P., a.a.O. (Anm. 17), S. 296 f., 320 f.; Fellmann W., Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SJZ 1995, S. 46 f. und 50.

580 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.2, S. 56 f.

581 Nach der objektivierten Auffassung des Verschuldens lehnt ein Teil der Lehre einen solchen Entschuldigungsgrund ab; vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 148 f.; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 66.

582 Dieses Kriterium ist schon in der heutigen Rechtsprechung wesentlich; vgl. BGE 90 II 11 f., 111 II 90 f.

sen sowie nach dessen übrigen Fähigkeiten und Eigenschaften beurteilt. Diese Bestimmung nimmt Artikel 321e Absatz 2 OR zum Vorbild, der bezweckt, die Haftung des Arbeitnehmers zu mildern, indem er individualisierte Elemente der Beurteilung berücksichtigt. Indessen erlaubt sie auch Strenge gegenüber Personen, die als Spezialisten oder Experten erscheinen und von denen man offensichtlich ein höheres Sorgfaltsniveau zu erwarten berechtigt ist als vom Durchschnitt ihrer Berufskategorie.

2.4.2.3 Bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 48b VE)

Im geltenden Recht stellt Artikel 54 Absatz 1 OR eine Billigkeitsregel auf, wonach "der Richter auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen kann". Heute sieht man darin eine Kausalhaftung. Es wird jedoch zugegeben, dass der Fall insofern atypisch ist, als es künstlich erscheint, ihn in die Kategorien der milden oder scharfen Kausalhaftung einzuordnen[583]. Artikel 54 Absatz 1 OR ist eine Ausnahmebestimmung[584]. In der Praxis hat er notwendigerweise nur eine geringe Bedeutung erlangt. Dennoch behält er aufgrund seiner sozialen Funktion eine unbestreitbare Daseinsberechtigung. Artikel 48*b* VE übernimmt den Grundsatz und betont seinen Ausnahmecharakter, wie dies übrigens schon Artikel 58 des alten OR machte.

In systematischer Hinsicht wird die Norm gemäss den Vorschlägen der Studienkommission nicht mehr als ein "autonomer Haftungstatbestand" betrachtet[585]. Wenn der Anknüpfungssachverhalt der Haftung das Verhalten des Schädigers ist, so fällt es schwer, den Zurechnungsgrund zu bestimmen. Die Billigkeit ist für diese Aufgabe ein zu abstrakter Begriff, um so mehr, als das Gericht hier über einen sehr breiten Ermessensspielraum verfügt. Es ist daher vorzuziehen, Artikel 48*b* VE als eine Ausnahme zur Verschuldenshaftung auszugestalten. Diese Ausnahme erlaubt, auf die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit des Schädigers und somit auf den Zurechnungsgrund des (subjektiven) Verschuldens zu verzichten. Dennoch spielt diese Bestimmung nur im Anwendungsbereich der Verschuldenshaftung eine Rolle, und nicht in jenem der Kausalhaftungen[586]. Das Gericht sollte sie nur zurückhaltend anwenden.

Die Anwendung der Bestimmung richtet sich nach den Grundsätzen, die von Lehre und Rechtsprechung zu Artikel 54 Absatz 1 OR entwickelt worden sind. Die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung müssen gegeben sein[587], und ebenso die besonderen Voraussetzungen, d.h. das objektive Element des Ver-

---

583 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 8 f. zu Art. 54 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 136 f. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 4 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 37. In BGE 103 II 335 sprach das Bundesgericht von den "Gefahren, die der Zustand der urteilsunfähigen Person für andere mit sich bringt".

584 Vgl. Art. 18 ZGB.

585 Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), S. 1092. Vgl. auch Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 57.

586 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 137.

587 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 44 ff.

schuldens[588] und die Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit der belangten Person. Unter den Umständen, die es zu berücksichtigen gilt, sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien am wichtigsten, was der vorgeschlagene Text ausdrücklich hervorhebt[589].

Artikel 54 Absatz 2 OR betrifft den Fall, wo der Schädiger vorübergehend urteilsunfähig ist (z.B. infolge von Drogen- oder Alkoholkonsum). Wenn er diesen Zustand durch sein Verschulden (das vermutet wird) herbeigeführt und in diesem Zustand anderen Schaden zugefügt hat, so haftet er dafür. Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung im Sinne des geltenden Artikel 41 Absatz 1 OR, unter Vorbehalt der Umkehr der Beweislast[590]. Das Verschulden bezieht sich auf den Verlust der Urteilsfähigkeit und nicht auf die Schädigung selbst. Es besteht darin, dass jemand - vorsätzlich oder fahrlässig - die Gefahr auf sich nimmt, seine Handlungen nicht mehr unter Kontrolle zu haben. Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission empfehlen die Verfasser des Vorentwurfs, die Sonderregel von Artikel 54 Absatz 2 OR zu streichen. Sie betrachten sie als überflüssig. Sie ist ein Anwendungsfall der "actio libera in causa", die der allgemeinen Bestimmung über die Verschuldenshaftung untersteht[591]. Gewiss wird der Beweis des schuldhaften Verhaltens manchmal der geschädigten Person Probleme stellen[592]. Dieselben Probleme stellen sich, wenn sie ein Verschulden durch Unterlassen beweisen muss. Es ist jedoch auf eine neue Bestimmung des Vorentwurfs hinzuweisen, die dem Gericht die freie Würdigung und Erhebung der Beweise erlaubt[593].

2.4.3 Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49a VE)

2.4.3.1 Gegenwärtige Lage

Gleich wie ausländische Rechtsordnungen[594] sieht das schweizerische Recht eine besondere Haftung der Person vor, die im eigenen Interesse Dienste von anderen beansprucht. Nach Artikel 55 Absatz 1 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Mit dieser Bestimmung

---

588 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 20 und 47; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 54 OR.

589 Dieses Element spielt im geltenden Recht eine ausschlaggebende Rolle. Nach Auffassung des Bundesgerichts muss das Vorhandensein eines Haftpflichtversicherers berücksichtigt werden (BGE 103 II 336); diese Auffassung wird in der Lehre nicht einstimmig befürwortet; vgl. dazu Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 153 ff.

590 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 10 und § 18 N. 88 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 59 zu Art. 54 OR; BGE 103 II 335.

591 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 59. Vgl. auch Art. 12 StGB.

592 Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 158 f.

593 Vgl. Art. 56*c* VE und hinten 2.9.4.2.

594 Vgl. z.B. Art. 1384 Abs. 1 und 5 des französischen CC, Art. 2049 des italienischen CC, Art. 1315 ABGB, § 831 BGB.

wurde Artikel 62 des alten OR ohne grosse Änderungen übernommen. Zuerst sah man darin eine Verschuldenshaftung, bei welcher das Verschulden vermutet wird. Aber seit dem Beginn dieses Jahrhunderts hat das Bundesgericht den Befreiungsbeweis objektiv ausgelegt[595]. Diese Entwicklung ist zweifellos darauf zurückzuführen, dass - bis 1933 - keine besonderen Haftungsregeln für den Halter eines Motorfahrzeugs bestanden[596]. Seit Jahrzehnten wird die Rechtsnatur der Haftung nach Artikel 55 OR nicht mehr diskutiert[597]. Mit anderen Worten setzt die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn nicht sein Verschulden (und auch nicht ein Verschulden der Hilfsperson) voraus, sondern nur die - vermutete - Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Diese Ersatzpflicht gehört zur Kategorie der gewöhnlichen Kausalhaftungen[598]. Der Anknüpfungssachverhalt besteht in einer Situation, wo eine Person über eine andere eine gewisse Herrschaft ausübt, von der sie Nutzen zieht. Es muss also zwischen ihnen ein Unterordnungsverhältnis bestehen, das meistens wirtschaftlicher Natur ist. Das Verhältnis kann öffentlich-rechtlich sein, wenn es sich nicht um einen hoheitliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 43*a* VE handelt. Es kann privatrechtlich sein; dann liegt ihm normalerweise ein Arbeitsvertrag zugrunde, ausnahmsweise ein Auftrag, ein Agentur- oder Mietvertrag oder eine einfache tatsächliche Beziehung[599]. Daher kann der Begriff des Geschäftsherrn (und folglich auch jener der Hilfsperson) nicht an sich, sondern nur mit Bezug auf eine bestimmte Situation definiert werden. Entscheidend ist die Befugnis des Geschäftsherrn, der Hilfsperson Anweisungen zu erteilen und sie zu beaufsichtigen. Ohne Bedeutung ist, ob diese Befugnis unmittelbar vom Geschäftsherrn (von ihm selbst, wenn er eine natürliche Person ist, oder von seinen Organen, wenn es sich um eine juristische Person handelt) oder indirekt durch Vorgesetzte auf einer Zwischenstufe ausgeübt wird, wie den Prokuristen einer Versicherungsgesellschaft oder den Vorarbeiter einer Bauunternehmung.

Zur Erklärung der Strenge der Haftung nach Artikel 55 OR gibt es verschiedene Gründe. Traditionell wird geltend gemacht, dass der Geschäftsherr die Gefahren seiner Tätigkeit für andere vermehrt, indem er die Dienste eines Dritten beansprucht. Dies ist fraglich, wenn die Hilfsperson wegen ihrer besonderen Fähigkeiten ausgewählt worden ist. Ferner wird ins Feld geführt, dass die Hilfsperson meistens Mühe hätte, die finanziellen Folgen ihrer schädigenden Handlungen aus ihrem Vermögen zu decken. Dies ist in allen Fällen fraglich, wo die persönliche Haftung der Hilfsperson durch die Versicherung der Unternehmung, die sie beschäftigt, gedeckt ist - und dies sind die meisten Fälle. In Wirklichkeit ist das vorherrschende Argument wirtschaftlich und bezieht sich auf das Haftungssubjekt. Es beruht auf der Vorstellung, wonach die Person, die Dritte zur Ausführung einer Tätigkeit in Anspruch nimmt, von vornherein die

---

595 BGE 34 II 270.

596 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 2.

597 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 2; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), S 31 f. zu Art. 55 OR; BGE 90 II 90, 95 II 97, 97 II 223.

598 Vgl. vorne 2.4.1.

599 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 64 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 f. zu Art. 55 OR und die zitierten Verweisungen auf die Rechtsprechung.

Folgen dieser Tätigkeit tragen muss[600]. Diese Vorstellung stösst allgemein auf Verständnis. In Tat und Wahrheit beruht der Zurechnungsgrund der Haftung in der Rechtfertigung des Ausgleichs von Kosten und Nutzen.

Bei der Auslegung von Artikel 55 OR hat die Rechtsprechung immer strengere Anforderungen an den Beweis der objektiven Sorgfalt gestellt, vor allem an den Beweis der Unterweisungspflicht (die übrigens oft ex post beurteilt wird, und nicht ex ante, wie es sein sollte)[601]. In zwei Entscheidungen über die Haftung des als Hersteller tätigen Geschäftsherrn ist das Bundesgericht vor zehn Jahren so weit gegangen, dass es praktisch der belangten Person den Befreiungsbeweis verweigert hat[602]. Es genügte ihm nicht mehr, dass der Geschäftsherr beweist, er habe seine Arbeitnehmer sorgsam ausgewählt, korrekt überwacht und ihnen die nötigen Anweisungen gegeben. Zusätzlich muss er eine zweckmässige Organisation seines Betriebs nachweisen. Bei der Herstellung von Produkten muss er beweisen, dass er eine Endkontrolle vorgenommen hat, die ermöglicht, Fehler des Produkts zu beseitigen, oder, wenn diese Kontrolle von ihm nicht verlangt werden kann, dass er eine Herstellungsart gewählt hat, die Fehler und somit die Gefahr von Schäden für Dritte ausschliesst. Diese Rechtsprechung gab Anlass zu vielfacher Kritik[603]. Diese betraf nicht so sehr das erreichte Ergebnis, das in einer Zeit, wo die gesetzliche Regelung fehlte, einen besseren Schutz des Konsumenten oder des Benützers eines fehlerhaften Produkts ermöglichte. Die Kritik betraf vielmehr die - gewissermassen prätorische - Art, das betreffende Ziel zu erreichen, durch eine extreme, ja übermässige Beanspruchung des Textes von Artikel 55 Absatz 1 OR. Folgt man dem Bundesgericht, verpflichtet diese Bestimmung den Geschäftsherrn zur Haftung, sobald er eine Hilfsperson mit der Ausführung einer Arbeit beauftragt hat. Das Eintreten eines Schadens während der Arbeit lässt die mangelhafte Organisation vermuten. Eine solche Auslegung führt dazu, "den kausalen Charakter der Haftung zu verabsolutieren"[604], aus ihr eine Art Erfolgshaftung zu machen oder, konkreter, eine Organisationshaftung. In Bezug auf den Befreiungsbeweis bewirkt diese Auslegung, dass der Unterschied zwischen den Lösungen von Artikel 55 und 101 OR ausradiert wird[605]. Namentlich für juristische Personen führt sie praktisch zur Aufhebung des Unterschieds zwischen der Handlung des Organs und jener der Hilfsperson. Denn die Verletzung der Sorgfaltspflicht könnte schlussendlich der Unternehmung zugerechnet werden, auch wenn die Ausführung der Arbeit - namentlich die Herstellung oder Verteilung des Produkts - nicht einer Hilfsperson übertragen worden ist[606].

---

600 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 11; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 97.

601 Vgl. z.B. BGE 95 II 107, 96 II 32 f.; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 49 zu Art. 55 OR.

602 BGE 110 II 462 ff.; Entscheid vom 14. Mai 1985, veröffentlicht in JT 1986 I 571 ff.

603 Vgl. insbes. Gauch P., in BR 1986, S. 67 f.; Chaudet F., in JT 1986 I 568 ff.; Widmer P., in recht 1986, S. 50 ff.

604 Chaudet F., a.a.O. (Anm. 603), S. 569.

605 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 150 f. Vgl. auch vorne 2.2.2.5.

606 Gauch P., a.a.O. (Anm. 603), S. 68; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 151.

2.4.3.2 Reformvorschläge

Im Verlauf dieses Jahrhunderts hat Artikel 55 OR gewiss an Bedeutung verloren. Diese Entwicklung ist einerseits auf die Einführung von Sonderbestimmungen zurückzuführen, die eine Kausalhaftung vorsehen. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob ein Verhalten des Haftungssubjekts oder seiner Hilfsperson den Schaden verursacht hat, was Artikel 51 VE ausdrücklich festhält. Anderseits hat sich die Entwicklung aus dem Umstand ergeben, dass die persönliche Haftung der Hilfsperson häufig durch die Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt ist; im konkreten Fall stellt sich kaum die Frage, ob der Geschäftsherr haftet. Dennoch behält Artikel 55 OR unbestrittenermassen seine Daseinsberechtigung, angesichts seines hohen Symbolcharakters, den man manchmal mit dem Bild des "verlängerten Arms" ausdrückt[607]. Hinzu kommt seine Aufgabe, eine Haftung für das Verhalten anderer in all jenen Fällen wirksam werden zu lassen, wo keine Sonderbestimmung der Kausalhaftung anwendbar ist. Schon heute ist die Norm also zugleich allgemein und ergänzend.

Die Verfasser des Vorentwurfs empfehlen, die traditionelle Bestimmung von Artikel 55 Absatz 1 OR beizubehalten. Auf die Begriffe, die zu eng auf den Arbeitsvertrag verweisen ("Arbeitnehmer", weitere Ausdrücke im französischen Text), soll verzichtet werden. Der Befreiungsbeweis soll ausdrücklicher formuliert werden. Ausserdem schlagen die Verfasser vor, im Gesetz parallel den Grundsatz der Organisationshaftung zu verankern, der strenger ist, aber nur für Personen gilt, die eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreiben. In gewisser Hinsicht stellt auch das neue niederländische Zivilgesetzbuch eine solche Unterscheidung auf[608]. Zu diesem Zweck regeln sowohl Artikel 49 als auch Artikel 49*a* VE die Haftung für Hilfspersonen in Form von zwei Generalklauseln, die sich namentlich hinsichtlich der haftpflichtigen Person und der Strenge der Anforderungen an den Befreiungsbeweis unterscheiden. Für beide Tatbestände gilt eine gewöhnliche Kausalhaftung, die die - vermutete - Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraussetzt[609].

Es gibt viele Gründe für die Einführung einer Generalklausel der Organisationshaftung. Sie wurden schon von der Studienkommission berücksichtigt[610]. Zunächst ist festzustellen, dass die Norm über Geschäftsherrenhaftung aus einer Zeit stammt, wo die Herstellung und Verteilung von Gütern und Dienstleistungen, abgesehen von einigen grossen Fabriken, hauptsächlich handwerklich und landwirtschaftlich geschahen. In seinem heutigen Wortlaut betrifft Artikel 55 OR vor allem das persönliche Verhalten des Geschäftsherrn. Er ist schlecht an die heutige Gliederung der meisten Unternehmungen angepasst, die sich zugleich durch eine starke Konzentration der Entscheidungsbefugnisse und eine spezialisierte Arbeitsteilung auszeichnet. Das kürzliche Abgleiten der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung ist symptomatisch für ihre mangelnde Eig-

---

607 Vgl. vorne 2.4.3.1.

608 Art. 170 f. des Buches 6, in Kraft seit 1. Januar 1992.

609 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 43. Vgl. auch vorne 2.4.3.1.

610 Bericht a.a.O. (Anm. 39), V/3.1, S. 55 und 69 ff.

nung, im wirtschaftlichen Bereich korrekt angewendet zu werden[611]. Zu dieser tatsächlichen Feststellung kommen einflussreiche Lehrmeinungen hinzu. Diese wurden namentlich am schweizerischen Juristentag in Neuenburg von 1967 geäussert, der sich mit der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts befasste. Gilliard befürwortete die Aufhebung des Befreiungsbeweises des Geschäftsherrn; seine Beibehaltung "erscheint als mit den Anforderungen des modernen Lebens unvereinbar"[612]. Jäggi schlug die Einführung einer wirklichen "Organisationshaftung" vor[613]. Er wies darauf hin, dass neben den technischen Gefahren gewisser Tätigkeiten auch die organisatorische Komplexität von Betrieben zu beachten ist, die ebenfalls eine Kausalhaftung rechtfertigt. Denn in einer Organisation hat das Verschulden oft die Tendenz, sich zu verflüchtigen. Die geschädigte Person hat manchmal Schwierigkeiten, die Schädigung diesem oder jenem Mitglied der Organisation zuzuschreiben, etwa im Falle einer rufschädigenden Fernsehsendung. Daher erscheint es als legitim, dass sie die Person belangen kann, welche die Unternehmung betreibt, gemäss einem Grundsatz, der in den modernen Systemen der Staatshaftung des öffentlichen Rechts bereits gilt[614]. Aufs Ganze gesehen ist es, wie wenn die Organisation in sich selbst eine Gefahr schüfe (das unvermeidbare menschliche Versagen), die in ihrer Intensität der andersartigen Gefahr (dem unvermeidlichen technischen Versagen) vergleichbar ist, die durch gewisse der Gefährdungshaftung unterstellte Tätigkeiten geschaffen wird. Daraus ergibt sich die in der Lehre geäusserte Auffassung, wonach bewusst eine "Haftung für Organisationsgefahr" eingeführt werden soll; diese Haftung würde keinen Fehler voraussetzen. Dieser wäre "nur eine Form der äusserlichen Materialisierung der Gesamtgefahr"[615].

Die Studienkommission wollte nicht so weit gehen[616]. Sie befürchtete, dass eine scharfe Kausalhaftung in diesem Bereich für die kleinen und mittleren Unternehmungen zu streng sei. Ferner befürwortete sie dieselbe Haftungsregelung für die Organisationshaftung und die Produktehaftung. Infolgedessen schlug sie eine einfache Kausalhaftung mit Befreiungsbeweis vor. Diese Haftung soll in der Organisation begründet sein, genauer gesagt, in einem objektiven Fehler der Organisation. Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich schliesslich diesem Vorschlag der Studienkommission angeschlossen. Sie sind sich bewusst, dass eine Unterscheidung zwischen kleineren und mittleren Unternehmungen einerseits und grossen Unternehmungen andererseits weder zweckmässig noch möglich ist. Sie befürworten eine Generalklausel der Hilfspersonenhaftung, die für Unternehmungen mit wirtschaftlich oder beruflich

---

611 Vgl. vorne 2.4.3.1.

612 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 296.

613 Jäggi P., in ZSR 1967 II 754 ff. Der Begriff "Organisationshaftung" oder "Haftung für Organisationsverschulden" kommt auch in der ausländischen Literatur vor; vgl. von Bar C., Deliktsrecht, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, II, Köln 1981, S. 1706 f. und 1716 ff.; Koziol H., Österreichisches Haftpflichtrecht, II, 2. Aufl., Wien 1984, S. 375 ff. Vgl. auch BGE 110 II 462.

614 Vgl. vorne 2.2.3.1

615 Widmer P., Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel 1992, S.353 f.

616 Bericht a.a.O. (Anm. 39), V/3.4, S. 69 ff.

ausgerichteten Tätigkeiten gilt, und zwar für alle Formen und Kategorien dieser Unternehmungen. In diesem Sinn stellt Artikel 49*a* VE ohne Zweifel eine Neuerung dar; diese ist der neuen Generalklausel für Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) vergleichbar. Inhaltlich kodifiziert und verallgemeinert Artikel 49*a* VE die Rechtsprechung zum heutigen Artikel 55 OR, indem er ihn über die Herstellung und Verteilung von Gütern hinaus auf die Dienstleistungen von Unternehmungen ausdehnt. Diese Orientierung entspricht übrigens einer allgemeinen Tendenz des europäischen Rechts, die sich kürzlich im Vorschlag einer Richtlinie der Kommission der Europäischen Union über die Haftung des Erbringers von Dienstleistungen konkretisiert hat[617]. Auf schweizerischer Ebene wird Artikel 49*a* VE zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts insofern beitragen, als er sich der vertragsrechtlichen Regelung von Artikel 101 OR und den Haftungsregelungen des öffentlichen Rechts annähert.

2.4.3.3 Die Haftung für Hilfspersonen: im Allgemeinen (Art. 49 VE)

Wer sich einer Hilfsperson bedient, haftet nach Artikel 49 VE für den Schaden, den diese in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht, es sei denn, er beweise, dass er bei der Auswahl, bei der Unterweisung und bei der Überwachung dieser Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten. Diese Bestimmung übernimmt im Grundsatz die heutige Norm von Artikel 55 Absatz 1 OR. Sie schränkt indessen den Anwendungsbereich auf Schäden ein, die nicht im Rahmen einer "Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" gemäss Artikel 49*a* VE verursacht wurden. In diesem Sinn ist das Abgrenzungskriterium zwischen den Artikeln 49 und 49*a* VE negativ.

Haftungssubjekt nach Artikel 49 VE ist die Person, welche die Dienste anderer für die Ausführung einer Aufgabe im eigenen Interesse beansprucht. Gemäss den vorne genannten Grenzen wird diese Aufgabe meistens mit häuslichen Tätigkeiten verbunden sein, wie der Arbeit einer Haushalthilfe, eines Gärtners oder eines Jugendlichen, den man z.B. beauftragt, mit dem Motorfahrrad eine Besorgung zu machen, oder des Freundes, dem man die Aufgabe überträgt, bei einem Umzug Möbel zu transportieren. Diese Aufgabe kann auch mit einer Freizeitbeschäftigung zusammenhängen, wie der Organisation eines Konzerts von Amateur-Musikern oder der Vorbereitung der Mannschaft eines Amateur-Fussballclubs durch den Trainer. Diese Aufgabe kann schliesslich mit jeder anderen Tätigkeit zusammenhängen, die nicht im Rahmen "einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" ausgeübt wird, etwa mit der Organisation einer politischen Versammlung durch eine Partei oder dem Sammeln von Altpapier durch die Kinder der Schule einer Gemeinde[618]. Die Hilfsperson muss jedoch der belangten Person untergeordnet sein, wobei es nicht auf die Dauer oder die Rechtsnatur des Unterordnungsverhältnisses (vertraglich, familiär, rein faktisch) ankommt[619].

---

617 Vgl. ABl der EG Nr. C 12/8 vom 18. Januar 1991.

618 Spiro K., Zur Haftung für Schülerunfälle, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel 1985, S. 356.

619 Vgl. vorne 2.4.3.1.

Selbstverständlich müssen nach Artikel 49 VE die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen gegeben sein: der Schaden, die Rechtswidrigkeit und der Kausalzusammenhang (zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden)[620]. Das Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Wenn aber die haftpflichtige Person ein - als zusätzlich betrachtetes[621] - Verschulden trifft, so kann es nicht etwa deshalb zur Herabsetzung des Schadenersatzes führen, weil es leicht sein sollte[622]. Es erlangt indessen Bedeutung, wenn ein Grund für die Herabsetzung des Schadenersatzes dem Opfer zugerechnet wird (z.B. Selbstverschulden); dieser Herabsetzungsgrund wiegt weniger schwer, als wenn die belangte Person - oder ihre Hilfsperson - kein Verschulden trifft. Mit anderen Worten findet eine teilweise Kompensation des Verschuldens statt[623]. Zu den drei allgemeinen Voraussetzungen kommt eine vierte besondere hinzu: Die Hilfsperson muss den Schaden "in Ausübung ihrer Verrichtungen" verursacht haben. Diese Voraussetzung wird heute weit ausgelegt. Dennoch genügt ein bloss zeitlicher und örtlicher Zusammenhang nicht. Es braucht einen funktionellen Zusammenhang. Dieser Ausdruck wird sowohl bei der Anwendung von Artikel 55 Absatz 1 als auch von Artikel 101 Absatz 1 OR verwendet[624]. Dieser Zusammenhang kann auch bestehen, wenn die Hilfsperson die erhaltenen Anweisungen missachtet oder eine unglückliche Initiative ergriffen hat[625]. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht wird gegebenenfalls vermutet.

Die haftpflichtige Person kann sich befreien, indem sie beweist, dass sie bei der Auswahl, der Unterweisung und der Überwachung der Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs ist es nützlich, dass die Generalklausel der Hilfspersonenhaftung die drei klassischen Sorgfaltspflichten ausdrücklich festlegt, um den Unterschied zwischen dem traditionellen Befreiungsbeweis von Artikel 49 VE und dem strengeren Beweis von Artikel 49*a* VE hervorzuheben. Im Übrigen genügt es, auf die Grundsätze bei der Anwendung von Artikel 55 Absatz 1 OR zu verweisen. Es sei daran erinnert, dass die Sorgfalt der belangten Person gleichzeitig konkret, unter Berücksichtigung der Natur der übertragenen Aufgabe und der Fähigkeiten der Hilfsperson, beurteilt wird und objektiv, indem man auf das Verhaltensmuster der betreffenden sozialen Kategorie Bezug nimmt. Hier berücksichtigt man die persönlichen Verhältnisse der belangten Person nicht, namentlich fallen subjektive Entschuldigungsgründe, wie sehr grosse Müdigkeit, Krankheit oder sogar Urteilsunfähigkeit ausser Acht. Solche Gründe können nur bei der Beurteilung des Verschuldens berücksichtigt werden[626]. Dieser Grundsatz ist schon heute anerkannt[627].

---

620 Vgl. vorne 2.3.1 Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 97 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 36 zu Art. 55 OR.

621 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20 N. 31, S. 285.

622 BGE 97 II 228.

623 BGE 88 II 135, 116 II 428.

624 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 88 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 103 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 ff. zu Art. 55 OR; BGE 90 II 17, 98 II 292.

625 BGE 95 II 106.

626 Vgl. Art. 48*a* VE, vorne 2.4.2.2.

Nach geltendem Recht kann der Geschäftsherr sich ebenfalls befreien, indem er nachweist, dass der Schaden auch bei der Anwendung seiner Sorgfalt eingetreten wäre (Art. 55 Abs. 1 OR am Ende). Dieser Befreiungsbeweis hängt mit der rechtlichen Kausalität zusammen. Er bringt zum Ausdruck, dass die Anwendung der Norm einen doppelten Kausalzusammenhang voraussetzt: zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden einerseits (dieser Zusammenhang muss bewiesen werden); zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht und dem Schaden andererseits (dieser Zusammenhang wird vermutet). Mit anderen Worten muss die Verletzung der Sorgfaltspflicht für den Schaden kausal sein. Sie wird gegenstandslos, wenn der Schaden ohnehin eingetreten wäre. Dies ist der Fall, wenn die Schädigung objektiv unvorhersehbar war, massgebend durch eine externe Ursache bewirkt wurde oder wenn die Hilfsperson korrekt gehandelt hat[628]. Wie die letzte Präzisierung zeigt, setzt die Anwendung der Norm voraus, dass die Hilfsperson ohne triftigen Grund vom "Standard"-Verhalten abgewichen ist, das man von einer umsichtigen Person zu erwarten berechtigt ist; kurz, sie muss objektiv schuldhaft gehandelt haben. War dies nicht der Fall, so ist der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht, die dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist, und dem Schaden rechtlich nicht mehr bedeutsam[629]. Aufgrund dieser Überlegungen hat die Lehre den zweiten Befreiungsbeweis von Artikel 55 Absatz 1 OR als unnötig angesehen. Er versteht sich von selbst und ist faktisch schon durch den Sorgfaltsbeweis abgedeckt[630]. Die Verfasser des Vorentwurfs beantragen, darauf zu verzichten.

2.4.3.4 Die Haftung für Hilfspersonen: in Unternehmungen (Art. 49a VE)

Die Person, die sich beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet nach Artikel 49*a* VE für den Schaden, der im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Diese Bestimmung führt in Unternehmungen eine Organisationshaftung ein, die strenger als die Haftung für Hilfspersonen nach der Generalklausel von Artikel 49 VE ist. Sie behält jedoch einen Befreiungsbeweis vor.

Subjekt der Haftung nach Artikel 49*a* VE ist die Person, die eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreibt und sich dazu einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient. Es kann sich um eine natürliche oder juristische Person handeln, auch um eine Körperschaft oder Anstalt

---

627 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 3 und 125; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 105; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 46 zu Art. 55 OR.

628 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 107 und 146 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 93 ff. zu Art. 55 OR.

629 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 150; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 41 zu Art. 55 OR.

630 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 153; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 92 zu Art. 55 OR; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 449; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 106.

des öffentlichen Rechts[631]. Der Begriff der Unternehmung setzt eine Struktur voraus, in der zumindest gelegentlich das charakteristische Unterordnungsverhältnis zwischen Hilfsperson und Haftungsobjekt vorkommt[632]. Artikel 49*a* VE ist also grundsätzlich nicht anwendbar, wenn die Schädigung von einem Einzelunternehmer ausgeht, der allein arbeitet (z.B. ein Handwerker). Der Begriff der wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten ist weit auszulegen, einerseits, weil seine Umschreibung komplex ist[633], andererseits, weil Artikel 21 einen besseren Schutz der geschädigten Person bezweckt. Dieser Begriff setzt in keiner Weise voraus, dass die Unternehmung verpflichtet ist, sich im Handelsregister eintragen zu lassen. Er setzt auch nicht voraus, dass die Tätigkeit voll und ganz wirtschaftlich oder beruflich sein muss. Dieses Doppelkriterium kann je nach den Umständen kumulativ oder alternativ angewendet werden. So ist die Voraussetzung einer wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit zwar bei gewinnorientierten Unternehmungen in Form eines Geschäftsbetriebs gegeben, aber auch bei einer Stiftung, die ein Restaurant betreibt und Zimmer an Studenten vermietet, oder bei einem Verein mit idealem Zweck, der regelmässig - also nicht nur gelegentlich - wirtschaftliche Mittel einsetzt; dies ist bei einer Wohltätigkeitsorganisation der Fall, die Veranstaltungen (Basare, Lotterien, Vorstellungen) und öffentliche Sammlungen organisiert, um Mittel zu beschaffen. Eine wirtschaftlich oder beruflich ausgerichtete Tätigkeit ist auch bei der typischen Tätigkeit einer Gewerkschaft, einer Krankenkasse oder eines Gemeinwesens gegeben. Unter den Anwendungsbereich von Artikel 49*a* VE können also allerlei Organisationen fallen, wie eine Versicherungsgesellschaft oder eine Schiffswerft, eine Gesellschaft, die eine Datenbank oder ein Parkhaus betreibt, ein landwirtschaftlicher Betrieb oder ein Presseunternehmen, ein Fussballclub, der Berufsspieler anstellt und Matchs organisiert[634], ein Forschungslaboratorium, ein Spital oder eine Arztpraxis[635].

Für die Voraussetzungen der Haftung ist auf die Erläuterungen von Artikel 20[636] zu verweisen, aber mit zwei Vorbehalten. Der erste Vorbehalt betrifft die spezifische Voraussetzung der Ersatzpflicht: Notwendige, aber genügende Bedingung ist, dass der Schaden "im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeiten" verursacht wird. Ein funktionaler Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit wird nicht verlangt; es genügt eine einfache zeitliche und örtliche Beziehung (diese Kriterien müssen kumulativ gegeben sein). Diese Vorausset-

---

631 Vgl. vorne 2.2.3.

632 Vgl. vorne 2.4.3.1 und 2.4.3.3.

633 Vgl. BGE 90 II 336 f.

634 Die Frage der Einführung einer besonderen Haftung der Person, die eine Massenveranstaltung ohne wirtschaftlichen Zweck organisiert, ist von der Studienkommission geprüft worden (vgl. Bericht, a.a.O. [Anm. 39], V/3.4.4, S. 72, und VI/1.2, S. 163 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.3.1).

635 Damit wird in gewisser Hinsicht eine gesetzgeberische Antwort auf die parlamentarischen Vorstösse (vgl. Anhang zu diesem Bericht) gegeben, die in diesem Bereich eine Kausalhaftung verlangten (einfache Anfrage Longet 86.704 vom 8. Oktober 1986, Amtl. Bull. NR 1986 2098 und parlamentarische Initiative Grendelmeier 87.221 vom 5. März 1987, Amtl. Bull. NR 1988 867); ebenso werden die kritischen Stellungnahmen beantwortet, die der Kommission vorgeworfen haben, sie habe diese Frage nicht besonders geprüft (vgl. namentlich Günter P.Y., La responsabilité du médecin en Suisse, SJZ 1993, S. 98 und 116).

636 Vgl. vorne 2.4.3.3.

zung ist beispielsweise gegeben, wenn der Arbeitnehmer eines Malers die Geldbörse eines Arbeiters des Generalunternehmers auf einem Bauplatz entwendet, wo Täter und Opfer beschäftigt sind. Die Voraussetzung ist dagegen nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer einer Bauunternehmung Anlagen ohne Erlaubnis und ausserhalb der Arbeitszeit benützt[637]. Der Zweck der Norm entspringt dem Willen, ihren Anwendungsbereich so weit wie möglich auszudehnen. Im Grunde genommen ist sie durch den Umstand gerechtfertigt, dass die Ausführung einer wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit durch eine Hilfsperson die Gefahr erhöht, dass Dritte geschädigt werden, im schlimmsten Fall sogar durch eine Straftat. Es erscheint als billig, dass die Person, welche die Unternehmung betreibt, von vornherein eine solche Gefahr trägt. Sie kann Massnahmen treffen, um die Gefahr zu vermindern oder zu beseitigen. Zudem wird angenommen, dass sie aus der Arbeit der Hilfsperson Nutzen zieht. Der zweite Vorbehalt betrifft die Grundlage der Haftung. Diese ist die Organisation der Unternehmung als solcher; genauer gesagt ist es der Organisationsmangel; denn die Haftung nach Artikel 49*a* VE ist eine gewöhnliche Kausalhaftung[638]. Vorausgesetzt wird ein Sachverhalt (in einem weiten Sinn verstanden), der mit der Organisation der Unternehmung im Zusammenhang steht. Dieser ist nicht gegeben, wenn der Schaden allein auf das Verhalten des Leiters der Unternehmung zurückzuführen ist, das in keiner Beziehung mit der Organisation als solcher steht (wenn beispielsweise ein Arzt eine falsche Diagnose abgibt). Die Voraussetzung ist hingegen erfüllt, wenn der Organisationsmangel auf das Verhalten einer Hilfsperson zurückzuführen ist, die einem Dritten einen Schaden zufügt, indem sie objektiv und ohne triftigen Grund vom Verhaltensmuster ihrer Kategorie[639] abweicht (wie beispielsweise der Arbeiter eines Dachdeckers, der aus Unachtsamkeit einen Ziegel auf einen Passanten fallen lässt). Der Organisationsmangel kann aber auch den technischen Fehler einer Anlage betreffen, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist. Dies ist der Fall, wenn die Anlage hergestellt oder in der Herstellung von Gütern verwendet wird. Im letztgenannten Fall nimmt die hier besprochene Haftung den Charakter einer Haftung für Sachen an (selbst wenn sie nicht gefährlich sind). Dies hat bereits die Studienkommission festgestellt[640]. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Norm in einer vorteilhaften Weise ausgedehnt. Denn Artikel 49*a* VE wird es erlauben, den Ersatz von Schäden zu erfassen, die nicht notwendigerweise durch das Verhalten der Hilfsperson einer Unternehmung verursacht worden sind. Er wird auch für Schäden gelten, die nicht unter die Spezialgesetzgebung über Produktehaftpflicht fallen. Dies betrifft beispielsweise den Fall, wo ein fehlerhaftes Produkt nicht in Verkehr gebracht worden ist (Art. 5 Abs. 1 Bst. a PrHG) oder wenn er Schäden an Sachen verursacht, die für geschäftliche oder berufliche Zwecke verwendet werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. b PrHG *a contrario*)[641].

---

637 BGE 20 958 f.

638 Vgl. vorne 2.4.3.2.

639 Vgl. vorne 2.4.3.3.

640 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.1, S. 70.

641 Als Beispiel ist der sogenannte "Friteusenfall" zu nennen: Eine elektrische Friteuse war an einen Gastwirt verkauft worden. Das mangelhafte Funktionieren des Thermostats verursachte einen Brand des Gebäudes, in dem sich das Restaurant befand. (BGE 90 II 86).

In Bezug auf den Beweis ist hervorzuheben, dass die geschädigte Person beweisen muss, dass ihr Schaden im Rahmen einer Tätigkeit der belangten Unternehmung verursacht wurde. Nicht verlangt wird indessen der Beweis eines Organisationsmangels, also des objektiven Fehlverhaltens einer Person, die in irgendeiner Weise mit der Unternehmung - sei es als Organ, sei es als Hilfsperson - verbunden ist, oder des technischen Mangels einer Anlage. Diese - widerlegbare - Vermutung ergibt sich aus dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung ("... es sei denn ..."). Sie ist - wie beim geltenden Artikel 55 OR, der die vermutete Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraussetzt - durch die Rechtsnatur dieser Haftung und durch das Anliegen gerechtfertigt, dem Opfer den Beweis zu ersparen, dass in einer ihm nicht unbedingt bekannten Unternehmung ein Organisationsfehler eingetreten ist[642]. In gewisser Hinsicht ist es so, wie wenn das Auftreten eines Schadens infolge der Tätigkeit einer Unternehmung als bedeutendes Indiz für das Vorliegen eines Organisationsmangels erscheinen würde.

Die Person, die gemäss Artikel 49*a* VE haftet, kann sich befreien, indem sie beweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Sie muss zunächst nachweisen, dass die drei klassischen Sorgfaltspflichten eingehalten wurden, die gewissermassen die Minimalanforderungen in der besonderen Beziehung mit der Hilfsperson sind - sofern die Schädigung der Hilfsperson zuzurechnen ist. Sie muss beweisen, dass die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt wurde (namentlich angesichts ihrer Persönlichkeit, ihrer Fähigkeiten und der Natur der zugewiesenen Arbeit)[643], dass ihr die nötigen Unterweisungen gegeben wurden (und auch Hilfsmittel wie Werkzeuge, Maschinen, Materialien, Pläne, Gebrauchsanweisungen)[644] und dass sie wirksam überwacht wurde (dazu gehört namentlich die Kontrolle, ob die gegebenen Anweisungen befolgt worden sind)[645]. Zudem muss sie beweisen, dass die Organisation der Unternehmung als solche (in ihrer Gesamtheit und in ihrer Gliederung) mängelfrei war. Daher muss sie nachweisen, dass der Betrieb der Unternehmung einer erteilten Bewilligung und verwaltungsrechtlichen Vorschriften entspricht, dass die vertikale und horizontale Arbeitsteilung rationell ist, dass ein allgemeines und, wenn nötig, sektorielles Informationssystem für das Personal angewendet wird, dass der Herstellungs- oder Verteilungsvorgang von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen ein Höchstmass von Sicherheit aufweist oder (wenn dies nicht der Fall ist) eine Endkontrolle stattfindet, dass der technische Mangel einer Einrichtung nach dem derzeitigen Stand des Wissens nicht erkannt werden konnte, kurz, dass alle Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens getroffen wurden, die man von ihr berechtigterweise und vernünftigerweise erwarten konnte.

---

642 Widmer P., a.a.O. (Anm. 615), S. 356.

643 BGE 67 II 27, 80 II 251.

644 BGE 97 II 224 f., 102 II 85 f.

645 BGE 72 II 263 f., 110 II 461.

2.4.3.5 Verhältnis zu anderen Bestimmungen

Die Haftung nach Artikel 49 oder 49*a* VE schliesst die Haftung der Hilfsperson nach Artikel 48 VE nicht aus. Im geltendem Recht steht dem Geschäftsherrn, der das Opfer entschädigt hat, gemäss Artikel 55 Absatz 2 OR ein Rückgriffsanspruch gegen den Schädiger zu. Nach herrschender Lehre[646] ergibt sich dieser Rückgriff aus den Bestimmungen über die Anspruchskonkurrenz (Art. 51 Abs. 2 OR). Artikel 55 Absatz 2 OR ist überflüssig. Daher schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Bestimmung zu streichen. Hervorzuheben ist auch, dass sie eine These der Studienkommission nicht übernommen haben, wonach das Opfer ausschliesslich die Person belangen kann, die nach Artikel 49 oder 49*a* VE haftet, gemäss der Kanalisierung der Haftung, welche die neuzeitlichen Staatshaftungsgesetze vorsehen[647], denn einerseits werden in der Praxis selten Hilfspersonen belangt und andererseits würde eine Ausnahme vom Grundsatz der Haftungskonkurrenz in ungerechtfertigter Weise die Rechte der geschädigten Person verschlechtern.

Im geltenden Recht wird Artikel 55 Absatz 1 OR als eine allgemeine Bestimmung angesehen, die im Verhältnis zu Gefährdungshaftungen subsidiär anzuwenden ist[648]. Dies soll künftig auch für die Artikel 49 und 49*a* gelten. Namentlich wird Artikel 50 VE gegenüber Artikel 49*a* VE vorgehen, wenn der Schaden dadurch verursacht wird, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, die in einer Unternehmung ausgeführt wird. Dieser Grundsatz muss im Gesetz nicht festgehalten werden[649].

2.4.4. Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)

2.4.4.1. Entwicklung bis zur Gegenwart

Wie in der Einleitung dargelegt[650], kennt das schweizerische Haftpflichtrecht vor allem drei Entwicklungslinien; davon sind zwei hauptsächlich durch die Rechtsprechung geprägt.

Die erste Entwicklungslinie ist jene der klassischen Verschuldenshaftung. Dieser Grundsatz ist der vorherrschende geblieben - zumindest unter dem theoretischen Gesichtspunkt der Lehre -; aber seit dem Ende des 19. Jahrhunderts wurden die Sorgfaltspflichten, die ihm zugrunde liegen, immer strenger beurteilt (wie in den meisten vergleichbaren Rechtssystemen). Der entscheidende Umstand in dieser Entwicklung ist die zunehmende Objektivierung des Verschuldensbegriffes. Diese Tendenz hat zu einer Verwischung der Abgrenzung zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit geführt[651], die sich vor allem im Tri-

---

646 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 98; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 164; Brehm R, a.a.O. (Anm. 51), N 108 zu Art. 55 OR und zitierte Literatur.

647 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.6, S. 73 f.

648 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 1; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 98 ff. zu Art. 55 OR.

649 Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.1, S. 69, und V/3.4.5, S. 72 f.

650 Vgl. vorne 1.1.

651 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 134 ff. und 142 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 43 zu Art. 41 OR; Giger H., Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in:

umph des "*Gefahrensatzes* (*principe du danger créé*)"[652] zeigt - einem Begriff, der übrigens den "*Verkehrssicherungspflichten*" des deutschen Rechts[653] und der "*duty of care*" im common law[654] eng verwandt ist. Andererseits wurde die abnehmende Bedeutung der subjektiven Grundlage durch die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges insofern verstärkt, als diese von der "objektiven nachträglichen Prognose"[655] ausgeht, und das Bundesgericht wendet sie genau in diesem Sinne an.

Alle diese "Notbehelfe" und die allgemeine Tendenz, den Beweis bis zu einer mehr oder weniger versteckten Umkehr der Beweislast zu erleichtern, dienen schliesslich demselben Zweck oder ergeben sich aus demselben Anliegen: Man will gestützt auf die Verschuldenshaftung sozial zufriedenstellende Ergebnisse erreichen, in einer Welt, die von der technischen Entwicklung geprägt und immer komplexer ist. Um dieses Ziel zu erreichen, bejaht man den Ersatz von Schäden, die von den erhöhten Risiken verursacht wurden, die sich aus einer solchen Entwicklung ergeben, und dies sogar in Fällen, wo die Zurechnung des Schadens nicht mehr möglich gewesen wäre, wenn man den subjektiven Fehlerbegriff angewendet hätte, der in einem individuellen Vorwurf gegenüber der haftpflichtigen Person begründet ist.

Die zweite Entwicklungslinie ist mit der ersten eng verknüpft. Ihr Ausgangspunkt sind besondere Haftungsbestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts. Gewöhnlich fasst man diese unter dem Begriff "*einfache, gewöhnliche, milde Kausalhaftungen (responsabilités causales simples, ordinaires ou atténuées)*" zusammen[656]. Es handelt sich namentlich um die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB), des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB), des Geschäftsherrn (Art. 55 OR), des Tierhalters (Art. 56 OR) und des Werkeigentümers (Art. 58 OR)[657]. Die Verwandtschaft dieser Normen mit der Verschuldenshaftung ist in den drei Bestimmungen am augenfälligsten, die einen Befreiungsbeweis der haftpflichtigen Person vorsehen, und dies mit fast dem-

---

Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 369 ff.; Fellmann W., Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I, S. 339 ff.; Weber R.H., Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis?, ZSR 1988 I, S. 39 ff. Vgl. auch vorne 2.4.2.1.

652 Vgl. 1.1.1.2 und 2.3.3.3; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 26 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 6 N 46 f., S. 75 f.; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, a.a.O. (Anm. 17), S. 289 ff.

653 Kötz H., Deliktsrecht, 4. Aufl., Frankfurt 1988, N 232 ff.; Furgler K.J., Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978.

654 Markesinis B.S./Deakin S.F., Tort law, 3. Aufl., Oxford 1994, S. 76 ff.; Weir T., A casebook on tort, 7. Aufl., London 1992, S. 12 ff. und 29 ff.; Zweigert K./Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Tübingen 1984, Bd. II, S. 347 ff.; Tunc A., a.a.O. (Anm. 83), S. 63 ff.

655 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 76 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 122 zu Art. 41 OR; Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 320 f.; vorne 1.1.1.2.

656 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 37 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 2 N 35 f., S. 43 und § 9 ff., S. 96 ff. Vgl. vorne, 1.2.2.1.3 und 2.4.1 und hinten 3.1.

657 Jetzt muss die Haftung nach Art. 39 des neuen Strahlenschutzgesetzes (SR 732.0) und die Produktehaftpflicht (SR 221.112.944) zu dieser Liste hinzugefügt werden.

selben Wortlaut. Das Familienhaupt, der Geschäftsherr und der Tierhalter können grundsätzlich der Haftung entgehen, wenn sie beweisen, dass sie alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergriffen und alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben (in der Beaufsichtigung und Erziehung der Minderjährigen, in der Überwachung der Tiere, die unter ihrer Gewalt stehen, und - im Falle des Geschäftsherrn - in der Auswahl, Unterweisung und Überwachung der Hilfspersonen und der zweckmässigen Organisation des Betriebs)[658]. Diese drei Haftungen, die auf der objektiven Sorgfalt beruhen, werden heute als Kausalhaftungen betrachtet. Das heisst, sie sind unabhängig von jedem Verschulden, sei es jenes der als haftpflichtig bezeichneten Person, sei es jenes des unmittelbaren Urhebers des Schadens. Dasselbe gilt für die Haftungen der Grund- und Werkeigentümer (wo die Verbindung mit dem Verschulden weniger sichtbar ist, weil sie unter der Anforderung einer "*Überschreitung des Eigentumsrechts*" oder einer "*fehlerhaften Anlage oder Herstellung oder eines mangelhaften Unterhalts*" versteckt sind).

Diese Qualifizierung ist relativ neu[659]. Was die Haftung des Familienhauptes betrifft, hat das Bundesgericht erst 1977 formell eine Kausalhaftung nach Artikel 333 ZGB bejaht[660]. Ursprünglich wurden die drei Haftungstatbestände als besondere Arten der Verschuldenshaftung aufgefasst, die lediglich die Umkehr der Beweislast als Besonderheit aufwiesen. Indessen haben wir gesehen, dass die Umkehr der Beweislast einer der Faktoren ist, die zum Abgleiten vom subjektiven zum objektivierten Verschulden geführt haben. Man kann daher sagen, dass die Entwicklung im Bereich der gewöhnlichen Kausalhaftung derselben Linie wie in der Verschuldenshaftung folgt. Sie ging aber von Bestimmungen aus, in denen die Verletzung einer schon sehr standardisierten Sorgfaltspflicht vermutet wurde, und hat so zu einer Haftungsart geführt, die vom traditionellen Verschuldensbegriff noch weiter entfernt ist. Sogar die Frage, ob die haftpflichtige Person urteilsfähig ist oder nicht, hat jede Bedeutung verloren. Was bleibt, ist eine Haftung, deren charakteristisches Merkmal höchstens in der "Unregelmässigkeit" gesehen werden könnte. Die Studienkommission hat es jedoch abgelehnt, in diesem Merkmal eine zureichende Begründung einer Kausalhaftung zu sehen[661]. Die faktische Gleichförmigkeit der objektivierten Verschuldenshaftung und der gewöhnlichen Kausalhaftungen kommt auch im Vorschlag zum Ausdruck, der in der Studienkommission diskutiert wurde, eine "*Haftung für rechtswidrige Schädigung*" einzuführen[662]. In rechtsvergleichender Hinsicht entspricht eine solche Konzeption praktisch jener des französischen Rechts

---

658 Vgl. vorne 2.4.3.1.

659 Über die Metamorphose von Art. 55 OR vgl. vorne 2.4.3.1 und Anm. 595 und 596.

660 BGE 103 II 24. Diese Anerkennung des kausalen Charakters der Haftung des Familienhauptes wird übrigens hauptsächlich mit der Ähnlichkeit im Aufbau von Art. 333 ZGB mit den Art. 55 und 56 OR begründet. Das Bundesgericht hat ausserdem betont, dass diese "neue Auffassung" keine praktischen Folgen für die (relativ milde) Beurteilung der Sorgfalt des Familienhauptes haben soll (a.a.O., S. 27, E.4); vgl. vorne 1.2.2.3.

661 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f., und V/3.1, S. 53 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 38. Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und 2.4.1.

662 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23. Dort wird übrigens gesagt, dass eine solche Haftung praktisch der gewöhnlichen Kausalhaftung angeglichen würde und dass "*ein weniger radikaler Schritt in dieselbe Richtung die Verallgemeinerung der Beweislastumkehrung in Bezug auf das Verschulden wäre*".

(Art. 1382 CCF), das zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit keinen Unterschied macht und dessen Verschuldensbegriff rein objektiv ist[663].

Die dritte Entwicklungslinie - die uns hier am meisten interessiert - ist jene der "*Gefährdungshaftungen (responsabilité "à raison du" [ou: "pour] risque, responsabilité causales aggravées*"[664]. Ihre Anfänge gehen auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück, und dieser Einbruch in das Verschuldensdogma wurde häufig durch das Auftreten der Eisenbahn ausgelöst, wie es in der Schweiz der Fall war[665]. Man erkannte, dass man auf die Dauer die qualitativ neuen Probleme nicht mehr anhand der Überlegung des Appelationsgerichts von München von 1861 meistern konnte. Dieses löste das Problem, indem es erklärte, dass der *Umstand, eine Eisenbahn mit Lokomotiven zu betreiben, in notwendiger und untrennbarer Weise ein schuldhaftes Verhalten darstelle*[666]. Zu diesem ersten Tatbestand der Kausalhaftung ist mit dem technischen Fortschritt eine Reihe weiterer besonderer Haftungen hinzugekommen, von jener der Inhaber von Elektrizitätswerken (1902), über jene für Motorfahrzeuge (1932/1958) bis zu jener für "Betriebe oder Anlagen, mit denen besondere Gefahren für die Umwelt verbunden sind" (1995)[667].

Trotz dieser Entwicklung und des Umstandes, dass im rechtlichen Alltag schon allein die Kausalhaftung im Strassenverkehr praktisch viel bedeutsamer als die Verschuldenshaftung ist, werden die Gefährdungshaftungsbestimmungen von Lehre und Rechtsprechung immer noch als streng abgegrenzte Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung betrachtet. Es ist nicht übertrieben zu sagen, dass diese Regel-Ausnahme- Konzeption im schweizerischen Recht - wie übrigens im deutschen[668] - wirklich ein Axiom darstellt, bei dem man niemals das Bedürfnis empfand, es zu rechtfertigen, und das nie ernsthaft in Frage gestellt wurde. Von diesem unerschütterlichen Grundsatz beeinflusst, haben weder die Lehre noch die Rechtsprechung es je gewagt, den

---

663 Viney G., Traité de droit civil (dir. Ghestin J.), Bd. IV: Les obligations / La responsabilité: Conditions, Paris 1982, N 22 ff. und 439 ff.; Chabas F., Leçons de droit civil (Mazeaud H. + L./Mazeaud J./Chabas F.), Tome II/1, Obligations / Théorie générale, 8e éd., Paris 1991, N 424 ff. (besonders 448). Dies erklärt gleichzeitig, warum der französische Gesetzgeber ohne grosse Schwierigkeiten sagen konnte, "*Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation*" (Art. 489-2 CCF), wogegen unser Entwurf die heutige Haftung der Urteilsunfähigen nach Art. 54 Abs. 1 OR auf aussergewöhnliche Fälle beschränkt (vgl. Art. 48*b* VE und vorne 2.4.2.3.).

664 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 2 N 37 ff., S. 43; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 24, N. 1 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 40 ff.; Widmer P., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, a.a.O. (Anm. 17), S. 417 ff.

665 Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, ZSR 1975 S. 215 f.

666 Seuffert's Archiv 14 (1861) Nr. 208, S. 354 ff. - vgl. auch ein helvetisches Gegenstück: BGE 47 II 408. Immerhin ist auch BGE 82 II 25 ff. (30) dieser Betrachtungsweise noch sehr verwandt, insofern er ausführt, dass auch ein erfahrener Skifahrer stürzen kann, aber nur solange einem Vorwurf entgeht, als er niemanden gefährdet.

667 Vgl. vorne 1.1.1 und 1.2.2.2. Für eine Übersicht über die spezialgesetzlichen Haftungen vgl. hinten 4. Im kürzlich erlassenen Strahlenschutzgesetz hat der Gesetzgeber eine milde Kausalhaftung gewählt (vgl. dazu vorne Anm. 657 und hinten 4.2.47).

668 Vgl. Magnus U., Einheitliches Schadenersatzrecht - Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, in: Verhandlungen des zwölften Österreichischen Juristentages, Bd. II/1, Wien 1994, S. 28.

Weg der Analogie zu beschreiten[669]. In vielen Fällen musste man deshalb zu improvisierten Lösungen Zuflucht nehmen, wenn eine Tätigkeit Gefahren aufwies, die quantitativ oder qualitativ jenen gleichwertig waren, die zu einer Gefährdungshaftung in einem Spezialgesetz Anlass gaben, aber nicht unmittelbar durch diese Bestimmungen abgedeckt waren. Man wendet also Artikel 41 OR an, indem man ein objektiviertes Verschulden für den betreffenden Fall konstruiert. Oder man behilft sich mit einer gewöhnlichen Kausalhaftung, deren Tatbestand genügend weit ist, um den betreffenden Fall - mit mehr oder weniger Verrenkungen und Konstruktionen - zu erfassen. Die Rechtsprechung (vor allem jene zu Artikel 679 ZGB und den Artikeln 55 und 58 OR) bietet eine reiche Sammlung solcher Beispiele. In gewissen Fällen ist aber keine Wahlmöglichkeit gegeben, und dann zeigt sich die ganze Ungleichheit und Ungerechtigkeit, die diesem System innewohnt[670].

Die Revision muss also genau in dieser Hinsicht eine Neuerung bringen. Wie die Studienkommission[671] erachten die Verfasser des Vorentwurfs den Zeitpunkt als gegeben für folgende Überlegung: Die Tatbestände der Gefährdungshaftung, die da und dort durch gesetzgeberische Zuckungen entstanden sind, aufgrund der Tagesaktualität und scheinbar ohne Beziehung untereinander, gehen in Wirklichkeit auf eine einzige Idee und einen gemeinsamen Grundsatz zurück, der es erlauben sollte, ihnen eine gemeinsame Grundlage zuzubilligen. Am Ende des 20. Jahrhunderts ist die Anerkennung dieser Überlegung nicht revolutionärer als die Synthese, die die Väter und Verfasser des Code Napoléon vor fast 200 Jahren vorgenommen haben, als sie die zahlreichen unterschiedlichen Ansprüche des römischen Rechts in einer Generalklausel der Verschuldenshaftung verschmolzen haben[672].

2.4.4.2 Die Generalklausel als wesentliches Element der Revision - Zweck und Funktion

Der Generalklausel der Gefährdungshaftung liegt folgende Idee zugrunde: Ins Obligationenrecht ist eine genügend weit gefasste und flexible Bestimmung einzufügen, die es dem Gericht ermöglicht, die ungleiche - und deswegen ungerechte - Behandlung von Fällen zu vermeiden, deren Merkmale mit jenen Situationen vergleichbar sind, welche nach geltendem Recht schon durch besondere Bestimmungen der Kausalhaftung unterstellt sind. Dem Gericht soll der Weg für vernünftige Analogien freigemacht werden, die ihm bis jetzt angeblich "verboten" waren - und zwar ein Weg, der mit jenem des berühmten Artikels 1 Absätze 2 und 3 ZGB eng verwandt ist[673]. Der Umstand, dass die Fortentwicklung der Kausalhaftung durch die Rechtsprechung für legitim erklärt wird, soll nicht als "Flucht" des Gesetzgebers vor seiner Verantwortung aufgefasst werden, sondern als logische Folge der Feststellung, dass dieser Gesetz-

---

669 Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 294 ff.; ders., Fonction et évolution ..., a.a.O. (Anm. 17), S. 425 und 435.

670 BGE 114 II 376: "Kreiselmäher".

671 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.3, S. 26 ff., und V/3.3.1, S. 60 ff.

672 Widmer P., Fonction et évolution ..., a.a.O. (Anm. 17), S. 435.

673 Meier-Hayoz A., Berner Kommentar I/1: Einleitungstitel, Bern 1966, N 346 ff. zu Art. 1 ZGB.

geber ganz einfach nicht imstande ist, der Entwicklung zu folgen und ein einheitliches System sicherzustellen, wenn er von Fall zu Fall die Reihe der Spezialgesetze verlängert.

Der häufigste Einwand gegen die Generalklausel besagt, die Rechtssicherheit sei gefährdet. Er erscheint jedoch kaum als schlüssig: Denn die Rechtssicherheit ist in einem System nicht besser gewahrt, das aufgrund seiner Lücken das Gericht ständig zu verschiedenen Notbehelfen und Konstruktionen zwingt, um ein angemessenes Ergebnis zu erreichen, ein System, bei dem der Verschuldensbegriff keinen greifbaren Sinn mehr hat und die Tatbestände der gewöhnlichen Kausalhaftungen aufgrund missbräuchlicher Anwendung ihre Konturen verlieren.

Die vorgeschlagene Lösung will andererseits nicht alle Spezialbestimmungen abschaffen oder ersetzen, die im Laufe einer mehr als hundertjährigen Entwicklung teilweise die Lücken geschlossen und so den Boden für eine Generalklausel geebnet haben. Diese Normen sollen im Gegenteil dem Gericht als Merkpunkte dienen, das sich im konkreten Fall über die geeignete Haftungsregelung aussprechen muss. In der deutschen Diskussion zur Generalklausel[674] wurde dies die "kleine Lösung" genannt, im Gegensatz zur "grossen Lösung", die nur eine Generalklausel beibehält und ihre Konkretisierungen im positiven Recht als überflüssig ansieht. Nach ihrer Ausgestaltung im vorliegenden Vorentwurf und den Vorschlägen der Studienkommission[675] ist die Generalklausel nur ein Mittel, um dem Gericht eine Befugnis zu gewährleisten, ohne die das Haftpflichtrecht seine Aufgaben nicht mehr ordnungsgemäss erfüllen kann. In den allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingefügt, soll diese Klausel dieselbe Aufgabe gegenüber der Spezialgesetzgebung erfüllen: Diese soll in Zukunft nur noch eine Beschreibung des Sachverhalts enthalten, der diesen besonderen Gefährdungshaftungstatbestand rechtfertigt (wie z.B. Art. 58 Abs. 1 SVG oder Art. 3 KHG), und die Bestimmungen, die zur Regelung dieser besonderen Haftungsart unerlässlich sind, und zwar gerade wegen der Besonderheit der Situation, die man erfassen will (wie z.B. die Bestimmungen des KHG über die Kanalisierung der Haftung [Art. 3 Abs. 6] oder die Rolle des Bundes [Art. 12 ff.])[676]. Übrigens erfüllt sie - wie grundsätzlich alle Generalklauseln - in einem gewissen Sinn eine "Durchgangsfunktion"[677]; man will damit sagen, dass sie hauptsächlich dazu dient, die offensichtlichen Lücken zu füllen, und sich nach und nach selbst überflüssig machen kann, soweit das positive Recht die Aufgabe abnimmt, indem es (gestützt auf eine gefestigte Rechtsprechung) neue Tatbestände der Gefährdungshaftung kodifiziert. Diese könnten danach ihrerseits als Vergleichspunkte für neue Analogien dienen.

---

674 Will M.R., Quellen erhöhter Gefahr, München 1980, S. 267 ff.; Strickler Hp., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern/Stuttgart 1983, S. 127 ff.; Schlüchter F., Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden (Das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?), Bern/Stuttgart 1990, S. 321 ff.; Strickler Hp., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern/Stuttgart 1983, S. 140 ff.

675 Vgl. vorne 1.2.2.1.3.

676 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

677 Merz H., a.a.O. (Anm. 477), N 42 zu Art. 2 ZGB, spricht in diesem Zusammenhang von der "*Durchgangsfunktion*" der Generalklausel von Treu und Glauben.

Diese Konzeption tritt in den Absätzen 2 und 3 von Artikel 50 VE klar zutage: Am Ende des zweiten Absatzes werden die Spezialgesetze ausdrücklich als Vergleichspunkte genannt, während der dritte Absatz ihre Anwendung vorbehält, wenn ihre besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Im letzten Fall ist es klar, dass die besonderen Bestimmungen der Generalklausel vorgehen.

2.4.4.3 Gefährliche Tätigkeit und charakteristisches Risiko - die Elemente des Anknüpfungssachverhalts

Alle Tatbestände der Gefährdungshaftung, die in der Spezialgesetzgebung enthalten sind, haben als gemeinsamen Nenner, dass sie mit einer - mehr oder weniger genau definierten - qualifizierten Gefahrensituation verknüpft sind, die durch die Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit entstanden ist. Artikel 50 Absatz 1 VE will dieses Element verallgemeinern, indem er die Ausdrükke "*besonders gefährliche Tätigkeit*" verwendet, deren "*charakteristisches Risiko*" sich im Schadenereignis verwirklicht.

Bewusst bezieht sich die Bestimmung auf eine "*gefährliche Tätigkeit*" - nach dem Vorbild von Artikel 2050 des italienischen Zivilgesetzbuches[678] - und nicht auf gefährliche Sachen, und dies aus zwei Gründen:

– Zunächst gibt es Tätigkeiten, die nach ihrem Wesen und nicht nur aufgrund der verwendeten Gegenstände oder Stoffe gefährlich sind. Das schweizerische Recht kennt schon jetzt ein Beispiel einer solchen Tätigkeit, die der Gefährdungshaftung unterstellt ist: die Jagd. Hier unterstellt das Gesetz jene Person der Kausalhaftung, welche "*durch die Jagdausübung Schaden verursacht*"[679], und nicht den Eigentümer oder Halter eines Gewehres oder den Hundehalter. Andere solche Tätigkeiten können der Tiefbau[680] oder gewissen Sportarten[681] sein.

  Es muss aber im wesentlichen eine materielle und technische Gefahr sein, die mit diesen Tätigkeiten verknüpft ist. Das Organisationsrisiko, das sich beispielsweise in der Massenproduktion von Konsumgütern oder gewisser Dienstleistungen (beispielsweise Medien, Banken usw.) äussert, wird im Rahmen von Artikel 50 VE nicht berücksichtigt. Dagegen ist es die Grundlage der Produktehaftung und kann eine Haftung nach Artikel 49*a* VE[682] bewirken. Die besondere Art der Gefahr nach Artikel 50 VE ergibt sich auch aus der entsprechenden Norm über die ersatzfähigen Schäden (Art. 45 Abs. 3 VE) und der erwähnten Verweisung auf bestehende Spezialgesetze[683].

---

678 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 113 ff.

679 Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20.6.1986 (JSG; SR 922.0) Art. 15 Abs. 1.

680 Ausdrücklich erwähnt in BGE 64 II 254 ff. (Erw. II/1a, S. 260) und als Anknüpfungssachverhalt in einem begrenzten Bereich vorgesehen - "Bau [von Einrichtungen] einer Eisenbahn" - im Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28.3.1905 (EHG; SR 221.112.742). Vgl. auch: Gilliard, Unification, a.a.O. (Anm. 32), S. 309; Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 301.

681 Betreffend Skifahren als gefährliche Tätigkeit, vgl. Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 308 ff.

682 Vgl. vorne 2.4.3.4.

683 Vgl. vorne 2.4.4.2.

– Der zweite Grund für die Verknüpfung der Gefährdungshaftung mit einer Tätigkeit und nicht mit gefährlichen Sachen oder Stoffen ist folgender: Die Studienkommission und die Verfasser des Vorentwurfs wollten die Schwierigkeiten vermeiden, die untrennbar mit den "*Haftungen für Sachen*" verbunden sind. Diese zwingen den Gesetzgeber (und die Rechtsprechung), eine subjektive Verbindung zwischen der Sache und der haftpflichtigen Person herzustellen, indem sie entweder ein dingliches Recht (Eigentum, Besitz) heranziehen - das sich häufig als zu formelles Kriterium für eine angemessene Zurechnung erweist[684] - oder einen so vagen Begriff wie jenen der "*garde*" (Art. 1384 CCF) verwendet, dessen extreme Biegsamkeit die Rechtssicherheit - die in diesem Bereich schon ziemlich brüchig ist - auf Null reduziert.

Man begegnet übrigens denselben Problemen mit dem Begriff des "*Halters*". Zwar hat die Rechtsprechung diesen Begriff im Rahmen des Strassenverkehrsgesetzes[685] im Allgemeinen korrekt ausgelegt. Von der Rechtsprechung zum gleichen Ausdruck im Rahmen von Artikel 56 OR lässt sich dies aber nicht sagen. (Nur der - übrigens häufig nutzlose - Befreiungsbeweis verhindert, dass sie als Gefährdungshaftung eingestuft wird). Hier besteht eine offensichtliche Tendenz, jene Person als Halterin - und damit als haftpflichtig - anzusehen, die die unmittelbare körperliche Gewalt über die Sache hat[686]; aber dies ist kein angemessenes Kriterium für eine Kausalhaftung. Denn selbst wenn sich der gefährliche Charakter einer Tätigkeit hauptsächlich aus der Verwendung von "*Stoffen, Geräten oder Kräften*" ergibt, die besonders schwierig zu beherrschen sind (vgl. Artikel 22 Absatz 2), so sollte nicht in erster Linie und notwendigerweise der unmittelbare Urheber des Schadens haftbar sein, wie der Arbeiter, der den Stoff oder die Maschine behandelt, sondern die Person, die am Schalthebel der Unternehmung steht: Diese kontrolliert die gefährliche Tätigkeit in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht und zieht hauptsächlich aus ihr Nutzen. Der Vorentwurf spricht in dieser Hinsicht von der "Person, die eine Tätigkeit *betreibt*[687].

Damit sich die Anwendung der Generalklausel der Gefährdungshaftung rechtfertigt, muss die Tätigkeit "*besonders gefährlich*" sein, deren charakteristisches Risiko sich in einem Personen- oder Sachschaden verwirklicht hat. Dieser Begriff wird in Absatz 2 von Artikel 50 VE definiert. Er enthält ein *objektives und ein subjektives Element*. Das objektive Element ist die Gefahr, die das "normale Risiko" klar übersteigt, das mit jeder menschlichen Tätigkeit verbunden ist. Diese Intensität kann auf quantitativen oder qualitativen Faktoren oder einer Kombination beider Faktoren beruhen. Dies drückt der Vorentwurf mit der Wendung aus "*geeignet ... häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen*". (Das heisst, die Schäden können relativ begrenzt aber häufig sein, wie im Strassenverkehr; sie können auch selten oder sehr selten sein, aber möglicherweise sehr schwerwiegend, wie Nuklearschäden. Sie können schliesslich relativ selten aber auch relativ schwerwiegend sein, wie Schäden bei Eisenbahn- oder Flugzeugunfällen.)

---

684 Besonders anschaulich ist das Beispiel bezüglich Art. 679 ZGB: BGE 104 II 15 ff. (S. 19).

685 Vgl. hinten 2.4.4.5.

686 Vgl. z.B. BGE 104 II 23 ff.

687 Vgl. hinten 2.4.4.4.

Der besonders gefährliche Charakter einer Tätigkeit muss freilich in generell-abstrakter Weise beurteilt werden. Es geht nicht an, eine an sich harmlose Tätigkeit für immer einer Kausalhaftung zu unterstellen, weil sie - unter aussergewöhnlichen Umständen, die sich wahrscheinlich nicht wiederholen werden - einen beträchtlichen Schaden verursacht hat. Umgekehrt soll der Umstand, dass - dank einem glücklichen Zufall - eine an sich gefährliche Tätigkeit bis jetzt nur seltene und relativ glimpfliche Unfälle verursacht hat, den Richter nicht hindern, sie nach ihrem tatsächlichen Schadenpotential zu beurteilen.

In diesem Sinn ist die "Besonderheit" der Gefahr auch durch ein subjektives Element gekennzeichnet, das ebenfalls mit Bezug auf eine "Normalität" bestimmt wird: dieses Mal in Beziehung mit der Fähigkeit des Menschen, die Gefahr zu beherrschen. Dieses subjektive Element betrifft daher die körperlichen und namentlich die psychischen und intellektuellen Fähigkeiten[688], die es normalerweise einer Person erlauben sollten, den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Damit sich eine kausale Gefährdungshaftung rechtfertigt, muss die Gefahr mit der betreffenden Tätigkeit eng verbunden und ganz unvermeidlich sein. Es muss also unmöglich sein, sie völlig zu bannen, auch wenn man alle zumutbare Sorgfalt und die vollkommensten Sicherheitsmassnahmen trifft. Zwischen der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung besteht also ein dialektisches Verhältnis: die letztere rechtfertigt sich nur ausserhalb der Grenzen der ersteren. Absatz 2 von Artikel 50 VE geht sogar von den äussersten Grenzen der subjektiven Verantwortlichkeit aus; denn er nimmt als Massstab die "*von einer fachkundigen Person* [im betreffenden Tätigkeitsbereich] *zu erwartende Sorgfalt*". Nur wenn es statistisch erwiesen oder höchstwahrscheinlich ist, dass die fragliche Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann, ohne dass Schäden entstehen - trotz der grösseren Sorgfalt einer Person, die besonders umsichtig und im betreffenden Fach ausgebildet ist -, ist es legitim und notwendig, die Tätigkeit der Gefährdungshaftung zu unterstellen. Wir haben gesehen, dass die besondere und unvermeidliche Gefahr auf das Wesen einer Tätigkeit zurückzuführen sein kann (auf die Schnelligkeit, mit der sie ausgeführt wird, auf den Einsatz besonderer Kräfte, den sie notwendig macht, oder auf den Umstand, dass sie sich unter besonders schwierigen oder gefährlichen Bedingungen abspielt), oder auf gefährliche Eigenschaften von Stoffen (die giftig, entzündlich, explosiv, ätzend usw. sind) oder von Apparaten und Energien, deren Verwendung sie notwendig macht.

Aus dieser Beschreibung der Voraussetzungen einer "*besonderen Gefahr*" geht hervor, dass die Gefahr nach den wissenschaftlichen Kenntnissen im Zeitpunkt, in dem die betreffende Tätigkeit beginnt, *bekannt oder zumindest* als Möglichkeit *erkennbar sein muss*. Negativ ausgedrückt heisst dies, dass die Generalklausel der Gefährdungshaftung keine genügende Grundlage der Haftpflicht für "*Entwicklungsrisiken*" ist. Die Einführung einer solchen Haftung muss dem Gesetzgeber allein vorbehalten bleiben (und auch dieser sollte sie nicht einführen, denn sie erscheint in jedem Fall als übermässig[689]). Die wirklichen Ent-

---

688 Dieser Begriff wird in Art. 48*a* Abs. 2 VE für die Definition der "Fahrlässigkeit" verwendet; vorne 2.4.2.2.

689 Dies gilt zumindest, wenn man davon ausgeht, dass das "Mass" des Haftpflichtrechts nur das Privatrecht sein kann. Die Entwicklungsrisiken sind allgemeine Zivilisationsrisiken und müssen deshalb von der Gesellschaft als Ganzes getragen werden, das heisst durch kollektive Systeme der sozialen Sicherheit.

wicklungsrisiken sind jedenfalls äusserst selten. Sie kommen beispielsweise bei den neuen biochemischen und genetischen Techniken nicht in Frage; denn die hohen Risiken dieser Technologien sind zwar nicht konkret und detailliert bekannt, aber ohne jeden Zweifel sind diese Risiken vorhanden. Gerade die Ungewissheit über deren Intensität und Umfang ist sehr gut bekannt und lässt sie als besonders bedrohlich erscheinen.

Die Gefährdungshaftung deckt nicht jeden Schaden, der aus einer gefährlichen Tätigkeit entstehen kann; Absatz 1 von Artikel 50 VE präzisiert, dass sie nur für den Schaden gilt, der dadurch verursacht ist, "*dass sich das charakteristische Risiko verwirklicht*". Wenn - beispielsweise beim Entladen - der Arbeitnehmer einer Sprengstoffabrik eine Dynamitkiste auf die Füsse eines Passanten fallen lässt, ohne dass deren Inhalt explodiert, so wird der Arbeitgeber nicht aufgrund von Artikel 27 des Sprengstoffgesetzes haftbar. Denn der Schaden, den der Passant aufgrund des Falls der Kiste erleidet, steht in keiner Beziehung zum charakteristischen Risiko der Verwendung von Sprengstoffen oder pyrotechnischer Geräte. Als "*charakteristisches Risiko*" ist also jenes aufzufassen, das für "*die besondere Gefahr*" der betreffenden Tätigkeit typisch ist. Der Begriff des "*charakteristischen Risikos*" entspricht jenem der "*Betriebsgefahr*", zu dem es eine reiche Rechtsprechung gibt, vor allem im Strassenverkehrsrecht, wo die Gefährdungshaftung des Halters nur für Schäden gilt, die durch den "*Betrieb des Motorfahrzeugs*"[690] verursacht werden. Ebenso wird in jedem Fall zu prüfen sein, ob und in welchem Ausmass der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, durch die Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer Tätigkeit verursacht worden ist, die nach den genannten Kriterien als besonders gefährlich eingestuft wurde. Denn der Geltungsbereich der Haftung muss mit dem Anknüpfungssachverhalt, der ihrer Grundlage entspricht, in Einklang gebracht werden. Das charakteristische Risiko stellt den entscheidenden Faktor für den Nachweis dar, ob und wieweit zwischen der betreffenden Tätigkeit und dem Schaden ein typischer Kausalzusammenhang besteht, der die Haftung rechtfertigt. Aufgrund dieses Faktors muss auch entschieden werden, ob ein allfälliger Entlastungsgrund eine genügende Intensität aufgewiesen hat, um den rechtlichen Kausalzusammenhang zwischen der besonderen Gefahr und dem Schaden zu unterbrechen (Art. 47/47*a* VE). Der Faktor ist auch massgebend für die Festlegung des Umfanges des Schadenersatzes (Art. 52 VE), der Haftungsanteile bei Kollision (Art. 53*a* VE) oder im internen Verhältnis unter Mithaftpflichtigen (Art. 53*c* VE).

Der Begriff des charakteristischen Risikos ist auch Grundlage der *engen Konzeption des ersatzfähigen Schadens*, die nach dem Vorentwurf für alle Gefährdungshaftungen gelten soll. Artikel 45 Absatz 2 VE sieht vor, dass nur Personen-, Sach- und Umweltschäden erfasst sind, ausser wenn eine Bestimmung ausdrücklich anders lautet (wofür der Gesetzgeber triftige Gründe haben muss). Diese Schädigungen sind typisch für die charakteristischen Risiken, die

---

690 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 344 ff. (Überblick über die Rechtsprechung: N 365); Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 265 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 4/5 zu Art. 58 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), N 932 ff.

von der Generalklausel und den verstreuten Bestimmungen der Spezialgesetzgebung erfasst werden[691].

2.4.4.4 Anwendungsbereich der Generalklausel der Gefährdungshaftung

Wie bemerkt, muss die Generalklausel der Gefährdungshaftung vor allem Tätigkeiten und Situationen erfassen, die ein qualifiziertes und charakteristisches Risiko aufweisen, aber durch die Spezialgesetze nicht (oder noch nicht) abgedeckt sind. Diese werden sich der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung nie schnell genug anpassen können, um ungerechtfertigte und ungerechte rechtliche Unterschiede zu vermeiden, oder die Heranziehung unangemessener Konstruktionen zu verhindern, die der Einheit des Systems schaden.

Ein Bereich, in dem bis jetzt die Lücken am auffälligsten waren, ist sicher jener der *Umweltschäden*. Gewiss sind diese Lücken weitgehend durch die neue Gefährdungshaftungsnorm gefüllt worden, die mit Artikel 59*a* USG eingeführt wurde; diese Bestimmung ist nach dem Vorbild von Artikel 69 GSchG gestaltet, den sie bei gleichzeitiger Erweiterung seines Anwendungsbereichs absorbiert hat. Denn sie gilt nicht nur für die Gefahr der Gewässerverunreinigung, sondern für jeden "*Betrieb* [und jede] *Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist.*"[692]. Diese Konzeption entspricht jener der Konvention des Europarats über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten[693]. Damit besteht eine Haftungsregelung, die für den Ersatz von Schäden wie jener von Seveso, Bhopal und Schweizerhalle angemessen ist, ohne gewisse Tatbestände der einfachen Kausalhaftung missbrauchen zu müssen, wie jener von Artikel 679 ZGB, 55 und 58 OR. Unter diesem neuen Gesichtspunkt würden Fluor-Emissionen, die Obstbäume beschädigen, oder Abflüsse, die betonschädliche Sulfate enthalten[694], als typische Auswirkungen umweltschädlicher Tätigkeiten angesehen, und nicht mehr als einfache "Überschreitungen des Eigentumsrechts". Die Verunreinigung von Luft, Wasser oder Boden, die durch einen Brand in einem Lager von agrochemischen Produkten verursacht worden ist, könnte die Gefahr verwirklichen, die der Herstellung oder Verwendung dieser Produkte anhaftet, ohne dass um jeden Preis die Verletzung einer Unterweisungs- oder Überwachungspflicht des Arbeitgebers oder das Bestehen eines Mangels im Bau oder Unterhalt des Lagerhauses als "Werk" gesucht werden müsste.

Aber gerade bei einer so weitgefassten Bestimmung wie Artikel 59*a* USG erkennt man den künstlichen und unpassenden Charakter des Kriteriums, das nach wie vor seinen Anwendungsbereich einschränkt: Die neue Gefährdungshaftung gilt nur, wenn ein Schaden durch eine Einwirkung auf die Umwelt entstanden ist. Es gibt aber keinen gültigen Grund, die körperliche Unversehrtheit mehr zu schützen oder die Haftung zu verschärfen, wenn eine Person durch verunreinigte Luft oder verschmutztes Wasser vergiftet worden ist, als wenn sie

---

691 Vgl. vorne 2.3.2.1 a.E. und 2.4.4.3.

692 Vgl. vorne 1.1.2.2 und Anm. 42.

693 Übereinkommen von Lugano vom 21. Juni 1993, vgl. vorne Anm. 387.

694 BGE 81 II 442 ff., 109 II 304 ff.

direkt nach der Einnahme eines verdorbenen Nahrungsmittels vergiftet worden ist oder nach der Einatmung von Abgasen eines Gerätes oder eines Fahrzeuges, das keiner Gefährdungshaftung untersteht (z.B. ein Motorboot). Ein solcher Unterschied in der Haftungsordnung ist noch viel unverständlicher, wenn es sich um einen reinen Sachschaden handelt. Daher bleibt - ausserhalb der sogenannten Umweltschäden oder der "*ökologisch verklärten Schäden*" - ein weiter Bereich, wo der Richter die Generalklausel verwenden kann, um eine angemessene kausale Zurechnung zu erreichen, wenn eine gefährliche Tätigkeit einen Schaden verursacht hat.

In der Rechtsprechung gibt es eine ganze Reihe von Tätigkeiten oder Situationen, wo die Generalklausel hätte angewendet werden können, namentlich anstelle der Haftungen nach Artikel 55 und 58 OR:

- Schiessstand (BGE 16 812; vgl. auch 70 II 215 und 71 II 107);
- Verwendung von Dampfkesseln (BGE 63 II 143), von Bottichen oder Kesseln, in denen chemische Reaktionen stattfinden (BGE 72 II 311) oder Gasbadöfen (BGE 57 II 104, 117 II 50);
- allerlei Unfälle, die durch Maschinen verursacht wurden, die häufig nicht dem klassischen Begriff des "*Werks*" als "*stabile, mit der Erde verbundene Gegenstände*" entsprachen, wie: Dreschmaschinen (BGE 47 II 425; 72 II 255); andere landwirtschaftliche Maschinen (BGE 57 II 61; 60 II 38; 77 II 308; SJZ 1944 147 Nr. 88); Luftseilbahnen und Seilwinden (56 II 278; 60 II 218, ZBJV 1947 443); verschiedene Motoren und Geräte (BGE 27 II 578; 32 II 63; SJZ 1981 96 Nr. 19); Aufzüge (BGE 32 II 63; 35 II 421; 41 II 687; 91 II 201; 32 II 63; SJZ 1919/20 131 Nr. 27); Krane (BGE 96 II 27);
- Tankstelle (ZR 1955 26).

Ferner wird man sich von der geltenden verwaltungsrechtlichen Arbeitnehmerschutzgesetzgebung[695] und der Gesetzgebung über die Verhütung von Berufsunfällen im Rahmen der sozialen Sicherheit[696] leiten lassen. Man kann von der Vorstellung ausgehen, dass Tätigkeiten, die unter dem Gesichtspunkt der Arbeitssicherheit als besonders gefährlich angesehen werden, auch im Verhältnis zu Dritten als gefährlich betrachtet werden müssen[697].

In der italienischen Rechtsprechung zu Artikel 2050 CCI[698] findet man ausser Tätigkeiten, die nach schweizerischem Recht schon durch Spezialgesetze abgedeckt sind (wie Jagd, Herstellung oder Verwendung von Sprengstoffen und pyrotechnischen Gegenständen oder Betrieb von Elektrizitätswerken) die folgenden Beispiele:

- Herstellung und Verwendung von Flaschen für flüssiges Gas;
- Betrieb von Luftseilbahnen, Sessel- und Skiliften;
- Bauplätze und Tiefbau-Arbeiten;

---

695 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3), SR 822.113.

696 Vgl. die verschiedenen Berufszweige, für die besondere Bestimmungen bestehen: SR 832.311 - 314.

697 Vgl. auch Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, a.a.O. (Anm. 17), S. 296 f.

698 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 171 ff.

- gewisse landwirtschaftliche Tätigkeiten, namentlich jene, welche die Verwendung von Maschinen voraussetzen;
- Betrieb gefährlicher Anlagen, wie Schwimmbäder, Stadien oder Vergnügungsparks;
- verschiedene Sportarten mit technischen Risiken (Reiten, Auto- und Kartrennen); der gefährliche Charakter von Rad- und Skirennen ist umstritten; eine Entscheidung aus dem Jahr 1951, die das Kugelspiel ("Boggia") als gefährlich erachtete, ist isoliert geblieben.

Auffallend ist, dass Rechtsprechung und herrschende Lehre in Italien es bis jetzt ständig abgelehnt haben, Artikel 2050 CCI auf die ärztliche Tätigkeit anzuwenden[699]. Auch die Verfasser des Vorentwurfs sind der Ansicht, dass normale diagnostische und therapeutische Massnahmen nicht als gefährliche Tätigkeiten im Sinne der Generalklausel angesehen werden können. Sie könnten höchstens unter dem Gesichtspunkt des Organisationsrisikos berücksichtigt werden, wenn sie zum Betrieb eines Spitals, eines ärztlichen Zentrums oder Bereitschaftsdienstes gehören, die als Unternehmung im Sinne von Artikel 49*a* VE betrachtet werden können. Diese Auffassung wird nicht etwa damit begründet, dass Artikel 50 VE von vornherein nicht auf die sogenannten "freien Berufe" anwendbar wäre. Vielmehr stützt sie sich auf die Überlegung, dass das typische Risiko der *ärztlichen Kunst* - das heisst, die mehr oder weniger grosse Unsicherheit, die ihr anhaftet - qualitativ dem technischen Risiko der vorgeschlagenen Generalklausel nicht gleichgesetzt werden kann. Andere Überlegungen können freilich insofern angestellt werden, als die fragliche medizinische Tätigkeit mit Energien, Apparaten oder Stoffen ausgeübt wird, die selbst ein charakteristisches Risiko aufweisen, das nicht von Artikel 39 des Strahlenschutzgesetzes abgedeckt ist[700].

2.4.4.5 Die Grundlage der Gefährdungshaftung: Zurechnungskriterium und Bestimmung der haftpflichtigen Person

Artikel 50 Absatz 1 VE legt den Grundsatz der Gefährdungshaftung fest und bezeichnet "*la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse" / die Person, die die gefährliche Tätigkeit betreibt,*" als haftpflichtig. Diese Begriffe (die man übrigens im europäischen Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden findet[701] und die auf deutsch schwierig wiederzugeben sind) wurden gewählt, um die Grundlage der Gefährdungshaftung hervorzuheben. Denn die Haftung muss der (natürlichen oder juristischen) Person zugewiesen werden, welche die gefährliche Tätigkeit sowohl in organisatorischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht kontrolliert. Sie hat auch die Befugnis und die Mittel, um die Gefahr auf ein Mindestmass zu reduzieren, indem sie die Schadensverhütung fördert und ein Sicherheitsdispositiv aufstellt. Sie handelt normalerweise die Versicherungsverträge aus und zieht hauptsächlich Nutzen aus der Tätigkeit.

---

699 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 211 ff.

700 Vgl. vorne 1.1.2.2 a.E. Anm. 667 und hinten 4.2.47.

701 Vgl. vorne 2.3.2.2.5 sowie Anm. 387 und 693.

Mit dem Ausdruck "*Betreiber*" ist grundsätzlich dieselbe Person gemeint, die im SVG und anderen Spezialgesetzen "*Halter*"[702] genannt wird. Man will aber das eigentliche Zurechnungskriterium stärker hervorheben. Denn gemäss dieser Auffassung ist die Haftung das Gegenstück zum Privileg des Betreibers, eine Tätigkeit auszuüben, die so gefährlich ist, dass sie normalerweise verboten werden müsste. Die freiheitliche Rechtsordnung lässt die Schaffung einer solchen Gefahr zu, insoweit die betreffende Tätigkeit vernünftigen Zwecken dient, seien sie wirtschaftlicher Art oder reines Vergnügen[703]. Doch der Preis für dieses Privileg ist gerade die Haftung ohne Verschulden, wenn sich die Gefahr verwirklicht hat. Man konnte daher sagen, dass diese Tätigkeiten "*von der Rechtsordnung entschuldigt*"[704] wird, in dem Sinne, dass ihre Ausübung nicht von vornherein als ein Verschulden angesehen wird[705].

Die Gefährdungshaftung kann deshalb definitionsgemäss nur für gefährliche Tätigkeiten gelten, deren Ausübung grundsätzlich erlaubt ist. Eine "*unnötigerweise gefährliche*" Tätigkeit fällt dagegen unter die Verschuldenshaftung, da sie gerade keinem vernünftigen sozialen Bedürfnis entspricht, das durch die Rechtsordnung gutgeheissen werden könnte. Dasselbe gilt für eine an sich zulässige Tätigkeit, die ohne die nötigen Bewilligungen ausgeübt wird, oder bei der bestimmte Bedingungen oder Auflagen, die eine Behörde dem Betreiber auferlegt hat, nicht eingehalten werden. Es wäre jedoch stossend, wenn in einem solchen Fall die Kausalhaftung unter dem Vorwand abgelehnt würde, die Tätigkeit sei rechtswidrig, und man deshalb die geschädigte Person zwingen würde, das Verschulden des Schädigers zu beweisen (auch wenn unter diesen Umständen der Beweis nicht schwierig zu erbringen wäre). Darum wird in Artikel 50 Absatz 1 VE präzisiert, dass die Generalklausel, "*selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt*", anzuwenden ist. Bei einer unerlaubten Tätigkeit wird ihre Anwendung noch viel mehr gerechtfertigt sein. Die Anwendung der Gefährdungshaftung wird rein objektiv bestimmt, aufgrund des einzigen Umstandes, dass es sich um eine besonders gefährliche Tätigkeit handelt. Die Verletzung einer Bedingung oder Vorschrift für deren Ausübung wird jedoch unter dem Gesichtspunkt des zusätzlichen Verschuldens berücksichtigt (Art. 51*a* VE[706]) - gleich wie die Verletzung einer Sorgfaltspflicht.

Der Begriff "*Betreiben*" und der zugrundeliegende Gedanke des Ausgleichs von Nutzen und Gefahr erwecken natürlich den Eindruck, dass die Gefährdungshaftung hauptsächlich eine "*Unternehmungshaftung*" ist; diese Annahme wird im deutschen Text dadurch verstärkt, dass die Begriffe "*Unternehmung*" und "*Betrieb*" praktisch gleichbedeutend sind und fast automatisch mit

---

[702] Zu beachten ist, dass Art. 64 LFG vom "*Halter des Luftfahrzeugs*" spricht und der entsprechende französische Text den Ausdruck "*l'exploitant de l'aéronef*" verwendet, während "*der Inhaber einer Kernanlage*" (Art. 3 KHG) auf französisch zum "*exploitant d'une installation nucléaire*" wird. Im USG (Art. 59*a*) erscheint der "*Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist*", dagegen auf französisch als "*le detenteur d'une entreprise ou d'une installation ...*".

[703] BGE 64 II 254 ff. (Erw. II/1a, S. 260); vgl. vorne Anm. 679.

[704] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 24 N 22 ff.

[705] Vgl. vorne 2.4.4.1 Anm. 666.

[706] Vgl. hinten 2.4.5.2.

dem Begriff "*Betriebsgefahr*" in Verbindung gebracht werden. Für die grosse Mehrheit der Fälle trifft diese Betrachtungsweise zu. Aber das Vorhandensein einer Unternehmung, verstanden als eine Organisation *mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten*, ist keine Voraussetzung der Gefährdungshaftung, im Gegensatz zur Hilfspersonenhaftung (Art. 49*a* VE[707]) Das Minimum an wirtschaftlicher und infrastruktureller Organisation, das beispielsweise die Verwendung eines Motorfahrzeugs bedingt - auch wenn der Halter es nur für Sonntagsausflüge oder Ferien benützt -, und der Nutzen und die Befriedigung rein immaterieller Art, die man daraus zieht, genügen für eine kausale Zurechnung, entsprechend dem Wesen der Gefährdungshaftung. Dasselbe gilt für die Ausübung der Jagd oder einer gefährlichen Sportart.

2.4.5 Gemeinsame Bestimmungen über die Gefährdungshaftung (Art. 51/51a VE)

2.4.5.1 Vorbemerkung

Die Bestimmungen, über die *stellvertretende Haftung* und das *zusätzliche Verschulden* sind formell neu. Sie bekräftigen aber Grundsätze, die in Rechtsprechung und Lehre fest verankert sind. Ihre systematische Stellung ergibt sich daraus, dass die Gefährdungshaftung ihr Hauptanwendungsgebiet darstellt. Die Studienkommission hatte sie daher beide in die Generalklausel für Gefährdungshaftung eingefügt[708]. Die Verfasser des Vorentwurfs möchten dagegen ihre allgemeine Bedeutung hervorheben. Denn die Bestimmungen gelten auch für die Tatbestände der "einfachen Kausalhaftung", soweit diese beibehalten werden. Dies trifft namentlich für die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB), des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB), des Tierhalters (heute Art. 56 OR[709]), des Werkeigentümers (heute Art. 58 OR[710]) und der Herstellerin im Sinn des neuen Produktehaftpflichtgesetzes[711] zu.

2.4.5.2 Zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten (Art. 51 VE)

Die Gefährdungshaftung und die übrigen Kausalhaftungen knüpfen nicht an das individuelle Verhalten einer Person an, sondern an einen Sachverhalt oder eine Situation, die objektiv definiert sind. Daher bedingen sie automatisch eine Haftung der betreffenden Person (des Betreibers der gefährlichen Tätigkeit, des Werkeigentümers oder der Herstellerin im Sinn des Produktehaftpflichtgesetzes) für das Verhalten aller Personen, die zur Verwirklichung des charakteristischen Risikos oder jedes anderen Sachverhaltes beigetragen haben, für den sie einstehen muss[712]. Deren Verhalten wird in einer ersten Phase[713] nicht als

---

707 Vgl. vorne 2.4.3.4.

708 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.6 und V/3.3.7, S. 67 f.

709 Vgl. hinten 3.3.

710 Hinten 3.4.

711 PrHG vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944.

712 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 52 ff.

persönlicher Umstand, sondern als Bestandteil des objektiven Anknüpfungssachverhalts betrachtet, sofern diese Person zulässigerweise in der Einflusssphäre der haftpflichtigen Personen gehandelt hat.

Diesen Grundsatz will Artikel 51 VE in Erinnerung rufen. Er ist an sich unbestritten, wird aber im geltenden Recht nicht sehr einheitlich und manchmal sogar auf irreführende Art und Weise ausgedrückt[714]. Artikel 51 VE will vor allem ganz klar festhalten, dass die Haftung für fremdes Verhalten unabhängig von jedem Verschulden des unmittelbaren Verursachers des Schadens gilt. Demgegenüber könnte Artikel 58 Absatz 4 SVG den Eindruck erwecken, er setze "*das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen*" voraus. Der Begriff "*Hilfsperson*" ist übrigens in diesem Zusammenhang ungenau; denn es muss sich nicht notwendigerweise um eine Person handeln, die der haftpflichtigen Person untergeordnet ist. Jede Person, die "*im Dienst der gefährlichen Tätigkeit steht*" (um es in Anlehnung an die französische Fassung des SVG auszudrücken) und deren Anwesenheit der Betreiber in seiner Einflusssphäre duldet, ist Teil jener Gesamtheit von Umständen, an die die Haftung anknüpft, welches auch ihre Lage oder ihre Rechtsbeziehungen zu der haftpflichtigen Person sein mögen. Sie kann nur dann als Dritter angesehen werden, wenn sie sich gegen den (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willen der haftpflichtigen Person in deren Angelegenheiten eingemischt hat.

Die zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten gilt, wie bemerkt, grundsätzlich für alle Kausalhaftungen, seien sie scharf oder mild. Klar ist jedoch, dass diese Bestimmung im Rahmen der Hilfspersonenhaftung (Art. 49 und 49*a* VE = heute Art. 55 OR) keine selbständige Funktion hat. Dort ist das Beiziehen einer anderen Person für die eigene Tätigkeit bereits der charakteristische Anknüpfungssachverhalt[715]. In diesem Fall ist die "*stellvertretende Haftung*" nicht mehr ein Zusatz, sondern die Rechtsfolge schlechthin. Weder das geltende schweizerische Recht noch der vorliegende Revisionsentwurf lassen einen "dezentralisierten Befreiungsbeweis[716]" zu.

2.4.5.3 Das zusätzliche Verschulden (Art. 51a VE)

Das Verschulden von Personen, die zur Verwirklichung der Gefahr oder eines anderen Anknüpfungssachverhalts beigetragen haben, ist ohne Bedeutung für die Begründung und Auslösung der Kausalhaftung des Betreibers, Inhabers, Eigentümers oder Halters (dasselbe gilt für dessen eigenes Verschulden). Dies bedeutet indessen nicht, dass dieser Umstand völlig belanglos wäre. Die Frage stellte sich bereits, als es darum ging, die Anwendung der Gefährdungshaftung auf gefährliche Tätigkeiten zu erklären, die von der Rechtsordnung nicht gedul-

---

713 Dieser Vorbehalt zeigt an, dass in einer zweiten Phase, unter dem Gesichtspunkt der Haftungskonkurrenz (Art. 53*b*/53*c* VE), das individuelle Verschulden der Hilfsperson auch ihre persönliche Haftung aufgrund von Art. 48 VE (heutiger Art. 41 OR) nach sich zieht.

714 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 52 ff.

715 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 86; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 68, II/1, § 17, N 4 a.E., und § 20, N 1.

716 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 73; Honsell H., a.a.O. (Anm. 51), § 13/3, S. 95.

det sind und deren Ausübung daher (im Allgemeinen oder im Einzelfall) eine - regelmässig schuldhafte - Verletzung einer Sorgfaltspflicht darstellen würde[717].

Über die Rolle des Verschuldens im Rahmen der Kausalhaftung lässt sich aufgrund folgender Überlegungen eine allgemeine Regel aufstellen: Wenn eine Person aufgrund einer Norm über die Gefährdungshaftung ersatzpflichtig ist und sie oder andere Personen, für die sie einzustehen hat (Art. 49*a*, 50 und 51 VE), ein Verschulden trifft, so liegt ein *besonderer Fall der* "*Häufung von Haftungsgründen*" vor[718].Meistens wird diese Häufung keine spürbaren Auswirkungen haben. Denn gemäss einem Grundprinzip des schweizerischen Haftpflichtrechts darf der Ersatz in keinem Fall den Wert des Verlusts übersteigen, den er ausgleichen soll. Es kommt daher nicht in Frage, dass in solchen Fällen den Geschädigten ein erhöhter Schadenersatz zugesprochen wird, weil sie sich auf mehrere Haftungsgründe berufen können. Hingegen ist allgemein anerkannt: Wenn eine oder mehrere schuldhafte Handlungen einer Person zuzurechnen sind, die grundsätzlich kausal und ohne jeden subjektiven Vorwurf für ein schädigendes Ereignis haftet, so können sie bei der Bemessung des Ersatzes unterhalb des maximalen Schadensbetrags eine Rolle spielen. Dieser Fall kann namentlich eintreten, wenn der Ersatz an sich wegen Selbstverschuldens oder eines mitwirkenden Zufalls (was seltener ist) gekürzt werden müsste. Es wird anerkannt, dass das "*zusätzliche Verschulden*" in einem gewissen Ausmass die Faktoren neutralisieren kann, die sich zuungunsten der geschädigten Person auswirken würden, wenn man nur die objektive Grundlage der Haftung berücksichtigen würde[719]. Das Gericht, das den Umfang des Schadenersatzes "*aufgrund der Umstände*" festsetzen muss[720], kann daher alle Elemente in die Waagschale werfen, die die Stellung der haftpflichtigen Person im Sinne einer "*haftungsausfüllenden Kausalität*" belasten[721].

Parallel dazu kann das zusätzliche Verschulden bei der Haftungskollision eine Rolle spielen, d.h. "*wenn mehrere Personen einander Schaden zufügen*" (Art. 53*a* VE[722]), ferner wenn der verursachte Schaden unter mehreren solidarisch haftenden Personen aufzuteilen ist (Art. 53*c* Abs. 1 VE[723]). In all diesen Fällen stellt das zusätzliche Verschulden einen erschwerenden Umstand für die Personen dar, denen es zugerechnet werden kann. Dies gilt für beide Seiten: Ein zusätzliches Verschulden auf der Seite der geschädigten Person, die sich eine objektive Gefahr oder Situation zurechnen lassen muss, kann ihre Lage verschlechtern und infolgedessen jene der Haftpflichtigen verbessern.

---

717 Vorne 2.4.4.5.

718 Hinten 2.6.2.

719 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 139 und 264 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 5, N 5 und 6 sowie § 9, N 28 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 79, 251 und 256 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 97 und 352 ff.; Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.7, S. 67 f.

720 Art. 43 und 44 OR. Vgl. auch Art. 52 VE und hinten 2.5.2.

721 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 20.

722 Hinten 2.6.3.

723 Hinten 2.6.4.4.

Zu betonen ist jedoch, dass diese Auffassung nichts mit der Hierarchie der Haftungsgründe zu tun hat, die Artikel 51 Absatz 2 OR anscheinend aufstellt. Nach dieser Bestimmung soll das Verschulden das schwerwiegendste Zurechnungskriterium sein. Wenn diese "Regel"[724] streng angewendet würde, müssten daher der oder die Haftpflichtigen, denen ein Verschulden angelastet werden kann - und sei es noch so leicht -, den ganzen Schaden tragen. Der Vorentwurf will im Gegenteil diese Diskriminierung des Verschuldens gegenüber anderen Zurechnungskriterien aufheben und die verschiedenen Haftungsgründe gleichstellen[725]. Denn das zusätzliche Verschulden soll die anderen Haftungsgründe nicht verdrängen, sondern nur als ein Umstand unter anderen hinzukommen[726]. Unter diesem Gesichtspunkt muss daher eine Bestimmung wie jene von Artikel 59 Absatz 1 SVG geändert und gemildert werden, die bereits heute, aber in übertriebener Art und Weise (vgl. hinten 4.2.35), den Grundsatz des "zusätzlichen Verschuldens" festlegt. Wörtlich ausgelegt, würde diese Bestimmung jede Entlastung des Halters ausschliessen, sobald ein noch so geringes Verschulden von ihm oder einer Person, für die er verantwortlich ist, "*zum Unfall beigetragen hat*". In gewissen Fällen kann das zusätzliche Verschulden tatsächlich dieses Ergebnis herbeiführen. Man kann sich jedoch andere Fallkombinationen vorstellen, wo ein leichtes Verschulden des kausal Haftenden oder seiner Hilfspersonen nicht genügend Gewicht hat, um eine äussere Ursache zu verdrängen, die ganz "überwiegt", wie dies bei höherer Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden der Fall sein kann (Art. 47*a* VE)[727].

2.5 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52a VE)

2.5.1 Allgemeine Bemerkungen

Die klassische Abwicklung der Haftpflicht geschieht in zwei Hauptphasen, deren Unterscheidung aus praktischen Gründen gerechtfertigt ist. Die erste Phase betrifft den Grundsatz der Haftung. Man fragt sich, ob die Voraussetzungen der Haftung gegeben sind, ob namentlich ein Zurechnungsgrund besteht, der gestützt auf eine Rechtsnorm der geschädigten Person erlaubt, die Last des Ersatzes einem Dritten aufzuerlegen. Wenn ja, wird in einer zweiten Phase der Schadenersatz bestimmt, d.h. es werden Art und Umfang des Schadenersatzes festgelegt. Diese Frage wird heute von den Artikeln 43 und 44 OR geregelt, die einen allgemeinen Anwendungsbereich haben[728]. Die meisten Gesetze, die eine Kausalhaftung vorsehen, verweisen mit verschiedenen Formulierungen darauf[729]. Einige Spezialgesetze enthalten in diesem Bereich besondere Re-

---

724 Art. 51 Abs. 2 OR lautet in der Tat wie folgt: "Dabei trägt *in der Regel* derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat ..."

725 Vgl. hinten 2.6.4.4.

726 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N 12 ff.

727 Vgl. vorne 2.3.4.5. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 443 f.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.3 zu Art. 59 SVG; Widmer P., La réforme ..., a.a.O. (Anm. 563), N 25, S. 1095.

728 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 263; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 541.

729 Vgl. z.B. Art. 62 Abs. 1 SVG, 36 Abs. 1 EleG, 79 LFG, 7 Abs. 1 KHG (der Art. 44 Abs. 2 OR ausschliesst), 11 Abs. 1 PrHG. Vgl. dazu: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 9.

gelungen, wie jene, die es erlaubt, das ungewöhnlich hohe Einkommen des Opfers zu berücksichtigen (Art. 62 Abs. 2 SVG, 7 Abs. 2 KHG, 4 EHG).

Entsprechend dem Vorschlag der Studienkommission[730] sehen die Verfasser des Vorentwurfs keinen Grund, die Regelungen über die Bestimmung des Schadenersatzes wesentlich zu ändern. Sie erachten es höchstens als nützlich, ihren Anwendungsbereich zu verallgemeinern und ihren Wortlaut auf den neuesten Stand zu bringen, um vor allem dem Aufschwung der Gefährdungshaftung und der Entwicklung der Versicherung Rechnung zu tragen. Ausserdem erachten sie es als zweckmässig, die Systematik des Gesetzes klarer zu gestalten. Daher unterscheidet der Vorentwurf zwischen der Bemessung der Ersatzleistung einerseits (Art. 25) und der Art der Ersatzleistung andererseits (Art. 26). Die letztere Frage soll logischerweise erst gelöst werden, wenn entschieden ist, ob und in welchem Umfang eine Entschädigung zu leisten ist. Im Übrigen werden die meisten Lösungen, die bei der Anwendung der heutigen Bestimmungen entwickelt worden sind, ihre Gültigkeit behalten. Allgemein ist zu sagen, dass das Gericht in diesem Bereich ein breites Ermessen haben muss (Art. 4 ZGB). Es wird die hier erläuterten Bestimmungen von Amtes wegen anwenden, wie dies heute für die Artikel 43 und 44 OR der Fall ist[731].

2.5.2 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE)

Im heutigen Recht ist die Bemessung der Ersatzleistung in den Artikeln 43 Absatz 1 und 44 OR allgemein geregelt. Trotz ihres unterschiedlichen Randtitels und ihrer unterschiedlichen Formulierungen über das Ermessen des Richters verfolgen diese Bestimmungen denselben Zweck: Die Ersatzpflicht soll aufgrund gewisser Umstände angepasst werden. Dies geschieht, wenn es sich rechtfertigt, dass der Schaden nicht voll ersetzt wird, sondern zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person oder einem Dritten aufgeteilt wird[732]. Die gesetzliche Regelung erwähnt in nicht abschliessender Weise die Umstände, die berücksichtigt werden können: die Leichtigkeit des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR), die Notlage der haftpflichtigen Person (Art. 44 Abs. 2 OR), die Tatsache, dass das Opfer in die Schädigung eingewilligt oder zur Schädigung beigetragen hat - durch sein Verschulden oder durch einen Umstand, für den es einstehen muss, wie die konstitutionelle Prädisposition oder die einer Tätigkeit innewohnende Gefahr (Art. 44 Abs. 1 OR). Man spricht im Zusammenhang mit diesen Umständen oft von Herabsetzungsgründen. Sie erlauben, die theoretisch maximale Entschädigung zu reduzieren, die dem vollen Schaden entsprechen würde, und daher die unannehmbare Alternative zu vermeiden, die sich aus dem Grundsatz "alles oder nichts" ergeben würde.

---

730 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7, S. 97 ff.

731 BGE 111 II 161.

732 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 261; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 556 ff. Unter den Dritten versteht man hier vor allem den Sozialversicherer, den privaten Schadensversicherer oder den Arbeitgeber, die aufgrund des Gesetzes oder eines Vertrages Leistungen erbringen müssen, mit Ausnahme von Schenkungen (BGE 97 II 266). Die Frage betrifft sowohl die Schadensberechnung als auch die Bemessung des Schadenersatzes.

Wie die Studienkommission festgestellt hat[733], ist die Frage der Bemessung des Schadenersatzes mit jener der Rechtswidrigkeit und der juristischen Kausalität verbunden. Derselbe Umstand kann zugleich ein Rechtfertigungsgrund und ein Grund für die Herabsetzung des Schadenersatzes sein (z.B. die Einwilligung des Opfers in die Schädigung oder in die Gefährdung)[734]. Er kann auch ein Grund für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und ein Herabsetzungsgrund sein (z.B. die höhere Gewalt oder der gewöhnliche Zufall; das schwere oder leichte Selbstverschulden). Mit anderen Worten kann dieselbe mitwirkende Ursache je nach den Umständen zu einer vollständigen oder teilweisen Entlastung führen. Alles hängt letzten Endes von der Intensität der betreffenden Ursache ab, die unter dem Gesichtspunkt des Haftungsgrundes bestimmt wird[735]. Die Grundlage der Haftung (und ihre normative Bedeutung) bestimmt aufs Ganze gesehen nicht nur den Grundsatz der Ersatzpflicht, sondern auch ihren Umfang[736]. Diese Feststellung hatte die Studienkommission veranlasst, sich zu fragen, ob die Bestimmungen über die Entlastungsgründe in die Regelung über die Schadenersatzbemessung eingefügt werden sollten. Die Verfasser des Vorentwurfs haben dies aus praktischen und systematischen Gründen abgelehnt. Sie sind sich jedoch bewusst, dass die Frage nach dem Vorhandensein einer Ersatzpflicht und die Frage nach deren Bemessung in grundlegender Weise mit derselben rechtlichen Problematik verknüpft sind.

Nach dem Wortlaut von Artikel 52 Absatz 1 VE bemisst das Gericht die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände; es berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche der haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind, sowie die von dieser zur Schadensabwehr oder -minderung getroffenen Massnahmen. Diese Bestimmung übernimmt den allgemeinen Grundsatz von Artikel 43 Absatz 1 OR, indem sie dem Gericht ein breites Ermessen einräumt. Sie nennt als Beispiele einige Umstände, die berücksichtigt werden können: die Schwere des Verschuldens der haftpflichtigen Person (wie im geltenden Recht), aber auch die Intensität des charakteristischen Risikos, das dieser Person zuzurechnen ist (sei es aufgrund der Generalklausel von Artikel 50 VE oder einer Spezialbestimmung). Diese Verweisung ist formell neu. Sie folgt auch in diesem Bereich der Überlegung, wonach zwischen den beiden wichtigsten Haftungsgründen eine Parallele besteht[737].

Es ist üblich, unter den Umständen, die hier in Frage kommen, eine Dreiteilung vorzunehmen, je nachdem, ob sie mit der haftpflichtigen oder mit der geschädigten Person verknüpft sind oder nichts mit ihnen zu tun haben. Im Anschluss an diese Unterscheidung sind hier nur einige Bemerkungen anzubringen. Im Übrigen ist auf die Lösungen zu verweisen, die ihre Bedeutung auch in Zukunft behalten werden. Was die Umstände aufseiten der haftpflichtigen Person betrifft, ist die Schwere ihres Verschuldens ein klassisches Element des Ermes-

---

733 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2, S. 48 ff., und V/7.2, S. 99 f.

734 Vgl. vorne 2.3.3.4.

735 Vgl. vorne 2.3.4.5.

736 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), bes. Kap. 4, 5, 6, 8 und 9; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 243.

737 Vgl. Art. 41 Abs. 2 Ziff. 1 und 43 VE; vorne 2.1.

sens. Recht häufig wird der Schadenersatz wegen der Geringfügigkeit des Verschuldens des Schädigers herabgesetzt, vor allem bei Unfällen, die von Kindern verursacht worden sind[738]. Nicht auszuschliessen ist jedoch, dass auch ein mittelschweres oder ausnahmsweise sogar ein schweres Verschulden zu einem solchen Ergebnis führen könnte[739]. Von vornherein ist die Vorstellung massgebend, dass der Umfang der Haftung im Verhältnis zu ihrer Grundlage bestimmt werden muss. Dies gilt sowohl für die Verschuldenshaftung, als auch für die Gefährdungshaftung und sogar für die gewöhnlichen Kausalhaftungen, die auf einer Verletzung der Sorgfaltspflicht gründen. Bei jedem dieser Tatbestände kann das Gericht den Umfang des Ersatzes abstufen: nach der Schwere des Verschuldens (das bei der Verschuldenshaftung subjektiv, bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen objektiv ist) oder nach der Intensität des charakteristischen Risikos (z.B. des Gewichts oder der Geschwindigkeit des in den Unfall verwickelten Autos)[740]. Bei den Kausalhaftungen darf die Geringfügigkeit des Verschuldens der haftpflichtigen Person oder einer Hilfsperson an sich keinen Herabsetzungsgrund darstellen[741]. Das Verschulden kann dennoch als zusätzliches Verschulden eine Rolle spielen, wenn aufseiten der geschädigten Person mitwirkende Umstände vorliegen (vor allem Selbstverschulden). In einem solchen Fall wird der Ersatz weniger stark vermindert, als es der mitwirkende Umstand als solcher rechtfertigen würde. Daraus ergibt sich eine gewisse Neutralisierung - oder ein teilweiser Ausgleich - der in Frage stehenden Elemente des Ermessens[742]. Unter den Umständen in der Sphäre der haftpflichtigen Person ist schliesslich die Gefälligkeit oder die Dienstleistung zu erwähnen, die unentgeltlich oder gegen ein bescheidenes Entgelt des Opfers erbracht wird (Art. 99 Abs. 2 OR). Trotz der Aufhebung von Artikel 59 Absatz 3 SVG im Jahre 1975 sollte man sich auf diesen Entlastungsgrund berufen können, freilich beim Autotransport nur in engem Ausmass[743].

Die Umstände, die mit der geschädigten Person verknüpft sind - die sich auch das Verhalten ihrer Hilfspersonen zurechnen lassen muss[744] - stellen in der

---

738 BGE 82 II 31, 90 II 13, 104 II 188.

739 Brehm R., L'étendue des dommages-intérêts, in Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zürich 1981, S. 505; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 79 zu Art. 43 OR; anderer Meinung: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 244.

740 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 4.2, 5 und 9.3; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 544. In diesem Zusammenhang kann man auch von einem mehr oder weniger intensiven Kausalzusammenhang sprechen; vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 53 f. zu Art. 43 OR.

741 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 41 zu Art. 43 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 12a.

742 Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 544; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 291; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 246; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 zu Art. 44 OR; BGE 91 II 223; 116 II 737. Vgl. auch vorne 2.4.5.3.

743 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 ff. zu Art. 43 OR; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 4.6 zu Art. 59 SVG; anderer Meinung: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 282. In BGE 117 II 619 hat sich das Bundesgericht nicht über die Tragweite der Aufhebung von Art. 59 Abs. 3 SVG ausgesprochen; aber es lehnt es ab, den Umstand als Gefälligkeit anzusehen, dass der Halter sein Fahrzeug einem Familienmitglied für einen Besuch bei Angehörigen anvertraut.

744 Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 548 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 42 zu Art. 44 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 164 f.; BGE 99 II 200 f., wo das Bundesgericht Art. 58 Abs.

Praxis die am meisten geltend gemachten Haftungsminderungsgründe dar. Sie können dem Opfer entgegengehalten werden, im Todesfall aber auch den Erben und den Personen, die ihren Versorger verloren haben[745]. Voraussetzung ist aber auch ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang zwischen dem betreffenden Umstand - z.B. dem Selbstverschulden - und dem Schaden. Dies ist der Fall, wenn dieser Umstand in massgebender Weise (und nicht in offensichtlich überwiegender Weise im Sinne von Art. 16) zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Sein Einfluss auf die Bemessung des Ersatzes hängt von der Grundlage der Haftung und den anderen Ursachen ab, die möglicherweise bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben. Unter den Umständen, die der geschädigten Person entgegengehalten werden können, sind vor allem die Haftungsgründe der Verschuldens- und der Gefährdungshaftung zu nennen: das Verschulden und das charakteristische Risiko. Im geltenden Recht anerkennt man seit langem, dass der Halter eines Tieres oder eines Motorfahrzeuges aus diesem Grund einen Teil des Schadens selbst tragen muss[746]. Die Lehre misst diesem Prinzip eine allgemeine Bedeutung zu[747]. Aber auch andere Umstände, für die die haftpflichtige Person einzustehen hat, können bedeutsam werden. Dies gilt etwa für das objektiv fehlerhafte Verhalten des Opfers, das im Zeitpunkt des Unfalls unzurechnungsfähig ist[748]. Es kann sich auch um die Einwilligung des Opfers handeln, sofern sie keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 46*a* Absatz 2 VE darstellt[749]; dies wäre bei einem Patienten der Fall, der sich - nach korrekter Aufklärung - einem unnötig gefährlichen medizinischen Experiment unterzieht. Es kann sich auch um die Billigung der Gefahr handeln (acceptation du risque); diese wird von der Rechtsprechung im Allgemeinen unter dem Gesichtspunkt des Selbstverschuldens geprüft, wenn das Opfers sich willentlich oder fahrlässig einer konkreten Gefahr aussetzt, die das ordentliche Mass überschreitet[750]. Wie einige Autoren betont haben, passt diese Auslegung schlecht zu gemeinsam betriebenen Sportarten; für diese gibt es keinen Grund, die Billigung der Gefahr durch die Teilnehmer zu verneinen, selbst wenn ihnen kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann[751]. Schliesslich ist die konstitutionelle Prädisposition ein Umstand, der den Charakter eines persönlichen Zufalls aufweist, sei sie körperlich oder seelisch

---

4 SVG analog auf den Halter anwendet, der einen Schaden an seinem Fahrzeug erleidet; dabei hätte es genügt, sich auf Art. 44 Abs. 1 OR zu berufen.

745 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 165; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 44 OR; BGE 91 II 224.

746 Vgl. z.B. BGE 85 II 247, 108 II 57.

747 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 329; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 247; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 551 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 ff. zu Art. 44 OR; Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 6.2 und 11.4. Über das charakteristische Risiko als Entlastungsgrund vgl. vorne 2.3.4.5.

748 Dieser Herabsetzungsgrund wird heute durch analoge Anwendung von Art. 54 OR bejaht; vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 166 et 271; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 40 zu Art. 44 OR; BGE 60 II 44. Gemäss den Autoren des Vorentwurfs könnte es auch einen Entlastungspunkt darstellen, vgl. vorne 2.3.4.5 und die Literaturhinweise in Anm. 550.

749 Vgl. vorne 2.3.3.4; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 ff. zu Art. 44 OR.

750 BGE 97 II 229 und zitierte Hinweise. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 160 ff.

751 Stark E.W., Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, ZbJV 1954, S. 25; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 11 zu Art. 44 OR.

bedingt[752]. Sie kann die Bemessung des Schadenersatzes und auch die Schadensberechnung beeinflussen, was unterschiedliche Folgen für das Vorrecht des Opfers und den Rückgriff des Sozialversicherers nach sich zieht[753].

Im geltenden Recht muss das Opfer einer Einwirkung auf seine Person oder seine Sachen die Massnahmen zur Vermeidung und zur Verminderung des Schadens treffen, die man vernünftigerweise von ihm verlangen kann. Es muss sich so verhalten, wie wenn es keinen Ersatz von einem Dritten verlangen könnte. Gemäss den früher erwähnten Beispielen[754] muss es sich einer chirurgischen Operation unterziehen oder auf einem teilweise zerstörten Gebäude ein Notdach errichten. Dies ist eine Obliegenheit, die sich aus Treu und Glauben ergibt (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Ihre Verletzung wird wie ein Selbstverschulden im Sinne von Artikel 44 Absatz 1 OR behandelt, das eine anteilsmässige Herabsetzung des Ersatzes rechtfertigt[755]. Ein solcher Grundsatz ist in § 254 Absatz 2 BGB niedergelegt. Angesichts seiner Bedeutung schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, ihn im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu verankern. Die entsprechende Regel in Artikel 52 Absatz 1 (am Ende) VE unterscheidet sich von jener des Artikels 45*f* Absatz 1 VE. Die letztere begründet gegenüber der haftpflichtigen Person einen Anspruch auf Ersatz eines Schadenspostens, nämlich der Kosten von Abwehr- und Schutzmassnahmen. Das Recht des Opfers, solche Massnahmen zu treffen, kann in gewisser Hinsicht über seine Pflicht hinausgehen, den Schaden zu vermeiden oder zu vermindern[756].

Gewisse Umstände, die den Umfang des Ersatzes beeinflussen können, liegen ausserhalb der Sphären beider Parteien. Dies gilt für den Zufall, verstanden als Umstand, der unabhängig von jedem menschlichen Verhalten eintritt[757]. Es gilt auch für den Stein, der sich von einem Felsen löst und auf ein Fahrzeug fällt[758]. Die Berücksichtigung eines solchen Herabsetzungsgrundes hängt wiederum von der Grundlage der Haftung ab. Bei den Gefährdungshaftungen sollte er nur in einem engen Rahmen zugelassen werden: Denn die haftpflichtige Person muss für alle Umstände einstehen, die mit der betreffenden Gefahr in einer (normativen) Beziehung stehen, wie etwa der Motorfahrzeug-Halter, der auf einer vereisten Fahrbahn unterwegs ist[759]. Umstände, die einem Dritten zuzurechnen sind[760], namentlich das Verschulden, können nach Auffassung des

---

752 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 280; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 zu Art. 44 OR; BGE 113 II 89 ff. Vgl. auch vorne 2.3.4.5.

753 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 58 zu Art. 44 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 95 ss.

754 Vgl. vorne 2.3.2.4.

755 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 159, 255, 266 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 245 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 50 f. zu Art. 44 OR und zitierte Hinweise.

756 Vgl. vorne 2.3.2.4.

757 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 247. Vgl. auch BGE 89 I 497.

758 BGE 95 II 635.

759 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 278 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 36; BGE 98 II 43 ff.

760 Sofern diese Umstände nicht einen Entlastungsgrund im Sinne von Art. 47*a* VE darstellen; vgl. vorne 2.3.4.5.

Bundesgerichts ausnahmsweise das Verschulden der haftpflichtigen Person vermindern und ihre Ersatzpflicht herabsetzen. In der neuesten Rechtsprechung hat es diese Möglichkeit als "theoretisch" betrachtet. Es befürchtete, dass sonst der Grundsatz der Konkurrenz von Haftungen (und der passiven Solidarität) ausgehöhlt würde[761]. In Wirklichkeit scheint die "Konnexität der schuldhaften Handlungen", wie man sie manchmal nennt, auf einer falschen Voraussetzung zu beruhen. Das Verschulden als subjektiver moralischer Vorwurf wird individuell gewichtet, in Bezug auf die Person, der es angelastet wird. Wenn die Fahrlässigkeit der belangten Person als leicht betrachtet wird, so ist dies nicht die Folge einer Herabsetzung, die wegen des Verhaltens eines Dritten vorgenommen würde, sondern das Ergebnis einer Beurteilung aufgrund aller Umstände[762]. Eine andere Frage ist, wieweit die Solidarität im Aussenverhältnis geht[763].

Die Regelung der Bemessung der Ersatzpflicht wird durch Artikel 52 Absatz 2 VE ergänzt. Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus sozialen Überlegungen. Sie sieht vor, dass das Gericht ausnahmsweise den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen kann, insbesondere dem Vorhandensein oder Fehlen einer Versicherung. Die Norm lehnt sich an dem geltenden Artikel 44 Absatz 2 OR an, der eine angemessene Herabsetzung des Schadenersatzes zulässt, wenn der Schuldner durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt würde. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass diesen kein schweres Verschulden trifft[764].

Artikel 44 Absatz 2 OR wird relativ selten angewandt. Denn häufig ist ein Versicherer vorhanden, der die Haftpflicht der belangten Person deckt und so ihre Zahlungsfähigkeit sicherstellt[765]. Wenn dies nicht der Fall ist, muss die Gesamtheit der Umstände geprüft werden, vor allem die finanzielle Leistungsfähigkeit der haftpflichtigen Person (namentlich ihre Erwerbsmöglichkeiten und ihre Rückgriffsaussichten gegenüber Dritten)[766]. Auch die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Opfers sind zu berücksichtigen[767]. Einige Spezialgesetze sehen übrigens ausdrücklich vor, dass die Entschädigung herabgesetzt werden kann, wenn die geschädigte Person über ein ungewöhnlich hohes Einkommen verfügte[768]. Nach der Lehre kommt dieser Regel allgemeine Bedeutung zu[769]. In der Praxis ist sie toter Buchstabe geblieben[770].

---

761 BGE 112 II 144 und zitierte Hinweise. Vgl. dazu die zurückhaltenden Auffassungen der herrschenden Lehre: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 81 ff. zu Art. 43 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 130 f.

762 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 243; Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 7.

763 Vgl. Art. 53*b* Abs. 2 VE und hinten 2.6.4.3.

764 BGE 108 II 427.

765 BGE 104 II 188, 111 II 303, der präzisiert, dass Art. 44 Abs. 2 OR den Haftpflichtigen und nicht den Versicherer schützt.

766 BGE 90 II 15, 100 II 338.

767 BGE 104 II 188.

768 Art. 4 EHG, 62 Abs. 2 SVG, 7 Abs. 2 KHG.

769 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 248; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 509 f.

Artikel 52 Absatz 2 VE ist allgemein formuliert. Er erlaubt dem Gericht, die (guten oder prekären) wirtschaftlichen Verhältnisse jeder Partei zu berücksichtigen, vor allem, ob sie versichert ist oder nicht[771]. Aufseiten der haftpflichtigen Person setzt die Norm nicht mehr voraus, dass sie kein schweres Verschulden trifft, da die Kausalhaftung im künftigen Recht ausgeweitet wird. Dennoch zeichnet sich diese Norm durch ihren Ausnahmecharakter aus. Denn das Haftpflichtrecht ist an sich nicht geeignet, soziale Ungleichheiten auszugleichen, und es bezweckt nicht, Gebote der austeilenden Gerechtigkeit zu erfüllen[772]. Daraus ergibt sich die Systematik der Regelung über die Bemessung der Ersatzleistung. Sie unterscheidet klar zwischen den Ermessenselementen, die die Grundlage der Haftpflicht berühren (Art. 52 Abs. 1 VE) und jenen, die damit nichts zu tun haben und denen daher ein Ausnahmecharakter zukommt (Art. 52 Abs. 2 VE).

2.5.3 Art der Ersatzleistung (Art. 52a VE)

Die Ersatzleistung wird normalerweise in Geld erbracht. Dies erklärt sich aus dem allgemeinen Wert des Geldes und der Leichtigkeit, eine solche Schuld zu erfüllen. In der Praxis ist der Naturalersatz selten möglich. Er kommt nur unter aussergewöhnlichen Umständen in Frage, namentlich wenn die Parteien durch Vertrag oder Nachbarschaft miteinander verbunden sind[773]. Die Kombination mehrerer Arten der Ersatzleistung ist nicht von vornherein ausgeschlossen. So hat das Opfer einer Schädigung durch die Presse neben der Geldentschädigung einen Anspruch auf Gegendarstellung oder Berichtigung[774].

Wenn der Schaden in einem Erwerbsausfall oder im Wegfall eines künftigen Versorgers besteht, kann der Geldersatz in Form einer einmaligen Leistung (Kapital), einer periodischen Leistung (Zeit- oder Leibrente) oder in einer Kombination beider Leistungen erbracht werden[775]. In dieser Hinsicht übt das Gericht sein freies Ermessen aus (Art. 43 Abs. 1 OR). Gemäss der herrschenden Lehre ist es nicht an die Anträge der Parteien gebunden[776]. Diese Auffassung wird vom Bundesgericht geteilt[777]. Meistens zieht die Rechtsprechung eine Ka-

---

770 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 zu Art. 43 OR; vgl. auch Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 555 f., der den paradoxen Charakter der Bestimmung betont, und Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 63.

771 Unter Versicherung ist hier die Haftpflichtversicherung zu verstehen, die die haftpflichtige Person deckt, und die Summenversicherung der geschädigten Person, mit Ausnahme der Sozialversicherung und der privaten Schadensversicherung, deren Leistungen in die Schadensberechnung Eingang finden und für die der Versicherer in die Rechte des Opfers gegenüber dem haftpflichtigen Dritten eintritt.

772 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 12.2; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 ff. zu Art. 43 OR; Brehm R., a.a.O. (Anm. 739), S. 519 ff.

773 BGE 100 II 142 f., 107 II 139 f., 110 II 185 ff.

774 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 zu Art. 43 OR.

775 Vgl. als Beispiel BGE 116 II 87 ff. Vgl. auch Art. 9 EHG.

776 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 zu Art. 43 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 217, der auf Art. 9 EHG Bezug nimmt und ihm eine allgemeine Bedeutung zumisst; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 513.

777 BGE 117 II 625 f.

pitalentschädigung vor, selbst wenn die geschädigte Person eine Rente verlangt hat[778]. Man erblickt darin eine Vielzahl von Vorteilen, die deren Nachteile bei weitem ausgleichen soll. Die Zahlung eines Kapitals beendet den Streitfall endgültig und vermeidet dadurch die Gefahr einer Begehrungsneurose beim Opfer. Sie schützt das Opfer vor einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der haftpflichtigen Person. Sie ermöglicht ihm, die Kosten einer beruflichen Ausbildung oder Umschulung zu tragen, indem sie die periodischen Leistungen der Sozialversicherung in zweckmässiger Weise ergänzt. Schliesslich gleicht sie die Geldentwertung aus, da ein relativ niedriger Kapitalisierungssatz angewendet wird (heute 3,5 %) und sie günstige Anlagemöglichkeiten bietet. Andererseits ist nicht zu leugnen, dass die Entschädigung in Form von Renten die angemessenste Art des Ersatzes ist. Der Erwerbsausfall oder der Versorgerschaden tritt nicht ein einziges Mal auf, sondern innerhalb eines zeitlichen Ablaufs und er kann sich unterschiedlich entwickeln. Diese Ersatzart weist aber den Nachteil auf, dass sie den Streitfall verewigt und dessen Regelung erschwert, vor allem wenn die periodischen Leistungen der Sozialversicherer geändert werden (weil sich z.B. der Invaliditätsgrad des Versicherten geändert hat)[779].

Die Verfasser des Vorentwurfs wollen den Grundsatz beibehalten, wonach die Art der Ersatzleistung unter Würdigung der Umstände bestimmt wird. Wie die Studienkommission[780] bedauern sie aber dessen heutige Anwendung in der Rechtsprechung: ein Begehren des Opfers um Zusprechung einer Rente wird systematisch abgelehnt, selbst dann, wenn sich die Gegenpartei dem nicht widersetzt. Tatsächlich kann der Geschädigte gute Gründe für diese Art der Entschädigung haben, beispielsweise wenn er eine verkürzte Lebens- oder Aktivitäts-Erwartung hat, wenn er nur für seinen eigenen Unterhalt aufkommen muss oder Gefahr läuft, das Kapital zu verschleudern[781], abgesehen vom Fall, wo die haftpflichtige Person keine einmalige Gesamtsumme bezahlen kann. Umgekehrt können gute Gründe die Entschädigung in Form eines Kapitals rechtfertigen, wenn beispielsweise der Streitwert gering ist, da der Schaden zu einem grossen Teil von den Sozialversicherern gedeckt wird, wenn das Opfer eine sinnvolle Investition für berufliche Zwecke vornehmen will oder wenn es für den Unterhalt von Dritten aufkommt[782].

Alle diese Gründe sprechen für eine Bestimmung, die das freie gerichtliche Ermessen in Bezug auf die Art der Ersatzleistung einschränkt. So bestimmt Artikel 52*a* VE, dass das Gericht von den Anträgen der geschädigten Person nur

---

778 BGE 112 II 121 und 129, 117 II 611 f. und 625 f.; BJM 1986, S. 148 ff. Für ein - aussergewöhnliches - Beispiel einer Renten-Entschädigung, vgl. BGE 89 II 159. Vgl. zu dieser Frage namentlich Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 8 ff. zu Art. 43 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 217 ff.; Stauffer W./Schaetzle T. und M., Barwerttafeln, 4. Aufl., Zürich 1989.

779 Vgl. Art. 41 IVG, 22 Abs. 1 UVG, 26 Abs. 1 MVG; vgl. auch Stauffer W./Schaetzle T. und M., a.a.O. (Anm. 778), N 601 ff.

780 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.1, S. 97

781 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 16 zu Art. 43 OR; ; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N. 215 ff.; Zen Ruffinen P., Le mensonge du nominalisme ou quelques réflexions sur l'indexation des rentes alimentaires et des rentes indemnitaires, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuenburg 1982, S. 154.

782 BJM 1986, S. 153.

aus triftigen Gründen abweichen darf[783]. Es versteht sich fast von selbst, dass die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung nur sichergestellt ist, wenn die Rechtsprechung die Geldentwertung - die ein Dauerphänomen ist - beim Ersatz künftiger Schäden berücksichtigt und demnach langfristige Renten indexiert[784]. Dieser Schritt wurde im Familienrecht gemacht[785], nicht aber im Haftpflichtrecht, wo die Gerichte nicht müde werden, die Vorteile der Kapitalisierung zu rühmen[786]. Ferner macht man geltend, dass die Indexierung inflationäre Auswirkungen habe und ihre Anwendung auf Schwierigkeiten stosse, vor allem bei der Berechnung der Reserven der Versicherung[787]. Dem hält man entgegen, diese Schwierigkeiten seien im Ausland überwunden und der Grundsatz der periodischen Anpassung der Leistungen an die Preisentwicklung werde seit langem bei den Sozialversicherungen angewandt[788].

Gemäss Artikel 43 Absatz 2 OR muss der Schuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden, wenn das Gericht eine Rente zuspricht. Die Sicherheit kann in einer Bankgarantie, einem Pfand, einer Bürgschaft oder einer Rentenversicherung zugunsten des Opfers bestehen. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten diese Regel als zu starr. Die Zusprechung einer Rente kann sich auch dann rechtfertigen, wenn es nicht zweckmässig oder nicht einmal realistisch ist, die haftpflichtige Person zur Sicherheitsleistung zu verpflichten. Dies gilt vor allem, wenn diese Person versichert ist[789]. Daher ist es besser, dem Gericht in dieser Frage ein weites Ermessen einzuräumen (Art. 52*a* Abs. 2 VE).

2.6 Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53c VE)

2.6.1 Regelung des Vorentwurfs

Unter dem Randtitel "Mehrheit von Haftungen" unterscheidet der Vorentwurf zwischen mehreren Kategorien von Fällen, in denen verschiedene Zurechnungsgründe, die eine Person ersatzpflichtig machen, in Frage kommen können. Es handelt sich um die Häufung und um die Kollision von Haftungen, die im geltenden gemeinen Recht nicht geregelt sind, wie auch um die Konkurrenz von Haftungen, die heute durch die allgemeinen Bestimmungen von Artikel 50 und 51 OR geregelt ist. Bei all diesen Tatbeständen gilt ein Grundsatz uneinge-

---

783 In diesem Sinn: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 240; Stauffer W./Schaetzle T. und M., a.a.O. (Anm. 778), N 580, die betonen, dass nichts die Parteien daran hindert, das Kapital in eine Rente umzuwandeln und umgekehrt.

784 In diesem Sinn: Merz H., a.a.O. (Anm. 477), N 209 zu Art. 2 ZGB; Zen Ruffinen P., a.a.O. (Anm. 781), S. 153 ff.; Bussy A., La dépréciation de la monnaie et son influence sur le mode d'indemnisation et le calcul des dommages-intérêts en matière extra-contractuelle, Genf 1974, S. 33 ff.

785 BGE 100 II 245 ff.

786 Vgl. die vorne in Anm. 778 zitierten Entscheidungen; in jedem dieser Fälle hatte die geschädigte Person eine indexierte Rente verlangt.

787 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 43 OR; Szöllösy P., Der Richter und die Teuerung, ZbJV 1976, S. 39 f.; BGE 90 II 447.

788 Vgl. die Hinweise in Anm. 784.

789 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 89 zu Art. 43 OR.

schränkt: Die dem Opfer geschuldete Ersatzleistung darf auf keinen Fall höher sein als der Schadensbetrag.

2.6.2 Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE)

Es ist denkbar, dass eine Person, die einer anderen Schaden zufügt, dieser gegenüber aus mehreren Gründen haftet. Dies trifft zu, wenn die Haftung gleichzeitig auf der allgemeinen Klausel der Verschuldenshaftung und auf einer Bestimmung, die eine Kausalhaftung vorsieht, oder auf zwei Bestimmungen der letzten Art beruht[790]. Es stellt sich dann die Frage nach der anwendbaren Norm. Die Frage ist nicht bloss eine theoretische, denn sowohl nach geltendem Recht wie auch nach dem Vorentwurf schliessen gewisse Bestimmungen den Ersatz "reiner Vermögensschäden" von ihrem Geltungsbereich aus[791]. Es kommt hinzu, dass die Modalitäten der Klage (z.B. in Bezug auf Gerichtsstand oder Verjährung) Gegenstand unterschiedlicher Sonderbestimmungen sein können. Allgemein ausgedrückt geht es um die Frage, ob der Grundsatz der Ausschliesslichkeit oder derjenige der Alternativität (oder der Konkurrenz) Vorrang hat. Im ersten Fall schliesst ein Haftungsgrund den anderen aus; im zweiten Fall kann der eine oder der andere Haftungsgrund geltend gemacht werden. Die Antwort ist Sache des Gerichts, das von Amtes wegen ("iura novit curia") entscheidet, welche Regelung auf die von den Parteien nachgewiesenen Tatsachen anzuwenden ist, ohne dabei an ihre rechtlichen Ausführungen gebunden zu sein[792]. Das geltende Obligationenrecht gibt diesbezüglich keine besondere Auskunft.

Die herrschende Lehre tritt im Allgemeinen für die Anwendung des Ausschliesslichkeitsprinzips ein, und zwar mindestens dann, wenn sich das Opfer auf die Haftungsbestimmung von Artikel 41 OR und auf eine Sonderbestimmung berufen kann, die eine Kausalhaftung begründet. Dies wird damit erklärt, dass die Bestimmungen, die eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht begründeten, einen spezifischen Anwendungsbereich und insofern Vorrang vor der Verschuldenshaftung hätten, welche bloss subsidiär sei. Darin sieht man eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes "lex specialis derogat legi generali"[793]. Unter Vorbehalt des Verhältnisses zwischen Haftung aus unerlaubter Handlung und vertraglicher Haftung[794] hat das Bundesgericht auf diesem Gebiet kaum Richtlinien festgelegt. In Einzelfällen scheint es sich dem Ausschliesslichkeitsprinzip angeschlossen zu haben. So hat es entschieden, dass das Verschulden eines Werkeigentümers als zusätzliches Verschulden zu betrachten ist[795], und damit stillschweigend die von einigen Autoren[796] bejahte

---

790 Vgl. zu diesem Punkt die vielen Möglichkeiten, die Art. 11 Abs. 2 PrHG bietet.

791 Vgl. vorne 2.3.2.1. und Art. 45 Abs. 2 VE.

792 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 478; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 13, N. 5; BGE 70 II 217; Art. 63 Abs. 3 OG.

793 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 479 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 266 ff.

794 Vgl. vorne 2.2.2.1.

795 BGE 108 II 55 ff., dem Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N. 21, zustimmen; vgl. auch BGE 25.04.1986, in JT 1986 I 412 f.

Konkurrenz zwischen Artikel 41 und Artikel 58 abgelehnt. Abgelehnt hat es auch den Anspruch auf Ersatz des "reinen Vermögensschadens" einer Unternehmung, die den Betrieb für eine gewisse Zeit stillegen musste, weil ein Traktor eine Leitung der Elektrizitätsversorgung zerstört hatte, und dies mit der Begründung, dass der Anwendungsbereich der Haftung des belangten Motorfahrzeughalters ausschliesslich von Artikel 58 Absatz 1 SVG geregelt sei, der bloss den Ersatz von Personen- und Sachschaden vorsehe[797]. Dieser Entscheid ist nicht ohne Kritik geblieben. Es wurde hervorgehoben, dass die Lösung eine andere gewesen wäre - was kaum gerechtfertigt ist -, wenn das Motorfahrzeug nicht unter das SVG gefallen wäre oder wenn die Klage gegen den Arbeitnehmer gerichtet worden wäre, der es fuhr; denn in diesen beiden Fällen wäre die Regelung des gemeinen Rechts anwendbar gewesen (Art. 41 und 55 OR)[798]. Auch wurde ernsthaft bezweifelt, dass Artikel 58 Absatz 1 SVG die Anwendung allgemeiner Bestimmungen ausschliessen könne, die den Ersatz eines Schadens ermöglichten, die er nicht abdecke. Zu Recht bemerkt Kramer, dass sich die Antwort auf diese Frage aus der systematischen und teleologischen Auslegung der betreffenden Bestimmung ergeben müsse. Es wäre aber verwirrend, wenn eine Sonderbestimmung, die eine scharfe Kausalhaftung vorsehe und somit definitionsgemäss die Rechtslage des Opfers verbessern wolle, letztlich zu deren Verschlimmerung führe[799]. Selbst die Vertreter des Ausschliesslichkeitsprinzips schreiben ihm übrigens bloss eine relative Tragweite zu und meinen, dass das Spezialgesetz nur soweit Vorrang vor der allgemeinen Bestimmung haben solle, als es die Haftungsbedingungen verschärfe[800].

Die Verfasser des Vorentwurfs teilen die Kritiken, die gegen den Entscheid Rathgeb geäussert wurden, und die Vorbehalte gegenüber dem Ausschliesslichkeitsprinzip. Dieses Prinzip hat gewiss einen eigenständigen Wert, und es wird auch im neuen Haftpflichtrecht seine Berechtigung haben. Es muss aber dann dem Alternativitätsprinzip weichen, wenn die Anwendung einer allgemeinen Bestimmung für das Opfer günstiger ist. Zu denken ist insbesondere an die Bestimmungen, die eine Verschuldenshaftung (Art. 48 VE) und eine Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) begründen, die - anders als die Gefährdungshaftungen - keine Beschränkung der Ersatzpflicht auf bestimmte Schadensarten enthalten[801]. Das Opfer eines "reinen Vermögensschadens", der aus der Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit entstanden ist, wird sich daher inskünftig auch auf die oben erwähnten allgemeinen Haftungsbestimmungen berufen können. Deshalb sieht Artikel 53 VE vor, dass das Gericht die Normen anwenden soll, die der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschaffen. Der Randtitel "Häufung von Haftungsgründen" rechtfertigt sich in doppelter Hinsicht. Zum einen wird diese Wendung manchmal in der Lehre

---

796 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 459; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 553.

797 BGE 106 II 77 f., Rathgeb.

798 Giovannoni P., Note sur la responsabilité en cas de dommage purement économique, SVZ 1980, S. 279.

799 Kramer E.A., a.a.O. (Anm. 340), S. 130 f.

800 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 268, wie auch S. 144, 149 und 267. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 479.

801 Vgl. Art. 45 Abs. 2 VE, vorne 2.3.2.1.

verwendet, um den Fall zu erfassen, wo eine Person für denselben Schaden aus verschiedenen Haftungsgründen verantwortlich ist[802]. Sie unterscheidet sich von den zwei anderen Kategorien einer Mehrheit von Haftungen, nämlich von der Haftungskollision einerseits (Art. 53*a* VE) und von der Haftungskonkurrenz anderseits (Art. 53*b* und 53*c* VE). Zum zweiten bedeutet diese Wendung, dass jede Bestimmung, die im fraglichen Fall eine Ersatzpflicht begründet, anwendbar ist, wenn die Bedingungen erfüllt sind. Daraus kann man selbstverständlich nicht ableiten, dass das Gericht notwendigerweise alle in Frage kommenden Bestimmungen anwenden wird. Wird eine davon dem Opfer einen optimalen Ersatz (insbesondere den vollen Schadenersatz) gewähren, so wird sich die Überprüfung erübrigen, ob eventuell auch eine andere Bestimmung in Frage käme. Der Vorbehalt von Artikel 53 in fine VE betrifft den Fall, wo das Gesetz ausdrücklich das Ausschliesslichkeitsprinzip vorsieht, wie dies bei Artikel 3 Absatz 6 KHG zutrifft, der im Nuklearbereich die Kanalisierung der Haftung auf den Inhaber der Kernanlage oder auf die anderen vom Gesetz bezeichneten Personen vorschreibt.

2.6.3 Haftungskollision (Art. 53a VE)

Eine Haftungskollision im engeren Sinne liegt vor, wenn sich mehrere Personen gegenseitig einen Schaden zufügen. In einem solchen Fall ist jede beteiligte Person gleichzeitig verantwortlich und geschädigt. Das geltende gemeine Recht regelt dieses Problem nicht, das allerdings Gegenstand - freilich fraglicher - Sonderbestimmungen bildet[803]. Im wesentlichen ist dieses Problem eng mit dem allgemeineren Problem der Bemessung der Ersatzleistung verbunden; letztlich geht es nämlich darum, die Ersatzpflicht aufgrund der Umstände zu bemessen. Im Falle einer Haftungskollision muss man sich davor hüten, die Ersatzleistungen, die den einzelnen Opfern zustehen, unabhängig voneinander zu bestimmen; andernfalls riskiert man, zu inkonsequenten Lösungen zu gelangen[804]. Vielmehr müssen die Haftungen aufgrund eines gegenseitigen Vergleichs der Elemente, die für die Würdigung massgeblich sind, verteilt werden. Jede beteiligte Person muss - sofern es sich nicht um eine Hilfsperson handelt - den anderen gegenüber als eine Drittperson betrachtet werden; der Sachverhalt, der ihr zugerechnet wird, wirkt sich im gleichen Ausmass auf ihre Stellung als Opfer aus. Bei einem Unfall zwischen dem Halter eines Motorfahrzeugs und einem Velofahrer, welche beide ein Verschulden trifft, muss somit der Velofahrer, der wegen der Schwere seines Verschuldens zu 50 Prozent haftet, selber die Hälfte seines Schadens tragen; gleichzeitig muss er im gleichen Verhältnis den Schaden des Halters des Motorfahrzeugs ersetzen. Dieser haftet für das Risiko seines Fahrzeugs und für die schuldhafte Verletzung einer Strassenverkehrsregel. Es ginge daher nicht an, die Haftungsgründe im Sinne einer Neutralisierung schlicht und einfach zu kompensieren[805]. Eine solche Lösung stün-

---

802 Brehm R., Le recours de l'assureur contre un tiers responsable en vertu d'un contrat, SVZ 1965/1966, S. 69; Savatier R., Traité de la responsabilité civile en droit français, I, 2. Aufl., Paris 1951, S. 192 ff.

803 Art. 61 SVG, 31 EleG. Vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N. 9.

804 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 250 ff.

805 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 319 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N. 16. Vgl. auch vorne 2.5.2. und die Hinweise in Anm. 742.

de im Widerspruch mit dem Prinzip der Kausalität und so mit der Idee der Haftung selbst und könnte zudem bei Schäden von deutlich unterschiedlichem Ausmass zu stossenden Ergebnissen führen.

Den Vorschlägen der Studienkommission folgend[806], verzichten die Verfasser des Vorentwurfs auf eine gesetzliche Verankerung der oben geschilderten Grundsätze. Sie halten es dennoch für nützlich, dass das Obligationenrecht eine allgemeine Regel festlegt. Wie Artikel 52 Absatz 1 VE, der die Bemessung der Ersatzleistung regelt, lässt auch Artikel 53*a* VE dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum. Um die Ersatzleistung zu bestimmen, die jeder beteiligten Person zusteht, wird das Gericht alle Umstände des konkreten Falls berücksichtigen, so insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, die jeder Person zuzurechnen ist. Das bedeutet, dass die zwei wichtigsten Haftungsgründe gleichwertig sind. Mit anderen Worten: Ist eine Bestimmung anwendbar, die eine Gefährdungshaftung begründet, gibt es von vornherein keinen Grund, dem Verschulden vorrangige Bedeutung zuzuschreiben oder nach der Natur des Schadens zu unterscheiden, wie dies Artikel 61 Absatz 1 und 2 SVG ungerechtfertigterweise vorsieht. Im Übrigen besteht kein Anlass zu präzisieren, dass allenfalls die Bestimmungen über die Solidarität anwendbar sind, was von Artikel 61 Absatz 3 SVG unnötigerweise gesagt wird.

2.6.4 Haftungskonkurrenz (Art. 53b und 53c VE)

2.6.4.1 Heutiges System

Im schweizerischen Recht untersteht die Haftung mehrerer Personen der Regelung über die passive Solidarität (im weiten Sinne). Nach dieser Regelung steht dem Opfer ein Anspruch auf Schadenersatz gegen jede haftpflichtige Person zu. Es kann nach Gutdünken gegen die eine oder die andere dieser Personen, gegen mehrere unter ihnen oder gegen sie alle klagen, und zwar gleichzeitig oder nacheinander. Die Ersatzleistung einer verantwortlichen Person befreit die anderen bis zur Höhe des bezahlten Betrags. Die endgültige Verteilung der Solidarschuld erfolgt im Rahmen einer internen Regelung.

Die Solidarität ist nach allgemeiner Auffassung das geeignetste Institut, um die Fälle einer Mehrheit von Haftpflichtigen zu lösen und um die Rechtslage der beteiligten Parteien zu berücksichtigen[807]. Es entspricht einem Gebot der Billigkeit, dass das Opfer nicht die Nachteile erleiden muss, die sich aus einer Teilung seines Anspruchs gegen die ersatzpflichtigen Personen ergeben würden. Vielmehr ist es logisch, dass jede dieser Personen von vornherein - im Rahmen ihrer individuellen Haftung - "für das Ganze" belangt werden kann. Dieser Grundsatz ist eine Folge des Konzeptes des schweizerischen Rechts für die Mehrheit von Schuldnern. Anders als beim System der Korrealität steht dem Gläubiger nicht eine Forderung gegen alle Schuldner zu, sondern er hat gegen jeden Schuldner eine selbständige Forderung. Diese Forderungen konkurrieren, damit eine Häufung der Ansprüche und somit eine ungerechtfertigte Berei-

---

806 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/8, S. 101 f.

807 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 337 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 277 f.; BGE 89 II 122 f., 93 II 133.

cherung des Opfers verhindert werden[808]. Der Grundsatz der Haftung "für das Ganze" ergibt sich aus der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs, die seit längerer Zeit auf die rechtliche Kausalität angewandt wird[809]. Nach dieser Theorie kann eine partielle Ursache in einem adäquaten Zusammenhang mit dem ganzen Schaden stehen. Anders ausgedrückt, haftet eine Person unabhängig davon, ob andere Ursachen, insbesondere das Verhalten einer Drittperson, zur Herbeiführung des Endergebnisses beigetragen haben[810]. Unser Haftpflichtrecht kennt allerdings einige Abweichungen vom Prinzip der Solidarität. Unter Vorbehalt von Artikel 96 VVG, der für die Personenversicherungen gilt und ausserhalb des Systems liegt, ist Artikel 3 Absatz 6 KHG zu erwähnen, der die Haftung auf den Inhaber der Kernanlage oder auf andere vom Gesetz bestimmte Personen kanalisiert. Diese Regelung ist eine Besonderheit des Kernenergierechts; sie findet ihre Begründung einerseits im Willen, dem Opfer radioaktiver Ausstrahlungen einen wirksameren Rechtsschutz zu bieten, und anderseits im Willen, die Entwicklung der Nuklearindustrie nicht zu hemmen, insbesondere durch eine gewisse "Immunisierung" der Lieferanten von Dienstleistungen und Material[811]. Das Vormundschaftsrecht kennt übrigens Ausnahmen vom Grundsatz der Solidarität, die aus historischen, heute nicht mehr nachzuvollziehenden Gründen erklärt werden können[812]. Der Grundsatz der Haftung "für das Ganze" wird durch solche Abweichungen aber keineswegs in Frage gestellt.

Seit lange werden zwei Formen der Solidarität unterschieden, die echte und die unechte. Diese Unterscheidung geht anscheinend auf das 19. Jahrhundert zurück[813]. Im Gesetz ist sie nicht eindeutig verankert. Auf Schuldnerseite wird die Solidarität nach Artikel 143 Absatz 2 OR nicht vermutet; sie ergibt sich aus dem Parteiwillen oder aus einer besonderen Gesetzesbestimmung. Artikel 143 OR enthält kein Kriterium zur Unterscheidung zwischen beiden Formen der Solidarität; er behält die Vereinbarung vor und verweist im Übrigen auf die Bestimmungen über die Haftung mehrerer Personen, ohne zu präzisieren, in welchen Fällen ihr Verhältnis der echten und in welchen es der unechten Solidarität untersteht[814]. Die Artikel 50 und 51 OR regeln die Haftung mehrerer in allgemei-

---

808 Von Tuhr A./Escher A., (Anm. 282), S. 297; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 836 f.

809 Vgl. vorne 2.3.4.3 und 2.3.4.4.

810 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 561; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 277 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 32 zu Art. 50 OR.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 1, 10 und 11; differenzierter : Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 337, und BGE 97 II 415.

811 BBl 1980 I 176 ff. Diese Regel ist sowohl in anderen nationalen Rechtsordnungen wie auch im internationalen Recht, insbesondere im Pariser Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie (in BBl 1980 I 220 ff.) zu finden.

812 Vgl. Art. 428 Abs. 2, 429 Abs. 1 und 2 ZGB. Vgl. auch Delessert A., La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse, Lausanne 1931, S. 63 ff. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, diese Berstimmungen aufzuheben; vgl. hinten 4.2.15.02.

813 Jansen G., Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Freiburg 1973, S. 33 ff.

814 Corboz B., La distinction entre solidarité parfaite und solidarité imparfaite, Genf 1974, S. 27 ff.

ner Weise. Auch diese Bestimmungen geben keinen Grund für den Sinn der Unterscheidung. Artikel 50 Absatz 1 OR sieht die solidarische Haftung der Personen vor, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, und bezieht sich auf das Institut, das in den Artikeln 143 ff. OR geregelt ist. Artikel 51 OR, - der 1911 "in letzter Minute" eingeführt wurde[815] -, behandelt seinerseits nur die interne Verteilung der Schuld für den Fall, dass mehrere Personen aus unterschiedlichen Gründen haften. Die Bestimmung setzt voraus, dass jede Person "für das Ganze" haftet; denn sonst wäre die Regelung des Rückgriffs gegenstandslos.

Die klassische Lehre und die Rechtsprechung verwenden ein rein formelles Unterscheidungskriterium, das sie aus Artikel 143 Absatz 2 OR ableiten. Sie sind der Ansicht, dass die Haftung mehrerer nur dann der echten Solidarität untersteht und von den Artikeln 144 ff. OR geregelt ist, wenn - unter Vorbehalt einer allfälligen Parteivereinbarung - eine gesetzliche Bestimmung es vorsieht. Artikel 50 Absatz 1 OR ist eine solche Bestimmung. Andernfalls kommt das System der unechten Solidarität (oder der Forderungskonkurrenz im engeren Sinne) zur Anwendung, wie beispielsweise in den Fällen von Artikel 51 OR[816]. Das Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Formen der Solidarität ist somit ein normatives und nicht ein analytisches. Mit anderen Worten: Das Gericht braucht nicht abzuklären, ob im Streitfall ein gemeinschaftliches Element vorhanden ist, das die echte Solidarität rechtfertigen würde. Diese Kompetenz steht nur dem Gesetzgeber zu[817]. Die Unterscheidung wirkt sich sowohl im Innen- wie auch im Aussenverhältnis aus. So bejaht das Bundesgericht die allgemeine Unterbrechungswirkung der Verjährung (Art. 136 Abs. 1 OR) und die Subrogation (Art. 149 Abs. 1 OR) nur bei echter Solidarität. Und so kann die haftpflichtige Person nach dem Bundesgericht grundsätzlich nur bei unechter Solidarität dem Opfer einen subjektiven Grund zur Herabsetzung des Schadenersatzes entgegenhalten.

Zahlreiche Autoren kritisieren die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität[818]. Sie treten für ihre Aufhebung ein, und zwar sowohl de lege ferenda wie manchmal auch de lege lata. Die Unterscheidung wird als unnütze Komplikation empfunden, deren Folgen von geringer praktischer Bedeutung sind. Zudem sei ihre Grundlage nicht einleuchtend, so dass der Gesetzgeber beim Entscheid, welche Tatbestände der echten und welche der unechten Solidarität zu unterstellen seien, über kein sicheres Kriterium verfüge. Manchmal habe er die (echte) Solidarität für Tatbestände vorgesehen, bei denen das ge-

---

815 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 51 OR.

816 Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), Vorbemerkungen zu Art. 143 - 150 OR, N 8, wie auch N 2 und 6 zu Art. 143 OR; Becker H., (Anm. 51), N 1 zu Art. 50 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 561 und 565; BGE 55 II 314, 89 II 122 f., 93 II 333, 104 II 229 ff., 115 II 45 ff.

817 Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 40 ff., 121.

818 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 319 ff.; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 338 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 14; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 279; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 22 zu Art. 51 OR; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 51 ff. und 121 f.; Merz H., Obligationenrecht, SPR VI/I, Basel 1984, S. 103 ff., Droit des obligations, DPS VI/I, Freiburg 1993, S. 83 ff.

meinschaftliche Element - das für das Institut typisch wäre - völlig fehle, wie beispielsweise bei Artikel 60 Abs. 1 SVG.

2.6.4.2 Grundsätze des Vorentwurfs

Den oben erwähnten Lehrmeinungen[819] und den Empfehlungen der Studienkommission[820] folgend, schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität zu verzichten und eine einheitliche Regelung vorzusehen. Die Haftung mehrerer soll inskünftig nach dem Grundsatz der Konkurrenz geregelt werden und - unter Vorbehalt einzelner berechtigten Abweichungen - der Regelung unterstellt werden, die für die Solidarschuld gilt (Art. 143 ff. OR). Diesbezüglich ist nicht zu beachten, ob die verantwortlichen Personen den Schaden gemeinsam verschuldet haben oder ob sie aus verschiedenen Haftungsgründen getrennt haften. Nicht zu beachten ist auch, auf welcher Grundlage die Ersatzpflicht beruht. Eine einheitliche, allgemein anzuwendende Lösung drängt sich auf und dient der Klarheit und der Rechtssicherheit. Gewisse Sondergesetze, wie das SVG (Art. 60 Abs. 1 und 61 Abs. 3), kennen sie übrigens bereits.

In systematischer Hinsicht unterscheidet der Vorentwurf das Aussen- (Art. 29) und das Innenverhältnis (Art. 30). In Bezug auf das Aussenverhältnis legt Artikel 29 Absatz 1 den Grundsatz der Solidarität fest, während Artikel 29 Absatz 2 die Tragweite dieses Grundsatzes einschränkt und so einen lebhaften Lehrstreit des geltenden Rechts entscheidet[821]. In Bezug auf das Innenverhältnis sieht Artikel 30 Absatz 1 vor, dass die Verteilung der Solidarschuld nach Massgabe aller Umstände erfolgen soll, und Artikel 30 Absatz 2 stellt klar, dass der Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, ein Rückgriffsrecht gegen die anderen haftpflichtigen Personen zusteht und dass sie insoweit in die Rechte der geschädigten Person eintritt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Artikel 136 Absatz 1 OR beizubehalten ist. Nach dieser Bestimmung wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner. Diese Regel ist atypisch. Die Norm lässt den Eindruck entstehen, dass zwischen dem Gläubiger und den Schuldnern ein einziges obligatorisches Verhältnis besteht, was dem System der Solidarität nicht entspricht[822]. Begründet wird sie mit der Idee einer "gegenseitigen Stellvertretung" der Mitschuldner[823] wie auch mit der Notwendigkeit, die Rechte des Gläubigers dadurch besser zu wahren, dass man ihn nicht zu einer Mehrheit von Verjährungsunterbrechungen zwingt. Nach der klassischen Lehre und der Rechtsprechung ist die Bestimmung wegen ihres Ausnahmecharakters allein auf Fälle echter Solidarität anzuwenden[824]. Ei-

---

819 Vgl. vorne 2.6.4.1. und die Hinweise in Anm. 818.

820 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 102 f.

821 Vgl. hinten 2.6.4.3.

822 Vgl. vorne 2.6.4.1.

823 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 844.

824 Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 2 zu Art. 136 OR; Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 136 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 563 und 819; BGE 104 II 232 f., 115 II 45 f.

nige Autoren schlagen die Aufhebung von Artikel 136 Absatz 1 OR vor[825], weil sie darin einen unannehmbaren Einbruch ins System der Solidarität sehen. Sie machen auch geltend, dass sich die Regelung für die Person als hart erweisen könne, die vom Opfer nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist belangt werde und nicht gewusst habe, dass die Verjährung gegenüber einer anderen haftpflichtigen Person unterbrochen worden sei. Dem kann entgegengehalten werden, dass dieselbe Situation auch bei einer Regressklage eintreten kann, die eine eigene ordentliche Verjährungsfrist kennt[826]. Diesbezüglich ist zu betonen, dass der Überraschungseffekt inskünftig ausgeschlossen sein sollte, weil die belangte Partei nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE zur Anzeige an die Personen verpflichtet ist, die sie für mithaftpflichtig hält[827]. Zu erwähnen ist auch, dass die Regelung von Artikel 136 Absatz 1 OR für das Opfer vorteilhaft ist und dass sie in Sonderbestimmungen enthalten ist, die - wie Artikel 83 Absatz 2 SVG - Fälle unechter Solidarität regeln. All diese Gründe sprechen für die Beibehaltung von Artikel 136 Absatz 1 OR[828].

Wie bereits ausgeführt, wird Artikel 50 Absatz 1 OR von einer allgemeinen Bestimmung ersetzt, die eine einheitliche Regelung der Solidarität einführt. Dementsprechend drängt sich auch die Aufhebung von Artikel 50 Absatz 3 OR auf[829]. Diese Regelung stellt eine Ausnahme dar. Sie beschränkt die Haftung des Hehlers, der nach Eintritt des schädigenden Ereignisses Sachen entgegennimmt, die von der haftpflichtigen Person entwendet wurden, und zwar so, dass der Hehler nur bis zum Wert dieser Sachen haftet. Eigentlich ist Artikel 50 Absatz 3 OR in dem Sinne überflüssig, als sich die vorgesehene Lösung aus der Anwendung der allgemeinen Grundsätze ergibt, die die Ersatzpflicht begründen, insbesondere der rechtlichen Kausalität[830].

2.6.4.3 Solidarität im Aussenverhältnis (Art. 53b VE)

Nach Artikel 53*b* Absatz 1 VE sind mehrere Personen, die einer Drittperson für einen Schaden haften, solidarisch zum Ersatz verpflichtet. Die Bestimmung legt den Grundsatz der Solidarität bei Mehrheit von Haftpflichtigen fest. Abgesehen von Abweichungen[831] verweist sie stillschweigend auf die Regelung der Solidarschuld (Art. 144 bis 149 OR).

Im Aussenverhältnis bedeutet dieser Grundsatz, dass das Opfer sowohl von allen haftpflichtigen Personen gemeinsam wie auch von jeder von ihnen Ersatz verlangen kann. In diesem Sinne setzt die Solidarität die Haftung der belangten

---

825 Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 59 ff.; Guhl T./Merz H./Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 300.

826 Vgl. Art. 55*c* Abs. 1 VE; vgl. auch Gilliard F., Topologie de la solidarité imparfaite, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg 1977, S. 291.

827 Vgl. hinten 2.8.7.

828 Vgl. in diesem Sinne Bericht der Studienkommission, a.a.O.(Anm. 39), V/9, S. 104.

829 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 103.

830 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 66 und 70 zu Art. 50 OR.

831 Zu denken ist insbesondere an Art. 53*c* Abs. 1 VE, der vom Grundsatz der Gleichteilung nach Art. 148 Abs. 1 OR abweicht.

Person voraus, und es besteht keine Solidarität, wenn sich diese Person mit Erfolg auf einen Befreiungsgrund berufen kann, wie beispielsweise auf einen Rechtfertigungsgrund nach Artikel 46*a* VE[832], das Verhalten einer Drittperson nach Artikel 47*a* VE[833] oder auf den Sorgfaltsbeweis nach Artikel 49 und 49*a* VE[834].

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob und in welchem Ausmass die beklagte mithaftende Person die Pflicht oder das Recht hat, Elemente geltend zu machen, die eine Herabsetzung des Schadenersatzes bewirken. Die Antwort hängt von der Art der Einrede ab. Gemeinsame Einreden - wie etwa Umstände, die mit der Person des Opfers verbunden sind (z.B. das Verschulden oder eine konstitutionelle Prädisposition), muss die belangte Person dem Opfer entgegenhalten, denn sie riskiert sonst, den Schaden ersetzen zu müssen, den die übrigen mithaftpflichtigen Personen erleiden könnten (Art. 145 Abs. 2 OR). In Bezug auf persönliche Einreden - wie etwa Umstände, die mit der belangten Person verbunden sind (z.B. die Leichtigkeit des Verschuldens, die schwache Intensität des ihr zurechenbaren Risikos oder die Notlage, in welche sie bei voller Ersatzpflicht versetzt würde) - ist hingegen die Rechtslage heute ungewiss. Die Lehre tritt mehrheitlich für eine individualisierende Betrachtung der Haftung ein, zumindest bei unechter Solidarität[835]. Danach kann der beklagte Mitschuldner die persönlichen Gründe geltend machen, die zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes führen. Mit anderen Worten kann die Solidarität für ihn nur bis zum Betrag gehen, den er bezahlen müsste, wenn er der einzige Haftpflichtige wäre. Die Solidarität soll aber nie bewirken, dass er mehr bezahlen muss, weil neben ihm auch Drittpersonen haften. Andere Autoren sind hingegen für die Anwendung des Grundsatzes der Haftung "für das Ganze", womit über die individuelle Haftung der belangten Person hinausgegangen würde[836]. Für diese Autoren sind die persönlichen Einreden erst im Zeitpunkt der internen Verteilung zu berücksichtigen; der Begriff der Solidarität wäre ausgehöhlt, wenn die Haftung der belangten Person in jedem Fall in individualisierter Weise berücksichtigt werden müsste; in der Praxis wäre das Opfer gezwungen, gegen alle haftpflichtigen Personen zu klagen.

Das Bundesgericht hat bisher den Streit nicht eindeutig entschieden. Seine Urteile auf diesem Gebiet betreffen im wesentlichen Fälle unechter Solidarität nach Artikel 51 OR und beziehen sich bloss auf die Berücksichtigung des Verschuldens als Grund zur Herabsetzung des Schadenersatzes. In einer älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht erkannt, das Mitverschulden einer

---

832 Vgl. vorne 2.3.3.4.

833 Vgl. vorne 2.3.4.5.

834 Vgl. vorne 2.4.3.3. und 2.4.3.4.

835 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 345.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 33; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 283; Jansen G., a.a.O. (Anm. 813), S. 77 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 78 ff.; Hirsch A., ZSR 1967 II 781 ff.; Keller M./Landmann V., Haftpflichtrecht. Ein Grundriss in Tafeln, 2. Aufl., Zürich 1980, Tafeln 120b und 122. Kantonale Entscheide gehen in diese Richtung; vgl. SJZ 1982, S. 380; BJM 1991, S. 135.

836 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), ZSR 1967 II 263 ff.; Merz H., a.a.O. (Anm. 818), SPR VI/I, S. 107 ff., DPS VI/I, S. 87 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 40 ff. zu Art. 50 OR, N 29 zu Art. 51 OR.

Drittperson könne das Verschulden der beklagten Partei als weniger schwer erscheinen lassen und somit zu einer Herabsetzung der von dieser geschuldeten Ersatzleistung führen[837]. In jüngster Zeit hat es diese Möglichkeit als aussergewöhnlich, ja sogar als theoretisch bezeichnet, weil sonst zu befürchten wäre, dass die Solidarschuld illusorisch wird[838].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich bereits über die Fragwürdigkeit der Art und Weise geäussert, wie das Problem der Verschuldenskonnexität gestellt wird[839]. Unter einem allgemeinerem Gesichtspunkt bedauern sie, dass sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf diesem Gebiet durch eine so grosse Zurückhaltung auszeichnet; sie teilen die mehrheitliche Meinung der Lehre. So wie es keinen Grund gibt, eine solidarisch haftende mitverantwortliche Person deshalb zu bevorzugen, weil andere Personen neben ihr ersatzpflichtig sind, so gibt es auch keinen Grund, sie zu benachteiligen, indem man ihr verbietet, dem Opfer persönliche Herabsetzungsgründe entgegenzuhalten. Gegen diese Auffassung wird eingewendet, die beklagte Partei sei durch die Rückgriffsmöglichkeiten genug geschützt. Dies geschieht aber zu Unrecht; denn dieser Schutz ist ihr keineswegs gesichert. Im Gegenteil: Es obliegt logischerweise der geschädigten Person, die anderen haftpflichtigen Personen zu belangen, wenn sie mit ihrer Klage keinen vollen Schadenersatz erhalten hat. Dies zu verneinen, würde zum paradoxen und ungerechten Ergebnis führen, dass der belangte Schuldner mehr bezahlen müsste, weil neben ihm auch Drittpersonen haften. Dadurch würde die solidarische Haftung seltsamerweise zu einer Art "Haftung für fremdes Verhalten"[840], und die Solidarschuld wäre denaturiert. Gewiss hat die Solidarschuld eine Garantiefunktion; diese findet aber ihre Grenzen in den Grundsätzen, die die Ersatzpflicht begründen. Für jeden Mitschuldner besteht und geht die Solidarität nur bis zum Betrag, den er als Ersatzleistung bezahlen müsste, wenn er die einzige haftpflichtige Person wäre. Es ist dies die Lösung, die in Artikel 53*b* Absatz 2 VE vorgesehen ist, bereits von der Studienkommission vorgeschlagen wurde[841] und übrigens mit einer leicht unterschiedlichen Fassung im neuen Artikel 759 OR über die Solidarhaftung in der Aktiengesellschaft verankert ist[842].

---

837 BGE 59 II 43 f., 59 II 369 f., 89 II 123.

838 BGE 93 II 322 f., 112 II 143 f.

839 Vgl. vorne 2.5.2. und die Hinweise in Anm. 761 und 762.

840 Hirsch A., ZSR 1967 II 785; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 89 ff.

841 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.3, S. 51, und V/9, S. 103.

842 Diese Bestimmung wurde während der parlamentarischen Beratung erheblich geändert; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745, insbesondere 848 ff. und 938; Amtl. Bull. NR 1985 1788 f.; 1990 1389 ff.; 1991 852 ff., 1108; Amtl. Bull. SR 1988 525 f.; 1991 76 f., 471; BG vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992. Vgl. auch die Beispiele von Rusconi B., Responsabilité solidaire selon l'art. 759 CO, in Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, S. 495 f., wie auch BGE 123 III 325, wo das Bundesgericht diesbezüglich von einer differenzierten Solidarität spricht.

2.6.4.4 Solidarität im Innenverhältnis (Art. 53c VE)

Mit der internen Verteilung der Solidarschuld wird die Frage beantwortet, wer letztlich für den Ersatz aufkommt. Sie kann auf zwei Arten erfolgen, und zwar entweder im Hauptprozess, falls das Opfer alle haftpflichtigen Personen eingeklagt hat, oder in einem späteren Prozess, in dem der Schuldner, der über seinen Anteil hinaus Ersatz geleistet hat, sein Rückgriffsrecht ausübt. Im Innenverhältnis gibt es keine Solidarität - diese bezweckt ja den Schutz der geschädigten Person. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wortlaut selbst von Artikel 148 OR[843]; er gilt auch dann, wenn die Partei, die rückgriffsweise klagt, in die Rechte des Opfers eingetreten ist. Ist eine der mitverantwortlichen Personen zahlungsunfähig, stellt ihr Anteil für die übrigen eine Mehrbelastung dar, die im Verhältnis zu ihrer individuellen Haftung verteilt wird (Art. 148 Abs. 3 OR analog). Die geschädigte Person hat ihrerseits kein Recht bei der internen Verteilung, die nach eigenen Regeln erfolgt[844], einzugreifen.

Die allgemeine Regelung der Solidarschuld enthält Bestimmungen über das Verhältnis unter den Mitschuldnern. Artikel 148 Absatz 1 OR legt den Grundsatz der Verteilung der Schuld fest. Artikel 148 Absatz 2 OR gewährt ein Rückgriffsrecht dem Mitschuldner, der mehr als seinen Teil bezahlt hat. Artikel 149 Absatz 1 OR präzisiert, dass der rückgriffsberechtigte Mitschuldner gegebenenfalls in die Rechte des Gläubigers eintritt. Die Rechtsprechung schränkt die Anwendung dieser Norm auf die echte Solidarität ein[845].

Einige Bestimmungen des Haftpflichtrechts regeln die interne Verteilung des Schadenersatzes; sie ermöglichen dem Gericht, vom Grundsatz der Gleichteilung, der in Artikel 148 Absatz 1 OR festgelegt ist, abzuweichen. Es handelt sich um die zwei allgemeinen Bestimmungen von Artikel 50 Absatz 2 und 51 OR und um Sonderbestimmungen wie Artikel 759 Absatz 3 OR oder Artikel 60 Absatz 2 SVG. Artikel 50 Absatz 2 OR regelt die Verteilung der Solidarschuld unter den mithaftpflichtigen Personen, die den Schaden gemeinsam verschuldet haben, und gewährt dem Gericht einen Ermessensspielraum. Massgebendes Kriterium ist die Schwere des Verschuldens der einzelnen Person. Artikel 51 OR regelt die Verteilung des Schadenersatzes unter Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Absatz 1 schreibt eine analoge Anwendung von Artikel 50 Absatz 2 OR vor. Absatz 2 sieht eine hierarchische Ordnung vor, nach der der Schaden in der Regel zuerst von der Person getragen werden soll, die ex delicto haftet, dann von derjenigen, die ex contractu haftet, und schliesslich von derjenigen, die ex lege haftet. Das Bundesgericht war lange der Ansicht, man dürfe nur mit grosser Umsicht von dieser Bestimmung abweichen[846]. Eine grosse Zahl der Autoren kritisiert die Bestimmung und deren Anwendung. Sie heben hervor, dass Artikel 51 unerwartet und ohne vertiefte Überlegungen über den Sinn dieser "Kaskade" ins Obligationenrecht von 1911

---

843 Vgl. insbesondere den Randtitel und die Bezugnahme auf den "Teil", den jeder Solidarschuldner zu übernehmen hat. Vgl. auch den Text von Art. 53*c* VE.

844 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 286; BGE 86 II 252 f., 89 II 123.

845 BGE 115 II 47 f. Vgl. auch Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 2 zu Art. 149 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 569 und 844 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 16.

846 BGE 76 II 392.

eingeführt worden sei[847]. Sie betonen weiter, dass diese Bestimmung als Richtlinie zu verstehen sei, die das Gericht nicht binde[848]. Sie fügen schliesslich hinzu, dass deren Anwendung der Entwicklung des Haftpflichtrechts seit Beginn des Jahrhunderts, insbesondere der Einführung der scharfen Kausalhaftungen, Rechnung tragen sollte. Es sei abwegig, die Personen zu privilegieren, die kausal für das Risiko haften, das Drittpersonen aus einer besonders gefährlichen Tätigkeit entsteht, und letztlich die Last der Ersatzpflicht systematisch auf die Person zu überwälzen, die aus Verschulden hafte[849]. In einer neueren Rechtsprechung scheint das Bundesgericht eine gewisse Sympathie für diese Meinung zu zeigen, die auf eine Relativierung der hierarchischen Ordnung von Artikel 51 Absatz 2 OR schliessen lässt. Es führt nämlich aus, man müsse sich vor jedem Schematismus hüten und der Versuchung widerstehen, abstrakt Verteilungskriterien zu definieren, die eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Starrheit aufdrängen würden[850]. Dennoch ist die Praxis bisher dem Wunsch unseres höchstens Gerichts nach Flexibilität nicht nachgekommen. Diese Feststellung führt die Verfasser des Vorentwurfs dazu, die Schlussfolgerungen der Studienkommission[851] zu übernehmen und eine allgemeine Regel in diesem Bereich vorzuschlagen. Diese gewährt dem Gericht wie der neue Artikel 759 Absatz 3 OR einen weiten Ermessensspielraum. So sieht Artikel 53*c* Absatz 1 VE vor, dass die beteiligten haftpflichtigen Personen den Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände zu tragen haben, die jeder von ihnen zuzurechnen sind, so insbesondere nach der Schwere des Verschuldens und nach der Intensität des charakteristischen Risikos. Somit behandelt die Bestimmung - wie Artikel 53*a* VE bezüglich der Haftungskollision - die beiden wichtigsten Haftungsgründe gleich[852]. Dies bedeutet, dass es im Falle der Anwendbarkeit einer Norm, die eine Gefährdungshaftung vorsieht, keinen Grund gibt, dem Verschulden einer mithaftpflichtigen Person von vornherein eine überwiegende Bedeutung zuzuschreiben, wie dies zu Unrecht Artikel 60 Absatz 2 SVG tut. Für das weitere kann auf die Erläuterungen zu Artikel 52 VE verwiesen werden, der die Bemessung der Ersatzleistung regelt[853].

Nach Artikel 53*c* Absatz 2 VE steht der Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, ein Rückgriffsrecht gegen die anderen haftpflichtigen Personen zu; zu diesem Zweck tritt sie in die Rechte der geschädigten Person ein. Der Rückgriff ist die ordentliche Art der internen Verteilung der Solidarschuld und gehört zur Logik der passiven Solidarität (vgl. Art. 148 Abs. 2 OR). Er gibt dem Mitschuldner, der das Opfer befriedigt hat, einen persönlichen

---

847 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 51 OR und die dortigen Hinweise.

848 Bugnon H., L'action récursoire en matière de concours de responsabilité civile, Freiburg 1982, S. 71 ff.

849 Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 287 ff.; vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 358 ff.

850 BGE 116 II 649, der auf den nicht veröffentlichten BGE vom 5. Mai 1987, Michaud und Streitgenossen gegen Schweiz. Eidgenossenschaft, Bezug nimmt; vgl. auch Stark E.W., Zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR, ZbJV 1992, S. 221 ff.

851 Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 105.

852 Vgl. Art. 41 Abs. 2 Ziff. 1 und 43 VE; vorne 2.1.

853 Vgl. vorne 2.5.2.

Anspruch. Es handelt sich um eine eigene - nicht um eine abgeleitete - Forderung, die ausschliesslich der Regelung der Verteilung untersteht[854]; sie ist mit einer Regressklage geltend zu machen, die unabhängig von der Klage der geschädigten Person ist. Diese Selbständigkeit der Regressklage ist insbesondere daraus ersichtlich, dass der Entscheid im Hauptverfahren bezüglich des Verhältnisses unter den mithaftpflichtigen Personen nicht rechtskräftig wird[855].

Nach Artikel 53*c* Absatz 2 VE tritt die Person, der ein Rückgriffsrecht gegen die übrigen mithaftpflichtigen Personen zusteht, in die Rechte des Opfers ein. Die Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 149 Absatz 1 OR, der vom Bundesgericht heute nur auf Fälle echter Solidarität angewandt wird[856]. Im Rahmen einer einheitlichen Lösung soll dieser Regelung allgemeine Tragweite zukommen[857]. Zum einen gehört Artikel 149 Absatz 1 OR - wie Artikel 136 Absatz 1 OR[858] - zur allgemeinen Regelung über die Solidarschuld. Zudem verstärkt die Subrogation das Rückgriffsrecht. Die haftpflichtige Person, die das Opfer befriedigt hat, erwirbt nämlich von Gesetzes wegen die Rechte des letzteren mit ihren Nebenrechten; sie kann sie ausüben, wenn sie gegen die anderen Rückgriff nimmt[859]. Es erscheint als angebracht, den Mitschuldner zu bevorzugen, der den Schaden über seinen Anteil hinaus ersetzt hat und das Risiko des Rückgriffs gegen Personen trägt, die ihm nicht solidarisch haften. Die praktische Nützlichkeit der Subrogation darf gewiss nicht übertrieben werden[860]; vom Vorteil kann sie allerdings sein, wenn die klagende Partei im Regressverfahren von Sicherheiten profitiert, die die Hauptforderung garantieren[861].

2.7 Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 bis 54i VE)

2.7.1 Einführung

Oft entsteht aus einem Ereignis, das einen Schadenersatzanspruch gegen die haftpflichtige Person begründet, gleichzeitig auch eine Forderung gegen eine Drittperson. Diese ist am häufigsten ein Versicherer. Es kann sich um einen Haftpflichtversicherer handeln, gegen den dem Opfer aufgrund eines gesetzlichen Rechts sui generis ein direktes Forderungsrecht zustehen kann[862], oder auch um einen privaten Schaden- oder Personenversicherer, der aufgrund ei-

---

854 Vgl. Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 77.

855 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 291; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 83; BGE 57 II 522; die Frage wurde offen gelassen in BGE 93 II 333 ff. und der dort angegebenen Lehre.

856 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 845.

857 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/9,, S. 104; in diesem Sinne: Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 340; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 73 ff. und 115.

858 Vgl. vorne 2.6.4.2.

859 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 569 f. und 614 f.

860 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 zu Art. 50 OR; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 291.

861 In Bezug auf das Pfandrecht nach Art. 60 VVG vgl. hinten 2.7.4.2.1.

862 Brehm R., Le contrat d'assurance responsabilité civile, Lausanne 1983, S. 171 f., Nr. 601 und die dortigen Hinweise.

nes mit der geschädigten oder einer anderen Person abgeschlossenen Vertrags intervenieren muss. Weiter kann es sich um eine Sozialversicherung handeln, die nach Bundesrecht oder kantonalem Recht verpflichtet ist, bei Tod oder Körperverletzung Leistungen zu erbringen. Schliesslich kann es sich um eine andere Versicherungseinrichtung handeln, wie eine Krankenkasse oder eine Pensionskasse, der das Opfer angehört. Wie man sieht, ist das Rechtsverhältnis, das der geschädigten Person den direkten Zugriff auf den Versicherer ermöglicht, sowohl in Bezug auf den Grund (gesetzlich, vertraglich, statutarisch) wie auch in Bezug auf die Natur (öffentliches oder Privatrecht) unterschiedlich.

Unsere Rechtsordnung regelt den Fall nicht einheitlich, wo der geschädigten Person mehrere Forderungen - einerseits gegen die haftpflichtige Person (oder ihren Versicherer), anderseits gegen einen Versicherer (der nicht die haftpflichtige Person deckt) - zustehen. Verschiedene Grundsätze können Anwendung finden[863] :

- Der Grundsatz der Häufung (Kumulation) der Forderungen erlaubt der berechtigten Person, ihre Forderungen sowohl gegen die haftpflichtige Person wie auch gegen den Versicherer geltend zu machen, ohne dass die eine Forderung Einfluss auf die andere hat. Unter Umständen kann dieser Grundsatz zu einer Bereicherung des Opfers führen. Dies wird von Artikel 96 VVG implizit zugelassen, wenn die geschädigte Person im Genuss einer Personen- oder - nach moderner Terminologie - Summenversicherung ist, die bei Tod oder Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität die Erbringung zum voraus bestimmter Leistungen garantiert.

- Der Grundsatz der Subrogation lässt die Rechte des Opfers gegen die haftpflichtige Person auf den Versicherer übergehen, und zwar bis zur Höhe der von ihm erbrachten Leistung. Dieser Grundsatz vermeidet eine Bereicherung der geschädigten Person, garantiert ihr aber anderseits in aller Regel ein Vorrecht in Bezug auf den Ersatz der Schadensposten, die von der Versicherung gedeckt sind. Der Grundsatz der Subrogation gilt für die meisten Bundesversicherungen[864] und für gewisse Pensionskassen des Bundes[865]. Er ist auch in Artikel 72 Absatz 1 VVG vorgesehen, wonach dem Schadensversicherer ein beschränktes Subrogationsrecht zusteht, wenn die haftpflichtige Person aus Verschulden haftet; in den übrigen Fällen kann der Versicherer nur in den Schranken von Artikel 51 Absatz 2 OR auf die haftpflichtige Person Rückgriff nehmen[866].

---

863 Maurer A., Cumul et subrogation dans l'assurance sociale et privée. Contribution à l'harmonisation de la législation. Rapport du groupe de travail institué par la Société suisse de droit des assurances, Berne 1976, S. 9 ff. (deutsche Ausgabe : Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung, Bern 1975); Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 1 ff.

864 Vgl. Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 Abs. 1 IVG, 67 Abs. 1 MVG; vgl. auch Art. 79 Abs. 1 KVG.

865 Vgl. Art. 14 der Verordnung vom 2. März 1987 über die Eidgenössische Versicherungskasse (SR 172.222.1) und Art. 14 der Statuten der Pensions- und Hilfskasse der Schweizerischen Bundesbahnen vom 10. März 1987 (SR 172.222.2).

866 Vgl. Art. 54 VE und hinten 2.7.3.1.

– Nach dem Grundsatz der Anrechnung kann die haftpflichtige Person ihre Ersatzleistung in der Höhe der Leistungen kürzen, die der Versicherer dem Opfer erbracht hat; in diesem Ausmass ist sie von ihrer Ersatzpflicht befreit. Dieser Grundsatz ist die Regel in den ausländischen Systemen, die das Subrogationsrecht der Sozialversicherungen aufgehoben haben. In der Schweiz findet er Anwendung, wenn der Schadensversicherer gegen die haftpflichtige Drittperson nicht Rückgriff nehmen kann. Er ist auch in einigen Gesetzen vorgesehen, die eine scharfe Kausalhaftung begründen (Art. 62 Absatz 3 SVG, 13 Abs. 1 EHG, 9 Abs. 2 KHG), und ist dabei allerdings auf die Leistungen privater Versicherungen beschränkt, für welche die haftpflichtige Person die Prämien ganz oder teilweise bezahlt hat[867].

– Der Grundsatz der Subsidiarität erlaubt dem Versicherer, die von ihm geschuldeten Leistungen in dem Ausmass zu verweigern, in dem eine Person dem Versicherten für den Schaden haftet. Dieser Grundsatz ist oft in den Statuten und Reglementen der Krankenkassen und der Personalvorsorgeeinrichtungen verankert. Seine Anwendung kann für die geschädigte Person Härtefolgen haben. Daher hat der Versicherer das Recht oder gar die Pflicht, dem Opfer Vorschüsse zu leisten; dieses muss ihm allerdings die Rechte abtreten, die es gegen die ersatzpflichtige Drittperson hat. Die Tragweite einer solchen Abtretung ist seit langem Gegenstand von Diskussionen. Nach der Rechtsprechung sind die Krankenkassen und die Vorsorgeeinrichtungen, auch die öffentlich-rechtlichen, den Personen gleichgestellt, die aus Vertrag haften, und unterstehen der Regressordnung nach Artikel 51 Absatz 2 OR; die in Statuten oder Reglementen vorgesehene Abtretung ist daher unwirksam, wenn sie zu einer Abweichung von dieser Regressordnung führt, und dies trotz des Wortlauts von Artikel 26 BVV 2[868].

Von den soeben geschilderten Grundsätzen hat einer eine Sonderstellung: Jener, der die Häufung der Forderungen gegen die haftpflichtige Person einerseits und gegen den Versicherer anderseits zulässt. Seine Besonderheit geht auf die Natur der Summenversicherung zurück, deren Leistungen nicht vom Bestehen eines effektiven Schadens, sondern vom blossen Eintritt des Versicherungsfalls wie etwa Tod oder Invalidität abhängen. Der Grundsatz der Häufung der Forderungen, der zu Beginn des Jahrhunderts ins Gesetz aufgenommen wurde (Art. 96 VVG), drückt den politischen Willen aus, die berufliche Vorsorge durch Privatversicherungen zu fördern. Trotz der Entwicklung der Sozialversicherungen hat er heute noch einen unbestreitbaren Wert[869] und soll weiterhin auf die Versicherungen angewendet werden, die als Summenversicherungen die Risiken Tod und Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität des Menschen decken.

---

867 Vgl. Art. 54*i* VE und hinten 2.7.5.

868 BGE 104 II 189, 107 II 495, 115 II 26 f. und die dort zitierten Lehrmeinungen. Nach Art. 26 BVV 2 (SR 831.441.1) kann die Vorsorgeeinrichtung wenn ihr Reglement es vorsieht, verlangen, dass der Anwärter auf eine Hinterlassenen- oder Invalidenleistung ihr seine Forderung gegen haftpflichtige Dritte bis zur Höhe ihrer Leistungspflicht abtritt.

869 Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 89; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 108.

Die anderen Grundsätze - Subrogation und Regress, Anrechnung, Subsidiarität und Abtretung - bezwecken alle eine Koordination des Haftpflichtrechts mit dem Recht der Privat- und der Sozialversicherungen, freilich in unterschiedlichem Ausmass und auf unterschiedliche Art und Weise. Dadurch soll insbesondere eine Bereicherung der geschädigten Person verhindert werden. Dieser Zweck ist eng mit der Ersatzfunktion der betreffenden Regelungen verbunden. Es ist allerdings festzustellen, dass diese Regelungen insgesamt ein Zwittersystem darstellen, das nicht auf einem globalen Konzept beruht. Daraus ergeben sich in der Praxis unterschiedliche Lösungen, die Gefahr der Überversicherung und der Bereicherung sowie eine komplizierte Anwendung. Dies ist bei Tod oder Invalidität des Opfers besonders ersichtlich, wenn neben der haftpflichtigen Person eine Mehrheit von Sozialversicherungen leisten muss. Diese unbefriedigende Lage hat zahlreiche Gründe. Zunächst ist die gesetzliche Entwicklung des Haftpflichtrechts zu erwähnen, die ausserhalb des gemeinen Rechts des OR erfolgte und sich durch Sonderregelungen mit unterschiedlichen Lösungen auszeichnet[870]. Man denke beispielsweise an die verschiedenen Bestimmungen, die für die Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit den Abschluss einer Versicherung vorschreiben, wie dies beim Halter eines Motorfahrzeugs oder dem Inhaber einer Kernanlage der Fall ist. Zu erwähnen ist weiter, dass die Privatversicherungen zwar einen beachtlichen Aufschwung erlebt haben, gewisse Branchen aber vom Gesetzgeber nicht in geeigneter Weise erfasst wurden und heute einer teilweise überwundenen Gesetzgebung unterstehen[871]. Zu denken ist an das Problem der Qualifizierung der Versicherungen, die das Risiko einer Gesundheitsschädigung decken, und an seine Auswirkungen auf die Haftpflicht[872]. Schliesslich ist das Sozialversicherungsrecht zu erwähnen, dessen unterschiedliche Regelungen nicht auf ein bestimmtes Konzept zurückgehen, sondern vielmehr im Verlauf der Jahrzehnte pragmatisch entwickelt wurden[873]. Daraus ist eine systematische Vielfalt entstanden, die der Kohärenz schadet und eine homogene Anwendung verunmöglicht[874].

Niemand wird bestreiten, dass die geltende Regelung der Fälle, in denen der Schaden durch Leistungen der haftpflichtigen Person und einer oder mehrerer Versicherungen ersetzt wird, besser harmonisiert werden muss, um zwei Hauptziele zu verwirklichen: Einerseits ist jede Bereicherung des Opfers zu vermeiden (namentlich durch Anwendung des Grundsatzes der Subrogation der Versicherung); anderseits muss aber das Opfer vollen Schadenersatz erhalten (namentlich durch Anwendung des Grundsatzes des Quotenvorrechts)[875]. Zu diesem Zweck müssen die Bestimmungen, die der Koordination zwischen den verschiedenen anwendbaren Regelungen dienen, verallgemeinert und möglichst vereinheitlicht werden. Nach der Absicht des Gesetzgebers

---

870 Vgl. vorne 1.1.

871 Gauch P., Das VVG - Alt und Revisionsbedürftig, Strassenverkehrsrecht -Tagung, Freiburg 1990; Tercier P., La LCA : ombres et lumières, Journées de droit de la circulation routière, Freiburg 1990.

872 Vgl. BGE 104 II 47 ff. Vgl. auch .Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 14.

873 Maurer A., a.a.O. (Anm. 162), S. 7.

874 Bericht der Kommission des Ständerates über den Entwurf eines BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, BBl 1991 II 234 ff.

875 Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 17 ff., 147 ff.

soll das Verhältnis zwischen Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht im Obligationenrecht geregelt werden, und zwar im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts[876]. Das Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht und Sozialversicherungsrecht soll indessen im Gesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts geregelt werden, dessen Entwurf zur Zeit von den Eidg. Räten beraten wird[877]. Diesbezüglich ist sehr zu bedauern, dass die berufliche Vorsorge entgegen dem Vorschlag der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht[878] vom Anwendungsbereich dieses Gesetzesentwurfs ausgeschlossen wurde[879]. Einerseits wird anerkannt, dass die berufliche Vorsorge in Anbetracht ihrer Ziele eine Branche der Sozialversicherungen ist[880]. Anderseits - und vor allem in Anbetracht der Entschädigungsnatur der obligatorischen Invaliditäts- und Hinterlassenenleistungen nach BVG - drängt sich auf, die Vorsorgeeinrichtungen wie die anderen Sozialversicherungen zu behandeln und ihnen insbesondere ein vollständiges Subrogationsrecht gegen die haftpflichtige Person zu gewähren. Diese Auffassung, die schon von der Studienkommission vertreten wurde[881], wird von zahlreichen Autoren geteilt[882]. Sollte sie der Gesetzgeber bei der laufenden Revision des Sozialversicherungsrechts nicht berücksichtigen und die Überprüfung dieses Problems auf eine spätere Änderung des BVG verschieben[883], würde die heutige Lage noch lange weiterdauern. So würden auch die heutigen ungerechtfertigten Unterschiede weiter bestehen: Den Vorsorgeeinrichtungen wird entweder - wie einigen Pensionskassen des Bundes[884] - ein vollständiges Subrogationsrecht zustehen oder bloss ein beschränktes Rückgriffsrecht nach den Regeln des OR; die Einrichtung kann zudem, wenn das Reglement es ihr erlaubt, auf den Regress gegen die haftpflichtige Person verzichten, was eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des versicherten Opfers bewirkt[885].

---

876 Vgl. Art. 54 bis 54*i* VE und hinten 2.7.2. bis 2.7.5.

877 Vgl. Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), insbesondere S. 243 ff. (Grundzüge der Vorlage) und S. 264 ff. (Koordinationsregeln, insbesondere die Art. 79 bis 82 über die Subrogation der Sozialversicherung).

878 Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Bern 1984, S. 25 f.

879 Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), S. 243 f. und 247; vgl. auch Art. 1 des Entwurfs. In seiner Stellungnahme vom 17. April 1991 bezeichnete der Bundesrat diesen Ausschluss als "Mangel" (BBl 1991 II 913). In seiner vertieften Stellungnahme vom 17. August 1994 bestätigte er seine Meinung (BBl 1994 V 924 f.).

880 Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), S. 235 und 247. Vgl. auch Beck P., Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte, SVZ 1992 (60), S. 179; BGE 20.03.1990, SZS 1990, S. 305, wo das Bundesgericht erkennt, dass die Vorsorgeeinrichtung, die gegen eine haftpflichtige Person Rückgriff nimmt, und die AHV Gesamtgläubiger nach Art. 79^{quater} Abs. 3 AHVV sind.

881 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.2, S. 168 f.

882 Nef U.Ch., Die Leistungen der beruflichen Vorsorge in Konkurrenz zur anderen Versicherungsträgern sowie haftpflichtigen Dritten, SZS 1987, S. 31; Beck P., a.a.O. (Anm. 880), S. 184 ff.; Maurer A., a.a.O. (Anm. 144), S. 226; Schaer R., Hard cases make bad law oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, recht 1991, S. 14 f., 18 f.

883 Vgl. diesbezüglich den Vorschlag der Kommission des Ständerates, BBl 1991 II 247, 290.

884 Vgl. vorne Anm. 865.

885 Dieser Vorteil gehört heute nicht zu den "ungerechtfertigten" nach Art. 34 Abs. 2 BVG und 24 Abs. 2 BVV 2; vgl. zu diesem Punkt Maurer A., a.a.O. (Anm. 162), S. 227; Bossard

2.7.2 Beschreibung des Vorentwurfs

Das Privatversicherungsrecht untersteht im wesentlichen dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag. Dieses Gesetz trifft eine - formell fragliche[886] - Unterscheidung zwischen den Schadensversicherungen (Art. 48 bis 72) und den Personenversicherungen (Art. 73 bis 96). Der Entschädigungsgrundsatz, wonach der Versicherungsfall nicht zu einer Bereicherung des Berechtigten führen darf, ist nur auf Schadensversicherungen anwendbar (Art. 72)[887]. In der Praxis werden die Versicherungsarten nach dem versicherten Objekt (Person, Sache oder Vermögen) unterschieden. Garantiert die Dekkung bei Tod oder bei Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit eines Menschen unabhängig vom Bestehen eines effektiven Schadens die Leistung zum voraus bestimmter Geldsummen, so spricht man eher von Summenversicherungen als von Personenversicherungen. Diese Besonderheit rechtfertigt den Grundsatz der Häufung der Forderungen, der in Artikel 96 VVG verankert ist[888]. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Qualifikation der verschiedenen Versicherungsbranchen selbstredend wesentlich[889].

Begründet das schädigende Ereignis gleichzeitig eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Person und eine Forderung gegen einen Privatversicherer, können drei Arten von Rechtsverhältnissen in Frage kommen, und zwar je nachdem

- ob die geschädigte Person im Genuss einer Schadensversicherung ist;
- ob die haftpflichtige Person von einer Haftpflichtversicherung gedeckt ist;
- ob die geschädigte Person Anspruch auf Leistungen einer Versicherung hat, die von der haftpflichtigen Person finanziert wurde.

Das geltende Recht regelt diese verschiedenen Rechtsverhältnisse unvollständig, und zwar durch Bestimmungen, die in vielen Gesetzen zerstreut sind, so im OR (namentlich in Art. 51), im VVG (insbesondere in Art. 60 und 72) und in Spezialgesetzen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen (wie in Art. 63 ff. SVG, wo die obligatorische Versicherung zur Deckung der Haftung des Motorfahrzeughalters geregelt ist). Oft haben diese Bestimmungen, wenn sie die Intervention eines Versicherers direkt erfassen, einen beschränkten Anwendungsbereich; sie erweisen sich als lückenhaft und führen zu unterschiedlichen Lösungen. Den Vorschlägen der Studienkommission folgend[890] sind die Ver-

---

R./Daxelhoffer H./Jaeger B., Der Rückgriff im Überblick, in Das Verschulden, von Schaer R./Duc J.-L./Keller A., Basel 1992, S. 300.

886 Kuhn M., Grundzüge des schweizerischen Privatversicherungsrechts, Zürich 1989, S. 63; Tercier P., a.a.O. (Anm. 871), S. 12 f.

887 Vgl. hinten 2.7.3.

888 Vgl. vorne 2.7.1.

889 Maurer A., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1986, S. 405 ff.; Kuhn M., a.a.O. (Anm. 156), S. 63 ff.; Viret B., Droit des assurances privées, 3. Aufl., Zürich 1991, S. 155 ff.

890 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 106 ff.

fasser des Vorentwurfs überzeugt, dass die Artikel 41 ff. OR die verschiedenen Verhältnisse zwischen Haftpflicht und Privatversicherung, also Schadensversicherung (Art. 54 bis 54*b* VE), Haftpflichtversicherung (Art. 54*c* bis 54*h* VE) und Fremdversicherung (Art. 54*i* VE), systematisch regeln müssen. Grund dafür ist, dass sich die Regeln des Vorentwurfs häufig an die allgemeinen Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz anlehnen (Art. 53*b* und 53*c* VE)[891] und dass sie allgemeine Anwendung beanspruchen dürfen, weil die Privatversicherungen sehr bedeutend oder gar allgegenwärtig sind, wenn es um Schadenersatz geht. Dies sollte zu einer besseren Wirksamkeit des Systems (insbesondere dank der Verallgemeinerung des Subrogationsrechts des Versicherers) und zu einer Verbesserung der Rechtslage der geschädigten Person führen (namentlich dank der Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer und dank dem Vorrecht auf Ersatz der von der Versicherung gedeckten Schadensposten).

2.7.3 Verhältnis zur Schadensversicherung (Art. 54 bis 54b VE)

2.7.3.1 Heutige Lage

Die Artikel 54 bis 54*b* VE regeln das Verhältnis der Haftpflicht zur Schadensversicherung, also zu einer Versicherung, die eine effektive Verminderung des Vermögens der versicherten Person - des Versicherungsnehmers selbst oder einer Drittperson, zu deren Gunsten die Versicherung abgeschlossen wurde - deckt. Gegenstand der hier erfassten Versicherung ist eine Sache oder, wenn es sich dabei nicht um eine Summenversicherung handelt, eine Person[892]. Das Verhältnis zwischen Haftpflichtversicherung und Haftpflichtrecht ist in den Artikeln 54*c* bis 54*h* VE geregelt.

Im geltenden Recht regeln die Artikel 72 VVG und 51 OR das Verhältnis zwischen Schadensversicherung und haftpflichtiger Person. Gegen beide stehen dem Opfer konkurrierende Forderungen zu. Dies bedeutet, dass die Forderung des Opfers gegen die haftpflichtige Person um die Versicherungsleistungen gekürzt wird. Wenn - wie es am häufigsten vorkommt - der Versicherer als erster das Opfer entschädigt, kann er auf den Verursacher der schuldhaften unerlaubten Handlung Rückgriff nehmen, und dies infolge Subrogation in die Rechte der geschädigten Person (Art. 72 Abs. 1 VVG). Dagegen könnte der Versicherer nicht auf die Person zurückgreifen, die kausal haftet und die kein Verschulden trifft[893]. In dieser Schranke ist eine Anwendung von Artikel 51 Absatz 2 OR zu sehen. Der Regress gegen die Person, die aus Vertrag haftet, ist nur dann gegeben, wenn diese Person selbst oder eine ihrer Hilfspersonen aus schwerem Verschulden haftet[894]. Das Bundesgericht begründet diese einschränkende Rechtsprechung mit den Artikeln 51 Absatz 1 und 50 Absatz 2

---

891 Vgl. vorne 2.6.4.

892 Vgl. vorne 2.7.2. Vgl. auch Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 397 und 400; BGE 104 II 47 ff., 119 II 364 f.

893 BGE 107 II 496, 115 II 26.

894 BGE 80 II 253 ff., 93 II 353; Konsequenz: Ist die Person, die aus Vertrag haftet, als erste vom Opfer belangt worden, so steht ihr ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherer zu, wenn sie kein schweres Verschulden trifft (BGE 114 II 344 f.).

OR, die den richterlichen Ermessensspielraum vorbehalten. Es führt aus, dass der Gesetzgeber, indem er Artikel 51 OR nach Artikel 72 VVG erlassen habe, die Lage der Versicherung nicht habe verbessern wollen. Es fragt sich zudem, aus welchem Grund der Versicherung ein Rückgriffsrecht gegen die Person zustehen solle, die aus Vertrag hafte und der kein schweres Verschulden vorgeworfen werden könne, wenn Artikel 14 Absatz 4 VVG der Versicherung verbiete, bei leichtem Verschulden der versicherten Person ihre Leistungen zu kürzen. Diese Rechtsprechung hat die Lehre erheblich beschäftigt[895].

Die Regelungen von Artikel 72 Absatz 1 VVG und 51 OR betreffen zum Teil dasselbe Problem, stimmen aber nicht völlig überein, was der Kohärenz des Systems schadet[896]. Artikel 72 Absatz 1 VVG ist eine starre Sonderbestimmung, die der Versicherung ein - durch eine beschränkte Subrogation verstärktes - Rückgriffsrecht gewährt, das dem richterlichen Ermessensspielraum entzogen ist. Artikel 51 OR ist eine flexible allgemeine Bestimmung, die der Versicherung ein selbständiges Rückgriffsrecht einräumt, das vom Gericht überprüft werden kann. Aus dem geltenden Recht ergibt sich, dass dem Versicherer, der seine Leistung erbracht hat, nur ein beschränkter Rückgriff auf die haftpflichtige Person zusteht. Unter gewissen Umständen zieht diese somit aus dem - an sich zufälligen - Bestehen einer Versicherung Nutzen, die vom Opfer finanziert wurde und dadurch zu einer Art Versicherung "für Rechnung Dritter" wird. Diese Situation ist unbefriedigend und muss geändert werden. Zu diesem Zweck und im Sinne der Thesen der Studienkommission[897] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine einheitliche Regelung der Materie im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts vor. Diese Regelung berücksichtigt logischerweise die Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE)[898], aber auch die Tatsache, dass der Versicherer keine haftpflichtige Person wie die anderen ist, weil er ersatzpflichtig ist, ohne den Schaden verursacht zu haben; dies rechtfertigt Sonderlösungen. Die Verpflichtung des Versicherers hat ihre Grundlage im Versicherungsvertrag, nicht in der Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder in einem ausservertraglichen Haftungsgrund. Daher legt der Vorentwurf den Grundsatz der vollen Subrogation des Versicherers in die Rechte des Opfers gegenüber der haftpflichtigen Person fest (Art. 54 VE), und er beschränkt sowohl in allgemeiner als auch in besonderer Weise die Ausübung des Rückgriffsrechts (Art. 54*a* und 54*b* VE). Mit dieser neuen Regelung werden die Absatz 1 und 3 des geltenden Artikel 72 VVG gegenstandslos. Absatz 2 ist für die Verfasser des Vorentwurfs eine besondere Haftungsbestimmung, die nach neuem Recht unter die allgemeine Klausel der Verschuldenshaftung (Art. 48 VE) fallen wird. Sie scheint ihnen daher überflüssig zu sein[899]. Deshalb schlagen sie vor, dass Artikel 72 VVG inskünftig eine blosse Verweisungsnorm enthalten soll, wonach das Rückgriffsrecht des Versicherers den

---

895 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 108 ff. zu Art. 51 OR und die dortigen Hinweise.

896 Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 91; Oswald H., Leistungskollisionen in der Privat- und Sozialversicherung, SVZ 1973/1974, S. 132 f.; Chaudet M.H., Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage, Diss. iur. Lausanne 1966, S. 79 ff.

897 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 107 f.

898 Vgl. vorne 2.6.4.4.

899 Vgl. hinten 2.7.3.2. und 2.7.3.3.1.

Bestimmungen des OR über den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, insbesondere den Artikeln 54 bis 54*b* VE untersteht.

2.7.3.2 Grundsatz (Art. 54 VE)

Steht dem Opfer für denselben Schaden eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Drittperson und gegen den deckungspflichtigen Versicherer zu, so handelt es sich um konkurrierende Forderungen. Die Zahlung durch einen Mitschuldner befreit den anderen bis zur Höhe der geleisteten Entschädigung. Die interne Verteilung der Solidarschuld erfolgt auf dem Regressweg.

In der grossen Mehrheit der Fälle wird die Entschädigung zunächst von der Versicherung bezahlt[900]. Artikel 54 Absatz 1 VE geht von diesem Fall aus und sieht vor, dass sich die geschädigte Person die Leistungen, die sie von der Versicherung erhalten hat, auf ihre Forderung gegen die haftpflichtige Person anrechnen lassen muss. Diese Regelung stellt eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Vorteilsanrechnung dar, die nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs keiner ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung bedarf[901]. Dieser Grundsatz will eine Bereicherung des Opfers verhindern; zu diesem Zweck verpflichtet er es, vom Schaden die Vorteile abzuziehen, die ihm aus dem schädigenden Ereignis entstanden sind; abzuziehen sind insbesondere - und es ist in der Praxis der wichtigste Fall - die Versicherungsleistungen[902]. Die Anrechnung dieser Leistungen ist auch dadurch gerechtfertigt, dass die haftpflichtige Person dem Rückgriff des Versicherers ausgesetzt ist.

Nach Artikel 54 Absatz 2 VE tritt der Versicherer mit der Zahlung seiner Leistungen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Opfers gegen die haftpflichtige Person ein. Mit anderen Worten erwirbt der Versicherer alle Forderungen des Opfers gegen eine Drittperson, und zwar unabhängig vom Grund, warum diese haftet. Gegebenenfalls kann er diese Forderungen auf dem Regressweg geltend machen, dies allerdings nur, soweit die Umstände es rechtfertigen (Art. 54*a* VE), und in den Schranken des Vorrechts der geschädigten Person (Art. 54*b* VE). Es handelt sich um eine gesetzliche Subrogation (oder Abtretung), die grundsätzlich derjenigen der geltenden Artikel 72 Absatz 1 VVG oder Artikel 53*c* Absatz 2 VE entspricht. Sie hängt somit weder von einer besonderen Form noch von einer Erklärung der berechtigten Person ab. Sie erfolgt von Gesetzes wegen.

Der Grundsatz der Anrechnung der Versicherungsleistungen (Art. 54 Abs. 1 VE) einerseits und derjenige der Subrogation des Versicherers (Art. 54 Abs. 2 VE) anderseits ergänzen sich. Der erste will die Bereicherung der geschädigten Person verhindern; der zweite will verhindern, dass die haftpflichtige Person in ungerechtfertigter Weise vom Bestehen einer Versicherung profitiert und so praktisch von ihrer Verpflichtung befreit wird. Diese beiden Grundsätze finden

---

900 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 378; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 18.

901 Vgl. vorne 2.3.2.1. und den Hinweis in Anm. 336.

902 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 178 ff., 376; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 219 ff.

ihre Rechtfertigung in der Natur der Schadensversicherung[903] wie auch im Dreieckverhältnis, in dem die beteiligten Personen stehen und das eine Haftungskonkurrenz im weiten Sinne bewirkt. Bei allgemeinerer Betrachtung entsprechen diese Grundsätze der Philosophie des Haftpflichtrechts, dessen Grundregeln von der Versicherung nicht geändert und verfälscht werden dürfen

Nach Artikel 54 Absatz 2 VE tritt der Versicherer in die Rechte des Opfers gegen die Person ein, die für den Schaden haftet, und zwar unabhängig vom Haftungsgrund. Im Vergleich zum geltenden Artikel 72 Absatz 1 VVG ist diese Regelung insofern neu, als sie eine vollständige Subrogation des Versicherers und nicht mehr eine Subrogation vorsieht, die nur die Forderungen aus verschuldeten unerlaubten Handlungen erfasst. Diese Lösung ist aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Zum einen soll der Privatversicherer gleich wie der Sozialversicherer behandelt werden, damit das Haftpflichtrecht und das Sozialversicherungsrecht möglichst vereinheitlicht werden[904]. Zum zweiten soll das Verhältnis zwischen Schadensversicherer und haftpflichtiger Drittperson nach denselben Grundsätzen geregelt werden, die bei Haftungskonkurrenz für das Innenverhältnis gelten, also gemäss dem Grundsatz der Verteilung der Solidarschuld nach Massgabe der Umstände und dem Grundsatz des Regresses - in Form der Subrogation - der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus Ersatz geleistet hat[905]. Zu betonen ist: Die vollständige Subrogation verhindert, dass das Bestehen einer Versicherung die Lage der haftpflichtigen Person in ungerechtfertigter Weise verbessert und gegebenenfalls zu einer Änderung der internen Verteilung der Ersatzleistung führt. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Beträge, die der Versicherer auf dem Regressweg erhält, sich in einer Marktwirtschaft auf die Prämien und somit zugunsten der Gemeinschaft der Versicherten auswirken sollte[906]. Dieses Argument ist allerdings insofern zu relativieren, als der Schadensversicherer häufig auf einen anderen Versicherer - denjenigen, der die Haftpflicht der ersatzpflichtigen Person deckt - Rückgriff nimmt, so dass letztlich eine allgemeine Kompensationswirkung eintritt.

Die Subrogation des Versicherers nach Artikel 54 Absatz 2 VE kennt zwei Voraussetzungen. Erstens muss der Versicherer der geschädigten Person Leistungen erbracht haben, die im Versicherungsvertrag vorgesehen sind; freiwillige Leistungen ohne Rechtsanspruch sind somit nicht zu berücksichtigen. Zweitens muss der geschädigten Person eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Person zustehen, die denselben Gegenstand betrifft. Diese Schranke passt logisch ins System der Forderungskonkurrenz; nach einer seit lange verwendeten und im vorgeschlagenen Text übernommenen Formulierung bedeutet sie, dass der Versicherer nur für die von ihm gedeckten gleichartigen Scha-

---

903 Koenig W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 287; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 19.

904 Vgl. vorne 2.7.1.

905 Vgl. Art. 53*c* VE, vorne 2.6.4.4. Vgl. auch Art. 54*a* VE und hinten 2.7.3.3.

906 In diesem Sinne Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 61; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 121 zu Art. 51 OR. Diese Meinung wird nicht einhellig vertreten; vgl. namentlich Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 20 und BGE 80 II 247 f.

densposten in die Rechte der geschädigten Person eintritt[907]. Wenn ein Fahrzeug beschädigt wird, ist die Gleichartigkeit der Schadensposten - und somit die Subrogation der Kaskoversicherung - beispielsweise nicht für die vertragliche Leistung gegeben, die den höheren Verkehrswert eines Autos deckt, oder für den Verdienstausfall während der Reparaturzeit eines Lastwagens, der in der Regel von dieser Deckungsart ausgeschlossen ist.

Die Subrogation des Versicherers findet im Zeitpunkt der - effektiven - Zahlung der Versicherungsleistungen von Gesetzes wegen statt. Diese Regelung ist logisch und entspricht jener von Artikel 53*c* Absatz 2 VE sowie der allgemeinen Regelung des Rückgriffs bei passiver Solidarität (Art. 148 Abs. 2 und 149 Abs. 1 OR). Sie weicht hingegen von der Lösung des Sozialversicherungsrechts ab, wonach die Subrogation mit dem Eintritt des Versicherungsfalls erfolgt[908]. Diese Abweichung ist mit Natur und Zweck der Sozialversicherungen zu erklären und dadurch gerechtfertigt, dass der Versicherer bei Tod oder Invalidität in den meisten Fällen periodischen Renten ausrichtet; eine Subrogation im Zeitpunkt der Zahlung der Versicherungsleistungen würde die Ausübung des Rückgriffsrechts erheblich erschweren.

Die Wirkungen der in Artikel 54 Absatz 2 VE vorgesehenen Subrogation unterstehen - wie dies bei Artikel 149 OR und 72 Absatz 1 VVG der Fall ist - den Bestimmungen über die Forderungsabtretung mit Ausnahme derjenigen, die die Gewährleistung betrifft (Art. 173 Abs. 2 OR)[909] :

- Der Versicherer erwirbt eine Ersatzforderung bis zur Höhe der erbrachten Leistungen und innerhalb der gesetzlichen Schranken (Art. 54 Abs. 2 und 54*b* VE), und zwar mit den Sicherheiten und Vorrechten, die mit der Forderung verbunden sind (wie z.B. der Einredenausschluss des direkt eingeklagten Haftpflichtversicherers[910]).

- Die haftpflichtige Person wird gegenüber dem Opfer im gleichen Ausmass befreit; sie ist auch gegenüber dem Versicherer befreit, wenn sie keine Kenntnis von der Subrogation hatte und das Opfer gutgläubig befriedigt hat (Art. 167 OR).

- Im gleichen Ausmass verliert die geschädigte Person jeden Ersatzanspruch gegen die haftpflichtige Drittperson und somit auch jedes Recht, über die Forderung zu verfügen. Diesbezüglich sieht der geltende Artikel 72 Absatz 2 VVG vor, dass der Anspruchsberechtigte für jede Handlung verantwortlich ist, die das Rückgriffsrecht des Versicherers gefährden könnte. Erfasst sind insbesondere die Fälle, in denen das Opfer auf seine Ersatzforderung ver-

---

907 Koenig W., a.a.O. (Anm. 903), S. 288; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 399; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 302; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 43.

908 Vgl. Art. 41 UVG, 79 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

909 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 379; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 15; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 303. Zu erwähnen ist allerdings, dass die Regressklage zum Teil eigenen Regeln untersteht; dies trifft insbesondere in Bezug auf die Teilung der Forderung bei einer Mehrheit mithaftpflichtiger Personen (vgl. hinten 2.7.3.3.1) und auf die Verjährung (vgl. hinten 2.8.7.) zu.

910 BGE 119 II 290 ff. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 16.

zichtet oder sie einer Drittperson abgetreten hat, die Sicherheiten geschmälert oder dem Versicherer nicht die Mittel zur Verfügung gestellt hat, die ihm die Durchführung der Regressklage ermöglicht hätten (Art. 170 Abs. 2 OR)[911]. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist diese - praktisch wenig bedeutende - Bestimmung überflüssig. Die geschädigte Person, die die Ausübung des Rückgriffsrechts des Versicherers hindert und somit die Subrogation unwirksam macht, verletzt nämlich eine vertragliche Pflicht oder den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE[912]. Trifft sie ein Verschulden, haftet sie für den dadurch dem Versicherer verursachten Schaden (Art. 48 VE)[913].

2.7.3.3 Rückgriff des Versicherers (Art. 54a und 54b VE)

2.7.3.3.1 Im Allgemeinen (Art. 54a VE)

Bei Haftungskonkurrenz erfolgt die interne Verteilung des Schadenersatzes nach besonderen Regeln. Grundsätzlich ist sie dem Willen des Opfers entzogen. Der haftpflichtigen Person, die den Schaden über ihren Anteil hinaus ersetzt hat, steht eine Regressforderung gegen die anderen Personen zu. Diese Forderung gewährt ihr ein selbständiges, kein abgeleitetes Recht. Die Subrogation verstärkt dieses Recht; sie schliesst es nicht aus[914].

Im geltenden Recht regeln die Artikel 72 VVG und 51 OR den Grundsatz und die Tragweite des Rückgriffs des Versicherers in komplexer und relativ starrer Weise[915]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, diese Bestimmungen durch eine einheitliche Regelung zu ersetzen, die dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum bietet. Artikel 54*a* Absatz 1 VE sieht vor, dass der Versicherer sein Rückgriffsrecht gegen die haftpflichtige Person nach den Vorschriften über die Haftungskonkurrenz (Art. 53*c* VE) ausüben kann. Die Norm behandelt den Versicherer und die haftpflichtige Person gleich. Daraus folgt, dass die Subrogation des Versicherers in die Rechte der geschädigten Person grundsätzlich vollständig (oder unbeschränkt) ist, dass sein Rückgriff gegen die haftpflichtige Drittperson hingegen je nach Fall unterschiedlich ist, also seine Tragweite nach dem allgemeinen Kriterium von Artikel 53*c* Absatz 1 VE von den "Umständen" abhängt[916]. Die in Frage kommenden Umstände sind diejenigen, die bei der Bemessung der Ersatzleistung im Allgemeinen massgebend sind[917]. Es handelt sich insbesondere um die Sachverhalte, für welche die haftpflichtigen und die geschädigten Personen einzustehen haben, namentlich die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos,

---

911 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 402; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 43.

912 Vgl. vorne 2.3.3.3.

913 Vgl. vorne 2.4.2.1.

914 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68 ff. Vgl. auch vorne 2.6.4.4.

915 Vgl. vorne 2.7.3.1.

916 Entgegen der Auffassung, die im Bericht der Studienkommission (These 510-2, S. 108) aufscheint, ist nicht die Subrogation, sondern der Regress Funktion der Umstände.

917 Vgl. Art. 52 Abs. 1 VE, vorne 2.5.2.

das jeder Person zuzurechnen ist. Unter diesem Gesichtspunkt - und dies gilt jetzt wie inskünftig - dürfen Subrogation und Rückgriffsrecht des Versicherers die Lage der Parteien des Grundverhältnisses nicht verschlimmern, und zwar weder diejenige des Opfers, das ein Vorrecht geltend machen kann (Art. 54*b* VE)[918], noch diejenige der haftpflichtigen Drittperson, die sich auf ihre Einreden gegen die geschädigte Person berufen kann[919]. In Erinnerung zu rufen ist, dass im Innenverhältnis keine Solidarität mehr besteht, obwohl der Versicherer in die Rechte des Opfers eintritt. Der Grundsatz ergibt sich aus dem Wortlaut von Artikel 148 OR und ist durch die praktische Notwendigkeit gerechtfertigt, die Ersatzleistung ein für allemal unter den Mitschuldnern zu verteilen[920]. Daraus folgt, dass der Versicherer seine Regressforderung teilen und jede mithaftpflichtige Person für ihren Anteil belangen muss. Im Sozialversicherungsrecht haften hingegen diese Personen solidarisch gegenüber dem Versicherer, der in die Rechte des Opfers eingetreten ist. Diese unterschiedliche Lösung ist durch den Zweck der Sozialversicherungen wie auch durch die Tatsache gerechtfertigt, dass die Subrogation mit dem Eintritt des Versicherungsfalls erfolgt, ohne dass von einer Forderungskonkurrenz im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann[921].

Im geltenden Recht besagt Artikel 72 Absatz 3 VVG im wesentlichen, dass die Subrogation dahinfällt und der Versicherer das Rückgriffsrecht nicht ausüben kann, wenn der Schaden auf ein leichtes Verschulden einer Drittperson zurückzuführen ist, mit der die berechtigte Person in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für deren Handlungen sie einzustehen hat. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Artikel 14 Absatz 3 und 4 VVG zu sehen. Sie kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn die ersatzpflichtige Drittperson kein schweres Verschulden trifft. Gerechtfertigt ist sie durch die Enge der Beziehung zwischen der geschädigten und der haftpflichtigen Person, die von einer Regressklage des Versicherers in Frage gestellt werden könnte[922]. Ein analoges "Rückgriffsprivileg" der Angehörigen der versicherten Person ist auch im Sozialversicherungsrecht vorgesehen[923]. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs ist die Regelung von Artikel 72 Absatz 3 VVG zu streng hinsichtlich der Voraussetzungen und zu eng hinsichtlich des Inhalts. Sie soll durch eine allgemeinere Norm ersetzt werden, die dem Richter einen Ermessensspielraum einräumt. Diese Norm wird es ermöglichen, bei der Bestimmung der Regressforderung des Versicherers auch andere Elemente zu berücksichtigen als privilegierte familiäre und vertragliche Beziehungen. Dies widerspiegelt sich im Wortlaut von Artikel 54*a* Absatz 2 VE, wonach das Gericht den Umfang des Rückgriffs einschränken kann, wenn besondere Umstände, namentlich enge Beziehungen

---

[918] Vgl. hinten 2.7.3.3.2.

[919] Vgl. z.B. BGE 80 II 250.

[920] Vgl. vorne 2.6.4.4.

[921] Frésard-Fellay G., Subrogation, droit d'action directe et solidarité, SVZ 1994, S. 57 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 6. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.4, S. 169 f.

[922] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 387; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 33 f.

[923] Vgl. Art. 44 UVG (der zur Zeit auch ein Haftungsprivileg vorsieht), Art. 48ter AHVG (BGE 117 II 614 ff.), Art. 82 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 268 und vorne Anm. 874).

zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person, es rechtfertigen. Man denke beispielsweise an den Besucher, der aus Versehen einen Gegenstand der versicherten Person beschädigt, an die Person, die einer anderen einen Gefallen tut und ihr dabei einen Schaden zufügt[924], oder an den Schädiger, der die Versicherung mitfinanziert hat - wie dies beim Mieter eines kaskoversicherten Motorfahrzeugs zutrifft[925].

2.7.3.3.2 Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54b VE)

In der Schadensversicherung wird seit längerer Zeit im Sinne des Rechtssprichworts "nemo subrogat contra se" anerkannt, dass der versicherten Person aus der Subrogation des Versicherers kein Nachteil erwachsen darf[926]. Ein solcher Nachteil könnte entstehen, wenn die haftpflichtige Person den Umfang der Ersatzleistung herabsetzen kann und der vom Opfer erlittene Schaden von den Versicherungsleistungen nicht ganz gedeckt wird (z.B. wegen eines Selbstbehalts oder einer Unterversicherung). Daher kann der Versicherer grundsätzlich nur dann auf die haftpflichtige Drittperson Rückgriff nehmen, wenn die geschädigte Person dadurch keinen Nachteil erleidet. Dies kommt der Anerkennung eines Vorzugsrechts der geschädigten Person gleich, für den von der Versicherung nicht gedeckten Teil des Schadens entschädigt zu werden. Der Grundsatz ist seit 1958 in Artikel 88 SVG verankert, der hauptsächlich eingeführt wurde, um das Rückgriffsrecht der SUVA nach Artikel 100 KUVG einzuschränken[927]. Zunächst galt er nur für den Ersatz der Schäden aus Strassenverkehrsunfällen[928]; bald darauf wurde sein Anwendungsbereich auf das ganze Haftpflichtrecht ausgedehnt[929]. Heute ist er in den meisten Sozialversicherungsgesetzen ausdrücklich enthalten[930].

Der Studienkommission folgend[931] stellen die Verfasser des Vorentwurfs fest, dass kein Anlass besteht, den Grundsatz des Quotenvorrechts (droit préférentiel) der geschädigten Person in Frage zu stellen. Sie sind der Auffassung, dass dieser Grundsatz der Billigkeit entspricht und logisch zu den Normen gehört, die das Verhältnis zwischen der Haftpflicht und den (privaten oder öffentlichen) Versicherungen, die Schäden ersetzen, regeln; seine Tragweite ist somit all-

---

924 Vgl. Art. 99 Abs. 2 OR; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 125 zu Art. 51 OR.

925 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 107. Vgl. auch Schaer R., Der eingeschränkte Regress des Schadensversicherers auf den ermächtigten Benutzer, in: Haftpflicht- und Versicherungstagung 1995 (A. Koller Hrsg.), St. Gallen 1995, S. 102 ff.

926 Roelli H./Jaeger C., Kommentar zum schweizerischen VVG, II, Bern 1932, N 38 zu Art. 72 LCA; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 398 f.; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 377 und 392; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 85; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 136 zu Art. 51 OR; Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 247.

927 BGE 93 II 415. Das KUVG ist mit dem Inkrafttreten des neuen KVG (SR 832.10) aufgehoben worden.

928 BGE 93 II 423.

929 BGE 96 II 361 ff.

930 Art. 42 Abs. 1 UVG; Art. 48^{quater} Abs. 1 AHVG; Art. 68 Abs. 1 MVG; Art. 80 Abs. 1 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

931 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

gemein[932]. Es ist daher nötig, dass das Obligationenrecht eine Bestimmung enthält, die diesen Grundsatz verankert, und zwar mit einer Formulierung, die derjenigen der Sozialversicherungsgesetze entspricht. Artikel 54*b* Absatz 1 VE sieht vor, dass der Versicherer sein Rückgriffsrecht gegen die haftpflichtige Person nur soweit ausüben kann, als die von ihm erbrachten Leistungen zusammen mit der von dieser Person geschuldeten Leistungen den Schadensbetrag übersteigen. Mit anderen Worten beschränkt diese Bestimmung die Regressforderung des Versicherers, um den Anspruch des Opfers auf vollen Schadenersatz zu gewährleisten. Dieser prioritäre Anspruch auf den von der Versicherung nicht gedeckten Restbetrag kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die berechtigte Person ein schweres Verschulden trifft[933]. In allen Fällen beschränkt sich aber der Anspruch auf die gleichartigen Schadensposten[934].

Artikel 48^{quater} Absatz 2 AHVG und Artikel 42 Absatz 2 UVG mildern in ihrem Geltungsbereich den Grundsatz des Vorrechts der geschädigten Person. Nach diesen Bestimmungen gehen die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen entsprechend dem Verhältnis der Versicherungsleistungen zum Schaden auf die Versicherung über, wenn diese ihre Leistungen wegen vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls gekürzt hat[935]. Diese Regelung wurde 1977 anlässlich der 9. AHV-Revision eingeführt. Sie normiert den Grundsatz der verhältnismässigen Teilung (Quotenteilung) der Entschädigung, die von der haftpflichtigen Drittperson geschuldet ist, zwischen der Sozialversicherung und dem versicherten Opfer. Sie will vermeiden, dass das Opfer auf dem Weg des Vorrechts das erhält, was ihm infolge der Kürzung der Versicherungsleistungen entzogen wird, weil diese Kürzung sonst jeglichen Sinn verlieren und illusorisch würde[936].

Die Verfasser des Vorentwurfs stellen fest, dass der Grundsatz der Quotenteilung auf Überlegungen der sozialen Billigkeit beruht, die es rechtfertigen, dass das Opfer in seltenen Fällen einen Teil des Schadens selber trägt. Der Meinung der Studienkommission[937] folgend schreiben sie diesem Grundsatz eine allgemeine Bedeutung zu und schlagen daher vor, ihn im Obligationenrecht zu verankern, seine Anwendbarkeit allerdings auf die Fälle zu beschränken, in denen die geschädigte Person den Schaden vorsätzlich oder bei der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat. Diesbezüglich ist Artikel 54*b* Absatz 2 VE auf Artikel 65 und 68 Absatz

---

932 Vgl. die in Anm. 926 zitierten Autoren.

933 BGE 93 II 422, 104 II 310, wonach ein Selbstverschulden dem Geschädigten nur dann zum Nachteil gereicht, wenn es so schwer ist, dass seine Schadenersatzansprüche geringer sind als der von der Sozialversicherung nicht gedeckte Schaden.

934 Vgl. 2.7.3.2. und die Hinweise in Anm. 907. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 140 zu Art. 51 OR.

935 Für Beispiele vgl. Stein P., Probleme des Regressrechts der AHV/IV gegenüber dem Haftpflichtigen und die Stellung des Geschädigten, in Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 319 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1, 3, 4 zu Art. 88 SVG.

936 Botschaft des Bundesrates vom 7. Juli 1976 über die neunte AHV-Revision, BBl 1976 III 64. Vgl. auch Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 71 f.

937 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

2 MVG[938] und auf Artikel 80 Absatz 2 des Entwurfs zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts[939] abgestimmt. Diese Texte lehnen sich an Bestimmungen des internationalen Rechts, die für die Schweiz verbindlich sind, und zwar an Artikel 32 § 1 Bst. d und e des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29. Juni 1967[940] und an Artikel 68 Bst. e und f der Europäischen Ordnung der sozialen Sicherheit vom 16. April 1964[941]. Die Fälle, in denen dem Opfer ein schwerer subjektiver Vorwurf gemacht werden kann, werden von Artikel 54*b* Absatz 2 VE in engerer Weise umschrieben als von der im Entwurf des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts vorgeschlagenen Lösung: Das Opfer muss den Schaden durch vorsätzliche Begehung eines Verbrechens oder Vergehens im Sinne des Strafrechts (was die fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen wie die Tötung nach Art. 117 StGB oder die Körperverletzung nach Art. 125 StGB ausschliesst) oder vorsätzlich im Sinne des Privatrechts (was grobe Fahrlässigkeit ausschliesst) herbeigeführt oder verschlimmert haben[942]. In Anbetracht dieser Anwendungsbedingungen dürfte die Bestimmung nur ausnahmsweise zum Tragen kommen, und dies umso mehr, als sich die belangte Person in diesen Fällen oft wird entlasten können.

In Anbetracht der darin vorgesehenen Voraussetzungen dürfte Artikel 54*b* Absatz 2 VE nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, und dies vor allem aus zwei Gründen. Zum einen wird sich die belangte Person häufig unter Berufung auf Artikel 47*a* VE entlasten können. Zum zweiten wird der Versicherer meistens, wenn der Unfall vom Versicherungsnehmer oder vom Anspruchsberechtigten absichtlich herbeigeführt wurde, Artikel 14 Absatz 1 VVG geltend machen und erklären können, dass er nicht haftet. Trotz der zuletzt erwähnten Bestimmung ist es aber denkbar, dass der Versicherer - aus welchem Grund auch immer - in einzelnen Fällen reduzierte Leistungen erbringt. Artikel 14 Absatz 1 VVG ist nämlich nicht zwingend, so dass die Parteien den Begriff des befürchteten Ereignisses, insbesondere des Unfalls, frei bestimmen und vorsehen können, dass der Versicherer unabhängig von der Ursache des Schadens - also auch bei absichtlich herbeigeführten Schäden[943] - haftet. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass die versicherte Person bei der vorsätzlichen Begehung eines Vergehens oder eines Verbrechens einen Schaden erlitten hat - es handelt sich um den zweiten in Artikel 54*b* Absatz 2 VE geregelten Fall -, den sie nicht absichtlich herbeigeführt hat und für den ein Dritter haftet. Dies träfe beispielsweise zu, wenn einem Dieb beim Aufbrechen der Haustüre ein Ziegel auf den Kopf fiele. Diese Überlegungen rechtfertigen die Regelung von Artikel 54*b* Absatz 2 VE, selbst wenn sie auf seltene Vorkommnisse Bezug nehmen.

---

938 SR 833.1.

939 BBl 1991 II 207, 268.

940 Für die Schweiz in Kraft seit dem 13. September 1978 (AS 1978 II 1493).

941 Für die Schweiz in Kraft seit dem 17. September 1978 (AS 1978 II 1518).

942 In diesem Sinne vgl. die vertiefte Stellungnahme des Bundesrates vom 17. August 1994 (BBl 1994 V 937 f. und 959 f.).

943 Carron B., La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Freiburg 1997, S. 44 Anm. 125, S. 45 Anm. 128; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 360; BGE vom 29. November 1973, SVA XIII Nr. 26; vgl. auch SVA XV Nr. 24.

Die Anwendung des Grundsatzes der Quotenteilung ermöglicht der Sozialversicherung, auf die haftpflichtige Drittperson Rückgriff zu nehmen, und zwar im Verhältnis ihrer Leistungen zum Schaden[944]. Stein[945] hat zu Recht betont, dass ein solcher Verteilungsschlüssel insofern fraglich sei, als der Versicherung manchmal ein Rückgriffsrecht für einen Teil des Schadens zustehen könne, den sie auf keinen Fall gedeckt hätte (bei Unterversicherung oder bei einer Franchise); diese Anomalie bewirke eine ungerechtfertigte Ausdehnung ihrer Regressforderung. Daher schlagen die Verfasser des Vorentwurfs für die Quotenteilung eine andere Berechnungsart vor. Diese Lösung wird auch vom Bundesrat bei der laufenden Revision des Sozialversicherungsrechts bevorzugt[946]. Als Berechnungsgrundlage berücksichtigt sie die im Versicherungsvertrag vorgesehenen maximalen (also nicht gekürzten) Leistungen und nicht die nach einer Kürzung effektiv erbrachten Leistungen. Zu diesem Zweck sieht Artikel 54*b* Absatz 2 VE vor, dass der Versicherer nur soweit sein Rückgriffsrecht ausüben kann, als die im Vertrag versprochenen Maximalleistungen zusammen mit dem von der haftpflichtigen Person geschuldeten Ersatz den Schadensbetrag übersteigen. Man könnte von einem "gemässigten Vorrecht" der geschädigten Person reden. Unter gewissen Umständen, insbesondere wenn der von der haftpflichtigen Person geschuldete Ersatz sehr bescheiden ist, wird die vorgeschlagene Regelung das Rückgriffsrecht des Versicherers und infolgedessen auch die Quotenteilung zunichte machen. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich dieser möglichen Wirkung bewusst und präzisieren, dass Artikel 54*b* Absatz 2 VE nicht den Zweck hat, dem Versicherer in jedem Fall den Rückgriff zu ermöglichen, sondern zu vermeiden, dass ihm eine unbegründete Regressforderung zusteht.

Für den Fall, dass die haftpflichtige Person nur einen Teil des geschuldeten Ersatzes beibringen kann, sieht Artikel 54*b* Absatz 3 VE vor, dass die geschädigte Person das Recht hat, sich aus diesem Teil vorab zu befriedigen. Die Bestimmung lehnt sich an die Lösung des Sozialversicherungsrechts an[947] und ist auf die beiden Tatbestände der Absätze 1 und 2 von Artikel 54*b* VE anwendbar. Sie gibt dem Opfer eine Art Vorrecht auf Entschädigung, wenn die haftpflichtige Drittperson zahlungsunfähig ist oder wenn ihre Versicherungsdeckung nicht genügt[948].

---

944 Vgl. Art. 48^{quater} Abs. 2 AHVG, 42 Abs. 2 UVG, 68 Abs. 2 MVG, 80 Abs. 2 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874). Vgl. auch vorne Anm. 935 f.

945 Stein P., a.a.O. (Anm. 935), S. 323. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110; Rusconi B., Le recours de l'assureur dans la LAA, Publication juridique du TCS, Genf 1984, S. 32.

946 BBl 1994 V 959 f.

947 Art. 48^{quater} Abs. 3 AHVG, 42 Abs. 3 UVG, 68 Abs. 3 MVG, 80 Abs. 3 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

948 Maurer A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 557 f.

2.7.4 Verhältnis zur Haftpflichtversicherung (Art. 54c bis 54h VE)

2.7.4.1 Einführung

Haftpflichtversicherungen dienen der Deckung von Vermögenseinbussen, die einer Person wegen Schadenersatzansprüchen einer Drittperson entstehen können. Abgeschlossen werden sie für eigene Rechnung des Versicherungsnehmers oder für fremde Rechnung, d.h. für eine Person, die mit dem Versicherungsnehmer in irgendeiner Weise verbunden ist, wie dies beispielsweise beim Lenker im Verhältnis zum Halter eines Motorfahrzeugs oder bei den Mitgliedern einer Hausgemeinschaft im Verhältnis zum Familienoberhaupt zutrifft[949].

Die Versicherung deckt die Kosten für die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche wie auch die finanziellen Folgen der Haftung der versicherten Person. Gegenstand der Versicherung ist somit das Vermögen der versicherten Person und nicht dasjenige des Opfers, selbst wenn das unmittelbare Forderungsrecht, das gewisse Sonderbestimmungen dem Opfer gewähren, diesen Grundsatz relativiert. In diesem Sinne ist die Haftpflichtversicherung nach der Dreiteilung, die von der Lehre vorgeschlagen wird, eine Vermögensversicherung[950]. Sie untersteht in weitem Ausmass der Regelung der Schadensversicherung (Art. 48 ff. VVG)[951].

Die Forderung der versicherten Person gegen den Versicherer besteht - bis zur Höhe der vertraglich vorgesehenen Summe - entweder in der Vergütung des Betrags, der dem Opfer als Schadenersatz bezahlt wurde, oder in der Befreiung von der Pflicht, das Opfer zu befriedigen[952]. In der Praxis kommt vor allem die zweite Variante vor: Der Versicherer erbringt seine Schadenersatzleistung direkt an die geschädigte Person, wozu ihm übrigens das Gesetz ermächtigt (Art. 60 Abs. 1 2. Satz VVG). Dadurch tilgt er die Schuld der versicherten Person, in deren Namen und für deren Rechnung er handelt[953]. Gleichzeitig beseitigt er das gesetzliche Pfandrecht des Opfers an der Forderung, die der versicherten Person gegen ihn zusteht (Art. 60, Abs. 1, 1. Satz VVG). Dieses Recht, das der Regelung des Pfandrechts an Forderungen untersteht (Art. 899 ff. ZGB)[954], will verhindern, dass die versicherte Person die für das Opfer bestimmte Versicherungsleistung verschwendet und vor allem dass die Forderung

---

949 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 518; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 38 f.; BGE 91 II 232 f. : Gegebenenfalls bestehen mehrere Versicherungen, die auf ein und demselben Vertrag beruhen.

950 Vgl. vorne 2.7.2.

951 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 508 ff., 515 f., 521; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 3, 16 ff., 181 ff. und Nr. 375 ff.; Stark E.W./Schraner H., Haftpflichtversicherung, SJK 440, Genf 1972, S. 1; BGE 91 II 232 f.

952 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 520 f.

953 In der Regel gibt der Versicherungsvertrag dem Versicherer das Recht, die versicherte Person zu vertreten, namentlich mit der geschädigten Person Vorgespräche zu führen oder mit ihr einen Vergleich abzuschliessen; vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 389 und die dortigen Hinweise.

954 Nach Art. 60 Abs. 1, 2. Satz, VVG, der von der Regel des Art. 906 Abs. 2 ZGB abweicht, ist allerdings der Versicherer berechtigt, seine Leistung direkt der geschädigten Person auszurichten, und zwar ohne Zustimmung der versicherten Person.

des Opfers gegen den Versicherer bei Konkurs der versicherten Person in die Konkursmasse fällt[955]. Als dingliches Recht verstärkt dieses Pfandrecht die Rechtslage der geschädigten Person wie auch diejenige des privaten Schadensversicherers oder der Sozialversicherung, wenn diese in ihre Rechte eingetreten sind[956]. Es gewährt indessen keine unmittelbare Schadenersatzforderung gegen den Versicherer; ebensowenig schränkt es das Recht des Versicherers ein, die Einwände und Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag geltend zu machen, die er der versicherten Person entgegenhalten könnte[957].

Einige sozial begründete Sonderbestimmungen sehen ein unmittelbares Forderungsrecht der geschädigte Person gegen den Haftpflichtversicherer vor. Dies trifft bei Artikel 113 OR zu; es handelt sich um den Sonderfall eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten. Er betrifft den Arbeitnehmer, der einen Schaden erlitten hat, für den sein Arbeitgeber haftet, wobei dieser mindestens die Hälfte der Versicherungsprämien bezahlt hat[958]. Das unmittelbare Forderungsrecht ist vor allem bei den Spezialgesetzen gegeben, die eine von einer obligatorischen Versicherung gedeckte Gefährdungshaftung vorsehen. In diesen Fällen wird die Versicherung für das Opfer zum wirksamen Schutz, insbesondere weil die gesetzlichen und vertraglichen Einwände und Einreden dem Opfer nicht entgegengehalten werden dürfen. In einem gewissen Ausmass weist sie den Charakter einer Versicherung zugunsten Dritter auf[959], mit der Folge, dass das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der versicherten haftpflichtigen Person letztlich vom Versicherer getragen wird.

Im geltenden Recht ist das Verhältnis der Haftpflicht zur Haftpflichtversicherung in unvollständiger Weise durch vereinzelte Bestimmungen geregelt, die im OR (Art. 113), im VVG (namentlich Art. 60) oder in Spezialgesetzen zu finden sind, die der haftpflichtigen Person eine obligatorische Versicherung vorschreiben (insbesondere Art. 63 ff. SVG). Der Meinung der Studienkommission folgend halten es die Verfasser des Vorentwurfs für nötig, diese Probleme im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts systematisch zu regeln. Sie berücksichtigen dabei, dass die meisten Schadenersatzfälle von einem Haftpflichtversicherer gedeckt sind, der in der Regel bei der Streiterledigung die Hauptrolle spielt. Sie wollen auch die Lösungen der Spezialgesetze, insbesondere des SVG, berücksichtigen, die sich in der praktischen Anwendung bewährt haben. Dadurch sollte eine allgemeine Verbesserung der Lage des Opfers entstehen[960].

Der Vorentwurf regelt zwei Arten von Rechtsverhältnissen, bei denen der Haftpflichtversicherer beteiligt ist: zum einen sein Verhältnis zur geschädigten Person, also ihr unmittelbares Forderungsrecht (Art. 54*c* VE) und den Fall der ungenügenden Versicherungsdeckung (Art. 54*d* f. VE); zum anderen sein Verhältnis zu anderen mithaftpflichtigen Personen, das als Rückgriffsproblem an-

---

955 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 523; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 410, 571 und 582.

956 BGE 84 II 402. Vgl. vorne 2.7.1. und 2.7.3.

957 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 456 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 169, 563 und 568.

958 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 591 f.

959 BGE 69 II 169; Koenig W., a.a.O. (Anm. 903), S. 517.

960 Vgl. vorne 2.7.2.

gegangen wird (Art. 54*f* VE). Das Verhältnis zur versicherten Person untersteht primär dem VVG und dem Versicherungsvertrag. Der Vorentwurf regelt auch die Frage der obligatorischen Haftpflichtversicherung. Artikel 38 legt den Grundsatz in einer Norm fest, die die Zuständigkeit an den Bundesrat delegiert. Die Wirkungen sind in Artikel 39 geregelt. Die Bestimmung übernimmt die bewährten Lösungen der geltenden Spezialgesetze, die eine obligatorische Versicherung kennen, und sieht dementsprechend ein Rückgriffsrecht des Versicherers gegen die versicherte Person vor, dies als Folge der Unmöglichkeit, dem Opfer die Einwände und Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag entgegenzuhalten.

2.7.4.2 Verhältnis zwischen Versicherer und geschädigter Person (Art. 54c bis 54e VE)

2.7.4.2.1 Unmittelbares Forderungsrecht der geschädigten Person (Art. 54c VE)

Wie bereits ausgeführt, gewähren zahlreiche geltende Spezialgesetze, die eine obligatorische Versicherung vorsehen, der geschädigten Person ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer. Einige dieser Gesetze kennen eine Verschuldenshaftung[961]; die meisten davon eine Gefährdungshaftung[962]. Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich das unmittelbare Forderungsrecht gegen den Versicherer nicht aus dem Versicherungsvertrag[963], sondern aus dem Gesetz. Es handelt sich um ein gesetzliches Recht sui generis, dank dem die geschädigte Person mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses einen eigenen Anspruch auf die Versicherungsleistung erwirbt. Indessen hängt das unmittelbare Forderungsrecht insofern funktional vom Versicherungsvertrag ab, als sein Umfang durch die vom Versicherer und vom Versicherungsnehmer vereinbarte Versicherungssumme beschränkt ist[964].

Die erwähnten Spezialgesetze kennen nicht nur das unmittelbare Forderungsrecht. Sie verbieten dem Versicherer, dem Opfer die Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag entgegenzuhalten; sie geben ihm aber logischerweise die Möglichkeit, auf die versicherte Person soweit Rückgriff zu nehmen, als er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen können[965]. Diese drei Institute (unmittelbares Forderungsrecht, Einredenausschluss und Regressforderung des Versicherers) bilden ein homogenes System, das die geschädigte Person schützt, indem es die

---

961 Art. 33 Abs. 1 BSG; Art. 70 Abs. 7 SVG und Art. 37 VVV.

962 Art. 65 Abs. 1 SVG; Art. 37 Abs. 1 RLG; Art. 19 Abs. 1 KHG; Art. 16 Abs. 2 JSG. Das LFG (Art. 70) und das StSG (Art. 31 Bst. d) sehen eine Versicherungspflicht ohne unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer vor.

963 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.1 zu Art. 65 SVG; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 601; BGE 69 II 169.

964 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 30 f., 150 und 157; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 601; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 290 f.; Wyniger Ch., Die Rechte Dritter gegenüber dem Versicherer, SVZ 1970/1971, S. 140.

965 Art. 65 Abs. 2 und 3 SVG; Art. 37 Abs. 2 und 3 RLG; Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 KHG; Art. 16 Abs. 3 und 4 JSG; Art. 33 Abs. 2 und 34 Abs. 1 BSG.

Zahlung ihrer Ersatzforderung sicherstellt, ohne dabei die haftpflichtige Person zu bevorzugen[966]. In der Schweiz wird das System seit 1933 mit Befriedigung aller angewandt[967]. De lege ferenda soll es auf alle Haftungsarten ausgedehnt werden, für die das Gesetz eine obligatorische Versicherung vorschreibt[968].

Bei der freiwilligen Versicherung räumt Artikel 54*c* VE der geschädigten Person ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer ein, und zwar im Rahmen der Versicherungsdeckung und unter Vorbehalt der Einwände und Einreden, die ihr der Versicherer aufgrund des VVG oder des Versicherungsvertrags entgegenhalten kann. Diese Regelung wurde von der Studienkommission als Variante erwogen[969]. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist sie dadurch gerechtfertigt, dass sie mit der Praxis übereinstimmt und zudem geeignet ist, die Rechtslage des Opfers zu verbessern. Die Haftpflichtversicherungsverträge - dies gilt sowohl bei obligatorischen wie bei freiwilligen Versicherungen[970] - verbieten dem Versicherungsnehmer, seine Haftung zu anerkennen, Ersatzleistungen zu erbringen und über den hängigen Streit Vergleiche abzuschliessen. Es ist vielmehr der Versicherer, der sich das Recht herausnimmt, mit der Gegenpartei zu verhandeln und mit ihr einen Vergleich abzuschliessen und nötigenfalls den Prozess zu führen, falls sie geklagt hat[971]. Diese Praxis nach dem Motto "wer zahlt, befiehlt" kann gewiss als Einschränkung der Autonomie der versicherten Person erscheinen; für diese Person wird sie aber keine negativen Auswirkungen haben. Nicht zu verkennen ist zudem, dass eine Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts die Versicherer anspornen wird, mit offenen Karten zu spielen, und dass sie häufig dem Opfer erlauben wird, mit einem zahlungsfähigen Schuldner zu verhandeln, der sich in der Materie auskennt, und Interessenkonflikte zu vermeiden, wenn es mit der haftpflichtigen Person in einem familiären oder arbeitsvertraglichen Verhältnis steht. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass das Recht des Versicherers, Einreden (im weiten Sinne) entgegenzuhalten, den Vorteil des unmittelbaren Forderungsrechts vermindern oder unter Umständen gar vernichten kann. Dies entspricht den Grundgedanken der Haftpflichtversicherung. Eine Verallgemeinerung des Grundsatzes des Einredenausschlusses ist nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Haftpflichtversicherung eine soziale Dimension erreicht, und dies trifft nur dann zu, wenn sie obligatorisch ist.

Die Tragweite des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer hängt zunächst von der konkreten Haftung ab. Mit anderen Worten kann das Opfer nur die Forderung geltend machen, die ihm gegen die haftpflichtige Person zusteht. Der Versicherer seinerseits darf dem Opfer auf keinen Fall mehr

---

966 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 26, sowie § 26, N 28 und 152; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 291; BGE 119 II 292.

967 Es ist das Jahr des Inkrafttretens des Bundesgesetzes vom 15. März 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Art. 49 f., BS 7 593).

968 Vgl. Art. 54*g* f. VE und hinten 2.7.4.4.; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2, S. 114.

969 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2, S. 115 f.

970 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 562.

971 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 347 ff. und 558.

als das bezahlen, was ihm die haftpflichtige Person hätte entrichten müssen[972]. Manchmal muss er aber weniger bezahlen. Dies trifft dann zu, wenn die Ersatzforderung der geschädigten Person höher als die Versicherungsdeckung ist[973] oder wenn sich der Versicherer auf Einreden oder Einwände aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag berufen kann. Als Einwand kann er das Nichtbestehen oder die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags oder die bereits erfolgte Erfüllung der Versicherungsleistung geltend machen. Als Einrede kann er die Verletzung von Pflichten seitens des Versicherungsnehmers beim Vertragsschluss (Art. 4 ff. VVG) oder während der Vertragsdauer (Art. 20, 28 f., 38 VVG), ein schweres Verschulden der versicherten Person beim Schadenseintritt (Art. 14 Abs. 2 VVG), eine Risikoausschlussklausel oder einen vertraglichen Selbstbehalt geltend machen.

Das in Artikel 54*c* VE vorgesehene Recht erlaubt es der geschädigten Person, direkt den Haftpflichtversicherer zu belangen, nötigenfalls durch gerichtliche Klage. Der Versicherer kann somit Prozesspartei sein; er wird aber auch dann weder zum Subjekt der Haftung, die der versicherten Person zugerechnet wird, noch zu deren Stellvertreter[974]. Es handelt sich um eine Art Garant, um einen Schuldner, dessen Schuld gleichzeitig durch die Forderung des Opfers aus dem Haftpflichtrecht und durch die Forderung der versicherten Person aus dem Versicherungsvertrag bestimmt wird. Daher wird der geschädigten Person die Möglichkeit zugebilligt, Auskunft über die Versicherungspolice, insbesondere über Bestand und Inhalt der Deckung, zu verlangen, wie dies bei der Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts nach Artikel 60 VVG anerkannt wird[975]. Dies bedeutet aber nicht, dass das Opfer zu einer begünstigten Person im Sinne des VVG wird[976].

Das unmittelbare Forderungsrecht gegen den Versicherer ist nicht mit der Person des Opfers, sondern mit dessen Schadenersatzforderung verbunden. Die herrschende Lehre und das Bundesgericht betrachten es als Neben- oder Vorrecht, das bei Abtretung oder Subrogation auf den neuen Gläubiger übergeht[977]. Daraus folgt, dass auch die mithaftpflichtige Person (im Sinne von Art. 53*c* Abs. 2 VE), der Schadensversicherer (im Sinne von Art. 54 Abs. 2 VE) und die Sozialversicherung, die in die Rechte der geschädigten Person eingetreten sind, den Versicherer belangen können, der die haftpflichtige Person deckt.

Der Inhaber des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer behält die Möglichkeit, die versicherte haftpflichtige Person zu belangen, und zwar kumulativ, alternativ oder sukzessiv. Nach der heute herrschenden Lehre, die

---

[972] Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 548.

[973] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 167 und 178.

[974] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, §26, N 160 und 172; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 56.

[975] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 179; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 557 und 604; SVA V Nr. 294.

[976] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 176; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 612.

[977] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 162; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S.156; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 55; BGE 119 II 293 f.

fast ausschliesslich das Strassenverkehrsrecht betrifft, handelt es sich um einen Fall von Forderungs- oder Klagenkonkurrenz, der der Regelung der unechten Solidarität untersteht[978]. Nicht ohne Grund bezweifelt Brehm, dass es sich hier um eine eigentliche Solidarität handle; denn die betreffenden Mitschuldner haften nicht für denselben Schaden[979]. Die geschädigte Person kann jedoch nach ihrer Wahl gegen die haftpflichtige Person und gegen den Versicherer klagen, und dies bis zum maximalen Betrag, den der Versicherer schuldet, und die Zahlung des einen befreit den anderen bis zur Höhe der bezahlten Summe. Es sind dies die Grundsätze, die das Aussenverhältnis bei Haftungskonkurrenz regeln. Sie sind hier allein massgebend[980]. Im Übrigen ist zu betonen, dass der Meinungsstreit keine praktische Bedeutung hat, weil Artikel 83 Absatz 2 SVG die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der haftpflichtigen Person und ihrem Versicherer vorsieht und weil der Vorentwurf diese Regelung verallgemeinert und sie auf Hinderung und Stillstand der Verjährung sowie auf den Verzicht auf die Verjährung ausdehnt (Art. 55*a* Abs. 3 und 43 VE)[981].

Zu prüfen bleibt noch, ob die zwei allgemeinen Bestimmungen, die heute das Verhältnis zwischen geschädigter Person und Haftpflichtversicherer regeln (Art. 60 VVG und 113 OR), auch nach der in Artikel 54*c* VE vorgesehenen Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts beizubehalten sind. Artikel 60 VVG, der in der Praxis selten angerufen wird, wird auch inskünftig insofern seine Bedeutung haben, als es dem Opfer in allen Fällen möglich sein wird, nur die haftpflichtige Person zu belangen, obwohl diese versichert ist. Auch ist es gerechtfertigt, dass es seinen Anspruch mit dem gesetzlichen Pfandrecht an der Forderung der versicherten Person gegenüber dem Versicherer sicherstellen kann[982]. Artikel 113 OR geht von einem Tatbestand aus, der in der Praxis nicht mehr vorkommt, nämlich dass der Arbeitnehmer mindestens die Hälfte der Prämien der vom Arbeitgeber abgeschlossenen Haftpflichtversicherung bezahlt hat. Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt wäre, müsste man zugeben, dass Artikel 113 OR infolge der Ausdehnung der obligatorischen Unfallversicherung auf alle Arbeitnehmer praktisch gegenstandslos geworden ist. Hinzu kommt, dass die Forderungen der Arbeitnehmer auf Ersatz von Sachschaden in der Regel von den Versicherungsverträgen, die die Betriebshaftung decken, ausgeschlossen sind[983]. Es ist daher gerechtfertigt, Artikel 113 OR aufzuheben und die etwaige Klage des geschädigten Arbeitnehmers gegen den Haftpflichtversicherer des Arbeitgebers der allgemeinen Regelung von Artikel 54*c* VE zu unterstellen.

---

978 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 170; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.7 zu Art. 65 SVG; Wyniger Ch., a.a.O. (Anm. 964), S. 140; Châtelain R., L'action directe contre l'assureur de responsabilité civile d'un détenteur de véhicule automobile, Diss. iur. Lausanne 1961, S. 118; BGE 90 II 190, 106 II 253.

979 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 613, 634 und 636, wo von einer Quasi-Solidarität gesprochen wird.

980 Vgl. vorne 2.6.4.3.

981 Vgl. hinten 2.8.5. und 2.8.6.

982 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 172; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 605 ff.; Kindler W., Die Haft- und Versicherungspflicht des Automobilhalters, ZSR 1933, S. 197; SVA VIII Nr. 243.

983 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 591 ff.

2.7.4.2.2 Lage bei ungenügender Versicherungsdeckung (Art. 54d und 54e VE)

Artikel 54*d* und 54*e* VE beziehen sich auf den Fall, wo die Haftpflichtversicherung zur Deckung der Ersatzleistungen nicht genügt, die mehreren geschädigten Personen aus demselben Ereignis geschuldet sind. In diesem Fall stellt sich die Frage nach der Verteilung der Summe, die der Versicherer zur Verfügung hält, wobei die Opfer, die keine vollständige Ersatzleistung erhalten, selbstverständlich die haftpflichtige Person belangen können.

Unter Vorbehalt einiger formeller Änderungen lehnen sich die Artikel 54*d* und 54*e* VE weitestgehend an die Regelungen von Artikel 66 SVG und 38 RLG an. Diese werden verallgemeinert, weil sich ihre Rechtfertigung aus dem Institut des unmittelbaren Forderungsrechts selbst ergibt, mag die Versicherung obligatorisch oder freiwillig sein[984]. Bei einer freiwilligen Versicherung kann die Deckung ungenügend sein, weil die vertragliche Versicherungssumme niedriger als der Totalbetrag der Forderungen der geschädigten Personen ist oder weil der Versicherer diesen Personen Einwände und Einreden nach Artikel 54*c* VE entgegenhalten kann, beispielsweise das schwere Verschulden der haftpflichtigen Person. Die Frage nach der Zuweisung der verfügbaren Versicherungsdeckung ist in beiden Fällen dieselbe, und die Antwort soll in einer billigen Lösung bestehen.

Für den erfassten Tatbestand legt Artikel 54*d* Absatz 1 VE den Grundsatz der verhältnismässigen Kürzung der Ansprüche der geschädigten Personen fest. Berücksichtigt werden nur die berechtigten Forderungen mit Kapital und Zinsen. Die Ersatzleistung, die jedem Opfer geschuldet ist, wird nach demselben Verhältnis gekürzt, das zwischen der verfügbaren Versicherungsdeckung und dem Totalbetrag der geschuldeten Ersatzleistungen besteht[985]. Man könnte von der Aufstellung eines Kollokationsplans reden[986].

Zu diesem Zweck sieht Artikel 54*d* Absatz 2 VE vor, dass das angerufene Gericht auf Antrag einer geschädigten Person, die den Versicherer eingeklagt hat[987], wie auch auf Antrag des Versicherers den geschädigten Personen eine Frist ansetzt, um sich dem Verfahren anzuschliessen. Gleichzeitig werden diese Personen über die Folgen einer Unterlassung - die verhältnismässige Zuteilung ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Forderungen (Art. 54*d* Abs. 3 VE) - informiert. Diese Regelung will verhindern, dass der Versicherer, der ein Opfer entschädigt hat, mehr als die verfügbare Deckungssumme bezahlen muss, wenn andere Personen ihn später belangen. Es liegt im Interesse des Versicherers, aktiv die Personen zu suchen, die mit Erfolg Forderungen gegen ihn stellen könnten. In diesem Fall kann die verhältnismässige Zuteilung auch

---

984 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.5, S. 111 f.

985 Für Beispiele und die mathematische Formel zur verhältnismässigen Herabsetzung vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 186; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 298; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.3 zu Art. 66 SVG.

986 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 182.

987 Es handelt sich nicht unbedingt um die Person, die als erste Klage eingereicht hat, wie dies zu Unrecht in Art. 66 Abs. 2 SVG und 38 Abs. 2 RLG gesagt wird.

durch aussergerichtlichen Vergleich erfolgen[988]. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass diese Regelung - wie dies heute schon festgestellt wird[989] - praktische Schwierigkeiten bewirken kann, insbesondere bei positiven Kompetenzkonflikten. Sie sind aber der Meinung, dass es nicht Aufgabe des Bundesgesetzgebers ist, diesbezüglich Bestimmungen zu erlassen. Der Sinn der Regelung verlangt zweifellos nach kantonalen Verfahrensvorschriften, die eine einzige Instanz vorsehen, welche hier als notwendige Voraussetzung der Verwirklichung des Bundeszivilrechts betrachtet wird.

Nach Artikel 54*e* VE ist der Versicherer, der vom Bestehen anderweitiger Forderungen nicht wusste und gutgläubig einer geschädigten Person eine höhere Entschädigung geleistet hat, als ihr zustand, gegenüber den anderen geschädigten Personen befreit. Um sich auf diese Bestimmung berufen zu können, muss der Versicherer seinen guten Glauben nach Artikel 3 ZGB und insbesondere nach Artikel 167 OR beweisen. Konkret muss er nachweisen, dass er bei der Bestimmung der geschädigten Personen sorgfältig vorgegangen ist - und insbesondere sein Recht nach Artikel 54*d* Absatz 2 VE ausgeübt hat - und dass er bei der Feststellung der erlittenen Schäden sorgfältig gehandelt hat[990]. Sonst läuft er Gefahr, neben der Versicherungsdeckung auch noch den Betrag bezahlen zu müssen, den er einem Opfer zuviel bezahlt hat[991].

2.7.4.3 Rückgriff des Versicherers auf Mithaftpflichtige (Art. 54f VE)

Wenn mehrere Personen für denselben Schaden haften, untersteht ihr Schuldverpflichtung gegenüber dem Opfer dem Grundsatz der Solidarität. Im Innenverhältnis wird die Frage nach der Verteilung der Solidarschuld am häufigsten nach den Regeln des Rückgriffs beantwortet (Art. 50 Abs. 2 und 51 OR, Art. 53*c* Abs. 2 1. Satz VE). Dies bedeutet, dass der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, eine Regressforderung gegen die anderen Personen zusteht; im Hinblick auf den Regress tritt sie nach der allgemeinen Regelung des Vorentwurfs in die Rechte der geschädigten Person ein (Art. 53*c* Abs. 2 2. Satz VE)[992].

Im geltenden Recht ist das Verhältnis des Haftpflichtversicherers zu den mithaftpflichtigen Personen (mit Ausnahme der versicherten Person) durch keine direkt anwendbare allgemeine Bestimmung geregelt. Artikel 51 OR findet keine Anwendung, weil er den Rückgriff unter den Personen regelt, die dem Opfer haften, während der Versicherer nur gegenüber der versicherten haftpflichtigen Person verpflichtet ist. Auch Artikel 72 VVG findet keine direkte Anwendung, weil er sich auf den Fall bezieht, wo die geschädigte Person versichert ist; der

---

988 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 188 und 192; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 296 f.

989 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.4. zu Art. 66 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 189.

990 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.5 zu Art. 66 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 193.

991 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.7 zu Art. 66 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 297.

992 Vgl. vorne 2.6.4.4.

Haftpflichtversicherer deckt aber - anders als der ordentliche Schadensversicherer und insbesondere der Sachversicherer - nicht den Schaden des Opfers, sondern den Verlust, der der versicherten Person aus der Bezahlung der Ersatzleistung an das Opfer entsteht[993]. Wie das Bundesgericht schon vor Jahrzehnten feststellte, gibt es in diesem Fall keine Haftungskonkurrenz zwischen Versicherer und haftpflichtigen Drittpersonen, sondern zwischen diesen Personen und der versicherten Person. Die Pflicht zur Ersatzleistung muss daher unter den letztgenannten Personen verteilt werden, und das Bestehen einer Haftpflichtversicherung darf keinen Einfluss auf diese Verteilung haben. Der Versicherer, der die Ersatzleistung erbringt, übernimmt nur die Stelle der versicherten Person bis zur Höhe des bezahlten Betrags und tritt in alle Rechte ein, die der versicherten Person gegen die haftpflichtigen Drittpersonen zustehen[994]. Gestützt auf diese Überlegungen hat das Bundesgericht Artikel 72 VVG analog auf den Haftpflichtversicherer angewandt, ohne allerdings die Subrogation auf die Forderungen gegen Personen zu beschränken, die in schuldhafter Weise eine unerlaubte Handlung begangen haben. In diesem Sinne hat der Grundsatz allgemeine Tragweite. Die einhellige Lehre billigt ihn. Gerechtfertigt ist er, weil er eine ungerechtfertigte Bereicherung der versicherten haftpflichtigen Person verhindert, die eintreten könnte, wenn diese Person eine Regressforderung gegen andere ersatzpflichtige Drittpersonen hätte, obwohl sie von einem Versicherer gedeckt ist[995].

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, diesen Grundsatz im Obligationenrecht zu verankern, und zwar als Bestimmung, die auf freiwillige wie auf obligatorische Haftpflichtversicherungen gleich anzuwenden ist, wie dies schon heute anerkannt wird[996]. Die Bestimmung muss einerseits mit den Normen über die Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE) und anderseits mit den Normen über das Verhältnis des Schadensversicherers zur haftpflichtigen Drittperson (Art. 54 bis 54*b* VE) möglichst übereinstimmen. Diese Notwendigkeit setzt namentlich voraus, dass drei Grundsätze berücksichtigt werden: Die interne Verteilung der Schuld nach den Umständen (Art. 53*c* Abs. 1 und 54*a* VE), die Verstärkung des Rückgriffs durch die Subrogation (Art. 53*c* Abs. 2 und 54 Abs. 2 VE) und das Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54*b* VE)[997].

Nach Artikel 54*f* Absatz 1 VE tritt der Versicherer mit der Zahlung der Ersatzleistung an die geschädigte Person in das Rückgriffsrecht der versicherten Person gegen andere mithaftpflichtige Personen ein, und dies bis zum Betrag dieser Zahlung. Mit anderen Worten erwirbt der Versicherer, wenn die Voraussetzungen der Subrogation erfüllt sind von Gesetzes wegen, die Regressforderun-

---

993 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 397; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 683 und 685; Chaudet M. H., a.a.O. (Anm. 896), S. 45 f.

994 BGE 79 II 408.

995 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 299; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 683, 684 und 695; Chaudet M. H., a.a.O. (Anm. 896), S. 46 f.; Oswald H., a.a.O. (Anm. 896), S. 133, der ausdrücklich die Einführung einer diesbezüglichen Regelung wünscht.

996 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 687; BGE 116 II 647.

997 Vgl. vorne insbesondere 2.6.4.4., 2.7.3.2. und 2.7.3.3. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.2, S. 108 f.

gen der versicherten haftpflichtigen Person und übernimmt deren Stelle im Rückgriffsverfahren. Voraussetzung ist dass er das Opfer ganz oder teilweise entschädigt hat und dass der von ihm versicherten Person eine Regressforderung gegen die eine oder andere mithaftpflichtige Person zustand. Trifft dies zu, wird der Versicherer von Gesetzes wegen Inhaber dieser Forderung mit all den damit verbundenen Sicherheiten und Vorrechten; er trägt aber das Risiko des Rückgriffs gegen Personen, die ihm gegenüber nicht mehr solidarisch haften[998]. Die Höhe der Regressforderung bestimmt sich nach den Vorschriften über die interne Verteilung der Solidarschuld und hängt somit nach dem Kriterium von Artikel 53*c* Absatz 1 VE von den "Umständen" ab[999]. Es handelt sich um die Umstände, die für die Bestimmung der Ersatzleistung im Allgemeinen massgeblich sind, insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, die den einzelnen haftpflichtigen Personen zuzurechnen sind.

Artikel 54*f* Absatz 2 VE schränkt die Regressforderung des Haftpflichtversicherers gegen die ersatzpflichtige Person ein. Er sieht nämlich vor, dass der Versicherer nur soweit sein Rückgriffsrecht ausüben kann, als die geschädigte Person dadurch nicht benachteiligt wird. Dies bedeutet, dass die geschädigte Person ein Vorrecht auf Ersatzleistung hat, wenn ihr Schaden vom Versicherer, der eine der mithaftpflichtigen Personen deckt, nicht vollständig ersetzt wird (z.B. bei teilweisem Deckungsausschluss, bei ungenügender Versicherungssumme oder bei vertraglichem Selbstbehalt). Die Bestimmung ist nicht neu. Sie ist bereits in Spezialgesetzen ausdrücklich enthalten, wie in Artikel 34 Absatz 2 BSG, in Artikel 20 Absatz 2 KHG oder in Artikel 88 SVG, der allgemeiner formuliert ist[1000]. Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, eine solche Regelung ins Obligationenrecht einzuführen, obwohl dem Grundsatz des Vorrechts der geschädigten Person allgemeine Bedeutung zuerkannt wird[1001]. Zu präzisieren ist, dass sich dieses Recht in diesem Fall eigentlich nicht aus der Subrogation ergibt: Anders als beim Tatbestand von Artikel 54 Absatz 2 VE, der den Rückgriff des ordentlichen Schadensversicherers regelt, tritt der Haftpflichtversicherer hier nämlich nicht in die Regressforderung des Opfers, sondern in die Regressforderung der versicherten Person ein. Hingegen steht auch dieser Person im Fall des Rückgriffs auf eine mithaftpflichtige Person ein Vorrecht auf Befriedigung zu, wenn sie einen Teil der Ersatzleistung hat erbringen müssen (z.B. bei teilweisem Deckungsausschluss, bei ungenügender Versicherungs-

---

998 Vgl. vorne 2.7.3.3.1.

999 Vgl. vorne 2.6.4.4.

1000 Die Haftpflichtversicherung ist ein regressierender Versicherer nach Art. 88 SVG; in diesem Sinne vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 692; Oftinger K. / Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 724 und § 26 N 236; Egger H., Der Einfluss des Art. 88 SVG auf den Regress der Versicherer, Bern 1968, S. 75. Zu präzisieren bleibt, dass Art. 34 Abs. 2 BSG während der parlamentarischen Beratung in Anlehnung an Art. 88 SVG eingeführt wurde (Amtl. Bull. SR 1975 455, Antrag Amstad).

1001 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 139 zu Art. 51 OR; Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 245 ff. Nr. 715 bis 722; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 292. Vgl. auch vorne 2.7.3.3.2. und die Hinweise in Anm. 926.

summe oder bei vertraglichem Selbstbehalt)[1002]. In einem solchen Fall findet der Grundsatz "nemo subrogat contra se" direkte Anwendung.

2.7.4.4 Versicherungspflicht (Art. 54g und 54h VE)

2.7.4.4.1 Grundsatz (Art. 54g VE)

Im geltenden Recht schreiben zahlreiche Spezialgesetze, insbesondere solche, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, der haftpflichtigen Person vor, eine Versicherung abzuschliessen[1003]. Andere Gesetze räumen dem Bundesrat die Zuständigkeit ein, eine Versicherungspflicht einzuführen[1004]. Die ratio legis beruht auf sozialen Überlegungen, namentlich auf dem Wunsch, den rechtlichen Schutz der geschädigten Person zu verstärken. Dieser Schutz ist tatsächlich wirksam, wenn - was fast immer zutrifft - die Versicherungspflicht durch ein unmittelbares Forderungsrecht des Opfers ergänzt wird und dem belangten Versicherer verboten wird, dem Opfer die gesetzlichen und vertraglichen Einwände und Einreden entgegenzuhalten[1005].

Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als notwendig, in einer allgemeinen Norm des künftigen Haftpflichtrechts den Grundsatz der Versicherungspflicht festzulegen und dem Bundesrat die diesbezügliche Zuständigkeit einzuräumen. Dies ist zunächst mit dem Legalitätsprinzip zu begründen: Es erscheint nämlich als angebracht, dass die Versicherungspflicht, also eine Abweichung vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, auf Gesetzesstufe verankert wird[1006]. Auch rechtspolitische Gründe sprechen für diese Lösung: Es ist zweckmässig, dass die Regierung - oder die von ihr bezeichnete Vollzugsbehörde - entscheiden kann, ob, unter welchen Voraussetzungen und wie weit die Haftpflicht einer Person, die eine bestimmte Tätigkeit ausübt, von einer Versicherung gedeckt sein muss. Dieser Entscheid hängt nämlich von sozialen, aber auch von technischen und wirtschaftlichen Überlegungen ab, wie der Gefährlichkeit der Tätigkeit oder dem Angebot auf dem Versicherungsmarkt. Schliesslich ist die Bestimmung über die Delegation der Zuständigkeit im Willen begründet, eine Parallelregelung zur Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) zu schaffen. Es kann nämlich zweckmässig sein, die Personen, die eine besonders gefährliche Tätigkeit ausüben, zum Abschluss einer Versicherung zu verpflichten, wenn kein Gesetz, das eine Gefährdungshaftung vorsieht, diese Tätigkeit erfasst[1007]. Die Tatsache, dass eine bestimmte Tätigkeit besonders ge-

---

1002 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 689 - 693.

1003 Vgl. Art. 63 SVG (vgl. auch Art. 70 Abs. 2, 71 Abs. 2 und 72 Abs. 4 SVG, Art. 16 des Bundesgesetzes vom 29. März 1950 über die Trolleybusunternehmungen, SR 744.21); Art. 31 BSG (vgl. auch Art. 8 der Verordnung vom 15. März 1971 über die schweizerischen Jachten zur See, SR 747.321.7); Art. 16 Abs. 1 JSG; Art. 11 ff. KHG; Art. 35 RLG; Art. 70 f. LFG (mit dem Vorbehalt einer anderen Sicherheit); Art. 31 Bst. d StSG. Vgl. auch Art. 21 der Verordnung vom 8. November 1978 über die Konzessionierung von Luftseilbahnen, SR 743.11, und Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 22. März 1972 über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte, SR 743.21.

1004 Vgl. Art. 59*b* USG.

1005 Vgl. vorne 2.7.4.1. und 2.7.4.2.1. Vgl. hinten 2.7.4.4.2.

1006 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 113.

1007 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 114.

fährlich ist, wird allerdings nicht genügen, um deren Ausübung vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig zu machen. Vielmehr muss die Tätigkeit nach Artikel 54*g* VE einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht unterstehen, wie dies heute beim Lenken eines Motorfahrzeugs, dem Betrieb einer Kernanlage oder der Jagdausübung, nicht aber beim Skifahren oder der Benutzung einer Rasen-Mähmaschine der Fall ist. Die Notwendigkeit eines sicheren formellen Kriteriums ist durch die administrativen Zwangsmassnahmen, insbesondere polizeilicher Natur, gerechtfertigt, die eine Versicherungspflicht bedingt. Die vorgeschlagene Bestimmung überlässt es dem Bundesrat, die Versicherungsbedingungen und die minimale Deckung festzulegen. Auf jeden Fall muss der Bundesrat die Personen bezeichnen, die der Versicherungspflicht unterstehen oder davon befreit sind (z.B. Art. 63 Abs. 1 und 73 Abs. 1 SVG), den Umfang der Deckung und die Risiken und Forderungen festlegen, die ausgeschlossen werden können (z.B. Art. 63 Abs. 2 und 3 und 64 SVG), eine Pflicht des Versicherers vorsehen, der Vollzugsbehörde das Bestehen, Aussetzen und Aufhören der Deckung zu melden (z.B. Art. 68 SVG), sowie dem Betreiber der Tätigkeit das Recht gewähren, gleichwertige Sicherheiten anzubieten (z.B. Art. 70 ff. LFG).

2.7.4.4.2 Wirkungen: Einreden und Rückgriff (Art. 54h VE)

Die meisten der geltenden Spezialgesetze, die den Abschluss einer Haftpflichtversicherung vorschreiben, sehen ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer vor und verbieten ihm zudem, dem Opfer die Einreden aus dem Versicherungsvertrag oder dem VVG entgegenzuhalten. Auf der andern Seite erlauben diese Gesetze logischerweise dem Versicherer, auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte haftpflichtige Person soweit Rückgriff zu nehmen, als er nach Versicherungsvertrag oder VVG seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen dürfen[1008].

Die drei Institute (unmittelbares Forderungsrecht des Opfers, Einredenausschluss und Rückgriff des Versicherers) bilden, wie bereits gesagt, ein homogenes System, das der geschädigten Person einen wirksamen Schutz ihres Ersatzanspruchs bietet, ohne dabei die haftpflichtige Person zu privilegieren. Dieses System hat sich seit Jahrzehnten bewährt. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, es zu verallgemeinern und auf alle Haftungsarten auszudehnen, für die aus den oben dargelegten Gründen eine Versicherungspflicht vorgesehen ist[1009].

Artikel 54*h* Absatz 1 VE legt den Grundsatz des Ausschlusses der Einreden aus VVG oder Versicherungsvertrag fest. Er stellt ausdrücklich klar, dass dieser Grundsatz auch die Einwände erfasst, die der Versicherer dem Opfer entgegenhalten könnte, was schon im geltenden Recht anerkannt wird[1010]. Diesbezüglich ist der sachliche Anwendungsbereich der Regelung weit und erfasst alle Rechtsbehelfe aufgrund des Innenverhältnisses zwischen versicherter haftpflichtigen Person und Versicherer, die diesem ermöglichen würden, seine Lei-

---

[1008] Vgl. vorne 2.7.4.2.1. und insbesondere die Hinweise in Anm. 961, 962 und 965.

[1009] Vgl. vorne 2.7.4.4.1. Vgl. auch 2.7.4.2.1.

[1010] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 205.

stung zu verweigern, zu kürzen oder aufzuschieben[1011]. Wegen Artikel 100 Absatz 1 VVG gehören dazu auch die Einwände, die sich aus der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des OR ergeben[1012]. So wird sich der Versicherer nicht auf Willensmängel (Art. 23 ff. OR) oder auf Verletzungen der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bei Vertragsschluss (Art. 6 VVG) berufen können. Ebensowenig wird er eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch die versicherte Person (Art. 20, 28 f., 38 VVG) oder ihr schweres Verschulden beim Eintritt des Versicherungsfalls (Art. 14 Abs. 2 VVG) geltend machen können. Schliesslich ist ihm die Geltendmachung von Einreden aus dem Vertrag selbst, etwa jener aus einer Selbstbehalts- oder einer Risikoausschlussklausel, untersagt[1013]. Indessen kann sich der Versicherer darauf berufen, dass die Forderung des Opfers den Deckungsbetrag übersteigt[1014], und dies unabhängig vom allfälligen gesetzlichen Minimum[1015]. Auch kann er der geschädigten Person die Einreden aus dem Versicherungsvertrag entgegenhalten, die sich auf Forderungen beziehen, die nach gewissen Spezialgesetzen - wie Artikel 63 Absatz 3 SVG oder 32 BSG - von der Deckung ausgeschlossen werden dürfen. Im weiteren kann er dem Opfer die Einwände entgegenhalten, die die versicherte haftpflichtige Person hätte geltend machen können, wenn sie selbst belangt worden wäre, und die die Haftpflicht als solche betreffen. Zu denken ist hier insbesondere an die Rechtfertigungsgründe, die die Rechtswidrigkeit nach Artikel 46*a* VE ausschliessen[1016], oder an Entlastungsgründe, die den Ursachenzusammenhang nach Artikel 47*a* VE "unterbrechen"[1017]. Zu denken ist ferner an die Umstände, die bei der Bemessung der Ersatzleistung nach Artikel 52 VE zu berücksichtigen sind[1018], ausser jenem, der auf die wirtschaftliche Schwäche der versicherten haftpflichtigen Person Bezug nimmt[1019].

Wie bereits gesagt, verstärkt der Grundsatz des Einredenausschlusses das unmittelbare Forderungsrecht der geschädigten Person. Konkret garantiert er dieser die Zahlung ihrer Ersatzforderung[1020], und er kommt indirekt allen Abtretungsgläubigern, insbesondere der Sozialversicherung und dem privaten

---

1011 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 198; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 292 Nr. 1662.

1012 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 205; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 620 f.

1013 Für Beispiele von Einwänden und Einreden, die der Versicherer dem Opfer nicht entgegenhalten kann, vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 568 und 617 f.; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 548 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 207; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 292 f. Nr. 1663 ff.

1014 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 631.

1015 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 200; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 622 f.

1016 Vgl. vorne 2.3.3.4.

1017 Vgl. vorne 2.3.4.5.

1018 Vgl. vorne 2.5.2.

1019 Vgl. vorne 2.5.2., insbesondere Anm. 765 und 771; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 629.

1020 Vgl. vorne 2.7.4.2.1. und die Hinweise in Anm. 966.

Schadensversicherer zugute (Art. 54 Abs. 2 VE), die sich auf ein Subrogationsrecht berufen können[1021].

Artikel 54*h* Absatz 2 VE sieht vor, dass dem Versicherer für den Betrag, den er der geschädigten Person ausgerichtet hat, ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherungsnehmer zusteht, soweit er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen dürfen. Diese Regelung räumt dem Versicherer ein eigenständiges Recht ein. Es erscheint dennoch als Auswirkung und Ergänzung des unmittelbaren Forderungsrechts des Opfers gegen den Versicherer und des Verbots für den letzteren, Einreden und Einwände aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag geltend zu machen. Man kann daher darin - wie heute schon - eine "Reflexwirkung" der Zahlung des Versicherers an die geschädigte Person sehen oder, mit anderen Worten, eine Auswirkung des Verhältnisses zwischen Versicherer und Opfer auf das Verhältnis zwischen Versicherer und versicherter Person[1022]. Es kann auch als Mittel betrachtet werden, den Versicherungsvertrag auszugleichen, indem es einerseits den Versicherer wieder in die Lage versetzt, die er hätte, wenn er dem Opfer die gesetzlichen und die vertraglichen Einreden entgegenhalten dürfte, und indem es anderseits die versicherte haftpflichtige Person nicht von den zivilrechtlichen Folgen des Sachverhalts befreit, für den sie einzustehen hat. Das Risiko der Zahlungsfähigkeit dieser Person wird allerdings letztlich vom Versicherer getragen.

Das Rückgriffsrecht des Versicherers ist im Gesetz begründet, weil es zwei Institute ergänzt (das unmittelbare Forderungsrecht einerseits und den Einredenausschluss anderseits), die auch im Gesetz begründet sind[1023]. Es ist praktisch unnötig und rechtlich fraglich, darin eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zu sehen (Art. 62 OR)[1024]. Die Zahlung des Versicherers an das Opfer ist nämlich bis zur Höhe der Regressforderung nicht ungerechtfertigt, sondern beruht auf dem Gesetz[1025]. Trotz seiner gesetzlichen Grundlage steht das Rückgriffsrecht des Versicherers aber auch in einer Beziehung zum Versicherungsvertrag. Zum einen kann sich das Recht des Versicherers, seine Leistungen zu verweigern oder zu kürzen, aus dem Vertrag selbst ergeben. Zum zweiten können die Parteien vereinbaren, dass der Versicherer für bestimmte Einreden (z.B. diejenige des schweren Verschuldens der haftpflichtigen Person) auf die Geltendmachung seiner Regressforderung verzichtet oder dass er die Gesamtheit seiner Leistungen an die geschädigte Person verlangen wird[1026].

1021 BGE 119 II 293 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 200; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 55 ff.

1022 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 214; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.1 zu Art. 65 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 298 Nr. 1680; BGE 91 II 230, der von "Reflexwirkung" spricht; BGE 1. Februar 1968 in SAV XIII Nr. 85.

1023 Vgl. vorne 2.7.4.2.1.

1024 In diesem Sinn, Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 651 f.

1025 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 214 und Anm. 376.

1026 Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 298 Nr. 1681; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.3 zu Art. 65 SVG; BGE 92 II 252.

Beklagter im Regressverfahren ist entweder der Versicherungsnehmer (die Person, die den Vertrag für eigene und/oder für fremde Rechnung abgeschlossen hat) oder die versicherte Person (die Person, für deren Rechnung der Vertrag abgeschlossen wurde). Kurz gesagt handelt es sich um die Person, der der Sachverhalt - am häufigsten das schwere Verschulden nach Artikel 14 Absatz 2 VVG - zuzurechnen ist, der die Verweigerung oder die Kürzung der Versicherungsleistungen gerechtfertigt hätte. Diesbezüglich ist es angebracht, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur obligatorischen Versicherung gemäss SVG zu verallgemeinern[1027]. Nach dieser Rechtsprechung, die von der Mehrheit der Lehre gebilligt wird[1028], ist zwischen der Haftpflichtversicherung des Halters und derjenigen des Lenkers des Motorfahrzeugs zu unterscheiden; obwohl die beiden Versicherungen auf ein und demselben Vertrag beruhen, unterscheiden sie sich in Bezug auf Gegenstand und berechtigte Person, so dass das Verhalten der beiden getrennt und für sich beurteilt werden muss. Dies bedeutet, dass das Rückgriffsrecht des Versicherers wegen schweren Verschuldens nur gegen die schuldige Person ausgeübt werden kann, und zwar in den meisten Fällen alternativ auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person und manchmal kumulativ (aber nicht solidarisch) auf beide[1029].

Der Versicherer kann sein Rückgriffsrecht nur bis zur Höhe der Ersatzleistung, die er der geschädigten Person erbracht hat, und nur soweit ausüben, als er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistung hätte ablehnen oder kürzen dürfen. Massgebend ist nicht der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, sondern derjenige der Zahlung der Ersatzleistung an das Opfer. Gegenstand der Regressforderung wird je nach geltend gemachter Einrede oder Einwendung die ganze Entschädigung (wenn keine "interne" Deckung besteht) oder nur ein Teil davon sein. Diese Forderung hat nicht Schadenersatzcharakter und kann somit nicht nach den Kriterien von Artikel 52 VE gekürzt werden[1030]. Eine Kürzung aus anderen Gründen ist allerdings denkbar, so namentlich - und selbstverständlich -, wenn der Versicherer dem Opfer einen Betrag bezahlt hat, der ihm nicht geschuldet war, zum Beispiel weil er ihm einen Sachverhalt nicht entgegengehalten hat, wofür dieses einstehen muss[1031]. Dies trifft auch dann zu, wenn der Rückgriff des Versicherers die geschädigte Person benachteiligt, beispielsweise weil ihr Schaden die Versicherungsdeckung übersteigt. In einem solchen Fall steht dem Opfer ein Vorrecht auf vollständige Entschädigung durch die haftpflichtige Person zu. Dieser Grundsatz ist in einigen geltenden Spezialgesetzen bereits verankert, wie in Artikel 34 Absatz 2 BSG, Artikel 20

1027 BGE 91 II 231 ff.

1028 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 227; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 657; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 303 Nr. 1696. Vgl. die Kritik von Keller M., Schuldhafte Herbeiführung des befürchteten Ereignisses durch Hilfspersonen des Versicherungsnehmers unter besonderer Berücksichtigung der Motorfahrzeug - Haftpflicht - Versicherung, SJZ 1974, S. 1 ff., 105 ff.

1029 Zu dieser Frage vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 654 ff.

1030 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 673.

1031 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 231; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.6 zu Art. 65 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 300 Nr. 1688.

Absatz 1 KHG und Artikel 88 SVG, der allgemein formuliert ist[1032]. Es ist angebracht, dem Grundsatz allgemeine Tragweite zuzuschreiben[1033]. Die Verfasser des Vorentwurfs halten es dennoch für nötig, hier seine Anwendung in Erinnerung zu rufen, weil der Rückgriff des Haftpflichtversicherers auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person nicht auf einer Subrogation in die Rechte der geschädigten Person beruht.

2.7.5 Verhältnis zu einer Versicherung zugunsten Dritter (Art. 54i VE)

Bezüglich der Personenversicherung legt Artikel 96 VVG den Grundsatz der Häufung der Forderungen fest. Das Opfer, das im Genuss einer solchen Versicherung ist, - sie garantiert in der Regel die Erbringung zum voraus bestimmter Leistungen bei Tod oder Verletzung der körperlichen oder geistigen Integrität - kann seine Rechte gegen den Versicherer und gegen die haftpflichtige Person geltend machen. Unter Umständen kann sich daraus eine Überentschädigung der geschädigten Person ergeben[1034].

Einige Spezialgesetze, die eine Gefährdungshaftung kennen (Art. 13 Abs. 1 EHG, 62 Abs. 3 SVG, 9 Abs. 2 KHG), sehen - mit unterschiedlicher Formulierung - eine Abweichung vom Grundsatz der Häufung der Forderungen vor. Diese Regelungen kommen zur Anwendung, wenn die haftpflichtige Person eine Fremdversicherung ganz oder teilweise finanziert hat. Dies trifft beispielsweise beim Halter eines Motorfahrzeugs zu, der eine sog. Insassenversicherung zugunsten des Lenkers oder der Mitfahrer abgeschlossen hat. In einem solchen Fall werden die Leistungen des Versicherers an das Opfer von der Entschädigung, die die haftpflichtige Person schuldet, im Verhältnis zu ihrem Prämienanteil abgezogen. Die ratio legis beruht auf der Überlegung, dass die Schadenersatzpflicht der haftpflichtigen Person in dem Ausmass getilgt ist, in dem sie die Prämien für eine freiwillige Versicherung bezahlt hat. Mit anderen Worten: Der Grundsatz der Häufung der Forderungen ist ungerechtfertigt, wenn die ersatzpflichtige Person eine Versicherung zugunsten des Opfers abgeschlossen und finanziert hat. Die entsprechende Entlastung der haftpflichtigen Person benachteiligt das Opfer keineswegs, denn es erhält auf jeden Fall den Betrag, der ihm zusteht[1035]. Diese Lösung entspricht zudem der langjährigen Tendenz im Haftpflichtrecht, die Überentschädigungsfälle durch Einführung von Bestimmungen über die Anrechnung, den Rückgriff und die Subrogation zu beschränken[1036].

[1032] Es wird einhellig anerkannt, dass Art. 88 SVG auf den Regress des Haftpflichtversicherers nach Art. 65 Abs. 3 SVG Anwendung findet; vgl. Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 301 Nr. 1691; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.8 zu Art. 65 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, Nr. 425.

[1033] Vgl. vorne 2.7.4.3. und die Hinweise in Anm. 1001.

[1034] Vgl. vorne 2.7.1.

[1035] BGE 97 II 273.

[1036] BGE 117 II 620; vgl. auch vorne 2.7.1.

Diese Argumentation überzeugt. Ihre Bedeutung ist übrigens allgemein[1037]. Sie führt die Verfasser des Vorentwurfs dazu, im Sinne der Studienkommission[1038] im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts den Grundsatz der verhältnismässigen Anrechnung der Versicherungsleistungen zu verankern. Artikel 54*i* VE sieht vor - wie Artikel 9 Absatz 2 KHG für die Unfallversicherung allein -, dass der Grundsatz nur auf freiwillige Versicherungen anwendbar ist. Dadurch wird das Sozialversicherungsrecht implizit vorbehalten[1039]. Die Bestimmung präzisiert nicht, - weil dies unnötig wäre -, dass die hier angesprochene Versicherung eine Personenversicherung sein muss; bei Schadensversicherungen ist die Häufung nämlich nicht möglich, und die Anrechnung ist die Regel, wie dies in Artikel 54 Absatz 1 VE ausgedrückt wird[1040]. Im Übrigen kann auf die Lösungen verwiesen werden, die die Rechtsprechung bei der Anwendung von Artikel 62 Absatz 3 SVG entwickelt hat, insbesondere bezüglich der Frage nach der Wirkungen der Anrechnung auf die übrigen schadenersatzpflichtigen Personen[1041].

Wie nach den geltenden Artikeln 62 Absatz 3 SVG und 9 Absatz 2 KHG sind die Parteien des Versicherungsvertrags auch nach Artikel 54*i* VE frei, die Anrechnung der Versicherungsleistungen ganz oder teilweise auszuschliessen. Es ist hervorzuheben, dass dieser Vorbehalt den Personenversicherungsvertrag betrifft, der die haftpflichtige Person freiwillig abgeschlossen hat, und nicht den Vertrag, der ihre Haftpflicht deckt.

2.8 Verjährung (Art. 55 bis 55c VE)

2.8.1 Notwendiges Institut

Obwohl sie oft vorfrageweise geltend gemacht wird, ist die Verjährung (prescription extinctive, prescription libératoire) ein Institut des materiellen Rechts. Sie hat allgemeinen Charakter. Sie erlaubt dem Schuldner, die Klage des Gläubigers wegen Zeitablaufs einredeweise zu hemmen. Trotz ihrer systematischen Einreihung im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (Art. 127 ff.) führt die Verjährung nicht zum Erlöschen der Obligation. Mit anderen Worten: Sie hat keine Auswirkung auf das Bestehen, sondern nur auf die Geltendmachung der Forderung, die als Naturalobligation weiter besteht.

Sinn und Zweck des Instituts sind sowohl mit öffentlichen wie auch mit privaten Interessen zu begründen[1042]. Das öffentliche Interesse verlangt, dass der Gläubiger mit der gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts nicht ewig soll warten dürfen, und dies aus Gründen der Rechtssicherheit (insbesondere bezüg-

---

[1037] Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 137 Nr. 1205; BGE 65 II 259 ff. Vgl. auch Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 558 f., der das Problem im Rahmen der "Umstände" stellt, die nach dem geltenden Art. 43 Abs. 1 OR zu berücksichtigen sind.

[1038] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.6, S. 112 f.

[1039] Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 Abs. 1 IVG, 67 Abs. 1 MVG, wo die Anrechnung die Regel ist.

[1040] Vgl. vorne 2.7.3.2.

[1041] BGE 97 II 274 ff. Vgl. auch Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.13 zu Art. 62 SVG; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 306 und das dort angegebene Beispiel.

[1042] Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), I, § 3 - 20; Schwander W., Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Winterthur 1963, S. 2 f.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 796 f.; BGE 90 II 437 f.

lich des Beweisverfahrens) und des "sozialen Friedens" (insbesondere der Notwendigkeit, Streitigkeiten ein für allemal zu erledigen). Das private Interesse ist vor allem dasjenige des Schuldners (oder seiner Erben), der nicht auf unbestimmte Zeit im Ungewissen über das Schicksal vergessener oder zweifelhafter Forderungen gelassen werden soll. Aber auch das Interesse des Gläubigers spielt mit; denn das Bestehen einer Frist, innert welcher er seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen muss, sollte ihn zum Handeln anspornen. Kurz: Die Verjährung ist ein notwendiges Institut.

2.8.2 Darstellung des gesetzlichen Systems

Die allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung sind in den Artikeln 127 bis 142 OR enthalten. Von vornherein sind sie auf alle zivilrechtlichen Forderungen anwendbar, so auch auf die haftpflichtrechtlichen. Auf diesem Gebiet hat allerdings der Gesetzgeber zahlreiche Sonderbestimmungen erlassen. Die meisten davon weichen von der ordentlichen zehnjährigen Frist des Artikel 127 OR ab. Bei diesen Bestimmungen ist zwischen den allgemeinen Regeln von Artikel 60 OR und den anderen Regeln, die am häufigsten in Spezialgesetzen vorgesehen sind, zu unterscheiden.

Artikel 60 OR besteht aus drei Absätzen und sieht drei Verjährungsfristen vor:

- eine ordentliche (oder relative) Frist von einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person (Abs. 1);

- eine subsidiäre (oder absolute) Frist von zehn Jahren ab schädigender Handlung (Abs. 1);

- eine ausserordentliche Frist, die der - längeren - Verjährungsfrist des Strafrechts entspricht, wenn die schädigende Handlung strafbar ist (Abs. 2).

Absatz 3 gewährt der geschädigten Person, die anlässlich der Begehung der Schädigung zur Eingehung einer Verpflichtung aufgefordert wurde, eine unverjährbare Einrede.

Anwendbar ist Artikel 60 OR auf die Forderungen aus Verschuldenshaftung nach der Generalklausel von Artikel 41 OR oder nach einer Sonderbestimmung, die auf das gemeine Recht verweist (z.B. Art. 9 Abs. 3 UWG). Er findet auch Anwendung auf die Forderungen aus gewöhnlichen Kausalhaftungen (mit Ausnahme derjenigen, die in Spezialgesetzen vorgesehen sind, die diesbezüglich Sonderregelungen enthalten: Artikel 40 StSG, Art. 9 und 10 PrHG). Er ist schliesslich auf gewisse Forderungen aus scharfen Kausalhaftungen anwendbar, wenn die entsprechenden Spezialgesetze auf die Bestimmungen des Obligationenrechts verweisen (z.B. Art. 27 Abs. 1 SprstG; Art. 15 Abs. 2 JSG).

Zahlreiche Regelungen weichen vom System des Artikel 60 OR ab. Sie sind manchmal im gemeinen Recht, meistens aber in Spezialgesetzen enthalten, insbesondere in solchen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen. Diese Abweichungen betreffen vor allem die Fristen, und zwar ihre Dauer, ihren Beginn oder ihre Natur.

Mehrere Sonderbestimmungen übernehmen das in Artikel 60 Absatz 1 und 2 OR vorgesehene System der drei Fristen. Dies trifft beispielsweise bei Artikel

83 Absatz 1 SVG und Artikel 39 Absatz 1 RLG zu. Manche Abweichungen betreffen die Dauer der ordentlichen Frist (z.B. Art. 83 Abs. 1 SVG, zwei Jahre; Art. 10 Abs. 1 KHG und Artikel 9 PrHG, drei Jahre; Art. 760 Abs. 1 OR, fünf Jahre), andere die Dauer der subsidiären Frist (z.B. Art. 68 Abs. 2 LFG, drei Jahre; Art. 40 StSG, dreissig Jahre).

Zahlreiche Bestimmungen umschreiben den Beginn der subsidiären Frist anders als Art. 60 Absatz 1 OR. Als dies a quo kann der "Tag des Unfalles" (Art. 83 Abs. 1 SVG), der "Tag des Schadenereignisses" (Art. 39 Abs. 1 RLG), der "Tag, an dem der Schaden verursacht worden ist" (Art. 68 Abs. 2 LFG), das "Schadenereignis" aber auch der Zeitpunkt vorgesehen sein, zu dem die andauernde Einwirkung, auf die der Schaden zurückzuführen ist, aufhört (Art. 10 Abs. 1 KHG). Auf andere besondere Regelungen wie diejenigen des Vormundschaftsrechts (Art. 454 und 455 ZGB) sei hier nur hingewiesen.

Einige Normen sehen eine einheitliche Verjährungsfrist vor. Dazu gehören Artikel 37 EleG (zwei Jahre "von dem Tage an, an welchem die Schädigung stattgefunden hat"), und Artikel 14 Absatz 1 EHG (zwei Jahre, "welche von dem Tage des Unfalls an gerechnet werden"). Die Regel der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist findet in diesen Fällen keine Anwendung, und die Einrede kann dem Opfer kurzfristig entgegengehalten werden, selbst wenn es noch keine Kenntnis des Schadens gehabt hat[1043].

Einige Sonderbestimmungen enthalten Verwirkungs- und nicht Verjährungsfristen, mit der Folge, dass die geschädigte Person unbedingt ihre Forderung innert der gesetzlichen Frist geltend machen muss, will sie nicht, dass ihre Forderung endgültig dahinfällt und dass der Richter dies von Amtes wegen feststellt[1044]. Es handelt sich um Artikel 10 Absatz 1 KHG (dreissig Jahre für die subsidiäre Frist) und um Artikel 10 Absatz 1 PrHG (zehn Jahre für die subsidiäre Frist, die mit der Inverkehrbringung des fehlerhaften Produkts zu laufen beginnt). Zu erwähnen ist auch Artikel 29 Absatz 1 des Warschauer Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr[1045].

Hervorzuheben ist schliesslich, dass gewisse Spezialgesetze in recht unterschiedlicher Weise auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts verweisen. Bedeutend für das Haftpflichtrecht sind vor allem die Artikel 134 bis 142. Manchmal ist der Verweis global (z.B. Art. 83 Abs. 4 SVG), manchmal beschränkt (z.B. Art. 37 EleG, der die Unterbrechung der Verjährung nicht erwähnt), manchmal gibt es überhaupt keinen Verweis (z.B. KHG und PrHG).

Die vorigen Ausführungen machen deutlich, dass das geltende Rechtssystem in Bezug auf die Verjährung ausservertraglicher Schadenersatzklagen kompliziert und heterogen ist. Unter Vorbehalt der Regressklage bei Haftungskonkurrenz ist dieses Rechtssystem sicher vollständig: Es beruht auf den allgemeinen Regeln von Artikel 60 OR - sie werden von den ordentlichen Bestimmungen

---

[1043] Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 61; BGE 84 II 208 f.

[1044] Zur Unterscheidung zwischen Verjährung und Verwirkung und deren umstrittenen Auswirkungen vgl. insbesondere Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), § 25 II 2; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 798 f.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), II § 371 - 379, 397 - 402, 422 - 426; BGE 93 II 369, 110 II 389 f., 113 II 121.

[1045] SR 0.748.410.

des Obligationenrechts ergänzt -, die zur Anwendung kommen, wenn keine Sonderregelung davon abweicht. Zu bedauern ist jedoch, dass sich dieses System durch eine allzu grosse Zahl unterschiedlicher Lösungen auszeichnet, was seine Anwendung erheblich erschwert[1046]. Diese Verschiedenartigkeit[1047] ist insofern ungerechtfertigt, als es in den meisten Fällen keinen überzeugenden Grund gab, dieselben Probleme unterschiedlich zu lösen. Diese unbefriedigende Lage hat allgemeine und spezifische Ursachen. Zu den allgemeinen Ursachen zählen einerseits die Kürze der ordentlichen Verjährungsfrist nach Artikel 60 Absatz 1 OR (ein Jahr; bei der Ausarbeitung des Obligationenrechts von 1881 wurde eine fünfjährige Frist in Erwägung gezogen[1048]) und anderseits die beeindruckende Zahl von Spezialgesetzen, in denen allzu oft unüberlegte unterschiedliche Regelungen entstanden sind. Als spezifische Ursache der Verschiedenartigkeit des Systems ist zunächst zu erwähnen, dass der Gesetzgeber hie und da im Namen eines vermeintlichen öffentlichen Interesses dem Anliegen der raschen Streiterledigung den Vorzug gab. Dies dürfte bei der drakonischen Regelung von Artikel 37 EleG und 14 Absatz 1 EHG zutreffen, die eine einzige Frist von zwei Jahren ab schädigender Handlung vorsehen[1049]. Eine zweite Ursache ist der Umstand, dass sich einige Spezialgesetze an die Regelung internationaler Abkommen und Richtlinien angelehnt haben. So entspricht die - sehr kurze - dreijährige subsidiäre Frist von Artikel 68 Absatz 2 LFG derjenigen des alten Abkommens von Rom zur Vereinheitlichung von Regeln bezüglich Schäden, die Dritten auf der Erde durch Luftfahrzeuge zugefügt wenn den[1050], und die Verwirkungsnatur der subsidiären Frist nach Artikel 10 Absatz 1 PrHG entspricht derjenigen nach Artikel 11 der EU-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte[1051]. Dasselbe gilt für die subsidiäre Frist von Artikel 10 Absatz 1 KHG, der sich an das Pariser Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie anlehnt[1052] und zudem vom Willen des Schweizer Gesetzgebers geprägt ist, genau festzulegen, bis wann die Forderungen aus Spätschäden gegen den Inhaber der Nuklearanlage oder seinen Versicherer geltend gemacht werden müssen und ab wann sie gegen den Bund zu richten sind, damit sie vom Spezialfonds gedeckt werden (Art. 13 KHG); zu diesem Zweck wurde eine Verwirkungsfrist einge-

---

1046 Vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 7; Spiro K., Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, S. 618; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 80 f.

1047 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 232.

1048 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 80.

1049 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 55 ff.

1050 Abkommen vom 29. Mai 1933, von der Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, ersetzt durch das Abkommen von Rom vom 7. Oktober 1952 über Schäden, welche Dritten auf der Erde durch ausländische Luftfahrzeuge zugefügt werden. Auch dieses Abkommen hat die Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert.

1051 Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EG).

1052 Das Übereinkommen ist vom 29. Juli 1960; die Schweiz hat es unterzeichnet aber nicht ratifiziert. Vgl. vorne Anm. 47

führt, "die eine eindeutige Zäsur bringt gegenüber einer Spätschädenregelung"[1053].

2.8.3 Hauptziele der Revision

Die Verjährung ist, wie bereits gesagt, ein notwendiges Institut, und niemand denkt ernsthaft daran, sie in Frage zu stellen. Bei einer Revision des Haftpflichtrechts muss sich aber der Gesetzgeber fragen, ob auf diesem Gebiet eine Sonderregelung, die zum Teil von den gemeinrechtlichen Bestimmungen der Artikel 127 ff. OR abweicht, gerechtfertigt ist. Die Antwort der Studienkommission war ein klares Ja[1054]. Diese Haltung stand übrigens im Einklang mit den gesetzlichen Lösungen vieler europäischen Staaten. Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich ohne Zögern dieser Auffassung an und sind überzeugt, dass die Besonderheit des Haftpflichtrechts hier "ad-hoc-Begriffe" verlangt. Sie denken insbesondere an die Notwendigkeit einer doppelten, also einer ordentlichen und einer subsidiären Verjährungsfrist und an die sich daraus ergebende Notwendigkeit, den Beginn der beiden Fristen infolge ihrer verschiedenen Zwecke unterschiedlich festzulegen[1055]. Diesbezüglich erweist sich das in Artikel 130 Absatz 1 OR für den Beginn der ordentlichen Verjährung vorgesehene Kriterium der Fälligkeit der Forderung als untauglich für die Ersatzforderung der geschädigten Person und für die Regressforderung der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus geleistet hat. Infolgedessen drängt es sich auf, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts eine besondere Regelung der Verjährung vorsieht. Diese Regelung darf nicht die Lösungen des geltenden Rechts, insbesondere diejenigen von Artikel 60 OR, unverändert übernehmen; denn sie sind Gegenstand berechtigter Kritik und weisen Lücken auf. Die Neuregelung soll einerseits das System vereinheitlichen und anderseits seine Anwendbarkeit verbessern; durch diese zwei Hauptziele werden die Rechte der geschädigten Person erweitert.

Zum ersten Ziel ist zu erwähnen, dass die übertriebene Verschiedenartigkeit der Bestimmungen über die Verjährung der haftpflichtrechtlichen Forderungen seit längerer Zeit von allen Seiten kritisiert wird und dass eine formelle wie auch materielle Vereinheitlichung der Materie verlangt wird[1056]. Diese Forderung ist zum Postulat geworden[1057]. Das Ziel der Vereinheitlichung kann verwirklicht werden, indem die Anwendbarkeit der Regel von Artikel 60 Absatz 1 OR auf eine möglichst grosse Zahl von Fällen ausgedehnt wird und dadurch die Zunahme von Ausnahmebestimmungen möglichst verhindert wird. Dies setzt logischerweise eine Verlängerung der allgemeinen Fristen (der ordentlichen wie der subsidiären) voraus, was der herrschenden Ansicht zu entsprechen

---

1053 BBl 1980 I 182.

1054 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.3, S. 119 f.

1055 Vgl. hinten 2.8.4.

1056 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 232; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 93 und 104 ff.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 683; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 200; Bundesrat, Schriftliche Antwort auf die Motion Crevoisier vom 19. Juni 1980 (80.429) und auf das Postulat Ziegler vom 19. Juni 1980 (80.476), S. 4.

1057 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.2, S. 119, und V/11.4, S. 121.

scheint[1058]. Das Ziel der Vereinheitlichung befreit allerdings den Gesetzgeber nicht von der Abklärungspflicht, ob und in welchem Ausmass Abweichungen von der allgemeinen Regelung der Verjährung ausnahmsweise begründet sein könnten. A priori sollten hier zwei Arten von Gründen in Frage kommen. Die ersten betreffen die Besonderheiten der fraglichen Haftung, genauer gesagt die Besonderheiten des Anknüpfungssachverhalts und der möglichen Schäden. So scheint es angebracht, für die Forderungen gegen Personen, deren Tätigkeit Spätschäden verursachen kann, längere Verjährungsfristen vorzusehen. Beispielsweise entstehen aus radioaktiven oder ionisierenden Strahlen solche Schäden. So tritt die Hälfte der Krebsfälle mehr als 25 Jahre nach der nuklearen Ausstrahlung auf, was die subsidiäre (Verwirkungs)frist von 30 Jahren des KHG rechtfertigt[1059]. Die zweite Art von Gründen, die eine Ausnahmeregelung rechtfertigen können, ist eher politischer Natur und bezieht sich auf die Zweckmässigkeit oder Pflicht, das Landesrecht mit dem internationalen Recht zu harmonisieren, namentlich auf dem Gebiet des Transports[1060].

Das zweite Hauptziel der Revision ist die Verbesserung der Verjährungsregelung im Haftpflichtrecht. Nach den Verfassern des Vorentwurfs kann dieses Ziel durch verschiedene Mittel erreicht werden, insbesondere:

- durch eine Verlängerung der allgemeinen Fristen in Artikel 55 VE[1061];
- durch Verzicht auf die im geltenden Artikel 60 Absatz 2 OR vorgesehene Regelung, deren Anwendung schwierig ist und deren Nützlichkeit inskünftig stark sinken wird[1062];
- durch Einordnung der Norm von Artikel 60 Absatz 3 OR bei den Bestimmungen über die Willensmängel[1063];
- durch Einführung von Sonderregelungen über den Verzicht der haftpflichtigen Person oder ihres Versicherers auf die Einrede der Verjährung in Artikel 55*a* VE[1064];
- durch Erlass einer Sonderbestimmung (Art. 55*b* VE), die die Artikel 134 und 135 OR ergänzt, und durch eine Änderung von Artikel 134 Absatz 1 OR[1065];
- schliesslich durch Einführung einer Sonderregelung über die Verjährung der verschiedenen Regressklagen (Art. 55*c* VE), also über eine Frage, die heutzutage vom Obligationenrecht nicht ausdrücklich beantwortet wird[1066].

1058 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.4, S. 120 f.

1059 Auch Art. 40 StSG sieht eine (Verjährungs-) Frist von 30 Jahren vor. Vgl. BBl 1980 I 181; 1988 II 219 ff.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 104; BGE 106 II 134.

1060 Vgl. Bundesrat, Antwort auf die Motion Leuenberger vom 5. Februar 1985 (85.321), S. 3, bezüglich der Haftung des Luftfrachtführers.

1061 Vgl. hinten 2.8.4.1.4.

1062 Vgl. hinten 2.8.4.2.

1063 Vgl. hinten 2.8.4.3 und 4.2.0.0.1.

1064 Vgl. hinten 2.8.5.

1065 Vgl. hinten 2.8.6.

2.8.4 Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz

2.8.4.1 Grundsatz (Art. 55 VE)

2.8.4.1.1 Beibehaltung der doppelten Frist

Das schweizerische Haftpflichtrecht kennt in Artikel 60 Absatz 1 OR das System der doppelten Verjährungsfrist (ordentliche und subsidiäre Frist). Dieses System liegt auch einigen Spezialgesetzen, wie Artikel 83 Absatz 1 SVG, zugrunde. Artikel 60 Absatz 2 OR über die Anwendbarkeit der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist ist eine blosse Ausprägung des Systems.

Manche ausländische Regelungen sehen im gemeinen Recht eine allgemeine Frist vor, die auch auf die Verjährung der Forderungen aus unerlaubten Handlungen anwendbar ist. Dies gilt beispielsweise für Frankreich[1067]. Andere Länder haben gemeinrechtliche Bestimmungen, die nur auf die haftpflichtrechtlichen Forderung Anwendung finden. Manchmal kennen sie, wie in Italien[1068], eine einzige Frist, manchmal, wie in Deutschland und Österreich[1069], eine doppelte.

Dem Vorschlag der Studienkommission folgend[1070] treten die Verfasser des Vorentwurfs für die Beibehaltung der doppelten Verjährungsfrist ein, weil dieses System - unter Vorbehalt der später zu behandelnden Fragen nach der Länge der Fristen und nach den Spätschäden[1071] - von grundsätzlicher Kritik verschont blieb und sich anscheinend in der Praxis bewährt hat. In Anbetracht der spezifischen Funktion jeder dieser Fristen steht dieses System im Einklang mit den öffentlichen und privaten Interessen, die Sinn und Zweck der Verjährung bestimmen[1072]. Bei seiner Verallgemeinerung können atypische Normen des geltenden Rechts (Art. 37 EleG und 14 Abs. 1 EHG) aufgehoben werden, die eine einzige Frist kennen und daher zu unbefriedigenden Ergebnissen führten[1073].

2.8.4.1.2 Rechtfertigung der ordentlichen Frist (Art. 55 Abs. 1 VE)

Die ordentliche Verjährungsfrist ist relativ kurz (ein Jahr nach Art. 60 Absatz 1 OR, drei Jahre nach Art. 55 Abs. 1 VE). Sie will das Opfer anspornen, seinen Anspruch innert kurzer Frist geltend zu machen, damit die haftpflichtige Person und ihr Versicherer nicht dauernd im ungewissen bleiben. Die Schadenersatzforderung beruht nämlich selten auf einer ausdrücklichen Willenserklärung des Schuldners. Das Risiko, dass sie bestritten wird, ist somit häufig grösser als bei

---

1066 Vgl. hinten 2.8.7.

1067 Art. 2262 CCF: 30 Jahre.

1068 Art. 2947 CCI: 5 Jahre, falls die strafrechtliche Verjährung nicht länger ist.

1069 § 852 BGB; § 1489 ABGB: 3 Jahre und 30 Jahre.

1070 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.1, S. 122 f.

1071 Vgl. hinten 2.8.4.1.4.

1072 Vgl. vorne 2.8.1. und hinten 2.8.4.1.2. und 2.8.4.1.3.

1073 Vgl. BGE 84 II 208 ff.

Forderungen aus Nichterfüllung eines Vertrags[1074], und dies rechtfertigt die Kürze der Frist.

Der dies a quo der ordentlichen Verjährungsfrist ist subjektiv bestimmt, und zwar auf den psychologisch günstigen und logisch angemessenen Zeitpunkt, zu dem das Opfer über die nötigen Kenntnisse verfügt, d.h. vom Schaden weiss und die Person des Haftpflichtigen kennt. Der Begriff "Kenntnis vom Schaden" wird heute zu Recht in einer für die geschädigte Person günstigen Weise ausgelegt. Diese hat Kenntnis von ihrem Schaden, wenn sie die Umstände - betreffend Bestehen, Natur und Posten des Schadens - erfahren hat, die eine gerichtliche Klage begründen können[1075]. Sie muss somit die finanziellen Folgen der schädigenden Handlung mindestens annähernd beziffern können. So wird bei Sachschäden die Verjährung mit dem Tag zu laufen beginnen, an dem das Opfer den Kostenvoranschlag oder die Rechnung für die Reparatur der Sache oder den diesbezüglichen Expertenbericht erhält[1076]. Bei Schäden aus Körperverletzung, insbesondere bei Arbeitsunfähigkeit, beginnt die Verjährung am Tag, an dem der Experte den Invaliditätsgrad bestimmt[1077]. Man kann gewiss bedauern, dass der dies a quo manchmal ungenau ist[1078]. Es handelt sich aber um einen "Mangel", der dem Begriff der relativen Verjährung innewohnt. Es kommt hinzu - Spiro betont dies zu Recht[1079] -, dass das Kriterium der Kenntnis vom Schaden heute dank der technischen Entwicklung und der vorhandenen Untersuchungsmittel praktikabler sein sollte. Als zweites Kriterium zur Bestimmung des Beginns der ordentlichen Verjährung nennt Artikel 60 Absatz 1 OR die Kenntnis "von der Person des Ersatzpflichtigen" ("auteur du dommage"). Es handelt sich um ein zusätzliches Kriterium, das als solches unumstritten ist. Der Begriff ist aber insofern zu eng, als er im wesentlichen auf die Person Bezug nimmt, die aus Verschulden haftet. Deshalb übernehmen die Verfasser des Vorentwurfs die weitergehende Formulierung von Artikel 10 Absatz 1 KHG. Bezüglich des Schadens spricht daher Artikel 55 Absatz 1 VE von der "Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen". Er erfasst somit die Person, die die schädigende Handlung verursacht hat, aber auch diejenige, die kausal haftet, und den Versicherer, der die Haftung deckt und gegen den direkt geklagt werden kann (Art. 54*c* und 54*h* VE).

2.8.4.1.3 Rechtfertigung der subsidiären Frist (Art. 55 Abs. 2 VE)

Die subsidiäre Verjährungsfrist ist relativ lang (zehn Jahre nach Artikel 60 Absatz 1 OR, zwanzig Jahre nach Art. 55 Abs. 2 VE). Sie kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn das Opfer keine Kenntnis vom Schaden und von

---

1074 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 676.

1075 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 894 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 351; BGE 96 II 41, 111 II 58.

1076 BGE 111 II 58 f.

1077 BGE 93 II 502 f.

1078 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 233 und 235.

1079 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 80.

der Person des Haftpflichtigen oder des Deckungspflichtigen erhalten hat[1080]. Sie wird manchmal auch als "absolute" Frist bezeichnet, was allerdings insofern ungenau ist, als nach der heutigen Rechtsprechung nicht nur die ordentliche, sondern auch die subsidiäre Frist unterbrochen werden kann[1081]. Die subsidiäre Frist ist aus Gründen der Sicherheit und der Billigkeit gerechtfertigt. Es drängt sich auf, dass das Gesetz eine Zeitspanne festlegt, nach deren Ablauf die haftpflichtige Person und ihr Versicherer nicht mehr verpflichtet sind, einer allfälligen Forderung des Opfers nachzukommen. Man kann nämlich von ihnen nicht verlangen, dass sie während Jahrzehnten die Beweismittel aufbewahren. Wie die Studienkommission feststellte[1082], können die Folgen schädigender Ereignisse, die spät bemerkbar werden, nicht grenzenlos auf die künftigen Generationen überbürdet werden. Und die eigentliche Aufgabe der Verjährung besteht gerade darin, den gerichtlichen Klagen eine zeitliche Schranke zu setzen.

Die subsidiäre Verjährung läuft ab dem Tag, "an dem die Schädigung eingetreten ist" (Art. 60 Abs. 1 OR, 55 Abs. 2 VE)[1083], also ab einem objektiven Zeitpunkt. Das Bundesgericht und die Mehrheit der Autoren legen diesen Begriff strikt aus: Massgebend ist der - der haftpflichtigen Person zurechenbare - Sachverhalt, der die Verletzung der Rechte des Opfers bewirkt hat. Daraus folgt, dass in gewissen Fällen die Frist beginnen und sogar - ausnahmsweise - enden kann, ohne dass die geschädigte Person vom Bestehen ihrer Forderung wusste[1084]. Dies trifft zu, wenn die der haftpflichtigen Person zuzurechnende Handlung oder Unterlassung mit der Verletzung der Rechte des Opfers nicht übereinstimmt[1085], wie dies bei einer radioaktiven Ausstrahlung, die einen Menschen verseucht, oder bei einer Umweltverschmutzung durch ein giftiges Produkt der Fall sein könnte. Eine Minderheit der Autoren versucht, diese unbefriedigenden Folgen zu vermeiden, indem sie bei der Bestimmung des dies a quo der subsidiären Verjährung auf die Verletzung der Rechte des Opfers (z.B. seiner körperlichen Integrität) abstellen[1086]. Diese Lösung überzeugt insofern nicht, als sie den Beginn der subsidiären Verjährung in subjektiver Weise bestimmt und so mit dem Beginn der ordentlichen Verjährung vermischt. Bei der ersteren zwingt aber die Rechtssicherheit dazu, ein möglichst sicheres Kriterium festzulegen, das möglichst wenig auslegungsbedürftig ist. Diese Überlegung ist für die Verfasser des Vorentwurfs massgebend; sie folgen daher der Meinung der Studienkommission, die für die Beibehaltung der geltenden Lösung eintrat, obwohl die Verjährungsfrist in seltenen Fällen ohne das Wissen

---

[1080] Vorzubehalten ist der Fall, wo das Opfer kurz vor dem Fristablauf Kenntnis von diesen Elementen erhält; vgl. zu diesem Punkt Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 202 f. und das dort angegebene Beispiel.

[1081] BGE 112 II 232 f. und die dortigen Hinweise. Vgl. auch BGE 123 III 219.

[1082] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.2, S. 125; vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 23 f.

[1083] Einige Spezialgesetze verwenden andere Formulierungen, allerdings ohne grosse praktische Auswirkungen; vgl. zu diesem Punkt vorne 2.8.2.

[1084] BGE 106 II 136 ff., 119 II 219 f.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 78; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 439; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 366.

[1085] Für ein Beispiel vgl. BGE 106 II 134.

[1086] Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 203 und das in BGE 106 II 136 ff. zitierte Rechtsgutachten; vgl. auch Merz H., ZbJV 1962, S. 467 ff. und 1982, S. 137.

des Opfers laufen kann. Diesbezüglich ist zu betonen: Ein Ablauf der Frist, ohne dass die geschädigte Person von ihrem Ersatzanspruch Kenntnis gehabt hat, sollte inskünftig kaum mehr vorkommen und dies aus zwei Gründen. Zum einen präzisiert Artikel 55 Absatz 2 VE, dass die subsidiäre Verjährung am Tag zu laufen beginnt, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat. Im Vergleich zu Artikel 60 Absatz 1 OR handelt es sich um eine formelle Neuerung, selbst wenn sie in Spezialgesetzen bereits enthalten ist (z.B. Art. 10 Abs. 1 am Ende KHG) und von der Rechtsprechung allgemein anerkannt wird[1087]. Sie dient dem Interesse des Opfers, wenn der der haftpflichtigen Person zuzurechnende Sachverhalt in einer fortdauernden oder gestaffelten zeitlichen Entwicklung besteht (z.B. Immission von verschmutzenden Abfällen). Zum zweiten - und vor allem - verlängert Artikel 55 Absatz 2 VE die subsidiäre Frist von zehn auf zwanzig Jahre.

2.8.4.1.4 Verlängerung der Fristen

Im geltenden Haftpflichtrecht sieht die allgemeine Bestimmung von Artikel 60 Absatz 1 OR eine ordentliche Verjährungsfrist von einem Jahr und eine subsidiäre Frist von zehn Jahren vor. Manche Sonderregelungen kennen andere Fristen[1088]. Im Vergleich zu den Rechtssystemen des Auslands erweisen sich unsere Verjährungsfristen als sehr kurz. Diese Kürze führt zum Gedanken, dass der schweizerische Gesetzgeber das öffentliche Interesse, eines der Elemente der ratio legis des Instituts, bevorzugt hat. Aus dieser Überlegung heraus ist für bestimmte Autoren der status quo genügend[1089]. Für die Mehrheit der Lehre ist das schweizerische Recht in diesem Punkt aber zu streng. Gegenstand von Kritik bildet vor allem die ordentliche, einjährige Frist[1090]: Infolge der steigenden Zahl von Gutachten und der Notwendigkeit, das Rechtsbegehren sehr genau zu verfassen und die Beweismittel anzugeben, erwartet die geschädigte Person häufig nicht, dass ihre Forderung so kurzfristig dahinfällt. Hinzu kommt , dass der Beginn der ordentlichen Verjährung subjektiv ist und deshalb manchmal Anlass zu Diskussionen geben kann; dies kann unter Umständen die rechtssuchende Person überraschen. Aufgrund dieser Überlegungen schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine Verlängerung der ordentlichen Verjährungsfrist auf drei Jahre vor[1091]. Diese Regelung ist bereits in Spezialgesetzen enthalten[1092]; sie entspricht der Gesetzgebung von Nachbarländern, wie der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs[1093], und der EG-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte[1094], die von einzelnen Auto-

---

1087 BGE 93 II 503, 96 II 41. Vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 24 f.

1088 Vgl. vorne 2.8.2.

1089 Vgl. zum Beispiel Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 81.

1090 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 233 und 235; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 202; Rusconi B., ZSR 1967 II S. 762; von Büren B., a.a.O. (Anm. 51), S. 426, Anm. 65; BGE 105 Ib 14.

1091 Die Studienkommission schwankte zwischen zwei und drei Jahren; vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.1, S. 123.

1092 Art. 10 Abs. 1 KHG; Art. 40 StSG; Art. 9 PrHG.

1093 § 852 BGB; § 1489 ABGB.

1094 Art. 10 Abs. 1 der vorne (Anm. 1051) erwähnten Richtlinie vom 25. Juli 1985.

ren in einer Vereinheitlichungsperspektive als Ausdruck einer europäischen Norm betrachtet wird, die allgemeine Geltung verdient[1095].

Auch die allgemeine subsidiäre Verjährungsfrist wird als zu kurz erachtet[1096]. Dies ist besonders offensichtlich bei der Invalidität eines Kindes oder bei Gesundheitsbeeinträchtigungen durch schädliche Produkte (wie Asbest oder gewisse Medikamente) oder durch giftige Abfälle (wie Dioxin). Häufig wird die Verletzung der körperlichen Integrität erst nach mehr als zehn Jahren seit dem schädigenden Ereignis bemerkbar. Dies ist ein hinreichender Grund, um die subsidiäre Verjährungsfrist auf zwanzig Jahre zu verlängern. Die Studienkommission hatte eine Verlängerung auf dreissig Jahre nicht ausgeschlossen[1097]; die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf einen entsprechenden Vorschlag, und dies aus zwei Gründen. Zum einen wäre eine solche Frist in Anbetracht der Funktion der subsidiären Verjährung[1098] übermässig. Zu berücksichtigen sind zum zweiten die Kritik, die gegen diese Frist in Deutschland erhoben wurde[1099], wie auch die Lösung des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs, das eine zwanzigjährige Frist vorsieht[1100]. Die Verfasser des Vorentwurfs ziehen es daher vor, Sondernormen vorzubehalten. Diese sollen eine längere Frist für den Fall vorsehen, wo die Ausübung gewisser typischer Tätigkeiten geeignet ist, bestimmte Spätschäden zu verursachen, wie dies heute beim Betrieb von Nukleranlagen und bei ionisierenden Strahlen zutrifft[1101] oder wie es morgen beim Umweltschutz der Fall sein wird[1102]. In Anbetracht der grossen Zahl solcher Spezialbestimmungen könnte man sich zwar fragen, ob es im Sinne der Vereinheitlichung nicht besser wäre, die subsidiäre Frist auf 30 Jahre zu verlängern. Die Verfasser des Vorentwurfs sind nicht von vorneherein dagegen.

Schon die Studienkommission hatte festgestellt, dass die Verlängerung der Verjährungsfristen zahlreiche positive Wirkungen zeitigen wird[1103]. Sie wird insbesondere den Geltungsbereich des Haftpflichtrechts zugunsten des Opfers ausdehnen; sie wird die Fristen vereinheitlichen und teilweise mit denjenigen des ausländischen und des europäischen Rechts harmonisieren; sie wird die praktische Anwendung des Systems verbessern, indem sie Handlungen zur Unterbrechung der Verjährung vermeiden und Streiterledigungen auf dem Vergleichsweg fördern wird; sie wird schliesslich die Bedeutung heutiger Streitfra-

---

1095 Von Bar C., Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1994, S. 227.

1096 Vgl. die Motion Crevoisier (80.429) und das Postulat Ziegler (80.476) vom 19. Juni 1980 wie auch die Antwort des Bundesrats; diese Vorstösse wurden nach BGE 106 II 134 (Stich) eingereicht.

1097 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.2, S. 125.

1098 Vgl. vorne 2.8.4.1.3.

1099 Dannemann G./Karatzenis F./Thomas G., a.a.O. (Anm. 138), S. 719 und 724.

1100 Art. 310 (3.11.13), 3. Buch NBW.

1101 Vgl. Art. 10 Abs. 1 KHG; Art. 40 StSG; BBl 1980 I 181, 1988 II 220 ff.

1102 Infolge der sogenannten "Gen-Lex-Motion", welche die Gentechnik ausserhalb des menschlichen Bereichs betrifft, hat der Bundesrat einen Vorentwurf ausgearbeitet, der namentlich das geltende USG revidiert: Art. 59*c* Abs. 2 sieht eine subsidiäre Verjährungsfrist von 30 Jahren vor.

1103 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.3, S. 126 f.

gen, wie jener bezüglich des Beginns der subsidiären Verjährung bei Spätschäden, verringern. Und all das geschieht, ohne die Struktur des Instituts zu ändern.

2.8.4.2 Aufhebung der Bestimmung über die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verjährungsfrist

Wird die Schadenersatzklage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so gilt diese Frist nach Artikel 60 Absatz 2 OR auch für die zivilrechtliche Klage. Diese Bestimmung ist - manchmal in unterschiedlicher Fassung - sowohl im gemeinen Recht (z.B. Art. 760 Abs. 2 OR, Art. 455 Abs. 2 ZGB) wie auch in Spezialgesetzen (z.B. Art. 83 Abs. 1 SVG; Art. 39 Abs. 1 RLG) zu finden. Bekannt ist sie auch dem österreichischen Recht (allerdings beschränkt auf die vorsätzlich begangenen strafbaren Handlungen, § 1489 ABGB), nicht aber dem deutschen Recht. Ihr Sinn und Zweck beruht auf der Überlegung, dass es unverständlich wäre, wenn dem Opfer keine gerichtlichen Mittel gegen den Verursacher der schädigenden Handlung zustünden, solange dieser einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt ist, die in der Regel für ihn schwerwiegendere Folgen hat[1104]. Daraus folgt der Grundsatz, dass die zivilrechtliche Klage nicht vor der strafrechtlichen verjähren darf. Massgebend in diesem Zusammenhang ist die ordentliche Verjährung von Artikel 70 StGB, der je nach Art der Strafe eine Frist von zwanzig, zehn oder fünf Jahren vorsieht. Die strafrechtliche Regelung findet nur Anwendung in Bezug auf den Beginn der Verjährung - er stimmt mit dem Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung überein - und ihre Dauer. Die anderen Fragen, insbesondere diejenige der Unterbrechung, unterstehen den zivilrechtlichen Bestimmungen[1105]. Dies bedeutet, dass die zivilrechtliche Klage später als die strafrechtliche verjähren kann[1106]. Die Rechtsprechung hat die Tragweite von Artikel 60 Absatz 2 OR ausgedehnt. So hat das Bundesgericht entschieden, dass die Regelung sowohl auf die ordentliche wie auch auf die subsidiäre Frist anwendbar ist[1107] und dass die strafrechtliche Verjährung auch für die zivilrechtliche Klage gegen eine juristische Person gilt, die für strafbare Handlungen ihrer Organe verantwortlich ist[1108].

Die Anwendung von Artikel 60 Absatz 2 OR hat in der Praxis zahlreiche Schwierigkeiten bereitet[1109], was die reichliche Rechtsprechung und die Zahl der von der Norm ausgelösten Meinungsstreitigkeiten beweisen. Probleme entstehen insbesondere dann, wenn der Verursacher der schädigenden Handlung strafrechtlich nicht verfolgt wurde; denn in diesem Fall ist es für den Zivilrichter

---

1104 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 204; vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 26.

1105 BGE 96 II 43 f.

1106 Scyboz G., Deux rapports de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral avec l'action pénale: les Art. 53 und 60 Abs. 2 CO, in Die Verantwortlichkeit im Recht, I, Zürich 1981, S. 643.

1107 BGE 106 II 215.

1108 BGE 112 II 188 ff.

1109 Spiro K., a.a.O. (Anm. 1046), S. 624.

schwierig, abstrakt die Strafbarkeit seines Verhaltens zu bestimmen. Dasselbe gilt, wenn eine hängige Strafklage ausgesetzt wird oder vor dem Strafurteil erlischt, beispielsweise infolge Einstellung des Verfahrens oder Rückzugs des Strafantrags[1110], und wenn die Zuständigkeit des Strafrichters beschränkt war (z.B. auf Übertretungen)[1111]. All diese Schwierigkeiten schwächen die Wirksamkeit der Regelung ab. Die hier vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfristen wird zudem einen grossen Teils ihres Nutzens beseitigen. Ausgehend von dieser Feststellung und in Berücksichtigung der Tatsache, dass nach schweizerischem Recht die Verjährung sehr leicht unterbrochen werden kann, sind die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass Artikel 60 Absatz 2 OR inskünftig kaum mehr eine Existenzberechtigung haben wird. Dem Vorschlag der Studienkommission[1112] folgend treten sie daher für die Streichung der Bestimmung ein.

2.8.4.3 Einrede aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 3 OR)

Ist durch die unerlaubte Handlung eine Forderung gegen die geschädigte Person begründet worden, so kann diese Person nach Artikel 60 Absatz 3 OR die Erfüllung auch dann verweigern, wenn ihr Anspruch aus der unerlaubten Handlung verjährt ist. Die Bestimmung ist vor allem bei Verträgen von Bedeutung, die wegen absichtlicher Täuschung oder Furchterregung einen Mangel aufweisen und gegebenenfalls unverbindlich sind[1113]. Für das Opfer der Täuschung oder der Furchterregung ist der Vertrag nicht verbindlich (Art. 28 Abs. 1, 29 Abs. 1 OR). Es muss aber innert Jahresfrist eine diesbezügliche Erklärung abgeben, sonst gilt der Vertrag als genehmigt (gesetzliche Fiktion, Art. 31 Abs. 1 OR). Verlangt aber der Gläubiger (die für die absichtliche Täuschung oder die Furchterregung - also für die unerlaubte Handlung - verantwortliche Person) die Erfüllung der Leistung, so kann sie der Schuldner (das Opfer) nach Artikel 60 Absatz 3 OR verweigern und so seine Forderung aus unerlaubter Handlung einredeweise geltend machen[1114]. Diese Einrede ist unverjährbar.

Der Anwendungsbereich von Artikel 60 Absatz 3 OR ist sehr eng, weil die Tragweite der Norm beschränkt ist. Solange die Frist von Artikel 31 Absatz 1 OR noch läuft, ist das Opfer einer absichtlichen Täuschung oder einer Furchterregung nämlich kein Schuldner, und es kann sich somit nicht auf Artikel 60 Absatz 3 OR berufen und die Leistung verweigern[1115]. Ferner ist die Norm nicht anwendbar, wenn die geschädigte Person den mangelhaften Vertrag ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten (z.B. durch Erfüllung) genehmigt hat. Im letzteren Fall bewirkt die Genehmigung und nicht die unerlaubte Handlung die Entstehung einer gültigen Forderung, so dass der Schuldner das Recht aus der

---

1110 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 640.

1111 BGE 112 II 83 ff.

1112 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.8, S. 128 f.

1113 BGE 114 II 142 f.

1114 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 206; vgl. auch BGE 84 II 625.

1115 Grisel A., L'exception perpétuelle dérivant d'un acte illicite, in Recueil de travaux offert à la Société suisse des juristes, Neuenburg 1946, S. 91.

fraglichen Bestimmung nicht mehr geltend machen kann[1116]. Artikel 60 Absatz 3 OR findet hingegen Anwendung, wenn das Opfer der absichtlichen Täuschung oder der Furchterregung die Jahresfrist von Artikel 31 Absatz 1 OR verstreichen lässt, ohne den Vertrag anzufechten oder zu genehmigen. In den seltenen Fällen, wo dies zutrifft, verbleibt ihm das Recht, sich jederzeit einredeweise auf die unerlaubte Handlung zu berufen, die häufig in einer culpa in contrahendo bestehen wird[1117].

Wie bereits gesagt, hat Artikel 60 Absatz 3 OR eine beschränkte Tragweite. Zudem ist sein Wortlaut insofern unglücklich formuliert, als nicht die unerlaubte Handlung, sondern der Vertrag eine Forderung gegen das Opfer begründen kann[1118]. Der Bestimmung wird dennoch eine Existenzberechtigung und ein innerer allgemeiner Wert zuerkannt[1119]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, sie in die Regelung der Willensmängel, in Artikel 31 Absatz 3 OR[1120], einzugliedern. Die künftige Bestimmung könnte so lauten: "Ist durch einen unter dem Einfluss von Täuschung oder Furcht abgeschlossenen Vertrag eine Verpflichtung zulasten der geschädigten Person entstanden, so kann diese die Unverbindlichkeit einredeweise jederzeit geltend machen. Hat sie ihn genehmigt, so verbleibt ihr der Anspruch auf Ersatz des Schadens" (vgl. hinten 4.2.0.0.1).

2.8.5 Verzicht auf die Verjährung (Art. 55a VE)

In aller Regel können Schuldner und Gläubiger von der gesetzlichen Regelung der Verjährung frei abweichen. So kommt es häufig vor, dass die streitenden Parteien die laufende Frist verlängern oder dass die beklagte Partei auf die Geltendmachung der Verjährung verzichtet. Solche Vereinbarungen sind im Bereich der Haftpflicht keineswegs selten. Dank ihnen braucht die belangte Person - Haftpflichtiger oder Versicherer - nicht, eine Ersatzpflicht anzuerkennen, und das Opfer muss nicht zur Betreibung greifen, mit dem einzigen Zweck, die Verjährung seiner Forderung zu unterbrechen. Ferner erlauben sie den Parteien, in einem entspannten Klima Vergleichsverhandlungen durchzuführen. Die Freiheit der Parteien ist allerdings nach der Rechtsprechung nicht unbeschränkt: Zum einen dürfen die Parteien nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Artikel 129 OR von den Fristen der Artikel 127 und 128 OR nicht abweichen. Zum andern darf die allfällige Verlängerung der Frist nach dem Bundesgericht die Dauer der allgemeinen ordentlichen Frist von Artikel 127 OR nicht überschreiten[1121]. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass im Haftpflichtrecht

---

[1116] Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 110; Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 179; BGE 66 II 160 f.

[1117] Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 16 zu Art. 60 OR; BGE 84 II 625, 106 II 349.

[1118] Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 99.

[1119] Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), I, Nr. 531; Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 93 f.

[1120] Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.9, S. 130; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 228; Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O. (Anm. 1116), S. 179.

[1121] BGE 99 II 188 f. Vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S.3; von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 217.

die Verjährungsfristen vertraglich zwar verlängert werden dürfen, aber nicht auf mehr als zehn Jahre.

Nach Artikel 142 OR darf der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. So obliegt es dem Schuldner, die Einrede geltend zu machen. Selbstverständlich kann er darauf verzichten. Die entsprechende Erklärung hat allerdings beschränkte Gültigkeit und Tragweite. Nach Artikel 141 Absatz 1 OR kann nämlich auf die Verjährung nicht zum voraus verzichtet werden. Die Auslegung dieser Bestimmung a contrario ergibt, dass auf die bereits eingetretene und auf die laufende Verjährung (für den bereits abgelaufenen Teil der Frist)[1122] gültig verzichtet werden darf. Die Verzichtserklärung kann einer Unterbrechung oder einer vertraglichen Verlängerung der Frist gleichkommen; auf keinen Fall darf sie sich aber auf eine Dauer von mehr als zehn Jahren beziehen[1123].

Lehre und Praxis sind sich einig, dass die Freiheit der Parteien, von der gesetzlichen Regelung der Verjährung abzuweichen, nicht uneingeschränkt sein darf. Diesbezüglich ist die allgemeine Regel von Artikel 141 Absatz 1 OR, die auch in ausländischen Gesetzen zu finden ist[1124], durchaus gerechtfertigt. Bezogen auf das Haftpflichtrecht bedeutet sie, dass eine Person nie gültig auf die Geltendmachung der Verjährung verzichten kann, bevor die schädigende Handlung - wofür sie haften könnte - erfolgt ist oder ein Ende gefunden hat. In Bezug auf die laufende und die bereits eingetretene Verjährung sind die Verfasser des Vorentwurfs hingegen der Meinung, dass das Haftpflichtrecht zur Ergänzung von Artikel 141 Absatz 1 OR einige spezifische Regeln enthalten muss. Dieser Vorschlag ist aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt. Dafür spricht zunächst die Tatsache, dass auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts Verzichte auf die Verjährung häufig sind, insbesondere wenn ein Versicherer belangt wird[1125]. Weiter tragen die Parteien in ihren Vereinbarungen der Besonderheit der doppelten Verjährungsfrist kaum Rechnung, mit der Folge, dass die Tragweite der Erklärung der belangten Person nicht immer klar ist[1126]. Schliesslich kommt es oft vor, dass die Verzichtserklärung keinen Termin enthält; das Opfer kann dann - zu Unrecht - glauben, dass es sein Recht jederzeit geltend machen kann oder dass mindestens die Frist unterbrochen wurde[1127].

Die jetzigen Unsicherheiten verlangen eine klare und praktikable Regelung dieser Materie. Diese Regelung soll den bereits anerkannten Grundsatz festlegen, dass die vertragliche Verlängerung der Verjährung in Anbetracht der Funktion

---

1122 BGE 99 II 189 ff.; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 447; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 849.

1123 BGE 99 II 192 ff., 112 II 233; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 448; Spiro K., Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in Festschrift für K.H. Neumayer, Baden-Baden 1985, S. 551 f., der sich restriktiv zur Unterbrechungswirkung des Verzichts auf die Verjährung äussert.

1124 Vgl. Art. 2220 CCF und 2937 CCI.

1125 BGE 112 II 233.

1126 BGE 99 II 192 f.

1127 Zu Recht ist Spiro, a.a.O. (Anm. 1123), S. 551 f., restriktiv in Bezug auf die Unterbrechungswirkung einer Erklärung, mit der auf die Verjährung verzichtet wird; diese Wirkung soll nur eintreten, wenn die verzichtende Person weiss, dass sie eine Schuld gegenüber der geschädigten Person hat, und in irgendeiner Weise erklärt, sie zu anerkennen.

des Instituts nicht unbegrenzt sein darf[1128]. Sie soll auch genaue zeitliche Beschränkungen für die Verzichtserklärungen festsetzen und die doppelte Verjährungsfrist von Artikel 55 VE berücksichtigen. So sieht Artikel 55*a* Absatz 1 VE vor, dass die haftpflichtige Person durch ausdrückliche Erklärung auf die Geltendmachung der Verjährung für höchstens 20 Jahre ab dem Tag, an dem die schädigende Handlung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat, verzichten kann. Nach Ablauf dieser Frist gilt der Verzicht nur noch für höchstens drei Jahre. Artikel 55*a* Absatz 2 VE fügt hinzu, dass unbefristete Verzichte zwei Jahre gültig sind. Mit anderen Worten: Der Verzicht gilt für die Dauer der subsidiären Verjährung, wenn er am Tag der schädigenden Handlung erklärt wird; sonst - und das wird der Normalfall sein - dauert er weniger lang. Ist die subsidiäre Verjährung eingetreten, so wird der Verzicht höchstens für die Dauer der ordentlichen Verjährung gelten, und diese Dauer gilt auch dann, wenn der Verzicht unbefristet ist.

Die vorgeschlagene Regelung sieht für den Verzicht keine Gültigkeitsform vor, verlangt aber eine ausdrückliche, also eine ausformulierte mündliche oder schriftliche Erklärung der verzichtenden Person. Diese Voraussetzung ist insbesondere dadurch gerechtfertigt, dass das Opfer in Anbetracht der Wirkungen dieses Rechtsgeschäftes über den Willen der belangten Person im klaren sein soll. Daher würde ein stillschweigender oder ein vermuteter Verzicht nicht genügen.

Der Verzicht auf die Verjährung kann von der haftpflichtigen Person oder von ihrem Versicherer ausgehen. Daraus leitet Artikel 55*a* Absatz 3 VE ab, dass die Erklärung der einen Person auch gegenüber der anderen gilt und umgekehrt. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu den allgemeinen Regeln der Artikel 141 Absatz 2 und 146 OR über die Solidarschuld. Im Haftpflichtrecht ist sie aus praktischen und logischen Überlegungen gerechtfertigt. Einerseits besteht bei einer solchen Regelung keine Notwendigkeit mehr für das Opfer, wiederholt die Verjährung zu unterbrechen, allein um seine Rechte zu bewahren. Anderseits trägt die Regelung folgender Tatsache Rechnung: Die geschädigte Person kann direkt gegen die haftpflichtige Person, aber auch gegen den Versicherer, der diese deckt, klagen (Art. 54*c* VE) und diese beiden Mitschuldner stehen in einem vertraglichen Verhältnis das bereits vor der schädigenden Handlung existierte[1129]. Schliesslich steht Artikel 55*a* Absatz 3 VE im Einklang mit Artikel 55*b* VE, der die Wirkungen der Verlängerung der Verjährungsfristen gegenüber der haftpflichtigen Person und ihrem Versicherer regelt[1130].

2.8.6 Verlängerung der Fristen (Art. 55b VE und 134 Abs. 1 Ziff. 7 [neu] OR)

Beim Vorliegen bestimmter Umstände beginnt die Verjährungsfrist überhaupt nicht zu laufen oder, falls sie bereits läuft, steht sie still (Art. 134 OR). Diese Umstände sind in den meisten Fällen darauf zurückzuführen, dass zwischen Schuldner und Gläubiger ein besonderes Verhältnis besteht, das eine Zurück-

---

[1128] Vgl. vorne 2.8.1.

[1129] Vgl. BGE 89 II 420.

[1130] Vgl. hinten 2.8.6.

haltung des letzteren bei der Geltendmachung seines Anspruchs bewirkt. Bei der sogenannten Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist übrigens von neuem zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR). Unterbrechende Handlungen können vom Schuldner oder vom Gläubiger ausgehen (Art. 135 OR; vgl. auch Art. 138 OR). Die Hinderung, der Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung führen zu einer Verlängerung der Verjährungsfristen, grundsätzlich aber nur gegenüber dem Schuldner. Nach den Verfassern des Vorentwurfs ist die Tragweite dieses Grundsatzes im Haftpflichtrecht auszudehnen, wenn die belangte Person von einer Versicherung gedeckt ist[1131]. Daher sieht Artikel 55b VE vor, dass die Hinderung, der Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der haftpflichtigen Person auch gegenüber ihrem Versicherer gilt und umgekehrt. Bezüglich der Unterbrechung ist diese Regelung in gewissen Spezialgesetzen bereits enthalten (Art. 83 Abs. 2 SVG, 39 Abs. 2 RLG, 10 Abs. 4 KHG). Sie wurde in unsere Rechtsordnung anlässlich der Ausarbeitung des SVG im Jahre 1958 eingeführt, und zwar aus praktischen Überlegungen, insbesondere um zu verhindern, dass das Opfer eines Strassenverkehrsunfalls die Verjährung mehrfach unterbrechen muss oder die Folgen tragen muss, wenn die Verjährung gegenüber dem Versicherer des Motorfahrzeughalters nicht unterbrochen wurde[1132]. Ein zusätzlicher Grund ist, dass Artikel 136 Abs. 1 OR infolge der dualistischen Natur der Solidarität keine Anwendung auf die einfache Anspruchskonkurrenz findet[1133]. Unter diesen Umständen - und selbst wenn der Vorentwurf auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität verzichtet[1134] - ist es angebracht, dass eine allgemeine Regel des Haftpflichtrechts die Wirkungen, die Artikel 136 Abs. 1 OR an die Solidarität knüpft, auf den Versicherer anwendet und dabei auch die anderen Tatbestände der Verlängerung der Verjährung, also die Hinderung und den Stillstand, erfasst. Auch hier gilt, was bezüglich des Verzichts auf die Verjährung gesagt wurde: Eine solche Regelung ist die logische Folge der Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer[1135].

Infolge der Diskussion in der Studienkommission haben sich die Verfasser des Vorentwurfs gefragt, ob die Möglichkeit, die Verjährung zu verlängern, de lege ferenda erleichtert werden soll. Denkbar wäre beispielsweise, dass die blosse Mitteilung[1136], eine schriftliche Aufforderung[1137] des Gläubigers an den Schuldner oder eine gerichtlich zugestellte Forderung[1138] den Stillstand oder die Unterbrechung der Fristen bewirkt. Letztlich wurde aber auf solche Vorschläge

---

1131 Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10, S. 130.

1132 Amtl. Bull. 1958 S 129.

1133 BGE 106 II 253; vgl. vorne 2.6.4.2.

1134 Vgl. vorne 2.6.4.2.

1135 Vgl. vorne 2.8.5.

1136 Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (SR 742.40): Bei Reklamation steht die Vejährung still.

1137 Vgl. Art. 2943 Abs. 4 CCI (i.V.m. Art. 1219) und Art. 317 (3.11.17) des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs.

1138 Vorschlag der Studienkommission, der die negativen Folgen korrigieren soll, die eine Betreibung auf den Kredit des Schuldners haben kann. Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.2, S. 131.

verzichtet, weil die Mittel des geltenden Rechts zur Unterbrechung der Verjährung, die in der Praxis grosszügig ausgelegt werden[1139], zahlreich sind und weil die vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfristen die Rechtsstellung der geschädigten Person verbessern wird. Weiter scheint es angebracht, dass die Unterbrechung der Verjährung durch den Gläubiger mit einem gewissen Formalismus verbunden ist, wie dies heute bei den Tatbeständen von Artikel 135 Ziff. 2 OR der Fall ist.

Hingegen soll nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs ausgeschlossen werden, dass die Verjährung während der Hängigkeit eines Prozesses eintreten kann. Dies kommt gewiss höchst selten vor, weil grundsätzlich jede gerichtliche Handlung der Parteien und jede richterliche Verfügung oder Entscheidung die Frist unterbricht (Art. 138 Abs. 1 OR). Ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1980[1140], der einen parlamentarischen Vorstoss und eine Stellungnahme des Bundesrats veranlasste[1141], zeigt aber, dass ein solcher Fall doch eintreten kann. In diesem Zusammenhang wurde betont, dass die rechtssuchende Person, die den Zivilprozessweg in korrekter Weise begeht, sicher sein soll, dass ihre Forderung geprüft wird und dass diese während des Verfahrens nicht verjährt. Für diese Person ist es völlig unverständlich, wenn ihr Begehren wegen Eintritts der Verjährung abgelehnt wird, namentlich wenn es Aufgabe des Richters ist, den Prozess fortzuführen. Das Bundesgericht hat den Gesetzgeber auf diese Erscheinung bereits aufmerksam gemacht[1142], und dieser hat im PrHG eine Lösung verankert, wonach die zehnjährige Verwirkung nicht eintritt, wenn ein Prozess gegen den Produktehersteller hängig ist[1143]. Es ist allerdings klar, dass sich dieses Problem nicht bloss im Haftpflichtrecht stellt und daher nach einer allgemeingültigen Lösung ruft. Daher folgen die Verfasser des Vorentwurfs der Studienkommission[1144] und schlagen vor, ins Obligationenrecht eine Bestimmung einzuführen, wonach die Verjährung vom Beginn bis zum Ende des Prozesses stillsteht. Zu diesem Zweck genügt es, Artikel 134 Absatz 1 OR mit einer Ziffer 7 zu ergänzen, die einen neuen Tatbestand der Hinderung oder des Stillstandes der Verjährung vorsieht und so lautet: "solange über die Forderung ein Prozess im Gang ist" (vgl. hinten 4.2.0.0.6).

2.8.7 Verjährung des Rückgriffs (Art. 55c VE)

Im geltenden Recht ist die Verjährung des Rückgriffs nicht durch eine allgemeine Bestimmung geregelt. Einige Spezialgesetze sehen uneinheitliche Lösungen vor, die nicht präzisieren, ob auch der Rückgriff der mithaftpflichtigen Person oder des Privatversicherers, der das Opfer entschädigt hat, der subsidiären

---

1139 Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 463 ff.; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), II, Nr. 2075 ff.

1140 BGE 106 II 34 ff. Vgl. auch BGE 123 III 216 f., wo das Bundesgericht anerkennt, dass die Verjährung während des Berufungsverfahrens läuft und gegebenenfalls ablaufen kann.

1141 Vgl. Motion Leuenberger M. (80.590) vom 8. Dezember 1980 und die schriftliche Antwort des Bundesrates.

1142 BGE 86 II 346.

1143 Vgl. Art. 10 Abs. 2 PrHG und BBl 1992 V 428. Vgl. auch § 211 BGB.

1144 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.1, S. 131.

Verjährung untersteht[1145]. Das Bundesgericht schreibt diesen Sonderregelungen keine allgemeine Tragweite zu[1146]. Die Vorschläge der Lehre weichen in diesem Punkt sehr stark voneinander ab[1147]. Die Rechtsprechung ist nicht beständig[1148] und hat erst in letzter Zeit Grundsätze festgelegt, die den Bürgern eine grössere Rechtssicherheit gewähren[1149].

Das Problem der Verjährung des Rückgriffs betrifft im wesentlichen die Fristen und vor allem ihren Beginn. Die bisher vorgeschlagenen Lösungen hängen von der Natur der in Frage stehenden Forderungen ab. In der Lehre geht eine Minderheit davon aus, dass der Rückgriffskläger die Forderung geltend macht, die der geschädigten Person gegen den Beklagten zustand[1150]. Danach würde mit der Verjährung der Hauptforderung gleichzeitig die Verjährung der Regressforderung beginnen. Diese könnte somit unter Umständen verjährt sein, bevor der Anspruch, der sie begründet, fällig geworden ist[1151]. Nach der Meinung der Mehrheit stellt hingegen die Regressforderung eine eigene Forderung der Person dar, die sie geltend macht. Daraus folgt für einige Autoren, dass die Verjährung im Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem die Forderung nach Artikel 130 Absatz 1 OR fällig geworden ist, also am Tag der Befriedigung des Opfers[1152]; massgebende Frist wäre dabei jene der Verjährung der Forderung des Opfers gegen den Regressschuldner[1153]. Eine ähnliche Lösung ist vom Gesetzgeber in den Artikeln 83 Absatz 3 SVG und 39 Absatz 3 RLG verankert worden. Diese Bestimmungen präzisieren, dass der Rückgriff innert zwei Jahren ab dem Tag, an dem die Leistung voll erbracht wurde und die haftpflichtige Person bekannt war, verjährt; sie sagen indessen nichts über die subsidiäre Verjährung, auf die sich die beklagte Partei berufen können sollte[1154]. Für andere Autoren stellt das fragliche Rechtsverhältnis eine ungerechtfertigte Bereicherung oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag dar, was die Anwendung von Artikel 67 OR rechtfertige; die ordentliche Verjährung würde danach mit der Kenntnisnahme des Rückgriffsrechts zu laufen beginnen[1155]. Das Bundesgericht hat die Auffassung

---

1145 Art. 83 Abs. 3 SVG; Art. 39 Abs. 3 RLG; Art. 10 Abs. 2 KHG; Art. 34 Abs. 3 BSG, der nur den Rückgriff des Versicherers erfasst.

1146 BGE 115 II 49 f.

1147 Vgl. insbesondere die Ausführungen von Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 137 ff.

1148 Vgl. insbesondere BGE 55 II 123 f. und 89 II 123.

1149 BGE 115 II 48 ff.

1150 Vgl. insbesondere BGE 55 II 123 f.; vgl. auch die Hinweise bei Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 139.

1151 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40 f.

1152 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 355; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 388; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 und 64 zu Art. 50 OR, N 141 zu Art. 51 OR; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 292.

1153 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 356; .; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 389; Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 60 OR. Hervorzuheben ist, dass einige Autoren die ordentliche Frist von Art. 127 OR anwenden wollen; vgl. dazu Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 140 f. und die dortigen Hinweise.

1154 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 5.3 zu Art. 83 SVG; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 142.

1155 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 731 f.; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 144 f.

dieser Autoren zwar nicht übernommen, ist aber dennoch zu einer ähnlichen Lösung gekommen. Es hat nämlich entschieden, dass das Rückgriffsrecht erst im Zeitpunkt entsteht, in dem die haftpflichtige Person das Opfer entschädigt hat, dass die Frist der ordentlichen Verjährung aber bereits beginnt, wenn die haftpflichtige Person von ihrem Rückgriffsrecht erfährt. Das Bundesgericht hat präzisiert, dass auch der Rückgriff der subsidiären Verjährung nach Artikel 60 Absatz 1 OR untersteht[1156].

Die heutige Lage zeichnet sich durch Rechtsunsicherheit aus. Es ist aber schwierig, eine Lösung zu finden, die dogmatisch voll befriedigt; denn das Problem der Verjährung des Rückgriffs ist komplex. Diese Komplexität ergibt sich zum einen aus der Natur der Haftungskonkurrenz selbst, vor allem aus der Tatsache, dass die Regressforderung zwei Forderungen gegen dieselbe Person verbindet: diejenige, die das Opfer gehabt hätte, und diejenige des Schuldners, der das Opfer entschädigt hat und häufig in dessen Rechte eintritt[1157]. Die Komplexität geht zum andern auf das für das Haftpflichtrecht charakteristische Bestehen zweier Verjährungsfristen zurück.

Wie schon die Studienkommission[1158], sind auch die Verfasser des Vorentwurfs überzeugt, dass eine spezifische Regelung dieser Frage notwendig ist, die einen Umweg über die Bestimmungen betreffend die ungerechtfertigte Bereicherung vermeidet. Die Lösung muss vom Grundsatz ausgehen, dass der Inhaber einer Regressforderung aus eigenem Recht klagt und die Verjährung dieser Forderung einer eigenen Regelung untersteht. Ein solcher Grundsatz stimmt mit den Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz und den Rückgriff des Privatversicherers[1159] überein und steht nicht im Widerspruch mit dem Eintritt der Person, die Rückgriff nimmt, in die Rechte des Opfers, denn die Subrogation verstärkt das Rückgriffsrecht und schliesst es nicht aus[1160]. Dies genügt, um von der Lösung Abstand zu nehmen, die das Bundesgericht früher vertrat[1161], später aber in Frage stellte[1162], wonach der dies a quo der (ordentlichen) Verjährung der Regressforderung mit demjenigen der Verjährung der Hauptforderung übereinstimmt. Daraus konnte folgen, dass die Forderung vor ihrer Fälligkeit verjährt und die Unterbrechung unmöglich war, weil die Forderung noch nicht bestand[1163]. Ebensowenig könnte man sich der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts anschliessen, wonach die ordentliche Verjährung des Rückgriffs am Tag zu laufen beginnt, an dem die betroffene Person von ihrem Rückgriffsrecht Kenntnis erhalten hat[1164]. Eine solche Lösung würde eine ungerechtfertigte Trennung zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung des Rückgriffs (Zeitpunkt, in dem das Opfer entschädigt wird) und dem Zeitpunkt, in dem die

---

1156 BGE 115 II 48 ff.

1157 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 292.

1158 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f.

1159 Vgl. vorne 2.6.4.4., 2.7.3.3.1., 2.7.4.3. und 2.7.4.4.2.

1160 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68 ff.

1161 BGE 55 II 123 f.

1162 BGE 89 II 123.

1163 Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 143; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40 f.

1164 BGE 115 II 48 ff.

Verjährung dieser Forderung beginnt (Zeitpunkt, in dem die berechtigte Person von ihrem Rückgriffsrecht erfährt) bewirken. Dies hätte zur Folge, dass die Verjährungsfrist ablaufen könnte, bevor die Forderung entstanden ist, so beispielsweise, wenn die geschädigte Person erst spät Ersatz für einen nicht umstrittenen Schaden verlangt und die belangte mithaftpflichtige Person weiss, dass sie auf andere Rückgriff nehmen kann[1165].

De lege ferenda schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, die heute geltende Regelung von Artikel 83 Absatz 3 SVG und 39 Absatz 3 RLG zu verallgemeinern. Dieser Vorschlag hat den Vorteil, ins gemeine Recht eine bewährte Lösung zu integrieren, die auf einem klaren und genauen Text beruht[1166] und in einheitlicher Weise die verschiedenen Fälle von Regressforderungen erfasst, in denen der Gläubiger eine mithaftpflichtige Person (nach Art. 53*c* Abs. 2 VE), ein Schadensversicherer (nach Art. 54*a* Abs. 1 VE) oder ein Haftpflichtversicherer (nach Art. 54*f* und 54*h* Abs. 2 VE) sein kann. Diese Lösung muss allerdings ergänzt werden, um die Interessen der Personen besser zu berücksichtigen, gegen die ein Rückgriff möglich ist. Zu diesem Zweck muss das Gesetz präzisieren, dass der Rückgriff ebenfalls der subsidiären Verjährung untersteht, aber auch, dass die vom Opfer belangte Person die Personen informieren muss, die sie für mithaftpflichtig hält.

Artikel 55*c* Absatz 1 VE legt den Grundsatz der Verjährung des Rückgriffs, fest und nennt die Bestimmungen des Obligationenrechts, auf die er anwendbar ist. Die Norm übernimmt das System der doppelten Frist nach Artikel 55 VE und berücksichtigt somit auch im Innenverhältnis den Sinn und Zweck der Verjährung und die Lage jeder Partei. Der erste Satz drückt aus, dass der Rückgriff drei Jahre nach dem Tag verjährt, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt wurde. Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Regelung von Artikel 130 Absatz 1 OR; der Zeitpunkt der Fälligkeit - und der Entstehung - der Regressforderung (und also auch des Beginns der ordentlichen Verjährung) wird aber in doppelter Hinsicht präzisiert: Einerseits dadurch, dass das Opfer vollständig entschädigt sein muss (massgebend ist das Datum der effektiven Zahlung und nicht des Gerichtsentscheids oder des Vergleichs)[1167], anderseits dadurch, dass die Rückgriff nehmende Partei den Beklagten kennen muss (was bedeutet, dass der dies a quo bei einer Mehrheit beteiligter mithaftpflichtiger Personen unterschiedlich sein kann). Erfolgt die Entschädigung in Form von Renten, so ist die Regel von Artikel 131 OR anwendbar, und es erscheint als unnötig, dies im Haftpflichtrecht zu wiederholen. Was die Frist anbetrifft, ist es angebracht, jene von Artikel 55 Absatz 1 VE zu übernehmen und so dem bereits heute anerkannten Grundsatz zu folgen[1168]. Selbst wenn die Regressforderung unabhängig von der Hauptforderung besteht, steht sie im Zusammenhang mit der letzteren, was eine systematische Harmonisierung rechtfertigt. Aus demselben

---

[1165] Vgl. zu diesem Punkt Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 41.

[1166] Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 147.

[1167] Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 5.2 zu Art. 83 SVG; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 291 f.

[1168] Vgl. Art. 83 Abs. 1 und 3 SVG, 39 Abs. 1 und 3 RLG. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 356; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 41. Zurückhaltend: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 143 zu Art. 51 OR.

Grund wird für die subsidiäre Verjährung dieselbe Frist vorgesehen wie für die Verjährung der Forderung des Opfers gegen die haftpflichtige Person, also eine Frist von 20 Jahren ab dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat (Art. 55*c* Abs. 1, 2. Satz VE). Die Lösung ist im Grundsatz bereits heute anerkannt. Sie entspricht der Natur der Verjährung: Die Person, die bei der Verursachung einer Schädigung mitbeteiligt ist - und gegebenenfalls ihre Erben - sollen nach einer leicht feststellbaren Frist sicher sein, dass gegen sie keine Rechtsansprüche geltend gemacht werden.

Bei der Anspruchskonkurrenz kann die Verteilung der Schuld unter den Mitschuldnern für denjenigen unter ihnen nachteilige Folgen haben, gegen den eine Regressforderung geltend gemacht wird. Zu denken ist insbesondere an den Verlust von Beweismitteln, die ihn ganz oder teilweise entlasten könnten. Aus diesem Grund hatte die Studienkommission vorgeschlagen, die vom Opfer belangte Person zu verpflichten, die allfälligen Mithaftpflichtigen zu informieren[1169]. Eine entsprechende Mitteilung würde diesen ermöglichen, sich von einem Anwalt beraten zu lassen, den Fall dem Versicherer zu melden, ihre Argumente rechtzeitig geltend zu machen und am Abschluss eines Vergleichs mitzuwirken. Dieser Vorschlag beruht auf der Vorstellung, dass die Mitschuldner eine Interessengemeinschaft bilden. Dies bedingt, dass jeder von ihnen nach Treu und Glauben handelt.

Nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE hat die Person, die - durch blosses Begehren oder durch gerichtliche Klage - auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird, dies denen anzuzeigen, die sie für mithaftpflichtig hält. Sie muss über ernsthafte Gründe - wenn auch keine Sicherheit - zur Annahme verfügen, dass andere Personen schadenersatzpflichtig sein könnten. Dies setzt voraus, dass diese Personen bekannt sind.

Die Sanktion bei Nichterfüllung der Obliegenheit von Artikel 55*c* Absatz 2 VE betrifft die ordentliche Verjährung des Rückgriffs: Diese wird nicht an dem in Artikel 55*c* Absatz 1 VE vorgesehenen Tag beginnen, sondern bereits am Tag, an dem die belangte Person nach Treu und Glauben die Anzeige hätte machen müssen. Diesbezüglich weichen die Verfasser des Vorentwurfs von der Lösung der Studienkommission ab, die bei mangelnder Anzeige auf die Frist für die Verjährung der Hauptforderung abstellen wollte. Diese Sanktion wäre aber zu hart für Personen, die keinen Anwalt oder keine Versicherung haben. Der Beginn der Verjährung nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE kann als vage erscheinen. Jedenfalls werden die Gerichte gut beraten sein, wenn sie die Bestimmung flexibel und in einer für den Rückgriffsgläubiger günstigen Weise anwenden.

2.9 Verfahren und Beweis (Art. 56 bis 56h VE)

2.9.1 Allgemeine Bemerkungen

Der grösste Teil der haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten wird durch Vergleich erledigt. In den übrigen Fällen kann die geschädigte Person ihren Schadenersatzanspruch durch Klage vor dem zuständigen staatlichen Gericht geltend machen, falls nicht vereinbart wurde, den Streit einem Schiedsgericht zu unterbreiten. Die Klage auf Schadenersatz ist eine persönliche Klage, und zwar je

---

[1169] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f.

nach verletztem Rechtsgut vermögensrechtlicher Natur oder nicht. Es handelt sich um eine Leistungsklage, die meistens auf einen Geldbetrag lautet. Sie ist insofern eine zivilrechtliche Klage, als sie in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Eine Ausnahme bildet der Fall, wo die geschädigte Person ihren Anspruch vor dem Strafrichter geltend macht, der über die strafbare Handlung der haftpflichtigen Person zu urteilen hat. Eine zweite Ausnahme ist die Schadenersatzklage gegen das Gemeinwesen gestützt auf öffentliches Recht des Bundes oder der Kantone im Sinne von Artikel 43*a* VE.

Normalerweise muss die klagende Partei ihr rechtliches Interesse und ihre Legitimation zur Schadenersatzklage begründen. Diese Voraussetzungen bestimmen sich - wie die Verwirkung und die Verjährung - nach dem materiellen Recht.

Die Ausübung des Klagerechts ist im Zivilprozessrecht normiert. Es handelt sich in der Regel um formelle, zwingende Bestimmungen, die die Gerichtsorganisation und den Geschäftsgang der Gerichte regeln und daher nach traditioneller Betrachtung zum öffentlichen Recht gehören[1170]. Artikel 64 Absatz 3 BV (vgl. Art. 122 Abs. 2 der revidierten BV) bestätigt die Zuständigkeit der Kantone auf diesem Gebiet. Dennoch - und selbst wenn die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf sich warten lässt - wird seit lange anerkannt, dass auch der Bund die Verfahrensbestimmungen erlassen kann, die zur tatsächlichen und einheitlichen Anwendung von Bundesprivatrecht notwendig sind[1171]. Man spricht manchmal von "droit public accessoire" oder vom formellen Zivilrecht. Es handelt sich immer um Bundesrecht, das - wie die übrigen Verfassungsgrundsätze in dieser Materie, insbesondere jene von Artikel 4 BV (vgl. Art. 8 der revidierten BV) und 59 BV (in der revidierten BV entfallen) - dem kantonalen Recht vorgeht. So dürfte ein Kanton nicht vorsehen, dass ein Prozess nach der Verhandlungsmaxime stattfindet, wenn eine Bestimmung des Bundesrechts, wie beispielsweise Artikel 56*c* VE, die Offizialmaxime vorschreibt[1172].

Im geltenden Recht regeln zahlreiche Bundesrechtsbestimmungen Verfahrensfragen. Dazu zählen im Haftpflichtrecht beispielsweise Artikel 42 Absatz 2 OR über den Beweis des Schadens und den richterlichen Ermessensspielraum, Artikel 84 SVG über den Gerichtsstand am Ort des Verkehrsunfalls und Artikel 27 KHG über Gerichtskosten und Parteientschädigungen im Prozess gegen den Inhaber einer Nuklearanlage. Den Vorschlägen der Studienkommission folgend erachten die Verfasser des Vorentwurfs es als notwendig, in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einige Verfahrensregeln einzuführen. Der grösste Teil dieser Regeln - einige davon haben in gewisser Hinsicht materielle Bedeutung - ist dem geltenden Bundesrecht bereits bekannt, sei es im gemeinen Recht, sei es in Spezialgesetzen; der Eingriff ins kantonale Recht wird dementsprechend gering sein. Es handelt sich in der Tat meistens um die Verallgemeinerung von Lösungen, die schon heute auf diesem oder jenem

---

[1170] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 8 zu Art. 64 BV; BGE 62 II 352.

[1171] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 37 ff. zu Art. 64 BV; Huber H., a.a.O. (Anm. 328), N 105 ff. zu Art. 6 ZGB; Saladin P., Bund und Kantone, ZSR 1984 II 504 ff.; Didisheim R., La notion de droit civil fédéral, Diss. iur. Lausanne 1973, S. 216 ff.; BGE 84 II 495, 107 III 116.

[1172] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 58 ff., 74 ff. zu Art. 64 BV; Huber H., a.a.O. (Anm. 328), N 47 zu Art. 6 ZGB; BGE 108 II 340.

Rechtsgebiet gelten. So definieren Artikel 56 und 56*a* VE den Gerichtsstand der Schadenersatz- und der Regressklage[1173]; Artikel 56*b* VE umschreibt das Verhältnis des Strafprozesses zum Zivilprozess[1174]; Artikel 56*c* und 56*d* VE regeln die Beweiswürdigung, die Beweiserhebung und die Beweislast[1175]; Artikel 56*e* VE legt den Grundsatz der Feststellungsklage fest[1176]; Artikel 56*f* und 56*g* VE regeln die Vorschüsse sowie die Gerichtskosten und die Parteientschädigung[1177], und Artikel 56*h* VE räumt dem Gericht die Zuständigkeit ein, die belangte Partei zu vorläufigen Zahlungen zu verurteilen[1178].

All diese Bestimmungen stehen irgendwie in einer engen Beziehung mit dem materiellen Haftpflichtrecht. Sie sind eine notwendige Voraussetzung seiner Durchsetzung und garantieren dessen einheitliche Anwendung in der ganzen Schweiz. Einige davon, wie jene über den Gerichtsstand oder die Beweise, erleichtern die Durchführung des Haftpflichtprozesses; andere verbessern die Lage der geschädigten Person, indem sie ihr beispielsweise eine Feststellungsklage zur Verfügung stellen oder einen Anspruch auf vorläufige Zahlungen gewähren. Die übrigen Fragen, insbesondere die Festlegung der zuständigen Behörden oder des einzuhaltenden Verfahrens, werden weiterhin vom kantonalen Prozessrecht geregelt.

2.9.2 Gerichtsstand (Art. 56 und 56a VE)

2.9.2.1 Einleitung

Das geltende Obligationenrecht enthält keine Bestimmung über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte bei haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten. Die Schadenersatzklage ist grundsätzlich nach kantonalem Recht am Ort des Wohnsitzes oder Sitzes der belangten Partei einzureichen. Bei Ansprüchen obligatorischer Natur garantiert Artikel 59 Absatz 1 BV (in der revidierten BV entfallen) dem zahlungsfähigen Schuldner diesen Gerichtsstand. Diese Garantie wirkt interkantonal, nicht aber innerhalb eines Kantons.

Zahlreich sind hingegen die Spezialgesetze, die einen besonderen Gerichtsstand für haftpflichtrechtliche Klagen vorsehen. In der Regel erklären sie den Richter am Ort der Begehung der unerlaubten Handlung für zuständig. Sie sind sowohl auf interkantonale wie auch auf innerkantonale Verhältnisse anwendbar[1179]. Mehrere Gesetze sehen alternative Gerichtsstände vor, und zwar das Gericht am Wohnsitz der belangten Partei oder das Gericht des Ortes, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist[1180]. Andere Gesetze sehen das *"forum*

[1173] Vgl. insbesondere Art. 84 SVG, 40 RLG, 67 LFG, 39 Abs. 1 BSG, 19 EHG, 24 Abs. 1 KHG; vgl. hinten 2.9.2.

[1174] Vgl. Art. 53 OR; vgl. hinten 2.9.3.

[1175] Vgl. Art. 42 Abs. 2 OR, 26 Abs. 1 KHG; vgl. hinten 2.9.4.

[1176] Vgl. insbesondere Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; vgl. hinten 2.9.5.

[1177] Vgl. Art. 27 KHG; vgl. hinten 2.9.6.

[1178] Vgl. Art. 28 KHG; vgl. hinten 2.9.7.

[1179] Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 207.

[1180] Vgl. Art. 19 EHG, 39 Abs. 1 BSG, 67 LFG, 40 RLG. Vgl. auch Art. 75 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente (SR 232.14), Art. 64

delicti commissi" als speziellen, als subsidiären[1181] oder als allgemeinen Gerichtsstand vor. Das letzte trifft bei Artikel 84 SVG zu, der den Richter am Unfallort für zuständig erklärt, aber die Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz einer der haftpflichtigen Personen oder am Sitz des Versicherers für den Fall vorbehält, dass alle Opfer zustimmen[1182]. Nach Artikel 28b ZGB kann die geschädigte Person am eigenen Wohnsitz oder am Wohnsitz der belangten Person klagen.

In Bezug auf internationale Verhältnisse sind zunächst die Artikel 129 ff. IPRG zu erwähnen, die Zuständigkeitsregeln für Klagen aus unerlaubter Handlung enthalten. Neben den Sonderbestimmungen über die Klagen bei Nuklearschäden (Art. 130 IPRG), die Klagen aufgrund eines unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer (Art. 131 IPRG) und die Klagen betreffend Immaterialgüterrechte (Art. 109 IPRG) sind folgende Bestimmungen zu nennen: Artikel 129 IPRG, der das Gericht am Wohnsitz des Beklagten für zuständig erklärt (Abs. 1) und für den Fall, dass ein Wohnsitz (oder ein gewöhnlicher Aufenthalt oder eine Niederlassung) in der Schweiz fehlt, als Gerichtsstand den Ort der Handlung oder des Erfolgs vorsieht (Abs. 2); Artikel 129 Absatz 3 IPRG, wonach die geschädigte Person bei jedem zuständigen Richter klagen kann, wenn mehrere Beklagte in der Schweiz belangt werden können und sich die Ansprüche im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Hinzuweisen ist noch auf das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, das am 16. September 1988 in Lugano unterzeichnet wurde[1183]. Es verankert den Grundsatz des alternativen Gerichtsstands, so dass das Opfer einer unerlaubten Handlung wahlweise das Gericht am Wohnsitz der belangten Partei (Art. 2) oder dasjenige am Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Art. 5 Ziff. 3), anrufen kann[1184]. Schliesslich sind die Bestimmungen internationaler Übereinkommen zu erwähnen, die besondere Bereiche, namentlich das Transportwesen[1185], regeln. Diese Bestimmungen sind heute vorbehalten und werden es weiterhin bleiben (Art. 44 VE).

Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1), Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11).

1181 Vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 UWG, 10 Abs. 2 und 3 KG.

1182 Vgl. auch Art. 24 Abs. 1 KHG.

1183 SR 0.275.11. Dieses Übereinkommen wurde von der Bundesversammlung am 14. Dezember 1990 genehmigt und ist für die Schweiz am 1. Januar 1992 in Kraft getreten. Das Protokoll Nr. 1 über bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsfragen sieht in Art. 1bis einen Vorbehalt für die Schweiz vor, dessen Wirkungen am 31. Dezember 1999 aufhören (AS 1991 III 2464).

1184 Vgl. BBl 1990 II 289 und 294 f. Für die Zuständigkeit in Versicherungssachen vgl. Art. 7 ff. des Übereinkommens.

1185 Art. 28 Abs. 1 des Abkommens vom 12. Oktober 1929 zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (BS 13 653); nach Art. 75 Abs. 1 LFG wurde diese Regelung vom Bundesrat auch auf den nationalen Verkehr anwendbar erklärt (vgl. Art. 12 Abs. 1 des Lufttransportreglements vom 3. Oktober 1952, SR 748.411). Art. 52 § 1 und 2 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen und Gepäck (CIV; vgl. AS 1985 522). Art. 56 § 1 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförde-

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts Lösungen vorsieht, die vom Grundsatz des ordentlichen Gerichtsstands am Wohnsitz der belangten Partei abweichen. Bereits heute wird anerkannt[1186], dass solche Abweichungen durchaus gerechtfertigt sind, weil sie eine einheitliche Anwendung des materiellen Rechts gewähren, insbesondere weil sie interkantonalen Kompetenzstreitigkeiten vorbeugen und den Besonderheiten der Schadenersatzklage Rechnung tragen. Zu diesem Zweck stellt der Vorentwurf in Artikel 45 und 46 eine doppelte Regel auf. Artikel 45 ist eine Grundsatzregel, die von vornherein alle Haftpflichtklagen, einschliesslich der Regressklagen, erfasst; Artikel 46 ist eine Sonderregel, die nur auf Klagen anwendbar ist, die gegen eine Mehrheit belangbarer Personen erhoben werden. Wie noch darzulegen sein wird, entsprechen diese Regeln dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Gerichtsstands, einem Grundsatz, der sich im Haftpflichtrecht aufdrängt.

2.9.2.2 Grundsatz (Art. 56 VE)

Im Allgemeinen, insbesondere im Privatrecht, kann die örtliche Zuständigkeit nach unterschiedlichen Kriterien festgelegt werden. Einige davon sind insofern subjektiv, als sie hauptsächlich dem Interesse der einen oder der anderen Partei Rechnung tragen, den Streit dem Gericht an einem der beiden Wohnsitze zu unterbreiten. Andere Kriterien sind objektiv und durch Überlegungen gerechtfertigt, die vor allem mit der Beweiserbringung und der Rechtssicherheit zusammenhängen. Andere Kriterien schliesslich sind doppelter Natur und ermöglichen die Festlegung eines alternativen Gerichtsstands.

Die Verfasser des Vorentwurfs sind überzeugt, dass im Haftpflichtrecht die örtliche Zuständigkeit nach einem objektiven Kriterium bestimmt werden muss, das den Ort der Begehung der unerlaubten Handlung berücksichtigt. Sie sind aber der Meinung, dass diese Lösung nicht ausschliesslich sein darf, sondern im Interesse der Opfer eine gewisse Flexibilität bieten muss, die allerdings die Klarheit der Regelung nicht in Frage stellen soll. Ausgehend von diesen zwei Anliegen sieht der Vorentwurf einen alternativen Gerichtsstand vor, und zwar einen allgemeinen am Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Art. 45 Abs. 1) sowie - für den Fall der Zustimmung aller geschädigten Personen, die noch Ansprüche geltend zu machen haben - einen speziellen Gerichtsstand am Wohnsitz einer der belangten Personen oder am Sitz eines der Versicherer (Art. 45 Abs. 2).

In Bezug auf den allgemeinen Gerichtsstand war die Studienkommission geneigt, die Regelung von Artikel 84 SVG zu übernehmen und zu verallgemeinern und dabei den Ort des Unfalls als angemessensten Gerichtsstand in diesen Fällen vorzusehen[1187]. Die Abklärung des Sachverhalts ist nämlich an diesem Ort am einfachsten; zudem beseitigt die Konzentration aller Schadenersatzkla-

---

rung von Gütern (CIM; vgl. AS 1985 545). Art. 31 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR; vgl. AS 1970 851).

[1186] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 37 zu Art. 59 BV

[1187] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.1, S. 138.

gen auf ein einziges Gericht das Risiko widersprüchlicher Entscheide. Die Verfasser des Vorentwurfs bestreiten die Berechtigung dieser Gründe keineswegs. Sie schlagen aber den Ort vor, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Die erwähnten Gründe gelten auch für diese Lösung. Sie erscheint zudem aus verschiedenen Überlegungen als geeigneter. Erstens ist sie bereits heute in einigen Spezialgesetzen verankert und entspricht der Regelung des internationalen Privatrechts (Art. 129 Abs. 2 IPRG) und des Lugano-Übereinkommens (Art. 5 Ziff. 3)[1188]; dadurch trägt sie zur Vereinheitlichung des im Schadenersatzrecht anwendbaren Systems bei. Zweitens erfasst dieses Kriterium den ganzen Geltungsbereich des Haftpflichtrechts, wie dies der Titel des Zweiten Abschnitts des Ersten Titels des OR gemäss Vorentwurf beweist. Artikel 56 Absatz 1 VE gilt nicht nur für den "Unfall"[1189], sondern für jedes Ereignis, das infolge einer Zurechnungsbestimmung einen Anspruch auf Schadenersatz begründen kann. Es kann sich auch um Betrug, unlauteren Wettbewerb, Ehrverletzung, die unzulässige Verwendung einer patentierten Erfindung oder um die aus der Einnahme eines fehlerhaften Produkts verursachte Krankheit handeln. Unter bestimmten Umständen und nach internationalrechtlicher Auslegung kann sich der Begriff des schädigenden Ereignisses sowohl auf die Handlung wie auch auf den Erfolg beziehen. Dies träfe beispielsweise bei der Verschmutzung eines Flusses zu, bei der die Ursache der Wasserkontaminierung und die von den Dritten erlittenen schädigenden Wirkungen auseinanderfallen. Gegebenenfalls werden diese Dritten am einen oder anderen Ort klagen können, und das zuerst angerufene Gericht wird ausschliesslich zuständig sein[1190].

Artikel 56 Absatz 1 VE wird auf die Schadenersatzklage des Opfers gegen die haftpflichtige Person oder ihren Versicherer, aber auch auf die Regressklage unter mithaftpflichtigen Personen anwendbar sein (Art. 53*c* Abs. 2 VE), und zwar auch auf die Regressklage des Schadensversicherers gegen die haftpflichtige Person (Art. 54*a* Abs. 1 VE) und des Haftpflichtversicherers gegen die mithaftpflichtigen Personen (Art. 54*f* VE), gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten (Art. 54*h* Abs. 2 VE)[1191].

Artikel 56 Absatz 1 VE legt einen einzigen Gerichtsstand am Ort fest, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dieser Gerichtsstand ist in dem Sinne allgemein, als seine Anwendbarkeit vermutet wird. Er ist aber insoweit nicht ausschliesslich, als das Gesetz Abweichungen vorsieht. Gerechtfertigt sind diese Abweichungen durch den internationalen Charakter des schädigenden Ereignisses (hier ist - wie in Art. 44 VE - daran zu erinnern, dass die internationalen Übereinkommen vorbehalten sind[1192]), durch die Art des Gerichts, vor dem

---

1188 Vgl. vorne 2.9.2.1.

1189 Der Begriff "Unfall" geht hier weiter als im Sozialversicherungsrecht, wo er bloss die schädigenden Einwirkungen auf den menschlichen Körper erfasst; vgl. Art. 9 Abs. 1 UVV (SR 832.202) und Art. 4 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 187 und vorne Anm. 874).

1190 Vgl. Die Botschaft des Bundesrats vom 21. Februar 1990 zum Lugano-Übereinkommen (BBl 1990 II 294 f. und die dortigen Hinweise). Zu bemerken ist, dass Art. 129 Abs. 2 IPRG ausdrücklich den Handlungs- und den Erfolgsort erwähnt; dasselbe ist im Urheberrecht vorgesehen (vgl. die Hinweise vorne, Anm. 1180).

1191 In diesem Sinne für Art. 84 SVG: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 789 ff.; anderer Meinung: Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 247, N 1528.

1192 Vgl. vorne 2.9.2.1.

die Schadenersatzklage geltend gemacht wird (man denke an die mit einem Strafprozess verbundene Zivilklage) oder durch die Besonderheit des Sachverhalts (beispielsweise wenn der Schaden vom Betrieb einer Nuklearanlage verursacht wurde)[1193]. Die Abweichungen von der allgemeinen Norm können aber auch durch das Interesse der Parteien - insbesondere der Opfer - gerechtfertigt sein, den Fall von einem anderen Gericht entscheiden zu lassen als von jenem am Ort des schädigenden Ereignisses. In diesem Sinne ist die Regelung von Artikel 56 Absatz 2 VE zu verstehen, die im wesentlichen jene des zweiten Satzes von Artikel 84 SVG übernimmt und einen besonderen, fakultativen Gerichtsstand festlegt.

Artikel 56 Absatz 2 VE sieht vor, dass die Klage auf Ersatzleistung auch beim Gericht am Wohnsitz einer der belangten Personen oder beim Gericht am Sitz eines der Versicherer - ob es sich um einen Schaden- oder um einen Haftpflichtversicherer handelt - angebracht werden kann, wenn alle geschädigten Personen, die noch Ansprüche geltend zu machen haben, zustimmen. Die von dieser Bestimmung gewährte Möglichkeit kann dem Opfer nützlich sein, wenn es denselben Wohnsitz hat wie eine der haftpflichtigen Personen oder wenn das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bereits an diesem Ort anhängig gemacht wurde. Bei einer Mehrheit möglicher Anspruchsberechtigter wird verlangt, dass die klagende Partei zum voraus die Zustimmung aller Personen eingeholt hat, die noch Ansprüche geltend zu machen haben; sonst geht sie das Risiko ein, dass als Vorfrage die Einrede mangelnder Zuständigkeit erhoben wird. Zu präzisieren ist weiter, dass die Person, die ihre Zustimmung zur Eröffnung eines Verfahrens an einem der besonderen Gerichtsstände von Artikel 56 Absatz 2 VE erteilt, an ihre Willenserklärung gebunden bleibt. Mit anderen Worten: Sie kann nicht mehr an einem anderen Gerichtsstand klagen. Wie dies bereits heute von Lehre und Rechtsprechung zu Artikel 84 SVG anerkannt wird, bezweckt diese kanalisierende Wirkung die Einhaltung des Grundsatzes der Einheit des Gerichtsstands[1194]. Bei der Anwendung von Artikel 56 Absatz 2 VE kann dieser Grundsatz dazu führen, dass eine der haftpflichtigen Personen sich an einem Gerichtsstand verteidigen muss, der weder derjenige am Ort des schädigenden Ereignisses noch derjenige an ihrem Wohnsitz oder Sitz ist.

Mit der Zustimmung aller beteiligten Personen und unter Vorbehalt des Prozessrechts sind Prorogations- und Schiedsklauseln zulässig, die einen anderen Gerichtsstand als jene nach Artikel 56 VE vorsehen[1195].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben Kenntnis vom kürzlichen bundesrätlichen Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Gerichtsstand, der für Klagen aus unerlaubter Handlung eine alternative Lösung nach dem Muster des Lugano-Übereinkommens vorsieht[1196]. Beim jetzigen Stand der verschiedenen hängi-

---

[1193] Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.2, S. 140.

[1194] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 803 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.6 zu Art. 84 SVG; BGE 113 II 356 ff.

[1195] Anderer Meinung: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 804.

[1196] Vgl. Art. 26 des Entwurfs des Bundesrats vom 18. November 1998 zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG), in BBl 1999 2827 ff., bes. 2884.

gen Gesetzgebungsarbeiten halten sie dennoch an ihrer Meinung fest, die den Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Person keineswegs ausschliesst, sondern mit einer allgemeinen Regel dem Ort den Vorrang gibt, in dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Sie sind nämlich der Auffassung, dass dieser Ort im Haftpflichtrecht insofern als natürlicher Gerichtsstand gelten kann, als das Ereignis, das den Schaden bewirkt, meistens lokalisiert ist und häufig zu straf- oder verwaltungsrechtlichen Untersuchungen oder Entscheiden führt, welche die Feststellung des Sachverhalts im Haftpflichtprozess erleichtern. Dies wird von den sehr zahlreichen Unfällen genügend bewiesen, die sich am Arbeitsplatz, im Strassenverkehr oder beim Immobilienbau ereignen. Die Verfasser des Vorentwurfs würden aber trotz dieser Überlegungen nicht entschieden dagegen opponieren, dass der im Lugano-Übereinkommen vorgesehene Grundsatz des rein alternativen Gerichtsstandes getreu ins Landesrecht übernommen würde.

2.9.2.3 Bei einer Mehrheit belangter Personen (Art. 56a VE)

Artikel 56*a* VE ist eine besondere Zuständigkeitsregelung. Er ergänzt Artikel 56 VE und will - wie dieser - den Grundsatz der Einheit des Gerichtsstands im Haftpflichtrecht verwirklichen. Die Norm ist nur auf Schadenersatzklagen und Regressklagen anwendbar, die - gleichzeitig oder sukzessive - gegen mehrere belangte Personen erhoben werden können, und zwar unter der Bedingung, dass sich diese Ansprüche im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen stützen. Gegebenenfalls hat das Verfahren vor dem nach Artikel 56 VE oder nach einem Spezialgesetz[1197] zuständigen Gericht zu erfolgen, und das zuerst angerufene Gericht erhält die ausschliessliche Zuständigkeit.

Die Regel von Artikel 56*a* VE ist im Immaterialgüterrecht[1198] und im internationalen Privatrecht[1199] bereits bekannt. Sie legt für die belangten Parteien einen Konnexitätsgerichtsstand fest und will bei Streitigkeiten, bei denen mehrere Personen beteiligt sind, die Eröffnung paralleler Prozesse verhindern. Zu diesem Zweck sieht die Bestimmung vor, dass der Gläubiger, der gegen mehrere Schuldner vorgehen will, diese vor demselben Gericht einklagen kann und muss. In einem solchen Fall müssen sich die beklagten Parteien die Zuständigkeit des (zuerst) angerufenen Gerichts entgegenhalten lassen[1200].

Auf dem Gebiet der Haftpflicht wird Artikel 56*a* VE dem Opfer, das sowohl gegen die haftpflichtige Person wie auch gegen ihren Versicherer vorgehen will, ermöglichen - es aber auch verpflichten -, dasselbe zuständige Gericht anzugehen, was ihm nützlich sein kann, wenn der Versicherer eine Einrede nach Artikel 54*c* VE geltend machen kann. Daraus folgt, dass die Klage gegen die

---

1197 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse, Zürich 1990, S. 33.

1198 Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente (SR 232.14); Art. 64 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1); Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11).

1199 Art. 129 Abs. 3 IPRG.

1200 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., a.a.O. (Anm. 1197), S. 34.

haftpflichtige Person nicht mehr am Ort wird eingereicht werden können, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist (im Sinne von Art. 56 Abs. 1 VE), und dass die Klage gegen den Versicherer nicht mehr am Ort seines Sitzes erhoben werden kann (im Sinne von Art. 56 Abs. 2 VE). Gegebenenfalls könnte die Einrede der mangelnden örtlichen Zuständigkeit geltend gemacht werden; die Frage nach der Rechtshängigkeit wird dann nach dem kantonalen Prozessrecht zu beantworten sein. Die Regelung wird daher bei einer Mehrheit mithaftpflichtiger Personen von Nutzen sein; sie sollte aber auch bei alternativer Kausalität wirksam sein, wo mehrere Personen in ein schädigendes Ereignis verwickelt werden können, das zeitlich in mehreren Phasen abläuft oder an verschiedenen Orten eintritt. Man denke beispielsweise an die Verschmutzung eines Flusses, in den mehrere chemische Unternehmen giftige Abfälle fliessen liessen.

Die Anwendung von Artikel 56*a* VE hängt von der Voraussetzung ab, dass die Ansprüche gegen die Personen, die belangt werden können, im wesentlichen auf denselben Tatsachen beruhen. Mit anderen Worten muss zwischen den Tatsachen, die die verschiedenen Ansprüche begründen, eine "genügende Konnexität"[1201] bestehen, und es ist unbeachtlich, ob diese Tatsachen das schädigende Ereignis oder sein Ergebnis betreffen. Die Voraussetzung wäre beispielsweise erfüllt, wenn die Betonplatte eines Gebäudes, an deren Bau ein Ingenieur, ein Architekt und ein Bauunternehmen mitgewirkt haben, einstürzen würde. Die Voraussetzung ist indessen nicht gegeben, wenn der Bauherr gegenüber dem Unternehmer einen Werkmangel und gegenüber dem Architekten eine Überschreitung des Voranschlags infolge Nichtberücksichtigung eines Postens geltend machen kann. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen genügenden Grund, in Artikel 56*a* VE die zusätzliche Voraussetzung von Artikel 129 Absatz 3 IPRG und der entsprechenden Bestimmungen des Immaterialgüterrechts zu übernehmen, wonach sich die Ansprüche der klagenden Partei im wesentlichen auch auf die "gleichen Rechtsgründe" stützen müssen. Eine solche Einschränkung lässt sich nicht begründen und der Zweck dieser Zuständigkeitsregel verlangt im Gegenteil die Festlegung eines möglichst breiten Anwendungsbereichs.

2.9.3 Verhältnis zum Strafverfahren (Art. 56b VE)

Dasselbe schuldhafte Verhalten stellt häufig sowohl eine strafbare Handlung wie auch einen zivilrechtlichen Haftungstatbestand dar. Strafrecht und Privatrecht beruhen auf unterschiedlichen Grundgedanken und haben unterschiedliche Ziele, zeichnen sich durch unterschiedliche Verfahrensregeln aus und führen zu unterschiedlichen Sanktionen, obwohl das Ereignis, das die beiden Klagen begründet, dasselbe ist[1202]. Ausgehend von dieser Feststellung haben die modernen Gesetzgeber den Grundsatz der Unabhängigkeit des Zivilrichters verankert, und zwar sowohl gegenüber dem Strafrecht wie auch gegenüber dem Strafgericht. Diesem Prinzip, das bereits im Obligationenrecht von 1881

[1201] Bucher A., Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse, in Le nouveau DIP suisse, Lausanne 1988, S. 110.

[1202] Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 436; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 571 f.; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621.

enthalten war und nun in Artikel 53 OR - freilich mit fraglicher Formulierung und Systematik - ausgedrückt wird, kommt grundsätzliche Bedeutung zu[1203].

Der Grundsatz der Unabhängigkeit vom Strafrecht ist in Artikel 53 Absatz 1 OR vorgesehen, wonach der Richter an die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit nicht gebunden ist. Die Regel ist zu eng gefasst. Sie bedeutet, dass das Gericht, bei dem eine haftpflichtrechtliche Klage hängig ist, frei entscheidet, ob die beklagte Person urteilsfähig war und ob sie ein Verschulden trifft; sie bedeutet aber auch, dass das Gericht frei prüft, ob ihr Verhalten in einem Kausalzusammenhang mit dem Schaden steht und widerrechtlich ist, zum Beispiel, ob Notlage oder Notwehr es rechtfertigte. Die *ratio legis* ist historisch. Im 19. Jahrhundert wollte die Bestimmung im wesentlichen das Privatrecht, dessen Vereinheitlichung im Gang war, vor den Strafgesetzen schützen, die in der Zuständigkeit der Kantone blieben, und zwar bis 1942. Indem er dem Zivilrichter vorschreibt, "sein" Recht anzuwenden und es autonom auszulegen, erinnert Artikel 53 Absatz 1 OR bloss an eine dogmatische Selbstverständlichkeit, die heute nicht mehr erwähnenswert ist[1204]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen daher vor, auf die Bestimmung zu verzichten.

In Bezug auf die Unabhängigkeit von der Strafgerichtsbarkeit fügt Artikel 53 Absatz 1 OR hinzu, dass der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder der Urteilsfähigkeit an einen Freispruch durch das Strafgericht nicht gebunden ist. Absatz 2 präzisiert, dass das Urteil des Strafgerichts den Zivilrichter auch nicht in Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens bindet. Diese Bestimmung drückt den Grundsatz der Unabhängigkeit nicht in allgemeiner Weise, sondern punktuell aus, insbesondere bezüglich der Schuld der haftpflichtigen Person. Was diese Punkte betrifft, kann daher ein rechtskräftiges Strafurteil keine zwingenden Wirkungen auf den zivilrechtlichen Entscheid haben, mag das Strafgericht freigesprochen oder verurteilt haben[1205]. Was die Punkte betrifft, die in Artikel 53 OR nicht ausdrücklich erwähnt sind - zu denken ist an die Tatsachenfeststellung und an die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen der Rechtswidrigkeit und der Kausalität - kann man nicht a contrario schliessen, dass das Zivilgericht ans Strafgericht gebunden ist. Dies trifft nur zu, wenn das kantonale Zivilprozessrecht es vorsieht[1206]. Wenige kantonale Gesetzgeber haben aber von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, und

---

1203 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 211; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 3, 10 bis 13 zu Art. 53 OR; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 625 ff.

1204 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 625 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 211.

1205 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 156; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; BGE 77 II 306; anderer Meinung: von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 437.

1206 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 156 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 3, 5 und 23 ff. zu Art. 53 OR; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 623 und 627 f.; BGE 107 II 158 f. (bei mangelnder kantonaler Regelung kann die Rechtsprechung annehmen, dass ein rechtskräftiges Strafurteil in Bezug auf die Feststellung der Tat als solcher und deren Widerrechtlichkeit für den Zivilrichter verbindlich ist). Gewisse Autoren äussern sich in differenzierterer Weise über diese Frage; so Guldener M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 384 f.

die heutige Tendenz geht - in der Schweiz wie im Ausland - in die Richtung der vollständigen Autonomie der beiden Gerichtsbarkeiten[1207].

Aus diesen Überlegungen sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts deutlich und ohne Einschränkungen die Unabhängigkeit des Zivilrichters vom Strafrichter verankern soll, obwohl sich die Studienkommission zu dieser Frage nicht äusserte. Die richterliche Freiheit bildet nämlich den Hauptgrundsatz jeder gerichtlichen Tätigkeit[1208], und sie darf nicht von vornherein durch die Rechtskraft eines gerichtlichen Entscheids eingeschränkt werden, der früher und in einem anderen Kontext gefällt wurde. Trotz anderslautender Meinungen[1209] drängt sich die Verankerung dieses Grundsatzes im Gesetz insofern auf, als er für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts nötig ist.

Inskünftig wird somit das Gericht, vor dem eine Schadenersatzklage hängig ist, frei sein, das Bundesrecht in totaler Unabhängigkeit anzuwenden. So soll es in keiner Weise mehr an ein früher gefälltes Strafurteil gebunden sein, und zwar weder an die Erwägungen betreffend den Sachverhalt und seine rechtliche Auslegung noch an das den Täter freisprechende oder verurteilende Dispositiv. In diesem Sinne ist Artikel 56b VE auf die Regel von Artikel 56c VE abgestimmt, wonach das Gericht den Sachverhalt frei würdigt und von Amtes wegen Beweise erheben kann[1210]. Daraus kann selbstverständlich nicht abgeleitet werden, dass das Strafverfahren überhaupt keinen Einfluss auf das Zivilgericht haben wird. Dieses wird - wie heute schon[1211] - die Feststellungen des Strafgerichts betreffend den Sachverhalt berücksichtigen oder gar übernehmen können, sei es den Augenschein eines Untersuchungsrichters, eine Zeugenaussage über den Verlauf eines Unfalls, ein ärztliche Gutachten über die Urteilsfähigkeit des Täters oder einen amtlichen Bericht betreffend die Mangelhaftigkeit eines Produkts. Wenn triftige Gründe vorliegen, kann das Zivilgericht selbstredend von diesen Feststellungen abweichen.

2.9.4 Beweis (Art. 56c und 56d VE)

2.9.4.1 Einleitung

Der gerichtliche Syllogismus besteht in der Anwendung einer Rechtsregel auf einen konkreten Sachverhalt[1212]. Er setzt voraus, dass der Richter vorgängig vom Sachverhalt Kenntnis nimmt. Zu diesem Zweck muss er mit Hilfe einer Reihe von Vorkehren und mit der Zusammenarbeit der Parteien zu einer bestimmten Darstellung der Prozesstatsachen gelangen, die er mit den Anwen-

---

1207 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 574; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621 und die dortigen Hinweise.

1208 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621; in diesem Sinne auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 zu Art. 53 OR.

1209 So von Büren B., a.a.O. (Anm. 51), S. 270.

1210 Vgl. hinten 2.9.4.

1211 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 29 und 35 zu Art. 53 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; BGE 101 Ia 356, 108 II 426.

1212 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 221.

dungsvoraussetzungen der Rechtsregel zu vergleichen hat. Die diesbezüglichen Verfahren bezwecken die Feststellung der Tatsachen und betreffen im wesentlichen den Beweis[1213].

Der Richter kennt das Recht und wendet es von Amtes wegen an *(iura novit curia)*; indessen ist er in der Regel bei der Feststellung des Sachverhalts wegen des herrschenden Grundsatzes der Verhandlungsmaxime weniger frei. Nach dieser Maxime obliegt es den Parteien, dem Gericht die Grundlagen seines Entscheids zu liefern. Ihnen steht es insbesondere zu, das Bestehen der relevanten und umstrittenen Tatsachen - mit Ausnahme der offenkundigen - darzulegen. Zwar wird diese Maxime auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts von gewissen kantonalen Verfahrensregeln und einigen Bundesbestimmungen (wie Art. 26 Abs. 1 KHG) abgeschwächt, die den Richter verpflichten, den massgebenden Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Je nach Fall ist die Untersuchungsmaxime (Offizialmaxime) aus Gründen des öffentlichen Interesses oder des Sozialschutzes einer Partei gerechtfertigt[1214].

Die Regeln über den Beweis gehören zum Verfahrensrecht und fallen somit - für die vor ihren Gerichten angehobenen Prozesse - in die Zuständigkeit der Kantone. Die Bundesgesetzgebung kennt aber auf diesem Gebiet Bestimmungen, die meistens eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts bezwekken[1215]. Zunächst sind die drei allgemeine Bestimmungen der Artikel 8 - 10 ZGB zu erwähnen. Artikel 8 ZGB behandelt die Beweislast in Bezug auf die Rechtsverhältnisse, die dem Bundesrecht unterstehen. Er legt den Grundsatz fest, dass mangels abweichender Gesetzesbestimmung (insbesondere mangels einer gesetzlichen Vermutung) jede Partei, die aus behaupteten Tatsachen Rechte ableitet, deren Vorhandensein zu beweisen hat. Die Partei, die die Tatsache behauptet, trägt die Folgen mangelnden Beweises, wenn die Tatsache nicht festgestellt wurde oder zweifelhaft bleibt[1216]. Artikel 9 ZGB ist eine gesetzliche Regelung, welche die Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden festlegt: Tatsachen, die in ihnen bezeugt sind, gelten als bewiesen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Artikel 10 ZGB schränkt die Möglichkeit des kantonalen Rechts ein, für die Beweisbarkeit von Rechtsgeschäften, die vom Bundesrecht erfasst sind, besondere Formen vorzuschreiben[1217].

Die meisten kantonalen Prozessordnungen verankern den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wenn auch einige von ihnen noch Spuren des Systems der gesetzlichen Beweise enthalten[1218]. Zudem schreiben zahlreiche Bestimmun-

---

[1213] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 222. Vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 223 N 1; Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 318.

[1214] Kummer M., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung (Art. 1 bis 10 ZGB), Bern 1966, I.1, N 10 ff. zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 224 ff.; Brönnimann J., Gedanken zur Untersuchungsmaxime, ZbJV 1990, S. 343 ff.

[1215] Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 48 zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 219 und 230.

[1216] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228; BGE 119 II 305 f.

[1217] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 263 f.

[1218] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 235 N 62 ff.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 100. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist auch im Bundesprozessrecht anerkannt, wenn

gen des Bundeszivilrechts dem Richter ausdrücklich vor, die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen. Besonders erwähnt seien hier Artikel 42 Absatz 2 OR, der auf den Schaden anwendbar ist[1219], sowie Artikel 20 EHG, 38 EleG, 86 SVG und 26 Absatz 1 KHG. In diesen Fällen ist das Gericht an die kantonalen Regeln, die die Beweismittel einschränken oder deren Beweiskraft bestimmen, nicht gebunden[1220].

Den Vorschlägen der Studienkommission[1221] folgend halten es die Verfasser des Vorentwurfs für angebracht, im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts den Grundsatz der freien Beweiswürdigung festzulegen (Art. 56*c* Abs. 1 VE). Sie gehen aber weiter, indem sie vorschlagen, dass das künftige Recht einerseits dem Gericht die Befugnis gibt, die für nötig erachteten Beweise von Amtes wegen zu erheben (Art. 56*c* Abs. 2 VE), und anderseits die Anforderungen bezüglich der Beweislast erleichtert (Art. 56*d* VE). Solche Regelungen sind für eine einheitliche Anwendung des materiellen Bundesrechts, mit dem sie in offensichtlichem Zusammenhang stehen, notwendig. Sie sollten zudem bei Klagen auf Schadenersatz eine wirksamere Prozessführung ermöglichen und die Rechtslage der geschädigten Person verbessern. Sie gehören zu den Zielen der vorgeschlagenen Revision.

2.9.4.2 Freie Beweiswürdigung und Beweiserhebung (Art. 56c VE)

Artikel 56*c* Absatz 1 VE legt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung oder, allgemeiner formuliert, der inneren Überzeugung fest. Die Bestimmung gibt dem Gericht die Befugnis, frei zu entscheiden, ob eine behauptete Tatsache vorliegt, ob sie anerkannt wurde, offensichtlich ist oder durch Beweise nachgewiesen wurde. Diese Befugnis bedeutet allerdings nicht Belieben: Vielmehr verpflichtet sie den Richter, seinen Entscheid zu begründen, wenn er ein bestimmtes Beweismittel, beispielsweise eine Zeugenaussage und nicht eine andere, anerkennt[1222]. In diesem Sinne ist die freie Beweiswürdigung des Richters die prozessuale Seite seiner Befugnis, Recht zu sprechen, und seiner Pflicht, es mit Sachkenntnis zu tun[1223]. Wie bereits hervorgehoben[1224], ist der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 1 VE heute in den Prozessordnungen weitgehend anerkannt, und er wird manchmal beim materiellen Recht verankert, wie dies bei Artikel 42 Absatz 2 OR oder 86 SVG der Fall ist. Auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts[1225] - und manchmal sogar darüber hinaus[1226] - wird ihm allgemeine

---

das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet; vgl. Art. 95 Abs. 2 OG und Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (SR 273).

1219 Vgl. hinten 2.9.4.3.

1220 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 227; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 24 zu Art. 8 ZGB; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 235 ff. N 62 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 86 SVG.

1221 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2, S. 142.

1222 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 321.

1223 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 497; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 70 zu Art. 8 ZGB.

1224 Vgl. vorne 2.9.4.1.

1225 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 498.

Tragweite zuerkannt. Schon vor mehreren Jahrzehnten hat das Bundesgericht anerkannt, dass in einem Schadenersatzprozess nur die freie Untersuchung und die freie Würdigung aller Umstände dem Richter ermöglicht, in Kenntnis der Sache zu entscheiden und so einen in jeder Hinsicht richtigen und gerechten Entscheid zu fällen[1227].

Der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 1 VE gibt dem Gericht die Befugnis, frei zu entscheiden, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht, ohne an diesbezügliche Verfahrensvorschriften gebunden zu sein. Mit anderen Worten darf das richterliche Ermessen nicht durch kantonale Gesetze eingeschränkt werden, die gesetzliche Beweise vorsehen[1228]. Insbesondere ist der Richter nicht an Regelungen gebunden, die die Beweismittel beschränken (indem sie beispielsweise den Aussagen einer Partei jeglichen Wert versagen oder gewisse Personen wegen Verwandtschaft mit einer Partei oder wegen ihres Alters als Zeugen ausschliessen). Das Gericht ist auch nicht an Regeln gebunden, die bestimmten Beweismitteln eine erhöhte Beweiskraft gewähren (zum Beispiel den Polizeiberichten oder den Aussagen vereidigter Personen)[1229]. Schliesslich kann der Richter auch die Haltung der Parteien berücksichtigen, insbesondere der beklagten, die zur Beweiserhebung beitragen muss[1230].

Im Zivilprozess obliegt es in der Regel den Parteien, dem Gericht die Entscheidungsgrundlagen zu liefern. Sie haben normalerweise die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel vorzuschlagen, die sie belegen. In kantonalen Zivilprozessordnungen - und selbst im Bundesprozessrecht - findet man dennoch Regelungen, die in Anwendung der Untersuchungsmaxime den Richter zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen verpflichten. Im Obligationenrecht ist dies namentlich beim Arbeitsvertrag (Art. 343 Abs. 4 OR) und beim Mietvertrag (Art. 274d Abs. 3 OR) vorgesehen; dasselbe gilt für Artikel 26 Abs. 1 KHG. Die ratio legis beruht je nach konkretem Fall auf Überlegungen des öffentlichen Interesses oder des Sozialschutzes einer der Prozessparteien[1231].

Die Studienkommission hat sich gefragt, ob die Untersuchungsmaxime auch auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts vorgeschrieben werden sollte. Als Vorteil eines solchen Systems hob sie insbesondere hervor, dass es das Opfer eines Schadens davon abhalten werde, ein Strafverfahren einzuleiten, das einzig die billige Beschaffung von Beweisen bezwecke. Auf der andern Seite betonte aber die Studienkommission, dass die Untersuchungsmaxime in der Praxis der Sozialversicherungen nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen geführt habe[1232]. Aus diesem Grund gab die Kommission einer differenzierten Lösung den Vorzug: Das Gericht kann bei Bedarf den massgebenden Sachverhalt von

---

1226 Für die Studienkommission, Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2, S. 142) hat der Grundsatz der freien Beweiswürdigung allgemeine Tragweite im Privatrecht; nach Gilliard (a.a.O., Anm. 32, S. 244) sollte er auf Verfassungsstufe verankert werden.

1227 BGE 54 II 196.

1228 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1220.

1229 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 86 SVG.

1230 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 322; BGE 119 II 306.

1231 Vgl. vorne 2.9.4.1. und die Hinweise in Anm. 1214.

1232 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.3, S. 142.

Amtes wegen abklären, ist aber nicht allgemein und absolut dazu verpflichtet. Diese Lösung ist zahlreichen kantonalen Zivilprozessordnungen bereits bekannt[1233]. In einem gewissen Sinne könnte man von einer fakultativen Untersuchungsmaxime sprechen: Bei der Feststellung des Sachverhalts ist die Prozessherrschaft zwischen dem Gericht und den Parteien verteilt; die Parteien befinden sich in einer Art "überwachter Freiheit"[1234].

Die Verfasser des Vorentwurfs stimmen diesem Vorschlag zu. Sie sind der Meinung, dass die Möglichkeit, aus eigener Initiative - aber selbstverständlich nicht willkürlich - die zur Streiterledigung notwendigen Untersuchungen durchzuführen, im Haftpflichtrecht geeignet ist, einen "richtigen und gerechten" Entscheid zu gewährleisten[1235]. Eine solche Zuständigkeit des Gerichts ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn die Suche nach der materiellen Wahrheit einem bedeutenden öffentlichen Interesse oder einem privaten Interesse, das eines besonderen Schutzes bedarf, dient. Dies trifft beispielsweise zu, wenn die Tatsache, die den Schaden verursacht hat, sich wiederholen kann, wenn mehrere Kläger oder Beklagten am Prozess beteiligt sind, wenn die Umwelt das verletzte Gut ist oder wenn das Opfer wegen seines körperlichen oder seelischen Zustandes zur Feststellung des Sachverhalts nicht beitragen kann. Dies trifft auch dann zu, wenn zu befürchten ist, dass entscheidende Beweismittel verschwinden.

In diesen Fällen muss das Gericht über eine Untersuchungsbefugnis verfügen, ohne an ein kantonales Gesetz gebunden zu sein, nach welchem das Verfahren in jedem Fall nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt werden müsste[1236]. Das Gericht muss insbesondere Stellungnahmen über einen bestimmten Punkt aus eigener Initiative verlangen können; auch soll es Beweismittel (zum Beispiel eine Zeugenaussage) beiziehen dürfen, die von den Parteien nicht beantragt wurden oder nach der Prozessordnung sogar verboten wären (wie möglicherweise eine auf Tonband aufgenommene Besprechung). Das Gericht soll auch ergänzende Beweise anordnen (beispielsweise die Aufnahme eines Polizeirapports) und von den Parteien eine aktive Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts verlangen dürfen (Zulassung des Richters zu einer vertraulichen Fabrikationseinheit des Herstellers/Beklagten). Der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 2 VE führt nicht dazu, dass Artikel 8 ZGB auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts ausgehöhlt wird. Trotz seiner Untersuchungsbefugnis wird nämlich das Gericht im Allgemeinen eine nicht bewiesene "Tatsache" nicht als bewiesen betrachten können. In diesem Fall wird die Folge des Nichtbeweises von der Partei getragen, die aus der Tatsache Rechte ableitet[1237].

1233 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 240 N 83.

1234 Habscheid W., Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genf 1981, S. 357.

1235 BGE 54 II 196, bereits zitiert.

1236 Vgl. Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 77 zu Art. 64 BV Vgl. auch vorne 2.9.1.

1237 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228 und 233.

2.9.4.3 Beweislast und Anscheinsbeweis (Art. 56d VE)

Artikel 56*d* VE regelt die Beweislast im Haftpflichtprozess. Die Bestimmung (Abs. 1) übernimmt die allgemeine Regelung von Artikel 8 ZGB und legt Beweisvermutungen fest, die die Beweislast erleichtern sollen (Abs. 2 und 3); diese Vermutungen sollten vor allem der klagenden Partei zugute kommen.

Nach Artikel 56*d* Absatz 1 VE sind Schaden und Ursachenzusammenhang von der Person zu beweisen, die Schadenersatz verlangt. In Anlehnung an den geltenden Artikel 42 Absatz 1 OR, der nur den Schaden erwähnt, bestätigt die Norm den Grundsatz von Artikel 8 ZGB. Sie auferlegt dem Opfer - will es nicht Gefahr laufen, dass seine Klage abgelehnt wird - den Beweis der Tatsachen, die der geltend gemachten Haftpflichtnorm zugrunde liegen[1238]. Das Opfer muss insbesondere das Bestehen eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem Zurechnungssachverhalt (das Verhalten der schädigenden Person bei der Verschuldenshaftung oder die Ausübung eine besonders gefährlichen Tätigkeit bei der Gefährdungshaftung) und dem Schaden beweisen. In der Regel wird ein strikter Beweis verlangt, und eine blosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht[1239].

Die geschädigte Person wird nicht nur das Vorliegen eines Schadens, sondern auch, wenn dies möglich ist, seine genaue Höhe beweisen müssen. Der Zeitpunkt der Berechnung ist jener des Vergleichs zwischen den Parteien oder des richterlichen Urteils, das noch über den Sachverhalt entscheiden kann[1240]. In Bezug auf den Ursachenzusammenhang muss das Opfer beweisen, dass der Zurechnungssachverhalt eine notwendige ("natürliche") Ursache des Schadens war, also dass er logisch und wissenschaftlich der belangten Person zuzurechnen ist. Es muss aber nicht beweisen, dass dieser Sachverhalt ihr auch rechtlich zuzurechnen ist. Die Frage nach der rechtlichen Kausalität ist nämlich eine Rechtsfrage, die ein Werturteil des Gerichts erheischt und daher nicht Gegenstand eines Beweises sein kann[1241]. Dasselbe gilt für die Rechtswidrigkeit und das Verschulden, die nicht bewiesen, sondern nur vom zuständigen Richter bejaht oder verneint werden können[1242].

Artikel 56*d* Absatz 1 VE regelt die Frage der Beweislast, indem er sich nur an die Partei richtet, die auf Schadenersatz klagt. Auf die belangte Partei, die sich von der Haftung befreien will, ist der Grundsatz von Artikel 8 ZGB ohne weiteres anwendbar. Zu diesem Zweck wird sie beispielsweise das Vorliegen einer rechtsvernichtenden Tatsache wie der Verjährung oder das Bestehen eines

---

1238 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 208 f.; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 228 N 33 f.; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 238 f.; BGE 119 II 305.

1239 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 226, N 24; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 499; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228 und 233.

1240 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 ff. zu Art. 42 OR.

1241 Widmer P., La responsabilité du fait des services. Essai de synthèse, Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques (Lausanne, 1993), Paris 1994, S. 174; Schweizer P., La preuve de la causalité, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genf 1990), Zürich 1991, S. 172 ff. Vgl. auch vorne 2.3.4.2. - 2.3.4.4.

1242 Widmer P., a.a.O. (Anm. 1241), S. 172; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 243 zu Art. 8 ZGB. Vgl. auch vorne 2.2.2.5 und 2.3.3.3.

Rechtfertigungsgrunds (im Sinne von Art. 46*a* VE), der die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung ausschliesst, oder eines Entlastungsgrunds (im Sinne von Art. 47*a* VE) nachweisen, der den auf den ersten Blick bejahten rechtlichen Ursachenzusammenhang zerstört[1243].

Unter gewissen Umständen ist es für die geschädigte Person schwierig, den Sachverhalt nachzuweisen, der ihre Schadenersatzklage begründet. Diese Schwierigkeit kann das schädigende Ereignis selbst betreffen, insbesondere den Beweis eines kausalen Zusammenhangs mit dem Schaden. Dies trifft beispielsweise zu, wenn die Abwicklung eines Unfalls nicht in jedem Detail bekannt ist[1244] oder wenn sich der Schaden aus dem Zusammenspiel physikalischer oder chemischer Wirkungen und natürlicher Faktoren ergibt[1245]. In diesen Fällen schwächt die Rechtsprechung die strikte Verteilung der Beweislast ab und begnügt sich mit einem *prima facie*-Beweis, also mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit[1246] oder gar mit einem Indizienbeweis[1247]; die blosse Möglichkeit genügt indessen nicht[1248]. Dieser Milderung wird von der Lehre zugestimmt[1249]. Sie ist von besonderer Bedeutung, wenn das schädigende Ereignis in einer Unterlassung besteht. Diesfalls muss der Richter den tatsächlichen Erfolg mit dem hypothetischen Erfolg vergleichen, also mit dem Erfolg, der aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre, wenn sich die belangte Person gesetzmässig verhalten hätte. Zu diesem Zweck stützt sich der Richter auf die allgemeine Lebenserfahrung[1250].

Beweisschwierigkeiten können auch in Bezug auf den Schaden bestehen. Diesbezüglich sieht Artikel 42 Absatz 2 OR vor, dass der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden vom Richter nach freiem Ermessen und unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung findet diese Bestimmung Anwendung, wenn für den Schaden - bezüglich seiner Höhe, aber auch seiner Existenz - die notwendigen Beweise fehlen oder wenn vom Opfer nicht verlangt werden kann, dass es sie erbringt, weil dies einen unannehmbaren Eingriff in seine Persönlichkeit (z.B. in sein Privatleben oder in seine Geschäftsgeheimnisse) bedeuten würde oder weil daraus überrissene

---

1243 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 240 f.; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 244 zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209.

1244 BGE 101 II 137: Strassenverkehrsunfall; BGE 90 II 232 f.: Unfall beim Gebrauch einer industriellen Ausschwingmaschine ohne nötige Sicherheitsvorrichtung.

1245 BGE 109 II 312: Fluorimmissionen aus einer Aluminiumfabrik, die Schäden an Aprikosenbäumen mitverursachen; BGE 119 Ib 342 f.: unterirdische Sondierungsarbeiten, die Risse an einem Damm verursachen.

1246 BGE 90 II 232 f.: "simple vraisemblance"; BGE 119 Ib 342: "probabilité convaincante"; BGE 113 Ib 424 und 107 II 430: "überwiegende Wahrscheinlichkeit".

1247 BGE 109 II 312.

1248 BGE 113 Ib 424, 119 Ib 342, 120 II 250 f.

1249 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 80 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 35 und 36; Kummer M. a.a.O. (Anm. 1214), N 211 zu Art. 8 ZGB; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 117 und 119 zu Art. 41 OR.

1250 BGE 115 II 447. Vgl. vorne 2.3.4.2.

Kosten entstehen würden[1251]. Dies trifft häufig bei künftigen Schäden zu, die infolge einer Tötung oder einer Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit, den Kredit, die Immaterialgüterrechte oder auf den wirtschaftlichen Wettbewerb eintreten[1252].

Den Vorschlägen der Studienkommission[1253] folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass die Regel über das Abschätzen des Schadens, dessen Betrag nicht genau beziffert werden kann, auch vom künftigen Recht übernommen werden soll (Art. 56*d* Abs. 2 VE). In Anlehnung an die Grundsätze der heutigen Rechtsprechung sind sie aber auch der Meinung, dass das Gesetz inskünftig einen allgemein formulierten Anscheinsbeweis festlegen soll, der die strenge Verteilung der Beweislast erleichtert[1254]. Diese Vermutung soll gelten, wenn der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht werden kann oder wenn der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden kann. In diesen Fällen erlaubt Artikel 56*d* Absatz 2 VE dem Gericht, sich mit einer "einleuchtenden Wahrscheinlichkeit" zu begnügen, gibt dem Gericht gleichzeitig aber auch die Befugnis, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen.

Artikel 56*d* Absatz 2 VE wird auf die in einem Haftpflichtprozess belangte Partei anzuwenden sein, die einen Befreiungsgrund - wie die Zustimmung oder das schwere Verschulden des Opfers - geltend macht, den sie nicht mit Sicherheit beweisen kann. Die Bestimmung sollte aber vor allem der klagenden Partei zugute kommen, die das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen, insbesondere von Schaden und Kausalzusammenhang, beweisen muss. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Bestimmung nicht vom Grundsatz der Verhandlungsmaxime abweicht, wie dies bereits heute für Artikel 42 Absatz 2 OR anerkannt wird[1255]. In der Regel wird somit die geschädigte Person, die sich auf Artikel 56*d* Absatz 2 VE beruft, im Rahmen des Möglichen nachweisen müssen, dass die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind, und unter Vorbehalt von Artikel 56*c* Absatz 2 VE dem Gericht die Sachverhaltselemente liefern müssen, die ihm eine Urteilsfällung ermöglichen[1256]. So sollte sie beispielsweise die Wahrscheinlichkeit darlegen, dass die erlittenen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit in der Regel gerade die teilweise Invalidität verursacht, die bei ihr eingetreten ist.

Das Gericht wird die Wahrscheinlichkeit der in Frage stehenden Tatsache nach der allgemeinen Lebenserfahrung abschätzen. Dies bedeutet, dass es von Fall zu Fall den Grad der Wahrscheinlichkeit bestimmen wird[1257]. Unter gewissen

---

1251 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 176; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 47 zu Art. 42 OR; BGE 81 II 55, 95 II 501, 97 II 218.

1252 Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 zu Art. 42 OR und Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.4.3. zu Art. 86 SVG.

1253 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 143 ff.

1254 Zum Begriff der tatsächlichen Vermutungen (praesumptiones hominis) vgl. Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 232 ff. N 50 ff.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 425.

1255 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 176 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 33; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 52 zu Art. 42 OR.

1256 Vgl. vorne 2.9.4.2.

1257 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 323.

Umständen wird es seinen Entscheid allein auf Indizien stützen dürfen, wenn diese genug aussagekräftig sind. So kann die Tatsache, dass ein Werk oder ein Produkt die Gesundheit der klagenden Partei verletzt hat, einen ernsthaften Anhaltspunkt für eine Mangelhaftigkeit des Werkes oder des Produktes sein, welche die Haftung des Eigentümers (im Sinne von Art. 58 OR oder 61 VE) oder des Herstellers (im Sinne von Art. 1 PrHG) begründet[1258]. In allen Fällen verlangt das Kriterium der Wahrscheinlichkeit, dass sich die fragliche Tatsache mit einleuchtender Wahrscheinlichkeit ereignen konnte oder bestehen kann. Dies bedeutet, dass sich das Gericht - wie im geltenden Recht[1259] - nicht mit der blossen Möglichkeit begnügen darf; denn es würde sonst das Risiko eines willkürlichen Entscheids eingehen und die Rechtssicherheit gefährden.

Die Regel von Artikel 56*d* Absatz 2 VE dürfte vor allem beim Kausalitätsbeweis wirksam werden. Kann nämlich die der belangten Person zuzurechnende Tatsache nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden, aber scheint ihre Rolle im Ursachenzusammenhang wahrscheinlich genug, so wird das Gesetz das Gericht ausdrücklich ermächtigen, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen. Dies bedeutet, dass das Gericht auf diesem Gebiet nicht unbedingt nach einer der absoluten Alternativen "alles oder nichts" entscheiden muss, sondern auch eine teilweise Haftung bejahen kann. Letztlich ist der Zweck dieser Bestimmung mit jenem des geltenden Artikels 43 Absatz 1 OR verwandt, wonach der Richter den Schadenersatz nach den Umständen und der Grösse des Verschuldens bestimmt[1260].

Artikel 56*d* Absatz 2 VE wird zweifellos die befriedigende Beantwortung komplexer Fragen ermöglichen, die sich bei der hypothetischen, insbesondere bei der alternativen Kausalität stellen. In diesen Fällen werden heute die Folgen mangelnden Beweises in der Regel vom Opfer getragen, weil die Kausalität für jede beklagte Person individuell geprüft wird[1261]. Mit anderen Worten schadet das Vorhandensein mehrerer "möglicher haftpflichtiger Personen" dem Opfer, was ungerecht scheint[1262]. Um dies zu korrigieren, wird eine ausdehnende Anwendung der Bestimmungen über die Solidarität vorgeschlagen, wie sie nach § 830 Absatz 1, 2. Satz, BGB möglich ist[1263]. Die Verfasser des Vorentwurfs ziehen es vor, wenn das Gesetz selbst unter bestimmten Umständen die Beweislast erleichtert und dem Gericht einen Ermessensspielraum gibt, der eine befriedigende Lösung des Einzelfalls ermöglicht. So kann das Gericht beispielsweise im Fall, wo zwei chemische Betriebe als Verursacher der Verunreinigung eines Flusses in Frage kommen und wo nicht festgestellt werden kann, welcher von ihnen tatsächlich giftige Abfälle in den Fluss eingeleitet hat, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen und, wenn eindeutige

---

1258 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 246, und die dort angegebenen Beispiele aus der Rechtsprechung. Vgl. auch BGE 120 II 250 f.

1259 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1248.

1260 Widmer P., a.a.O. (Anm. 1241), S. 176 f.

1261 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 82; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 39; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 145 zu Art. 41 OR.

1262 Guillod O./Leuba A., Causalité alternative et responsabilité du fait des produits: un pour tout, tous pour un, Revue européenne de droit privé, 1994, S. 454.

1263 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 82 Anm. 27; vgl. auch BGE 42 II 474 f.

Anhaltspunkte fehlen, jeden der belangten Betriebe zur Leistung einer halben Entschädigung an die Opfer zu verurteilen[1264]. Ist dasselbe mangelhafte Produkt von mehreren Unternehmen hergestellt worden und weiss man nicht, welches von ihnen die Gesundheit der klagenden Partei verletzt hat, so soll das Gericht die Ersatzleistung im Verhältnis zum Marktanteil jedes beklagten Unternehmens bestimmen können, wie es zwei amerikanische Gerichtshöfe beim berühmten Fall DES bereits getan haben[1265].

Die Zuständigkeit des Gerichts, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, könnte auch dann zum Tragen können, wenn zwischen dem fraglichen Grund der Haftung und der Häufigkeit der Schäden ein statistisch nachgewiesener Ursachenzusammenhang besteht, ohne dass es im konkreten Fall möglich ist, die Verursachung festzustellen. Führt beispielsweise eine radioaktive Strahlung auf einem Gebiet zu einer Erhöhung der Krebskrankheiten von 20 %, scheint es nicht ungerecht, dass die belangte Nuklearanlage die Opfer, bei denen sich in der kritischen Zeit ein Krebs entwickelt hat, in diesem Verhältnis entschädigt[1266]. Dieselbe Argumentation kann auch in Bezug auf die ärztliche Haftung angewandt werden, wenn der Patient infolge einer Operation stirbt, die zwar risikoreich war, bei der aber der Arzt schuldhaft seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. In einem solchen Fall soll der Richter frei sein, die Ersatzleistung nach dem sogenannten Grundsatz der "Verlust einer Chance", wie er im französischen und im angelsächsischen Recht entwickelt wurde[1267], zuzusprechen.

Nach dem Wortlaut von Artikel 56*d* Absatz 3 VE wird der Schadensbetrag vom Gericht mit Rücksicht auf die Umstände und den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgeschätzt, wenn er nicht genau beziffert werden kann. Die Bestimmung übernimmt fast wortwörtlich die Beweisregel des geltenden Artikels 42 Absatz 2 OR, auf den vorne kurz eingegangen wurde[1268]. Sie gibt dem Richter einen Ermessensspielraum für den Fall, dass der strikte Beweis des Schadensbetrags nicht erbracht werden kann, insbesondere bei dauernden Schäden. Das Opfer

---

1264 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144.

1265 Sindell v. Abott Laboratories, 607 P. 2d 924 (Cal. 1980): Ersatz im Verhältnis zum Markanteil; Martin v. Abott Laboratories, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984): Ersatz gleich wie Marktanteil. In einem ähnlichen Fall hat das oberste niederländische Gericht auf vollständige Solidarhaftung erkannt (Entscheid vom 9. Oktober 1992, X und Streitgenossen c/ Bayer Nederland B.V. und Brocacef B.V.); man könnte sich auch eine Solidarhaftung vorstellen, die auf die Marktanteile der beklagten Unternehmungen beschränkt ist. Zu diesen Fragen vgl. Guillod O./Leuba A., a.a.O. (Anm. 1262), S. 458 ff. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144.

1266 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144 f. Vgl. auch Keller A., Haftpflichtrecht - Quo vadis, ZSR 1994, S. 339.

1267 Guillod O., Le consentement éclairé du patient, Neuenburg 1986, S. 83; Stark E.W., Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genf 1990), Zürich 1991, S. 101 ff.; Weir T., Loss of a chance - compensable in tort? The Common law, in Colloque (vorzitiert), S. 111 ff.; Chabas F., La perte d'une chance en droit français, in Colloque (vorzitiert), S. 131 ff.; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144. Vgl. auch den Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 17. November 1988, SJZ 1989, S. 119 ff.

1268 Vgl. vorne und die Hinweise in Anm. 1251 und 1252.

muss aber weiterhin dem Gericht die tatsächlichen Elemente und die Indizien liefern, die ihm eine Meinungsbildung ermöglichen[1269].

Artikel 42 Absatz 2 OR weist auf "die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen" hin. Der Sinn dieses Hinweises ist heute Gegenstand von Diskussionen. Brehm bemerkt zu Recht, dass dieses Element nicht bei der Berechnung des Schadens, sondern bei der Bemessung der Ersatzleistung zu berücksichtigen ist[1270]. Artikel 52 Absatz 1 VE erwähnt es ausdrücklich[1271]

2.9.5 Feststellungsanspruch (Art. 56e VE)

Ein Schaden ist zu ersetzen, wenn er sicher ist, also wenn die Ersatzforderung liquid ist (sie steht grundsätzlich fest und ihre Höhe ist abschätzbar). Für den gegenwärtigen Schaden, der im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids bereits eingetreten ist, trifft dies stets zu (wenn das Verfahrensrecht es erlaubt, kann der Richter auch neue Tatsachen berücksichtigen). Dies trifft in der Regel auch für den künftigen Schaden zu, sofern er als wahrscheinliche und nicht bloss hypothetische Folge eines aktuellen Zustandes erscheint. Für diesen Fall hat die Rechtsprechung den Grundsatz der nicht hinausgeschobenen und definitiven Bestimmung des Schadens entwickelt[1272]. Diese Rechtsprechung wurde allgemein und namentlich bei dauernder Invalidität von Kindern als zu starr kritisiert[1273]. Die Bestimmung, die es dem Richter in diesen Fällen erlaubt, eine Änderung seines Entscheids vorzubehalten (Art. 46 Abs. 2 OR), hat sich in der Praxis als unwirksam erwiesen und sollte inskünftig aufgehoben werden[1274].

Es gibt Umstände, unter denen die Wirkungen der Schädigung sich mit der Zeit verändern. Man denke beispielsweise an gewisse, in der Regel schwere Einwirkungen auf die körperliche oder geistige Integrität, die Umwelt oder den Wettbewerb. In diesen Fällen ist es dem Opfer häufig unmöglich, den gesamte erlittenen Schaden abzuschätzen und eine endgültige Schadenersatzforderung gegen die haftpflichtige Person geltend zu machen. Die Ungewissheit wird zur Rechtsunsicherheit, wenn die Haftung der belangten Person grundsätzlich bestritten werden kann oder bestritten wird. Es besteht dann die Gefahr, dass Beweismittel verschwinden oder dass die Schadenersatzforderung trotz Verlängerung der diesbezüglichen Fristen verjährt[1275]. Um diese verhängnisvolle Situation zu beseitigen, wird das Opfer je nach dem konkreten Fall mehrere partielle Schadenersatzklagen erheben können oder eine Feststellungsklage, welcher, wenn sie gutgeheissen wird, ein - gerichtliches oder aussergerichtliches - Schadenersatzbegehren folgen wird.

1269 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210; BGE 97 II 218.

1270 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 f. zu Art. 42 OR.

1271 Vgl. vorne 2.5.2.

1272 BGE 86 II 45 ff., 95 II 262 f.

1273 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222, FN 297; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 167 ff. und die dortigen Hinweise.

1274 Vgl. vorne 2.3.2.2.3.

1275 Vgl. vorne 2.8.4.1.4

Im Haftpflichtrecht wird anerkannt, dass die geschädigte Person eine auf die sicheren Schadensposten beschränkte Teilklage erheben kann (mit der Folge, dass die Verjährung nur für den geltend gemachten Betrag unterbrochen wird)[1276]. Der Grundsatz hat übrigens allgemeine Tragweite. Die Posten müssen allerdings in der Klageschrift klar bestimmt werden, wie dies das Zürcher Obergericht neulich entschieden hat[1277]. Dies gilt, wenn das Opfer schwerer Körperverletzungen seine Klage auf den Ersatz der Behandlungskosten beschränkt und sich vorbehält, später die noch ungewissen Folgen einer dauernden Arbeitsunfähigkeit geltend zu machen. Nach der Mehrheit der Lehre muss ein solcher Vorbehalt im Urteilsdispositiv enthalten sein, weil sonst das Risiko besteht, dass der späteren Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten wird.

Im oben geschilderten Fall kann die geschädigte Person auch eine Feststellungsklage erheben. Diese Klage dient ganz allgemein dazu, vom Gericht das Bestehen (oder das Nichtbestehen) eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen. Sie ist seit langer Zeit von Lehre und Rechtsprechung anerkannt und in zahlreichen Sonderbestimmungen vorgesehen, die zum Teil zum Verfahrensrecht (Art. 25 BZP und manche kantonale Gesetze), zum Teil dem materiellen Recht (der Persönlichkeit, Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 und 29 Abs. 1 ZGB; des geistigen Eigentums, Art. 74 PatG und 61 URG; des Wettbewerbs, Art. 9 Abs. 1 Bst. c UWG und Art. 8 Abs. 1 Bst. a KG) gehören[1278]. Die allgemeine Feststellungsklage kann in allen Fällen erhoben werden, in denen sie für die Anwendung des Bundesprivatrechts nötig ist; ihre Zulässigkeit ergibt sich ausschliesslich aus dem Bundesrecht[1279]. Sie setzt ein "erhebliches"- rechtliches oder tatsächliches - Interesse voraus. Diese Voraussetzung ist in der Regel nicht erfüllt, wenn die klagende Partei Geldansprüche geltend machen kann[1280]. Dieser Grundsatz wurde allerdings von der Rechtsprechung relativiert. Sie lässt die Feststellungsklage selbst dann zu, wenn zwar eine Leistungsklage möglich ist, aber das geltend gemachte Recht bestritten oder ungewiss ist oder wenn die Erfüllung künftiger Leistungen allein von der Feststellung dieses Rechts abhängt[1281]. Diese Voraussetzungen gelten auch im Haftpflichtrecht, wenn der Schaden nicht beziffert werden kann und wenn die Haftung grundsätzlich bestritten wird oder das Opfer seine Leistungsklage provisorisch auf einen Teil des Schadens beschränken muss, weil es seine übrigen Forderungen nicht abschätzen kann[1282]. Trotz dieser Öffnung bleibt das Bundesgericht

---

1276 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 151 zu Art. 46 OR; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 173; Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 192, Anm. 4; SJZ 1963, S. 58, Nr. 18; SJZ 1965, S. 138, Nr. 77.

1277 Plädoyer, 2/95, S. 59 f.

1278 Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 776 ff.; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 171 N 20 und S. 172 N 24.

1279 BGE 92 II 108, 110 II 354 ff. Vgl. auch Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 207.

1280 BGE 96 II 131, 110 II 357, 120 II 22.

1281 BGE 84 II 692, 96 II 131, 97 II 375 f. Vgl. auch Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 209 f.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 245.

1282 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 15; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 149 zu Art. 46 OR; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 173; BGE 99 II 174, 114 II 255.

sehr streng bei der Beurteilung des Interesses der geschädigten Person, auf Feststellung zu klagen. Vor einigen Jahren hat es wiederholt, dass der Richter solche Begehren ablehnen muss - und dass das Opfer somit eine Schadenersatzklage erheben muss -, selbst wenn sich die Folgen einer Körperverletzung noch verändern können und der Schaden nicht mit Sicherheit geschätzt werden kann[1283].

Es ist bedauerlich, dass die Praxis der allgemeinen Feststellungsklage eine so enge Rolle gewährt, namentlich im Haftpflichtrecht. In keineswegs ausserordentlichen Fällen, insbesondere bei schweren und langdauernden Einwirkungen auf die körperliche Integrität einer Person, den Wettbewerb oder die Umwelt kann diese Klage nämlich mehrere Vorteile bieten, die von verschiedenen Autoren hervorgehoben wurden[1284]. Zum einen gibt sie die Möglichkeit, einen Entscheid über das Bestehen des strittigen Rechtsverhältnisses zu erlangen, auf den später, wenn der Schaden beziffert werden kann, eine Schadenersatzforderung gestützt werden kann. Dies gibt der geschädigten Person insbesondere insofern Sicherheit, als die Beweismittel gewahrt bleiben. Weiter braucht das Opfer bei der Feststellungsklage nicht den Schaden und die Höhe des Schadenersatzes zu bestimmen; es muss infolgedessen seine Geldforderungen nicht zu hoch ansetzen, wenn die Lage noch unsicher oder hypothetisch ist. Dadurch werden unverhältnismässige Gerichtskosten und -gebühren gespart. Zudem unterbricht die Feststellungsklage die Verjährung der Forderung, die sie für einen unbestimmten Betrag feststellen lassen will[1285]. Schliesslich kann die Feststellungsklage unter bestimmten Umständen zur Beseitigung einer bestehenden Einwirkung oder zur Vermeidung einer künftigen führen.

Diese Überlegungen führen die Verfasser des Vorentwurfs - wie früher schon die Studienkommission[1286] - dazu, die Einführung einer formell neuen Bestimmung vorzuschlagen, die der geschädigten Person ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, ihren Anspruch auf Schadenersatz gerichtlich feststellen zu lassen. Die Einführung einer solchen Regelung im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ist dadurch gerechtfertigt, dass auf diesem Gebiet der Streit nicht selten nur die Grundsatzfrage betrifft, ob eine Entschädigungsverpflichtung besteht, wobei die Entwicklung des Schadens noch ungewiss ist[1287]. In diesem Fall soll das Gesetz dem Opfer ermöglichen - wie dies Artikel 56e VE vorsieht -, einen Feststellungsentscheid zu erwirken. Dies setzt allerdings voraus, dass zwei klar formulierte Voraussetzungen erfüllt sind: Die Haftung muss ganz oder teilweise umstritten sein, und es muss unmöglich sein, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen. Sind diese Bedingungen erfüllt, braucht die klagende Partei nicht mehr zu beweisen, dass sie ein erhebliches Interesse an der vorzeitigen Feststellung ihres Schadenersatzanspruchs hat, wie dies die strenge

---

1283 BGE 114 II 255 ff.

1284 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1282.

1285 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 818; von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 227; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 7.5 zu Art. 86 SVG; BGE 119 II 340; ZR 1966, S. 269.

1286 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.5, S. 146.

1287 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 195.

Rechtsprechung heute verlangt. Das Vorliegen eines solchen Interesses wird unwiderlegbar vermutet.

Man könnte sich fragen, ob Artikel 28 Absatz 1 Ziff. 3 ZGB nicht die Funktion erfüllen kann, die die Verfasser des Vorentwurfs dem Artikel 56*e* VE zuweisen. Artikel 28 Absatz 1 Ziff. 3 ZGB hat aber einen unterschiedlichen und beschränkteren Anwendungsbereich als Artikel 56*e* VE, denn er gilt nur für die Klagen auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung und nicht für jede Einwirkung, die eine Entschädigungspflicht begründet. Es ist noch zu bemerken, dass Artikel 56*e* VE erlauben wird, auf Artikel 46 Absatz 2 OR zu verzichten, wonach das Gericht während einer Verwirkungsfrist von zwei Jahren die Revision des Entscheids vorbehalten darf, wenn es nicht mit genügender Sicherheit die Folgen von Körperverletzungen bestimmen kann. Wie bereits erwähnt, hat sich diese Regelung als unpassend und praktisch unwirksam erwiesen[1288].

Die Verfasser des Vorentwurfs dehnen zwar die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Haftpflichtrecht leicht aus, sind aber dennoch überzeugt, dass diese Klage im Verhältnis zur Leistungsklage subsidiär bleiben soll. Es bestünde sonst die Gefahr, dass die Gerichte zu einer Art Rechtsberater würden[1289]. Um dies zu vermeiden, setzt die Anwendung von Artikel 56*e* VE die Erfüllung zweier Voraussetzungen voraus. Zum einen muss die klagende Partei nachweisen, dass die belangte Person ihre Haftpflicht ganz oder teilweise bestreitet. So muss die klagende Partei den Beweis - oder zumindest den Wahrscheinlichkeitsbeweis im Sinne von Artikel 56*d* Absatz 2 VE - erbringen, dass die Haftungsvoraussetzungen (eine der belangten Person zuzurechnende Schädigung, ein Ursachenzusammenhang mit dem Schaden und das Bestehen - aber nicht die Höhe - eines Schadens) gegeben sind. Zum zweiten muss die klagende Partei beweisen, dass es ihr zur Zeit nicht möglich ist, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen. Die Anwendbarkeit von Artikel 56*e* VE setzt somit voraus, dass der vom Opfer erlittene Schaden sich weiter entwickelt, was beispielsweise zutrifft, wenn die Sehkraft des Opfers einer schweren Kopfverletzung allmählich sinkt oder wenn ein chemisch verschmutztes Biotop zunehmend verdirbt. Von diesen Fällen zu unterscheiden ist derjenige von Artikel 56*d* Absatz 3 VE (der den geltenden Art. 42 Abs. 2 OR übernimmt), wo der Schaden endgültig eingetreten ist, seine genaue Höhe aber nicht festgestellt werden kann (beispielsweise beim Diebstahl eines Kunstgegenstandes)[1290]. Zu unterscheiden ist auch der Fall, wo nach einem rechtskräftig gewordenen Gerichtsentscheid ein Novum die Eröffnung eines Revisionsprozesses ermöglicht[1291].

Mit ihrem Rechtsbegehren wird die geschädigte Person ihren Schadenersatzanspruch als Ganzes feststellen lassen; sie kann sich nicht auf eine einzige Tatsache oder auf eine einzige Haftungsvoraussetzung (beispielsweise den rechtlichen Ursachenzusammenhang) beschränken[1292]. Die Klage kann jeder-

---

[1288] Vgl. vorne 2.3.2.2.3.

[1289] Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 209.

[1290] Vgl. vorne 2.9.4.3.

[1291] Vgl. Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 174 und die dortigen Hinweise.

[1292] Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 208; Kantonsgericht Freiburg 1954, S.166.

zeit erhoben werden; in der Regel wird sie nur eingereicht werden, wenn die Verjährungs- oder Verwirkungsfrist der Klage auf Leistung von Schadenersatz nicht abgelaufen ist. Sie wird die von der Rechtsprechung anerkannte allgemeine Feststellungsklage[1293] überflüssig machen. Indessen hat sie keine Auswirkung auf die Möglichkeit der vom Opfer als haftpflichtig bezeichneten Person, unter den in der Praxis verlangten Voraussetzungen eine negative Feststellungsklage zu erheben[1294]. Diese Klage setzt ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens des fraglichen Rechtsverhältnisses, also des Nichtbestehens der vom Opfer geltend gemachten Forderung voraus. In Anbetracht der in Frage stehenden Interessen und entsprechend der geltenden Regelung im Persönlichkeitsrecht[1295] halten es die Verfasser des Vorentwurfs nicht für angebracht, diese Möglichkeit im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ausdrücklich vorzusehen.

Der Entscheid auf Feststellung des Schadenersatzanspruchs kann nicht vollstreckt werden, weil er - mit Ausnahme des Teiles des Dispositivs, der Gerichtskosten und -gebühren betrifft - keine Verpflichtung der beklagten Partei enthält[1296]. Er kann aber zu einem späteren Zeitpunkt den Weg zu einer Leistungsklage auf Schadenersatz ebnen, bei welcher der geschädigten Person die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengehalten werden kann.

2.9.6 Kosten und Entschädigungen (Art. 56f und 56g VE)

2.9.6.1 Geltendes Recht

Zivilprozesse verursachen dem Staat und den Parteien Kosten. Mit den Gerichtskosten im engeren Sinn, d.h. den eigentlichen Gebühren und den Auslagen[1297], wird der Prozess - teilweise - finanziert. Sie sind dem Staat geschuldet und können während des Prozesses als Vorschüsse verlangt werden. Sie unterscheiden sich von den Kosten, die von den Parteien getragen werden, um ihre Rechte vor dem Gericht zu verteidigen, hauptsächlich für die Vertretung durch einen Anwalt. Diese werden in der Regel Entschädigungen genannt und können eine Forderung zugunsten der einen oder der anderen der Parteien begründen.

Nach geltendem Recht werden die Festsetzung und die Verteilung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen ausschliesslich vom Prozessrecht - des Bundes (insbesondere durch die Art. 149 bis 160 OG) oder der Kantone[1298] - geregelt. Diese Regelungen sind bei weitem nicht einheitlich; daraus können dennoch einige allgemeine Grundsätze abgeleitet werden. In Bezug auf die

---

1293 Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 786.

1294 BGE 110 II 355, 120 II 22 ff.

1295 Tercier, a.a.O. (Anm. 393), N 781 ff., insbesondere 789.

1296 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 211.

1297 Schaad P., Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, in Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts/Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse, in Unification de la procédure civile, Basel 1969, S. 74 und 181.

1298 BGE 117 II 396 und die dortige Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung. Vgl. auch Stein P., a.a.O. (Anm. 434), S. 643 f.

Gerichtskosten sehen die meisten Zivilprozessordnungen vor, dass jede Partei - aber vor allem die klagende Partei - Vorschüsse und, wenn nötig, Sicherheiten leisten muss; unterbleiben diese Leistungen, wird der Prozess gelähmt oder die Klage als zurückgezogen betrachtet[1299]. Die Kosten werden vom Gericht endgültig festgesetzt, und zwar aufgrund eines Tarifs, der von der Wichtigkeit des Verfahrens ausgeht, aber die Berücksichtigung anderer Elemente - Streitwert, Tragweite und Schwere des Prozesses, Vorgehensweise und finanzielle Lage der Parteien (Art. 153a Abs. 1 OG) - ermöglicht. Die Gerichtskosten werden in der Regel von der unterlegenen Partei getragen und unter den Parteien verhältnismässig verteilt, wenn keine von ihnen voll obsiegt hat (Art. 156 Abs. 1 und 3 OG)[1300]. Auf die Entschädigungen werden ähnliche Grundsätze angewandt: Hat keine Partei den Prozess ganz gewonnen, so muss in der Regel jede Partei die andere in dem Ausmass entschädigen, in dem sie verloren hat; die gegenseitigen Forderungen werden sodann im Ausmass des niedrigeren Betrags verrechnet (Art. 159 Abs. 2 und 3 OG)[1301].

Die Grundsätze des Zivilprozessrechts, die die Festsetzung und die Verteilung von Kosten und Entschädigungen regeln, geben zu Diskussionen Anlass, und zwar sowohl bei allgemeiner Betrachtung wie auch in Bezug auf ihre Anwendung auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts. Kritisiert wird vor allem das Kriterium des Obsiegens im Prozess, weil seine Anwendung zu unbilligen Ergebnissen führen kann. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn die obsiegende Partei unnötige Kosten verursacht hat oder wenn die unterlegene Partei gutgläubig prozessiert hat. Zahlreiche Zivilprozessordnungen erlauben denn auch bereits heute dem Gericht, solche Umstände zu berücksichtigen und von einer strikten Anwendung des Prinzips abzusehen, wonach Kosten und Entschädigungen im Verhältnis zur Gutheissung und Ablehnung der Rechtsbegehren der Parteien verteilt werden[1302].

Eine flexible Regelung dieser Fragen drängt sich vor allem für Haftpflichtprozesse auf. Diese Prozesse dauern nämlich oft lange Zeit, weil der Entscheid häufig von den Ergebnissen eines Gutachtens, vom Inhalt eines Strafurteils oder von der Verfügung einer Sozialversicherung über die Gewährung von Leistungen abhängt. In diesen Fällen bleiben die Parteien im Ungewissen, und dies um so mehr, als viele Fragen auf diesem Gebiet dem richterlichen Ermessen überlassen sind. Eine sehr kleine Abweichung bei der Beurteilung der dauernden Invalidität des Opfers oder des Verschuldens oder des dem Opfer zuzurechnenden charakteristischen Risikos kann zu erheblichen Unterschieden zwischen den Rechtsbegehren der Parteien und dem richterlichen Entscheid führen. Häufig muss die geschädigte Person ihre Geldforderung in gutem Glauben überschätzen, besonders wenn die genaue Höhe des Schadens nicht beziffert werden kann. Daraus folgt, dass sie den Prozess zwar oft bezüglich des Grundsatzes der Haftung der Gegenpartei gewinnt, bezüglich des verlangten

---

[1299] Vgl. zum Beispiel Art. 150 f. OG. Vgl. auch Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 75 f. und 182 f.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 297; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 263 N 31 f.

[1300] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 262 N 24 f.; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 74 und 181; vgl. zum Beispiel auch § 64 Abs. 2 der Zürcher Zivilprozessordnung.

[1301] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 264 N 35; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 77 und 184.

[1302] Vgl. zum Beispiel Art. 156 Abs. 3 und 6 und Art. 159 Abs. 3 und 5 OG; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 296; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 74 und 181.

Betrags aber verliert, mit der ungerechten Folge, dass sie einen Teil der Verfahrenskosten tragen und der haftpflichtigen Person eine Entschädigung leisten muss. Deshalb vertreten mehrere Autoren die Meinung, dass bei diesen Prozessen das Gericht in diesem Punkt nicht ans Kriterium des Obsiegens gebunden sei, sondern auch die Umstände berücksichtigen könne, die zum Streit geführt haben (Veranlassungsprinzip)[1303]. Dieses Prinzip ist in einem gewissen Ausmass bereits heute in Zivilprozessordnungen vorgesehen[1304]. Es wurde namentlich von Gerichten angewandt, die eine Haftungsklage zu beurteilen hatten, wenn die - schwer zu beziffernde - Höhe der Forderung nur ein bisschen zu hoch war[1305] oder wenn sich die haftpflichtige Person zu Unrecht der Schadenersatzforderung oder einem Vergleichsangebot des Opfers widersetzt hatte[1306].

Aufgrund dieser Überlegungen führen die Verfasser des Vorentwurfs - im Sinne eines Vorschlags der Studienkommission[1307] - in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eine Regelung der Gerichtskosten und Parteientschädigungen ein. Von der Regelung ausgenommen sind die Kosten, welche die geschädigte Person ausserhalb des Prozesses auf sich genommen hat, um ihre Forderung geltend zu machen, und welche nach Artikel 45*f* Absatz 2 VE als Schadensposten zu ersetzen sind[1308]. Diese Neuregelung ist durch die bereits hervorgehobenen Besonderheiten der Haftpflichtprozesse und durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, dem Gericht sowohl für die Verteilung der Kostenvorschüsse (Art. 56*f* VE) wie auch für die definitive Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56*g* VE) einen weiten Ermessensspielraum einzuräumen. Die neuen Bestimmungen wollen verhindern, dass die Tragung der Gerichtskosten (im weiten Sinne) den Schuldner davon abhält, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen. Dabei geht es klarerweise vor allem um den Schutz des Opfers. Ziel der Artikel 56*f* und 56*g* VE ist somit, zu vermeiden, dass die Bestimmungen über den Schadenersatz wegen der Entscheide über die Gerichtskosten gewissermassen unwirksam werden. In diesem Sinne sind beide Bestimmungen für die Durchsetzung des materiellen Haftpflichtrechts nötig, dessen einheitliche Anwendung in der ganzen Schweiz sie bezwecken.

1303 Bucher E., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrechts : wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II 293; Stein P., a.a.O. (Anm. 434), S. 658 f.; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), N 966. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1, S. 147.

1304 Vgl. Art. 156 Abs. 3 und 6 und 159 Abs. 3 und 5 OG; vgl. auch § 64 Abs. 3 der Zürcher Zivilprozessordnung, der den Fall ausdrücklich regelt, wo die klagende Partei ihre Forderung nicht beziffern kann und wo ihr Begehren grundsätzlich gutgeheissen wird; vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 262 N 26.

1305 SJ 1942, S. 133.

1306 RVJ/ZWR 1986, S. 374 f.; BGE 112 Ib 333.

1307 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1, S. 146 ff.

1308 Vgl. vorne 2.3.2.4.

2.9.6.2 Kostenvorschüsse (Art. 56f VE)

Bringt die Beweisführung Kosten mit sich, so kann das Gericht nach Artikel 56*f* VE die erforderlichen Vorschüsse auf beide Parteien verteilen, wobei es namentlich die Triftigkeit ihrer Vorbringen und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt. Diese Regelung wird in den - von den meisten Zivilprozessordnungen vorgesehenen - Fällen gelten, in denen das Gericht von der Partei, die Kosten verursacht, zu Beginn oder während des Prozesses Vorschüsse verlangen kann. In der Regel können diese von der klagenden Partei, also in Haftpflichtprozessen vom Opfer verlangt werden. Die Bestimmung bezieht sich auf die von der Beweisführung verursachten Kosten, nicht auf andere Verfahrenskosten wie die *cautio judicatum solvi*, die von einer zahlungsunfähigen oder im Ausland wohnhaften Partei verlangt werden kann[1309]. Zweck der Regelung ist es nämlich, dass die Kosten für die Beweisführung eine Person nicht von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte abhalten sollen, namentlich die Kosten für ein Gutachten, wie dies zum Beispiel bei Umweltkatastrophen, bei einer schweren Verletzung der körperlichen Integrität, von Immaterialgüterrechten oder des Wettbewerbs der Fall sein könnte. Unter diesem Gesichtspunkt sollte die Regelung auch dann angewendet werden, wenn das Gericht aufgrund seiner gesetzlichen Möglichkeiten (Art. 56*c* Abs. 2 VE) von Amtes wegen die erforderlichen Beweise erhebt[1310].

Artikel 56*f* VE ermächtigt das Gericht, die erforderlichen Kostenvorschüsse auf die Parteien zu verteilen. Zu diesem Zweck wird das Gericht die Prozessumstände berücksichtigen, namentlich die Triftigkeit der Vorbringen der Parteien (dieses Element will unvernünftige oder missbräuchliche Beweisbegehren vermeiden) und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse (dieses Element berücksichtigt, dass die beklagte Partei oft eine Versicherung ist)[1311]. Nichts ändert das Gericht daran, andere Umstände zu berücksichtigen, wie das Verhalten der Parteien während des Prozesses, insbesondere das allfällige störrische oder verzögernde Verhalten der beklagten Partei.

2.9.6.3 Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56g VE)

Gemäss Artikel 56*g* VE setzt das Gericht die Gerichtskosten und die Parteientschädigungen nach Massgabe der Umstände fest, die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben, ohne an die Regel gebunden zu sein, wonach das Obsiegen im Prozess entscheidend ist. Die Bestimmung gewährt dem Gericht einen Ermessensspielraum bei der Berechnung und der Verteilung der mit dem Haftpflichtprozess verbundenen Gerichtskosten und Parteientschädigungen. Ihr Zweck wurde bereits früher beschrieben[1312]; er entspricht in gewisse Hinsicht dem Zweck von Artikel 45*f* Absatz 2 VE betreffend den Ersatz aussergerichtli-

---

[1309] Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 298.

[1310] Zu dieser heute umstrittenen Frage vgl. Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 263 N 32 und BGE 109 II 195 ff.

[1311] Art. 27 KHG ermöglicht dem Richter bereits heute, bei der Festlegung von Kosten und Entschädigungen diesen Umstand zu berücksichtigen.

[1312] Vgl. vorne 2.9.6.1.

cher Kosten, die der geschädigten Person im Rahmen von Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche entstanden sind[1313].

Der klare Wortlaut von Artikel 56*g* VE verbietet dem Gericht, sich an Zivilprozessordnungen gebunden zu fühlen, die bei diesen Fragen das Obsiegen im Prozess als entscheidend bezeichnen. In weitergehender und flexiblerer Weise gibt ihm die Regel die Möglichkeit, die Gesamtheit der Umstände zu berücksichtigen, die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben. Zur Festsetzung und Verteilung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen muss das Gericht somit viele Umstände berücksichtigen: den Anteil der Haftung, welcher der beklagten Person zuzurechnen ist; die wirtschaftliche Lage der Parteien; die Schwierigkeit oder gar die Unmöglichkeit des Opfers, seinen Schaden zu beziffern; die Gründe, die das Opfer hatte, die beklagte Partei als haftpflichtig zu betrachten und einen Prozess gegen sie zu beginnen und fortzusetzen; das Verhalten der Parteien vor und während des Verfahrens, insbesondere wenn sich die beklagte Partei offensichtlich zu Unrecht der Schadenersatzforderung widersetzte oder wenn sie durch Verwendung verzögernder oder überflüssiger Mittel unnötige Kosten verursacht hat.

2.9.7 Vorläufige Zahlungen (Art. 56h VE)

Unabhängig davon, ob haftpflichtrechtliche Streitigkeiten im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ausgetragen werden oder nicht, brauchen sie nicht selten lange Zeit bis zur Erledigung. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Schaden wegen seiner Natur, seiner Schwere oder seiner Entwicklung nicht leicht abgeschätzt werden kann, was bei Einwirkungen auf die persönliche Unversehrtheit, den Wettbewerb oder die Umwelt vorkommt. In diesen Fällen hängt die Streiterledigung häufig von den Ergebnissen eines oder mehrerer Gutachten, aber auch von einem Strafurteil oder vom Entscheid einer Sozialversicherung ab, eine Rente zu gewähren. So muss die geschädigte Person manchmal Jahre warten, bis sie von der haftpflichtigen Person entschädigt wird. Die Folgen können für das Opfer dramatisch sein, wenn es keine Leistung einer Privat- oder einer Sozialversicherung erhält.

Der Gesetzgeber hat hie und da dieses Problem berücksichtigt, so im Familienrecht (Art. 281 Abs. 2 und 283 ZGB) und in den Gesetzen, die eine Form von Schadenersatz vorsehen. Artikel 15 OHG[1314] - eine vom Bundesrat als unerlässlich betrachtete Bestimmung[1315] - ermöglicht beispielsweise die Leistung eines Vorschusses an das Opfer, wenn dieses sofortige finanzielle Hilfe benötigt. Auch Artikel 77 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts sieht ein System von Leistungsvorschüssen für den Fall vor, dass Sozialversicherungen über ihre Leistungspflicht streiten[1316]. Artikel 28 KHG ermächtigt das Gericht, dem Opfer Vorschüsse zuzusprechen, die den definitiven Entscheid nicht präjudizieren, wenn anzunehmen ist, dass das Gerichtsverfahren eine gewisse Zeit dauert. Diese Bestim-

---

[1313] Vgl. vorne 2.3.2.4.

[1314] Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, SR 312.5.

[1315] BBl 1990 II 992; für einen Anwendungsfall vgl. BGE 121 II 116.

[1316] BBl 1991 II 206.

mung ist die einzige dieser Art im Haftpflichtrecht. Im Übrigen kann das Gericht nach konstanter Praxis in einem Haftpflichtprozess keine vorläufigen Zahlungen anordnen. Eine kantonale Verfahrensregel, die solche Zahlungen zuliesse, wäre bundesrechtswidrig[1317]. Es kommt gewiss vor, dass Haftpflichtversicherer aufgrund einer provisorischen Entschädigungsvereinbarung Vorschüsse leisten[1318], was allerdings mit gewissen Risiken verbunden ist. Sie können nämlich einen höheren Betrag als die definitiv festgesetzte Entschädigung bezahlen, und sie können später gegenüber einem Versicherer regresspflichtig werden, der in die Rechte des Opfers eingetreten ist (falls er nicht zum voraus in der Höhe des Vorschusses auf den Rückgriff verzichtet hat). Bei allgemeiner Betrachtung erweist sich die Lage als unbefriedigend, und die praktischen Lösungen für diese Situation erscheinen als unsicher.

Den Anregungen der Studienkommission[1319] folgend, die sich auf die Lehre stützte[1320], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs die Einführung einer allgemeinen Regel vor, die sich an bestehende Lösungen anlehnt. Zu diesem Zweck erlaubt Artikel 56*h* VE dem Gericht, die belangte Partei - die als haftpflichtig bezeichnete Person oder ihren Versicherer - zu vorläufigen Zahlungen ans Opfer zu verpflichten, die den endgültigen Entscheid nicht präjudizieren. Dem Gericht steht ein Ermessensspielraum zu, der ihm ermöglicht, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Es wird insbesondere abklären, ob die materiellen Voraussetzungen für die Anwendung der Norm erfüllt sind. Zum einen muss die geschädigte Person die Berechtigung ihres Anspruchs glaubhaft gemacht haben, nötigenfalls unter Heranziehung der Bestimmungen, die den Beweis erleichtern (Art. 56*d* VE)[1321]. Diese Voraussetzung ist ohne weiteres gegeben - was im Gesetz nicht gesagt zu werden braucht -, wenn die Haftpflicht der belangten Person von dieser selbst anerkannt oder vom Gericht festgestellt wird (Art. 56*e* VE). Zum zweiten muss die geschädigte Person bewiesen haben, dass ihre wirtschaftlichen Verhältnisse eine vorläufige Zahlung rechtfertigen, was namentlich dann zutreffen dürfte, wenn sie von keiner Privat- oder Sozialversicherung Leistungen erhält, die die Folgen der Schädigung decken, und wenn sie kein Einkommen oder Vermögen hat, das die Schwere ihrer Situation lindern könnte (oder wenn man nicht verlangen kann, dass sie ihr Vermögen antastet, z.B. dass sie das bescheidene Familienhaus verkauft). Sowohl in Bezug auf den Grundsatzentscheid, eine vorläufige Zahlung anzuordnen, wie auch in Bezug auf Höhe und Zahlungsmodalitäten des Vorschusses wird das Gericht verschiedene Umstände berücksichtigen. Sie betreffen sowohl die geschädigte Person (z.B. ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt oder die Tatsache, dass sie Opfer eines unlauteren Wettbewerbs war, oder die Dauer der Wirkungen der schädigenden Handlung) wie auch die belangte Person (z.B. ihre finanziellen Möglichkeiten und ihr Verhalten während des Verfahrens). Es darf

---

1317 BGE 74 II 51 ff., 86 II 295; SJ 1980, S. 346. Vgl. auch Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.8 zu Art. 86 SVG; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210.

1318 Stark E.W., Revision des Strassenverkehrsgesetzes, SJZ 1969, S. 22.

1319 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7, S. 149.

1320 Bussy A., Responsabilité civile automobile XXII, SJK 921a, S. 15 f.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 1318), S. 22; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210.

1321 Vgl. vorne 2.9.4.3.

angenommen werden, dass vorläufige Zahlungen an das Opfer zur Beschleunigung der Streiterledigungen beitragen werden.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte die Regelung von Artikel 56*h* VE befürchten lassen, dass sich die belangte Person, die zur Bezahlung verurteilt wird, bevor sie alle ihre Argumente geltend machen konnte, in einer ungünstigen oder gar nachteiligen Lage befindet. Es muss aber betont werden, dass die vorläufigen Zahlungen auf keinen Fall dem endgültigen Entscheid vorgreifen dürfen, was im Gesetzestext zu Handen des Gerichts ausdrücklich festgehalten ist. Sollte sich dennoch in wirklichen Ausnahmefällen ergeben, dass der Betrag der Vorschüsse denjenigen des dem Opfer letztlich zustehenden Schadenersatzes übersteigt, so kann die haftpflichtige Person selbstredend nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) das zu viel Bezahlte zurückverlangen. Dennoch könnte die Anwendung von Artikel 56*h* VE problematisch sein, wenn die geschädigte Person im Genuss der Leistungen einer Sozialversicherung ist. In einem solchen Fall tritt der Sozialversicherer mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses in die Rechte der versicherten Person ein[1322]. Die vom Opfer belangte Person, die diesem freiwillig oder aufgrund eines sie dazu verpflichtenden Gerichtsentscheids Vorschüsse leistet, könnte mit gutem Grund befürchten, ein zweites Mal bezahlen zu müssen, wenn der Versicherer seine Regressansprüche geltend macht. Dies bedeutet, dass Artikel 56*h* VE nur dann korrekt funktioniert, wenn die Koordination zwischen Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht sichergestellt ist. Die Studienkommission hat den Gesetzgebungsbehörden, die einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ausarbeiten, diesbezügliche Vorschläge unterbreitet[1323].

Die Studienkommission hatte die Möglichkeit erwogen, im Rahmen der Revision den Staat - analog zu Artikel 293 Absatz 2 ZGB - zu verpflichten, die Leistung von Vorschüssen für den Fall zu regeln, dass die belangte Person ihre Schulden nicht bezahlen kann[1324]. Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf die Einführung einer solchen Regel. Sie berücksichtigen dabei zum einen, dass die vom Opfer belangte Person in den meisten Fällen ein Versicherer, also ein von vorneherein zahlungsfähiger Schuldner ist. Zum zweiten sind sie der Meinung, dass eine solche Verpflichtung zur Sozialpolitik gehört und im Haftpflichtrecht keinen Platz hat, selbst wenn dieses Recht die Interessen des Opfers besser schützen will. Es kommt hinzu, dass öffentlich-rechtliche Regelungen wie diejenigen des Sozialversicherungsrechts oder über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) bereits heute - wenn auch unter strengen Voraussetzungen und häufig in beschränktem Ausmass - erlauben, die wirtschaftlichen Folgen einer Einwirkung auf die körperliche oder geistige Integrität kurzfristig zu mildern.

[1322] Vgl. Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 IVG, 67 MVG, 79 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

[1323] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.2, S. 171 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.2.5.5.

[1324] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7, S. 150.

2.10 Haftungsbeschränkende Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE)

2.10.1 Einleitung

Grundsätzlich und in Anbetracht der wesentlichen Funktion des Haftpflichtrechts[1325] muss der Schadenersatzanspruch des Opfers durch zwingende Bestimmungen garantiert sein. Die Vertragsfreiheit muss auf diesem Gebiet *a priori* auf ein sozial vertretbares Mass beschränkt werden, will man verhindern, dass die geschädigte Person je nach den Umständen versucht ist, auf ihre Ansprüche gegen Dritten zu verzichten, oder tatsächlich darauf verzichtet und somit zivilrechtlich stets im Abseits bleibt.

Seit mehr als einem Jahrhundert hat der Gesetzgeber durch allgemeine oder besondere Normen die Parteiautonomie auf diesem Gebiet mit Bestimmtheit eingeschränkt. Ohne die allgemeinen Schranken des gemeinen Rechts zu erwähnen, erinnert Oftinger[1326] daran, dass bereits eines der ersten Spezialgesetze - das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb von 1881/1887[1327] - Beschränkungen der Haftungs- und der Entschädigungsklauseln enthielt. Andere sektorielle Bestimmungen sind in den späteren Jahrzehnten hinzugekommen.

In Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Studienkommission erachten es die Verfasser des Vorentwurfs für unerlässlich, dass die Artikel 41 ff. OR eine spezielle Regelung dieser Fragen enthalten. Diese Regelung erfasst zwei Arten von Vereinbarungen, die für das Opfer nachteilig sein könnten: einerseits solche, mit denen vor der Schädigung die Haftung beschränkt oder wegbedungen wird (Art. 57 VE), andererseits solche, die nach der Schädigung abgeschlossen werden und eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung vorsehen (Art. 58 VE). Zum Zweck der Rechtsvereinheitlichung sind diese Regeln auf alle Haftpflichtfälle unabhängig von ihrem Grund anzuwenden. Inhaltlich übernehmen die Artikel 57 und 58 VE Lösungen des geltenden Rechts, die sie oft verallgemeinern.

Keiner gesetzlichen Regelung bedürfen nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs - und schon früher der Studienkommission[1328] - die einseitigen Erklärungen, mit denen die Haftung wegbedungen wird, und andere Vereinbarungen, die in irgendeiner Weise die Haftpflicht betreffen. Zu denken ist namentlich an die vor dem Eintritt eines Schadens abgeschlossenen Vereinbarungen, welche die Haftung eines Vertragspartners über das gesetzliche Mass hinaus ausdehnen, oder an die von mithaftpflichtigen Personen nach dem Eintritt des Schadens abgeschlossenen Vereinbarungen, welche die interne Verteilung der Solidarschuld ändern.

1325 Vgl. vorne 1.2.2.1.2, 1.2.2.2.5.2 und 1.2.2.2.6. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2, S. 153.

1326 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 462 f.

1327 Art. 10, in AS V.510 und Art. 9 Abs. 2, in AS X.196; vorne 1.1.1.1., N 9.

1328 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.1, S. 150 f. und die dortigen Hinweise.

2.10.2 Wegbedingung und Beschränkung der Haftung (Art. 57 VE)

Es kommt nicht selten vor - und es handelt sich dabei um den weitaus häufigsten Fall -, dass die Parteien vereinbaren, von der gesetzlichen Regelung der Haftpflicht abzuweichen, falls die eine von ihnen gegenüber der anderen haftpflichtig werden sollte. Dadurch erklärt eine Partei, dass sie bloss eine (auf einen bestimmten Betrag, auf bestimmte Schadensposten, auf bestimmte Schädigungen oder auf eine bestimmte Dauer) beschränkte Haftung übernehmen[1329] oder von jeglicher Haftung befreit werden will. Diese Klauseln schränken die Schadenersatzpflicht ein oder schliessen sie aus, und zwar zum voraus, also vor Eintritt eines Schadens oder zumindest, bevor das Opfer Kenntnis von einem Schaden erhalten hat. Solche Vereinbarungen werden in der Regel schriftlich abgeschlossen und sind oft in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen. Manchmal werden sie durch einen niedrigen Preis, ein hohes Risiko oder eine zusätzliche Leistung der Partei, der die Klausel zugute kommt, wettgemacht.

Es bedarf keines Beweises, dass Klauseln, welche die Haftung einschränken oder wegbedingen, für die geschädigte Person sehr nachteilig sein können. So erstaunt es nicht, dass mehrere Spezialgesetze diese Art von Klauseln ausnahmslos für nichtig erklären[1330]. Die Freiheit der Parteien, die gesetzliche Haftungsregelung durch Vereinbarung abzuändern, ist auch ausserhalb der Gebiete, die von diesen Spezialgesetzen erfasst werden, nicht unbegrenzt. So ist sie von Artikel 8 UWG eingeschränkt, der die missbräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelt, dessen Anwendungsbereich aber sehr eng ist. Einschränkungen kennt auch das gemeine Recht. Es geht zum einen um die Artikel 100 und 101 OR, wonach sich der Schuldner - unter Vorbehalt der Fälle von Artikel 100 Absatz 2 OR - nur von seiner Haftung für leichte Fahrlässigkeit oder - unter Vorbehalt von Artikel 101 Absatz 3 OR - von seiner Haftung für Hilfspersonen zum voraus befreien kann. Zum zweiten geht es um die Artikel 27 ZGB und 19 Absatz 2 und 20 OR, wonach Verpflichtungen, welche die persönliche Freiheit zu stark einschränken, sittenwidrig und daher nichtig sind. Nach einer Lehrmeinung könnte dies zutreffen, wenn im voraus auf Schadenersatz für Körperverletzungen verzichtet wird[1331].

Beim Fall der Häufung (oder der Konkurrenz) von Haftungen ist heute eine Frage umstritten: Ist eine als gültig angesehene Klausel, die die Haftung beschränkt, auch auf ausservertraglicher Ebene wirksam? Die Mehrheit der Autoren bejaht die Frage mit der Begründung, die Klausel sei sonst oft praktisch ihres Inhalts beraubt[1332]. Andere vertreten die Auffassung, man könne die Frage nicht ohne weiteres bejahen und müsse im Zweifelsfall den Willen der Par-

---

[1329] Vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 464 f.

[1330] Vgl. Art. 16 EHG, 39 EleG, 87 Abs. 1 SVG, 8 Abs. 1 KHG, 8 PrHG. Diese Regeln sind erst recht auf einseitige Erklärungen anzuwenden, welche die Haftung einschränken oder wegbedingen; vgl. darüber Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 464; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 6; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 213.

[1331] Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 265 ff.; Lörtscher T., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. iur. Zürich 1977, S. 221 f.

[1332] Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 Vorbem. Art. 41-61 OR; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 337 f.

teien auslegen[1333]. Eine Minderheit verneint die Anwendbarkeit einer haftungsausschliessenden oder -beschränkenden Klausel auf die ausservertragliche Schadenersatzklage. Sie macht geltend, dass es unzulässig sei, sich zum voraus von den Folgen einer unerlaubten Handlung zu befreien, und berufen sich auf die Unabhängigkeit der Klagen[1334]. Das Bundesgericht hat sich erst letzthin der herrschenden Lehre angeschlossen und die generelle Wirkung des vertraglichen Ausschlusses der Haftung bejaht[1335].

Die Studienkommission hat im Verlauf ihrer Arbeiten festgestellt, dass in der Praxis der Frage der haftungsbeschränkenden Vereinbarungen erhebliche Bedeutung zukommt und dass sie schwierige und umstrittene Probleme aufwirft. Sie sprach sich für eine gesetzgeberische Lösung dieser Frage aus, die im Sinne der bestehenden Tendenz in der Schweiz und dem Ausland[1336] die Gültigkeit dieser Vereinbarungen in einem gewissen Ausmass einschränken sollte. Zu diesem Zweck hat sie einige mehr oder weniger restriktive Varianten vorgeschlagen, die bereits vorne geschildert wurden[1337].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind der festen Überzeugung, dass diese Frage einer besonderen Regelung im Haftpflichtrecht bedarf. Dadurch wird auf haftpflichtrechtlicher Ebene der heutige Meinungsstreit über die Wirksamkeit von Vereinbarungen gelöst, die die Schadenersatzpflicht einschränken. Nach dem Grundsatz von Artikel 42 VE findet die Regelung sowohl auf die Fälle von Haftung aus positiver Vertragsverletzung ohne weiteres Anwendung als auch - kraft der nun ausgedehnten Verweisregelung von Artikel 99 Absatz 3 OR - auf jede Haftung aus Nichterfüllung eines Vertrags[1338].

Inhaltlich lehnen sich die Verfasser des Vorentwurfs an die Vorschläge der Studienkommission an. Dabei haben sie allerdings die radikalste, in einigen Spezialgesetzen enthaltene Lösung nicht übernommen, wonach die Klauseln, die die Haftung beschränken oder ausschliessen, ausnahmslos nichtig sind. Sie sind sich nämlich bewusst, dass eine solche Lösung, selbst wenn sie den Vorteil der Einfachheit und der Klarheit hat, aus politischen und wirtschaftlichen Gründen auf entschiedene Ablehnung stossen würde. Sie bevorzugen daher eine nach der Natur des verletzten Rechtsguts differenzierte Regelung. Man findet hier wieder die Idee einer Hierarchie der Rechtsgüter: Einige davon, wie die körperliche Unversehrtheit, verdienen in Anbetracht des ihnen zugeteilten sozialen Wertes einen totalen Rechtsschutz[1339].

[1333] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 489 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 213.

[1334] Cavin P., La vente-L'échange-La donation, in Traité de droit privé suisse, VII.1.1., Fribourg 1978, S. 111; Perrin J.-F., La limitation de la responsabilité civile en droit suisse, SJ 1973, S. 211.

[1335] BGE 107 II 168, 111 II 480, 120 II 61.

[1336] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 468 und die dortigen Hinweise; Ghestin J. (Hg.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 und 14 décembre 1990, Paris 1991 (verschiedene Beiträge).

[1337] Vgl. vorne 1.2.2.2.6.1.; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2, S. 153 ff.

[1338] Vgl. vorne 2.2.2.3 und 2.2.2.4.

[1339] Vgl. vorne 2.3.2.1. und 2.3.3.3.

Artikel 57 VE findet Anwendung auf alle Fälle, in denen eine Schadenersatzpflicht besteht. Absatz 1 sieht vor, dass jede Vereinbarung, die die Haftung bei Tötung oder bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkung auf die Umwelt zum voraus wegbedingt oder beschränkt, nichtig ist. Die Bestimmung erfasst Rechtsgüter, die für den Menschen und das Leben auf der Erde wesentlich im wahrsten Sinne des Wortes sind. Die Rechtsordnung anerkennt den höheren Wert dieser Güter, und zwar seit langer Zeit in Bezug auf das Leben und die körperliche Integrität der Menschen, erst seit kürzerer Zeit in Bezug auf die Umwelt[1340]. Es scheint logisch, dass diese grundsätzliche Anerkennung im Haftpflichtrecht eine Konkretisierung findet und dass bei Verletzung dieser Güter das Opfer stets und von vorneherein einen Entschädigungsanspruch geltend machen darf, ohne dass ihm eine zum voraus abgegebene Verzichtserklärung wirksam entgegengehalten werden kann. Dies ist auch dadurch gerechtfertigt, dass die Person, die eine solche Erklärung abgibt, wegen der unbestimmten Natur dieser Art von Verletzungen in den meisten Fällen die Tragweite ihres Verzichts nicht abschätzen kann, was an der Gültigkeit ihrer Willenserklärung erheblich zweifeln lässt. Diese Argumentation hat sich sowohl in der schweizerischen wie auch in der ausländischen Lehre allmählich durchgesetzt[1341]. Sie wurde letzthin auf Gesetzesstufe mit Artikel 16 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Pauschalreisen konkretisiert, wonach die Haftung für Personenschäden, die aus der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags entstehen, vertraglich nicht beschränkt werden kann[1342].

Was die anderen als die von Artikel 57 Absatz 1 VE erfassten Schädigungen betrifft, gehen die Verfasser des Vorentwurfs vom Grundsatz aus, den Artikel 19 Absatz 1 OR mit allgemeiner Formulierung ausdrückt: Die Parteien eines Rechtsverhältnisses dürfen durch Vereinbarung die Haftung der einen gegenüber der anderen wegbedingen oder beschränken. Die Verfasser des Vorentwurfs sind aber der Ansicht, dass die Vertragsfreiheit auch bei dieser Art von Schädigungen nicht uneingeschränkt sein darf. Es gibt nämlich Fälle, in denen es gegen das Rechtsgefühl verstossen würde, wenn das mögliche Opfer einer Schädigung vertraglich auf gesetzliche Ansprüche verzichten dürfte, und dies selbst, wenn der Verzicht auf den blossen Ersatz für Sachschäden und reine Vermögensschäden beschränkt ist. In diesem Sinne sieht Artikel 57 Absatz 2 VE vor, dass eine solche Vereinbarung in vier Fällen nichtig ist. Es sind Fälle, bei denen bereits heute gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie bestehen; die Formulierung und die Anwendungsvoraussetzungen des Vorentwurfs weichen allerdings ein wenig vom geltenden Recht ab.

a. Dem Schädiger fällt ein grobes Verschulden zur Last. Der Fall ist in Artikel 100 Absatz 1 OR geregelt. Im vorgeschlagenen Text wird die "Absicht" nicht erwähnt, weil sie unter den Oberbegriff des "groben Verschuldens" fällt und somit keiner ausdrücklichen Erwähnung bedarf. Ebensowenig braucht präzisiert zu werden, dass vertragliche Ausschlüsse oder Einschränkungen der Haftung für leichtes Verschulden nur dann zulässig

---

[1340] Vgl. vorne 2.3.2.2.5.

[1341] Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 265 ff. und die dortigen Hinweise.

[1342] SR 944.3.

sind, wenn der Schuldner aus Verschulden, nicht aber, wenn er kausal haftet. Diese Auslegung ist logisch zu begründen: Naturgemäss setzen Kausalhaftungen kein Verschulden voraus; würde nun das Verschulden des Schädigers - und wäre es auch nur ein leichtes - berücksichtigt, um seine Haftung einzuschränken, so würde man gegen das wesentliche Ziel der Bestimmungen verstossen, die eine reine Kausalhaftung vorsehen[1343]. Diese Auslegung ist insofern auch systematisch begründet, als bestimmte Gesetze, die eine Kausalhaftung kennen, ausnahmslos Abmachungen ausschliessen, mit denen die Haftung eingeschränkt wird[1344]. Hinzu kommt der soeben erwähnte Grundsatz, wonach der Anspruch des Opfers auf Ersatz des Schadens in einem weiten Ausmass durch zwingende Bestimmungen gewährleistet werden muss, und dies um so mehr, wenn die Haftung unabhängig vom Verschulden besteht und sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt[1345].

b. Die geschädigte Person steht im Dienst der haftpflichtigen Person. Der Fall ist heute in Artikel 100 Absatz 2 OR (wie auch in Art. 101 Abs. 3 OR) erfasst, der dem Gericht einen Ermessensspielraum einräumt. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist diese Lösung mit dem Zweck und dem zwingenden Charakter der Bestimmung nicht zu vereinbaren, weshalb darauf verzichtet wird.

c. Die Haftung ergibt sich aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit. Der Fall ist heutzutage in Artikel 100 Absatz 2 OR (wie auch in Art. 101 Abs. 3 OR) vorgesehen. Es wird anerkannt, dass die Bestimmung nicht nur auf die Verantwortung aus dem Betrieb "eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes", sondern auf alle behördlich bewilligten Tätigkeiten anwendbar ist[1346]. Aus dem soeben angeführten Grund wird auch hier nicht auf das richterliche Ermessen abgestellt. Die fragliche Einschränkung sollte übrigens - und vor allem - per analogiam auf die Fälle Anwendung finden, in denen die Person, die eine von der Bestimmung erfasste Tätigkeit ausübt, ihre Haftung durch Erlass eines Reglements einseitig ausgeschlossen oder eingeschränkt hat, wie dies seit längerer Zeit Artikel 16 EHG und Artikel 39 EleG vorsehen[1347]

d. *Die Klausel ist in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten.* Der Fall ist im Mietrecht als Spezialbestimmung (Art. 256 Abs. 2 Bst. a OR) und im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (Art. 8 UWG) allgemein vorgesehen. Diese Bestimmung verlangt, dass die vorformulierte Klausel "in irreführender Weise zum Nachteil" des Konsumenten verwendet werden muss; sie ist deshalb zu eng, was von der fast einhelligen Lehre hervorgehoben wurde und von der Nichtanwendung

---

1343 Yung W., La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in Etudes et articles, Genf 1971, S. 151 f.

1344 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1330.

1345 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1325; in diesem Sinne vgl. auch Deutsch E., Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 390 ss.

1346 Stauder B., Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Droit suisse, Actes du Colloque des 13 und 14 décembre 1990, Paris 1991, S. 117.

1347 Vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 6.

durch die Gerichte bewiesen wird[1348]. In Anbetracht dieser Kritik und der Tatsache, dass haftungseinschränkende Klauseln fast immer finanzielle Belastungen mich sich bringen, schlagen die Verfasser des Vorentwurfs einen vereinfachten Text vor, der in Anlehnung an Artikel 256 Absatz 2 Buchstabe a OR eine weitere Tragweite als Artikel 8 UWG hat. Dadurch verzichten sie, gleich wie in Artikel 8 UWG, auf eine Beschränkung der Tragweite der Bestimmung auf Klauseln, die Konsumenten betreffen. Sie rufen zudem in Erinnerung, dass weder heute noch morgen die Parteien daran gehindert sein werden, die Haftung der einen oder der anderen Partei durch eine ausdiskutierte Klausel einzuschränken, und zwar selbstredend innerhalb der gesetzlichen Schranken.

Die Rechtfertigung der Einschränkung der Parteiautonomie ist für die in Artikel 57 Absatz 2 VE vorgesehenen Fälle unterschiedlich. Massgebend für den ersten Fall ist die unentschuldbare Art, auf welche die haftpflichtige Person die Schädigung verursacht und die Interessen des Opfers missachtet hat. Der zweite und der dritte Fall finden ihre Rechtfertigung darin, dass eine Partei eine stärkere Stellung als die andere hat, die - wie vermutet wird - ausgenützt werden kann, um die Gegenpartei zu zwingen, zum voraus auf ihre Ansprüche zu verzichten. Massgebend für den vierten Fall ist die Weise, in der die Vereinbarung abgeschlossen wurde, d.h. durch Verwendung eines vorgedruckten Formulars, das einseitig von einer Partei verfasst wurde und in der Regel durch eine Unterwerfungsklausel zum Gegenstand des Vertrags wird. Für alle Fälle sind diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit letztlich durch das Bestreben gerechtfertigt, die geschädigte Person, die oft die schwächere Vertragspartei ist, besser zu schützen.

Infolge des Verweises in Artikel 99 Absatz 3 OR, dessen Text geändert und dessen Tragweite ausgedehnt wird[1349], bewirkt die in Artikel 57 VE vorgeschlagene Regelung die Aufhebung der geltenden Artikel 100 und 101 Absatz 2 und 3 OR. Artikel 100 Absatz 3 OR, von dem oben keine Rede war, behält die Sonderbestimmungen des VVG vor. Eigentlich hat dieser Vorbehalt keinen Platz im Haftpflichtrecht, denn er betrifft Klauseln, die die Pflicht des Versicherers, seine vertraglichen Leistungen zu erbringen, einschränken, namentlich bei leichtem Verschulden des Berechtigten (Art. 14 Abs. 4 i.V.m. Art. 98 VVG). Der Vorbehalt bezieht sich hingegen nicht auf vertragliche Einschränkungen der Haftung bei Verletzung einer Pflicht aus dem Versicherungsvertrag[1350].

2.10.3 Vergleich (Art. 58 VE)

Auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts werden die meisten Streitigkeiten durch Vergleiche erledigt, die am häufigsten zwischen dem Opfer und dem Versicherer der haftpflichtigen Person abgeschlossen werden. In der Praxis geschieht

---

[1348] Vgl. Dessemontet F., Le contrôle judiciaire des conditions générales, in La nouvelle LCD, Lausanne 1988, S. 69 ff.; Que reste-t-il de l'Art. 8 LCD sur les conditions générales? Baudenbacher C., SAG 1987, S. 114; Stauder B., a.a.O. (Anm. 1346), S. 125 f. Vgl. auch BGE 117 II 332; SJ 1992, S. 170; vgl. immerhin BGE 119 II 445 ff.

[1349] Vgl. vorne 2.2.2.4.

[1350] Vgl. Wiegand W., in Obligationenrecht, I, 2. Aufl., Basel 1996, N 12 zu Art. 100 OR und die dortigen Hinweise.

dies mit dem Abschluss einer "Entschädigungsvereinbarung" oder mit der Unterzeichnung einer "Saldoquittung", die das Bundesgericht als aussergerichtliche Vergleiche qualifiziert, also als Vereinbarungen, mit denen die Ungewissheit bezüglich eines Rechtsverhältnisses mittels gegenseitiger Zugeständnisse beendet wird[1351]. Es handelt sich um einen Innominatvertrag, der mit den klassischen Mitteln des gemeinen Rechts - d.h. nach Artikel 20 OR bei Widerrechtlichkeit oder Verstoss gegen die guten Sitten, nach Artikel 21 OR bei Übervorteilung, nach Artikel 23 ff. OR bei Willensmängeln und nach Artikel 2 Absatz 2 ZGB bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch - angefochten werden kann[1352]. Jede Partei des Vergleichs kann diese Rechtsmittel in Anspruch nehmen, so beispielsweise das Opfer, das eine unvoraussehbare Verschlechterung seines Gesundheitszustandes nicht kannte, oder die haftpflichtige Person, die eine unrichtige Haftungsanerkennung unterzeichnet hat. Bei gerichtlichen Vergleichen soll das Rechtsmittel grundsätzlich auf dem Prozessweg ergriffen werden, wenn der Vergleich einen Prozess beendet hat und rechtskräftig geworden ist[1353].

Zahlreiche Spezialgesetze vervollständigen die allgemeinen Regelungen mit einer Bestimmung, die dem Opfer ermöglicht, jede Vereinbarung anzufechten, die eine offensichtlich ungenügende Entschädigung vorsieht (Art. 17 EHG, 87 Abs. 2 SVG, 8 Abs. 2 KHG). Dies trifft zu, wenn - bei globaler Betrachtung, d.h. ohne Unterscheidung zwischen Sachschaden und Genugtuung - die vereinbarte Entschädigung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Entschädigung steht, auf die das Opfer Anspruch hätte. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Streiterledigung bei Vergleichen rasch und ohne die Risiken eines Prozesses erfolgt. Dass die Entschädigung ungenügend ist, kann auf eine schlechte Berechnung des Schadens oder auf eine falsche Einschätzung der Haftung zurückzuführen sein[1354]. Ist die materielle Voraussetzung erfüllt, kann das Opfer den Vergleich innert einer Verwirkungsfrist von einem Jahr (Art. 87 Abs. 2 SVG) oder von drei Jahren (Art. 8 Abs. 2 KHG) seit dem Abschluss anfechten und so seine Ansprüche wieder entstehen lassen[1355].

Die diesbezüglichen Spezialbestimmungen konkretisieren den Grundsatz von Artikel 21 OR betreffend die Übervorteilung, sehen allerdings dabei vom subjektiven Element ab. Die Lehre äussert sich in der Regel positiv zu diesen Normen[1356]. Neben ihrer Präventivwirkung erlauben sie nämlich dem Opfer, das vertragliche Gleichgewicht wieder herzustellen. Es ist zu bedauern, dass das

---

1351 BGE 111 II 350. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 18 f.

1352 Vgl. darüber Gauch P., Der aussergerichtliche Vergleich, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988, S. 19 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3 zu Art. 87 SVG; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 474 ff.; BGE 99 II 372, 105 II 277 f.

1353 BGE 105 II 277 f. und die dortigen Hinweise sowie BGE 110 II 46 ff.

1354 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 470 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 24; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.5 zu Art 87 SVG; BGE 99 II 372 f.

1355 Da Art. 17 EHG keine Frist festlegt, findet diejenige nach Art. 14 Anwendung; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 473; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 40.

1356 Gauch P., a.a.O. (Anm. 1352), S. 23 f.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 87 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 265 N 1579; a.M. Merz H., in ZbJV 1975, S. 104 f.

Bundesgericht in den seltenen bekannten Entscheiden auf diesem Gebiet sehr streng war[1357]. Das formallogische Argument, wonach Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind, vermag auf keinen Fall zu überzeugen, wenn die fragliche Bestimmung - wie hier - die Interessen einer Partei besonders schützen will[1358].

Wie bereits die Studienkommission[1359] sind auch die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass die heute in Artikel 17 EHG, 87 Absatz 2 SVG und 8 Absatz 2 KHG vorgesehene Regelung zu guten und gerechten Lösungen führen kann. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, der gegen eine Verallgemeinerung der Regelung und gegen eine Vereinheitlichung der Anfechtungsfristen spricht[1360]. Es ist zudem gerechtfertigt, ihren Geltungsbereich etwas auszudehnen.

Nach Artikel 58 VE kann jede nach Eintritt der Schädigung abgeschlossene Vereinbarung, mit der auf die Ersatzleistung verzichtet oder eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung festgesetzt wird, innerhalb eines Jahres seit dem Tag angefochten werden, an dem die geschädigte Person bei gehöriger Aufmerksamkeit ihren Irrtum erkennen konnte. Es handelt sich um den Sonderfall eines Motivirrtums, der aber nicht wesentlich im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 Ziffer 4 OR sein muss; auch die geschädigte Person kann ihn geltend machen, und dies selbst, wenn er einen Punkt betrifft, der von den Vergleichsparteien nicht besonders diskutiert wurde.

Hervorzuheben ist, dass der vorgeschlagene Wortlaut alle möglichen Vereinbarungen zwischen dem Opfer und der haftpflichtigen Person (oder ihrem Versicherer) erfasst, die nach Eintritt der Schädigung zustande kommen. Es kann sich somit - was bereits heute anerkannt wird - um einen gerichtlichen oder um einen aussergerichtlichen Vergleich, um eine Saldoquittung oder um einen Verzicht auf Schadenersatzansprüche (im Sinne einer Forderungsaufhebung nach Artikel 115 OR) handeln[1361]. Als Sanktion sieht Artikel 58 VE die Anfechtung vor, und dies entsprechend der heute auf Willensmängel anwendbaren Theorie der Ungültigkeit[1362]. Vorgesehen ist eine einjährige *Verwirkungs*frist, die nicht

---

1357 Vgl. zum Beispiel BGE 99 II 372 ff., wo die vereinbarte Entschädigung, die ungefähr zwei Dritteln der Entschädigung entsprach, auf die das Opfer bestenfalls Anspruch gehabt hätte, als genügend betrachtet wurde. Vgl. auch BGE 109 II 348 f. und Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 42.

1358 Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 268 N 1588; Meier-Hayoz A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966, N 191 zu Art. 1 ZGB.

1359 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14, S. 155.

1360 Eine unterschiedliche Regelung dieser Frage im Bereich der Kernenergie ist nicht gerechtfertigt.

1361 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.2 und 3.1 zu Art. 87 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 265 N 1580; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 469; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 21. Das Bundesgericht hat anerkannt, dass das kantonale Prozessrecht besondere Bedingungen (namentlich formelle und zeitliche) für die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs vorschreiben kann, sofern sie die Anwendung von Bundesrecht nicht vereiteln (BGE 110 II 46 ff. und die dortigen Hinweise auf die Lehre, die zeigen, dass die Frage heute umstritten ist).

1362 Nach der Ungültigkeitstheorie zeitigt der für ungültig erklärte Vertrag von Anfang an keine Wirkungen; vgl. darüber BGE 114 II 142 f. und die dortigen Hinweise.

mehr am Tag des Abschlusses der Vereinbarung, sondern am Tag zu laufen beginnt, an dem die geschädigte Person bei gehöriger Aufmerksamkeit ihren Irrtum hätte erkennen können. Die Relativierung des Fristbeginns will einerseits die Rechtslage des Opfers verbessern, andererseits aber auch die Lösung in Einklang mit derjenigen bringen, die bei Willensmängeln gilt (Art. 31 OR)[1363]; die etwas abweichende Formulierung soll das Opfer auf die besondere Sorgfaltspflicht aufmerksam machen, die für den Schutz des guten Glaubens erforderlich ist (Art. 3 ZGB).

Welcher Zeitpunkt für das Gericht massgebend ist, das entscheiden muss, ob die materiellen Voraussetzungen der Regelung erfüllt sind und insbesondere ob die vereinbarte Entschädigung offensichtlich unzulänglich war, ist heute umstritten. Für einen Teil der Lehre, der die Lage der geschädigten Person verbessern will, ist der Zeitpunkt des Entscheids über die Anfechtung massgebend[1364]. Für das Bundesgericht ist hingegen der Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung massgebend[1365]. Für die Verfasser des Vorentwurfs drängt sich die zweite Lösung auf: Wie das Bundesgericht in Bezug auf Artikel 87 Absatz 2 SVG betont hat, setzt die Bestimmung einen Vergleich zwischen der vereinbarten und der gerechten Entschädigung voraus; dieser Vergleich muss sich auf vergleichbare Elemente beziehen, was nur möglich ist, wenn auf dasselbe Datum abgestellt wird[1366]. Letztlich geht es um die Rechtssicherheit. Daraus folgt, dass das Opfer, das sich auf Artikel 58 VE beruft, nur Tatsachen geltend machen kann, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung bereits bestanden, also Tatsachen, die bekannt waren, deren Bekanntheit man voraussetzen konnte oder die voraussehbar waren. Es darf hingegen keine Tatsachen geltend machen, die sich nach dem Abschluss der Vereinbarung ereignet haben, die also den Parteien unbekannt waren und von ihnen nicht vorausgesehen werden konnten (Beispiel : beim Opfer entwickelt sich eine unvoraussehbare Invalidität oder es stirbt überraschend infolge des Unfalls). In einem solchen Fall kann sich das Opfer insofern nicht auf einen Irrtum berufen, als ein Irrtum nur bei Tatsachen denkbar ist, die eine Person kennt oder die sie mit einer gewissen Sicherheit voraussieht. Es wird aber auch dann nicht ohne Rechtsbehelfe bleiben. So kann es eine wesentliche Änderung der Umstände im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* oder der Theorie der Unvorhersehbarkeit, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) abzuleiten ist, geltend machen[1367]. Und wenn die geschädigte Person zum Zeitpunkt der Vereinbarung auf weitere Ansprüche gegen die haftpflichtige Person verzichtet hat, wie dies häufig geschieht, wird sie geltend machen können, dass ihr Verzicht nur die Ansprüche betraf, die sie kannte oder von denen sie nach dem Vertrauen-

---

1363 Diese Lösung wurde von der Studienkommission nicht in Erwägung gezogen; vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14, S. 156.

1364 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 472; Schaffhauser R./Zellweger R., a.a.O. (Anm. 437), S. 266 N 1582.

1365 BGE 99 II 372, 109 II 348 f. In diesem Sinne auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 32.

1366 BGE 99 II 372.

1367 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 476; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 55; BGE 99 II 372.

sprinzip annahm, dass sie sie erwerben würde[1368]. Gegebenenfalls wird sie die früher abgeschlossene Vereinbarung nicht einmal anfechten müssen, sondern sie kann sich damit begnügen, neue Ansprüche geltend zu machen, sofern ihr die belangte Person nicht die Verjährungseinrede entgegenhält.

[1368] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 474 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 46 ff.; BGE 100 II 45.

3 Besondere Bestimmungen des Vorentwurfs

3.1 Darstellung des Systems

3.1.1 Im Allgemeinen

Traditionell wird heute die Haftung dreigeteilt. Es wird unterschieden zwischen Haftung aus Verschulden, strengen Kausalhaftungen aus besonderer Gefährdung und milden Kausalhaftungen aus dem Bestehen einer besonderer Sorgfaltspflicht[1369]. Im geltenden Recht beruhen alle Kausalhaftungen auf Sonderbestimmungen, die im Zivilgesetzbuch (so in Art. 333 und 679), im Obligationenrecht (so in Art. 55, 56 und 58) oder in Spezialgesetzen verankert sind[1370].

Das schweizerische System des Haftpflichtrechts als solches wird auch inskünftig - trotz der Einführung zweier neuer Generalklauseln - nicht radikal geändert. So wird es weiterhin besondere Haftungstatbestände geben, die sowohl durch ihre Besonderheit wie auch durch das Konzept der "kleinen Lösung" gerechtfertigt sind, das der vorgesehenen Gefährdungshaftungsregelung zugrunde liegt[1371]. Dies gilt auf jeden Fall für die strengen Kausalhaftungen. Die Studienkommission hatte sich gefragt, ob die milden Kausalhaftungen wegen ihrer hybriden Natur noch Platz in unserer Gesetzgebung haben sollen oder ob sie beim Fehlen einer anwendbaren Sonderbestimmung nicht immer von einer der Generalklauseln abgedeckt sein werden[1372]. Die Verfasser des Vorentwurfs waren lange versucht, die Streichung der entsprechenden Bestimmungen vorzuschlagen, haben aber auf diese Idee verzichtet, weil die meisten davon tiefe Wurzeln in der schweizerischen juristischen Tradition haben und weil ihre Anwendung in der Regel keine grosse Schwierigkeit verursacht.

Dieser Verzicht bedeutet allerdings nicht die Ablehnung jeglicher Änderung der Regelung über die milden Kausalhaftungen. So wird der Anwendungsbereich von Artikel 55 OR verallgemeinert (Art. 49 und 49*a* VE)[1373], und der im Strahlenschutzgesetz (Art. 39 Abs. 1) vorgesehene Entlastungsbeweis der Sorgfalt wird aufgehoben[1374]. Die Artikel 333 und 679 ZGB werden unverändert am gleichen Ort beibehalten[1375]. Die in Artikel 54 bis 59 OR vorgesehenen Kausalhaftungen sind dagegen alle in irgendeiner Weise von der Revision erfasst: Die Regel von Artikel 54 OR ist inskünftig als Ausnahme von der Verschuldenshaftung zu verstehen; sie wird - wie dies bereits für Artikel 55 OR der Fall ist - unter den allgemeinen Bestimmungen eingeordnet (Art. 48*b* VE)[1376]. Die Bestim-

---

1369 Vgl. vorne 1.2.2.1.3.

1370 Vgl. hinten 4.2.

1371 Vgl. vorne 2.4.4.2.

1372 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.1.3 und 1.2.2.3.1.

1373 Vgl. vorne 2.4.3.2.

1374 Vgl. vorne 1.1.2.2, hinten 4.2.47.

1375 Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten namentlich auf eine formelle "Kosmetik" der französischen Fassung von Art. 333 ZGB, bei der insbesondere das Haftungssubjekt nicht mehr mit dem veralteten Ausdruck "chef de famille", sondern als "détenteur de l'autorité domestique" bezeichnet würde. Vgl. darüber Wessner P., La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Neuenburg 1981, S. 122 f.

1376 Vgl. vorne 2.4.2.3.

mungen über die Haftung für Tiere (Art. 56 und 57 OR) und über die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 und 59 OR) werden revidiert, um ihren Rechtfertigungsgrund und ihre Ähnlichkeit mit den neuen Generalklauseln der verschuldensunabhängigen Haftung besser hervortreten zu lassen. Schliesslich werden die besonderen Bestimmungen um zwei formell neue Normen betreffend die Kausalhaftung ergänzt, die eine Schadenersatzpflicht bei rechtmässiger Handlung einführen[1377].

Hinsichtlich der Systematik halten es die Verfasser des Vorentwurfs für angebracht, die Regelung auf zwei Unterkapitel zu verteilen, die den allgemeinen bzw. den besonderen Bestimmungen gewidmet sind. Es ist sicherlich zu bedauern, dass die besonderen Haftpflichtbestimmungen weiterhin im Zivilgesetzbuch, im Obligationenrecht und in Spezialgesetzen zerstreut bleiben. Dies ist aber die Folge des Entscheids, auf ein "Gesetzbuch über die Haftpflicht" zu verzichten, das alle Haftpflichtregelungen gesammelt hätte[1378]. Diese Lösung ergibt sich auch aus dem Willen, die Bestimmungen dort zu belassen, wo sie aufgrund der Besonderheiten des Tatbestandes hingehören (z.B. die Haftung des Familienhauptes in Artikel 333 ZGB und jene des Handelsregisterführers in Art. 928 OR).

3.1.2 Im besonderen

Im Sinne der oben umschriebenen Systematik enthält der zweite Unterabschnitt des zweiten Abschnitts des ersten Titels des OR über die Obligationen aus Schädigung sechs besondere Bestimmungen.

Die Bestimmungen sind insofern besonders, als sie von einer allgemeinen Voraussetzung abweichen und Fälle von Haftung bei rechtmässiger Schädigung festlegen (Notstand, Art. 59 VE; Ausübung des Eigentumsrechts, Art. 59*a* VE), oder als sie einen besonderen Tatbestand regeln (Halten eines Tieres, Art. 60 und 60*a* VE; Halten eines Werkes, Art. 61 und 61*a* VE). Das geltende Recht kennt bereits diese Haftungen in irgendeiner Form. Die Anwendung der Bestimmungen setzt nie ein Verschulden der haftpflichtigen Person voraus. Dies bedeutet, dass auf diese Fälle die allgemeinen Grundsätze der Kausalhaftungen, insbesondere jene der Artikel 51 und 51*a* VE, anwendbar sind[1379].

3.2 Haftung bei rechtmässiger Schädigung (Art. 59 und 59a VE)

3.2.1 Einleitung

Den Anregungen der Studienkommission folgend[1380] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, unter den Besonderen Bestimmungen des revidierten OR zwei Fälle von Haftung für rechtmässige Schädigung zu regeln. Der erste Fall ist allgemein umschrieben. Wie beim geltenden Artikel 52 Absatz 2 OR werden schädigende Handlungen einer Person erfasst, die in Notstand gehandelt hat

---

1377 Vgl. hinten 3.2.

1378 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

1379 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1 und 2.4.5.2.

1380 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f.

(Art. 59 VE). Der zweite Fall betrifft die Ausübung des Eigentums an Grundstücken. Erfasst sind die Schäden, für die der Eigentümer eines Grundstücks haftet, wenn er sein Eigentumsrecht ausübt, dabei weder ein Gebot noch ein Verbot der Rechtsordnung verletzt und dennoch seinem Nachbarn übermässige Nachteile zufügt (Art. 59*a* VE). Damit wird eine dreissigjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert.

Die Regeln der Artikel 59 und 59*a* VE weisen gemeinsame Merkmale auf, die ihre systematische Nähe rechtfertigen[1381]. Wie bereits gesagt, begründen beide Normen eine vom Verschulden unabhängige Schadenersatzpflicht. Beide gewähren zudem dem Gericht einen Ermessensspielraum sowohl in Bezug auf die Grundsatzfrage wie auch in Bezug auf die Höhe der Entschädigung. Schliesslich stellen beide Normen eine Ausnahme vom Prinzip dar, wonach lediglich rechtswidrige Schädigungen - also solche, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut verletzen und für welche kein Rechtfertigungsgrund vorliegt - eine Schadenersatzpflicht begründen. Der Vorentwurf drückt diesen Grundsatz in doppelter Weise aus. Zum einen ergibt er sich aus der Grundnorm der Zurechnung (Art. 41 Abs. 2 VE). Zum anderen ergibt er sich daraus, dass das Gesetz die Rechtswidrigkeit als allgemeine Voraussetzung der Ersatzpflicht vorsieht (vgl. den Randtitel zu den Art. 45 bis 47*a* VE, also auch zu den Art. 46 und 46*a*)[1382].

Selbst wenn sie zur Schädigung eines Dritten führen, sind die von Artikel 59 und 59*a* VE erfassten Handlungen nicht rechtswidrig; denn sie erfolgen in Ausübung eines als höherrangig erachteten subjektiven Rechts, das der handelnden Person zusteht. In solchen Fällen gibt nämlich der Gesetzgeber nach einer Interessenabwägung dem Recht der schädigenden Person, zu handeln, den Vorrang vor dem Recht des Opfers, die Folgen dieses Handelns nicht dulden zu müssen. Dies trifft beispielsweise bei der Ausübung einer Dienstbarkeit oder bei Notwehr zu[1383]. Dagegen duldet zwar die Rechtsordnung die hier geregelten Handlungen oder erlaubt sie ausdrücklich, weil sie notwendig sind; es erscheint aber als gerechtfertigt, dass die Handlung zu einer angemessenen Entschädigung führt, wenn das Interesse des Opfers angesichts gewisser Umstände, vor allem der Schwere des Eingriffs, besonders schützenswert ist. In diesem Sinne sind die Artikel 59 und 59*a* VE Billigkeitsbestimmungen wie andere Vorschriften, die - insbesondere im Sachenrecht - eine Haftung für rechtmässige Schädigungen vorsehen[1384].

Es sei schliesslich erwähnt, dass die Studienkommission erwogen hatte, ins Bundesrecht eine weitere Billigkeitsbestimmung einzuführen, die eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorgesehen hätte. Diese Bestimmung hätte eine Haftung des Gemeinwesens für Schäden aus der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt eingeführt. Die Haftung hätte auf Genugtuung und auf Er-

---

1381 Freilich könnte es auch angebracht scheinen, die Regel von Art. 59a nach derjenigen von Art. 679, an die sie sich anlehnt, als neuen Art. 679a ZGB vorzusehen.

1382 Vgl. darüber 2.1.1, 2.3.1 und 2.3.3.

1383 Desax M., Haftung für erlaubte Eingriffe, Freiburg 1977, S. 11 und 31 ff. Vgl. auch Ender T., Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Freiburg 1995, S. 117 f.

1384 Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 61 ff.

satz des Schadens aus Tötung oder Verletzung der körperlichen und der geistigen Unversehrtheit beschränkt werden können[1385]. Eine solche Regelung ist bereits heute in zahlreichen kantonalen Gesetzen über die Staatshaftung vorgesehen und erfasst insbesondere die aus Polizeieinsätzen resultierenden Schäden[1386].

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für unangebracht, auch im Haftpflichtrecht des Bundes eine solche Bestimmung vorzusehen; denn die Frage, ob und wieweit das Gemeinwesen für die rechtmässige Ausübung hoheitlicher Gewalt haften soll, ist eindeutig politischer Natur. Die Antwort dürfte auf keinen Fall allgemein lauten, weil sonst das ganze staatliche Handeln verhindert würde, sondern sie müsste Teilbereiche erfassen und auf bestimmte Aufgaben der öffentlichen Gewalt beschränkt sein, die Drittinteressen schwer gefährden können, wie dies beispielsweise bei einem polizeilichen Eingriff gegen eine Strasenkundgebung der Fall ist. Die gesetzgeberische Antwort auf diese Frage steht dem Gemeinwesen, also dem Bund, aber vor allem den Kantonen zu, weil die Lösung heute nur für sie rechtlich bedeutend und allenfalls verpflichtend ist. Diesbezüglich kann erwähnt werden, dass die Kantone nach Artikel 43*a* Absatz 1 VE ermächtigt sind, für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, vom Bundesrecht abweichende haftpflichtrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Dieser Vorbehalt ist durch das Ziel staatlichen Handelns und die besonderen Aufgaben des Staates, namentlich bezüglich der Einhaltung der öffentlichen Ordnung und bezüglich der Rechtsprechung, gerechtfertigt[1387]. Es scheint daher logisch, dass der Staat souverän entscheidet, ob er eine Haftung vorsehen will, die über diejenige der revidierten Artikel 41 ff. OR hinausgeht und anwendbar ist, wenn eine schädigende Handlung in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt und nicht rechtswidrig ist, weil das öffentliche Recht sie gebietet[1388].

3.2.2 Notstand (Art. 59 VE)

Nach Artikel 52 Absatz 2 OR kann der "Notstand" als das Recht einer Person definiert werden, in fremdes Vermögen einzugreifen, um drohenden Schaden oder Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. Je nach den Umständen kann diese Person zum Ersatz des vom Opfer erlittenen Schadens verpflichtet werden. Der Notstand wird strafrechtlich nicht geahndet (Art. 34 StGB).

Ein solcher Eingriff in fremdes Vermögen ist gewollt, erfolgt also absichtlich[1389]. Er ist in dem Sinne rechtmässig, als er ein Interesse schützt, das als höherrangig als dasjenige des Opfers betrachtet wird. Er kann dennoch die Pflicht zur gänzlichen oder teilweisen Schadloshaltung des Opfers begründen. Artikel 52

1385 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45 f.

1386 Vgl. z.B. § 12 und 13 des Zürcher Haftungsgesetzes vom 14. September 1969; § 5 des Luzerner Haftungsgesetzes vom 13. September 1988; Art. 11 und 12 des Walliser "Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents" vom 10. Mai 1978.

1387 Vgl. vorne 2.2.3.4.

1388 Vgl. Art. 46*a* Abs. 1 VE und vorne 2.3.3.4.

1389 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 36 zu Art. 52 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 302; ATF 100 II 129.

Absatz 2 OR ist eine Billigkeitsnorm, die eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorsieht[1390], ebenso wie andere Bestimmungen im Immobiliarsachenrecht (Art. 701 ZGB) und im Luftfahrtrecht (Art. 64 Abs. 2 Bst. a LFG). Wegen des Ausnahmecharakters dieser Regeln hat die Rechtsprechung strenge Anwendungsbedingungen festgelegt.

Die Haftung nach Artikel 52 Absatz 2 OR setzt zum einen eine drohende Gefahr für die eingreifende Person oder einen Dritten voraus. Die Gefahr kann ein Rechtsgut dieser Person, ihr Leben, ihre körperliche Unversehrtheit oder ein anderes Persönlichkeitsrecht, aber auch ihr Vermögen, insbesondere ihre Sachen betreffen. Zum zweiten muss die Gefahr unmittelbar drohend und nicht anders abzuwenden sein, wie Artikel 701 Absatz 1 ZGB und Artikel 34 StGB präzisieren[1391]. Nach der Rechtsprechung trifft dies zu, wenn eine Person einen Damm baut, um nach ausserordentlich starken Regenfällen Wassermassen abzuleiten, die sonst ein bewohntes Dorf erreichen würden, und dabei Nachbargrundstücke beschädigt[1392]. Anders verhält es sich bei der Seilbahngesellschaft, die mit Sprengstoff eine Lawine auslöst und dabei Gebäude beschädigt, wenn dies nicht zum Schutz der Skifahrer - die Pisten waren bereits geschlossen -, sondern allein deshalb erfolgt, um den Betrieb der Anlagen wieder aufnehmen zu können[1393]. In diesem Fall ist die Schädigung nicht durch einen Notstand gerechtfertigt, sondern es handelt sich um eine verschuldete rechtswidrige Schädigung[1394]. Dasselbe gilt natürlich, wenn die Gefahr von der Person, die in fremdes Recht eingreift, absichtlich oder fahrlässig geschaffen wurde[1395].

Die Haftung nach Artikel 52 Absatz 2 OR setzt zudem voraus, dass der Eingriff in fremde Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zur bestehenden oder drohenden Gefahr steht. Diese muss somit "ungleich grösser" sein "als die durch den Eingriff entstehende Beeinträchtigung", wie Artikel 701 Absatz 1 ZGB es ausdrückt. Die Mehrheit der Lehre ist der Ansicht, dass eine Schädigung nur dann von einem Notstand gerechtfertigt ist, wenn in materielle Güter, nicht aber ins Leben, in die körperliche Integrität oder in andere Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird[1396]. Die Rechtsprechung scheint diese Ansicht zu teilen[1397]. Sie beruft sich insbesondere auf die unterschiedliche Redaktion von

---

1390 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 291, 294, 299; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75.

1391 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 47 zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75.

1392 BR 1994, S. 109, Nr. 225.

1393 BGE 96 II 177.

1394 Vgl. auch BGE 100 II 127 ff. (Fall eines Angestellten des Bündner Strassenamts, der zum Schutz einer Strasse künstlich eine Lawine auslöst und sich dabei infolge eines entschuldbaren Irrtums im Notstand glaubt).

1395 Vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 46 zu Art. 52 OR.

1396 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 422 f. und Anm. 103; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 42 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 290, 297, 299.

1397 Nach dem Bundesgericht findet Art. 52 Abs. 2 OR Anwendung auf die Schädigung von beweglichen Sachen Dritter und Art. 701 ZGB auf die Schädigung von Immobilien; das Ge-

Artikel 52 Absatz 1 OR (der bei Notwehr einen Eingriff sowohl in die Person wie auch ins Vermögen zulässt) und Artikel 52 Absatz 2 OR (der bei Notstand nur einen Eingriff ins Vermögen erlaubt). Für die Minderheit der Lehre soll die Notstandsregelung auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Eingriff in die körperliche Integrität Dritter erfolgt, weil Artikel 52 Absatz 2 OR einen Eingriff in das Vermögen Dritter zulässt und weil auch der Schaden aus Körperverletzungen - sieht man von der Genugtuung ab - (wie jeder Schaden) eine Verminderung des Vermögens des Opfers darstellt[1398]. Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich der Mehrheit der Lehre an und schlagen eine redaktionelle Änderung der Regelung vor, die - wie hinten dargelegt wird - jeden Zweifel über den Anwendungsbereich der Bestimmung beseitigen soll.

Sind die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt, gibt Artikel 52 Absatz 2 OR dem Gericht die Möglichkeit, die Höhe des dem Opfer zustehenden Schadenersatzes nach Recht und Billigkeit zu bestimmen. Dabei verfügt das Gericht über einen Ermessensspielraum nach Artikel 4 ZGB, was ihm ermöglicht, sowohl über den Grundsatz wie auch über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden[1399]. In allen Fällen wird es die Gesamtheit der Umstände berücksichtigen, wie die vorhandenen Interessen - insbesondere die Notwendigkeit, menschliche Leben zu retten -, das Verhalten der beteiligten Personen, den dringenden Charakter und die ausserordentliche Natur der Lage, den vom Opfer erlittenen Schaden und die eventuelle Schadensdeckung durch eine Versicherung[1400].

Im geltenden Recht wird das Handeln im Notstand als Rechtfertigungsgrund verstanden, also als Umstand, der die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschliesst[1401]. Es wird auch von "negativer Voraussetzung der Rechtswidrigkeit" gesprochen. Die Regel von Artikel 52 Absatz 2 OR ist nicht Gegenstand von Diskussionen; selbst wenn sie - entsprechend ihrer Natur - eine sehr geringe praktische Anwendung findet, wird sie von niemandem in Frage gestellt. Auch die Verfasser des Vorentwurfs sind der Meinung, dass diese Regelung weiterhin ihre Daseinsberechtigung haben wird. Der Studienkommission folgend[1402], schlagen sie indessen vor, aus der Norm einen besonderen Tatbestand der Haftung für rechtmässige Schädigung zu machen, und zwar aus zwei Gründen. Erstens ist es nützlich, zwischen dem Notstand, der die schädigende Person grundsätzlich nicht befreit, und den Rechtfertigungsgründen wie der Einwilligung des Opfers oder der Notwehr, die jede Schadenersatzpflicht ausschliessen, zu unterscheiden. Zweitens ist es zweckmässig, dass das Gesetz diese besondere Haftung und die ähnliche Haftung von Artikel 59*a* VE (Ausübung des Eigentumsrechts) nacheinander regelt.

---

richt präzisiert, dass der Begriff des Notstands dennoch in einheitlicher Weise auszulegen sei (BGE 100 II 125 und die dortigen Hinweise).

1398 Landmann V., Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Zürich 1975, S. 102; Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 44 f.

1399 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 zu Art. 52 OR.

1400 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 54 ff. zu Art. 52 OR; BR 1994, S. 109, Nr. 225; BGE 100 II 130 ff.

1401 Vgl. vorne 2.3.3.4.

1402 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45; vgl. auch 1.2.2.1.8.

Im Übrigen besteht kein Anlass, die Regel von Artikel 52 Absatz 2 OR grundlegend zu ändern. Sie befriedigt anscheinend, und ihre Flexibilität ist in Anbetracht der Vielfalt möglicher Anwendungsfälle und des weiten Ermessensspielraums der Gerichte durchaus gerechtfertigt. Um eine genaue Übereinstimmung mit der deutschen Fassung und mit Artikel 34 StGB zu gewährleisten, lautet der Randtitel der französischen Fassung nicht mehr "cas de nécessité", sondern neu "état de nécessité". Ferner ist hervorzuheben, dass die Bestimmung präzisiert, in welche Rechtsgüter Dritter bei Notstand eingegriffen werden darf, nämlich in Sachen oder andere Vermögensrechte[1403], aber nicht - *a contrario* - ins Leben oder in die geistige Unversehrtheit. Durch diese redaktionelle Präzisierung wollen die Verfasser des Vorentwurfs die Ambivalenz des geltenden Wortlauts und die damit verbundene Kontroverse beseitigen. Dabei berufen sie sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der der Anwendung dieser Norm zugrunde liegt, aber auch auf die bereits wiederholt ausgedrückte Idee einer Hierarchie unter den Rechtsgütern[1404]. Gewisse Güter, darunter vor allem die Persönlichkeitsrechte, verdienen dank ihrem anerkannten höheren sozialen Wert den bestmöglichen Schutz. Sie können daher nie einem Notstand geopfert werden.

3.2.3 Ausübung des Eigentumsrechts (Art. 59a VE)

Gemäss Artikel 641 Absatz 1 ZGB kann der Eigentümer einer Sache "in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen". Bei unbeweglichen Sachen legen das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone immer mehr Schranken fest, namentlich in Bestimmungen über die Raumplanung, den Umweltschutz, die Enteignung, die öffentliche Gesundheit oder die Baupolizei[1405]. Weitere Schranken sieht das Privatrecht vor, insbesondere in den nachbarrechtlichen Bestimmungen (Art. 684 ff. ZGB), die "alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen" verbieten (Art. 684 Abs. 2 ZGB).

Wer dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, "dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet", kann nach Artikel 679 ZGB "auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen". Neben der Beseitigungs- und der Unterlassungsklage gewährt die Bestimmung dem Eigentümer, der an der Benutzung, dem Gebrauch oder der Bewirtschaftung seines Grundstücks verhindert und dadurch geschädigt wird, einen Schadenersatzanspruch gegen den Nachbarn, der sein Eigentumsrecht überschritten hat. Klageberechtigt sind der Eigentümer des Nachbargrundstücks und die Personen, die kraft eines beschränkten dinglichen Rechts oder eines obligatorischen Rechts, beispielsweise aufgrund eines Mietvertrags[1406], Besitzer des Grundstücks sind. Das Nachbargrundstück

---

[1403] Erfasst ist hier z.B. der Fall des Arbeitnehmers, der den Arbeitsplatz vorübergehend verlässt, um einem Dritten, der sich in Gefahr befindet, Hilfe zu leisten.

[1404] Vgl. vorne 2.3.2.1 (Schadensarten und -kategorien), 2.3.3.3 (Definition der Rechtswidrigkeit), 2.10.2 (Wegbedingung und Einschränkung der Haftung).

[1405] Vgl. insbesondere den Vorbehalt von Art. 702 ZGB.

[1406] BGE 83 II 379 f., 114 II 232, 119 II 415.

braucht nicht an jenes des beklagten Eigentümers anzugrenzen, sondern kann von diesem mehr oder weniger entfernt sein[1407]. Haftpflichtig ist der Eigentümer des Grundstücks, das die Immissionen verursacht; nach der Rechtsprechung haftet allerdings auch jede Person, die eine tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausübt, wie der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts oder gar der Mieter oder Pächter[1408].

Die Haftung nach Artikel 679 ZGB setzt eine Überschreitung bei der Ausübung des Eigentumsrechts voraus, also die Verletzung einer der gesetzlichen Schranken des Eigentums, die im Bundesrecht (Art. 684 ff. ZGB) oder im (von Art. 686 und 688 ZGB vorbehaltenen) kantonalen Recht vorgesehen sein kann. Die Überschreitung muss auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen sein, so beispielsweise auf Bauarbeiten, die einen Erdrutsch oder umweltverschmutzende Immissionen verursachen. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls. So ist insbesondere das Ausmass der schädlichen Einwirkungen abzuklären und zu prüfen, ob sie objektiv die Grenze dessen überschreiten, was die Nachbarn im konkreten Fall nach den örtlichen Bedingungen und den auf dem Spiel stehenden Interessen zu dulden haben[1409]. Sind die Einwirkungen übermässig, ist die Verletzung des Nachbarrechts rechtswidrig und lässt grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht entstehen. Mit anderen Worten sanktioniert Artikel 679 ZGB das Übermass, den "Missbrauch des Eigentumsrechts"[1410], und dies unabhängig vom Verschulden der Person, die dieses Recht ausübt[1411].

Bekanntlich können grosse Bauarbeiten, welche die Errichtung, Änderung oder Erneuerung von Gebäuden bezwecken, vor allem in den Städten die Nachbarn jeder Art von Belästigungen aussetzen: Lärm- und Staubimmissionen, Erschütterungen des Bodens, Lastwagenverkehr, Durchfahrts- und Durchgangsbeschränkungen. All dies ist geeignet, das Leben der Ortsbewohner und der Passanten zu stören und den Umsatz der Geschäftsleute zu senken, wenn die Arbeiten den Zugang zu ihren Ladenräumen einschränken. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Problem hat eine Entwicklung durchgemacht.

In einem Entscheid von 1957[1412] hat das Bundesgericht die Haftung des Grundeigentümers nach Artikel 679 und 684 ZGB für den Fall bejaht, dass die Einrichtungen auf der Baustelle für die Nachbarn übermässige Einwirkungen verursachen. In einem solchen Fall sei die Ausübung des Eigentumsrechts rechtswidrig, und dies selbst dann, wenn die Einrichtungen technisch notwendig

---

1407 Vgl. z.B. BGE 109 II 304: Eigentümer von Obstgärten mit Aprikosenbäumen, die durch Fluorimmissionen aus einer Aluminiumfabrik geschädigt wurden.

1408 BGE 104 II 18 ff., 111 II 237 f.

1409 BGE 119 II 416 und die dortigen Hinweise.

1410 BGE 44 II 36.

1411 BGE 119 II 416; Werro F., Les immissions de la construction, in: Journées du droit de la construction, Freiburg 1997, I, S. 64 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 15.

1412 BGE 83 II 375, 381 ff.

und die Arbeiten unerlässlich seien. Dieser Entscheid wurde kritisiert, insbesondere bezüglich der Bejahung der Rechtswidrigkeit[1413].

Diese Kritik veranlasste das Bundesgericht im Jahre 1965, mit dem berühmten Entscheid Tanner[1414] seine Meinung zu ändern. Die neue Auffassung wurde mehrmals bestätigt[1415]. Kurz zusammengefasst, lautet sie so: Der Eigentümer eines Grundstücks muss die betroffenen Dritten entschädigen, wenn sie einen erheblichen Schaden erleiden und wenn der Bau zwar unvermeidliche Einwirkungen verursacht (andere Massnahmen wären technisch unmöglich oder unverhältnismässig teuer), diese aber übermässig sind (die nachteiligen Auswirkungen für die Nachbarn überschreiten wegen ihrer Natur, ihrer Intensität und ihrer Dauer das Ausmass, das bei der Bewirtschaftung eines Gebäudes normalerweise zu dulden ist). In einem solchen Fall ergibt sich die Haftung nicht aus der direkten Anwendung von Artikel 679 ZGB, der - wie bereits ausgeführt - eine Überschreitung des Eigentumsrechts ahndet. Man kann nämlich nicht behaupten, dass der Eigentümer, der auf seinem Grundstück notwendige und angemessene Bauarbeiten ausführe, sein Recht überschreitet. Im Gegenteil: Er handelt gesetzeskonform und wird in aller Regel eine Baubewilligung besitzen und allenfalls auch berechtigt sein, während der Bauarbeiten öffentlichen Boden zu beanspruchen. Die daraus resultierenden unvermeidbaren Einwirkungen sind daher nicht rechtswidrig und müssen von den Nachbarn geduldet werden, selbst wenn sie objektiv übermässig sind. Es ist dennoch billig, dass die Nachbarn als Gegenleistung eine Entschädigung erhalten, wenn der erlittene Schaden bedeutend ist. Das Bundesgericht präzisiert, dass in diesen Fällen Artikel 679 ZGB nicht unmittelbar, sondern auf dem Umweg über eine Lückenfüllung gemäss Artikel 1 Absatz 2 ZGB anwendbar ist.

Das Bundesgericht hebt noch hervor, dass seine Rechtsprechung mit den Bestimmungen des ZGB übereinstimmt, nach denen aus der Anerkennung besonderer Rechte - insbesondere des Rechts, in eine fremde Rechtssphäre einzugreifen (Art. 674 Abs. 3: Überbau; Art. 691: Durchleitungen; Art. 694: Wegrecht; Art. 710: Notbrunnen) - eine Schadenersatzpflicht abgeleitet wird. Bei diesen Fällen wird manchmal - analog zur "öffentlich-rechtlichen" Enteignung - von einer "privatrechtlichen Enteignung" gesprochen. Unter bestimmten Umständen, namentlich bei einem schweren, besonderen und unvoraussehbaren Schaden, können nämlich die mit dem Grundeigentum verbundenen Nachbarrechte Gegenstand eines Enteignungsverfahrens bilden und zu einer Entschädigung führen[1416]. Nach der Rechtsprechung ist es zudem notwendig, dass der Bau oder der Betrieb eines Grundstücks, das zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört, übermässige und unvermeidbare (oder nur mit übertriebe-

---

1413 Vgl. insbesondere Liver P., in ZbJV 1959, S. 22.

1414 BGE 91 II 100.

1415 Vgl. insbesondere BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 145; BGE 114 II 230.

1416 Vgl. im Bundesrecht Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1930 über die Enteignung, SR 711. Nicht alle Kantone kennen die öffentlich-rechtliche Enteignung von Nachbarrechten.

nen Kosten zu vermeidende) Immissionen verursacht und dem Bauherrn für die betreffenden Bauarbeiten ein Enteignungsrecht zusteht[1417].

Mit dem Entscheid Tanner wird eine neue Kausalhaftung des Grundeigentümers eingeführt. Sie unterscheidet sich insofern von derjenigen nach Artikel 679 ZGB, als die Entschädigungspflicht, obwohl sie an strenge Bedingungen - namentlich an das Vorliegen eines bedeutenden Schadens - geknüpft ist, keine rechtswidrige Ausübung des Eigentumsrechts voraussetzt. Zudem kann der geschädigte Nachbar weder die Beseitigung noch die Unterlassung der störenden Einwirkung verlangen, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die von den Arbeiten verursachten Immissionen bei objektiver Betrachtung als übermässig erweisen. Vorzubehalten sind in diesem Zusammenhang die Einwirkungen, welche die Persönlichkeit, insbesondere die Gesundheit des Nachbarn verletzen: Sie sind grundsätzlich rechtswidrig und brauchen nicht geduldet zu werden. Auffallend ist, dass alle Klagen, die zur erwähnten Rechtsprechung führten, den Ersatz reines Vermögensschadens, namentlich des Einkommensausfalls aus geschäftlicher Tätigkeit betrafen.

Trotz einiger Vorbehalte und kritischer Stellungnahmen zu ihrer Begründung fand diese Rechtsprechung grundsätzliche Zustimmung in der Lehre[1418]. Es wird anerkannt, dass sie einen Interessenkonflikt löst, den die Regelung von Artikel 679 und 684 ZGB nicht zu lösen vermag. Bei dieser Regelung ist der Gesetzgeber nämlich davon ausgegangen, dass grosse Bauarbeiten auf einer Liegenschaft den Nachbarn zwei Arten von nachteiligen Einwirkungen verursachen können: Entweder sind die Immissionen übermässig und vermeidbar, und dann kann der Richter sie verbieten oder den Eigentümer zur Leistung von Schadenersatz verurteilen, oder sie sind nicht übermässig, und dann müssen sie vom Nachbarn ohne Gegenleistung geduldet werden. Die dritte Kategorie von Immissionen, diejenige der gerechtfertigten und angemessenen Bauarbeiten, die übermässige und unvermeidbare Einwirkungen verursachen, wurde vom Gesetzgeber *a priori* nicht in die Regelung von Artikel 679 und 684 ZGB einbezogen. Diese Bestimmungen erfassen somit nicht die besondere Situation einer Person, die gezwungen ist, ihr Eigentumsrecht vorübergehend zu missbrauchen, um es ausüben zu können[1419]. Es handelt sich hier um eine unechte Lücke, weil das Gesetz nicht befriedigt und bloss scheinbar eine Lösung liefert[1420]. Bei der Lückenfüllung muss das Gericht die entgegengesetzten Interessen von Grundeigentümer und Nachbarn nach Recht und Billigkeit berücksichtigen. Das Bundesgericht tut dies, indem es dem Eigentümer das Recht gewährt, die Bauarbeiten zu vollenden, dem Nachbarn aber einen Anspruch auf

---

1417 BGE II 286 ff., 113 Ib 37, 114 II 236, 119 II 414 f. Vgl. auch Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 251 ff.; Zufferey J.B., Les immissions de la construction, in: Journées du droit de la construction, Freiburg 1997, I, S. 90 ff.

1418 So Liver P., in ZbJV 1967, S. 1 ff.; Meier-Hayoz A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.1.2, Grundeigentum II (Art. 680-701 ZGB), 3. Aufl., Bern 1978, N 222 ff. zu Art. 684 ZGB; Tercier P., La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction, BR 1987, S. 82 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 205; Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 168 ff., der die mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmenden ausländischen Lösungen, namentlich die deutsche und die französische, erwähnt.

1419 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 69; vgl. auch Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 168 f.

1420 BGE 114 II 237; Meier-Hayoz A., a.a.O. (Anm. 1418), N 222 ff. zu Art. 684 ZGB; Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 119 ff.

angemessene Entschädigung zuerkennt. In diesem Sinne ist die Entschädigung eine angemessene Kompensation für das Privileg des Eigentümers, in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen.

Zur Rechtfertigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann noch hinzugefügt werden, dass sie im Einklang mit den zivilrechtlichen Bestimmungen über den Notstand und die Fälle privater Enteignung und mit den Bestimmungen von Bund und Kantonen über die Enteignung von Nachbarrechten im öffentlichen Interesse steht. Kurz gesagt: Die bundesgerichtliche Lösung entspricht einer praktischen Notwendigkeit, gibt eine billige Antwort auf den bestehenden Interessenkonflikt und fügt sich harmonisch ins System des schweizerischen Rechts ein. Aus diesen Gründen - und der Studienkommission[1421] folgend - schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Rechtsprechung gesetzlich zu verankern. Dieser Vorschlag rechtfertigt sich aufgrund der Besonderheit des Tatbestandes und des Bestrebens, die Rechtssicherheit möglichst zu garantieren. Zunächst ist festzustellen, dass die Regelung eine besondere Kausalhaftung des Grundeigentümers vorsieht, die insofern Ausnahmecharakter aufweist, als sie an eine rechtmässige Handlung anknüpft. Ferner ist zu bemerken, dass heute in der Lehre bezüglich der Grundlage und der Rechtfertigung der Regelung bei weitem keine Einheit herrscht. Es drängt sich daher auf, die Gelegenheit dieser Revision auszunützen und diese Regelung im revidierten Obligationenrecht zu verankern.

Formell ist Artikel 59*a* VE eine neue Bestimmung; materiell übernimmt er aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die zum ersten Mal im Entscheid Tanner festgelegt und seither bestätigt und präzisiert wurde[1422]. Daher kann auf die Erwägungen der diesbezüglichen Entscheidungen des Bundesgerichts und auf die reiche Lehre dazu verwiesen werden[1423].

Artikel 59*a* VE legt eine besondere Haftung aus rechtmässiger Ausübung des Grundeigentums fest. Er findet keine Anwendung, wenn die übermässigen Einwirkungen auf die Nachbarn darauf zurückzuführen sind, dass der Grundeigentümer ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung verletzt hat. Dies trifft dann zu, wenn die Einwirkungen dauernd sind oder wenn sie ohne unverhältnismässige Nachteile oder Kosten vermieden werden könnten. Dies würde auch dann zutreffen, wenn die Einwirkungen (z.B. toxische Immissionen) die Persönlichkeit des Nachbarn, namentlich seine körperliche oder geistige Unversehrtheit verletzen. In diesen Fällen ist die Schädigung rechtswidrig und das Opfer braucht sie nicht zu dulden, sondern kann auf Beseitigung der Einwirkung und auf Ersatz des materiellen Schadens, unter Umständen auch auf Genugtuung klagen (Art. 28 ff., 679 und 684 ZGB)[1424], so dass es grundsätzlich Anspruch auf volle Entschädigung hat[1425]. Ergeben sich die schädlichen Einwir-

---

1421 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45.

1422 Vgl. vorne Anm. 1414 und 1415.

1423 Vgl. namentlich die Hinweise auf die Lehre in der Dissertation von Ender (a.a.O., Anm. 1383) und die Beiträge in Journées du droit de la construction/Baurechtstagung, I, Freiburg 1997, S. 61 der französischen und S. 55 der deutschen Ausgabe.

1424 Vgl. Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 164 ff.; Steinauer P.H., Les droits réels, 2. Aufl., Bern 1994, II, Nr. 1898; Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 65.

1425 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1418), S. 84.

kungen aus einer für die Umwelt besonders gefährlichen Tätigkeit, kann auch die Spezialbestimmung des Umweltschutzgesetzes zur Anwendung kommen[1426].

Die Anwendung von Artikel 59*a* VE setzt das Vorliegen übermässiger und vermeidbarer Einwirkungen voraus, die den Nachbarn einen erheblichen Schaden verursachen. Wie im geltenden Recht sollen die Einwirkungen als unvermeidbar gelten, wenn andere Bewirtschaftungsmassnahmen - insbesondere bauliche Massnahmen - technisch unmöglich oder wirtschaftlich unverhältnismässig sind. Die Einwirkungen sind übermässig, wenn sie wegen ihrer Natur, ihrer Intensität und ihrer Dauer bei weitem das überschreiten, was normalerweise bei der Ausübung des Grundeigentums einem Nachbarn zugebilligt werden kann. Es kann sich um positive (z.B. Schwingungen und Lärm- oder Staubimmissionen) oder um negative Einwirkungen handeln, die sich allein aus dem Bestehen eines Werkes ergeben (z.B. Sonnenentzug oder Beeinträchtigung des Zugangs zu einem benachbarten Laden)[1427]. Beim Entscheid, ob Immissionen "übermässig" sind, müssen alle Umstände berücksichtigt werden. Die Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen zum Schutz der Umwelt, namentlich von Maximalwerten für Immissionen, wird für den Zivilrichter ein nützliches Indiz sein[1428]. Auch sollen die beteiligten Interessen abgewogen werden, also das Interesse des Nachbarn, keine übermässigen Nachteile zu erleiden (man denke an eine Klinik, die Patienten mit Ruhebedarf aufnimmt), und dasjenige des Eigentümers, Arbeiten durchzuführen (z.B. um das Gebäude zu unterhalten oder es zu modernisieren). Es wird heute allgemein anerkannt, dass die Duldungsschwelle höher sein soll, wenn der Bau oder der Umbau eines Gebäudes einem öffentlichen Interesse entspricht[1429].

Artikel 59*a* VE bestimmt den Grundeigentümer als Subjekt der Haftung. Wie im geltenden Recht ist dennoch davon auszugehen, dass jede Person, die eine tatsächliche Herrschaft über das betreffende Grundstück ausübt (z.B. der Bauberechtigte oder der Mieter), in Anwendung dieser Bestimmung belangt werden kann[1430]. Es kann sich dabei auch um das Gemeinwesen handeln. Dies trifft immer zu, wenn das Gebäude zum Finanzvermögen des Staates gehört, kann aber auch dann zutreffen, wenn das Gebäude zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört. Eine Ausnahme bildet im letzteren Fall die Errichtung von Bauarbeiten, für welche dem Bauherrn ein Enteignungsrecht zusteht, weil dann die Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone über die Enteignung von Nachbarrechten zur Anwendung kommt[1431].

Nach dem Wortlaut von Artikel 59*a* VE ist der Nachbar klageberechtigt. Auch dieser Begriff ist aber im Lichte des geltenden Rechts auszulegen[1432]. So wird

---

1426 Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 96, der auf den geltenden Art. 59a USG Bezug nimmt. Vgl. hinten 4.2.45 für die Änderungsvorschläge betreffend dieses Gesetz.

1427 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 102; BGE 114 II 236.

1428 Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 81 ff., insbesondere S. 92 und 95.

1429 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 67; BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 153.

1430 Vgl. vorne die Hinweise zu Anm. 1408.

1431 BGE 113 Ib 37, 119 II 414 f.; Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 98; Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 247.

1432 Vgl. vorne die Hinweise zu Anm. 1406 und 1407.

er jede Person erfassen, die über das Nachbargrundstück (kraft eines beschränkten dinglichen oder eines obligatorischen Rechts) ein Besitzesrecht ausübt. Dieses Kriterium soll die Personen ausschliessen, die zwar Opfer übermässiger Einwirkungen sind, deren Beziehung zum Grundstück aber bloss zufällig oder momentan ist[1433]. Nicht verlangt wird hingegen, dass die beiden Grundstücke aneinandergrenzen. Letztlich wird der Kreis der Opfer nach dem Kriterium der Kausalität bestimmt.

Sind die Voraussetzungen der Anwendung erfüllt, ermächtigt Artikel 59*a* VE den Richter, die Höhe der vom belangten Grundeigentümer geschuldeten Entschädigung nach Recht und Billigkeit zu bestimmen. Das Gericht wird somit über einen Ermessensspielraum nach Artikel 4 ZGB verfügen, was ihm ermöglicht, sowohl über den Grundsatz der Entschädigung wie auch über ihre Höhe zu entscheiden.

In jedem Fall wird das Gericht allen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen, so insbesondere den beteiligten Interessen (unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs sowie der örtlichen Lage und der Natur der Gebäude), dem Ausmass der Einwirkungen (insbesondere ihrer Intensität und ihrer Dauer) und dem Verhalten der Parteien (insbesondere der Art der Ausführung der Arbeiten des Grundeigentümers und der Massnahmen des Nachbarn zur Schadensminderung). Das Gericht wird auch den Vorteil berücksichtigen, der dem Nachbarn aus der Baute mit Sicherheit erwachsen wird, wie dies bei einem Handwerker der Fall sein könnte, der vom Bau eines grossen Einkaufszentrums in der Nähe profitieren wird[1434].

Im weiteren kann das Gericht in Bagatellfällen auf eine Entschädigung verzichten, weil der Schaden bedeutend sein muss[1435]. Zudem muss der Nachbar die Folgen jenes Teils der Einwirkungen tragen, die er zu dulden hat[1436]. Dies bedeutet, dass es nie zu einer vollen Entschädigung des Nachbarn kommen wird.

3.3 Haftung für Tiere (Art. 60 und 60a VE)

3.3.1 Die geltende Regelung

Nach Artikel 56 Absatz 1 OR haftet die Person, die ein Tier hält, für den Schaden, den dieses verursacht hat, wenn sie nicht nachweist, dass sie in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Bestimmung enthält eine mit ausländischen Lösungen[1437] vergleichbare Spezialregelung. Sie ist ähnlich aufgebaut wie Artikel 55 OR[1438]. Ursprünglich als Verschuldenshaftung mit Umkehr der Beweislast

---

1433 BGE 104 II 18.

1434 Vgl. BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 153.

1435 Vgl. darüber Schmid J., Bauimmissionen - ein Problem des öffentlichen und des privaten Rechts, in Baurechtstagung, Freiburg 1997, I, S. 83.

1436 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1418) S. 84; BGE 91 II 107.

1437 Vgl. beispielsweise Art. 1385 CCF, Art. 2052 CCI, § 834 f. BGB, § 1320 ABGB.

1438 Vgl. vorne 2.4.3.

bezüglich des Verschuldens verstanden, wird die Regelung heute als einfache (gewöhnliche, milde) Kausalhaftung betrachtet, die mit der Vermutung der Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet wird[1439]. Auf diesem Gebiet ist eine strenge Haftung aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt: Das Tier ist nämlich rechtlich gesehen eine "Sache", aber eine lebende Sache, die wegen ihres Instinkts in unvoraussehbarer und gefährlicher Weise Dritte schädigen kann. Es erscheint daher als richtig, dass die Person, die das Tier im eigenen Interesse hält, die Folgen seines schädigenden Verhaltens trägt[1440].

Haftungssubjekt ist der Tierhalter, also die Person, welche die tatsächliche Herrschaft über das Tier ausübt und in der Lage ist, dem Tier die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken[1441]. Der Begriff "Tierhaltung" ist materiell und braucht nicht unbedingt mit dem Eigentum oder dem Besitz zu übereinstimmen[1442]. Er setzt selbstverständlich voraus, dass das betreffende Tier gehalten werden kann, also dass es sich um ein Haustier oder mindestens um ein gezähmtes Tier handelt (was bei wilden Tieren, nicht aber beim frei lebenden Wild zutreffen kann)[1443].

Wie bereits dargelegt, wird die Haftung nach Artikel 56 Absatz 1 OR mit der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet. Mit anderen Worten haftet der Tierhalter von vorneherein für jeden vom Tier angerichteten Schaden, selbst wenn kein subjektiver Vorwurf ihn trifft. Er kann dennoch die Haftungsvermutung umstossen. Zu diesem Zweck wird er nachweisen, dass das Tier mit der von den Umständen gebotenen Sorgfalt verwahrt und beaufsichtigt wurde - zu berücksichtigen sind insbesondere Art, Charakter, Vorleben, Funktion und Verwendung des Tieres wie auch die örtlichen und zeitlichen Bedingungen, die zum Eintritt der Schädigung führten[1444]. Die Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte seit langer Zeit für den Entlastungsbeweis strikte Voraussetzungen festgelegt haben und dabei die erforderliche Sorgfalt immer mehr nach objektiven Kriterien umschreiben[1445].

Analog zu Artikel 55 Absatz 1 OR gewährt Artikel 56 Absatz 1 OR dem belangten Tierhalter einen anderen Entlastungsbeweis. Er ermöglicht ihm nämlich nachzuweisen, dass seine Sorgfalt den Eintritt des Schadens nicht hätte ver-

---

1439 Vgl. vorne 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3, 2.4.4.1 und 3.1.1.

1440 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 4 und 31 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 24; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 114 f.; BGE 102 II 235.

1441 BGE 110 II 138.

1442 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 und 14 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21 N 23 und 24; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 116 f.; BGE 104 II 25, 110 II 138, 115 II 245.

1443 Zu dem vom Wild oder infolge Jagdausübung verursachten Schaden vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 14 und 69; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 56 OR.

1444 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 ff. zu Art. 56 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 118 f.

1445 Vgl. insbesondere BGE 67 II 28 f., 85 II 245 f., 102 II 235, 110 II 139. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 52 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 86. Vgl. auch vorne 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3.

hindern können. Wie dies bereits bezüglich der Haftung für Hilfspersonen betont wurde[1446], betrifft diese zweite Ausnahme die Frage nach dem rechtlichen Ursachenzusammenhang. Genauer betrachtet zeigt sie, dass die Anwendung der Haftungsbestimmung das Vorliegen eines doppelten Ursachenzusammenhangs voraussetzt, nämlich zwischen dem Verhalten des Tiers und dem Schaden einerseits (dieser Zusammenhang muss vom Opfer bewiesen werden) und zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht und dem Schaden anderseits (dieser Zusammenhang wird vermutet). Daraus folgt, dass der Mangel an Sorgfalt rechtlich irrelevant ist, wenn der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre, etwa wenn er objektiv unvoraussehbar war oder massgebend von einer externen Ursache verursacht wurde. Dies trifft auch dann zu, wenn das Tier, das bis anhin dank seiner Fügsamkeit und Freundlichkeit bekannt war, plötzlich von sich aus aggressiv wird. Nach der herrschenden Lehre ist die zweite Entlastungsmöglichkeit überflüssig, weil sie einerseits die Notwendigkeit eines Ursachenzusammenhangs zwischen Verletzung der Sorgfaltspflicht und Schaden in unnötiger Weise bestätigt und weil sie anderseits in den meisten Fällen in den Sorgfaltsbeweis des belangten Tierhalters aufgeht[1447].

Die Haftungsnorm von Artikel 56 Absatz 1 OR wird durch zwei andere Regeln ergänzt. Die erste ist in Artikel 56 Absatz 2 OR verankert und behält den Rückgriff des Tierhalters für den Fall vor, dass das Tier durch einen Dritten oder durch das Tier eines Dritten gereizt wurde. Die zweite ist in Artikel 57 OR zu finden und gewährt namentlich dem Besitzer eines Grundstücks zur Sicherung seiner Ersatzforderung ein Retentionsrecht über das Tier, das auf dem Grundstück einen Schaden angerichtet hat (Abs. 1); sie verpflichtet auch den geschädigten Besitzer, ohne Verzug die zur Information des Tierhalters notwendigen Massnahmen zu treffen (Abs. 2)

3.3.2 Die Revisionsvorschläge

3.3.2.1 Einleitung

Wie bereits erwähnt[1448], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs - nicht ohne Zögern - vor, die Tatbestände, die nach geltendem Recht eine milde Kausalhaftung begründen, als Sonderbestimmungen beizubehalten. Dieser Vorschlag erfolgt aus verschiedenen Gründen. Zum einen zeichnen sich diese Haftungsfälle durch ihre eine Besonderheit aus; sie sind in der schweizerischen Rechtstradition verankert, was sie legitimiert[1449]. Zum zweiten bereitet ihre Anwendung in der Regel keine grossen Schwierigkeiten. Diese Feststellung gilt auch für die Haftung des Tierhalters.

Die Regelung der Artikel 56 und 57 OR kann allerdings nicht ohne Änderung übernommen werden. Vielmehr soll diese Revision der Entwicklung des Haftpflichtrechts wie auch den allgemeinen Grundsätzen von Artikel 41 ff. Rech-

---

[1446] Vgl. vorne 2.4.3.3.

[1447] Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 85 ff. zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 153 und § 21, N 97; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 106 f. und 119.

[1448] Vgl. vorne 3.1.1.

[1449] Vgl. vorne 1.2.2.3.1.

nung tragen. Zu diesem Zweck schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass die Haftung des Tierhalters eine wirkliche Gefährdungshaftung wird, was insbesondere den Verzicht auf die heute in Artikel 56 Absatz 1 in fine OR vorgesehenen Entlastungsmöglichkeiten bewirkt. Ferner soll die Rückgriffsregelung von Artikel 56 Absatz 2 OR aufgehoben und Artikel 57 OR, der ein Retentionsrecht über das Tier gewährt, redaktionell leicht revidiert werden.

3.3.2.2 Grundsatz (Art. 60 VE)

In Lehre und Rechtsprechung ist die Meinung verbreitet, dass das Tier als solches eine Gefahr für seine Umgebung darstellt: Sein Instinkt kann es nämlich dazu führen, Dritten in unvoraussehbarer und nicht steuerbarer Weise Schäden anzurichten[1450]. Die Verfasser des Vorentwurfs teilen diese Meinung und sind der Auffassung, dass daraus haftpflichtrechtliche Folgen zu ziehen sind. Sie betonen, dass das Halten eines Tieres im Allgemeinen eine Tätigkeit (im weiteren Sinne) darstellt, die eine nicht zu vernachlässigende Gefährdung Dritter bedeutet. Einen überzeugenden Beweis dafür bietet die Rechtsprechung zu Artikel 56 OR[1451]. Diese Gefährdung gehört zum Wesen des Tierhaltens, kann sich also selbst dann verwirklichen, wenn das Tier aufgrund seiner Art oder seines Charakters harmlos oder gezähmt ist und selbst wenn geeignete Beaufsichtigungsmassnahmen getroffen wurden. Es entspricht deshalb dem Grundsatz der Billigkeit, dass die Person, die ein Tier in ihrem - auch bloss affektiven - Interesse hält, die Folgen der allfälligen Schädigungen trägt, die das Tier verursacht, und dass sie sich nicht durch den Nachweis ihrer Sorgfalt befreien kann. Eine strikte Kausalhaftung ist hier als Kompensation des Privilegs gerechtfertigt, eine besonders gefährliche Tätigkeit auszuüben, die von der Rechtsordnung zugelassen und manchmal bei wilden Tieren sogar behördlich bewilligt wird[1452]. In diesem Sinne ist die *ratio legis* ähnlich derjenigen der neuen Bestimmung über die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[1453]. Sie ist auch mit derjenigen vergleichbar, die den Schweizer Gesetzgeber seit mehr als einem Jahrhundert zur Regelung zahlreicher Tatbestände scharfer Kausalhaftungen einführte, selbst wenn in diesen Fällen die Gefährdung anderer Natur ist als diejenige des Haltens eines Tieres. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass das französische Recht seit längerer Zeit eine scharfe Kausalhaftung des Tierhalters kennt (Art. 1385 CCF)[1454].

Die Einführung einer Gefährdungshaftung des Tierhalters im schweizerischen Recht wird mehrere Folgen haben. Zum einen wird der belangte Tierhalter -

---

1450 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 9; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 541; BGE 67 II 28, 102 II 235, 104 II 25.

1451 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 60 ff. zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 96.

1452 Vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz, SR 451; Art. 38 ff. der Vollzugsverordnung, SR 451.1.

1453 Vgl. vorne 1.2.2.1.3; 2.4.4.3.

1454 Le Tourneau Ph./Cadiet L., Droit de la responsabilité civile, Paris 1996, N 3750; Mazeaud H., L. und J./Tunc A., Traité théorique und pratique de la responsabilité civile, 6, Aufl., II, Paris 1970, N 1302 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 25, N 5.

logischerweise - dem Opfer nicht mehr die in Artikel 56 Absatz 1 in fine OR vorgesehenen Entlastungsgründe entgegenhalten können[1455]. Wie heute schon wird er sich indessen auf Entlastungsgründe berufen können, die den Ursachenzusammenhang betreffen, was in Artikel 47*a* VE ausdrücklich vorgesehen ist. Zum zweiten ist nach Artikel 60 VE nur der Schaden zu ersetzen, der "durch Tötung einer Person, durch Einwirkungen auf deren körperliche oder geistige Unversehrtheit, auf Sachen oder die Umwelt" angerichtet wird. In diesem Sinne übernimmt die Bestimmung den allgemeinen Grundsatz von Artikel 45 Absatz 3 VE. Die Beschränkung der Schadenersatzpflicht auf gewisse Schadenskategorien ist durch den Begriff der Gefährdungshaftung selbst gerechtfertigt. Diese Haftungsart kommt nämlich bei Tätigkeiten zum Tragen, die nicht so sehr für rein wirtschaftliche Interessen Dritter, sondern vielmehr für Menschen und Sachen - die Umwelt inbegriffen - besonders gefährlich sind, also für Güter, die als höherwertig betrachtet werden[1456]. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass sich das Opfer eines von einem Tier verursachten reinen Vermögensschadens eine Haftung des Tierhalters aus Verschulden (Art. 48 VE) geltend machen und sich auf andere Haftungsbestimmungen berufen kann, wenn die diesbezüglichen Anwendungsbedingungen erfüllt sind[1457].

Schliesslich ist zu bemerken, dass die allgemeinen Grundsätze auf dem Gebiet der Kausalhaftungen, insbesondere jene von Artikel 51 und 51*a* VE, selbstverständlich auf die revidierte Bestimmung anwendbar sind[1458]. Im Übrigen wird sich das Gericht an die Lösungen anlehnen können, welche die Rechtsprechung zu Artikel 56 OR entwickelt hat. Es sei daran erinnert, dass diese Haftung - wie es der Randtitel zu Artikel 60 VE ausdrückt - im Verhalten eines Tieres begründet ist. Das Tier muss somit aus eigenem Antrieb, dem eigenen Instinkt gehorchend, gehandelt haben, und es spielt keine Rolle, ob es zu einem direkten Kontakt mit der geschädigten Person gekommen ist[1459]. Diese Voraussetzung ist beispielsweise nicht erfüllt, wenn das Tier gereizt wurde, eine Person oder ein anderes Tier anzugreifen[1460]. Subjekt der Haftung ist wie heute schon die - natürliche oder juristische - Person, die das Tier hält, also die Gewalt darüber ausübt und geeignete Massnahmen zur Vermeidung des Risikos treffen kann, welches das Tier darstellt, und so das Risiko des Eintritts eines Schadens minimieren kann[1461]. Diese Person kann Eigentümerin wie auch Mieterin oder Pächterin, Aufbewahrerin oder Nutzniesserin des Tieres sein. In den letzten vier Fällen muss die Person, der die Gewalt über das Tier zusteht, auch einen - selbst bloss affektiven - Gewinn daraus ziehen. Unter diesem Gesichtspunkt bedauern die Verfasser des Vorentwurfs mit einem Teil der Leh-

---

1455 Vgl. vorne 3.3.1.

1456 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. auch § 833 BGB.

1457 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. auch Art. 53 VE, vorne 2.6.2.

1458 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 und 3.1.3.

1459 Vgl. BGE 102 II 232.

1460 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 117.

1461 Vgl. vorne die Ausführungen betreffend den Begriff des Haftungssubiekts nach der Generalklausel von Art. 50 VE (2.4.4.5) und den Begriff des Tierhalters nach geltendem Recht (3.3.1 und die Hinweise in Anm. 1442).

re[1462], dass das Bundesgericht in manchen Fällen die Person als Inhaberin des Tieres betrachtet hat, die es bloss momentan überwachte[1463]. Sie sind der Meinung, dass das neue Haftungskonzept das Kriterium des Interesses im Vergleich zu jenem der Gewalt aufwerten soll. Diese Bemerkung schliesst selbstredend nicht aus, dass unter gewissen Umständen das Tier alternativ oder kumulativ von mehreren Personen gehalten wird[1464]. Dies könnte beispielsweise zutreffen, wenn ein Reitpferd von seinem Eigentümer und von einem dauernden Mieter beritten wird.

Im geltenden Recht gewährt Artikel 56 Absatz 2 OR dem belangten Tierhalter ein Rückgriffsrecht, wenn das Tier von einem Dritten oder vom Tier eines Dritten gereizt wurde. Diese Regel schliesst andere Regresse, beispielsweise gegen den Mithalter des Tieres oder gegen die schuldhaft handelnde Hilfsperson, der das Tier zur Überwachung anvertraut worden ist, nicht aus. All diese Möglichkeiten fallen unter die allgemeinen Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz[1465]. Die Regressregel von Artikel 56 Absatz 2 OR erweist sich somit als überflüssig und ist - wie Artikel 55 Absatz 2 OR[1466] - aufzuheben.

3.3.2.3 Retentionsrecht (Art. 60a VE)

Im geltenden Recht wird Artikel 56 OR durch Artikel 57 OR ergänzt, der den Fall eines fremden Tieres erfasst, das auf einem Grundstück Schaden anrichtet. Der Besitzer des Grundstücks - oder eine seiner Hilfspersonen[1467] - ist berechtigt, das Tier einzufangen und es zur Sicherung seiner Ersatzforderung in seinem Gewahrsam zu halten; er kann es sogar töten, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 57 Abs. 1 OR). Diese Rechte bilden eine Einheit, und ihre Ausübung hat nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu erfolgen. Sie stehen dem Besitzer des Grundstückes zu, also der Person, die "die tatsächliche Gewalt" über das Grundstück im Sinne von Artikel 919 Absatz 1 ZGB hat. Es kann sich dabei um den Eigentümer, aber beispielsweise auch um den Mieter oder den Pächter handeln. Der Tatbestand von Artikel 57 Absatz 1 OR wird als Sonderfall des Rechts zur persönlichen Abwehr von Angriffen betrachtet, der dem geschädigten Besitzer ein gesetzliches Retentionsrecht gewährt[1468]. Dieses Recht erlaubt dem Besitzer, seine Ersatzforderung sicherzustellen. Seine Ausübung setzt voraus, dass das Tier - das nach dem Geset-

---

[1462] Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 15 zu Art. 56 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 164; Fellmann W., Der Tierhalter - Begriff oder Typus. Einige Gedanken zur Auslegung des Art. 56 OR, SJZ 1987, S. 340 ff.

[1463] Vgl. BGE 104 II 25 ff.

[1464] Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 542 f.; Fellmann W., a.a.O. (Anm. 1462), S. 340 ff.

[1465] In diesem Sinn Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 90 f. zu Art. 56 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 115; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 544; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 98 f.

[1466] Vgl. vorne 2.4.3.5.

[1467] BGE 77 IV 196.

[1468] Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 57 OR; Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 135; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75 und 114; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17.

zeswortlaut Eigentum eines Dritten sein muss[1469] - einen Schaden auf dem Grundstück angerichtet hat; in diesem Sinne gibt Artikel 57 Absatz 1 OR keine direkte Möglichkeit vorbeugender Massnahmen[1470].

Artikel 57 Absatz 2 OR verpflichtet den Besitzer, den Eigentümer des Tieres ohne Verzug zu benachrichtigen und, wenn ihm dieser nicht bekannt ist, das Nötige vorzukehren, um ihn zu ermitteln. Die Unterlassung der Mitteilung kann unter Umständen eine Schadenersatzpflicht begründen[1471].

Die Regelung von Artikel 57 OR erfasst einen Sonderfall, der in der Praxis zu keinen Streitigkeiten führt. Die Lehre empfiehlt übrigens eine restriktive Anwendung der Norm[1472]. So haben sich die Verfasser des Vorentwurfs gefragt, ob die Sonderregelung bei der Revision übernommen werden soll, und namentlich, ob ihr Anwendungsbereich nicht durch andere Bestimmungen abgedeckt ist. Sie bemerken, dass dem Besitzer einer Sache, die von einem fremden Tier bedroht ist, die Rechtsmittel des Besitzesschutzes (Art. 926 ff. ZGB) zustehen. Das in Artikel 926 ZGB vorgesehene Recht auf Abwehr von Angriffen gibt ihm insbesondere die Möglichkeit, ein eingedrungenes Tier zu vertreiben, unabhängig davon, ob dieses einen Schaden verursacht hat oder nicht[1473]. Ist er gezwungen, das Tier zu verletzen oder zu töten, um sich oder einen Dritten vor einer unmittelbar drohenden Gefahr zu schützen, so liegt ein Notstandsfall vor[1474]; Artikel 59 VE macht daraus einen besonderen Tatbestand der Haftung für rechtmässige Einwirkung[1475]. Die Pflicht, den Eigentümer des Tieres zu benachrichtigen, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben; unter Umständen kann es sich um den Fund einer verlorenen Sache handeln, für den die Information des Eigentümers (Art. 720 Abs. 1 ZGB), die Aufbewahrung in angemessener Weise (Art. 721 Abs. 1 ZGB) und der Ersatz aller Auslagen (Art. 722 Abs. 2 ZGB) vorgeschrieben sind. In einem solchen Fall dürfte wohl der Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) nichts entgegenstehen[1476].

Das Retentionsrecht am Tier als Garantie der Entschädigung, die dem Besitzer des Grundstücks geschuldet sein könnte, fällt hingegen unter keine andere Bestimmung als Artikel 57 Absatz 1 OR. Artikel 895 ZGB ist nicht anwendbar, weil er voraussetzt, dass sich die Sache mit Zustimmung des Schuldners im Besitz des Gläubigers befindet, der das Retentionsrecht ausübt. Auch Artikel 700 ZGB gewährt dem Besitzer eines Grundstücks ein Retentionsrecht am weggelaufenen Tier eines Dritten, aber dieses Recht stellt nur den Ersatz des Schadens

---

1469 Vgl. Art. 57 Abs. 2 OR; die vom Wild verursachten Schäden gehören nicht zum Anwendungsbereich der Bestimmung.

1470 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 498; BGE 78 IV 83.

1471 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 18 zu Art. 57 OR; Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 136.

1472 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 57 OR.

1473 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17; Steinauer P.H., Les droits réels, I, 2. Aufl., Bern 1990, N 313 ff.

1474 Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 35; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 498.

1475 Vgl. vorne 3.2.2.

1476 Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 135 f.

sicher, der durch die Aufsuchung und Wegschaffung des Tieres entstanden ist, und schliesst somit den Ersatz des vom Tier unmittelbar verursachten Schadens aus[1477].

Diese Feststellung veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs, die Beibehaltung von Artikel 57 OR vorzuschlagen, obwohl seine praktische Bedeutung gering ist und obwohl sein Anwendungsbereich sich zum Teil mit demjenigen anderer Bestimmungen deckt. Es ist hervorzuheben, dass dieses gesetzliche Retentionsrecht des Besitzers eines Grundstücks in mehrfacher Hinsicht gerechtfertigt ist. Es gibt ihm eine Garantie für seinen Entschädigungsanspruch, will aber auch verhindern, dass weggelaufene Tiere grössere Schäden anrichten[1478]. Die Ausübung des Retentionsrechts bietet zudem dem geschädigten Besitzer ein Mittel zur Sicherstellung der Beweise, was besonders nützlich sein kann, denn weggelaufene Tiere neigen definitionsgemäss zum Weglaufen.

Man könnte sich schliesslich überlegen, ob sich die Regel von Artikel 57 OR nicht auf den wirklich bedeutenden Anspruch des geschädigten Besitzers beschränken sollte, nämlich auf das Retentionsrecht am fremden Tier. Es ist jedoch festzustellen, dass die Regel ein einheitliches Ganzes bildet und nützliche Verhaltensweisen vorschreibt, die sich an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben anlehnen. Es ist daher angebracht, die Bestimmung beizubehalten und sie bloss formal - und geringfügig - zu ändern[1479].

3.4 Haftung für Werke (Art. 61 und 61a VE)

3.4.1 Die geltende Regelung

Nach Artikel 58 Absatz 1 OR haftet der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werks für den Schaden, den diese infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder infolge mangelhafter Unterhaltung verursachen. Die Bestimmung sieht eine Haftung für mangelhafte Sachen vor, genauer gesagt für mangelhafte, mit dem Boden verbundene Werke. Nach heutiger Auffassung handelt es sich um eine milde (gewöhnliche, einfache) Kausalhaftung. Diese ist durch die Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet, und dem belangten Eigentümer steht gegenüber dem Opfer keine spezielle Entlastungsmöglichkeit zu[1480]. Der Eigentümer kann zu Schadenersatz angehalten werden, selbst wenn er beweist, dass ihm nichts vorgeworfen werden kann, dass er die von den Umständen gebotene Sorgfalt walten liess, dass er den Werkmangel nicht kannte, dass der Mangel auf Zufall (z.B. der Frost lässt die Treppe rutschig werden) oder auf das Verschulden einer Hilfsperson (z.B. der Hauswart des

---

1477 Meier-Hayoz A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht, IV.1.3.II, Bern 1975, n. 7, 29 und 36 f. zu Art. 700 ZGB; Steinauer P.H., a.a.O. (Anm. 1424), N 1935 ff.; BGE 80 II 221 ff.

1478 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 zu Art. 57 OR.

1479 So übernimmt der Randtitel von Art. 60*a* VE die technische Bezeichnung "Retentionsrecht". In Abs. 1 ersetzt der im Vorentwurf allgemein verwendete Begriff "Ersatzforderung" den Ausdruck "Entschädigung".

1480 Vgl. insbesondere Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 1, 16 und 62; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 120; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 zu Art. 58 OR; Werro F., BR 1996, S. 50; BGE 69 II 398 f., 121 III 450 f. Vgl. auch vorne 1.2.2.1.3 und 3.1.1.

Gebäudes trifft keine Massnahmen zur Verhinderung der Bildung von Eis auf der Treppe) zurückzuführen ist. Die Strenge der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR ist aus Billigkeitsüberlegungen gerechtfertigt: Der Eigentümer kann nämlich aus dem Werk Nutzen und Vorteile ziehen, und das mangelhaft gebaute unterhaltene Werk schafft eine Gefahr für die Dritten[1481]. Vergleichbare Regelungen sind übrigens im ausländischen Recht zu treffen[1482], die allerdings in Bezug auf Objekt und Subjekt der Haftung wie auch in Bezug auf die Entlastungsmöglichkeiten der haftenden Person erhebliche Unterschiede aufweisen[1483].

Subjekt der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR ist der "Eigentümer" des Werks. Daraus hat das Bundesgericht im Jahre 1980 abgeleitet[1484] - diese Rechtsprechung wurde letzthin bestätigt[1485] -, dass es sich dabei um die Person handelt, die nach Sachenrecht als Eigentümerin gilt. Passiv legitimiert im Prozess ist somit in der Regel der Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Werk gebaut ist oder mit dem das Werk verbunden ist. Der "Besitzer" eines Grundstücks (Art. 57 OR), der "Halter" einer Sache (Art. 56 OR, Art. 58 SVG) und der "Inhaber" eines Betriebs (Art. 27 EleG) können daher nicht dem "Eigentümer" nach Artikel 58 Absatz 1 OR gleichgestellt werden. Dasselbe gilt für den Mieter und den Pächter des Grundstücks und für den Dienstbarkeitsberechtigten[1486].

Es gibt dennoch Fälle, in denen die Person, die nach Artikel 58 Absatz 1 OR haftet, nicht Eigentümerin des Grundstücks ist, auf dem sich das Werk befindet. Einige Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Sachenrechts; andere beruhen auf der Rechtsprechung und sind durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, in gewissen Fällen vom formellen Kriterium des Eigentums abzusehen und die tatsächliche Gewalt über die Sache und den Zweck des Werks zu berücksichtigen.

Zu den gesetzlichen Ausnahmen gehören die Durchbrechungen des Akzessionsprinzips (Art. 667 ZGB). Sie geben die Möglichkeit, den Eigentümer des mangelhaften Werks - und nicht den Eigentümer des Grundstücks - zu belangen. Dies trifft zu bei Fahrnisbauten, die nicht im Grundbuch eingetragen sind (Art. 677 ZGB), und bei Gebäuden, die vom Eigentümer aufgrund einer Konzession oder eines beschränkten dinglichen Rechts auf fremdem Grundstück gebaut wurden (Art. 674, 675 und 779, 676 und 691 ZGB)[1487].

1481 Oftinger K. / Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 2 und 4; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 120; BGE 121 III 450.

1482 Vgl. insbesondere Art. 1384 Abs. 1 und 2 und 1386 CCF; Art. 2051 und 2053 CCI; § 836 ff. BGB; § 1319 und 1319a ABGB.

1483 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 5 ff.

1484 BGE 106 II 201.

1485 BGE 121 III 448, 123 III 309.

1486 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 25; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 und 13 zu Art. 58 OR; De Luze J.J., Le propriétaire du bâtiment ou de l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO, Diss. iur., Lausanne 1979, S. 32.

1487 De Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 32 f.; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 27; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 58 OR; BGE 106 II 206.

Was die Rechtsprechung betrifft, ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht seit langem anerkennt, dass der "Eigentümer eines andern Werks" (nach dem Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 OR) unter gewissen Umständen kein dingliches Recht am Grundstück, wo sich das Werk befindet, zu haben braucht. So wurde entschieden in Fällen, in denen das Werk eine am Boden befestigte Maschine oder Einrichtung war, wie bei einer Motorseilwinde[1488], einer Ausschwingmaschine[1489], einer elektrischen Freileitung[1490] oder einem Baugerüst[1491]. Im Übrigen kann das Gemeinwesen nach konstanter Rechtsprechung gemäss Artikel 58 Absatz 1 OR für die Werke haften, die ihm gehören und der Allgemeinheit dienen, wie die Strassen und die dem Verkehr zugänglichen Wege[1492]. Diese Haftung wurde vom Bundesgericht auch dann bejaht, wenn dem Gemeinwesen formell betrachtet kein Eigentum zustand. Dies war der Fall, wenn das Gemeinwesen eine Herrschaft über das Werk ausübte, die mit dem Eigentum an einer Sache zu vergleichen, aber öffentlich-rechtlich begründet war. So musste eine Gemeinde nach Artikel 58 Absatz 1 OR für einen öffentlichen Weg haften, der im Grundbuch als Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks einer Privatperson eingetragen war, weil die Gemeinde den Weg gebaut hatte und darüber verfügte und daher auch für seinen Unterhalt sorgen musste[1493]. Auch in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht auf Haftung einer Gemeinde nach Artikel 58 Absatz 1 OR erkannt, und zwar wegen eines mangelhaften Wasserentleerungshahns, den sie auf dem Grundstück eines Dritten hatte einbauen lassen. Der Entscheid präzisiert, dass die Gemeinde, obwohl sie weder Eigentümerin des Grundstücks noch des Hahns war, die Trägerin der öffentlichen Wasserversorgung war und faktisch allein über die Wasserleitungen und die dazugehörigen Einrichtungen verfügte[1494].

Das Bundesgericht hat wiederholt hervorgehoben - das letzte Mal vor kurzer Zeit -, dass das Subjekt der Haftung nach Artikel 58 OR grundsätzlich durch das Eigentum am Grundstück bestimmt wird und dass die Ausnahmen von diesem Grundsatz Sonderfälle betreffen[1495]. Es hat betont, dass eine Ausdehnung der Haftung auf andere Personen als solche, die vom Sachenrecht als Eigentümer bezeichnet werden, nur mit Zurückhaltung vorgenommen werden kann. Diesbezüglich beruft sich das Bundesgericht auf die Einfachheit des formellen Kriteriums zur Bestimmung des Haftungssubjekts wie auch auf die Klarheit des Gesetzeswortlauts und die Rechtssicherheit. Ein Teil der Lehre macht übrigens gerade diese Argumente geltend, um die Abweichungen der bundesgerichtli-

---

1488 BGE 77 II 310.

1489 BGE 90 II 227.

1490 BGE 94 II 153.

1491 BGE 96 II 359.

1492 BGE 98 II 42 ff., 116 II 648 ff.; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 104 ff. und die dortigen Hinweise.

1493 BGE 91 II 286. Vgl. auch BGE 51 II 209 f. für den Mangel eines öffentlich zugänglichen Trottoirs, das auf privatem Grund gebaut war, aber von einem Gemeinwesen überwacht wurde.

1494 BGE 121 III 451 ff.

1495 BGE 106 II 204, 121 III 451, 123 III 309.

chen Rechtsprechung verhalten oder ausdrücklich zu kritisieren[1496]. Ein anderer Teil der Lehre begrüsst diese Rechtsprechung, und einige Autoren schlagen sogar eine Ausdehnung der passiven Klagelegitimation auf jeden Dienstbarkeitsberechtigten vor, wenn der Eigentümer des Grundstücks nicht in der Lage ist, es zu unterhalten[1497]. Wie noch zu zeigen sein wird, treten andere Autoren für die Bestimmung des Haftungssubjektes nach einem materiellen Kriterium ein.

Unabhängig vom Kriterium zur Bestimmung des Subjekts der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR wird allgemein anerkannt, dass der Begriff des Werks extensiv zu verstehen ist. Der Begriff erfasst sicher die Gebäude, wie dies im Gesetzestext ausdrücklich gesagt wird, aber auch Bauten und technische Einrichtungen, die vom Menschen geschaffen und eingerichtet wurden und dauernd mit dem Boden - unmittelbar oder mittelbar - verbunden sind[1498]. Dazu gehören Bestandteile und Zugehör von Gebäuden, wie Keller, Kanalisationen, Treppen, Lifte und befestigte Leitern wie auch alle Arten von Bauten und Einrichtungen (z.B. Chalet, Schwimmbassin, Baugerüst, Gas-Wasserheizung, Bergseilbahn, Korndreschmaschine, Ausschwingmaschine, Motorseilwinde)[1499]. Die Rechtsprechung hat präzisiert, dass der Werkbegriff funktional zu verstehen ist, also nach der Funktion, die das Werk als solches erfüllt, aber auch nach der Funktion, die es für die Benutzer hat. Der Begriff kann sich somit auch auf Elemente ausdehnen, die im Eigentum Dritter stehen, wie dies bereits vorne ausgeführt wurde. Letztlich wird der Zweck des Werks die Elemente bestimmen, aus denen es besteht, und dies ohne Rücksicht auf dingliche Rechte[1500].

Nach dem Wortlaut von Artikel 58 Absatz 1 OR haftet der Eigentümer eines Werks für den Schaden, den das Werk "infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung" verursacht. Die beiden Tatbestände, die eine Haftung auslösen, gehören eigentlich zum allgemeinen Begriff des "Mangels": Die fehlerhafte Anlage oder Herstellung stellt einen ursprünglichen Mangel dar, und die mangelhafte Unterhaltung ist nichts anderes als ein später eingetretener Mangel[1501]. Um zu entscheiden, ob ein Werk mangelhaft ist, beziehen sich die Gerichte auf die Funktion, die es erfüllt, und auf den Zweck, zu dem es bestimmt ist; ein Werk muss nämlich nicht für eine Benut-

---

1496 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 75, 106 und 109; Guhl Th. / Merz H. /Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 195; de Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 57 ff.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 546.

1497 Rey H., Ausservertragliches Haftungsrecht, Zürich 1995, S. 215, N 1071; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 9 ff. zu Art. 58 OR. Zurückhaltender Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 122; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), I, S. 175 f.

1498 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 26 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 36 ff.; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 124; BGE 106 II 103, 121 III 449.

1499 Für die Kasuistik vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 45 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 93; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 124 f.

1500 BGE 106 II 203. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 9 zu Art. 58 OR; Tercier P., BR 1994, S. 102.

1501 Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 126.

zungsart taugen, die nicht seinem Zweck entspricht. Der Eigentümer darf somit davon ausgehen, dass die Dritten das Werk vernünftig benutzen. Das bedeutet, dass er nicht für Schäden haftet, die das Opfer bei vorsichtiger Benutzung hätte vermeiden können[1502]. Für die Rechtsprechung gilt daher ein Werk als mangelhaft, wenn es keine genügende Sicherheit bietet und Dritte, die es entsprechend seiner Zweckbestimmung benutzen, gefährdet. Der Eigentümer, der eine solche Gefahr schafft oder - selbst ohne es zu wissen - duldet, verletzt seine Sorgfaltspflicht.

Das Gericht beurteilt nach objektiven Gesichtspunkten, ob die gebotene Sorgfalt angewandt wurde. Es berücksichtigt die konkreten Umstände des Einzelfalls, namentlich die Art des Werks und die sich aus seiner Zweckbestimmung aufdrängenden Sicherheitsmassnahmen. Dabei trägt es den technischen Möglichkeiten Rechnung, die dem Eigentümer offen standen, aber auch deren Kosten, die im Verhältnis zu den Interessen der Benutzer und zum Zweck des Werks stehen müssen[1503]. Die Einhaltung oder die Verletzung polizeilicher Vorschriften ist zweifellos ein wichtiges Beurteilungskriterium, dem allerdings keine entscheidende Bedeutung zukommen darf[1504]. In allen Fällen wird das Gericht erwägen, dass die Sorgfaltspflicht des Eigentümers strenger zu beurteilen ist, wenn das Werk dem Publikum zugänglich ist und hohe Risiken schafft, die dank der Technik ohne grosse Kosten beseitigt werden können[1505].

Im geltenden Recht wird die Haftungsbestimmung von Artikel 58 Absatz 1 OR durch zwei weitere Regeln ergänzt. Die erste findet sich in Artikel 58 Absatz 2 OR und behält den Rückgriff des schadenersatzpflichtigen Werkeigentümers gegen die Personen vor, die ihm für den Werkmangel haften. Die zweite ist in Artikel 59 OR enthalten und gibt der Person, die vom Gebäude oder Werk eines Dritten mit Schaden bedroht ist, eine Präventivklage, genauer gesagt das Recht, vom Eigentümer zu verlangen, dass er die erforderlichen Massnahmen zur Abwendung der Gefahr trifft (Abs. 1). Die Norm behält weiter die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor (Abs. 2).

3.4.2 Die Revisionsvorschläge

3.4.2.1 Einleitung

Wie bereits wiederholt ausgeführt[1506], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, die Tatbestände, die nach geltendem Recht eine milde Kausalhaftung darstellen, als Sonderbestimmungen beizubehalten. Die Gründe dieses Vorschlags sind doppelter Natur. Zum einen zeichnen sich diese Haftungen durch ihre Besonderheit aus; sie gehören so tief zur Rechtstradition unseres Landes,

---

1502 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 73 f. und 81; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (51), S. 127 f.; BGE 117 II 400.

1503 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 78; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 126 ff.; BGE 116 II 424, 117 II 400.

1504 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 75 ff.; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 127; BGE 91 II 208.

1505 BGE 116 II 424, 117 II 400; Werro F., BR 1996, S. 50.

1506 Vgl. vorne 3.1.1 und 3.3.2.1.

dass sie - um eine bereits verwendete Bezeichnung zu übernehmen - eine "Art Legitimität" erlangt haben[1507]. Zum zweiten verursacht die Anwendung dieser Regeln keine bedeutenden Schwierigkeiten. Diese Feststellung gilt auch für die Bestimmung über die Haftung des Werkeigentümers, obwohl sie mehr Abgrenzungsprobleme als andere derartige Bestimmungen aufwirft. Fälle, die nach Artikel 58 Absatz 1 OR beurteilt wurden, hätten nämlich auch in Anwendung anderer Bestimmungen entschieden werden können. Zu denken ist hier an Artikel 679 ZGB, an Artikel 55 OR oder an Spezialgesetze wie dasjenige, das die Haftung des Inhabers einer elektrischen Anlage regelt (Art. 27 EleG). Das genügt aber nicht, um die Daseinsberechtigung der Artikel 58 und 59 OR in Frage zu stellen.

Diese Regelung darf allerdings nicht unverändert übernommen werden. Eine Anpassung, welche die Entwicklung und somit die Reform des Haftpflichtrechts im Allgemeinen und die Grundsätze, die für Kausalhaftungen gelten, im besonderen berücksichtigt, erweist sich als notwendig. Zu diesem Zweck schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass der Subjekt der Haftung inskünftig nach einem materiellen Kriterium bestimmt wird. Es wird sich um die Person handeln, die das Werk hält (Art. 61 Abs. 1 VE); ist diese Person nicht Eigentümerin des Werks, so wird die Werkeigentümerin solidarisch mit ihr haften (Art. 61 Abs. 2 VE). Ist es gerechtfertigt, diese Haftung als milde Kausalhaftung beizubehalten, so soll der Revisionsgesetzgeber alle Folgen aus diesem Entscheid ziehen. In diesem Sinne muss der Gesetzestext die Idee ausdrücken, dass die dem Haftungssubjekt zuzurechnende Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet wird, wenn das Werk einen Schaden verursacht. Daraus folgt, dass der Werkmangel inskünftig nicht mehr vom Kläger bewiesen werden muss und dass der Beklagte, der sich von der Haftung befreien will, nachweisen muss, dass der Schaden nicht von einem Mangel des Werks verursacht wurde. Schliesslich schlagen die Verfasser des Vorentwurfs die Aufhebung zweier ergänzender Regelungen vor: Es handelt sich um Artikel 58 Absatz 2 OR und um Artikel 59 Absatz 2 OR. Artikel 59 Absatz 1 OR, welcher der Person, die von einem gefährlichen Werk mit Schaden bedroht ist, eine Präventivklage gewährt, erfährt bloss geringfügige redaktionelle Änderungen.

3.4.2.2 Grundsatz (Art. 61 VE)

Nach Artikel 61 Absatz 1 VE haftet die Person, die ein Gebäude oder ein anderes Werk hält, für den Schaden, den dieses verursacht, wenn sie nicht beweist, dass der Schaden weder auf einen Konstruktions- noch auf einen Unterhaltsmangel zurückzuführen ist. Wie bereits ausgeführt, legt die Bestimmung eine milde Kausalhaftung fest, die mit der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet ist. Daraus folgt, dass die Anwendung der Norm nicht vom Verschulden der als haftpflichtig bezeichneten Person abhängt und dass diese haftbar gemacht werden kann, selbst wenn sie den Werkmangel nicht kannte[1508]. Daraus folgt auch, dass die allgemeine Grundsätze betreffend die

---

[1507] Vgl. vorne 1.2.2.3.1.

[1508] Vgl. vorne 3.4.1.

Kausalhaftung, insbesondere diejenigen der Artikel 51 und 51*a* VE auf diesen Fall anwendbar sind.[1509]

Unter Vorbehalt der Qualifikation des Haftungssubjektes ist der Zweck der Regelung von Artikel 61 Absatz 1 VE identisch mit derjenigen von Artikel 58 Absatz 1 OR. Heute wie inskünftig ist die Strenge der Pflicht zum Ersatz des Schadens aus Billigkeitsüberlegungen gerechtfertigt, und dies unter Berücksichtigung einerseits des Vorteils oder gar des Gewinns, der aus dem Werk gezogen werden kann, und andererseits der Gefahr, die ein mangelhaftes Werk für Dritte bedeutet. Die letzte Bemerkung darf aber nicht Verwirrung stiften und glauben lassen, dass diese Haftung letztlich nur einen Anwendungsfall des Konzepts der Gefährdungshaftung darstellt. Das Halten eines Werks oder das Eigentum daran ist an sich keine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) oder wie beispielsweise das Halten eines Fahrzeugs (Art. 58 Abs. 1 SVG) oder eines Tieres (Art. 60 VE)[1510]. Es ist der "Konstruktions- oder Unterhaltsmangel", der - nach der kürzeren Fassung der revidierten Bestimmung - das Werk gefährlich für Dritte macht, wenn keine geeigneten Massnahmen zur Vorbeugung oder Beseitigung des Mangels getroffen werden[1511]. So stellt der Mangel den Anknüpfungspunkt für die Haftung nach Artikel 61 Absatz 1 VE dar. Diese Haftung beruht, selbst wenn sie stark objektiviert ist, immer noch auf der vermuteten Verletzung einer Verhaltensnorm, die eine besondere Sorgfalt gebietet[1512].

In diesem Zusammenhang betonen die Verfasser des Vorentwurfs, dass sie sich vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit davor gehütet haben, die Einführung einer allgemeinen Haftung für das Halten von Sachen vorzuschlagen. Dieser Entscheid kam in der Definition der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[1513] klar zum Ausdruck und zeitigt auch hier insofern Wirkungen, als der materielle Anwendungsbereich von Artikel 61 Absatz 1 VE - wie derjenige von Artikel 58 Absatz 1 OR - auf Gebäude und andere Werke beschränkt ist, also auf Bauten und technische Einrichtungen, die dauernd mit dem Boden verbunden sind[1514]. Der Begriff des Werks wird weiterhin, selbst wenn er weit gefasst und ausdehnend ausgelegt wird, durch das Kriterium der Bindung an den Boden eingeschränkt[1515]. So riskiert die Haftung des Werkinhabers nicht auszuufern, wie dies mit der Haftung des Halters einer Sache im französischen Recht geschehen ist (Art. 1384 Abs. 1 CCF). Dies bedeutet auch, dass alle Ausführungen der Rechtsprechung betreffend die Definition des Werks und den Begriff des Mangels weiterhin ihre Gültigkeit haben. Höchstens wird man bedauern, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anwendung des geltenden Artikels 58 Absatz 1 OR auf nicht beendete Werke heute

---

1509 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 und 3.1.2.

1510 Vgl. vorne 3.3.2.2.

1511 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 4.

1512 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1 § 19, N 1 und 16; Werro F., BR 1996, S. 50.

1513 Vgl. 2.4.4.3.

1514 Vgl. vorne 3.4.1 und die Hinweise in Anm. 130.

1515 Vgl. darüber Oftinger K. / Stark E.W. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 11 und 12.

sehr einschränkend ist[1516]. Denn eine Baute oder eine Strasse ist und bleibt ein Werk selbst während des Baus oder der Reparatur. Die Tatsache, dass das Werk noch nicht beendet ist, sollte daher im konkreten Fall berücksichtigt worden, wenn die Frage nach der vom Werkinhaber verlangten Sorgfalt abgeklärt wird, um über die Mangelhaftigkeit des Werks zu entscheiden. Bedeutend in diesem Zusammenhang sind die Zweckbestimmung des Werks, die Art, wie es während der Konstruktions- oder Reparationsarbeiten gebraucht wurde, sowie die Sicherheitsmassnahmen, die sich aufdrängten[1517].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich gefragt, ob der Anwendungsbereich der revidierten Bestimmung auf den Ersatz des Schadens aus Tötung und aus Einwirkungen auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person und aus Einwirkungen auf Sachen und Umwelt beschränkt werden sollte, wie dies nach dem für die Gefährdungshaftungen vorgesehenen allgemeinen Grundsatz der Fall ist (Art. 45 Abs. 3 VE)[1518]. Eine solche Lösung wäre dadurch gerechtfertigt, dass das mangelhafte Werk vor allem für Menschen und Sachen, die natürliche Umwelt inbegriffen, und nicht so sehr für die reinen Vermögensinteressen Dritter gefährlich ist[1519]. Die Sorgfaltspflicht des Inhabers oder Eigentümers des Werks besteht übrigens im wesentlichen in einer Sicherungspflicht. In Anbetracht der Rechtsnatur dieser Haftung und im Bemühen, die Geschlossenheit des Systems möglichst zu gewährleisten, verzichten die Verfasser des Vorentwurfs aber auf die Einführung einer solchen Einschränkung.

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, dass der Subjekt der Haftung für Gebäude oder andere Werke inskünftig durch das materielle Kriterium des Haltens und nicht mehr durch das formelle Kriterium des Eigentums bestimmt wird[1520]. So wird Artikel 61 VE dem Opfer erlauben, gegen den Halter des mangelhaften Werks vorzugehen, ohne ihm die Möglichkeit zu entziehen, gegen das Werkeigentümer zu klagen, wenn die beiden nicht identisch sind; in diesem Fall haften Halter und Eigentümer solidarisch. Die revidierte Bestimmung wird bewirken, dass die Schadenersatzklage nicht notwendigerweise auf den Werkeigentümer kanalisiert wird, wie es heute in der Regel der Fall ist. Diese Neuerung ist aus Gründen der Billigkeit und der Systemkohärenz gerechtfertigt. Sie erweitert einen Weg, den die Praxis mit Zustimmung eines Teils der Lehre eingeschlagen hat.

Subjekt der Haftung ist nach geltendem Recht der Eigentümer des Werks, also die Person, die nach Sachenrecht als Eigentümerin gilt. In der Regel handelt es sich um den Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Werk gebaut oder mit dem das Werk verbunden ist. Wie bereits ausgeführt[1521], kennt dieser Grundsatz allerdings zahlreiche Ausnahmen, die im Sachenrecht selbst vorgesehen

---

[1516] BGE 108 II 185 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 48 und 53 zu Art. 58 OR.

[1517] In diesem Sinne Werro F., BR 1996, S. 50; vgl. auch Guhl Th. / Merz H. / Koller A., a.a.O. (Anm. 1496), S. 194.

[1518] Vgl. vorne 2.3.2.1. Es sei daran erinnert, dass dieser Grundsatz bei Art. 60 VE betreffend die Haftung für Tiere übernommen wurde; vgl. vorne 3.3.2.2.

[1519] Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 16.

[1520] Die Studienkommission regte an, die Frage zu prüfen, nahm allerdings keine Stellung dazu; vgl. Bericht, a.a.O., (Anm. 39), V/3.2, S. 26.

[1521] Vgl. vorne 3.4.1.

sind oder von der Rechtsprechung zugelassen wurden. So ist bei einer Fahrnisbaute auf fremdem Grundstück (z.B. einer Baracke, Art. 677 ZGB) oder bei einer am Boden verankerten Einrichtung (z.B. einem Baugerüst) gegen den Eigentümer der Sache zu klagen, obwohl er am Grundstück, auf dem sich die Sache befindet, kein dingliches Recht hat. Ähnlich verhält es sich nach dem Bundesgericht, wenn das Gemeinwesen eine Gewalt über das Werk ausübt, die mit dem Eigentum an einer Sache zu vergleichen ist: Das Gemeinwesen kann nach Artikel 58 Absatz 1 OR haften, obwohl es formell betrachtet weder Eigentümer des Werks noch des Grundstücks ist. Es ist somit festzustellen, dass nach dem Bundesgericht das Subjekt der Haftung oft keine dinglichen Rechte am mit dem Werk verbundenen Grundstück zu haben braucht. Manchmal sieht das Bundesgericht sogar vom Kriterium des Eigentums ab, beispielsweise dann, wenn das belangte Gemeinwesen faktisch über das mangelhaft Werk verfügte und für dessen Unterhalt sorgte.

Auch mehrere kantonale Gerichte haben bei der Bestimmung des Subjekts der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR vom formellen Kriterium des Eigentums abgesehen. So hat das Zürcher Obergericht die Passivlegitimation des Sportvereins - und nicht des Eigentümers des Grundstücks - bejaht, der eine Bobpiste gebaut hatte, weil die Piste im Winter vom Verein betrieben wurde und deshalb dieser die geeigneten Sicherheitsmassnahmen zum Schutz der Zuschauer treffen musste[1522]. Dieselbe Überlegung stellte das Walliser Kantonsgericht im Falle eines Eishockeyclubs an, der auf einem Grundstück der Gemeinde Spiele organisierte[1523]. Neulich musste das Freiburger Kantonsgericht die Frage der Haftung des Staates als Eigentümer einer Strasse, die sich im Bau befand, entscheiden: Die Anwendung von Artikel 58 Absatz 1 OR wurde bejaht, und zwar nicht gestützt auf das Kriterium des Eigentums, sondern auf dasjenige der Herrschaft über die Sache, aus dem sich die Unterhaltspflicht ergibt. Dazu meint Werro, das Gericht habe stillschweigend die Passivlegitimation von Artikel 58 OR auf andere Personen als den Eigentümer ausgedehnt; das Gericht scheine daher zuzulassen, dass die Passivlegitimation dem Werkinhaber zuerkannt werden könne[1524]. Dieser Autor stimmt dem Entscheid des Freiburger Gerichts zu und betont, dass er der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere dem Entscheid vom 21. November 1995[1525]) entspricht und mit dem allgemeinen System der Kausalhaftungen übereinstimmt.

Auch andere Autoren ziehen die Anwendung eines materiellen Kriteriums vor, und dies mindestens für den Fall, dass der Werkeigentümer nicht in der Lage ist, die Sicherheit des Werks zu gewährleisten und es zu unterhalten[1526]. Einige unter ihnen heben übrigens hervor, dass die restriktive Auffassung des Bundesgerichts auf diesem Gebiet zu derjenigen im Widerspruch steht, die es bei

---

[1522] ZR 1957, no 101, S. 206 f.

[1523] ZWR/RVJ 1980, S. 197 und 210.

[1524] BR 1996, S. 50.

[1525] BGE 121 III 448, vorne zitiert (vgl. vorne 3.4.1).

[1526] Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 122; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 12 und 15 zu Art. 58 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), I, S. 173 ff. Vgl. auch die entschiedenere Meinung von Tercier P. (BR 1994, S. 102 f.) und von Werro F. (BR 1996, S. 50).

der Anwendung von Artikel 679 ZGB vertritt[1527]. Wie man weiss, bestimmt auch diese Norm den "Grundeigentümer" als Haftungssubjekt. In der Regel handelt es sich um den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Immissionen stammen, aber nach der Rechtsprechung kann es sich auch um jede Person handeln, die eine tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausübt, wie dies bei einem dinglich Berechtigten aber auch beim Mieter oder Pächter der Fall sein kann[1528]. Nebenbei bemerkt, hat das Bundesgericht selbst erklärt, diese Rechtsprechung habe "eine bemerkenswerte Entwicklung" erlebt[1529].

Der oben erwähnten Lehrmeinung folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass die jetzige Rechtsprechung bei der Bestimmung des Haftungssubjekts zu restriktiv ist. Sie bestreiten zwar nicht, dass das formelle Kriterium des Eigentums auf ersten Blick den doppelten Vorteil der Einfachheit und der Klarheit aufweist. Das Kriterium ist aber allzu starr und erweist sich als künstlich, wenn der Eigentümer nicht über das Werk verfügt und daher keinen Einfluss auf allfällige Werkmängel hat. In diesem Fall kann eine zwingende Kanalisierung der Schadenersatzklage auf den Eigentümer unbillige Folgen haben und zu einer unnötigen Vermehrung der Regressprozesse führen[1530]. Eine solche Kanalisierung steht zudem im Widerspruch zum Konzept der Zurechnung der Schadenersatzpflicht bei den Kausalhaftungen.

Bei dieser Haftungsart wird nämlich die Passivlegitimation in der Regel durch ein faktisches Kriterium bestimmt. Passiv legitimiert ist grundsätzlich die Person, welche die materiellen Bedingungen der anwendbaren Bestimmung erfüllt, welche also die zur Vermeidung des Schadens notwendigen Massnahmen treffen kann. Dies trifft nach geltendem Recht wie inskünftig beispielsweise für den Halter eines Fahrzeugs (Art. 58 Abs. 1 SVG) oder eines Tiers (Art. 56 Abs. 1 OR) zu. Es kann sich auch um den Betreiber einer besonders gefährlichen Tätigkeit handeln, wie dies bei der Kernenergie (Art. 3 KHG), den Rohrleitungen (Art. 33 RLG) und den elektrischen Anlagen (Art. 27 EleG) der Fall ist. Auch in den zwei neuen Generalklauseln der Kausalhaftung (Art. 49*a* und 50 VE) wird ein materielles Kriterium das Haftungssubjekt bestimmen[1531].

Bei der Haftung für mangelhafte Gebäude oder andere mangelhafte Werke muss die - natürliche oder juristische - Person passiv legitimiert sein, die die tatsächliche Herrschaft darüber ausübt. Sie ist besser als jede andere Person in der Lage, die Sicherheit und den Unterhalt zu garantieren und somit Mängeln vorzubeugen oder sie zu beheben. Es handelt sich im Übrigen dabei um die Person, die vermutungsweise aus dem Werk einen Vorteil oder gar einen Gewinn zieht. In den meisten Fällen wird zwar der formelle Eigentümer des Werks diese Bedingung erfüllen; in anderen Fällen kann es sich aber um andere Personen handeln, die in irgendeiner Weise mit dem Werk verbunden sind, wie beispielsweise den Dienstbarkeitsberechtigten, den Pächter oder den Mieter. Es ist logisch und billig, dass der neue Artikel 61 Absatz 1 VE gegenüber die-

---

1527 Tercier P., BR 1994, S. 102 f.; Widmer P., AJP 1996, S. 625 f.

1528 BGE 104 II 18 ff., 111 II 237 f.

1529 BGE 106 II 205.

1530 Werro F., BR 1996, S. 50.

1531 Vgl. vorne 2.4.3.4 und 2.4.4.5.

sen Personen angerufen werden kann, wenn sich das Werk in ihrem "Verantwortungsbereich" befindet - wie die Formulierung des Bundesgerichts[1532] lautet.

Es ist unter gewissen Umständen möglich, dass das Opfer eines von einem Werk verursachten Schadens den Halter des Werks nicht oder nur aufgrund beträchtlicher Untersuchungen bestimmen kann. Man denke beispielsweise an den Fall, wo das Werk Gegenstand eines Mietvertrags über einen Teil des Gebäudes[1533] oder Gegenstand einer im Grundbuch nicht eingetragenen Dienstbarkeit ist, die dem Berechtigten die Benutzung einer Einrichtung ermöglicht[1534]. Bei einer solchen Ausgangslage kann die geschädigte Person unsicher werden; sie läuft zudem Gefahr, dass sich die belangte Person auf mangelnde Passivlegitimation beruft. Daher sieht Artikel 61 Absatz 2 VE vor, dass das Opfer auch gegen den Werkeigentümer vorgehen kann, also gegen die Person, die in der Mehrheit der Fälle aufgrund der Eintragung im Grundbuch bestimmt werden kann. Dieses letzte Merkmal rechtfertigt die Bestimmung. Gehört nämlich das Werk nicht der Person, die es hält, so kann die revidierte Bestimmung nicht vom formellen Kriterium des Eigentums absehen, um die Passivlegitimation im Schadenersatzprozess zu bestimmen, weil sonst die Rechte des Opfers abgeschwächt würden. Durch die Einführung einer (passiven) Solidarität wird die Rechtslage des Opfers in einem solchen Fall indessen verbessert. Dies bedeutet, dass die Regelungen über die Haftungskonkurrenz (Art. 53*b* und 53*c* VE, 143 ff. OR) Anwendung finden. Meistens dürfte dem belangten Eigentümer voller Rückgriff gegen den Halter des Werks zustehen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass beide zusammen eingeklagt werden oder dass die einzige eingeklagte Person der anderen den Streit verkündet.

Die ergänzende Regel von Artikel 61 Absatz 2 VE entspricht derjenigen über die Haftung der Inhaber von Rohrleitungsanlagen (Art. 33 Abs. 1 RLG) und von Kernenergieanlagen (Art. 3 Abs. 4 KHG). Diese Bestimmungen haben allerdings neben dem Schutz der Opfer vor allem zum Ziel, Gesetzesumgehungen zu vermeiden, namentlich durch den Eigentümer der Anlagen, der, um sich der gesetzlichen Haftung zu entziehen, eine bescheiden dotierte Gesellschaft gründen könnte, welche die Anlage betreibt[1535].

Nach geltendem Recht muss die geschädigte Person, die Artikel 58 Absatz 1 OR gegen einen Eigentümer geltend macht, nachweisen, dass sie einen Schaden erlitten hat und dass dieser von einem Mangel des Werks verursacht wurde. Sie muss somit den Bau- oder Unterhaltsmangel beweisen[1536]. Die Rechtsprechung hat präzisiert, dass sich dieser Beweis nicht bereits dann als erbracht gelten darf, wenn der Schaden von einem Werk verursacht wurde[1537].

1532 BGE 121 III 453.

1533 Wie in BGE 106 II 201.

1534 Wie in BGE 121 III 448.

1535 BBl 1962 II 820; BBl 1980 I 200. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 29, N 123; Tercier P., a.a.O. (Anm. 213), S. 157.

1536 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 54 und 80 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 87; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 121; BGE 108 II 186, 123 III 311.

1537 BGE 63 III 100, 123 III 311.

Es steht ausser Zweifel, dass es manchmal schwierig oder gar unmöglich ist, den Werkmangel zu beweisen. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn die fragliche Baute oder Einrichtung zerstört wurde (z.B. von einem Brand) oder wenn sich der Mangel nur vorübergehend zeigte (z.B. bei der Bildung von Glatteis auf einer Treppe). Das Gericht begnügt sich dann im Rahmen seines Ermessensspielraums manchmal mit einem *prima facie*-Beweis und bejaht das Vorliegen eines Mangels aufgrund einer blossen Wahrscheinlichkeit, indem es sich auf die allgemeine Lebenserfahrung beruft[1538]. Das Gericht kann im Übrigen die Mitwirkung des Beklagten bei der Beweisführung verlangen und bei Verweigerung die Folgen daraus ziehen[1539]. Nach der herrschenden Lehre dürfen diese Möglichkeiten allerdings nicht zu einer Umkehrung der Beweislast bezüglich des Werkmangels und zu einer Haftungsvermutung zu Lasten des Eigentümers führen[1540].

Die Verfasser des Vorentwurfs bestreiten die Richtigkeit dieser Auffassung, weil sie nicht der Rechtsnatur der fraglichen Haftung entspricht. Wie bereits ausgeführt, beruht diese Haftung auf der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht[1541]. Es handelt sich dabei um eine typische Eigenschaft der milden Kausalhaftungen, die sie von der Verschuldenshaftung unterscheidet. Einige Sonderbestimmungen drücken im Übrigen die Vermutung zu Lasten des Haftungssubjektes klar aus, indem sie einen Entlastungsbeweis zulassen, der diese Vermutung umkehren kann. Dies trifft beispielsweise bei den Artikeln 333 Absatz 1 ZGB und 55 Absatz 1 OR des geltenden Rechts wie auch bei den Artikeln 49 und 49*a* VE des revidierten Rechts zu[1542]. Es ist daher gerechtfertigt, dass Artikel 61 VE wie die letztgenannten Bestimmungen und gemäss deren Formulierung diese Idee zum Ausdruck bringt. Der erste Grund dazu ist die Notwendigkeit einer weitestmöglichen Geschlossenheit des Systems. Der zweite Grund besteht in der Absicht, dem Opfer den Beweis eines Mangels zu ersparen, der in der Verantwortungssphäre eines Dritten liegt. Es ist, wie wenn der Eintritt eines von einem Werk verursachten Schadens als bedeutsamer Hinweis für einen Mangel erschiene.

Nach Artikel 61 Absatz 1 VE kann der belangte Halter oder Eigentümer des Werks die ihn belastende Vermutung umkehren und den Entlastungsbeweis seiner Sorgfalt erbringen. Genauer gesagt, kann er beweisen, dass kein Konstruktion- oder Unterhaltsmangel - im Sinne der vorigen Ausführungen[1543] - den Schaden verursacht hat. Zu diesem Zweck wird er namentlich beweisen, dass das Werk in einer Weise gebaut und ausgestattet wurde, die in Bezug auf den Gebrauch, zu dem es bestimmt wurde, genügende Sicherheit bietet. Er kann sich natürlich auch durch den Beweis entlasten, dass die Ursache des Schadens nicht im Werk oder dessen Mangel, sondern in einer Tatsache besteht,

---

1538 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 80 und 81 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 91; BGE 93 II 232 f., 100 II 356.

1539 BGE 119 II 306.

1540 Vgl. die Hinweise in Anm. 1538.

1541 Vgl. vorne 3.4.1 und 3.4.2.2.

1542 Vgl. vorne 2.4.3.4.

1543 Zum Begriff des Mangels vgl. vorne 3.4.1.

die ihm nicht zugerechnet werden kann und die offensichtlich überwiegend zum Eintritt des Schadens beigetragen hat (Art. 47*a* VE).

Die in Artikel 61 VE vorgeschlagene Haftungsbestimmung wird unweigerlich Abgrenzungsprobleme aufwerfen, wie dies bereits heute bei Artikel 58 OR der Fall ist[1544]. Problematisch kann das Verhältnis dieser Bestimmung zu anderen heute geltenden Normen sein, die von der Revision nicht aufgehoben werden. Zu denken ist an die Generalklausel der Verschuldenshaftung (Art. 41 OR, 48 VE) und an Artikel 679 ZGB[1545]. Diesbezüglich wird es angebracht sein, im Sinne der heute herrschenden Lösung[1546] beide Bestimmungen konkurrierend anzuwenden, wenn der Mangel eines auf einem Grundstück gebauten oder mit diesem verbundenen Werks eine Überschreitung in der Ausübung des Grundeigentums darstellt. Abgrenzungsprobleme können sich aber auch in Bezug auf das Verhältnis der neuen Regel von Artikel 61 VE zu den neuen Generalklauseln der Haftung stellen. Was die Haftung der Hilfspersonen in Unternehmungen (Art. 49*a* VE) betrifft, ist nämlich daran zu erinnern, dass auch der technische Mangel einer Einrichtung, die in irgendeiner Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist, die Ersatzpflicht begründen kann[1547]. Dies würde dann zutreffen, wenn eine mit dem Boden verbundene Einrichtung für die Erstellung von Gütern (z.B. eine Werkzeugmaschine) oder für die Leistung von Diensten (z.B. eine für die Zuschauer einer Sportveranstaltung eingerichtete Tribüne) gebraucht wird. Bezüglich der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) bedarf es keines Beweises, dass eine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne dieser Bestimmung in einem Gebäude oder einem anderen Werk ausgeübt werden und unter Umständen das Gebäude oder das Werk mangelhaft machen kann. Dies wäre beispielsweise der Fall bei der Herstellung chemischer Produkte in einer industriellen Wanne oder bei der Verwendung einer Gas-Wasserheizung in einer Wohnung[1548]. In diesen Fällen würde die Regel über die Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE) grundsätzlich zur Anwendung kommen. Dies könnte die Tragweite der Sonderbestimmung über die Haftung für Werke einschränken. Nachdem sie manchmal zum - zugegebenen oder verschwiegenen - Zweck, Lücken des geltenden Rechts zu füllen, missbraucht worden ist, würde sie ihren "natürlichen" Anwendungsbereich wiederfinden. Dadurch würden die Rechtssicherheit und die Kohärenz des Systems verstärkt[1549].

Der geltende Artikel 58 Absatz 2 OR behält den Rückgriff des zum Schadenersatz verurteilten Werkeigentümers auf andere Personen, "die ihm hiefür verantwortlich sind", vor. Zu diesen Personen gehören insbesondere diejenigen, die beim Bau des Werks mitwirkten oder für seinen Unterhalt sorgen, wie ein Architekt oder ein Bauunternehmer, ein Verwalter oder ein Hauswart des Gebäudes. Es ist festzustellen, dass es sich in den meisten Fällen um Personen

---

1544 Vgl. vorne 3.4.2.1.

1545 Vgl. vorne 3.1.1 und 3.2.3.

1546 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 148 f. zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 15 f.

1547 Vgl. vorne 2.4.3.4.

1548 Vgl. vorne 2.4.4.4.

1549 Vgl. vorne 2.4.4.1, 2.4.4.2 und 2.4.4.4.

handelt, die mit dem Werkeigentümer in einem Vertragsverhältnis stehen[1550]. Es wird heute einhellig anerkannt, dass diese Rückgriffsregel keine autonome Tragweite hat und daher überflüssig ist. In der Tat ist sie von den Grundsätzen über die Haftung mehrerer abgedeckt (Art. 50 f. OR)[1551]. Die Revision ändert nichts daran (vgl. Art. 53*b* f. VE). Daher drängt es sich auf, den geltenden Artikel 58 Absatz 2 OR aufzuheben, was bereits für Artikel 55 Absatz 2 OR[1552] und für Artikel 56 Absatz 2 OR[1553] vorgeschlagen wurde.

3.4.2.3 Vorbeugende Massregeln (Art. 61a VE)

Im geltenden Recht wird die Haftungsbestimmung von Artikel 58 OR durch die Regelung von Artikel 59 OR ergänzt. Nach der letzteren Bestimmung kann die Person, die vom Gebäude oder Werk eines Dritten mit Schaden bedroht ist, vom Dritten verlangen, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massregeln trifft (Abs. 1). Absatz 2 von Artikel 59 OR behält die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor.

Artikel 59 Absatz 1 OR sieht eine Präventivklage auf Unterlassung der Störung (oder der Schädigung) vor, wie sie auf anderen Gebieten bekannt ist, so namentlich im Persönlichkeitsrecht (Art. 28a Ziff. 1 ZGB) oder im Immobiliarsachenrecht (Art. 679 ZGB)[1554]. Die Klage setzt nicht voraus, dass die klagende Partei ein Verschulden des Eigentümers beweist. Es genügt, wenn sie nachweist, dass das Gebäude oder das Werk sie mit einem Schaden bedroht und dass es der beklagten Partei zumutbar ist, die zur Beseitigung der Gefahr notwendigen Massnahmen zu treffen. Die Drohung muss tatsächlich bestehen und kann unmittelbar (z.B. wenn ein Gebäude einzustürzen droht) oder mittelbar sein (z.B. wenn eine grosse Maschine auf einer Baustelle Erschütterungen verursacht)[1555]. Nach einigen Autoren, die Artikel 58 und Artikel 59 OR in einen Zusammenhang stellen, muss sich die Gefahr aus einem Mangel des Werks ergeben[1556]. Nach anderen Autoren braucht diese Bedingung nicht erfüllt zu sein: Sie begründen ihre Meinung mit der grammatikalischen (*a contrario*) wie auch mit der teleologischen Auslegung von Artikel 59 Absatz 1 OR, der die Vorbeugung von Risiken bezweckt, die aus einem Werk für Dritte entstehen können, und dies unabhängig von ihrer Ursache[1557]. Diese Meinung ist über-

---

1550 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 459 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 97 f.

1551 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 231 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 97; de Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 28 ff. und 61.

1552 Vgl. vorne 2.4.3.5.

1553 Vgl. vorne 3.3.2.2.

1554 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 20; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 193 f.; BGE 98 II 324.

1555 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 14 ff. zu Art. 59 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1556 So: Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 59 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1557 So Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 ff. zu Art. 59 OR; Schoop A., Die Mangelhaftigkeit des Werks als Voraussetzung der Haftung des Werkeigentümers nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1941, S. 77; BGE 24 II 102, wo das Bundesgericht ausdrücklich erklärt, dass

zeugend. Sie ebnet den Weg für eine breite Anwendung der fraglichen Norm, so insbesondere auf perfekt gebaute und unterhaltene Gebäude, die infolge eines Erdbebens oder eines von einem Pyromanen verursachten Brands einzustürzen drohen. Die spärliche Rechtsprechung auf diesem Gebiet ermöglicht allerdings die Feststellung, dass die Gefahr in den meisten Fällen auf den Mangel eines Werks zurückzuführen ist. Die Massnahmen, die der verurteilte Eigentümer treffen muss, bezwecken nämlich am häufigsten die Beseitigung eines Konstruktions- oder Unterhaltsmangels, so beispielsweise, wenn Strassendurchlässe Wasser und Geschiebe aus Bergbächen nicht ableiten können[1558] oder wenn sich Leitungen mit Rissen bei starkem Regen als ungenügend erweisen und einzustürzen drohen[1559].

Artikel 59 Absatz 1 OR hat in der Praxis offensichtlich eine geringe Bedeutung[1560]. Das ist sicher der Qualität der Gebäude und sonstiger Werke in der Schweiz wie auch den vorbeugenden Massnahmen zu verdanken, die in krassen Fällen von den Behörden getroffen werden[1561]. Dies ist sicher aber auch auf die zwischen den Tatbeständen von Artikel 59 Absatz 2 OR und Artikel 679 ZGB bestehende Analogie zurückzuführen[1562]. Nach der letzteren Bestimmung kann die Person, die wegen der Überschreitung des Grundeigentums mit Schaden bedroht ist, gegen den Grundeigentümer vorzugehen, damit dieser die zur Beseitigung der Gefahr notwendigen Massregeln trifft. Die Präventivklage setzt somit voraus, dass der Beklagte bei der Ausübung seines Eigentums die gesetzlichen Grenzen überschreitet, namentlich dass er über das hinausgeht, was Nachbarn (im Sinne von Art. 684 ff. ZGB) zu dulden haben. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Bau eines Werks riskiert, einen Erdrutsch zu verursachen[1563]. Ausgehend von dieser Feststellung haben sich die Verfasser des Vorentwurfs - wie bereits bei Artikel 57 OR[1564] - gefragt, ob Artikel 59 Absatz 1 OR beizubehalten ist. Sie bemerken aber, dass diese Bestimmung eine weitergehende Tragweite als Artikel 679 ZGB hat und dass sie trotz des möglichen Überlappens beider Normen auch inskünftig einen spezifischen Nutzen haben kann. Zum materiellen Anwendungsbereich von Artikel 679 ZGB gehören die Schäden aus Überschreitung des Grundeigentums. Artikel 59 Absatz 1 OR bezweckt die Verhütung der Schäden, die von einem Werk verursacht werden, also nicht nur von einem Gebäude, sondern auch von jeder anderen technischen Konstruktion oder Einrichtung, die vom Menschen geschaffen oder er-

---

die Regel von der Ursache der Gefahr abstrahiert; in späteren Entscheiden (BGE 98 II 324 und BGE 100 II 137 f.) hat das Bundesgericht allerdings ausgeführt, jedoch mit einer allgemeinen Formulierung, dass die Haftungsvoraussetzungen der Art. 58 und 59 OR identisch sind.

1558 BGE 100 II 137 f.

1559 BR 1994, S. 103.

1560 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 59 OR.

1561 Vgl. beispielsweise BGE 98 II 324.

1562 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 zu Art. 59 OR; Thilo E., La responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage en raison d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, JT 1946 I 260.

1563 Vgl. vorne 3.2.3.

1564 Vgl. vorne 3.3.2.3.

richtet wurde und dauernd mit dem Boden verbunden ist, wie ein Baugerüst, eine Bergseilbahn oder eine Motorseilwinde[1565]. In Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich gilt folgendes: Aktiv legitimiert nach Artikel 679 ZGB sind der Eigentümer des Nachbargrundstücks und die Personen, die kraft eines beschränkten dinglichen Rechts oder eines obligatorischen Rechts Besitzer des Grundstücks sind[1566]. Aktiv legitimiert nach Artikel 59 Absatz 1 OR ist nicht nur der Nachbar[1567], sondern auch jede Person, die vom Werk eines Dritten mit einem Schaden bedroht ist. Es kann sich um den regelmässigen Benützer eines Gebäudes oder eines Wegs (z.B. um den Postboten), aber auch um den Passanten handeln, der sich zufällig im mittelbaren oder unmittelbaren Kontakt mit dem gefährlichen Werk befindet. Der Kreis der Klageberechtigten ist somit unbeschränkt[1568]. Daraus folgt, dass die Beibehaltung von Artikel 59 Absatz 1 OR - unter Vorbehalt geringfügiger redaktioneller Änderungen - gerechtfertigt ist.

Die erste vorgeschlagene Änderung betrifft den Randtitel der Bestimmung (Art. 61*a* VE). Die Verfasser des Vorentwurfs regen an, "sichernde Massregeln" durch "vorbeugende Massregeln" zu ersetzen, weil die zweite Wendung deutlich ausdrückt, dass die Bestimmung nur vor dem allfälligen Eintritt eines Schadens zur Anwendung kommt, was bereits heute anerkannt wird[1569]. Eine zweite Änderung ist die notwendige Folge der in Artikel 61 VE vorgesehenen Revision[1570]: Falls der Halter und der Eigentümer des Werks zwei verschiedene Personen sind, müssen beide passiv legitimiert sein, wenn auf Vorbeugung der Schädigung geklagt wird. Wie im geltenden Recht wird das Gericht nach freiem Ermessen die Art und den Umfang der Massnahmen bestimmen, die von der beklagten Partei zu treffen sind[1571]. Anders als es das Bundesgericht offenbar meint[1572], gibt es aber nicht von vornherein einen gültigen Grund, die Regel nur auf dringende Massnahmen anzuwenden, wenn Massnahmen nötig sind.

Zum Schluss kann noch erwähnt werden, dass die klagende Partei die Realexekution nach kantonalem Recht verlangen kann, wenn sich der Halter oder der Eigentümer des Werks weigert, die vom Gericht angeordneten Massnahmen zu treffen[1573]. Sie kann auch Ersatz der Kosten verlangen, die sie nach Treu und Glauben getragen hat, um eine drohende Einwirkung abzuwehren (Art. 45*f* VE)[1574]. Zu denken ist hier beispielsweise an die Kosten für die Befestigung

---

1565 Vgl. vorne 3.4.1 und die Hinweise in Anm. 1498 und 1499.

1566 BGE 83 II 379 f.; BGE 114 II 232; BGE 119 II 415.

1567 Gegebenenfalls ist die kumulative Anwendung der diesbezüglichen Regelungen möglich; in diesem Sinne Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 59 OR.

1568 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 und 11 zu Art. 59 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 16; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1569 BGE 98 II 324.

1570 Vgl. vorne 3.4.2.2.

1571 Schoop A., a.a.O. (Anm. 1557), S. 79; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S.194.

1572 BGE 98 II 324.

1573 Schoop A., a.a.O. (Anm. 1557), S. 76.

1574 Vgl. vorne 2.3.2.4.

eines Hangs, der wegen der Überschwemmung abzurutschen droht, die von einer Baute auf einem Nachbargrundstück herrührt.

Der geltende Artikel 59 Absatz 2 OR behält die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor. Es geht hier im wesentlichen um die kantonalen Bau- und Gewerbevorschriften. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang aber auch die Bestimmungen, nach denen gewisse Verhaltensweisen des Eigentümers oder des Halters eines Werks, die geeignet sind, Personen und Sachen zu gefährden, strafbar sind (namentlich Art. 227 ff. StGB)[1575]. Der Vorbehalt von Artikel 59 Absatz 2 OR ist nur bezüglich des kantonalen öffentlichen Rechts sinnvoll. Es handelt sich um einen unechten Vorbehalt, der bloss deklaratorisch die Zuständigkeit der Kantone, öffentliches Recht zu erlassen (soweit der Bund auf demselben Gebiet keine Gesetze erlassen hat), in Erinnerung ruft[1576]. Im Verhältnis zur allgemeinen Regel von Artikel 6 ZGB hat daher Artikel 59 Absatz 2 keine eigenständige Bedeutung, sondern erweist sich als überflüssig und ist deshalb aufzuheben[1577].

[1575] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 20; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 127.

[1576] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 11 ff. und 20.

[1577] In diesem Sinne: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 20 zu Art. 59 OR.

4 Auswirkungen der Reform auf die übrige Bundesgesetzgebung und Anpassung der entsprechenden Erlasse

4.1 Vorbemerkungen und terminologische Hinweise

Es ist darauf verzichtet worden, eine umfassende terminologische Einheitlichkeit bei den zahlreichen Bestimmungen der Bundesgesetzgebung anzustreben, welche in irgendeiner Weise Ausdrücke verwenden, die auch im Revisionsvorentwurf vorkommen. Mit einem solchen Versuch würde man einen Dominoeffekt quer durch alle Bereiche des Bundesrechts riskieren. Wie bisher wird es auch künftig Sache der Rechtsprechung sein, in jedem konkreten Anwendungsfall die einschlägigen Bestimmungen auszulegen und dabei den Sinn der darin verwendeten Ausdrücke zu ermitteln; sie wird sich dabei allerdings am Stil und am Geist der neugefassten Bestimmungen in den Artikeln 41 ff. OR und in der angepassten Nebengesetzgebung orientieren können.

Redaktionelle Anpassungen werden deshalb lediglich da vorgeschlagen, wo eine Bestimmung aus materiellen Gründen ohnehin angepasst werden muss (Beispiel: "geschädigte Person" anstelle von "Geschädigter" in Artikel 19 und 20 VG).

Immerhin sei im Folgenden auf einige terminologische Aspekte von besonderer Bedeutung hingewiesen: So bezeichnet der Vorentwurf den haftungsauslösenden Tatbestand und Entstehungsgrund der Schadenersatzobligation neu als "Schädigung", wo der geltende Text (im Abschnittstitel) den Ausdruck "unerlaubte Handlungen" verwandt; damit sollen unter einem Oberbegriff neben der klassischen Verschuldenshaftung die verschuldensunabhängigen Haftungen einerseits erfasst werden, anderseits aber auch die Tatbestände der Haftung bei - bzw. trotz - rechtmässigem Verhalten (Art. 59 und 59*a* VE). Wo sich ohnehin Änderungen ergaben, wurden Verweisungen auf die "Bestimmungen über unerlaubte Handlungen" denn auch entsprechend umformuliert; sie lauten künftig: "Im übrigen ... " [oder: "Soweit dieses Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vorsieht,] richtet sich die Haftung nach den Bestimmungen [des Obligationenrechts] über den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts"). Wo weiterhin die alte Ausdrucksweise anzutreffen ist (wie z.B. in Art. 19 Abs. 3 ZGB oder Art. 567 Abs. 3 OR), ist sie ebenfalls in diesem erweiterten Sinne zu verstehen

Ein weiteres Beispiel bildet der Terminus "Ersatzleistung" (réparation), welchen der Vorentwurf als Oberbegriff für alle Arten von Kompensationen (sowohl materieller wie immaterieller Einbussen) verwendet, während das geltende Recht - abgesehen von der "Genugtuung (réparation morale)" - ohne erkennbare Kriterien bald von "Ersatz", bald von "Schadenersatz (dommages-intérêts)" oder auch (z.B. in Art. 28*f* Abs. 1 a.E. ZGB) von "Entschädigung" spricht[1578].

Auch den Ausdruck "Schaden" verwendet der Vorentwurf in einem weiten Sinne, der sowohl die wirtschaftliche Einbusse (Vermögensschaden) wie die im-

---

[1578] Die Terminologie ist im übrigen in den deutschen und französischen Fassungen uneinheitlich; so ist in Art. 46 Abs. 1 OR von "Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit" die Rede, während der französische Text an derselben Stelle den Ausdruck "dommages-intérêts" (= Schadenersatz) verwendet.

materielle Unbill einschliesst (Art. 45 Abs. 1 VE). Im geltenden Recht gibt es eine Unzahl von Bestimmungen, die im einen oder anderen Sinne von Schaden sprechen, wobei meist Vermögensschäden gemeint sind, teilweise gar - wie etwa in den Fällen von Artikel 404 Absatz 2, 752 ff. oder 1103 Absatz 3 OR - "reine Vermögensschäden" (vgl. Art. 45 Abs. 2 und 3 VE). Immerhin gibt es Fälle, wo immaterieller Schaden durchaus auch in Betracht kommt: so beim "Schaden", von welchem in den Artikeln 333 Absatz 1 und 679 ZGB die Rede ist, aber auch im Vertragsrecht (u.a. Art. 208 Abs. 2 und 3, 259*e*, 321*e* OR). Ähnlich verhält es sich übrigens mit dem vor allem in der französischen Fassung anzutreffenden Ausdruck "préjudice", der in gewissen Fällen immaterielle Unbill einschliesst (so in Art. 28*c* Abs. 1 und 3 ZGB, wo in der deutschen Fassung von "Nachteil" die Rede ist), in andern jedoch mit Gewissheit nicht (Art. 770 Abs. 3 und 867 Abs. 2 ZGB; 340 Abs. 2, 1156 Abs. 3 OR).

4.2 Kommentar zu den einzelnen Gesetzen und Bestimmungen

4.2.0 Weitere Bestimmungen des Obligationenrechts

4.2.001 Artikel 31

Die Neuformulierung von Absatz 3 ist dazu bestimmt, den bisher in Artikel 60 Absatz 3 OR systematisch wenig überzeugend plazierten und unglücklich formulierten Gedanken zu übernehmen und verständlich zu machen: danach soll die Einrede, ein Vertrag sei aufgrund eines durch "unerlaubte Handlung" (Täuschung oder Furchterregung) verursachten Willensmangels zustandegekommen, unverjährbar sein; diese Regel wird mit der schon bisher in Artikel 31 Absatz 3 enthaltenen Aussage kombiniert, dass die nach Artikel 31 Absatz 1 stillschweigende Genehmigung eines so zustandegekommenen Vertrags den Schadenersatzanspruch wegen culpa in contrahendo grundsätzlich bestehen lässt. Vgl. dazu auch die weiteren Erläuterungen unter Ziff. 2.8.4.3. hievor.

4.2.002 Artikel 97

Absatz 1 wird als Folge der Angleichung des Schadenersatzrechts im ausservertraglichen Bereich und im Bereich der sogenannten "positiven Vertragsverletzungen" (Art. 42 VE) neu so formuliert, dass er sich bloss noch auf den eigentlichen Nichterfüllungsschaden, d.h. auf die Tatbestände von einstweiligem oder endgültigem Ausbleiben der Leistung bezieht. Die bisher so genannte "nicht gehörige Erfüllung", die nicht bloss (negativ) im Ausbleiben der Leistung besteht, sondern (positiv) zu einem Eingriff in rechtlich (absolut oder durch besondere, allenfalls auch vertragliche Normen) geschützte Positionen des Gläubigers führt, untersteht künftig dem allgemeinen Regime des Haftpflichtrechts. Nähere Erläuterungen dazu unter Ziff. 2.2.2.4 hievor.

4.2.003 Artikel 99

Absatz 3 von Artikel 99 enthielt schon bisher eine Verweisung auf allgemeine haftpflichtrechtliche Regeln, die auf die Vertragshaftung "entsprechende Anwendung" finden sollen. Während aber der deutsche und italienische Text diese Verweisung auf die Bestimmungen über das "Mass der Haftung (misura

della responsabilità)" beschränken, lässt die französische Fassung - "les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites" - diese Verweisung als eine umfassende erscheinen (vgl. hiezu auch vorne Ziff. 2.2.2.1). Letzteres würde an sich auf der Linie dieses Reformvorschlages liegen. Nachdem aber durch Artikel 42 VE und durch die Neufassung von Artikel 97 Absatz 1 OR eine Teilvereinheitlichung bereits bewirkt worden ist, geht es hier nur noch um die Anwendung der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln auf die "echte" Vertragshaftung bzw. auf einzelne in Artikel 42 VE ebenfalls vorbehaltene Sondertatbestände vertraglicher Haftung. Dagegen gilt aber die Verweisung nicht bloss für die "Bestimmung der Ersatzleistung" (Art. 52/52*a* VE) und deren Modalitäten, sondern auch hinsichtlich der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen Schaden und Kausalzusammenhang sowie der Umschreibung des Verschuldens als Zurechnungskriterium. Darüber hinaus muss die Verweisung auch gelten für die Regeln über die Mehrheit von Haftungen (Art. 53 ff. VE), das Verhältnis zur Versicherung (Art. 54 ff. VE) sowie über Verfahren und Beweisfragen (Art. 56 ff. VE); erfasst werden selbstverständlich auch die jetzt im Allgemeinen Teil generell geregelten haftungsbeschränkenden Vereinbarungen (Freizeichnung und Vergleich; vgl. dazu die unmittelbar anschliessenden Bemerkungen zu Art. 100/101 OR).

Nähere Erläuterungen zur Neufassung von Artikel 99 Absatz 3 OR finden sich unter Ziff. 2.2.2.4 hievor.

4.2.004 Artikel 100 und Artikel 101 Absatz 2 und 3

In diesen Bestimmungen geht es um die "Wegbedingung der Haftung", die sogenannten Freizeichnungsklauseln. Diese werden durch Artikel 57 VE abschliessend geregelt (vgl. die Erläuterungen in Ziff. 2.10.2 hievor), und diese Regelung muss entsprechend der Natur solcher Klauseln für die Vertragshaftung erst recht gelten. Die entsprechenden Vorschriften im Abschnitt über die Folgen der Nichterfüllung können daher aufgehoben werden.

> Nicht vorgeschlagen wird dagegen die Aufhebung der Bestimmung von Artikel 101 Absatz 1 OR, die das Problem der besonderen "vertraglichen" Haftung für Hilfspersonen (sog. "Erfüllungsgehilfen") regelt, obschon sich die Frage durchaus diskutieren liesse. In der Tat sind die Unterschiede, die zwischen dieser Norm und ihrem ausservertraglichen Pendant in Artikel 55 OR (bzw. Art. 49/49*a* VE) nach herkömmlichem Verständnis bestehen, durch die Rechtsprechung weitgehend nivelliert worden. Das trifft jedenfalls für den dem ausservertraglichen Geschäftsherrn angeblich zugebilligten "Vorteil" zu, sich durch positiven Sorgfaltsbeweis von der Haftung zu befreien; dieser Befreiungsbeweis ist seit dem Entscheid BGE 110 II 456 ff. ("Schachtrahmen-Fall") fast nur noch ein Mythos. Umgekehrt ist auch die Annahme rein theoretisch, Artikel 101 0R statuiere im Prinzip auf der Basis einer sogenannten "hypothetischen Vorwerfbarkeit" (Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson an den Schuldner wie wenn er selbst gehandelt hätte) eine Verschuldenshaftung und sei deshalb "milder"; dies trifft umso weniger zu, als jene Konstruktion gerade im heutzutage wichtigsten Fall nicht spielt und auch nicht spielen soll, nämlich da, wo die Hilfsperson über bessere Fachkenntnisse verfügt als der Geschäftsherr.
>
> Eine wesentliche praktische Differenz liegt allerdings in dem Umstand, dass im Rahmen einer vertraglichen Verpflichtung der Schuldner-Geschäftsherr grundsätzlich auch für solche Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, die zu ihm nicht in einem eigentlichen Subordinationsverhältnis stehen (wie z.B. selbständige Unterakkordanten), während diese ausservertraglich als eigenständige Geschäftsherren direkt und einzeln belangt werden müssten. Es ist indessen nicht ausgeschlossen, dass

die neue Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE - die den Organisationsträger verschuldensunabhängig für jeglichen Organisationsmangel einstehen lässt - auch hier zu einer Angleichung der beiden Formen von vikariierender Haftung führen könnte.

4.2.005 Artikel 113

Nachdem das direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer der verantwortlichen Person durch Artikel 54*c* VE generalisiert wird und - ohne die einschränkende Voraussetzung, dass der potentiell geschädigte Arbeitnehmer die Hälfte der Prämien an die Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers bezahlt haben muss - allgemein (d.h. auch im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer) gelten soll (vgl. vorne Ziff. 2.7.4.2.1), kann auf die Sonderbestimmung von Artikel 113 OR verzichtet werden.

4.2.006 Artikel 134 Absatz 1

Eine stossende Konsequenz der geltenden Verjährungsregelung besteht darin, dass ein Schadenersatzanspruch (wie übrigens auch andere Ansprüche) während eines über eben diesen Anspruch laufenden und unter Umständen von den befassten Instanzen zögerlich geführten Prozesses verjähren kann (vgl. vorne Ziff. 2.8.6 a.E.).

Es wird deshalb in Umsetzung eines entsprechenden parlamentarischen Vorstosses[1579] eine Korrektur durch Anfügen einer neuen Ziffer 7 in Artikel 134 Absatz 1 OR vorgeschlagen, welche Hinderung und Stillstand der Verjährung auf den Tatbestand und die Zeitspanne ausdehnt, während der ein Prozess über die der Verjährung ausgesetzte Forderung "im Gange", d.h. hängig bzw. nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

Natürlich hätte man sich im Zusammenhang mit der Neuregelung der Verjährung im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, die nach Artikel 42 VE ja nun auch für Fälle positiver Vertragsverletzung gilt, die Frage stellen können, ob nicht auch die Fristen im Bereich der Nichterfüllung (Art. 127/128 OR) zu überprüfen und allenfalls zu ändern bzw. zu verlängern seien. Für die ordentliche zehnjährige Frist wie sie in Artikel 127 OR vorgesehen ist, würde eine Verdoppelung in Anlehnung an die neue absolute Verjährungsfrist im Haftpflichtrecht an sich naheliegen. Die Autoren des Vorentwurfs sind jedoch der Auffassung, dass ein solcher Vorschlag den Rahmen ihres Mandats sprengen würde.

4.2.006^{bis} Artikel 321e Absatz 2

Nachdem in Artikel 48*a* VE die Fahrlässigkeit gerade nach dem Modell von Artikel 321*e* Absatz 2 OR umschrieben und entsprechend generell "resubjektiviert" werden soll (vorne Ziff. 2.4.2.2), kann man sich fragen, ob eine parallellaufende Sonderbestimmung im Arbeitsvertragsrecht noch notwendig sei. Die Verfasser des Vorentwurfs plädieren für Beibehaltung der Vorschrift unter Hinweis darauf, dass dieser Norm der Ruf einer - gewollten - Privilegierung des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin anhaftet, die anzutasten politisch heikel werden könnte. Auch abgesehen davon rechtfertigt sich dies aber auch wegen der besondere Bezugnahme auf das "Berufsrisiko", welches ein spezifisch auf das Arbeitsverhältnis zugeschnittenes Kriterium der subjektbezogenen Sorgfaltsbeurteilung darstellt. Es ist in diesem Zu-

---

[1579] Postulat Leuenberger M. (P. 80.590 vom 17.12.1982).

sammenhang auch nochmals darauf hinzuweisen, dass der subjektive Sorgfaltsmassstab nicht bloss haftungsmildernd sondern durchaus auch verschärfend wirken kann, wenn der/die betreffende Arbeitnehmer/in - oder, im Rahmen von Artikel 398 Absatz 1 OR, der/die Beauftragte - über besondere Fachkenntnisse verfügt. Artikel 321*e* Absatz 2 OR führt unter solchen Umständen zu einer eigentlichen "Spezialisten- oder Sachverständigenhaftung" im Sinne des § 1299 des österreichischen ABGB.

4.2.007 Artikel 759

Die Bestimmung, die sich mit der Solidarhaftung mehrerer aktienrechtlich verantwortlicher Personen befasst, ist in der jüngsten Aktienrechtsreform (in Kraft seit 1. Juli 1992 bzw. 1. Juli 1993) neu formuliert worden; damit sollte Gegensteuer zu der in der Rechtsprechung spürbaren Tendenz gegeben werden, Solidarhaftung unbesehen mit Ganzhaftung gleichzusetzen, namentlich da, wo es im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft und ihrer verantwortlichen Geschäftsführer und/oder Verwaltungsräte darum ging, auf die in der Regel noch zahlungsfähige Kontrollstelle zurückgreifen zu können.

Diese Überdehnung der Solidarität, welcher das neue Aktienrecht in Artikel 759 Absatz 1 dadurch zu begegnen versucht, dass es das Prinzip auf das jeweilige Ausmass der persönlichen Verantwortlichkeit jeder mithaftenden Person beschränkt, ist indessen ein allgemeines Problem, das der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im gleichen Sinne wie der neue Artikel 759, aber umfassend regeln will (vorne Ziff. 2.6.4.3). Etwas anders - und nach Meinung der Autoren des Vorentwurfs - anschaulicher ausgedrückt wird derselbe Gedanke in Artikel 53*b* Absatz 2 VE mit der Formulierung wonach die Solidarität für jede mithaftpflichtige Person "bis zum dem Ersatzbetrag [reicht], den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre"; er braucht daher im aktienrechtlichen Kontext nicht wiederholt zu werden.

Absatz 2 des geltenden Artikels 759 ist erst in der parlamentarischen Beratung zusätzlich eingefügt worden und drückt nach Auffassung der Autoren des Vorentwurfes eine Selbstverständlichkeit aus, auf die getrost verzichtet werden kann.

Absatz 3 enthält bloss die Wiederholung des in Artikel 53*c* Absatz 1 VE verankerten allgemeinen Grundsatzes über die interne Aufteilung des Schadens zwischen solidarisch Mithaftpflichtigen und ist deshalb überflüssig.

4.2.008 Artikel 760

Diese Bestimmung, die in Absatz 1 für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eine besondere relative Verjährungsfrist von fünf Jahren statuiert, ist bei der Revision von 1991 unverändert aus dem alten Aktienrecht übernommen worden. In der Literatur sind kaum Hinweise darauf zu finden, weshalb im Aktienrecht - bei gleichem Ausgangspunkt der Verjährung wie in Artikel 60 Absatz 1 OR ("Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen") - eine fünf Mal längere Frist vorgesehen worden ist als im ordentlichen Deliktsrecht; eine nicht sehr einleuchtende Erklärung wäre, dass man angesichts der unsicheren Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - zwischen Vertrags- und Deliktshaftung - einfach einen Mittelwert zwischen einem Jahr und zehn Jahren

gewählt hat. Wie dem auch sei, so erscheint jedenfalls angesichts der durch die Revision (Art. 55 Abs. 1 VE) ohnehin vorgesehenen generellen Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre eine Sonderlösung für das Aktienrecht kaum mehr erforderlich. Was die absolute, ab dem "Tag der schädigenden Handlung" - bzw. neu (Art. 55 Abs. 2 VE): "dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat" - laufende Verjährungsfrist betrifft, so bringt die Reform eine Verdoppelung; es ist aber auch hier kein Grund ersichtlich, im Aktienrecht eine andere Lösung beizubehalten. Die Bestimmung wird daher obsolet. Nähere Erläuterungen zur Neuordnung der Verjährung vgl. vorne Ziff. 2.8.4.1.

Absatz 2 der geltenden Bestimmung ist eine Parallelvorschrift zu Artikel 60 Absatz 2 OR (zivilrechtliche Bedeutung einer längeren strafrechtlichen Verjährung), die im neuen Recht nicht übernommen werden soll (vgl. die einschlägigen Erläuterungen unter Ziff. 2.8.4.2 hievor). Sie ist daher auch hier aufzuheben.

4.2.009 Artikel 918

Es handelt sich hier um die genossenschaftsrechtliche Parallelbestimmung zu Artikel 759 OR betreffend die Solidarhaftung mehrerer aktienrechtlich verantwortlicher Personen. Sie ist aus den daselbst aufgeführten Gründen aufzuheben: Artikel 53*b* und 53*c* VE regeln die Frage generell, und es sind keine Gründe für eine Sonderlösung im Genossenschaftsrecht ersichtlich.

4.2.010 Artikel 919

Auch hier besteht die Parallele zum Aktienrecht (Art. 760 OR), und auch hier gilt, dass die neue generelle Verjährungsregelung (Art. 55 ff. VE) ohne besondere Probleme für die genossenschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche übernommen werden kann. Die Bestimmung ist deshalb ebenfalls aufzuheben.

4.2.011 Artikel 928

Wie im Zivilstandswesen und beim Grundbuch (hinten Ziff. 4.2.15.04) geht es hier um einen Fall von bundesrechtlich angeordneter Haftung des Kantons für Schäden, die beim Vollzug bundesrechtlicher Registervorschriften verursacht werden können. Wie Artikel 42 und 955 ZGB je für das Zivilstands- und das Grundbuchwesen, statuiert Artikel 928 OR eine besondere Haftung für den Bereich des Handelsregisters. Dabei handelt es sich nach heute noch geltendem Recht um eine persönliche Verschuldenshaftung der Handelsregisterführer und der Mitglieder der Aufsichtsbehörden, die nach dem Vorbild der früheren vormundschaftlichen Kaskadenhaftung (Art. 426 ff. ZGB) konstruiert ist. Der Kanton übernimmt lediglich eine Ausfallhaftung.

Parallel zu den andern Bereichen des Registerrechts statuiert statt dessen Absatz 1 des Revisionsvorschlags eine primäre und exklusive, verschuldensunabhängige Staatshaftung des Kantons. Dieser hat einzustehen für jeden Schaden, der "durch die Führung des Handelsregisters und die Erfüllung weite-

rer damit verbundener Aufgaben" verursacht wird. Im Gegensatz zum geltenden Recht werden die als unmittelbare Schädiger in Frage kommenden Personen (Handelsregisterführer und deren Hilfspersonal sowie Mitglieder der Aufsichtsbehörden) - die ja vom Geschädigten auch nicht direkt belangt werden können - nicht ausdrücklich erwähnt; es wird lediglich der Anknüpfungstatbestand ("Führung des Handelsregisters etc.") umschrieben, im Rahmen dessen sich das Organisationsrisiko des Kantons realisieren kann. Die Haftung setzt - wie in Artikel 42, 426, 849 und 955 ZGB - Widerrechtlichkeit der Schädigung voraus, d.h. in der Regel eine Amtspflichtverletzung der handelnden Organe, da hier eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (vorstellbar wäre allenfalls Kreditschädigung oder ein Eingriff in die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung) eher die Ausnahme bilden dürfte.

Absatz 2 beschränkt den Rückgriff des Kantons auf die verantwortlichen Personen - wie im modernen Staatshaftungsrecht üblich - auf Fälle vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Pflichtverletzung.

Absatz 4 enthält die übliche Globalverweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

4.2.11 Verantwortlichkeitsgesetz (VG)

4.2.11.01 Artikel 3

Absatz 1 statuiert den Grundsatz der schadenersatzrechtlichen Haftung des Bundes gegenüber Aussenstehenden: eine primäre, verschuldensunabhängige Staatshaftung für Schaden, den ein Beamter (im Sinne von Art. 1 VG, d.h. ohne Unterscheidung zwischen Magistraten und Organen, Bediensteten im engeren Sinne und aussenstehenden Personen, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen) in Ausübung seiner Tätigkeit widerrechtlich, d.h.: durch Verletzung seiner Amtspflicht, zufügt.

Im französischen Text sollte bei dieser Gelegenheit die problematische Übersetzung von "widerrechtlich" durch "sans droit" geändert werden; sie erweckt den Eindruck, als habe der Gesetzgeber hier die sogenannte subjektive Widerrechtlichkeitstheorie legalisieren wollen[1580]. Es gibt indessen keinen Grund, sich hier nicht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch anzupassen und die Wendung "causé par le fait illicite" entsprechend Artikel 41 und 46/46*a* VE zu verwenden.

Die materielle Änderung gegenüber dem geltenden Text ergibt sich aus der Anpassung an Artikel 43 und 43*a* VE: Nur für die "hoheitliche" (bisher "amtliche") Tätigkeit von Beamten soll das besondere Regime des VG zur Anwendung kommen; sonst gilt - gemäss Artikel 3 VG i.V.m. Artikel 43 VE (der auch den geltenden Artikel 11 VG überflüssig macht) und unter Vorbehalt spezifischer Abweichungen in den betreffenden Gesetzen (wie etwa des MG [früher: MO]) - das ordentliche (zivile) Haftpflichtrecht.

Der geltende Absatz 2 enthielt einen Vorbehalt, welchen der neue Artikel 43 VE nunmehr als allgemeines Prinzip aufstellt; die Bestimmung wird demnach überflüssig.

[1580] Dazu vorne 1.2.2.1.8 und 2.3.3.1.

Hingegen enthalten die Absätze 3 und 4 Regelungen, die spezifisch die Verantwortlichkeit von Bundesbeamten betreffen und deshalb beibehalten werden müssen. Gleiches gilt für die komplementären Bestimmungen von Artikel 7 und 8 VG.

Immerhin ist Absatz 3 (Ausschluss des Direktanspruchs gegen Beamte) dahin zu präzisieren, dass es im Verhältnis zur geschädigten Person irrelevant ist, ob der Beamte oder die Beamtin als unmittelbare Schädiger schuldhaft gehandelt haben oder nicht; das suggeriert der geltende Wortlaut, indem er vom "Fehlbaren" (noch deutlicher französisch: "le fonctionnaire fautif") spricht.

4.2.11.02 Artikel 4

Der geltende Artikel 4 ist eine wörtliche Übernahme von Artikel 44 Absatz 1 OR. Durch die Globalverweisung von Artikel 9 rev.VG werden insbesondere auch die Artikel 46*a* Absatz 2, 47*a* und 52 VE anwendbar erklärt, welche verschiedene Aspekte der geltenden Artikel 43 und 44 OR (Schadenersatzbemessung unter Berücksichtigung von Rechtfertigungs-, Entlastungs- und Reduktionsgründen) abdecken. Die Bestimmung wird damit überflüssig.

4.2.11.03 Artikel 5

Diese Bestimmung entspricht fast wörtlich den geltenden Artikeln 45 und 46 OR, welche die einzelnen ersatzfähigen Schadensposten bei Tötung und Körperverletzung definieren. Das Staatshaftungsrecht weist diesbezüglich keine Besonderheiten auf, so dass ohne weiteres auf die entsprechende Regelung im VE (Art. 45*a* und 45*b*) verwiesen werden kann; diese Verweisung erfolgt global im Rahmen des rev. Artikel 9 VG. Artikel 5 VG wird damit obsolet.

4.2.11.04 Artikel 6

Es gibt keinen Grund, im VG die Voraussetzungen der Genugtuung anders zu bestimmen als im übrigen Haftpflichtrecht; die Frage wird daher durch den umfassenden Verweis auf den VE (Art. 45*e*) in Artikel 9 abschliessend geregelt, so dass es dazu im VG keiner weiteren Norm bedarf.

Die heutige Regelung, die sich an den vielkritisierten Artikel 8 EHG (vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.16) anzulehnen scheint, hat trotz redaktioneller Anpassung der Bestimmung anlässlich der Revision des Persönlichkeitsschutzrechts (1983) überlebt. Sie macht - im Rahmen einer exklusiven Kausalhaftung des Gemeinwesens! - den Anspruch auf Genugtuung noch immer von einem Verschulden des Beamten abhängig. In einem Gesetz, welches bei der Modernisierung der Staatshaftung vor bald fünfzig Jahren eine Vorreiterrolle gespielt hat, ist diese Regelung doppelt anachronistisch und daher auch aus materiellen Gründen aufzugeben.

4.2.11.05 Artikel 9

In Absatz 1 wird die bisher auf "Ansprüche des Bundes" gegen Beamte gemäss den Artikeln 7 und 8 (d.h. Regress- und Ersatzansprüche für dem Bund direkt zugefügten Schaden) beschränkte Verweisung auf die Bestimmungen des OR durch eine Globalverweisung auf den neuen Allgemeinen Teil ersetzt. Es handelt sich um eine Standardformel, die in allen Spezialgesetzen übernommen werden kann.

Absatz 2 von Artikel 9 enthält eine Besonderheit, welche die gegenüber dem Bund haftbaren Beamten im Vergleich zum ordentlichen Schadenersatzrecht ("in Abweichung von Artikel 50 des Obligationenrechts") privilegiert: für sie gilt bei Haftungskonkurrenz nicht Solidar- sondern Anteilshaftung. Ob man dieses Privileg beibehalten will oder nicht, ist eine politische Frage; die Verfasser des Vorentwurfs schlagen von sich aus keine Änderung vor. Die Neufassung der Bestimmung hat daher lediglich redaktionellen Charakter. Man kann sich allerdings fragen, ob die neue Umschreibung des Grundsatzes der Solidarität in Artikel 53*b* Absatz 2 VE (vgl. vorne Ziff. 2.6.4.3) das Problem nicht schon so weitgehend entschärft, dass auf eine weitere Differenzierung hier verzichtet werden könnte.

4.2.11.06 Artikel 10

> Absatz 1 (in der Fassung des revidierten OG vom 4.10.1991, in Kraft seit 1.1.1994) regelt das besondere Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Bund (wie auch von Ansprüchen des Bundes gegenüber Dritten); diese Ordnung wird durch die Haftpflichtrechtsrevision nicht berührt.

Der Vorschlag, den Absatz 2 dieser (inzwischen durch Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 mit Wirkung auf den 1. Januar 1994 bereits einschränkend revidierten) Bestimmung aufzuheben, um das Bundesgericht von erstinstanzlichen Prozessen und Beweisverfahren zu entlasten, entspricht der These 512-3 der Studienkommission (Bericht, a.a.O. [Anm. 39], V/12.1.3.3). Ob man in diesem Sinne weitergehen will, hängt indessen wesentlich von der im Gang befindlichen erneuten Revision des OG und allenfalls auch der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrechtspflege ab. Die Frage bleibt deswegen vorläufig offen.

4.2.11.07 Artikel 11

Artikel 11 betrifft die Fälle, wo "der Bund als Subjekt des Zivilrechts auftritt". Nach der im neuen Artikel 43 VE verankerten Regel ist dies, wo es um Haftungsfragen geht - und vorbehaltlich ausdrücklich angeordneter Ausnahmen - immer der Fall; die Frage bedarf also keiner zusätzlichen Klärung wie sie Absatz 1 des geltenden Artikels 11 VG enthält; die Bestimmung ist aufzuheben.

Der Ausschluss des Direktanspruchs gegenüber dem Beamten als unmittelbarem Schädiger ist bereits in Artikel 3 Absatz 3 statuiert und bedarf der besonderen Erwähnung in Absatz 2 nicht mehr, weil der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Haftung des Bundes grundsätzlich entfällt.

Aus demselben Grund wird auch Absatz 3 (Verweisung auf das interne Haftungsprivileg der Beamten gemäss den Art. 7 und 9) überflüssig.

4.2.11.08 Artikel 19

Hier geht es in Absatz 1 grundsätzlich nur um redaktionelle Anpassungen, die durch die Änderungen der Artikel 3 und 9 sowie die Streichung der Artikel 4 - 6 erforderlich werden.

Im Einleitungssatz braucht das Erfordernis der "widerrechtlichen" Schadenszufügung nicht mehr ausdrücklich erwähnt zu werden: dieses ist ja in Artikel 3 Absatz 1, auf welchen in Buchstabe a ausdrücklich verwiesen wird, bereits als allgemeine Voraussetzung erwähnt; zum selben Ergebnis führt subsidiär die Globalverweisung in Artikel 9 Absatz 1, die sich auch auf Artikel 41 Absatz 2 i.V.m. Artikel 46 VE bezieht,

Schliesslich kann die Redaktion von Buchstabe a auch sprachlich verbessert werden: Die gegenwärtige Fassung erweckt den Eindruck, als ob der "Dritte" und der "Geschädigte" zwei verschiedene Subjekte wären, was offensichtlich nicht zutrifft; auf den Satzteil "Für den einem Dritten zugefügten Schaden ..." kann daher verzichtet werden. Aus der Gegenüberstellung der Buchstaben a und b geht deutlich genug hervor, dass zwischen der Schädigung aussenstehender Personen und einer solchen des Bundes unterschieden werden soll.

4.2.11.09 Artikel 20

Abgesehen von redaktionellen Korrekturen geht es hier materiell um die Übernahme der neuen Verjährungsregeln (Art. 55 ff. VE) in den Bereich des VG.

Auf ersten Blick ist auch diesbezüglich kein zwingender Grund für ein Sonderregime erkennbar, so dass die Fristen in Absatz 1 denjenigen von Artikel 55 VE anzupassen sind; dasselbe gilt für die neue Umschreibung des Zeitpunktes, von dem an die absolute Verjährung bzw. Verwirkung läuft. Vertretbar wäre auch eine Lösung, bei der Artikel 20 Absatz 1 vollständig aufgehoben würde mit der Begründung, die Globalverweisung in Artikel 9 Absatz 1 rev.VG gelte auch für diese Frage. Die Autoren des Vorentwurfs sehen von einer solchen Streichung aus zwei Gründen ab:

1) besteht ein gewisser, wenn auch nicht fundamentaler Unterschied darin, dass das VG anstelle der relativen Verjährung eine Verwirkung vorsieht;

2) stünden die Absätze 2 und 3 ohne die Einleitung des Absatzes 1 systematisch im luftleeren Raum; oder es müsste eine völlig neue Systematik gesucht werden, was den Rahmen der Haftpflichtrechtsreform sprengen würde.

Für den Beginn der relativen Frist wurde bisher nur die "Kenntnis des Schadens", nicht auch diejenige "von der Person des Ersatzpflichtigen" verlangt - wohl, weil klar schien, dass dies immer der Bund sein müsse. Das ist indessen nicht so selbstverständlich; der Bund kann durchaus als Ersatzpflichtiger neben Anderen in Frage kommen, ohne dass dies der geschädigten Person bereits bekannt ist. Unter diesen Umständen scheint es tunlich, auch diesbezüglich die Formulierung von Artikel 55 Absatz 1 VE zu übernehmen.

4.2.11.10 Artikel 21

Es handelt sich um die Anpassung an die entsprechende Bestimmung von Artikel 55*c* AT betreffend die Verjährung von Rückgriffsansprüchen. Für die Beibehaltung und Umformulierung der Bestimmung sprechen ähnliche Gründe wie bei Artikel 20. Zu erwähnen ist hier, dass über die allgemeine Verweisung in Artikel 9 Absatz 1 VG Artikel 55*c* Absatz 2 auch gilt für den Rückgriff des Bundes gegen Personen, für die er nach aussen einzustehen hat: er hat demnach die ihm bekannten potentiellen Rückgriffsschuldner(innen) über einen möglichen Regress zu avisieren, ansonsten die Verjährung seines Rückgriffsanspruchs bereits mit dem Zeitpunkt der versäumten Benachrichtigung zu laufen beginnt.

Allerdings könnte sich materiell und politisch die Frage stellen, ob man - auch bei einer grundsätzlich parallelen Verjährungsregelung im VG und im OR - beim Rückgriffsanspruch des Bundes eine gewisse Privilegierung des Beamten als Regressschuldner beibehalten und dementsprechend hier bei der einjährigen Frist (für die relative Verjährung) bleiben will. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist dies indessen nicht zwingend, da die wesentliche Privilegierung bereits in dem Umstand liegt, dass der Beamte nur bei Grobfahrlässigkeit oder Absicht (Art. 7) überhaupt belangt werden kann und von der Direktklage Aussenstehender abgeschirmt wird.

4.2.11.11 Artikel 23

Die soeben zu Artikel 21 erörterte materielle Frage stellt sich in ähnlicher Weise bei der Bestimmung von Absatz 1, wo es um originäre Ersatzansprüche des Bundes gegen Beamte bzw. Organe oder Angestellte von Organisationen i.S. von Artikel 19 VG geht. Hier ist indessen die Privilegierungsabsicht offenkundig, mindestens bei der absoluten Verjährung, wo die Frist gegenüber dem Regressfall von Artikel 21 um die Hälfte - und nach neuem Recht sogar um ¾ - kürzer ist. Das ist auch der Grund, weshalb die Verfasser des Vorentwurfs hier zögern, an der Sonderlösung des VG etwas zu ändern. Es bleibt daher bei redaktionellen Anpassungen.

Absatz 2 hingegen ist - wenn man im Allgemeinen Teil die Vorschrift des gegenwärtigen Artikel 60 Absatz 2 OR fallen lässt (vgl. vorne Ziff. 2.8.4.2) - ebenfalls aufzuheben. Zwar könnte man angesichts der sehr kurzen Frist von Absatz 1 argumentieren, man müsse mindestens den krassen Fall strafrechtlich relevanten Verhaltens vorbehalten. Diese Gründe wiegen nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs indessen nicht schwer genug, um die problematische Regel hier beizubehalten und eine Abweichung gegenüber dem Allgemeinen Teil zu rechtfertigen.

4.2.12 Verwaltungsverfahren (VwVG)

Artikel 55

Absatz 4 dieser Bestimmung enthält für Fälle des ungerechtfertigten Entzugs der Suspensivwirkung einer Beschwerde und für solche der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung bei einem Gesuch um Wiederherstellung eine spezielle Haftungsnorm zulasten des Gemeinwesens oder der autonomen Anstalt, in

deren Namen die entsprechende Beschwerdeinstanz verfügt (oder eben nicht verfügt) hat. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Schwelle der Rechtswidrigkeit gegenüber dem "normalen" Staatshaftungsrecht bis zum Willkürpegel hinaufzusetzen, um der zuständigen Behörde bei der Interessenabwägung einen ausreichenden Spielraum zu gewähren.

Die Anpassung der Vorschrift im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform entspricht nicht einer zwingenden Notwendigkeit; es liesse sich durchaus die Auffassung vertreten, für Einzelheiten und Modalitäten dieses Sonderfalls der Staatshaftung gelte - wie bisher und bisher auch ohne besondere Verweisung - das Verantwortlichkeitsgesetz und damit, kraft der neuen Globalverweisung in Artikel 9 VG (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.11.05), auch der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts. Letzteres könnte insbesondere von Bedeutung sein, wenn etwa im Rahmen von Artikel 55 Absatz 4 VwVG ein Genugtuungsanspruch zur Diskussion stünde; auch eine willkürliche Handhabung der aufschiebenden Wirkung braucht nicht unbedingt schuldhaft zu sein und könnte jetzt trotzdem Anlass zur Kompensation des moralischen Schadens geben. - Angesichts der Eigenart der Bestimmung und ihres derogierenden Charakters mag es sich aber rechtfertigen, durch Verweisung auf das VG redaktionell klarzustellen, dass im übrigen die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts auch hier Geltung haben sollen.

4.2.13 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (öBG)

Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ist in Ausführung des von der Schweiz am 4. Dezember 1995 ratifizierten GATT-Übereinkommens (SR 0.632.231.422) am 16. Dezember 1994 vom Parlament verabschiedet worden und am 1. Januar 1996 in Kraft getreten. Es regelt das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und will dadurch die Gleichbehandlung der Anbieter gewährleisten. Die Verträge, die aufgrund einer Auftragsvergabe mit den Anbietern abgeschlossen werden, unterstehen grundsätzlich dem Privatrecht.

Das Gesetz enthält zwei haftungsrechtlich relevante Bestimmungen: nach Artikel 34 haften der Bund oder die in Artikel 2 öBG bezeichneten Auftraggeberinnen unter bestimmten Voraussetzungen und in einem bestimmten Umfang für Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht haben, während Artikel 35 das Verfahren regelt. Diese Haftungsbestimmungen weichen teilweise von den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; vgl. vorne Ziff. 4.2.11) ab.

> Artikel 34
>
> Diese Bestimmung legt in Absatz 1 den Grundsatz der Haftung des Bundes bzw. der Auftraggeberinnen für Schäden fest, welche durch Verfügungen im Rahmen der Vergabeprozedur verursacht worden sind, deren Rechtswidrigkeit[1581] im Beschwerdeverfahren nach den Artikeln 32 Absatz 2 und 33 öBG durch die Rekurskommission festgestellt worden ist. Sie ist als Spezialnorm unproblematisch und entsprechend unverändert zu übernehmen.

[1581] Bemerkenswert ist, dass die französische Fassung von Art. 34 Abs. 1 öBG den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht etwa mit "illicéité" sondern mit "non-conformité au droit" wiedergibt. Der französische Botschaftstext (FF 1994 IV 1240 f.) spricht sogar von "actions illégales".

Die Abweichung gegenüber dem VG liegt darin, dass nach Absatz 2 nur das negative Interesse und auch dieses nur partiell ersatzfähig ist ("Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind"). Der schweizerische Gesetzgeber hat damit von der Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, die ihm in Artikel XX Ziffer 7 Buchstabe c des genannten GATT-Übereinkommens eingeräumt wird. Die Regelung ist wahrscheinlich nicht eurokompatibel[1582]. Sie widerspricht aber auch dem Prinzip des (privat- und öffentlich-rechtlichen) Haftungsrechts, wonach (abgesehen von den Tatbeständen der Gefährdungshaftung, vgl. Artikel 45 Absatz 3 VE) für den gesamten adäquat verursachten Schaden, einschliesslich des entgangenen Gewinns, Ersatz geschuldet wird - bei gegebener Rechtswidrigkeit auch dann, wenn er sich in Form von "reinem Vermögensschaden" präsentiert. Nachdem die Norm aber erst kürzlich und zudem nach einer eingehenden Auseinandersetzung im Nationalrat offensichtlich bewusst so formuliert worden ist, sollte sie nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes ohne Not nicht schon jetzt wieder geändert werden.

Absatz 3 verweist für alle nicht geregelten haftungsrechtlichen Fragen (etwa für Ersatzansprüche aus anderen als den in Artikel 34 öBG vorgesehenen Gründen oder für das Rückgriffsrecht gegen Beamte und/oder Angestellte der Auftraggeberinnen usw.) auf das Verantwortlichkeitsgesetz. Indirekt (nämlich über den neuen Artikel 9 Absatz 1 VG in der unter Ziff. 4.2.11.05 hievor vorgeschlagenen Fassung) wird damit auch auf den Allgemeinen Teil generell verwiesen.

Es bedarf deshalb keiner zusätzlichen ausdrücklichen Verweisung auf das Obligationenrecht.

Artikel 35

Die Absätze 1 und 2 enthalten Verfahrensbestimmungen, die dem Regelungsgegenstand des öBG eigen sind und deshalb beibehalten werden sollten.

4.2.14 Beamtengesetz (BtG)

Artikel 48

Die Bestimmung wird hier lediglich *pro memoria* erwähnt, um daran zu erinnern, dass die Studienkommission in ihrem Bericht (Anhang I, S.202) eine Anpassung der Absätze 5 und 5^{bis} (Subrogation der Pensionskasse des Bundes) gemäss ihren Thesen zum Verhältnis zwischen Haftpflicht und Sozialversicherung (namentlich Thesen 62-1und 62-2) gefordert hatte. Gesetzgebungssystematisch wären diese Anpassungen im Rahmen des gegenwärtig im Parlament hängigen Gesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vorzunehmen.

Für den Fall, dass dieses Gesetz binnen absehbarer Zeit nicht zustandekommen sollte und im Hinblick auf den in Vorbereitung befindlichen Entwurf eines Bundespersonalgesetzes (BPG; vgl. Art. 26 des Entwurfes vom 14. Dezember 1998, in: BBl 1999 II 1623 und 1646) wird hier in Anlehnung an die parallele Bestimmung im neusten Sozialversicherungserlass (KVG Art. 79; vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50) und eine Bestimmung folgenden Inhalts vorgeschlagen:

[1582] Vgl. Michel N., La réparation du préjudice du soumissionaire évincé (De l'incompatibilité du droit suisse avec les directives communautaires), in: Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André-Junod, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, S. 279 ff.

Artikel X Eintritt in die Rechte des Personals

[1]Gegenüber Personen, die für die Krankheit, den Unfall, die Invalidität oder den Tod einer angestellten Person haften, tritt der Bund als Arbeitgeber bis zum Betrag seiner Leistungen in die Rechte der betroffenen Person oder ihrer Hinterbliebenen ein.

[2]Ein Rückgriffsanspruch steht dem Bund gegen den Ehegatten der angestellten Person, ihre Verwandten in auf- und absteigender Linie oder mit ihr in gemeinsamem Haushalt lebende Personen nur zu, wenn sie die Arbeitsverhinderung absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben.

[3]Im übrigen gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts über das Vorrecht der geschädigten Person gegenüber dem Rückgriff des Versicherers* sinngemäss.

* SR 220, Artikel 54*b*.

4.2.15 Zivilgesetzbuch (ZGB)

4.2.15.01 Artikel 46

Diese Bestimmung (ursprünglich Art. 42 ZGB) ist bereits im Rahmen der letzten Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstands-, Eheschliessung- und Scheidungsrechtsrevision) vom 26. Juni 1998[1583] geändert worden; sie orientiert sich nach den Erläuterungen in der Botschaft[1584] an Artikel 429*a* ZGB (Haftung auf dem Gebiet der fürsorgerischen Freiheitsentziehung) als der jüngsten (1981) im Bundesrecht kodifizierten Staatshaftungsbestimmung. Im vorliegenden Vorentwurf wird versucht, für alle Erscheinungsformen von bundesrechtlich angeordneter Haftung des Kantons eine möglichst einheitliche Formulierung zu finden, die insbesondere auch im Grundbuch- und Handelsregisterwesen (vorne Ziff. 4.2.011) verwendbar sein soll.

In Absatz 1 wird der Grundsatz einer direkten und verschuldensunabhängigen Haftung des Kantons für jeglichen Schaden (Vermögensschaden oder immaterieller Schaden) statuiert, der durch die Führung der betreffenden Register und durch sämtliche damit zusammenhängenden Aktivitäten verursacht wird. Die Bezeichnung des Haftungssubjekts (hier: des Kantons) gehört - im Gegensatz zur Fassung gemäss ZGB-Revision - bereits in den Grundtatbestand des Absatzes 1, und sollte nicht erst im Zusammenhang mit dem Rückgriff in Absatz 2 zur Sprache kommen.

Mit der Wendung "verursacht ... durch" wird klargestellt, dass ein funktionaler Zusammenhang mit der betreffenden amtlichen Tätigkeit bestehen muss. Dabei wird - im Gegensatz zur Formulierung des neuen Artikel 46, aber in Anlehnung an die seit 1912 geltende grundbuchrechtliche Regel von Artikel 955 Absatz 1 ZGB[1585] - bewusst darauf verzichtet, die unmittelbar handelnden ("im Zivilstandswesen tätigen") Personen (d.h.: Beamte, Angestellte, Mitglieder von Aufsichtsbehörden etc.) ausdrücklich zu erwähnen, weil diese im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - haftungsmässig gar nicht als Individuen in Erscheinung treten sollen, sondern lediglich als verlängerte Arme des Staates, dessen Organisationsrisiko sie verwirklichen. Die Haftung ist

---

1583 BBl 1998 IV 3491 ff. (Referendumsvorlage); Botschaft: BBl 1996 I 1 ff.

1584 a.a.O. Ziff. 212.2, S. 55.

1585 Vgl. dazu Widmer P., La revision du droit de la responsabilité civile vue sous l'angle de l'article 955 du code civil : ZBGR 1995, S. 345 ff.

"kausal", d.h. vom Verschulden der unmittelbar handelnden Person bzw. ihrer Vorgesetzten unabhängig. Hingegen soll sie nur für "widerrechtlich" verursachte Schäden Platz greifen, d.h. für solche, welche entweder aus dem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut oder - im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE - aus dem Verstoss gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung (Amtspflicht) oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entstehen[1586].

Unnötig ist eine explizite Erwähnung des Genugtuungsanspruchs wie sie Artikel 46 Absatz 1 in der Fassung vom 26. Juni 1998 enthält. Indem der Kanton nach der hier vorgeschlagenen Formulierung "für allen Schaden" haftbar gemacht wird, ist die Wiedergutmachung immaterieller Unbill - sofern deren Voraussetzungen (Art. 45*e* VE) erfüllt sind - eo ipso inbegriffen (vgl. vorne Ziff. 4.1). Zum gleichen Ergebnis käme man auch über die Generalverweisung im neuen Absatz 4.

Absatz 2 regelt den Rückgriff in der Weise, dass er - wie im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes und in zahlreichen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen - nur zulässig sein soll, wenn der Person, die den Schaden verursacht hat, ein qualifiziertes Verschulden - Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit - zur Last gelegt werden kann. Das entspricht - abgesehen von der Erwähnung des Kantons als Haftungssubjekt und kleinen redaktionellen Unterscheiden - auch dem neuen Artikel 46 Absatz 2 ZGB in der Fassung vom 26. Juni 1998.

Absatz 3 verdeutlicht - in Anlehnung an Artikel 3 Absatz 3 VG (vorstehend Ziff. 4.2.11.01) - dass die Haftung des Kantons eine exklusive ist. Zwar liesse sich dies allenfalls als allgemeiner und daher selbstverständlicher Grundsatz der modernen Staatshaftung bezeichnen oder auch interpretatorisch aus der Regel über den Rückgriff in Absatz 2 ableiten, wie es offenbar die gegenwärtig gültige Fassung vom 26. Juni 1998 impliziert. Nachdem es sich aber hier - wie nachfolgend auch im Rahmen von Artikel 426, 849 und 955 ZGB, von Artikel 5 SchKG sowie bei Artikel 928 OR[1587] - um eine vom Bund dem Kanton auferlegte Staatshaftung handelt, mag es sich rechtfertigen, diesen Aspekt besonders hervorzuheben. Jedenfalls scheint diese Aussage auch aus praktischer Sicht bedeutsamer als die Selbstverständlichkeit, dass für Personen mit Zivilstandsfunktionen, die vom Bund angestellt sind, nicht der Kanton, sondern der Bund einzustehen hat, und dass diesfalls das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes anwendbar ist. Sollte die Bestimmung des gegenwärtigen Absatz 3 von Artikel 46 ZGB als unerlässlich empfunden werden, so wäre eine entsprechende Norm auch im Grundbuch- und Handelsregisterrecht einzufügen, wo es auf Bundesebene gleichfalls Amtsstellen mit entsprechenden Koordinations- und Aufsichtsfunktionen gibt.

Absatz 4 schliesslich enthält eine Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Das müsste an sich auf Grund der neuen Bestimmung in Artikel 43 VE ohnehin gelten; trotzdem empfiehlt sich angesichts der etwas speziellen Konstellation, wo das Bundesrecht eine kantonale Staatshaftung vorschreibt, eine ausdrückliche Erwähnung.

[1586] Vorne 2.3.3.3.

[1587] Vorne 4.2.011.

4.2.15.01bis Artikel 55 Absatz 2

An dieser Bestimmung ändert sich äusserlich nichts. Erwähnenswert ist aber an dieser Stelle doch, dass die neue Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE den Unterschied zwischen Organ und Hilfsperson aufhebt, wie dies heute schon bei den Kausalhaftungstatbeständen des ZGB und OR sowie der Spezialgesetzgebung der Fall ist und vor allem auch im Rahmen der Generalklausel der Gefährdungshaftung der Fall sein wird. Es kommt also für die Haftung einer juristischen Person, welche beim "Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" durch einen Organisationsmangel Schaden verursacht, künftig nicht mehr darauf an, welche Stellung der unmittelbare Verursacher der Schädigung in dieser Korporation innehat.

4.2.15.02 Artikel 426 - 430 sowie 454 und 455

Mit der einen neuen Bestimmung über die Haftung im Vormundschafts- und künftigen Betreuungsrecht sollen alle bisher in sieben Artikeln enthaltenen Regeln zusammengefasst bzw. ersetzt werden. Sie führt zur Aufhebung der Artikel 427 - 430 und damit zum Schrumpfen des 4. Abschnitts des 11. Titels auf einen einzigen Artikel. Materiell ist diese Richtung in den Vorschlägen der Expertengruppe zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts[1588] bereits angedeutet; in Artikel 429*a* ZGB wurde sie zudem - wie im Zusammenhang mit Artikel 46 (alt 42) ZGB (vgl. vorne Ziff. 4.2.15.01) erwähnt - im Bezug auf die fürsorgerische Freiheitsentziehung bereits positivrechtlich vorweggenommen. Im Rahmen dieses Vorentwurfes wird im übrigen auf Einheitlichkeit mit den Parallelbestimmungen (Art. 42, 849 und 955 ZGB sowie Art. 928 OR und Art. 5 SchKG) geachtet.

Absatz 1 führt - anstelle der geltenden persönlichen Kaskaden- und Ausfallhaftung der unmittelbar handelnden und der Aufsichtsorgane sowie subsidiär auch der beteiligten Gemeinwesen - die primäre und verschuldensunabhängige Staatshaftung des Kantons ein. Diese Haftung soll - analog zu dem zu Artikel 46 ZGB Ausgeführten - für jene Schäden (Vermögensschäden oder immaterielle Schäden) bestehen, die in funktionalem Zusammenhang mit der Erfüllung vormundschafts- bzw. "betreuungs-" rechtlicher Aufgaben verursacht werden.

Neben dieser funktionsspezifischen Kausalität - man könnte auch von der Verwirklichung der für diesen Bereich charakteristischen "Betriebs- bzw. Organisationsgefahr" sprechen - wird hier als weitere Voraussetzung ebenfalls "Widerrechtlichkeit" verlangt; das bedeutet, bezogen auf den geltenden Artikel 426 ZGB (sofern nicht ein Eingriff in absolut geschützte Persönlichkeitsgüter oder dingliche Rechte die Rechtswidrigkeit per se begründet): Verletzung der "Regeln einer sorgfältigen Verwaltung"; im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ergäbe sich die Widerrechtlichkeit (wenn nicht *a priori* aus einer Persönlichkeitsverletzung) aus einer "Amtspflichtverletzung" bei unbegründeter Anordnung (Ermessensmissbrauch, Aktenwidrigkeit, Verletzung von Verfahrensregeln).

Absatz 2 enthält die in modernen Verantwortlichkeitgesetzen klassische Rückgriffsregel, wonach das haftbare Gemeinwesen auf seine Organe, Beamten und andere Personen, welche mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut sind,

---

[1588] Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzte Expertengruppe vom Juli 1995, II/1.6, S. 67 ff. und Thesen 1.5.6, S.147.

Regress nur nehmen können soll, wenn diesen Personen ein schwerer Vorwurf gemacht werden kann. Ihre Tätigkeit soll nicht unter dem steten Damoklesschwert einer Rückgriffsklage für Fehler und Irrtümer stehen, die auch einer zuverlässigen und gewissenhaften Person in derselben Funktion unterlaufen können.

Absatz 3 bekräftigt die Exklusivität der Staatshaftung bzw. den Ausschluss des Direktanspruchs gegen das Individuum, welches den Schaden unmittelbar und persönlich verursacht hat; ob schuldhaft gehandelt wurde oder nicht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Absatz 4 enthält für alle Modalitäten eine generelle Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Die bisher in Artikel 428 und 429 geregelten Fragen der Haftung mehrerer vormundschaftlicher Organe stellen sich im Rahmen der neuen exklusiven Staatshaftung nicht mehr in derselben Weise; sie könnten allenfalls bei einem Regress des Kantons gegen eine Mehrheit verantwortlicher Personen aktuell werden und wären dann nach den Grundsätzen von Artikel 53*c* VE zu lösen.

Nicht aufrechterhalten lässt sich beim neuen System Artikel 430 ZGB, der Verantwortlichkeitsfälle vormundschaftsrechtlicher Natur ausdrücklich dem Zivilrichter zuweist. An sich liegt er aber durchaus auf der Linie des Vorentwurfs, der ja eine möglichste Vereinheitlichung von zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung anstrebt; man könnte also sogar daran denken, Artikel 430 ZGB zu generalisieren, sofern dies nicht als allzu massiver Eingriff in die kantonalen Kompetenzen hinsichtlich Gerichtsorganisation und Verfahren betrachtet würde.

Es gibt auch keinen ausreichenden Anlass, die Verjährung im Bereich der vormundschaftsrechtlichen Haftung (gegenwärtig Art. 454 und 455 ZGB) abweichend von den in Artikel 55 ff. VE vorgeschlagenen allgemeinen Bestimmungen zu regeln. Das gilt für die relative Verjährung, wo die Voraussetzung der "Kenntnis des Schadens" (der Haftpflichtige lässt sich unter dem neuen Regime leicht eruieren) in der Regel das Vorliegen einer Schlussrechnung notwendig machen wird; es gilt aber auch für die absolute Verjährung, wo nunmehr das Ende der schadenstiftenden vormundschaftlichen Massnahme als Termin, "an dem die Schädigung ein Ende gefunden hat" zu betrachten und nicht mehr auf die Zustellung der Schlussrechnung abzustellen sein wird. Das scheint auch den Vorstellungen der Expertengruppe zur Revision des Vormundschaftsrechts zu entsprechen[1589]. Die Aufhebung dieser beiden Bestimmungen verkürzt auch den Dritten Abschnitt des Zwölften Titels des ZGB, hat aber systematisch keine weiteren Auswirkungen, da der nachfolgende Artikel 456 bereits im Zug der SchKG-Revision (1994; vgl. hinten Ziff. 4.2.28) aufgehoben worden ist.

4.2.15.03 Artikel 849

Diese Bestimmung sieht eine Haftung des Kantons für unsorgfältige Schätzung des amtlichen Wertes von Grundstücken zwecks Errichtung einer Gült vor. Wegen der geringen praktischen Bedeutung der Gült ist auch sie kaum je zur

---

[1589] Vorstehend Anm. 1588; vgl. den dort zit. Bericht II/1.6.1.5., S. 70, und These 1.5.6/4.

Anwendung gekommen. Die Lehre geht davon aus, dass es sich zwar um eine primäre, aber vom Verschulden der "fehlbaren" Beamten abhängige Staatshaftung handelt. Diese ist daher dem jetzt durchgängig (hievor für das Handelsregister-, das Zivilstands- und das Vormundschaftswesen, hienach für die Grundbuchführung sowie im Rahmen des Schuldbetreibungs- und Konkurswesens) anerkannten Konzept der Kantonshaftung anzugleichen. Dass der Kanton haftet, ist im übrigen auch im Randtitel entsprechend klarzustellen, wo heute von Haftung "des Staates" die Rede ist - in einem Bundesgesetz zumindest keine eindeutige Wendung.

Absatz 1 wird in Anlehnung an die entsprechenden Bestimmungen von Artikel 46 und 426 formuliert, allerdings mit einem Anklang an die geltende Sorgfaltshaftung, indem als Anknüpfungstatbestand und Widerrechtlichkeitselement die "mangelhafte Schätzung" erwähnt wird. Gemeint ist indessen ein objektiver Organisationsmangel in Analogie zu Artikel 49*a* VE; ein Verschulden der unmittelbar handelnden Person oder ihrer Vorgesetzten ist nicht erforderlich.

Absatz 2 sieht in der heutigen Fassung ein unbeschränktes Rückgriffsrecht des Kantons gegen die "fehlbaren Beamten" vor. Der Revisionsvorentwurf schlägt auch hier eine Angleichung an die im Staatshaftungsrecht heute generell geltende Regel vor, wonach das Gemeinwesen auf seine Beamten, Angestellten oder auf Personen, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beigebogen werden, nur zurückgreifen soll, wenn diese sich einen subjektiv schwerwiegenden Vorwurf (Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit) entgegenhalten lassen müssen.

Absatz 3 enthält wiederum den Ausschluss des Direktanspruchs gegen die Person(en), welche den Schätzungsfehler begangen haben.

Der neue Absatz 4 enthält die in allen Parallelbestimmungen übliche Gesamtverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts.

4.2.15.04 Artikel 955

Artikel 955 ZGB über die Verantwortlichkeit des Kantons für Schäden, die durch fehlerhafte Grundbuchführung verursacht werden, hat den Verfassern des Vorentwurfes trotz seines relativ hohen Alters als Vorbild für alle Fälle gedient, in welchen die Kantone mit der Durchführung von Bundesaufgaben im Rahmen des Zivilrechts auch die Verantwortung für Schäden zu übernehmen haben, die im Rahmen dieser Aktivitäten entstehen können. Dementsprechend erfährt die Bestimmung materiell nur geringfügige Änderungen.

In Absatz 1, wo der Haftungsgrundsatz statuiert wird, ist der Eingriff rein redaktioneller Art: der Wortlaut wird an die bereits in Artikel 46, 426 und 849 ZGB hievor verwendete Standardformel angepasst, in der namentlich nur noch von einem verantwortlichen Kanton (anstelle von "Kantonen" in der Mehrzahl) gesprochen wird und - im Sinne von Doktrin und Rechtsprechung[1590] - neben der eigentlichen "Führung des Grundbuchs" - auch annexe Aufgaben einbezogen werden.

[1590] Vgl. insbesondere Deschenaux H./Weber F., Das Grundbuch, in: SPR V.III.1, Basel 1988, § 12 II/1, S. 181 ff..; Steinauer P.-H., a.a.O. (Anm. 27), N. 608 ff.., S. 166 f.; Simonius P./Sutter Th., Schweiz. Immobiliarsachenrecht Bd.I, Basel/Frankfurt a.M. 1995, § 7/5, Rz. 68, S. 215 f.

Absatz 2 weicht dagegen in seiner heute geltenden Formulierung von der üblichen restriktiven Regelung des Regresses insofern ab, als dieser dem Kanton bei jedwelchem Verschulden des fehlbaren Bediensteten oder Organs offenstehen soll. Im Rahmen der Revision ist diese Bestimmung auf die entsprechenden Parallelvorschriften von Artikel 46, 426 und 849 ZGB sowie Artikel 928 OR und Artikel 5 SchKG abzustimmen, die alle nach dem Vorbild von Artikel 7 VG den Rückgriff auf Fälle von Absicht und grober Fahrlässigkeit beschränken.

Absatz 3 enthält die ausdrückliche Anerkennung des Prinzips der primären und exklusiven Staatshaftung[1591] und ersetzt damit den überflüssigen unechten Vorbehalt im geltenden Text, wonach die Kantone von ihren Beamten und Angestellten Sicherstellung für allfällige Regressansprüche verlangen können.

Absatz 4 enthält wiederum die stereotype Verweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

4.2.16 Eisenbahnhaftpflichtgesetz (EHG)

Das EHG ist insgesamt aufzuheben. Es ist das älteste Haftpflichtgesetz des Bundesrechts, denn die geltende Fassung vom 28. März 1905 hat mit unbedeutenden Änderungen das Original vom 1. Juli 1875 abgelöst. In den vergangenen Jahren bildete das EHG Gegenstand zunehmender Kritik[1592] und seine Revision wurde in mehreren parlamentarischen Vorstössen[1593] gefordert; politisch war diese Forderung gar einer der frühesten Auslöser für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

Insbesondere wird die Regelung beanstandet, wonach es für das Haftungsregime bei Sachschäden darauf ankommen soll, ob die geschädigte Person gleichzeitig auch eine Körperverletzung erlitten hat; nur dann gilt einheitlich die Bahn-Gefährdungshaftung, sonst muss der Unternehmung ein Verschulden nachgewiesen werden (Art. 11 EHG). Eines Verschuldens seitens der Unternehmung oder ihrer Hilfspersonen bedarf es auch für die Zusprechung einer Genugtuung (Art. 8 EHG).

Systemfremd sind auch die pönalen Ausschluss- und Befreiungsgründe in Artikel 6 und 7 EHG; eine strafbare Handlung oder die Übertretung bahnpolizeilicher Vorschriften kann unter Umständen als Selbstverschulden gewürdigt werden und unter diesem Titel zur Reduktion des Schadenersatzes oder in Ausnahmefällen - wo es die Bahngefahr als adäquate Schadensursache völlig in den Hintergrund drängt - gar zur vollen Entlastung führen. Abgesehen davon, d.h. von ihrer adäquanzmindernden oder -aufhebenden Wirkung, sind Verstösse der geschädigten Person gegen strafrechtliche Normen haftpflichtrecht-

---

[1591] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 1590), § 12 I/2b, S. 177 f.

[1592] Vgl. etwa Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S.220 ff., und neustens Gauch P., Die Haftpflicht der Eisenbahnen - Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz, in: Strassenverkehrsrechtstagung 1998, Freiburg i.Ue. 1998.

[1593] Postulat Cadruvi (P 10470) vom 7.10.1970; Einfache Anfrage Burgener (98.1051) vom 27.4.1998.

lich irrelevant; "es gibt keine allgemeine Regel, wonach nur der Gesetzestreue selber Rechte auszuüben vermöchte"[1594].

Im übrigen regelt das Gesetz lauter Fragen, für die nunmehr der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts gelten soll. Das trifft zu für die ersatzfähigen Schadensposten bei Tötung und Körperverletzung (Art. 2 und 3 EHG = Art. 45*a* und 45*b* VE), für die Kriterien der Schadenersatzberechnung und -bemessung (Art. 12 und 4/5 EHG = Art. 52 VE), die Art des Ersatzes (Art. 9 EHG = Art. 52*a* VE), den Rückgriff auf Mithaftpflichtige (Art. 18 EHG = Art. 53*c* VE), das Verhältnis zur Versicherung (Art. 13 EHG = Art. 54 ff. VE, insbesondere Art. 54*i* VE), die Verjährung (Art. 14 EHG = Art. 55 ff. VE), Freizeichnungen und missbräuchliche Vergleiche (Art. 16/17 EHG = Art. 57/58 VE) sowie Gerichtsstands- und Verfahrensvorschriften (Art. 19, 20 und 22 EHG = Art. 56 ff. VE).

Einzelne Bestimmungen sind demgegenüber nicht mehr zeitgerecht oder überflüssig: dies trifft namentlich zu auf Artikel 15 EHG (Unübertragbarkeit der aus der Eisenbahnhaftpflicht den Angestellten der Unternehmung zustehenden Ansprüche aus Tötung und Körperverletzung) sowie auf Artikel 21 EHG, wonach in der Konzession eine über das Gesetz "hinausgehende Haftpflicht" begründet werden kann; auf diese - rechtsstaatlich ohnehin problematische - Möglichkeit kann unter dem neuen Recht verzichtet werden, weil einerseits die inadäquaten Haftungeinschränkungen des alten EHG (namentlich Art. 6 und 7, 8 sowie 11) wegfallen und anderseits eine weitergehende als die umfassende Gefährdungshaftung schwer vorstellbar ist. Wollte der Gesetzgeber dagegen die Ersatzpflicht der Bahnunternehmung über Körper- und Sachschäden hinaus auf reine Vermögens- (z.B. Verspätungs-) schäden ausdehnen, so müsste er es ausdrücklich sagen (Art. 45 Abs. 3 VE); dazu ist aber - ausser im Transportrecht (nachfolgend Ziff. 4.2.37) - kein besonderer Anlass vorhanden.

An die Stelle des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes tritt eine neue Bestimmung im Eisenbahngesetz (nachfolgend Ziff. 4.2.36).

4.2.17 Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)

Dieses auf einer EG-Direktive[1595] beruhende Spezialgesetz wird hier nur *pro memoria* erwähnt bzw. um zu begründen, weshalb im Rahmen der Gesamtrevision keine Änderungen an diesem Erlass vorgesehen werden.

In der Tat passt diese Haftung nicht besonders gut in die Landschaft des schweizerischen Schadenersatzrechts, obschon sie in ihrer Struktur grosse Ähnlichkeit mit der Haftung für Werkmängel gemäss Artikel 58 OR aufweist[1596]. Materiell problematisch sind insbesondere die Beschränkungen hinsichtlich Ersatzfähigkeit und Schadendeckung beim Sachschaden (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 6 PrHG). Gesetzestechnisch und -systematisch müssten für eine Harmonisierung mit dem Allgemeinen Teil, wie er in dieser Revision vorgeschlagen wird, einige Anpassungen vorgenommen werden.

[1594] Merz H., Votum am Juristentag 1967 in Neuchâtel, ZSR 1967 II 812, a.a.O. (Anm. 21); Stark E.W. a.a.O. (Anm. 31), S.34 f.

[1595] Richtlinie 85/374 vom 25. Juli 1985.

[1596] Für eine kritische Würdigung vgl. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), a.a.O. (Anm. 60).

Abgesehen davon, dass das schweizerische PrHG - wie auch die Umsetzungserlasse der meisten europäischen Länder - wegen seiner Nachteile gegenüber dem klassischen Haftpflichtrecht (welches in Art. 13 der Richtlinie und Art. 11 des PrHG ausdrücklich vorbehalten wird) kaum praktische Bedeutung erlangt hat, scheint es auch schon deshalb nicht sinnvoll, an diesem Gesetz herumzulaborieren, weil die definitive Ausgestaltung der Richtlinie, an der sich die "autonome" schweizerische Kopie orientiert, noch nicht feststeht. Im Prinzip hätte nach den Artikeln 15 Absatz 2 und 16 Absatz 2 dieser Richtlinie die Kommission dem EU-Rat einen Bericht mit Vorschlägen zu den drei Punkten ausarbeiten sollen, in welchen der Text von 1985 den Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeiten offenliess: a) hinsichtlich der Unterstellung von Naturprodukten und Jagderzeugnissen; b) hinsichtlich des Einbezugs des sog. "Entwicklungsrisikos" und c) hinsichtlich einer summenmässigen Haftungshöchstgrenze (gegenwärtig minimal 70 Mio. Euro). Nun hat zwar die Kommission im Dezember 1995 einen Bericht über die Anwendung der Richtlinie vorgelegt, in welchem sie feststellt, dass - bis auf Frankreich[1597] - alle Mitgliedländer die Richtlinie umgesetzt haben; einen konkreten Änderungsvorschlag hat sie indessen bisher einzig in Bezug auf die Unterstellung der landwirtschaftlichen Naturprodukte und der Jagderzeugnisse eingebracht. Mit der Verabschiedung der Richtlinie vom 10. Mai 1999[1598] haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union diesem Vorschlag zugestimmt.

4.2.18 Versicherungsvertragsgesetz (VVG)

Die Verfasser des Vorentwurfes haben Kenntnis davon, dass eine grundlegende Überarbeitung des VVG geplant ist. Zum Vorentwurf für eine erste Teilrevision ist im September 1998 - gleichzeitig mit einem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz - ein Vernehmlassungsverfahren eröffnet worden; haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen des VVG werden allerdings von dieser Vorlage nicht berührt.

Im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform soll daher immerhin ein Minimum an Änderungsvorschlägen eingebracht werden, nämlich solche, die sich unmittelbar aus dem Vorentwurf zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ergeben. Dieser enthält als wesentliche Neuerung auch zehn Artikel zum Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privat-Versicherung (Art. 54 - 54*i* VE)[1599]. Unerlässlich ist die Anpassung des Artikel 72 VVG über den Rückgriff des Versicherers gegen haftpflichtige Drittpersonen, der mit der Regelung des Verhältnisses zwischen Haftpflicht und Schadensversicherung in den Artikeln 54 - 54*b* VE hinfällig bzw. durch eine blosse Verweisung auf das OR ersetzt wird (vgl. auch Art. 54*f* VE für die Haftpflichtversicherung). Ein weiterer Vorschlag betrifft Artikel 46 VVG. Abgesehen davon werden haftpflichtrechtsrelevante Probleme hier bloss signalisiert.

[1597] Bericht Com (95) 617 final vom 13. Dezember 1995. Der französische Umsetzungserlass ist inzwischen am 19. Mai 1998 (Loi No.98-389) - als Ergänzung zum Code civil (neue Art.1386-1 bis 1386-18) - verabschiedet worden.

[1598] Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 1999 zur Änderung der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, in: AB L 141 vom 4.6.1999, S. 20 f.

[1599] Vgl. vorstehend Ziff. 2.7.

4.2.18.01^semel Artikel 14 Absatz 3

Die Studienkommission hatte sich im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Haftungsprivilegien nach Artikel 44 UVG[1600] gefragt, ob die Bestimmung des VVG zu ändern sei, welche dem Versicherer eine Kürzung seiner Leistungen bei grob schuldhafter Verursachung des schädigenden Ereignisses durch Hausgenossen oder Hilfspersonen des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten nur gestattet, wenn dieser seinerseits seine Sorgfaltspflicht in der Anstellung oder Aufnahme bzw. in der Beaufsichtigung des Schädigers grobfahrlässig verletzt hat.

Man hätte die Auffassung vertreten können, bei Aufhebung des Haftungsprivilegs von Arbeitgebern und Familienangehörigen im UVG sollte auch dem Privatversicherer - unter Vorbehalt des Quotenvorrechts des Geschädigten - eine Kürzung bzw. ein Rückgriff in weiterem Umfange gestattet werden.

Ob diese Konsequenz zwingend gezogen werden muss, kann dahingestellt bleiben, nachdem sich die Studienkommission dafür entschieden hatte, für die von Artikel 44 UVG anvisierten Fälle mindestens ein Regressprivileg beizubehalten (vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50). Es besteht demzufolge kein unmittelbarer Anlass mehr, Artikel 14 Absatz 3 VVG zu ändern. Insbesondere ist diese Bestimmung mit den Vorschlägen des Vorentwurfs zum Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht und Haftpflichtversicherung (insbesondere Art. 54*c* und Art. 54*h* VE - Einreden des Versicherers gegenüber dem Direktanspruch des Geschädigten bei nichtobligatorischer Haftpflichtversicherung; Rückgriff auf den Versicherungsnehmer oder den Versicherten im Falle des Obligatoriums) durchaus kompatibel. Ebenso verhält es sich mit dem Vorschlag in Artikel 54*a* Absatz 2 VE, der anstelle des aufgehobenen Absatz 3 von Artikel 72 VVG tritt und wonach der Richter den Regress des Versicherers mit Rücksicht auf enge persönliche Beziehungen oder ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person umfangmässig einschränken kann (vgl. hienach zu Art. 72 Abs. 3 VVG).

4.2.18.01^bis Artikel 17 Absatz 3

Diese Bestimmung weist einen gewissen Bezug zu Artikel 54*i* VE (verhältnismässige Anrechnung von Versicherungsleistungen an die Ersatzpflicht des die Prämien [mit-]finanzierenden Haftpflichtigen) auf; indessen ergeben sich u.E. zwischen den beiden Normen keine Unstimmigkeiten oder Widersprüche.

4.2.18.01^ter Artikel 60

Man hätte vorschlagen können, diese Bestimmung mit der Begründung zu streichen, das - in der Praxis ohnehin kaum je geltend gemachte - Pfandrecht werde überflüssig, nachdem im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts das direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer generell (wenn auch unter Vorbehalt allfälliger Einreden) vorgesehen ist (Art. 54*c* VE). Indessen bleiben einige mögliche Anwendungsfälle für dieses Sicherungsmittel bestehen, so dass die Autoren des Vorentwurfs in diesem Punkt keinen Streichungsantrag unterbreiten[1601].

[1600] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4.2, S. 176 f.

[1601] Vgl. die Erläuterungen hiezu in Ziff. 2.7.4.2.1 a.E. und die entsprechenden Ausführungen der Studienkommission in deren Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2.

4.2.18.02 Artikel 46

Zu dieser Verjährungsbestimmung hatte sich die Studienkommission dahingehend geäussert, dass angesichts der Unklarheiten über den Beginn der zweijährigen Verjährungsfrist eine Überprüfung angezeigt wäre[1602]. Dem liesse sich beifügen, dass die sehr kurze Einheitsfrist von zwei Jahren auch als solche den heutigen Auffassungen kaum mehr entspricht. Beides würde indessen einen Vorgriff auf die angekündigte Revision des VVG noch nicht ohne weiteres rechtfertigen.

Hingegen schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine ergänzende Verweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts vor bezüglich der Verjährung der Rückgriffsansprüche (Art. 55*c* VE[1603]). Mit dem neuen Absatz 1[bis] soll klargestellt werden (was die Globalverweisung in Art. 100 Absatz 1 VVG u.E. nicht mit ausreichender Sicherheit gewährleistet), dass diese Bestimmung auch auf Regressforderungen Anwendung findet, die sowohl auf haftpflichtrechtliche Gesetzesnormen (Art. 53*c* Abs. 2, 54*a* Abs. 1, 54*f* und 54*h* Abs. 2 VE) wie auf den Versicherungsvertrag gestützt werden können. Die Sondervorschrift des Versicherungsvertragsgesetzes soll hier vor den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts zurückweichen - ähnlich wie dies heute bereits im Anwendungsbereich von Artikel 83 Absatz 3 SVG[1604] gilt. Das wird dazu führen, dass für solche Ansprüche bis zu einer allfälligen Anpassung des Artikel 46 Absatz 1 VVG an die allgemeinen (neuen) Verjährungsregeln zwei unterschiedliche Verjährungsregimes gelten werden, je nachdem ob sie auch haftpflichtrechtlich oder nur vertraglich begründet sind. Das ist indessen als Übergangslösung im Interesse kohärenterer haftpflichtrechtlicher Lösungen in Kauf zu nehmen.

4.2.18.03 Artikel 72

Die Regel im geltenden Absatz 1, wonach die Ersatzansprüche, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus "unerlaubter Handlung" zustehen, auf den Versicherer übergehen - wird in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Studienkommission[1605] - durch ein neues Konzept der internen Auseinandersetzung zwischen Haft- bzw. Ersatzpflichtigen (Art. 54*a* i.V.m. Art. 53*c* VE) ersetzt; dieses bewirkt, dass der Versicherer mit der Ausrichtung seiner Leistungen an die geschädigte Person grundsätzlich in deren Ansprüche gegen Dritthaftpflichtige subrogiert und dass er sein Rückgriffsrecht unabhängig vom jeweiligen Haftungsgrund ausüben kann, auf dem die Ersatzpflicht des Regressschuldners beruht. Das muss im übrigen analog gelten im Bezug auf den Regress des Haftpflichtversicherers gegen Mithaftpflichtige gemäss Artikel 54*f* VE und - mit den dort eingebauten Vorbehalten - gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten selbst (Art. 54*h* Abs. 2 VE).

[1602] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), Ziff. V/11.7.2.1 a.E., S. 124.

[1603] Vgl. dazu die Erläuterungen in Ziff. 2.8.7 hievor.

[1604] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 770 ff.

[1605] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), Ziff. V/10.1 und Thesen 510-1 und 510-2. Zu Art. 54 und 54*a* VE vgl. die Erläuterungen vorne Ziff. 2.7.3.1 - 2.7.3.3.

Formal äussert sich diese Anpassung in einer Verweisung auf die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts. Auch hier scheint ein Abstellen auf die Globalverweisung in Artikel 100 Absatz 1 VVG, die das OR lediglich "auf den Versicherungsvertrag" subsidiär anwendbar erklärt, nicht ausreichend. Hier geht es, wie soeben ausgeführt wurde, um Ansprüche, die zwar auch im Versicherungsvertrag begründet sein können, daneben aber eine eigene haftpflichtrechtliche Basis haben. Selbst wenn aber Artikel 100 Absatz 1 VVG an sich tragfähig genug wäre, könnte die ersatzlose Streichung von Artikel 72 VVG (vgl. die folgenden Anträge zu Abs. 2 + 3) zu Missverständnissen Anlass geben.

Geltender Absatz 2: Auf diese Bestimmung, die ohnehin von geringer praktischer Bedeutung ist, kann verzichtet werden. Dass der Anspruchsberechtigte gehalten ist, die Interessen des subrogierenden Versicherers zu wahren, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und konkretisiert sich innerhalb des Versicherungsvertrags als vertragliche Nebenpflicht. Aber auch ohne vertragliche Bindung ist eine Verletzung dieser Pflicht widerrechtlich im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE und kann bei Verschulden gemäss Artikel 48 VE eine Ersatzpflicht begründen.

Geltender Absatz 3: Die Bestimmung über den Ausschluss des Regresses des Versicherers in Fällen, wo eine Person den Schaden leichtfahrlässig herbeigeführt hat, mit welcher der Anspruchsberechtigte in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für die er sonst verantwortlich ist, wird durch die flexible Regelung von Artikel 54*a* Absatz 2 VE[1606] ersetzt und daher gegenstandslos.

4.2.19 Urheberrechtsgesetz (URG)

Das am 1. Juli 1993 in Kraft getreten neue Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 enthält - wie die übrigen Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts insbesondere in seinem Kapitel über den zivilrechtlichen Schutz - eine Reihe von haftpflichtrechtlich bedeutsamen Bestimmungen.

> Eine Besonderheit normiert der Artikel 14 Absatz 3: er sieht eine verschuldensunabhängige Haftung des Urhebers oder der Urheberin eines Werkes vor, welche(r) vom Eigentümer die Überlassung ein Exemplars - z.B. für eine Ausstellung - verlangt hat, und danach nicht mehr in der Lage ist, es unversehrt zurückzugeben. Diese - im Entwurf des Bundesrates nicht enthaltene - Regel wurde während der parlamentarischen Beratungen offenbar bewusst zum Schutze des Eigentümers - jedoch ohne Diskussionen im Plenum der beiden Räte - eingeführt; durch die strenge Haftung (die möglicherweise von Art. 306 Abs. 3 OR über die Haftung des Entlehners inspiriert ist, obschon dessen Voraussetzungen an sich nicht erfüllt sind) soll vermutlich ein Anreiz und gleichzeitig eine Kompensation für die Herausgabe des Werkexemplars nach den Absätzen 1 und 2 von Artikel 14 geschaffen werden. Dieser Entscheid ist nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes zu respektieren und die Bestimmung daher unverändert zu belassen, auch wenn das Abgehen von der Verschuldenshaftung hier diskutabel erscheint (vgl. auch hinten zu Art. 77 Abs. 3 URG).
>
> Was den Artikel 61 über die Feststellungklage betrifft, so ist lediglich festzustellen, dass er (mit der Feststellung, "ob ein Recht oder Rechtsverhältnis nach diesem Gesetz vorhanden ist oder fehlt") einen deutlich breiteren sachlichen Anwendungsbereich hat als Artikel 56*e* VE, wo es lediglich um das grundsätzliche Bestehen ei-

---

[1606] Vgl. vorne 2.7.3.3.1.

ner Haftung bei noch nicht feststehendem Umfang derselben geht; insofern können sich zwar zwischen den beiden Vorschriften Überschneidungen ergeben; nicht aber Widersprüche, die durch einen Vorbehalt beseitigt werden müssten.

Artikel 62 Absatz 2 enthält eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht, die zwar redaktionell nicht ganz der Standardformel entspricht, wie sie andernorts für die spezifisch haftpflichtrechtlichen Belange vorgeschlagen worden ist. Materiell gibt sie indessen zu keinen Beanstandungen Anlass, so dass sie - wie im Falle von Artikel 9 Absatz 3 UWG (hinten Ziff. 4.2.26) - unverändert belassen werden kann. Die Verweisung gilt insbesondere auch für jene Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die - wie namentlich Artikel 49*a* VE im Bereich der Unternehmensorganisation - eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren.

Im übrigen ist die Verweisung auch insofern breiter angelegt, als sie neben Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen auch solche auf Gewinnherausgabe nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag erfasst.

Artikel 64 betrifft den Gerichtsstand. Angesichts der Tatsache, dass es hier nicht bloss um Haftpflichtansprüche geht und im Hinblick auf das in Vorbereitung befindliche Gerichtsstandsgesetz wird auch hier von Änderungsvorschlägen (im Sinne des vorgeschlagenen Art. 56 VE) abgesehen. - Absatz 2 stimmt im übrigen mit Artikel 56*a* VE überein.

Im Zusammenhang mit den Hilfeleistungen der Zollverwaltung (Art. 75 ff. URG) und mit Artikel 65 betreffend vorsorgliche Massnahmen sieht im übrigen Artikel 77 Absatz 3 eine Schadenersatzpflicht der antragstellenden Person für den Fall vor, dass die Massnahmen nicht angeordnet werden oder sich als unbegründet erweisen. Die Rechtsnatur dieser Haftung ist nicht eindeutig. Während sich die Haftung für nicht begründete vorsorgliche Massnahmen nach der für den Persönlichkeitsschutz geltenden Regel von Artikel 28*f* Absatz 1 ZGB zu richten scheint, soll sie für Verspätungsschäden durch Zurückbehalten von Waren seitens der Zollverwaltung strikt verschuldensunabhängig sein[1607]. Ob die ins Feld geführten Billigkeitsargumente tatsächlich ausreichen, um eine reine Erfolgshaftung zu begründen, scheint eher fraglich. Da es sich auch beim Urheberrechtsgesetz um einen relativ neuen Erlass handelt, kann indessen die Frage hier offen und die Bestimmung unverändert bleiben.

4.2.20 Topographiengesetz (ToG)

Das Topographiengesetz, welches die Hersteller(innen) dreidimensionaler Strukturen von Halbleitererzeugnissen urheberrechtsähnlich schützen will, datiert vom gleichen Tag wie das URG und ist auch zusammen mit diesem in Kraft gesetzt worden.

Artikel 10 unter dem Titel "Zivilrechtlicher Schutz" beschränkt sich darauf, auf die Artikel 61-66 URG zu verweisen.

Ebenso verweist Artikel 12 für die Hilfeleistung durch die Zollverwaltung auf die Artikel 75-77 URG und damit implizit auf den soeben (Ziff. 4.2.19) besprochenen Artikel 77 Absatz 3 URG.

Die Bestimmungen bedürfen im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform keiner Änderung.

[1607] Troller K., Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd. 1996, Bâle et Francfort-sur-le-Main, II, § 70, ch. 2.9.

4.2.21 Markenschutzgesetz (MSchG)

Auch das Markenschutzgesetz ist relativ neueren Datums; es ist totalrevidiert am 28. August 1992 vom Parlament verabschiedet worden und am 1. April 1993 in Kraft getreten. Die haftpflichtrechtlich relevanten Bestimmungen sind weitgehend identisch mit denjenigen des URG (vorne 4.2.19).

Der "Zivilrechtliche Schutz" ist in den Artikeln 52 ff. MSchG geregelt:

> Artikel 52 betrifft die Feststellungsklage. Es gelten dieselben Bemerkungen wie zu Artikel 61 URG.
>
> Artikel 55 Absatz 2 enthält bezüglich Schadenersatz- und Genugtuungs- sowie Gewinnherausgabeansprüchen eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht, also auch auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Das bedeutet - wie im Fall des Urheberrechtsgesetzes -, dass Artikel 49*a* VE über die Organisationshaftung auch im Rahmen des Markenschutzgesetzes spielen kann.
>
> Zu Artikel 58 betreffend den Gerichtsstand sei auf die Bemerkungen zu Artikel 64 URG verwiesen.

4.2.22 Muster- und Modellgesetz (MMG)

Dieses aus dem Jahre 1900 stammende, seither mehrfach geänderte und an die Entwicklung angepasste Gesetz wird derzeit einer Totalrevision unterzogen, für welche die neueren Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts (URG, MSchG) als Vorbild dienen. Unter diesen Umständen erachten es die Verfasser des Vorentwurfes nicht als erforderlich, für die haftpflichtrechtlich relevanten Bestimmungen sozusagen eine Interimsrevision vorzuschlagen. Immerhin möchten sie auf einige wesentliche Punkte hinweisen:

> Die Artikel 24 - 26 vermengen straf- und zivilrechtliche Rechtsbehelfe. Hier tut Entflechtung not. Im übrigen kann man es für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (sowie Ansprüche auf Gewinnherausgabe) - wie im URG und MSchG - bei einer Generalverweisung auf das Obligationenrecht bewenden lassen, die den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts mitumfasst.
>
> Artikel 28a über die Schadenersatzpflicht des Antragstellers für eine nicht gerechtfertigte vorsorgliche Massnahme wurde in Anpassung an Vorschriften des TRIPS-Übereinkommens erst 1994 eingefügt[1608]. Die Bestimmung wäre auf die entsprechenden Regeln in den neueren Parallelerlassen abzustimmen. Zu überprüfen wäre dabei, ob die in Absatz 2 von Artikel 28a statuierte kurze Verjährungsfrist von 1 Jahr seit Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme (die heute mit der gemäss Artikel 60 Absatz 1 OR allgemein geltenden Frist übereinstimmt) nicht ebenfalls von der Generalverweisung auf das OR und den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts erfasst, d.h. zugunsten der in Artikel 55 VE vorgesehenen Verjährungsfristen aufgegeben werden kann; im Rahmen des URG und des MSchG wäre dies mit den heutigen Formulierungen bereits gewährleistet.

[1608] Vgl. die bundesrätliche Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen notwendigen Rechtsanpassungen (BBl 1994 IV 950 ff., Ziff. 123.15, S. 975).

4.2.23 Patentgesetz (PatG)

Eine umfassende Revision des aus dem Jahre 1954 stammenden, 1976 und 1994/95[1609] (vor allem zur Anpassung an internationale Entwicklungen) teilrevidierten Gesetzes soll in relativ naher Zukunft - wenn das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem immer häufiger werdenden europäischen Patent geklärt ist - an die Hand genommen werden. Man könnte sich angesichts dieser Situation fragen, ob einige haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen bereits im Zuge der hier zu erläuternden Reform angepasst werden sollten. Da indessen davon auszugehen ist, dass hinsichtlich der hier interessierenden Vorschriften die bereits erfolgten Revisionen des URG und des MSchG als Vorbild dienen werden, beschränkt sich der vorliegende Bericht darauf, die problematischen Punkte des geltenden Rechts aufzuzeigen:

Wie Artikel 24 MMG vermengt Artikel 66 die zivilrechtlichen und die strafrechtlichen Rechtsbehelfe. Dem kann für die zivilrechtlichen Ansprüche bei einer bevorstehenden Revision mit einer Generalverweisung auf das Obligationenrecht abgeholfen werden; Vorbilder dafür bilden die Artikel 62 Absatz 2 URG (vgl. vorne Ziff. 4.2.19) und Artikel 55 Absatz 2 MSchG (vgl. vorne Ziff. 4.2.21). Diese Verweisung hätte - abgesehen von der Übernahme der Modalitäten der Ersatzleistung, welche beispielsweise den Artikel 73 Absatz 2 über die richterliche Schadenschätzung überflüssig machen würde - vor allem zur Folge, dass auch im Patentrecht das Verschulden nicht mehr, wie es gegenwärtig nach Artikel 73 Absatz 1 der Fall ist, absolute Haftungsvoraussetzung wäre, sondern gegebenenfalls auch die Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE Platz greifen könnte.

Gegenüber Artikel 74 betreffend die Feststellungklage gelten dieselben Bemerkungen, wie sie zu Artikel 61 URG und Artikel 52 MSchG (vorstehend Ziff. 4.2.19 und 4.2.21) angebracht worden sind.

Was den Gerichtsstand in Artikel 75 betrifft, wird das neue Gerichtsstandsgesetz das Nötige regeln.

Artikel 80 regelt die Haftung des Antragstellers für den durch ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen verursachten Schaden fast wörtlich gleich wie Artikel 28*a* MMG; es kann auf die Bemerkungen zu jener Bestimmung verwiesen werden (vgl. Ziff. 4.2.22).

4.2.24 Sortenschutzgesetz (SOSG)

Das Gesetz stammt aus dem Jahre 1975 und soll zusammen mit dem PatG nächstens einer Revision unterzogen werden. Dieser Bericht beschränkt sich darauf, die haftpflichtrechtlich problematischen Punkte aufzuzeigen und verlässt sich im übrigen darauf, dass auch hier das Modell der neueren Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts (URG, MSchG) als Leitlinie dienen wird.

Artikel 37 Absatz 2, der lediglich eine auf Verschulden beruhende Haftung vorsieht, wäre durch eine Generalverweisung auf das Obligationenrecht nach dem Modell der Artikel 62 Absatz 2 URG und Artikel 55 Absatz 2 MSchG zu ersetzen.

Für die Feststellungsklage des Artikels 39 gelten dieselben Bemerkungen wie sie zu Artikel 61 URG und Artikel 52 MSchG angebracht worden sind.

Zu den Fragen des Gerichtsstandes in Artikel 41 sowie der Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen gemäss Artikel 46 sei auf die entsprechenden Bemerkungen zum MMG und zum PatG (vorne Ziff. 4.2.22/23) verwiesen.

[1609] AS 1977 1997 ff.; AS 1995 2606 ff.; AS 1995 2879 ff.

4.2.25 Datenschutzgesetz (DSG)

Das Datenschutzgesetz des Bundes wurde vom Parlament 1992 verabschiedet und auf den 1. Januar 1993 in Kraft gesetzt.

> Der Erlass enthält keine besondere Haftungsbestimmung[1610], sondern verweist für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegenüber "privaten" Inhaber(inne)n und Bearbeiter(inne)n von Datensammlungen in Artikel 15 Absatz 1 grundsätzlich auf die Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff., insbesondere Art. 28*a* Abs. 3 ZGB) und damit künftig auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Die praktisch wichtigste Auswirkung der Haftpflichtrechtsreform für den Datenschutz dürfte die ausdrückliche Anerkennung einer verschuldensunabhängigen Unternehmens-Organisationshaftung gemäss Artikel 49*a* VE sein; eine solche könnte zwar bei entsprechend strenger Handhabung der Geschäftsherrenhaftung nach Artikel 55 OR schon heute angenommen werden, doch hatte das Bundesgericht bisher keine Gelegenheit, die "Schachtrahmen"-Rechtsprechung (BGE 110 II 456; vgl. vorne Ziff. 2.4.3.1) an Schäden zu erproben, die durch Herstellung oder Bearbeitung immaterieller Produkte verursacht worden wären.
>
> Soweit es sich um Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 16 ff. DSG) handelt, bleibt das Gesetz hinsichtlich allfälliger Haftungsansprüche stumm; Artikel 25 erwähnt ausschliesslich Ansprüche auf Abwehr und Feststellung, auf Berichtigung, allenfalls Sperrung und Vernichtung von Daten, sowie das Recht auf einen Vermerk, wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Daten nicht bewiesen werden kann. Das kann nichts anderes heissen, als dass für Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG) anwendbar ist; für Persönlichkeitsverletzungen, die im Rahmen von Datenbearbeitungsaktivitäten des Bundes verursacht werden, gilt also eine verschuldensunabhängige Organisationshaftung im Sinne von Artikel 3 VG. Sobald das Verantwortlichkeitsgesetz entsprechend den Vorschlägen dieses Berichts an das neue Haftpflichtrecht angepasst worden ist, regelt mithin auch hier der Allgemeine Teil im OR - über die Verweisung des neuen Artikel 9 Absatz 1 VG - alle im VG nicht speziell angesprochenen Fragen (vgl. Ziff. 4.2.11.05 ad Art. 9 Abs. 1 VG hievor). Eine der wesentlichen Auswirkungen dieser Anpassung wird es sein, dass die für die im Datenschutzbereich besonders wichtigen Genugtuungsansprüche gemäss Artikel 6 VG immer noch geltende Voraussetzung eines Verschuldens des Beamten wegfällt, der den Schaden unmittelbar verursacht hat.
>
> Besonderheiten ergeben sich im Bereich des Datenschutzes namentlich unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit. Diese Haftungsvoraussetzung wird einerseits durch die allgemeinen Vorschriften der Artikel 4 ff. DSG konkretisiert, wobei auffällt, dass Artikel 4 Absatz 2 ausdrücklich das Prinzip von Treu und Glauben und sein öffentlich-rechtliches Pendant, das Verhältnismässigkeitsprinzip, als Leitlinien für die Bearbeitung von Personendaten nennt; insofern ist hier die neue Regel von Artikel 46 Absatz 2 VE für einen Teilbereich vorweggenommen und zu einer spezifischen Verhaltensnorm auch ausserhalb einer vorbestehenden Sonderbeziehung verdichtet worden (vgl. vorne Ziff. 2.3.3.3 bei Anm. 477). Anderseits enthält das Datenschutzgesetz in Artikel 13 eine Reihe von besonderen Rechtfertigungsgründen, welche in Ergänzung zu Artikel 28 Absatz 2 ZGB und Artikel 46*a* VE eine Haftung ausschliessen bzw. zu einer Reduktion der Ersatzansprüche führen können.

Dank der sehr allgemein gehaltenen - expliziten (Art. 15 DSG) und (was das öffentliche Recht betrifft) impliziten - Verweisungen auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, bedarf das Datenschutzgesetz im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform keiner besonderen Anpassungen oder Änderungen.

[1610] Vgl. dazu u.a. Widmer P., Aspects de responsabilité civile, in: La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, CEDIDAC, Lausanne 1994, S. 179 ff.

4.2.26 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das am 1. März 1988 in der totalrevidierten Fassung vom 19. Dezember 1986 in Kraft getretene (und seither zwei Mal, jedoch ohne Relevanz für das Haftpflichtrecht, geänderte) Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es in der Generalklausel von Artikel 2 unlautere Wettbewerbshandlungen ausdrücklich als widerrechtlich bezeichnet und damit dem aus solchen Handlungen resultierenden "reinen Vermögensschaden" *ex lege* Ersatzfähigkeit (im Sinne von Art. 46 Abs. 2 VE) zuspricht.

> Einen direkten Bezug zum Haftpflichtrecht stellt Artikel 9 Absatz 3 UWG her, indem er für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (sowie für Ansprüche auf Herausgabe von Gewinnen) auf das Obligationenrecht, und damit namentlich auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (einschliesslich der Organisationshaftung nach Art. 49*a* VE) verweist. Entsprechend der Beschränkung, welche sich die Verfasser des Vorentwurfs im Bezug auf rein redaktionelle Korrekturen selbst auferlegt haben (vgl. vorne Ziff. 4.1), schlagen sie auch hier vor, auf eine Anpassung an die sonst eingeführte Standardformel für die Verweisungsnorm zu verzichten und die Bestimmung unverändert zu belassen.

4.2.27 Kartellgesetz (KG)

Während das alte Kartellgesetz von 1985 in seinem Artikel 8 unter dem Titel "Ansprüche und Klageberechtigung" allfällige Schadenersatzansprüche auf Fälle verschuldeter Wettbewerbsbehinderung beschränkte (Art. 8 Abs. 1 Bst. d aKG) und für Genugtuungsansprüche auf Artikel 49 OR verwies (Art. 8 Abs. 1 Bst. e aKG), enthält das neue - am 1. Juli 1996 in Kraft getretene - Gesetz vom 6. Oktober 1995 in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b nur noch eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht.

> Diese Bestimmung entspricht durchaus den mit der Reform des Haftpflichtrechts verfolgten Absichten, indem die Verweisung nun generell gilt, d.h. insbesondere auch Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts für anwendbar erklärt, die - wie namentlich Artikel 49*a* VE im Bereich der Unternehmensorganisation - eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren. Es besteht demnach materiell kein Anlass zur Änderung der genannten Vorschrift.
>
> Was im neuen Artikel 12 KG gegenüber der Fassung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a aKG auffällt, ist die Tatsache, dass der Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit nicht mehr erwähnt wird. Der Grund dieser Änderung liegt nach den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates darin, dass die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Massnahme nunmehr in der ausschliesslichen Kompetenz der Wettbewerbskommission liegt[1611]. Man könnte sich deshalb fragen, ob die Generalverweisung auf das Obligationenrecht und den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einen Vorbehalt im Bezug auf Artikel 56*e* VE vorsehen sollte; diese Bestimmung enthält eine allgemeine bundesrechtliche Grundlage, um der geschädigten Person - in Fällen, wo deren Schadenersatzforderung ganz oder teilweise bestritten und der Umfang des künftigen Schadens noch nicht absehbar ist - einen Anspruch auf Feststellung des Umstandes zu verschaffen, dass eine Haftung dem Grundsatze nach besteht (dazu vorne Ziff. 2.9.5). Für die Verfasser des Vorentwurfs erübrigt sich indes ein solcher Vorbehalt; sie gehen davon aus, dass die beiden Feststellungsklagen unterschiedliche Fragen zum Gegenstand haben: im einen Fall die wettbewerbsrechtliche Widerrechtlichkeit als solche, im andern dagegen das Prinzip der Haftung. Klar scheint hingegen, dass im

---

[1611] BBl 1995 I 468 ff., Ziff. 241, S.588 f. Vgl. auch Art. 15 Abs. 1 KG.

Rahmen einer Schadenersatzklage wegen unzulässiger Wettbewerbsbehinderung deren Widerrechtlichkeit vorab durch die Wettbewerbskommission festgestellt worden sein muss.

4.2.28 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)

Das SchKG ist durch eine Novelle vom 16. Dezember 1994 revidiert worden, die am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Gegenstand der Revision waren unter anderen auch die Bestimmungen über die Haftung (Art. 5 - 7 aSchKG), die ein System der persönlichen Verantwortlichkeit von Beamten und Angestellten mit subsidiärer Ausfallhaftung des Kantons und einem Rückgriffsrecht desselben gegen den (u.U. zur Sicherheitsleistung verpflichteten) fehlbaren Beamten und sogar gegen dessen Wahlkreis vorsah; besonders - wenn auch materiell in weitgehender Übereinstimmung mit Artikel 60 Absatz 1 und 2 OR[1612] - war die Verjährung geregelt.

In der Neufassung von 1994 sind die drei Artikel 5-7 unter dem Titel "D. Haftung" zusammengefasst, wobei Artikel 5 den Grundsatz - nunmehr originäre und exklusive Staatshaftung des Kantons, explizit auch für immateriellen Schaden - aufstellt, Artikel 6 die Verjährung (unverändert) regelt und Artikel 7 die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einzige Instanz für Schadenersatzklagen gegen obere kantonale Aufsichtsbehörden oder zweitinstanzliche Nachlassgerichte begründet.

Mit der Totalrevision des Haftpflichtrechts wird das Prinzip der primären und ausschliesslichen kantonalen Staatshaftung auch im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts übernommen und lediglich redaktionell an die Parallelbestimmungen (Art. 42, 426, 849 und 955 ZGB; Art. 928 OR) angeglichen.

4.2.28.01 Artikel 5

Absatz 1 statuiert den Grundsatz der direkten und verschuldensunabhängigen Haftung des Kantons für jeglichen Schaden (Vermögensschaden und/oder immateriellen Schaden), der durch die Ausübung einer Funktion beim Vollzug des SchKG und durch Erfüllung weiterer damit zusammenhängender Aufgaben verursacht wird. Es muss also auch hier ein funktionaler Zusammenhang mit der betreffenden Tätigkeit bestehen; es muss sich sozusagen die SchKG-typische "Betriebsgefahr" realisiert haben.

Im Gegensatz zur Formulierung in der Neufassung von 1994 wird auch hier bewusst darauf verzichtet, die handelnden Personen (d.h.: Beamte und Angestellte, deren Hilfspersonen, die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, die Sachwalter, die Liquidatoren, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden sowie die Polizei) einzeln aufzuzählen. Wie bereits bei Artikel 46 ZGB (vorne Ziff. 4.2.15.01) erläutert, brauchen diese Personen unter dem neuen Haftungsregime im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - gar nicht als Individuen in Erscheinung zu treten; sie handeln lediglich als Organe des Staates und verwirklichen nicht primär ihr eigenes persönliches Risiko, sondern

---

[1612] Vgl. etwa Amonn K., Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl. Bern 1993, § 5 N. 27, S. 52; 6. Aufl. Bern 1997 (Ammon K./Gasser D.), § 5 N. 21, S. 34.

- soweit sie in amtlicher oder quasi-amtlicher Funktion tätig sind - das Organisationsrisiko des Gemeinwesens. Die Haftung ist denn auch vom Verschulden der unmittelbar handelnden Person bzw. ihrer Vorgesetzten unabhängig. Allerdings soll sie auch in diesem Kontext nur für "widerrechtlich" verursachte, d.h. für solche Schäden Platz greifen, welche entweder aus dem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut (z.B. ein wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht: geschäftliches Ansehen, Kredit) oder - im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE - aus dem Verstoss gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung (Amtspflicht) oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entstehen.

Absatz 2 regelt bundesrechtlich einheitlich, was der geltende (1994 revidierte) Text in Absatz 3 noch dem kantonalen Recht überlassen wollte, nämlich das Rückgriffsrecht des Kantons gegen die Personen, die den Schaden unmittelbar verursacht haben. Damit wäre an sich ein Kanton frei gewesen, seinen Rückgriffsanspruch verschuldensunabhängig - als "Kausalhaftung" der Hilfsperson gegenüber dem Gemeinwesen - zu konzipieren. Weshalb dies im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts möglich sein soll, während die Staatshaftungsnormen sonst überall den Rückgriff auf Fälle von schwerem Verschulden (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) beschränken, ist nicht einzusehen. Es wird deshalb auch hier die in den verschiedentlich zitierten Parallelbestimmungen vorgeschlagene Lösung übernommen.

Absatz 3 normiert folgerichtig den Ausschluss des Direktanspruchs gegenüber der Person oder den Personen, die den Schaden unmittelbar verursacht haben. Das Prinzip ist bereits in Absatz 2 des revidierten SchKG von 1994 festgehalten; es geht demnach lediglich um eine terminologische und systematische Anpassung.

Der neugefasste Absatz 4 enthält anstelle der überflüssigen (weil in Art. 45*e* VE generell vorgesehenen) Regelung über die Wiedergutmachung immateriellen Schadens die stereotype umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil.

4.2.28.02 Artikel 6

Die Sonderbestimmung über die Verjährung wird durch Artikel 55 ff. VE absorbiert und kann daher aufgehoben werden.

Es gibt keinen Grund, für die Verantwortlichkeitsansprüche im Rahmen des SchKG andere Verjährungsfristen vorzusehen als jene, die mit ganz wenigen Ausnahmen (etwa bei Nuklearschaden oder Schäden durch ionisierende Strahlen) überall Geltung haben sollen. Kein wirkliches Bedürfnis besteht auch für eine spezielle Definition des Angangszeitpunktes der Frist ("Kenntnis der Schädigung"), etwa mit der Begründung, dass keine Kenntnis von der Person des individuellen Schädigers vorausgesetzt werden müsse; auch dafür sorgt Artikel 55 Absatz 1 VE mit der Formulierung: "Kenntnis von der Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen". Absatz 1 wird damit obsolet.

Die Verlängerung der zivilrechtlichen durch die strafrechtliche Verjährung, wie sie Absatz 2 (analog zu Art. 60 Abs. 2 OR) vorsieht, ist im Vorentwurf ersatzlos weggefallen. Die dazu vorgetragenen Argumente (vorne Ziff. 2.8.4.2) gelten auch für den Bereich des SchKG.

4.2.28.02bis Artikel 7

> Es handelt sich hier um eine Sondervorschrift über die ausschliessliche Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen oberste kantonale Aufsichts- und Gerichtsbehörden; damit soll offenbar für solche Fälle die (Kantons-)Unabhängigkeit des Gerichts garantiert werden. Angesichts der Bemühungen um eine Entlastung des Bundesgerichts liegt diese Kompetenzzuweisung etwas quer in der Landschaft der Justizreform. Materiell sprengt sie den jedoch Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision; falls daran etwas zu ändern sein sollte, müssten entsprechende Vorschläge im Zusammenhang mit der laufenden OG-Revision unterbreitet werden.

Aus den hier zur Diskussion gestellten Änderungen (Streichung von Art. 6) ergibt sich lediglich die Notwendigkeit einer Anpassung der Bezifferung des Randtitels.

4.2.29 Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Das am 1. Januar 1989 in Kraft getretene Gesetz über das internationale Privatrecht enthält verschiedene Bestimmungen, welche das Haftpflichtrecht betreffen. Der materiell engste Zusammenhang besteht mit den Vorschriften des 3. Abschnitts im 9. Kapitel (Obligationenrecht) unter dem Titel "Unerlaubte Handlungen" (in der Ausdrucksweise des Vorentwurfes: "Schädigungen"): die Artikel 129 - 142 regeln Fragen der direkten Zuständigkeit *ratione loci* und des anwendbaren Rechts, generell und für einzelne Tatbestände auch mit Sonderbestimmungen. Von Bedeutung ist ferner der 4. Abschnitt desselben Kapitels, welcher die "Gemeinsamen Bestimmungen" für das Kapitel Obligationenrecht enthält; insbesondere die Artikel 143 und 144[1613] IPRG betreffend die Anspruchskonkurrenz und den Regress sowie Artikel 148 hinsichtlich der Verjährung.

Zu erwähnen ist auch Artikel 2 Absatz 1 IPRG, dessen allgemeiner Vorbehalt zugunsten völkerrechtlicher Verträge als Vorbild für Artikel 44 VE gedient hat. Haftpflichtrechtlich von besonderer Tragweite sind (neben den zahlreichen bilateralen Verträgen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen) einerseits das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und über die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.1) sowie - für den Bereich der Strassenverkehrsunfälle - das entsprechende Haager Übereinkommen (SR 0.741.31), auf welches Artikel 134 IPRG ausdrücklich verweist.

> Vor allem im Bereich der Gerichtsstände (speziell Art. 129 Abs. 1 IPRG) sind Abweichungen gegenüber dem Vorentwurf festzustellen (Art. 56 VE); das IPRG harmoniert diesbezüglich aber auch nicht mit dem LugÜ (Art. 5 Ziff. 3/4). Man könnte deshalb versucht sein, die Neuordnung des Haftpflichtrechts zum Anlass zu nehmen, möglichst einheitliche Regeln anzustreben und für das IPRG entsprechende Änderungen vorzuschlagen. Die Verfasser des Vorentwurfes nehmen davon Abstand: einerseits, weil ohnehin der Vorrang des Beklagtengerichtsstands im Rahmen der Verfassungsrevision und im Zusammenhang mit dem Erlass eines Gerichtsstandsgesetzes zu überprüfen sein wird (vgl. dazu vorne Ziff. 2.9.2.2), und weil anderseits für das interne Recht nicht zwingend dieselben Gesichtspunkte massgebend sind, wie für Fälle mit Auslandbeziehung. Im übrigen besteht ja hinsichtlich des subsidiären Gerichtsstandes gemäss Artikel 129 Abs. 2 IPRG (Art. 56

[1613] Vgl. dazu BGE 118 II 102.

Abs. 1 VE) und bezüglich des in Absatz 3 dieser Bestimmung verankerten Attraktionsprinzips (vgl. Art. 56*a* VE) bereits eine weitgehende Übereinstimmung; dasselbe gilt auch für die Regel von Artikel 131 über das direkte Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer (vgl. Art. 56 Abs. 2 VE).

Auch was die Vorschriften über das anwendbare Recht im Rahmen spezifischer Haftungstatbestände anbelangt, sind keine besonderen Revisionswünsche bekannt. Dass vereinzelt die Abwehr der "punitive damages" im Rahmen der Produktehaftung (Art. 135 Abs. 2 IPRG) in Frage gestellt wird, dürfte gegenwärtig kaum genügen, um eine entsprechende Änderung dieser Bestimmung politisch tragfähig zu machen.

4.2.30 Opferhilfegesetz (OHG)

Das Gesetz vom 18. November 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, zu dem der Anstoss durch ein Übereinkommen des Europarates (SR 0.312.5) und, auf nationaler Ebene, durch eine - später angesichts des grosszügigeren Gegenvorschlags des Parlaments zurückgezogene - Volksinitiative (sog. "Beobachter-Initiative") gegeben worden war, ist am 1. Januar 1993 in Kraft getreten. Es ergänzt das Haftpflichtrecht in einem Bereich, wo dieses in der Regel deshalb versagt, weil entweder die als Straftäterin verantwortliche und auch zivilrechtlich haftbare Person unbekannt bleibt oder mittellos ist und Schadenersatz- wie Genugtuungsansprüche somit ins Leere stossen. In solchen Fällen soll der Staat, d.h. der Kanton (vgl. Art. 1, 3, 11 und 18 OHG) neben medizinischer, psychologischer, sozialer und juristischer Hilfe auch materielle Unterstützung gewähren (Art. 11 - 17 OHG). Diese Unterstützung ist im Verhältnis zu anderen Entschädigungen subsidiär; demgemäss subrogiert der Kanton im Umfang seiner Leistungen in die entsprechenden Rechte des Opfers gegenüber anderen Haft- oder Leistungspflichtigen (Art. 14 OHG).

Das Opferhilfegesetz ist aus rein haftpflichtrechtlicher Sicht insofern problematisch als es dem Prinzip zuwiderläuft, wonach man Schäden, die einem durch einen Zufall, aber auch durch nicht zurechnungsfähige oder aus einem anderen Grunde nicht belangbare Personen zugefügt worden ist, unter Vorbehalt einer Deckung durch eigene Privat- oder Sozialversicherungen selbst zu tragen hat. Die im OHG vorgesehenen Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche führen zu einer gewissen "Privilegierung" der Opfer von Straftaten gegenüber anderen Personen, die beispielsweise als Opfer von Selbstunfällen, Krankheit, aber auch von (strafrechtlich nicht relevanten) Schädigungen durch unbekannte oder zurechnungsunfähige Verursacher ihren (Rest-)Schaden nicht überwälzen können. Zutreffend ist anderseits, dass sich diese Vorzugsbehandlung durch die besonders krasse Art der vom Opferhilfegesetz erfassten Schädigungen rechtfertigen lässt. Unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten wird man deshalb das OHG wohl als einen Erlass betrachten müssen, dem zwar in gewissem Masse eine ergänzende Funktion zukommt, der aber wegen seiner (öffentlich-rechtlichen) Struktur und seiner spezifischen Philosophie nicht eigentlich in das Gefüge der herkömmlichen Schadenausgleichssysteme gehört.

Folgt man dieser Auffassung und zieht man zudem in Betracht, dass das Gesetz noch kaum Zeit hatte, sich in der Praxis zu bewähren oder seine Mängel hervortreten zu lassen, so lässt sich auch ihm gegenüber eine Haltung des Revisionsabstenzionismus vertreten. Andernfalls müssten vor allem das seltsame Quotenvorrecht des Staates (Art. 14 Abs. 2 OHG) und die sehr kurze Verwirkungsfrist von 2

Jahren seit dem Tage der Straftat (Art. 16 Abs. 3 OHG) überprüft werden[1614]. Die erste der beiden Bestimmungen steht in offensichtlichem Gegensatz zum allgemeinen Trend, welcher das Quotenvorrecht (auch im Verhältnis zur Sozialversicherung!) der geschädigten Person zuerkennt (vgl. Art. 54*b* Abs. 1 VE)[1615]; ebenso besteht bei der Verjährung eine Tendenz zur Verlängerung der als zu kurz empfundenen Fristen (vgl. Art. 55 VE), die eigentlich bei einer Verwirkung erst recht zum Tragen kommen müsste.

4.2.31 Militärgesetz (MG)

Das Militärgesetz vom 3. Februar 1995 hat am 1. Januar 1996 die Militärorganisation (MO) von 1907 abgelöst. Schon dieser Erlass enthielt in den Artikeln 22 ff. Bestimmungen über die Haftung des Bundes für Militärschäden sowie über die Haftung von Armeeangehörigen, Einheiten und Stäben gegenüber dem Bund, die 1967 im Rahmen einer Revision der MO eingefügt und in Anlehnung an das VG von 1958 (vorne Ziff. 4.2.11) konzipiert worden waren. Allerdings wurde bereits damals eine Unterscheidung getroffen : die Haftung nach Artikel 22 MO setz als "gewöhnliche Kausalhaftung" zwar kein Verschulden des Armeeangehörigen voraus, wohl aber Widerrechtlichkeit im Sinne von Verhaltensunrecht (= Dienstpflichtverletzung) voraussetzte, während Artikel 23 eine spezifisch militärische Gefährdungshaftung begründen sollte[1616]. Das neue MG hat das geltende Konzept weitgehend übernommen. Dabei wurden die beiden bisher getrennten Haftungsbestimmungen für Schäden, die Dritten von Angehörigen der Armee individuell, aber in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit zugefügt (bisher Art. 22 MO), und solchen (ausschliesslich Personen- und Sachschäden), die durch die Truppe im Rahmen militärischer Übungen und anderer "gefährlicher" Verrichtungen verursacht werden (bisher Art. 23 MO), im neuen Artikel 135 MG zusammengeführt. Das bringt auch materiell gewisse Veränderungen mit sich.

Das neue MG hat die Haftungsbestimmungen systematisch in einem eigenen Kapitel 5 zusammengefasst, welches den pleonastisch klingenden Titel "Haftung für Schäden" trägt. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, sich - wie andernorts[1617] - mit der Überschrift "Haftung" (allenfalls "Haftpflicht") zu begnügen.

Keine Änderung erfahren die Artikel 136-140 sowie 142 MG, die sich als Sondervorschriften im spezifisch militärischen Kontext rechtfertigen lassen[1618].

1614 In diesem Sinne auch: Stein P., in: Gomm P./Stein P./Zehntner D., Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, N. 29 ff. zu Art. 16 OHG.

1615 Die Begründung in der bundesrätlichen Botschaft (BBl 1990 II 961 ff., Ziff. 212.14, ad Art. 14, S. 992 f.), es gehe darum, das Subsidiaritätsprinzip konsequent durchzusetzen und eine Ungleichbehandlung zwischen den Berechtigten zu vermeiden, überzeugt nur mässig.

1616 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1966 über die Reorganisation des Militärdepartements und die Änderung der Militärorganisation (BBl 1966 II, 378 ff., 423 f.). Zur Haftung nach MO 22 ff. vgl. vor allem: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32.

1617 Vgl. z.B. den 4. Titel im rev. USG (hinten 4.2.45).

1618 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

4.2.31.01 Artikel 135

In der geltenden Fassung übernimmt Absatz 1 zwar aus der MO die Zweiteilung in Gefährdungshaftung (lit. a) und gewöhnliche Kausalhaftung bzw. "Organisationshaftung" nach dem Vorbild des VG (lit. b), fügt sie aber unter dem gemeinsamen Dach eines Einleitungssatzes zusammen, der zutreffenderweise für beide Fälle die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung aufführt, wozu die Botschaft freilich etwas widersprüchliche Erläuterungen liefert[1619]. Aufgegeben wurde auch die frühere Unterscheidung nach Schadenskategorien, was in der Botschaft damit erklärt wird, dass bei reinen Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit ohnehin nur bei Verletzung einer entsprechenden Schutznorm gegeben sein könne. Letztlich sieht man dann aber eigentlich nicht mehr, welche praktische Bedeutung die Unterscheidung zwischen Gefährdungshaftung und Organisationshaftung überhaupt noch haben soll. In der Botschaft selbst wird denn auch ausgeführt, dass "der Unterschied zwischen den beiden Haftungsarten in der Praxis gering" sei; er könne allenfalls bei Haftungskollisionen eine Rolle spielen.

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, den richtigen Ansatz des neuen MG zu Ende zu denken und die Vereinheitlichung der "Militärhaftung" konsequent durchzuführen. Damit entsteht eine einheitliche Haftung des Bundes für technische und organisatorische Risiken, welche im Militärbetrieb angelegt sind. Mit der Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts - mithin namentlich auch auf Artikel 45 Absatz 3 VE - wird automatisch dafür gesorgt, dass die Militärhaftung des Bundes grundsätzlich auf Personen- und Sachschaden beschränkt bleibt, soweit dieser auf die Verwirklichung des charakteristischen Militärrisikos im Sinne physischer Gefahr zurückgeführt werden kann; reiner Vermögensschaden wäre nur in Fällen erfasst, wo die Widerrechtlichkeit im Sinne von Verhaltensunrecht gemäss Artikel 46 Absatz 2 VE gegeben und zusätzliches Verschulden der verantwortlichen Personen im Sinne von Artikel 51*a* VE im Spiel ist. Damit lässt sich in Verbindung mit Artikel 53 VE (Häufung von Haftungsgründen) auf dogmatisch einigermassen saubere Weise genau das Ergebnis erzielen, welches Artikel 135 MG in der geltenden Fassung nach den Ausführungen in der Botschaft anstrebt.

Redaktionell wird die Bestimmung an Artikel 3 Absatz 1 VG (vorne Ziff. 4.2.11.01) angeglichen. Insbesondere wird im französischen Text die irreführende Übersetzung von "widerrechtlich" durch "sans droit" korrigiert in: "par le fait illicite de ... ".

Auf Absatz 2 kann verzichtet werden. Die Bestimmung über die Entlastungsgründe ist deckungsgleich mit der generellen Regel von Artikel 47*a* VE, auf den im neuen Absatz 4 mitverwiesen wird.

[1619] BBl 1993 IV 1 ff. (110 ff.). Nach den Ausführungen auf S. 111 soll im Rahmen der blossen Haftung für Ordnungswidrigkeit nach lit.b die Widerrechtlichkeit auch bei Personen- und Sachschaden nur gegeben sein, wenn diese durch "ordnungswidriges Verhalten" verursacht worden sind; das steht im Widerspruch zur wenige Zeilen vorher gemachten Aussage, wonach in der Gefährdungshaftung "Widerrechtlichkeit grundsätzlich immer gegeben (sei), da absolute Rechtsgüter verletzt werden". Dazu vgl. vorne Ziff. 2.3.3.3.

Der umformulierte Absatz 2 übernimmt in einer etwas präziseren Ausdrucksweise den Grundsatz des Vorrangs von Spezialgesetzen (in der Praxis namentlich der Haftung aus SVG)[1620].

In Absatz 3 wird die Regel über den Ausschluss des Direktanspruchs drittgeschädigter Personen gegen den einzelnen Armeeangehörigen, welche Artikel 3 Absatz 3 VG (vorne Ziff. 4.2.11.01) entspricht, dieser Bestimmung auch redaktionell angepasst. Die systematische Stellung nach Absatz 2 stellt klar, dass die "Kanalisierung" der Haftung auf den Bund auch gilt, wenn - im Sinne von Absatz 3 - im Zusammenhang mit einer militärisch-dienstlichen Tätigkeit andere Haftpflichtbestimmungen zur Anwendung kommen als jene von Artikel 135 Absatz 1 MG.

Absatz 4 ist formell neu, absorbiert und erweitert aber materiell nur die im geltenden Artikel 141 Absatz 1 bereits enthaltene Verweisung auf das OR. Sie gilt nun - wie bei anderen Spielarten der Staatshaftung (vgl. Art. 9 VG oder auch Art. 46 Absatz 4, 426 Absatz 4, 849 Absatz 4 und 955 Absatz 4 ZGB sowie Art. 928 Abs. 4 OR) - und auch sonst bei speziellen Haftungstatbeständen - im Sinne einer generellen subsidiären ("Im übrigen ...") Anwendung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils. Die geltende detaillierte Aufzählung der anwendbaren Normen, die im Prinzip nur dazu diente, auch formell jene Vorschriften des OR auszuschliessen, die schon materiell auf die Bundeshaftung nicht gepasst hätten (wie die Art. 43 Abs. 2 und 44 Abs. 2 sowie 61 OR) oder die durch ausdrückliche Bestimmungen des MG ohnehin verdrängt werden (wie Art. 50 Abs. 2 und 3 oder Art. 60 OR), ist unnötig.

4.2.31.02 Artikel 141

Aus den soeben zu Absatz 4 von Artikel 135 ausgeführten Gründen kann Absatz 1 gestrichen werden.

4.2.31.03 Artikel 143

Die Bestimmung über die Verjährung sieht in der gegenwärtigen Fassung sowohl im Verhältnis drittgeschädigte Person-Bund wie Bund-Armeeangehörige oder Formationen relative Verjährungsfristen von einem Jahr (entsprechend Art. 60 Abs. 1 OR) und absolute Fristen von 5 Jahren (abweichend von Art. 60 Abs. 1 OR) vor. Die Abweichungen von den allgemeinen Regeln und auch von jenen der Staatshaftung (Art. 20 ff. VG) sind kaum zu begründen[1621].

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb in Absatz 1 eine Regelung vor, die sich an Artikel 55 VE orientiert. An sich könnte man es auch bei der allgemeinen Verweisung auf den Allgemeinen Teil (Art. 135 Abs. 4 hievor) bewenden lassen. Da aber für Absatz 2 keine Änderung vorgeschlagen wird (vgl. die Erläuterungen im nächsten Alinea) und der innere Zusammenhang der Gesamtbestimmung durch eine Streichung von Absatz 1 in Mitleidenschaft gezogen würde, wird von einer solchen Lösung abgesehen (analog Art. 20 Abs. 1

[1620] Zu den sich hieraus ergebenden Problemen vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32, N. 115 ff.

[1621] Dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32, N. 372 ff.

VG; vgl. vorne Ziff. 4.2.11.09). Wie zu Artikel 20 VG ausgeführt, scheint es auch hier angebracht, für den Beginn der relativen Frist kumulativ zur "Kenntnis des Schadens" diejenige "von der Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen" zu verlangen, weil der Bund ohne weiteres als Ersatzpflichtiger neben anderen in Frage kommen kann, ohne dass dies der geschädigten Person von Anfang an bekannt sein muss. Im übrigen gehört es bei der Staatshaftung grundsätzlich auch zur Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen, dass man weiss, an welche Dienststelle oder Instanz man sich zur Geltendmachung seines Anspruchs wenden muss (vgl. dazu Satz 2 von Abs. 4 von Art. 143 sowie Art. 142 MG und Art. 168 VVA[1622]).

> An sich ist Absatz 2 (verglichen mit den Art. 21 und 23 VG) problematisch. Im Gegensatz zum VG unterscheidet das MG nicht zwischen originären Direktansprüchen und Rückgriffsansprüchen des Bundes gegen Armeeangehörige oder Formationen. Die Privilegierung (bei der relativen Frist gegenüber der neuen dreijährigen Dauer, bei der absoluten schon gegenüber der geltenden 10-Jahresfrist) - die in Artikel 23 VG als manifest und nachvollziehbar bezeichnet wurde (Ziff. 4.2.11.10) - erfasst daher hier auch die Regressansprüche. Nach dem für die Verfasser des Vorentwurfs massgebenden Prinzip, dass Änderungen nur vorgeschlagen werden sollen, wo sie sich aufdrängen, verzichten sie indessen hier auf einen entsprechenden Antrag.

Absatz 3 enthält die dem geltenden Artikel 60 Absatz 2 OR entsprechende Regel über die Verlängerung der zivilrechtlichen Verjährung bei strafbaren Handlungen, deren generelle Abschaffung vorgeschlagen wird (vorne Ziff. 2.8.4.2). Die Bestimmung ist deshalb auch im MG zu streichen.

Der geltende Absatz 4 enthält eine besondere Verweisung auf die Regeln des Obligationenrechts über die Unterbrechung der Verjährung (Art. 135-138 OR) und die Herrschaft der Dispositionsmaxime bei der Geltendmachung der Verjährung (Art. 142 OR), welche über die Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (vorstehend neuer Art. 135 Abs. 4 MG) - wenn überhaupt - nur indirekt zum Tragen kommen könnten. Die Bestimmung ist daher - insbesondere auch mit Rücksicht auf die in Satz 2 angesprochene militärische Besonderheit - beizubehalten.

4.2.32 Zivilschutzgesetz (ZSG)

Am 1. Januar 1995 ist ein totalrevidiertes Zivilschutzgesetz vom 17. Juni 1994 in Kraft getreten. In der Botschaft dazu[1623] wird hinsichtlich des 9. Kapitels und der Artikel 58 - 63 ausgeführt, diese seien als Reaktion auf höchstrichterliche Kritik (BGE 114 Ia 199) an das neue Militärgesetz (vorstehend Ziff. 4.2.31), das neue Militärversicherungsgesetz und das Obligationenrecht angepasst worden. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen folgende Änderungen vor:

[1622] Verordnung über die Verwaltung der Armee SR 510.301.

[1623] BBl 1993 III 825 ff. (865 f.).

4.2.32.01 Artikel 58

Absatz 1 integriert im geltenden Text den Entlastungsbeweis für höhere Gewalt sowie Selbst- und Drittverschulden unmittelbar in den Haftungsgrundsatz. Wie Absatz 2 von Artikel 135 MG (vorstehend Ziff. 4.2.31) ist dieser Halbsatz ("sofern sie [d.h. Bund, Kantone und Gemeinden] nicht beweisen, ... ") angesichts der generellen Geltung von Artikel 47*a* VE (auf den im neuen Abs. 1 von Art. 61 ZSG verwiesen wird) unnötig.

> In Absatz 2 wird der Grundsatz der Solidarhaftung von Bund, Kantonen und Gemeinden aufgestellt, der an sich auch aus Artikel 53*b* VE (i.V.m. mit dem neuen Abs. 1 von Art. 61 ZSG) hergeleitet werden könnte. Satz 2 enthält aber für die interne Auseinandersetzung eine Besonderheit und Abweichung von Artikel 53*c* VE (Verweisung auf den Satz der Bundesbeiträge nach Art. 55 Abs. 1 lit. a ZSG), welche die Beibehaltung der Bestimmung rechtfertigt.

Der geltende Absatz 3 enthält das Prinzip der im Aussenverhältnis exklusiven Staatshaftung, welche einen Direktanspruch gegen den oder die unmittelbare Schadenstifter(in) ausschliesst. Wie in Artikel 135 MG (vorstehend Ziff. 4.2.31) ist diese Bestimmung systematisch aber als neuer Absatz 6 an den Schluss zu stellen, damit sie sämtliche Varianten der Haftung von Bund, Kantonen und Gemeinden für Schädigungen im Rahmen zivilschutzdienstlicher Verrichtungen (vgl. geltender Abs. 6, neu 5) erfasst.

Die geltenden Absätze 4 und 5 bleiben als neue Absätze 3 und 4 inhaltlich und redaktionell unverändert.

Der neue Absatz 5 (geltender Abs. 6) - Vorrang speziellerer Haftungsbestimmungen - wird redaktionell an Artikel 135 Absatz 2 MG (vorne Ziff. 4.2.31) angepasst.

Der neue Absatz 6 enthält - wie bereits zu Absatz 3 angedeutet - den Grundsatz der Kanalisierung der Haftung auf die im Aussenverhältnis allein ansprechbaren Gemeinwesen (vgl. Art. 135 Abs. 3 MG).

4.2.32.02 Artikel 61

Die Bestimmung stand bisher unter dem Titel "Bemessung der Entschädigung (Détermination des dommages-intérêts)". Im Rahmen der Totalrevision des Haftpflichtrechts wird in der Spezialgesetzgebung durchwegs eine Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingefügt (analog dem neuen Abs. 4 von Art. 135, der an die Stelle des früheren Abs. 1 von Art. 141 MG tritt). Damit wird die Beschränkung der Verweisung auf Schadensberechnungs- bzw. Bemessungsgrundätze des OR - wie sie der geltende Artikel 61 Absatz 1 ZSG enthält - hinfällig. Die Artikelüberschrift muss dementsprechend weiter gefasst werden.

Absatz 1 übernimmt die Standardformel der Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts als generell subsidiär anwendbare Regelung. Die Wendung "Im übrigen ... ", die dort vorgeschlagen wird, wo diese Verweisung als besonderer Absatz direkt in die Grundsatznorm integriert werden kann (vgl. Art. 135 Abs. 4 MG oder auch - als weiteres Beispiel - Art. 46 Abs. 4 ZGB; vorne Ziff. 4.2.15.01), muss hier (analog zu Art. 9 Abs. 1 VG; vorne Ziff. 4.2.11.05) etwas expliziter formuliert werden ("Soweit dieses Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vorsieht, ... ").

Absatz 2 entspricht Absatz 1 (bisher Abs. 2) von Artikel 141 MG (vorne Ziff. 4.2.31) und enthält die Anweisung zu einer spezifisch militär- bzw. zivilschutzdienstbezogenen Berücksichtigung bestimmter Bemessungskriterien, die zwar ohne weiteres auch aus den allgemeinen Regeln von Artikel 52, 53*a* und 53*c* Absatz 1 VE abgeleitet werden könnten, aus "gesetzgebungspsychologischen" Erwägungen aber durchaus hier konkretisiert und daher beibehalten werden können.

4.2.32.03 Artikel 63

Diese Verjährungsbestimmung ist ein präzises Analogon zu Artikel 143 MG (vorne Ziff. 4.2.31) und wird daher auch in derselben Weise angepasst.

4.2.33 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG)

Das KHG von 1983 hat die früher ins Atom-Gesetz (AtG)[1624] integrierten Haftungsbestimmungen für Anlagen zur friedlichen Verwendung der Kernenergie in einem eigenen Erlass verselbständigt und dabei gleichzeitig die vordem bestehende (auf das internationale Recht abgestimmte) ziffernmässige Beschränkung der Haftung des Inhabers einer Atomanlage aufgehoben[1625]. Aus der Sicht der Haftpflichtrechtsrevision ist das KHG der klassische Fall eines Spezialgesetzes, dessen Existenz sich mit Rücksicht auf die Eigenarten der Materie rechtfertigt (vorne Ziff. 1.3.1). Trotzdem muss es in all den Punkten, in denen die "nuklearen Besonderheiten" nicht durchschlagen, mit den Bestimmungen des Allgemeinen Teils in Einklang gebracht werden. Das wird allerdings, was die Terminologie betrifft, nicht konsequent durchgeführt. So wird das Haftungssubjekt weiterhin "Inhaber" (Art. 2 Abs. 7 KHG) der Kernanlage (oder der Transportbewilligung) und nicht "Betreiber" (gemäss Art. 50 VE; vgl. vorne Ziff. 2.4.4.5) genannt, obschon beide Bezeichnungen materiell dieselbe Bedeutung haben sollten.

4.2.33.01 Artikel 3

Auch im Bereich der Kernenergiehaftpflicht erfüllt der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im OR seine Funktion als generelle subsidiäre Regelung. Das wird in einem neuen Absatz 7 des Artikels - der (i.V.m mit der Definition des "Nuklearschadens" in Art. 2 Abs. 1 KHG) den Haftungsgrundsatz aufstellt - mit der auch andernorts üblichen Generalverweisung bewerkstelligt.

4.2.33.02 Artikel 4

Die geltende Bestimmung statuiert für den Nuklarschadenbereich das Prinzip der verwaltungsrechtlichen Kostenauflage für Schadenabwehr- und Schadenminderungsmassnahmen, welche die zuständigen Behörden bei drohender Nukleargefährdung oder auch bei bereits eingetretenen bzw. andauernden Einwirkungen aus einer Kernanlage oder einem Transport von Kernmaterialien tref-

---

[1624] SR 732.0.

[1625] Vgl. dazu die Botschaft zum KHG, BBl 1980 I 164 ff.(Ziff. 121.3, S. 173 ff.) und vorne Ziff. 1.1.2.2 (bei Anm. 44).

fen. Die Vorschrift ist in Parallele zu setzen mit dem früheren Artikel 8 GSchG und heutigen Artikel 59 USG (hinten Ziff. 4.2.45); in diesen neueren Versionen ist die Kostenauflage nicht mehr - wie noch im KHG - als "Kann-Vorschrift" formuliert, sondern es heisst imperativ: "die Kosten werden dem Verursacher überbunden".

Der Vorschlag der Verfasser des Vorentwurfs geht noch einen Schritt weiter: die Kostenauflage soll nicht bloss zwingend vorgesehen sein, sondern sie soll aus dem verwaltungsrechtlichen Kontext herausgelöst und als eigentliche (zivilrechtliche) Haftung des Nuklearanlageninhabers oder Transporteurs gegenüber dem Gemeinwesen ausgestaltet werden, dessen zuständigen Behörden aus der Anordnung und Durchführung von Schadensprävention und Reduktionsmassnahmen Kosten entstanden sind. Die Annäherung von zivilem und öffentlichem Verantwortlichkeitsrecht (vgl. Art. 43/43*a* VE und vorne Ziff. 2.2.3) soll nicht bloss hinsichtlich der Passivlegitimation, sondern auch in der Weise erfolgen, dass das Gemeinwesen aktivlegitimiert wird, seinen Aufwand für die im öffentlichen Interesse getroffenen Massnahmen als Schaden auf die für die Gefährdung und ihre allfällige Verwirklichung haftende Person (i.c. den Inhaber der Kernanlage oder der Transportbewilligung) zu überwälzen. Damit soll vor allem die unfruchtbare Kontroverse um die Unterscheidung zwischen "Zustandsstörer" und "Verhaltensstörer" aus der Welt geschafft werden[1626], die freilich gerade im Kernenergiebereich mit seiner kanalisierten Haftung kaum eine Rolle spielen dürfte. Trotzdem rechtfertigt sich der Systemwechsel aus dem reinen Verursacherprinzip des öffentlichen Rechts in eine auf begründeter Zurechnung beruhende "zivilisierte" Haftung auch hier.

4.2.33.02^{bis} Artikel 5 und 6

Artikel 5 schränkt in Absatz 1 die Entlastungsgründe - wie sie allgemein in Artikel 47*a* VE umschrieben werden (vorne Ziff. 2.4.3.5) - auf das alleinige Selbstverschulden ein und verlangt für eine totale "Unterbrechung" des adäquaten Risikozusammenhanges erst noch vorsätzliches Handeln des Opfers: die Haftung des Anlageninhabers bzw. des Transporteurs weicht also nur dann, wenn der Schadenersatzanspruch der geschädigten Person als geradezu rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden muss.

Diese Abweichung von den allgemeinen Regeln - höhere Gewalt und Drittverschulden kommen als Entlastungsgründe nicht in Frage - rechtfertigt sich angesichts der extrem hohen "Betriebsgefahr" eines AKW. Es gibt angesichts dieser Gefahr keine (Natur-) Gewalt, die "höher" sein und das Nuklearrisiko haftpflichtrechtlich verdrängen könnte. Erst recht reicht dazu das Verhalten einer oder mehrerer Drittpersonen nicht, auch wenn es grob schuldhaft oder Ausfluss kriegerischer oder terroristischer Aktivitäten wäre. Die Haftung ist insofern auf den Betreiber bzw. Inhaber der Kernanlage oder der Transportbewilligung "kanalisiert" (vgl. auch die Beschränkung der Rückgriffsrechte der haftpflichtigen Person auf Mitverursacher in Art. 6 KHG). Daran soll sich nichts ändern.

Man hätte sich freilich überlegen können, Absatz 2 von Artikel 5, der gegenüber der allgemeinen Regel über die Ersatzbemessung (Art. 52 VE; vorne Ziff. 2.5.2) keinerlei Originalität aufweist und auch nicht aufweisen muss, zu eliminieren, da an

---

[1626] Widmer P., Perspektiven einer Umwelthaftung - Möglichkeiten und Grenzen, in: Ergänzungen (Wissenschaftl. Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbaus der Hochschule St. Gallen), Bern/Stuttgart 1990, S. 591 ff. (600 f.); idem, a.a.O. (Anm. 204), S. 385 ff. (401); idem, a.a.O. (Anm. 1585), S. 345 ff. (348 f. m.w. Hinweisen in FN 11).

sich die Globalverweisung im neuen Absatz 7 von Artikel 3 zum gleichen Ergebnis führen würde. Der Zusammenhang zwischen der vollen Entlastung in Absatz 1 und der hier angesprochenen Teilentlastung bei konkurrierendem Selbstverschulden ist indessen so eng, dass von einer Streichung abzusehen ist.

4.2.33.03 Artikel 7

Die Bestimmung enthält einen auf die Ersatzbestimmung und die Voraussetzungen der Genugtuung beschränkte Verweisung auf das Obligationenrecht, wobei einerseits (in Absatz 1) die Anwendung von Artikel 44 Absatz 2 OR (Reduktion bei Notlage des Ersatzpflichtigen) ausgeschlossen, anderseits aber (Absatz 2) eine angemessene Herabsetzung der Entschädigung bei "ungewöhnlich hohem Einkommen des Getöteten oder Verletzten" (analog zu Artikel 62 Abs. 2 SVG; vgl. hinten Ziff. 4.2.35.05) zugelassen wird.

Die Vorschrift kann insgesamt aufgehoben werden. Die (ohnehin zu enge) Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ist im neuen Absatz 7 von Artikel 3 mitenthalten, und die "Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien" ist in Artikel 52 Absatz 2 VE generell vorgesehen (vorne Ziff. 2.5.2 a.E.). Die letztgenannte Bestimmung stellt auch klar, dass sie sich selbst als Ausnahmevorschrift versteht, und zwar nach beiden Richtungen. Dem ungewöhnlich hohen Einkommen (oder Vermögen) einer geschädigten Person könnte also nur unter ganz speziellen Umständen Rechnung getragen werden. Und auf die Idee, die Haftung eines Kernkraftwerkbetreibers oder Transporteurs (in aller Regel ohnehin eine juristische Person) wegen drohender Notlage zu ermässigen, dürfte - vor allem auch angesichts des ganzen hinter dem unmittelbar Haftpflichtigen noch bestehenden Auffangnetzes von Versicherungen und Grosschadensregelung - selbst der fantasiereichste Anwalt kaum kommen.

4.2.33.04 Artikel 8

Diese Bestimmung ist dem Artikel 87 SVG (vgl. hinten Ziff. 4.2.35.17) nachgebildet, der durch die Artikel 57 und 58 VE (Ziff. 2.10 hievor) generalisiert wird: es geht um die Zulässigkeit von (pro futuro) haftungsbeschränkenden und -ausschliessenden, sog. Freizeichnungsklauseln einerseits (Abs. 1) und die Anfechtbarkeit krass unangemessener Vergleiche, die im Sinne einer Abfindung (nach Eintritt einer Schädigung) abgeschlossen werden, anderseits (Abs. 2).

Auch hiefür genügt die Globalverweisung in Artikel 3 Absatz 7 (neu) KHG, so dass auf den geltenden Artikel 8 verzichtet werden kann.

4.2.33.05 Artikel 9

Absatz 1 übernimmt die Regelung von Artikel 80 SVG, welche Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung vorbehält. Die Regel gilt allgemein für den Bereich der Sozialversicherungen, deren Subrogation und Rückgriffsrecht im künftigen Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Sozialversicherung (ATSG; vorne Ziff. 2.7.1 bei Anm. 877) auch allgemein geregelt werden soll. Besondere Bestimmungen in einzelnen Haftpflichtgesetzen werden damit überflüssig. Im übrigen soll ja das hier ebenfalls erwähnte Haftungsprivileg aus Arti-

kel 44 UVG ohnehin aufgehoben bzw. durch ein blosses Regressprivileg ersetzt werden (vorne Ziff. 1.2.2.3.2 a.E. bei Anm. 210 und Ziff. 2.7.3.3.1 bei Anm. 923; vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Vorschrift von Artikel 9 Absatz 1 KHG nicht mehr aktuell.

Absatz 2 enthält seinerseits eine generalisierungsfähige Regel, der Artikel 62 Absatz 3 SVG bzw. bereits Artikel 13 Absatz 1 EHG zu Gevatter gestanden haben: wo die haftpflichtige Person Beiträge an eine nicht obligatorische Versicherung zugunsten der geschädigten Person geleistet hat, sollen die Leistungen dieser Versicherung in entsprechender Proportion auf die Ersatzpflicht angerechnet werden. Artikel 54*i* VE erhebt diese Norm zum allgemeinen Grundsatz (vorne Ziff. 2.7.5), der wiederum über Artikel 3 Absatz 7 KHG auch in dessen Anwendungsbereich zum Tragen kommt und deshalb keiner Wiederholung bedarf.

4.2.33.06 Artikel 10

Die Verjährungs- und Verwirkungsvorschriften des KHG sind soweit als möglich - d.h. unter Berücksichtigung der Eigenarten dieses Sektors, insbesondere des Problems der Spätschäden (Art. 13 KHG) - an die allgemeinen Regeln der Artikel 55 ff. VE anzupassen (vorne Ziff. 2.8). Diese Besonderheit führt dazu, dass Artikel 10 KHG nach Auffassung der Autoren des Vorentwurfs unabhängig davon beizubehalten ist, ob die Verjährungsfristen übereinstimmend mit denjenigen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts festgelegt werden oder nicht.

Absatz 1 legt in der geltenden Fassung die relative, d.h. ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatz- oder Deckungspflichtigen laufende Verjährungsfrist abweichend von Artikel 60 Absatz 1 OR auf 3 Jahre fest. Dabei soll es auch unter dem neuen Recht bleiben, selbst wenn die allgemeine (relative) Verjährungsfrist in Artikel 55 Absatz 1 VE definitiv (statt wie im Vorentwurf vorgeschlagen auf 3 Jahre) auf eine kürzere Zeitspanne festgelegt werden sollte. Ebenso soll bei der absoluten Frist die Dauer von 30 Jahren beibehalten werden, die um einen Drittel länger ist als die in Artikel 55 Absatz 2 VE vorgeschlagene 20-Jahresfrist ab Aufhören der schädigenden Einwirkung. Hingegen ist kein zwingender Grund ersichtlich, anstelle der absoluten (aber immerhin der Unterbrechung und dem Verzicht gemäss Artikel 55*a* VE zugänglichen) Verjährung hier als Ausnahme eine Verwirkung vorzusehen; dies rechtfertigt sich umso weniger, als das Strahlenschutzgesetz von 1991, das Fristen von gleicher Dauer vorsieht, es auch bei einer Verjährung bewenden lässt (nachfolgend Ziff. 4.2.47.02).

In Absatz 2 handelt es sich lediglich um eine konsequente Anpassung an die allgemeine Regel über die Verjährung der Rückgriffsansprüche (Art. 55*c* Abs. 1 VE). An sich könnte darauf verzichtet werden, diese Regel für das KHG speziell zu wiederholen; der enge Zusammenhang mit dem auf alle Fälle aufrechtzuerhaltenden Absatz 1 und der hier allgemein befolgte Grundsatz einer möglichsten Zurückhaltung mit nicht unbedingt erforderlichen Änderungen sprechen indessen gegen eine Streichung.

4.2.33.07 Artikel 16bis (neu)

Der Vorschlag einer systematisch neu am Schluss des Abschnitts über die Bundesdeckung einzufügenden Bestimmung ist lediglich die Konsequenz aus der Aufhebung zweier anderer Vorschriften, nämlich der Artikel 19 und 20 KHG (vgl. hienach unter Ziff. 4.2.33.08).

Geregelt werden die Fragen des direkten Forderungsrechts des Geschädigten, des Einredenausschlusses und des Rückgriffs, die bisher in den Artikeln 19 und 20 KHG für Ansprüche gegen private Versicherer im Sinne von Artikel 11 KHG wie für solche gegen den Bund (Art. 12 ff. KHG) zusammen behandelt wurden. Für die private Versicherung ist eine solche Normierung im Spezialgesetz KHG neben den allgemeinen Vorschriften von Artikel 54*c* ff. VE (vorne Ziff. 2.7.4.2 - 2.7.4.4) unnötig. Hingegen bedarf es im KHG weiterhin einer Bestimmung, welche die analoge Anwendung der Artikel 54*c*, 54*f* und 54*h* VE auf die gegen den Bund gerichteten Ansprüche und den Rückgriff des Bundes auf Versicherte oder Versicherungsnehmer gewährleistet. Um sinngemässe Anwendung handelt es sich deshalb, weil zwischen dem Bund und den versicherten Anlageninhabern bzw. Inhabern von Transportbewilligungen nicht ein (privatrechtlicher) Versicherungsvertrag im üblichen Sinne besteht und sich der Bund demzufolge auch nicht direkt auf das Versicherungsvertragsgesetz berufen kann[1627].

4.2.33.08 Artikel 19 und 20

Die Fragen des direkten Forderungsrechts des Geschädigten gegen den Versicherer (oder den Bund), die damit zusammenhängende Frage des Einredenausschlusses sowie das Rückgriffsrechts sind - soweit es um die Privatversicherung geht - in den Artikeln 54*c* ff VE auch für den Bereich des KHG geregelt, so dass die entsprechenden Vorschriften im KHG selbst aufgehoben werden können.

Soweit es um die Bundesdeckung geht, wird eine Spezialbestimmung über die analoge Anwendung dieser Grundsätze beibehalten, systematisch jedoch anders plaziert (vgl. vorne zum neuen Art. 16bis KHG).

4.2.33.09 Artikel 26

Der geltende Artikel 26 KHG behandelt unter dem Titel "Verfahrensgrundsätze" verschiedene Probleme:

Der geltende Absatz 1 statuiert zunächst einmal die Inquisitions- (Untersuchungs-) und die Offizialmaxime (im Gegensatz zur sonst im Zivilprozess üblichen Dispositionsmaxime). Das setzt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung voraus, der aber ebenfalls explizit erwähnt wird. Ferner wird die Offizialmaxime ausdrücklich dahingehend ausgedeutscht, dass das Gericht an die Anträge der Parteien nicht gebunden, aber immerhin gehalten sein soll, den betroffenen Parteien dann Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn es über die Begehren der Kläger hinausgehen will. In diesem letzten Punkt geht

---

[1627] Dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, §29, N. 542 ff., bes. N. 581 ff.

das KHG auch über die Vorschläge des Vorentwurfes in Artikel 56*c* VE (vorne Ziff. 2.9.4.1 und 2.9.4.2) hinaus, und die Frage ist, ob es im Rahmen der Kernenergiehaftung besondere Gründe dafür gebe. In der Botschaft wird ausgeführt, es gehe darum, "einen Geschädigten, welcher weniger verlangt als das, worauf er Anspruch hat, allenfalls besserzustellen"[1628]. Das ist indessen mehr eine Absichtserklärung, als eine Begründung. Eine solche sucht man auch sonst in der Literatur vergeblich. Unter diesen Umständen wird vorgeschlagen, auch im KHG auf diese singuläre Regelung zu verzichten bzw. die Verfahrensgrundsätze des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts genügen zu lassen. Absatz 1 kann daher gesamthaft aufgehoben werden.

Absatz 2 ist hingegen beizubehalten. Das hier vorgesehene Institut der Beiladung (so auch der Vorschlag für den neuen Titel) erscheint als zweckmässig und ist nur in einigen kantonalen Prozessordnungen[1629] vorgesehen.

4.2.33.10 Artikel 27

Die Bestimmung über die Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten entspricht dem Sinne nach der allgemeinen und weiter gefassten Regel in Artikel 56*f* und 56*g* VE (vorne Ziff. 2.9.6), welche über Artikel 3 Absatz 7 (neu) KHG anwendbar wird; sie kann daher hier weggelassen werden.

4.2.33.11 Artikel 28

Ebenso wird die Bestimmung über vorläufige Zahlungen überflüssig: sie wiederholt lediglich, was in Artikel 56*h* VE allgemein und unter etwas klareren Voraussetzungen vorgesehen ist (vorne Ziff. 2.9.7).

4.2.34 Elektrizitätsgesetz (EleG)

Das Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 enthält die ältesten gegenwärtig in Kraft stehenden Haftungsbestimmungen des schweizerischen Rechts. Die in den Artikeln 27 ff. EleG vorgesehene Kausalhaftung des Inhabers einer elektrischen Anlage entspricht als Gefährdungshaftung dem Modell des alten Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (vorne Ziff. 4.2.16). Der Haftungsgrundsatz von Artikel 27 EleG kann mit einigen materiellen und redaktionellen Anpassungen an das Konzept der Generalklausel in Artikel 50 VE übernommen werden; die übrigen Bestimmungen werden - mit Ausnahme des geltenden Artikels 28 Absatz 1, der eine Sonderregelung für Anlagen mit mehreren Betreibern vorsieht und des singulären Artikel 32 - durch eine Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts überflüssig.

[1628] BBl 1980 I S. 205, Ziff. 225 a.E.

[1629] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), N. 64e/f.

4.2.34.01 Artikel 27

In Absatz 1 wird der geltende Anknüpfungstatbestand und Haftungsgrundsatz mit folgenden Anpassungen aufgenommen:

- das Haftungssubjekt wird in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch in der Generalklausel von Artikel 50 VE als "Betreiber" (statt "Betriebsinhaber") der Anlage bezeichnet. Was damit materiell gemeint ist, wird unter Ziff. 2.4.4.5 hievor im Detail ausgeführt: haften soll die Person, welche die unter Strom stehende Anlage beherrscht, sie auf ihre Rechnung und Gefahr benutzt und so die mit einer derartigen Anlage verbundenen spezifischen Risiken schafft bzw. unterhält.
- es wird nicht mehr ausdrücklich erwähnt, dass die Elektrizitätshaftung gleichermassen für private wie für öffentliche Schwach- oder Starkstromanlagen gilt; dies ergibt sich (über die Verweisung von Absatz 2) ohne weiteres aus der allgemeinen Bestimmung von Artikel 43 VE und wird für Anlagen, die von Kantonen oder Gemeinden betrieben werden, in Artikel 43*a* Absatz 2 VE noch ausdrücklich festgehalten.
- es wird auch darauf verzichtet, die klassischen Entlastungsgründe (höhere Gewalt, Dritt- oder Selbstverschulden) ausdrücklich zu erwähnen, die nach Artikel 47*a* VE grundsätzlich überall (und über die ausdrückliche Verweisung von Absatz 2 auch im Bereich der Elektrizitätshaftung) gelten. Zu beachten ist, dass damit auch die eigenartige Ausweitung der Entlastung aufgrund eines blossen "Versehens" eines Dritten beseitigt wird, ebenso wie die kaum zu begründende Differenzierung, wonach irgendwelches Verschulden einer Drittperson, aber nur ein (besonders) "grobes" Selbstverschulden seitens der geschädigten Person adäquanzunterbrechend wirken könnte. In jedem Falle muss die äussere Ursache eine gegenüber dem charakteristischen Risiko des elektrischen Stromes "höhere" Intensität aufweisen, um zu einer Entlastung zu führen (vgl. vorne Ziff. 2.3.4.5); es muss sich um eine Einwirkung handeln, die im Sinne von Artikel 47*a* VE gegenüber der vom Haftpflichtigen zu vertretenden Betriebsgefahr "in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat".
- die neue Fassung spricht nicht mehr ausschliesslich von Personenschaden, dem dann in Absatz 2 der geltenden Bestimmung Sachschaden gleichgestellt wird. Dass im Rahmen einer Gefährdungshaftung - abgesehen von der Einwirkung auf die Umwelt - grundsätzlich nur diese beiden Kategorien von Schäden ersatzfähig sind, ergibt sich in allgemeiner Weise aus Artikel 45 Absatz 3 VE, der wiederum über die Verweisung in Absatz 2 Anwendung findet. Damit bleiben Schäden infolge von "Störungen im Geschäftsbetrieb" weiterhin insofern ausgeschlossen, als sie "reine Vermögensschäden" darstellen; hingegen müssten sie ersetzt werden, soweit es sich um unmittelbare Folgen aus Körper- oder Sachschäden handelt. Damit wird auch die geltende Unsicherheit über die Tragweite von Artikel 27 Absatz 2 EleG[1630] behoben.
- rein redaktioneller Natur ist die Angleichung des französischen an den deutschen Text und an Artikel 1 EleG in beiden Sprachversionen im Bezug auf

---

[1630] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 108 ff.

die Reihenfolge der Erwähnung von "Schwach- oder Starkstromanlage" (bisher "installation électrique à fort ou à faible courant").

Bereits hier zu vermerken ist, dass durch den Wegfall der Artikel 29 und 41 EleG (hinten Ziff. 4.2.34.03 und 34.13) zwei weitere Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs aufgehoben werden:

- gemäss Artikel 29 EleG, dessen deutsche Fassung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, gelten die Bestimmungen des Obligationenrechtes in Fällen von Sachbeschädigung (Sachschaden) infolge eines durch Betrieb einer elektrischen Anlage verursachten Brandes. Diesbezüglich geben die französische und die italienische Fassung zu verstehen, dass diese Bestimmung jeglichen Brandschaden erfassen wolle, was nicht zutrifft. Die Gefährdungshaftung aus Artikel 27 EleG soll künftig auch dann zur Anwendung kommen, wenn Sachschaden durch einen Brand aus einer elektrischen Anlage verursacht worden ist. Es handelt sich - wie die explizite Ausnahmevorschrift in Artikel 29 EleG deutlich zum Ausdruck bringt - um eine vom seinerzeitigen Gesetzgeber aus gewerbepolitischen Erwägungen bewusst vorgesehene Freistellung bzw. Entlastung des Betreibers einer elektrischen Anlage von der Haftung für Schäden, die im Normalfall durchaus als Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer solchen Anlage zu gelten haben. Eine solche (protektionistisch motivierte) Haftungsbefreiung entspricht nach übereinstimmender Auffassung der Doktrin den heutigen Gegebenheiten und Vorstellungen nicht mehr und muss gestrichen werden[1631].
- auch die Einschränkung des Geltungsbereichs der kausalen "Elektrizitätshaftung", die sich im geltenden Recht aus dem ausdrücklichen "Ausschluss der Hausinstallationen" (Art. 41 i.V.m. Art. 16 EleG) ergibt, ist fallenzulassen. Abgesehen von den schwierigen und unnötigen Abgrenzungsproblemen, die daraus entstehen, scheint diese Ausnahme auch rechtspolitisch nicht mehr zeitgemäss[1632].

Absatz 2 wird (aus den soeben erwähnten Gründen) hinsichtlich seines geltenden Inhalts aufgehoben bzw. ersetzt durch die stereotype Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, der für sämtliche in den geltenden Artikeln 30/31 und 33 - 39 EleG geregelten Fragen die generellen Antworten enthält.

4.2.34.02 Artikel 28

Die im geltenden Absatz 1 enthaltene Regelung wird als neuer einziger Absatz (mit einigen redaktionellen Anpassungen, die sich aus der neuen Bezeichnung des "Betreibers" ergeben) beibehalten, obschon man sich fragen kann, ob sich die Lösung nicht auch hier aus der Definition der "elektrischen Anlage" (d.h. der Betriebsgefahr) und des "Betreibers" bzw. aus den allgemeinen Grundsätzen über eine Mehrheit von Haftpflichtigen (Art. 53*b* VE) ergeben würde[1633]. Falls

---

[1631] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 119 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 208 f.

[1632] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 14 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 208 f. und 210.

[1633] Diese Auffassung scheint zu vertreten: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 213.

hingegen eine Sonderregelung gewollt sein sollte, so fragt sich, ob diese in der Eigenart des Regelungsgegenstandes ("zusammengesetzte elektrische Anlagen") wirklich eine ausreichende Rechtfertigung findet. Die Verfasser des Vorentwurfs massen sich darüber kein Urteil an.

Absatz 2 regelt den Regress eines Anlagebetreibers auf einen anderen nicht anders, als sich dies aus der allgemeinen Norm von Artikel 53*c* VE (über die Verweisung von Art. 27 Abs. 2 neu EleG) ergibt; die Bestimmung ist daher aufzuheben.

4.2.34.03 Artikel 29

Brandschäden an Sachen, verursacht durch elektrische Anlagen, sollen nach neuem Recht von der Gefährdungshaftung aus Artikel 27 Absatz 1 miterfasst werden, wenn sie sich als Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer solchen Anlage (Kurzschluss, Funkenwurf etc.) erweisen (vgl. vorne Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 EleG). Daher ist diese Ausnahme - deren französische und italienische Fassung wie bereits ausgedeutet dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers widerspricht - fallen zulassen.

4.2.34.04 Artikel 30

Diese Bestimmung will für den Rückgriff unter Betreibern mehrerer Anlagen, deren "Zusammentreffen" einen Schaden verursacht hat (für den sie nach aussen - schon nach allgemeinen Grundsätzen und gemäss Art. 53*b* VE - solidarisch einstehen müssen), eine besondere Regel in dem Sinne aufstellen, dass - vorbehaltlich des "Verschuldens der einen Anlage" - der Schaden von allen Beteiligten "zu gleichen Teilen" getragen werden soll. Nach neuem Recht sollen indessen hier - wie überall sonst - für die interne Zuteilung der Schadensquoten sämtliche Umstände berücksichtigt werden, nicht nur und auch nicht vor allem das (persönliche oder allfälligen Hilfspersonen anzulastende) Verschulden aufseiten einer Anlage bzw. ihres Betreibers, sondern namentlich auch unterschiedliche Betriebsgefahren - höhere oder niedrigere Stromspannung - in der einen oder andere Anlage[1634] (vgl. hiezu vorne Ziff. 2.6.4.4 und hinten Ziff. 4.2.35.03 zu Art. 60 SVG).

Die Bestimmung ist daher einesteils als überflüssig, anderseits als ungerechtfertigte Abweichung von allgemeinen Grundsätzen zu streichen.

4.2.34.05 Artikel 31

Es handelt sich um eine Norm über Haftungskollision, die - abgesehen von der Betonung des "Verschuldens der einen Anlage" - mit Artikel 53*a* VE übereinstimmt und daher aufgehoben werden kann.

[1634] In diesem Sinne auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 94 ff.

4.2.34.05bis Artikel 32

Diese Vorschrift ist keine eigentliche Haftungsbestimmung: sie sieht eine Meldepflicht der Betreiber von elektrischen Anlagen über Personen- und "erhebliche" Sachschäden an eine zuständige Lokalbehörde vor, die eine Untersuchung durchführt und ihrerseits den Vorfall "auf dem Dienstweg" über die kantonale Regierung an das EVED (heute UVEK) zu melden hat. Die Bestimmung soll trotz der Ankoppelung an das aufgehobene Fabrikgesetz von 1877 noch in Kraft stehen; ob sie tatsächlich noch angewendet wird, entzieht sich der Kenntnis der Verfasser des Vorentwurfs. Sollte sie keine praktische Bedeutung mehr haben, wäre eine Aufhebung aus diesem Grunde zu erwägen.

4.2.34.06 Artikel 33

Die Berufung auf höhere Gewalt (vgl. vorne Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 Abs. 1, 3. Abschnitt) soll ausgeschlossen sein, wenn der Schaden durch Einhaltung von Sicherheitsvorschriften hätte abgewendet werden können. Dies ist eine absolute Selbstverständlichkeit, die sich direkt aus der Definition der höheren Gewalt als objektiv (und subjektiv) unabwendbares Ereignis ergibt. Die Bestimmung ist überflüssig.

4.2.34.07 Artikel 34

Die Bestimmung statuiert in Absatz 1 für den Bereich der Elektrizitätshaftung explizit das Prinzip der "annexen Haftung für fremdes Verhalten", das nach allgemeinen Grundsätzen und gemäss Artikel 51 VE für alle Kausalhaftungen gilt; auch das in Absatz 2 erwähnte Regressrecht entspricht den allgemeinen Regeln (Art. 53*c* Abs. 2 VE).

Die Bestimmung kann daher gesamthaft aufgehoben werden.

4.2.34.08 Artikel 35

Die Bestimmung sieht einen besonderen, sogenannt "pönalen" Befreiungsgrund vor, der es dem Betreiber erlauben soll, die Haftung dann abzulehnen, wenn die geschädigte Person sich widerrechtlich oder durch vorsätzliche Übertretung von Vorschriften und Warnungen mit der Anlage in Berührung gebracht hat. Sie widerspricht - wie Artikel 6 und 7 EHG (vgl. vorne Ziff. 4.2.16 bei Anm.1594) - "den Grundlinien unseres Haftpflichtrechts"[1635] und ist daher zu streichen.

4.2.34.09 Artikel 36

Die Bestimmung enthält neben einer - jetzt im neuen Absatz 2 von Artikel 27 EleG allgemein vorgesehenen - Verweisung auf das Obligationenrecht für die Schadenersatzbemessung (Abs. 1) Regeln über die Art der Ersatzleistung bei Invalidität (Abs. 2) sowie die Möglichkeit eines Rektifikationsvorbehalts (Abs. 3); diese Vorschriften sind neben den allgemeinen Regeln der Artikel 45*b* und 52*a* (vorne Ziff. 2.3.2.2.3 und 2.5.3) sowie 56*e* VE (vorne Ziff. 2.9.5) unnötig.

[1635] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 147 ff. (155).

4.2.34.10 Artikel 37

Die sehr restriktive Verjährungsbestimmung - mit einer Einheitsfrist von 2 Jahren seit dem Tag der "Schädigung" - ist zugunsten der allgemeinen Regeln in Artikel 55 ff. VE (vorne Ziff. 2.8.4) aufzuheben.

4.2.34.11 Artikel 38

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Artikel 56*c* Absatz 1 VE für den ganzen Bereich des Haftpflichtrechts vorgesehen; eine Wiederholung im Elektrizitätsgesetz erübrigt sich.

4.2.34.12 Artikel 39

Einseitige Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen durch Reglemente oder Publikationen sind generell unzulässig. Die Freizeichnung durch Vereinbarung ist in Artikel 57 VE für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich geregelt (vorne Ziff. 2.10.1/2), so dass auch hier nach einer besonderen Bestimmung im Elektrizitätsgesetz kein Bedarf besteht.

4.2.34.13 Artikel 41

Der Ausschluss der Hausinstallationen aus dem Geltungsbereich der Haftung nach Artikel 27 EleG entfällt (vgl. die Erläuterungen in Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 Abs. 1 a.E.).

4.2.35 Strassenverkehrsgesetz (SVG)

Das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 ist aus einer Totalrevision des Motorfahrzeuggesetzes von 1932 (MFG) hervorgegangen, welches nach einer bewegten Entstehungsgeschichte die verschuldensunabhängige Haftung des Motorfahrzeughalters sowie das Versicherungsobligatorium eingeführt hatte. Die - 1975, 1980 und 1995 in Einzelpunkten revidierten[1636] - relativ detaillierten Bestimmungen des IV. Titels über "Haftpflicht und Versicherung" können als Prototyp eines modernen Haftpflichtgesetzes gelten und haben für die seitherige Gesetzgebung oft Vorbildfunktion ausgeübt. Das gilt in gewisser Hinsicht auch für die nunmehr eingeleitete Totalrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts überhaupt.

Es konnte schon verschiedentlich darauf hingewiesen werden, dass eine "neue" Bestimmung durch Generalisierung einer im SVG enthaltenen Regel gewonnen worden ist[1637]. Das bedeutet umgekehrt, dass der haftpflicht- und

---

[1636] Zu den Revisionen 1975 und 1980 vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 2 ff.

[1637] Vgl. z.B.: VE Art. 43 (SVG 73), 47*a* (SVG 59 Abs. 1), 51 (SVG 58 Abs. 4), 52 Abs. 2 (SVG 62 Abs. 2), 53*a* (SVG 61 Abs. 1), 53*c* Abs. 1 (SVG 60 Abs. 2), 54*b* Abs. 1 und 54*f* Abs. 2 (SVG 88), 54*d* (SVG 66), 54*i* (SVG 62 Abs. 3), 55*c* (SVG 83 Abs. 3), 56*c* Abs. 1 (SVG 86), 57 und 58 (SVG 87 Abs. 1+2).

versicherungsrechtliche Titel des SVG erheblich gekürzt werden kann, insbesondere um alle die Bestimmungen, die nunmehr als generell anwendbare Regeln im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts figurieren[1638].

Daraus ergibt sich auch eine systematische Umstrukturierung des IV. Titels des SVG: Der 1. Abschnitt über die "Haftpflicht" enthält nur noch die Haftungsgrundsätze und die Eingrenzung des Geltungsbereiches. Der heutige Artikel 62, der für die Haftungsmodalitäten auf das OR verweist, wird durch eine Globalverweisung auf den neuen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt, die neu im 5. Abschnitt unter den "Gemeinsamen Bestimmungen" eingefügt wird; das ist auch insofern konsequent, als der Allgemeine Teil neu auch Bestimmungen über das Verhältnis von Haftpflicht und Versicherung enthält, welches Gegenstand der Abschnitte 2 und 4 ist.

4.2.35.01 Artikel 58

Diese Bestimmung schrumpft auf einen einzigen Absatz zusammen, in welchem der geltende Anknüpfungstatbestand der Gefährdungshaftung in etwas veränderter Formulierung übernommen wird. Dieselbe Formel wird auch in anderen entsprechend zu revidierenden Erlassen wieder anzutreffen sein (z.B. im Binnenschifffahrtsgesetz, hinten Ziff. 4.2.41.02).

- Bei der Bezeichnung des Haftungssubjekts hätte man sich überlegen können, aus der Generalklausel den Begriff "Betreiber" zu übernehmen, der mit demjenigen des "Halters" synonym ist (vorne Ziff. 2.4.4.5 bei Anm. 702); auch hier wurde aber der Grundsatz befolgt, die bestehenden Texte und Begriffe nur aus zwingenden Gründen zu ändern, um Auslegungsprobleme und unnötiges Rätselraten über die materiellen Implikationen rein redaktionell bedingter Änderungen zu vermeiden.
- Weggefallen ist die einschränkende Umschreibung der ersatzfähigen Schadenskategorien (Personen- und Sachschaden), nachdem dies in Artikel 45 Absatz 3 VE für die Gefährdungshaftungen generell vorgesehen ist - allerdings mit einer Ausweitung auf Umweltschäden, was zu einer entsprechenden Erweiterung des Anwendungsbereichs der kausalen Motorfahrzeughaftung führen könnte. Es lässt sich die Auffassung vertreten, dass davon z.B. auch Vergiftungsschäden erfasst werden könnten, die durch Abgase (namentlich CO^2) entstehen. Praktisch kommt dies freilich nur bei unfallartigen und akuten Schädigungen in Frage.
- Typischer Anknüpfungssachverhalt bleibt der Betrieb des Motorfahrzeugs. Nur wenn und insofern der Schaden durch Verwirklichung der charakteristischen Risiken eines solchen Fahrzeugs entsteht, ist die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung adäquat (vgl. auch die Ausführungen zum neuen Art. 59 Abs. 1 in Ziff. 4.2.35.02 hienach). Das wird durch die redaktionelle Anlehnung an die Formulierung der Generalklausel (Art. 50 Abs. 1 VE: "Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko

---

[1638] Zum Modellcharakter des SVG und zu den Anpassungen im einzelnen vgl. Widmer P., La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, a.a.O. (Anm. 563), N. 21 ff., S. 1094 ff.

[einer besonders gefährlichen Tätigkeit] verwirklicht") verdeutlicht[1639]. Wenn dort von charakteristischem "Risiko" im Singular gesprochen wird, so ist damit ein Gesamtrisiko gemeint, welches sich auf verschiedene Weise - in einzelnen noch spezifischeren Risiken - manifestieren kann. Das gemeinsame Charakteristikum bezieht sich auf den sogenannten "maschinentechnischen" Betriebsbegriff[1640]; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieses Erfordernis erfüllt, "wenn der schadenstiftende Unfall, in seiner Gesamtheit betrachtet, auf die besondere Gefahr zurückgeht, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtungen (Motor, Scheinwerfer usw.) des Motorfahrzeugs geschaffen wird"[1641]. Wesentlich ist zudem, dass es sich um Vorgänge handelt, die mit dem Zweck des Fahrzeugs - der Fortbewegung - im Zusammenhang stehen. (Zur Haftung für "Nichtbetriebs"-Verkehrsunfälle vgl. nachstehend Ziff. 4.2.35.02 zu Art. 59 Abs. 1 in der neuen Fassung).

Die Absätze 2 und 3 werden aufgehoben bzw. unter dem Titel "Besondere Fälle" in den neugefassten Artikel 59 transferiert.

Auch Absatz 4 kann getrost aufgehoben werden. Die Bestimmung enthält einen richtigen Grundsatz in unzutreffender Formulierung, indem sie den Eindruck erweckt, die in der Halterhaftung wie in jeder Kausalhaftung *eo ipso* mitenthaltene "annexe Haftung für fremdes Verhalten" sei von einem "Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen" abhängig. Dieses Missverständnis kann bei direkter Anwendung von Artikel 51 VE (über die Generalverweisung im neuen Art. 82 SVG) nicht mehr aufkommen[1642].

4.2.35.02 Artikel 59

Diese Bestimmung reduziert sich auf zwei Absätze, welche die bisher in Artikel 58 Absatz 2 und Absatz 3 geregelten Sonderfälle unverändert aufnehmen. Absatz 3, der die "Gefälligkeitsfahrt" als speziellen Reduktionsgrund vorsah, ist bereits durch die Revision 1975 aufgehoben worden[1643], und die Ausnahmeregeln von Absatz 4 werden in den neuen Artikel 60 transferiert, dessen geltender Gehalt sich in generalisierter Form in den Artikeln 53*b* und 53*c* VE wiederfindet.

Absatz 1 kann in der heutigen Fassung aufgehoben werden, weil Artikel 47*a* VE die Frage der Entlastung für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich regelt und im Bereich der Strassenverkehrshaftung keine Besonderheiten der Art bestehen, dass etwa einer der drei klassischen Entlastungsgründe hier nicht zur

---

[1639] Vgl. auch die parallelen Bestimmungen in Art. 40*b* (neu) EBG, Ziff.4.2.36 hienach, und Art. 30*a* (neu) BSG, Ziff. 4.2.41.02 hienach.

[1640] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 344 ff.; zum Problem der Vergiftung durch Abgase speziell: N. 359, S. 156 f.

[1641] BGE 97 II 161 ff. (bes. E.3, S.164 ff. mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte); vgl. neu auch den "Kreiselmäher"-Entscheid: BGE 114 II 376 ff. (378 f.)

[1642] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 130 und N. 150; Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S. 1095.

[1643] Der Gefälligkeit kann indessen nach wie vor und auch im Rahmen von Art. 52 VE durchaus Rechnung getragen werden - der auch in Art. 99 Abs. 2 OR enthaltene allgemeine Grundsatz lässt sich durchaus als ein Element verstehen, das in die "Würdigung aller Umstände" einfliessen darf; vgl auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 579 ff.

Anwendung kommen dürfte[1644]. Der zweite im geltenden Artikel 59 Absatz 1 implizit enthaltene Grundsatz, wonach zusätzliches Verschulden aufseiten des Gefährdungshaftpflichtigen in der Weise zu berücksichtigen ist, dass es unter Umständen eine (einzig unter dem Aspekt der Betriebsgefahr in Betracht gezogene) Entlastung neutralisiert und verhindert, ist allgemein in Artikel 51*a* VE festgehalten und braucht daher hier nicht wiederholt zu werden.

Durch die materielle Aufhebung des Absatzes werden ausserdem zwei Ungereimtheiten beseitigt. Die eine besteht darin, dass im geltenden Recht kumulativ zu den Entlastungsgründen - die man als "positiv negative" Haftungsvoraussetzungen bezeichnen könnte - noch "negativ negative" Erfordernisse insofern bestehen, als die Entlastung durch jegliches - noch so leichte - dem Halter zurechenbare eigene oder fremde Verschulden bzw. durch fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs ohne weiteres ausgeschlossen werden soll. Dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs (soweit sie für die Schädigung mindestens mit-ursächlich ist) zum (typischen) Risiko des Halters gehört, versteht sich von selbst[1645]. Hingegen kann keineswegs zum vorneherein eine Situation ausgeschlossen werden, wo schadenskausales Dritt- oder Selbstverschulden derart eindeutig überwiegt, dass eine Entlastung trotz leichten Verschuldens aufseiten des Halters angenommen werden dürfte.

Die zweite Ungereimtheit liegt in einer exorbitanten Umkehrung der Beweislast, indem hier (kumulativ zur Begründung der Kausalhaftung durch die Betriebsgefahr) das zusätzliche Verschulden vermutet und dem Halter die *probatio diabolica* aufgebürdet wird, dass weder ihn selbst noch eine seiner Hilfspersonen i.w.S. der geringste Vorwurf trifft[1646].

Absatz 1 in der Neufassung enthält die bisher in Artikel 58 Absatz 2 vorgesehene Halterhaftung für "Nichtbetriebs-Verkehrsunfälle". Es handelt sich um eine Kombination von persönlicher (Verschuldens-) Haftung des Halters und einfacher Kausalhaftung für das Verschulden von Hilfspersonen (im Sinne von Art. 51 VE - hier bezogen auf die Verwendung des Fahrzeugs im Verkehr) bzw. für die Existenz eines Mangels am Fahrzeug ("fehlerhafte Beschaffenheit"), welche den Schaden mitverursacht oder verschlimmert haben. Diese Bestimmung ist sozusagen das Negativbild und gleichzeitig die notwendige Ergänzung zu der im schweizerischen Recht auf einem relativ engen - "maschinentechnischen" - Betriebsbegriff aufgebauten Gefährdungshaftung (im Gegensatz zu dem etwa in Österreich und Deutschland gebräuchlichen "verkehrstechnischen" Betriebsbegriff, dem freilich im deutschen Recht eine durch den Befreiungsgrund des 'unabwendbaren Ereignisses' etwas temperierte Kausalhaftung entspricht) .

Die Verfasser des Vorentwurfes gehen davon aus, dass (vor allem zur klaren Abgrenzung der Gefährdungshaftung nach Art. 58 und der aufgrund der Generalklausel allenfalls zu bildenden Analogien) an dieser herkömmlichen schwei-

---

[1644] Praktisch spielt allerdings die "höhere Gewalt" kaum mehr eine Rolle: vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 433 ff.

[1645] Vorstellbar wäre allenfalls ein adäquanzunterbrechendes (entsprechend krasses) Verschulden des Automobilproduzenten oder des Garagisten. Ablehnend mit Hinweisen auf andere Lehrmeinungen: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 370.

[1646] Vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S.1095 und im gleichen Sinne Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 432 und N. 444 ff.

zerischen Konzeption festgehalten werden soll, obschon die Nichtbetriebs-Haftung in der Praxis bisher kaum eine Rolle gespielt hat. An sich hätte man durchaus über eine Streichung der Bestimmung diskutieren können, sei es, indem man den Betriebsbegriff in verkehrstechnischem Sinne erweitert, sei es auch bloss in der Weise, dass man sich bei "nicht-betriebsbedingten" Schadenereignissen damit begnügt hätte, in Fällen von Unternehmenshaftung Artikel 49*a* VE und im übrigen die Verschuldenshaftung nach Artikel 48/48*a* VE Platz greifen zu lassen[1647]. Eine Anspruchskonkurrenz (Art. 53*b* VE) kann sich u.U. auch mit Ansprüchen aus dem Produktehaftpflichtgesetz ergeben, soweit "fehlerhafte Beschaffenheit des Motorfahrzeugs" als Schadens(mit-) ursache zur Diskussion steht.

Der geltende Absatz 2 regelt einen Fall von Teiladäquanz: wenn die Entlastung - d.h. die vollständige Unterbrechung oder Ausschaltung der Betriebsgefahr und allfälliger vom Halter zusätzlich zu vertretender Haftungsgründe - mangels genügender Intensität der Fremdursache nicht gelingt, so ist immer noch die Berücksichtigung dieser mit-adäquaten Fremdursache im Rahmen der Ersatzbemessung (als sog. "Reduktionsgrund") möglich. Die in Kraft stehende Bestimmung nennt in diesem Zusammenhang ausschliesslich das Selbstverschulden. Dass Drittverschulden als Herabsetzungsgrund wegen der Solidaritätsprinzips nicht in Betracht kommt, ist zwar zutreffend, doch darf eine Reduktion wegen mitwirkenden Zufalls (sozusagen "minderhohe" Gewalt) nicht *a priori* ausgeschlossen werden. Artikel 52 VE, der die generellen Kriterien für die Ersatzbemessung enthält und die in Artikel 59 Absatz 2 enthaltene Regel - über die Globalverweisung in Artikel 82 (neu) SVG - überflüssig werden lässt, eröffnet diese Möglichkeit.

Absatz 2 in neuer Formulierung übernimmt die bisher in Artikel 58 Absatz 3 normierte Haftung des Halters für Schäden hilfeleistender Drittpersonen. Die Bestimmung erfordert nicht nur keine Änderung, sondern hätte gar als allgemeiner Grundsatz in den Allgemeinen Teil integriert werden können. Darauf wurde vor allem aus der Überlegung verzichtet, dass man durch Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR) zu vergleichbaren Ergebnissen kommt. Allerdings liesse sich dieses Argument auch zugunsten einer Streichung des geltenden Artikels 58 Absatz 3 SVG umkehren; von einem solchen Vorschlag wird wiederum in Befolgung des Prinzips abgesehen, die Änderungen am geltenden Recht auf das notwendige Minimum zu beschränken.

Formell aufgehoben wird endlich Absatz 4, dessen materieller Gehalt im freiwerdenden Artikel 60 untergebracht wird.

4.2.35.03 Artikel 60

In ihrer geltenden Fassung hat die Bestimmung als Vorbild für die Artikel 53*b* und 53*c* VE (Haftungskonkurrenz, Solidarität und Regress) gedient. Über die Generalverweisung von Artikel 82 (neu) finden diese neu verallgemeinerten

---

[1647] Dazu Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S. 1095. Vgl. auch die Kritik der Bestimmung in Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 379 ff.

Regeln auch im Bereich des SVG Anwendung, so dass sie hier gestrichen werden können.

Neu ist an diesen generellen Normen, dass mit dem Übergewicht, welches dem Zurechnungsgrund des Verschuldens bei der Schadensaufteilung zwischen mehreren Haftpflichtigen zuerkannt worden ist - bis 1975 *contra legem* durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung[1648], seit der Revision von 1975 dann auch von Gesetzes wegen -, nun definitiv aufgeräumt werden soll (vgl. vorne Ziff. 2.6.4.4). Die weite und neutrale Fassung von Artikel 53*c* Absatz 1 VE würde es dem Richter auch ermöglichen, die Idee des bei der Revision von 1975 gestrichenen Absatzes 3 des ursprünglichen Artikel 60 SVG wieder aufzunehmen, der unter Umständen auch die völlige Entlastung einer "nur für Verschulden" mithaftenden Person zuliess[1649].

Der somit "freigewordene" Artikel wird neu besetzt durch die gegenwärtig in Artikel 59 Absatz 4 enthaltenen Ausnahmevorschriften für Sachschäden. In der geltenden Formulierung wird dafür das Obligationenrecht anwendbar erklärt. Aus spezialgesetzlicher Sicht erscheint es indessen logischer, eine negative Formulierung zu wählen, die im Bezug auf diese Schäden den Anwendungsbereich des SVG einschränkt und klarstellt, dass in den Fällen der lit. a und b "dieses Gesetz (eben das SVG) keine Anwendung findet." Im Ergebnis kommt damit auch das OR zum Zug, und zwar neu mit den Regeln des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die gemäss Artikel 42 VE auch im vertraglichen Kontext massgebend sind. In der Tat handelt es sich hier regelmässig um klassische Fälle von "positiver Vertragsverletzung"; gegebenenfalls können aber für bestimmte Vertragsverhältnisse auch spezielle Bestimmungen Platz greifen (z.B. im Falle von Artikel 447 OR beim Frachtvertrag).

Absatz 1 in der neuen Fassung enthält die im geltenden Artikel 59 Absatz 4 enthaltenen Bestimmungen:

Buchstabe a betrifft das Verhältnis zwischen dem Halter und einem allfällig davon verschiedenen Eigentümer des Fahrzeugs für Schäden an demselben (es kann sich insbesondere um - längerdauernde - Miet- oder Leihverhältnisse handeln). Die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts, d.h. nach Artikel 41 oder 97 OR (im neuen Recht allerdings einheitlich nach Art. 48 evtl. 49*a* VE), allenfalls nach den besonderen Bestimmungen des entsprechenden Vertragtypus'. Die Überlegung ist offenbar eine ähnliche wie bei der Beschränkung in Artikel 1 Absatz 2 PrHG: nur Schäden, die durch das Fahrzeug (bzw. das Produkt) entstehen, nicht solche am schädigenden Objekt selber, sollen durch die spezielle Kausalhaftung erfasst werden; diese Erwägung überzeugt im Bereich einer Gefährdungshaftung sogar noch besser, als dort, wo im Mangel immerhin noch ein (objektivierter) Vorwurf mitschwingt.

Buchstabe b betrifft die mit dem Fahrzeug beförderten Gegenstände, für welche ebenfalls kein Grund besteht, von den allgemeinen Haftungsbestimmungen

---

[1648] Leading-case dieser "reaktionären" Rechtsprechung war der Entscheid BGE 99 II 93 ff., in welchem das Bundesgericht seinen Kritikern mit Argumenten entgegentrat, die den Pradigmenwechsel von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung im Strassenverkehrsrecht schlicht und einfach ignorierten. Zur diesem Aspekt der Revision von 1975, vgl. auch Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, in: SJZ 1975, S. 215 f.

[1649] Vgl. dazu Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 269 ff.

des Obligationenrechts abzuweichen; die Ausnahme von der Ausnahme - in dem Sinne, dass hier die Haftung gemäss SVG zum Tragen kommt - bilden die von Fahrzeuginsassen mitgeführten Sachen. Dabei braucht hier das Reisegepäck als Beispiel nicht mehr speziell erwähnt zu werden, weil es primär im Rahmen des öffentlichen Transportrechts eine Rolle spielt, dem der Vorbehalt im folgenden Absatz 2 gilt.

Im neuen Absatz 2 steht nun der Vorbehalt des öffentlichen Transportrechts, der 1985 mit einer ausdrücklichen Verweisung auf das Transportgesetz eingefügt wurde.

4.2.35.04 Artikel 61

Artikel 53*a* VE (Haftungskollision) ist aus dem Absatz 1 dieser Vorschrift generalisiert worden und strahlt ebenfalls über die Verweisung von Artikel 82 (neu) SVG auf dieses zurück. Die Bestimmung wird insofern hier überflüssig.

Gewollt ist dabei - wie im Verhältnis von Artikel 53*c* VE zu Artikel 60 SVG - eine offenere Regel, welche die bei der Schadenszuteilung zu berücksichtigenden Umstände nicht *a priori* unterschiedlich gewichtet und insbesondere auch dem Verschulden gegenüber der Betriebsgefahr als massgebendem Anknüpfungselement keine irgendwie geartete Prävalenz einräumt. Gewollt ist ferner der Verzicht auf die Sonderbehandlung des Sachschadens in Absatz 2. Die Begründung, wonach unter Haltern die Betriebsgefahren wettgeschlagen werden sollen, vermag nicht zu überzeugen[1650]; wie gegenüber Dritten (die ja im Falle einer Kollision auch eine Betriebsgefahr zu vertreten haben können) sollen im Sinne von Artikel 53*a* VE sämtliche Verursachungselemente mit dem ihnen im konkreten Fall je zukommenden Gewicht in die Waagschale gelegt werden können. Die an sich der inneren Logik der Strassenverkehrshaftung als einer Gefährdungshaftung entsprechende Gleichbehandlung von Haltern und Dritten hatte sich in anderem Zusammenhange (Entlastung wegen Drittverschuldens) schon früher durchgesetzt[1651]; sie soll nun durchgängig verwirklicht werden.

Absatz 3 entspricht aus solcher Perspektive ebenfalls einer Selbstverständlichkeit, nämlich derjenigen, dass Artikel 53*b* Absatz 1 VE auch zwischen Haltern - d.h. im Verhältnis mehrerer Halter als Schädiger zu einem Halter als Geschädigtem - Anwendung findet.

4.2.35.05 Artikel 62

In Absatz 1 enthält die Bestimmung im geltenden Recht eine Verweisung auf das Obligationenrecht, die aber auf die Modalitäten der Ersatzleistung und die Voraussetzungen der Genugtuung beschränkt ist. An ihre Stelle soll eine umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts treten, die

---

[1650] Zur Kritik an Art. 61 Abs. 2 SVG vgl. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 294 f.; Merz H., Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für die Jurist. Praxis 1974, Bern 1975, S. 101 ff. (108 f.).

[1651] Mit dem Entscheid 95 II 344 ff. (E.6, S. 350 f.) hatte das Bundesgericht bereits 1969 seine frühere Praxis aufgegeben, wonach der Halter eines anderen Fahrzeugs unter dem Gesichtspunkt von Art. 59 Abs. 1 SVG nicht als "Dritter" betrachtet werden konnte.

aber systematisch korrekt im letzten (5.) Abschnitt des IV. Titels, den "Gemeinsamen Bestimmungen" unterzubringen ist (Art. 82 in der neuen Fassung, hinten Ziff. 4.2.35.14) . Die Vorschrift ist deshalb hier aufzuheben.

Absatz 2 entfällt als überflüssig; die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Schadenersatzbemessung - und zwar sowohl auf Schädiger- wie auf Geschädigtenseite - ist in Artikel 52 Absatz 2 VE generell, wenn auch ausdrücklich als Ausnahme, vorgesehen und über die Globalverweisung des neuen Artikel 82 auch im Bereich des SVG anwendbar.

Absatz 3 ist ebenfalls zu streichen. Die Regel, wonach Leistungen einer von der haftpflichtigen Person mitfinanzierten Versicherung zugunsten der geschädigten Person proportional zu dem von der ersteren aufgebrachten Prämienanteil an deren Ersatzpflicht anzurechnen sind, ist in Artikel 54*i* VE generalisiert worden und wirkt über die Globalverweisung (Art. 82) ins SVG zurück.

> Artikel 63 kann unverändert stehen bleiben. Er legt das Prinzip der Versicherungspflicht, die persönliche Reichweite der Deckung sowie die zulässigen Ausschlüsse fest; letztere sind erst kürzlich im Sinne einer Anpassung an das EU-Recht dahingehend revidiert worden, dass nunmehr auch Ansprüche des Halters gegen Personen, für die er nach Artikel 58 Absatz 4 (neu: Art. 51 VE) einzustehen hat - wie insbesondere gegen den Lenker des Fahrzeugs -, von der obligatorischen Haftpflichtversicherung mitgedeckt werden, soweit es sich um Personenschaden handelt; der Ausschluss ist m.a.W. nur noch zulässig für Ansprüche des Halters aus Sachschäden gegen seine eigenen Hilfspersonen[1652].

4.2.35.06 Artikel 64

Die Delegationsbestimmung, die den Bundesrat beauftragt, die Mindestdekkung festzulegen, kann aufgehoben werden; diese Kompetenz ergibt sich allgemein für bundesrechtlich angeordnete Versicherungs-obligatorien bereits aus Artikel 54*g* VE (vorne Ziff. 2.7.4.4.1), der über die Globalverweisung von Artikel 82 (neu) im SVG Anwendung findet.

4.2.35.07 Artikel 65

Das Prinzip des direkten Forderungsrechts, welches in Absatz 1 niedergelegt ist, wird im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts - Artikel 54*c* VE - generell festgehalten; es gilt auch für den Bereich des SVG. Das neue Recht sieht die "action directe" des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer auch da vor, wo es sich um freiwillig abgeschlossene Versicherungen handelt, diesfalls allerdings unter dem Vorbehalt allfälliger Einreden, die sich aus dem konkreten Versicherungsvertrag oder aus dem Versicherungsvertragsgesetz ergeben können (vgl. vorne Ziff. 2.7.4.2.1). Wo dagegen - wie im Strassenverkehr - ein Versicherungsobligatorium besteht, können solche Einreden dem Geschädigten nicht entgegengehalten werden; auch dieser Grundsatz - wie er jetzt in Ab-

---

[1652] Neue Fassung von Art. 63 Abs. 3 Bst. a SVG gemäss Bundesgesetz vom 23. Juni 1995 (AS 1995, S. 5462), in Kraft seit 1. Januar 1996; vgl. dazu die Botschaft in BBl 1995 I 49 ff. Im Rahmen dieser Revision wurde auch Art. 63 Abs. 2 SVG geändert, um die räumliche Mindestdeckung der obligatorischen Motorfahrzeugversicherung klar festzulegen. Weitere Änderungen betreffen die Art. 74, 76, 76*a* und 79 SVG, die von der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts nicht berührt werden.

satz 2 von Artikel 65 SVG ausgesprochen ist - wird im Allgemeinen Teil für alle Bereiche statuiert, in denen die potentiell haftpflichtigen Personen einer Versicherungspflicht unterliegen (Art. 54*h* Abs. 1 VE; vgl. vorne Ziff. 2.7.4.4.2). - Das in Absatz 3 vorgesehene Rückgriffsrecht des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person schliesslich ist ein Anwendungsfall von Artikel 54*h* Absatz 2 VE, der diesen Regress ebenfalls für alle Fälle von obligatorischer Haftpflichtversicherung einheitlich regelt.

Damit wird die Bestimmung als ganzes überflüssig und kann gestrichen werden.

4.2.35.08 Artikel 66

Diese Vorschrift enthält Regeln für den Fall, wo im Rahmen eines Versicherungsobligatoriums die vorhandene Deckung zur Befriedigung aller Ansprüche einer Mehrzahl von geschädigten Personen nicht ausreicht. Auch diese Regeln sind in den Allgemeinen Teil übernommen und generalisiert worden. Dies gilt zunächst für die Absätze 1 und 2, welche das Prinzip der proportionalen Ermässigung der einzelnen Ansprüche sowie das Verfahren zur Ermittlung des Kreises der Berechtigten festlegen; ihnen entsprechen die drei Absätze von Artikel 54*d* VE (vorne Ziff. 2.7.4.2.2).

Die Konsequenz des soeben genannten Verfahrens ist, dass Geschädigte, die ihren Anspruch nicht fristgemäss angemeldet haben, diesen nicht mehr geltend machen können, soweit der Versicherer gutgläubig - also in entschuldbarer Unkenntnis dieser Ansprüche - seine Leistungen erbracht und damit die Versicherungssumme ausgeschöpft hat. Diese Regel - bisher Absatz 3 von Artikel 66 SVG - ist neu in Artikel 54*e* VE enthalten.

Damit kann auch diese Bestimmung gesamthaft aufgehoben werden.

4.2.35.08bis Artikel 67 und 68

> Die Artikel 67 und 68 enthalten Vorschriften über die Auswirkungen des Halterwechsels auf die Versicherung sowie über die Suspendierung und Beendigung derselben; sie sind speziell auf die Praxis der obligatorischen Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugeschnitten und daher unverändert beizubehalten.

Dasselbe gilt für

4.2.35.09 Artikel 69

betreffend die Anwendung der Motorfahrzeug-Haftpflicht und der entsprechenden Versicherung auf Anhänger und geschleppte Fahrzeuge. Einer rein systematisch bedingten Korrektur bedarf in Absatz 3 lediglich der Verweis auf den - aufgehobenen - Artikel 64.

Ferner ist die Formulierung von Absatz 4 Satz 2 an diejenige des neuen Artikel 60 anzupassen: es geht um eine Einschränkung des Geltungsbereichs des SVG.

4.2.35.10 Artikel 70

In dieser Bestimmung, welche die Haftung und Versicherungspflicht der Radfahrer betrifft, können die Absätze 3 und 7 gestrichen werden. Absatz 3 entspricht dem aufzuhebenden Artikel 64, während Absatz 7 auf die ebenfalls entfallenden Artikel 65 und 66 verweist.

4.2.35.10bis Artikel 71

Artikel 71 regelt die Haftung des Motorfahrzeugunternehmers, insbesondere des Garagisten; es handelt sich um eine typische Sondervorschrift für den SVG-Bereich, die unverändert beizubehalten ist.

Ebenso verhält es sich unter materiellen Gesichtspunkten mit der Sondervorschrift für Rennen:

4.2.35.11 Artikel 72

Einzig in Absatz 4 ist der letzte Satz mit der Verweisung auf die nicht mehr bestehenden Artikel 65 und 66 SVG aufzuheben.

4.2.35.11bis Artikel 73

Auf Artikel 73 könnte insoweit an sich verzichtet werden, als er für das Gebiet des Strassenverkehrs den allgemeinen Grundsatz von Artikel 43 VE wiederholt, wonach die Gemeinwesen aller Stufen grundsätzlich (und nach Art. 43*a* Abs. 2 VE namentlich im Bereich der Gefährdungshaftungen) den zivilrechtlichen Haftungsregeln unterstehen (vorne Ziff. 2.2.3). Seine Beibehaltung rechtfertigt sich indessen wegen der Ausnahmen von der Versicherungspflicht, die er statuiert.

4.2.35.11ter Artikel 74

Keine Änderung erfährt die 1995 revidierte Bestimmung des Artikel 74 über ausländische Fahrzeuge.

4.2.35.11quater Artikel 75

Dagegen könnte man sich beim 1975 geänderten Artikel 75 über Strolchenfahrten die Frage stellen, ob Absatz 2 (Rückgriff) neben den allgemeinen Regeln von Artikel 53*c* und 54*f* VE noch nötig sei. Aus Kohärenzgründen optieren die Verfasser des Vorentwurfs für die Beibehaltung.

4.2.35.11quinquies Artikel 76 und 76a

Beizubehalten sind ferner die Artikel 76 und 76*a* in der neuen Fassung von 1995[1653].

[1653] Vgl. Anm. 1652 hievor.

4.2.35.11sexies Artikel 77

Artikel 77 enthält Regeln über die Haftung der Kantone und des Bundes bei Schäden, die durch Motorfahrzeuge oder Fahrräder verursacht werden, welche trotz fehlender Versicherung mit entsprechenden Kontrollschildern ausgerüstet sind. Es handelt sich dabei um eine von den besonderen Gegebenheiten des SVG geprägte Bestimmung, die beizubehalten ist. Zwar liesse sie sich im Grundsatz allenfalls auch aus den Staatshaftungsbestimmungen der Eidgenossenschaft wie auch der meisten Kantone ableiten; immerhin liegt die Eigenart der Vorschrift darin, dass sie - ähnlich wie etwa im Registerrecht - bundesrechtlich eine (Staats-) Haftung der mit dem Vollzug beauftragten Kantone statuiert.

(*Pro memoria*: Art. 78 über die Unfallversicherung der Motorradfahrer wurde durch das neue UVG von 1981 aufgehoben[1654].)

4.2.35.11septies Artikel 79

Beizubehalten ist auch die Reziprozitätsregel in Artikel 79, nachdem sie bei der jüngsten Revision von 1995 zwar abgeschwächt wurde (nur noch "Gleichbehandlung" statt "Gleichwertigkeit"), aber - entgegen Anregungen aus der Doktrin[1655] - nicht ganz aufgegeben worden ist.

4.2.35.12 Artikel 80

Diese Bestimmung stammt aus der UVG-Revision von 1981[1656] und regelt das Verhältnis zwischen den konkurrierenden Ansprüchen eines Geschädigten aus dem SVG gegen den Haftpflichtigen und dessen Versicherer einerseits sowie gegenüber dem Träger der obligatorischen Unfallversicherung anderseits. Sie wird sich erübrigen, wenn das Verhältnis zwischen Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht in dem Sinne generell geklärt wird, wie es der Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung (ATSG; vorne Ziff. 2.7.1 bei Anm. 874 und 877) vorsieht. Besondere Bestimmungen in einzelnen Haftpflichtgesetzen sollten damit überflüssig werden. Im übrigen soll das hier ebenfalls erwähnte Haftungsprivileg aus Artikel 44 UVG ohnehin aufgehoben bzw. durch ein blosses Regressprivileg ersetzt werden (vorne Ziff. 1.2.2.3.2 a.E. bei Anm. I/210 und Ziff. 2.7.3.3.1 bei Anm.I/923, sowie hinten Ziff. 4.2.50).

4.2.35.13 Artikel 81

Bei der jüngsten Revision des Militärversicherungsgesetzes[1657] ist diese Sonderbestimmung, die das militärversicherte Opfer eines Strassenverkehrsunfalls schlechter stellt als andere aus dem SVG Ersatzberechtigte, lediglich redaktionell angepasst worden. Die Studienkommission hatte im Einklang mit einem Postulat Gautier[1658] die Streichung dieser Bestimmung vorgeschlagen[1659]. Die Verfasser des Vorentwurfes schliessen sich dieser Auffassung an.

1654 Unfallversicherungsgesetz (UVG; SR 832.20) vom 20. März 1981.

1655 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N. 1 ad Art. 79 LCR; Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 32 a.A., S. 1097.

1656 Vgl. vorstehend Anm. 1654.

1657 MVG/SR 833.1 Fassung vom 19. Juni 1992.

1658 N 88.738 vom 15. Dezember 1988.

4.2.35.14 Artikel 82

Gegenwärtig beantwortet die Bestimmung (im Swisslex-Wortlaut von 1993[1660]) die Frage, welche Versicherungsunternehmen als Haftpflichtversicherer nach SVG zugelassen sind, und behält die Anerkennung ausländischer Versicherungen vor. Sie wird durch die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts materiell nicht berührt (vgl. hinten Ziff. 4.2.35.19 zu Art. 88).

Hingegen empfiehlt es sich aus systematischen Gründen, die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts in die erste Bestimmung des 5. Abschnitts ("Gemeinsame Bestimmungen") einzubauen. Sie gilt für alle Fragen, die im SVG selber nicht durch ausdrückliche Bestimmung eine Sonderregelung erfahren haben (vgl. die parallele Formel z.B. in Art. 3 Abs. 7 KGH, vorne Ziff. 4.2.33.01 und Art. 27 Abs. 2 EleG, vorne Ziff. 4.2.34.01).

4.2.35.15 Artikel 83

Die - mindestens hinsichtlich der zweijährigen relativen Frist - singuläre Verjährungsbestimmung des SVG kann aufgehoben werden. Über die Globalverweisung des neuformulierten Artikel 82 werden die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils (Art. 55 - 55*c* VE) anwendbar erklärt; Gründe für eine Sonderregelung im Bereich des SVG sind nicht ersichtlich. Absatz 3 von Artikel 83 SVG hat im übrigen der Bestimmung von Artikel 55*c* Absatz 1 VE über die Verjährung des Regressanspruchs Pate gestanden[1661].

4.2.35.16 Artikel 84

Diese Gerichtsstandsbestimmung wird in jedem Falle überflüssig. Entweder gilt für den SVG-Bereich (hier über die neuformulierte Globalverweisung von Art. 82) - wie überall sonst - die im Allgemeinen Teil vorgeschlagene, im übrigen direkt von Artikel 84 SVG inspirierte[1662] Regel von Artikel 56 VE (grundsätzlich Gerichtsstand des Unfallortes mit der Möglichkeit, bei Zustimmung aller Beteiligten einen andern Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz einer der beteiligten Personen oder Versicherungsunternehmen zu bestimmen); oder sie wird aufgehoben und ersetzt durch eine entsprechende Regel des in Vorbereitung befindlichen Gerichtsstandsgesetzes[1663].

(*Pro memoria*: Bereits durch das neue IPR-Gesetz aufgehoben wurde Art. 85 SVG).

1659 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.5 und These 62-8.

1660 AS 1993 IV 3330 f.

1661 Dazu vgl. vorne Ziff. 2.8.7.

1662 Vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 34, S. 1097.

1663 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Verfassungsentwurf 1996, BBl 1997 I 516 f., Ziff. 231.62, FN 85. Vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998, BBl 1999 II 2829, insb. Art. 27 (insb. S. 2865 f. und 2884); die Streichung des Art. 84 SVG wird vorgeschlagen (S. 2892).

4.2.35.17 Artikel 86

Auch hier handelt es sich um eine Vorschrift, deren Bestimmung sich darin erfüllt hat, einer generellen Regel im Allgemeinen Teil (Art. 56*c* Abs. 1 VE) als Vorbild zu dienen und sich dadurch selbst überflüssig zu machen: die freie Beweiswürdigung soll - wenn schon aus Gründen der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung nicht für das gesamte Privatrecht[1664] - mindestens für das ganze Haftpflichtrecht gelten.

4.2.35.18 Artikel 87

Die Bestimmung befasst sich in zwei Absätzen mit zwei Phänomenen vertraglicher Eingriffe in das Schadenersatzrecht, die im neuen Allgemeinen Teil für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich geregelt werden sollen. Sie kann deshalb gestrichen werden.

In Absatz 1 werden Freizeichnungs- oder haftungsbeschränkende Vereinbarungen nichtig erklärt. Dieses Problem ist generell in Artikel 57 VE geregelt, der über die Generalverweisung von Artikel 62 (neu: Art. 82) auch im SVG-Bereich anwendbar ist.

Absatz 2 sieht die Anfechtbarkeit offensichtlich unzulänglicher Vergleiche vor. Dem entspricht Artikel 58 VE, allerdings mit dem Unterschied, dass die Anfechtungsfrist nicht mit dem Abschluss der Vereinbarung, sondern - in Anlehnung an Artikel 31 Absatz 2 OR - mit der Erkennbarkeit der Unzulänglichkeit bzw. des Irrtums zu laufen beginnt[1665].

4.2.35.19 Artikel 88

Diese SVG-Bestimmung über das Quotenvorrecht des Geschädigten hat Artikel 54*b* VE zu Gevatter gestanden. Über die Globalverweisung von Artikel 82 SVG in der neuen Fassung gilt die allgemeine Regel auch im Strassenverkehrs-Haftpflichtrecht, so dass die geltende Spezialnorm aufgehoben werden kann.

Neu kann das freiwerdende Gefäss des Artikel 88 die bisher in Artikel 82 enthaltene Regel über die Versicherer aufnehmen.

> Die Delegationsnormen der Absätze 1 und 2 von Artikel 89, auf denen insbesondere die Vorschriften der Verkehrversicherungsverordnung (VVV)[1666] beruhen, bleiben unverändert. Ebenso Absatz 3 betreffend die Anfechtbarkeit kantonaler Verfügungen.

[1664] Vgl.Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2 und These 512-5.

[1665] Vgl. vorne Ziff. 2.10.3.

[1666] SR 741.31.

4.2.36 Eisenbahngesetz (EBG)

Vierter Abschnitt[bis] und Artikel 40*b* (neu)

Wie in zahlreichen anderen verwaltungsrechtlichen Erlassen über Transportmittel (vgl. SVG Art. 58 ff.), Energien (vgl. EleG Art. 27 ff.), gefährliche Stoffe (vgl. Art. 27 SprstG) oder neustens auch über umweltgefährdende Aktivitäten (Art. 59*a* USG) kann die Haftpflichtbestimmung für den Eisenbahnbetrieb in das einschlägige Bundesgesetz eingefügt werden. Hiefür bietet sich systematisch ein Platz zwischen dem 4. Abschnitt (Planung, Bau und Betrieb) und dem 5. Abschnitt (Besondere Leistungen für öffentliche Verwaltungen) an. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb vor, in einem neuen Vierten Abschnitt[bis] mit dem Titel "Haftung" eine einzige Bestimmung - nach dem Modell von Artikel 27 SprstG - einzufügen. Dabei ist der in der Bahnreform vorgesehenen Trennung der Bereiche Verkehr und Infrastruktur Rechnung zu tragen, welche sich auch haftungsmässig auswirken wird[1667]. Die neue Bestimmung gliedert sich somit in vier Absätze: Haftungsgrundsatz (Abs. 1), Bestimmung des Haftungssubjekts beim Auseinanderfallen der Betreiber von Verkehr und Infrastruktur (Abs. 2), Vorbehalt für besondere Bestimmungen des Transportrechts (Abs. 3; nachfolgend Ziff. 4.2.37) und die generelle Verweisung auf den Allgemeinen Teil im OR (Abs. 4).

Absatz 1 formuliert den Haftungsgrundsatz so, wie er generell - in Anlehnung an die Formulierungen in der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) - auch für die übrigen bestehenden Gefährdungshaftungstatbestände übernommen werden soll.

Bezeichnet wird danach in konkretisierter, auf den Bahnbetrieb zugeschnittener Form die typische Gefahrenquelle, die erfasst werden soll, und es wird präzisiert, dass die Kausalhaftung (nur) für jene Schäden zur Anwendung kommt, die sich als Verwirklichung des mit diesen Tätigkeiten verbundenen charakteristischen Risikos, d.h. der spezifischen Betriebsgefahr, darstellen (dazu vorne Ziff. 2.4.4.3). Das ist - zumindest im Vergleich zur bisher herrschenden Auslegung des EHG - eine Neuorientierung, indem die Betriebsgefahr in der bundesgerichtlichen Praxis - obschon sie unzweifelhaft den Anknüpfungstatbestand bildet, der (allein) die verschuldensunabhängige Haftung rechtfertigt - nicht als zwingende Voraussetzung der Bahnhaftung betrachtet wurde[1668]. Ob nun zu dieser Betriebsgefahr auch künftig (wie jetzt nach Art. 1 EHG) der nicht mehr explizit erwähnte "Eisenbahnbau" gehören soll[1669], wird die Rechtsprechung zu entscheiden haben. Sicher hat diese Erweiterung des Anwendungsbereichs, die ursprünglich vor allem dem Schutze der Bahnarbeiter diente, im Zeitalter der allgemeinen obligatorischen Unfallversicherung nicht mehr dieselbe Bedeutung. Es scheint anderseits nicht undenkbar, dass man aufgrund der Generalklausel von Artikel 50 VE dazu kommen könnte, die Bautätigkeit als solche einer (Bau-) Gefährdungshaftung zu unterstellen, was sich gerade bei besonders anspruchsvollen Bauten - wie es Bahnstrecken häufig sind - und vor allem

---

[1667] Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBl 1997 I 909 ff. (Ziff. 123.43, S. 926). Vgl. jetzt auch RO/AS 1998, 2835 ff.

[1668] Dazu ausführlich: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 27, N. 90 ff.; ebenso Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 224 f.

[1669] Die geltende Regelung wird etwa kritisiert von Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 226.

bei Unfällen, denen aussenstehende Personen zum Opfer fallen, durchaus rechtfertigen liesse[1670].

Der sachliche Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung nach Bahngesetz wird indessen in einer weiteren Richtung geändert bzw. ausgedehnt. Einerseits fallen darunter nicht mehr die (konzessionierten) Schiffahrtsunternehmungen; sie sollen neu durch eine entsprechende Bestimmung des Binnenschifffahrtsgesetzes (hinten Ziff. 4.2.41) erfasst werden. Anderseits soll die Bahn-Gefährdungshaftung künftig nicht bloss für Bahnen gelten, die auf Schienen rollen, sondern grundsätzlich für alle Bahnen und zwar unabhängig davon, ob sie konzessionspflichtig sind oder nicht. Das betrifft namentlich Seilbahnen und Skilifte im Sinne der einschlägigen Verordnungen. Zwar fallen solche Transportmittel gerade nicht unter die Definition von Artikel 1 EBG, doch stützen sich beispielsweise die geltenden Seilbahnverordnungen[1671] schon jetzt auch auf Artikel 97 EBG, der den Bundesrat zum Erlass der Ausführungsvorschriften ermächtigt. Es scheint tunlich, diese ausdrückliche Unterstellung hier vorzunehmen, und sie nicht einer entsprechenden Anwendung der Generalklausel von Artikel 50 VE zu überlassen, weil mindestens die konzessionierten Transportanlagen schon bisher gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 PBG[1672] (vormals Art. 3 Abs. 2 PVG; vgl. Art. 24 EHG) dem EHG unterstellt waren. Hingegen wäre es sachfremd, das Haftungsregime weiterhin von der Konzessionspflicht abhängig zu machen[1673].

Absatz 2 übernimmt aus der Bahnreform den neuen Artikel 25 EHG. Nach dieser Bestimmung wird für eigentliche Betriebs-(Verkehrs)unfälle - bei denen die transportierende Unternehmung nicht mit derjenigen identisch ist, welche die Infrastruktur zur Verfügung stellt (Netzzugang) - die Haftung auf die Unternehmung kanalisiert, welche die Beförderungsleistung erbringt[1674]. Aus systematischen Gründen werden die beiden Absätze des Artikel 25 EHG in einen einzigen zusammengefasst; der Rückgriffsvorbehalt wird als zweiter Halbsatz eingefügt.

Als Variante hätte man sich zugunsten der geschädigten Personen allerdings auch eine solidarische Haftung beider beteiligten Unternehmen vorstellen können, ähnlich wie sie in Artikel 3 Absatz 4 KHG (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.33) im Verhältnis von Inhaber und Eigentümer einer Kernanlage vorgesehen ist.

Absatz 3 enthält den Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Transportrechts, für das im übrigen - soweit internationales Recht hineinspielt - auch der allgemeine Vorbehalt von Artikel 44 VE gilt. Anvisiert sind namentlich die

---

1670 Zur Unterstellung der Bautätigkeit allgemein: Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), § 13, p. 309, unter ausdrücklicher Erwähnung von Art. 1 EHG.

1671 Seilbahnverordnung (SR 743.12) und Verordnung über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte (SR 743.21); vgl. auch das Konkordat über die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte (SR 743.22).

1672 BG über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung vom 18. Juni 1993 (SR 744.10).

1673 Vgl. namentlich Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 27, N. 21 FN 47.

1674 Vgl. vorne Anm. 1667. Für Bahn-Bauunfälle müsste - soweit sie überhaupt noch erfasst werden - in erster Linie die Infrastrukturunternehmung geradestehen (vgl. vorne zu Abs. 1 bei Anm. 1669); dazu auch: Gauch P., a.a.O. (Anm. 1592), S. 8 bei FN 48.

Artikel 19 (Handgepäck), 23 (Reisegepäck) und 39 (Gütertransport) TG. Ein effektiver Vorbehalt ist freilich nur im Bezug auf Sachschäden erforderlich, die anders als durch Verwirklichung der charakteristischen Betriebsgefahr verursacht werden. Personenschäden werden vom Transportgesetz nicht erfasst und reine Vermögensschäden sind gemäss Artikel 45 Absatz 3 VE im Bereich der Gefährdungshaftungen ohnehin nicht ersatzfähig. (Näheres zum Transportgesetz [TG] hinten Ziff. 4.2.37).

Absatz 4 statuiert die generelle Verweisung auf die Bestimmungen des Obligationenrechts, die den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts bilden (Art. 41 - 58 OR); die Formulierung entspricht derjenigen, die bereits bei den verschiedenen Vorschriften über die Haftung der Kantone im ZGB und OR (vorstehend Ziff. 4.2.15 und 4.2.011) verwendet worden ist.

4.2.37 Transportgesetz (TG)

Das Transportgesetz bezieht sich auf den Transport von Personen, Gepäck und Gütern durch Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs, wie sie insbesondere Eisenbahn-, Seilbahn- und Skilift-, aber auch Schifffahrtsunternehmungen (nachfolgend Ziff. 4.2.41) regelmässig darstellen. Bezüglich des Personentransports regelt das TG indessen lediglich die Haftung der Unternehmung für Verspätungsschäden (Art. 17 TG); für eigentlichen Personenschaden (Tötung und Körperverletzung) gilt die Verweisung von Artikel 5 PBG auf das EHG und das SVG. Inkompatibilitäten oder Doppelspurigkeiten mit dem neuen Haftpflichtrecht ergeben sich deshalb vor allem bei den Bestimmungen über den Sachschaden.

4.2.37.01 Artikel 19

Absatz 2 bekräftigt für das Handgepäck die Regelung von Artikel 11 EHG, die einen der Hauptgründe für dessen Revision bzw. Aufhebung darstellt (vorne Ziff. 4.2.16). Die Regel muss daher ebenfalls aufgehoben werden. Bestand könnte allenfalls (wie vorstehend in Ziff. 4.2.36 betr. Art. 40*b* Abs. 2 EBG angedeutet) der erste Satz (Verschuldenshaftung der Unternehmung) für Schäden am Handgepäck haben, die nicht auf die Realisierung der charakteristischen Betriebsgefahr zurückgehen; es ist aber nicht einzusehen, weshalb hier die Haftung des Transportunternehmens gegenüber anderen Unternehmungen privilegiert werden sollte, die der Haftung für Hilfspersonen nach Artikel 49*a* VE unterliegen und sich nur durch den Nachweis richtiger Betriebsorganisation befreien können.

Ein kaum zu begründendes Privileg schafft auch Absatz 3 hinsichtlich der Haftung des Fahrgastes gegenüber der Unternehmung: diesem wird eine Art Kausalhaftung auferlegt, von der er sich nur durch einen mehr oder weniger klassischen Entlastungsbeweis befreien können soll; entlastend wirken wie üblich (genügend intensives) Selbstverschulden der betroffenen Unternehmung oder Verschulden eines Dritten sowie das dem deutschen Recht abgeschaute "unabwendbare Ereignis", eine Art leicht verdünnter höherer Gewalt. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes sind auf Fahrgäste im öffentlichen Verkehr dieselben Regeln anzuwenden wie auf gewöhnliche Sterbliche, d.h. im Regelfall die Verschuldenshaftung gemäss Artikel 48/48*a* VE mit normaler

(nach Art. 56*c*/56*d* VE flexibilisierter) Beweislastverteilung. Die Bestimmung des geltenden Absatz 3 von Artikel 19 TG ist daher ebenfalls aufzuheben.

4.2.37.02 Artikel 23

Absatz 2 dieser Bestimmung sieht eine "Befreiung" der Unternehmung von ihrer Haftung für Reisegepäck vor, die durch Nachweis eines Selbstverschuldens der geschädigten Person oder eines "unabwendbaren Ereignisses" - diesmal aus der Sicht der Transportunternehmung - erreicht werden kann. Diese Bestimmung ist überflüssig, soweit sie lediglich die Grundregel von Artikel 47*a* VE über die Entlastung - und dies erst noch unvollständig - wiederholt; sie ist anderseits problematisch, soweit sie mit dem Begriff des "unabwendbaren Ereignisses" von dieser Grundregel abweicht. Das führt zu ihrer Aufhebung.

> Absatz 3 enthält zwar auch eine relativ umständliche Ordnung mit einer Kausalitätsvermutung zuungunsten der Transportunternehmung, die jedoch in gewissen, durch Verordnung bestimmten[1675] Fällen, wieder umgestossen wird. Da es sich hier aber um eine typisch transportrechtliche, eventuell auch durch internationales Recht beeinflusste Spezialität zu handeln scheint, die zudem nicht krass gegen allgemeine Grundsätze des Haftpflichtrechts verstösst, stellen die Verfasser des Vorentwurfes keinen formellen Antrag auf Aufhebung.

4.2.37.03 Artikel 39

Absatz 2 bildet für den Gütertransport eine Parallelbestimmung zu Absatz 2 von Artikel 23 TG und ist daher aus denselben Gründen aufzuheben.

> Für Absatz 3 gelten ebenfalls die gleichen Überlegungen wie für den Absatz 3 von Artikel 23.
>
> Artikel 40 - 48
>
> Diese Vorschriften, die in einem eigenen 4.Kapitel mit der Überschrift "Gemeinsame Haftungsbestimmungen", sind in zwei Abschnitte (I. Grundlagen; 2. Geltendmachen von Ansprüchen) gegliedert. Die Bestimmungen des ersten Abschnittes müssten noch detaillierter auf ihre Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Teil bzw. auf ihre transportrechtlich gerechtfertigten Abweichungen untersucht werden. Zweifel bestehen etwa im Bezug auf die Notwendigkeit von Artikel 40 (Haftung für Hilfspersonen, einschliesslich der offiziellen Camioneure) gegenüber Artikel 49*a* VE und 101 OR; ebenso hinsichtlich Artikel 42 Absatz 1 (Nichtigkeit von Freizeichnungsklauseln unter Vorbehalt der in Abs. 2 genannten Fälle) im Verhältnis zu Artikel 57 VE oder der Verwirkungs- und Verjährungsbestimmungen (Art. 45/46) im Verhältnis zu Artikel 55 ff. VE.
>
> Die Verfasser des Vorentwurfs sehen davon ab, für diese Bestimmungen konkrete Anträge zu stellen; sie beschränken sich darauf, die Probleme zu signalisieren, die zu gegebener Zeit in Zusammenarbeit mit den betroffenen Unternehmungen und Dienststellen bereinigt werden müssen.

4.2.38 Personenbeförderungsgesetz (PBG)

Das Personenbeförderungsgesetz ist als Teil des Swisslex-Paketes nach der Ablehnung des EWR-Vertrages verabschiedet worden und dient vor allem der Anpassung des schweizerischen an das EU-Recht im Bereich der Konzessi-

---

[1675] Transportverordnung (TV; SR 742.401) Art.16.

onserteilung an Unternehmen des Personen- und Güterverkehrs. Es enthält aber auch eine Bestimmung über die Haftpflicht, welche den Artikel 3 Absatz 2 des Postverkehrsgesetzes (PVG; jetzt Postgesetz/PG, SR 783.0, nachfolgend Ziff. 4.2.44.01) - der bisher auf das EHG verwies - ersetzt und ergänzt hat. Diese Bestimmung (Art. 5) ist an die neuen Bestimmungen über die Haftung der Eisenbahn-, Seilbahn- und Skiliftunternehmungen einerseits und der Schiffahrtsunternehmungen anderseits anzupassen.

Artikel 5

Die im geltenden Absatz 1 enthaltene Verweisung auf das (aufzuhebende) Eisenbahnhaftpflichtgesetz (vgl. vorne Ziff. 4.2.16) wird durch eine entsprechende Verweisung auf das Eisenbahngesetz einerseits (neu Art. 40*b* EBG; vorne Ziff. 4.2.36) und das Binnenschifffahrtsgesetz (neu Art. 30*a* BSG; nachfolgend Ziff. 4.2.41) anderseits ersetzt.

> Absatz 2, der bereits jetzt eine Parallelverweisung auf das Strassenverkehrsgesetz enthält, kann unverändert stehen bleiben.

4.2.39 Trolleybusgesetz (TBG)

Die Haftung der Trolleybusfahrzeuge ist heute einem zweispurigen Regime unterstellt. Nach Artikel 15 Absatz 1 und 2 TBG gilt für (Personen- und Sach-) Schäden, die durch den "Betrieb des Fahrzeugs" verursacht werden das SVG, für solche dagegen, die auf den "Betrieb einer elektrischen Anlage oder die Einwirkung des elektrischen Stroms auf das Fahrzeug" zurückgehen, das EleG. Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Auffassung, dass diese - zwangsläufig mit zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbundene - hybride Ordnung schlecht in die Landschaft der neuen Gefährdungshaftungsordnung passt, die an eine organisatorisch und wirtschaftlich einheitliche "besonders gefährliche Tätigkeit" (Art. 50 Abs. 1 VE) knüpft. Die Spezialtatbestände sind in diesem System eigentlich nur (noch) Konkretisierungen eines allgemeinen, in der Generalklausel abstrakt formulierten Prinzips - und nicht (mehr) sporadische Einzelnormen, die je nach Konstellation ad hoc kombiniert werden könnten oder müssten. Der Dualismus von SVG und EleG macht auch deshalb kaum mehr Sinn, weil die Modalitäten der Haftung durch den Allgemeinen Teil im OR ohnehin vereinheitlicht werden und sich somit die Frage einer allenfalls vorteilhafteren Berufung auf den einen oder anderen Erlass nicht mehr stellen sollte.

Aus dieser Lagebeurteilung ergibt sich folgende Alternative: entweder die ersatzlose Aufhebung der spezifischen Haftungsordnung für Trolleybusse, womit diese direkt von der Generalklausel erfasst würden (je nachdem in Analogie zur Haftung des SVG oder des EleG), oder aber die Einführung einer "autonomen" Gefährdungshaftung für Trolley- (und Gyro-[1676])busse. Die Verfasser des Vorentwurfs optieren aus Gründen der Kontinuität und wegen der nach wie vor erforderlichen Bestimmung von Artikel 16 TBG über das Versicherungsobligatorium, die sonst im luftleeren Raum schweben würde, für die zweite Lösung.

[1676] Vgl. den BRB vom 28. August 1953 über die Gyrobusunternehmungen, SR 744.212.

4.2.39.01 Artikel 15

Die Bestimmung enthält in ihrer heutigen Fassung einerseits die zwei parallelen Anknüpfungstatbestände "Betrieb des Fahrzeugs" und "Betrieb der elektrischen Anlage" mit den entsprechenden Verweisungen auf SVG und EleG, anderseits eine Gerichtsstandsbestimmung.

Absatz 1 ist in der neuen Fassung dem (neuen) Artikel 40*b* EBG[1677] nachgebildet. Er umschreibt den Anknüpfungstatbestand als "Betreiben einer Trolleybusunternehmung" bzw. Verwirklichung der mit den zu diesem Betrieb gehörigen Tätigkeiten verbundenen charakteristischen Risiken. Das können sowohl solche sein, die sich aus der Fortbewegung (Masse x Beschleunigung) ergeben, wie auch solche, die mit dem elektrischen Antrieb und den hiefür erforderlichen Anlagen (Fahrleitungen usw.) zusammenhängen. Für beides hat der "Betreiber" der Unternehmung unabhängig von eigenem Verschulden bzw. einem Verschulden seiner Organe und/oder Hilfspersonen einzustehen. - Da es sich um eine Gefährdungshaftung handelt, kommt Artikel 45 Absatz 3 VE zum Zuge, der die Gefährdungshaftung - wie heute Artikel 58 Absatz 1 SVG, Artikel 27 EleG und Artikel 1 i.V.m. Artikel 11 EHG - auf Personen- und Sachschaden beschränkt.

Im neuen Absatz 2 wird - wie bei den anderen Erlassen, für die das öffentliche Transportrecht eine Rolle spielt - ein entsprechender Vorbehalt mit einer ausdrücklichen Verweisung auf das Transportgesetz eingefügt. Die gewählte Formulierung entspricht derjenigen, die bereits im Zusammenhang mit der Haftung der Eisenbahnunternehmungen verwendet worden ist (vorne Ziff. 4.2.36 ad Art. 40*b* neu EBG; ebenso hinten Ziff. 4.2.41 ad Art. 30*a* neu BSG und vorne Ziff. 4.2.35.03 ad Art. 60 Abs. 2 neu SVG; zum Transport- und zum Personenbeförderungsgesetz vgl. vorne Ziff. 4.2.37 und 4.2.38).

Die Gerichtsstandsbestimmung im geltenden Absatz 3 ist im Hinblick auf Artikel 56 VE bzw. auf das neue Gerichtsstandsgesetz[1678] aufzuheben.

4.2.39.02 Artikel 16

Diese Bestimmung über das Versicherungsobligatorium ist zunächst hinsichtlich der Verweisung auf das SVG (der gegenwärtige Wortlaut bezieht sich noch auf das frühere MFG) redaktionell anzupassen. Gleichzeitig kann sie aber, was die Frage der Mindestversicherung betrifft, etwas konkreter formuliert werden

4.2.40 Rohrleitungsgesetz (RLG)

Das Rohrleitungsgesetz sieht für den Betrieb von Rohrleitungen eine Gefährdungshaftung nur soweit vor, als in diesen Leitungen flüssige oder gasförmige Brenn- oder Treibstoffe befördert werden. Diese Gefährdungshaftung gilt analog für Schäden, die durch eine "nicht in Betrieb stehende Anlage" verursacht werden, wenn alternativ eine zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist:

[1677] Vorne Ziff. 4.2.36.

[1678] Vorne bei Anm. 1663.

– die Anlage wies einen Mangel auf, oder

– sie wurde fehlerhaft behandelt.

Das Konzept des RLG ist insofern merkwürdig, als es - ähnlich wie das SVG - zwischen Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen bzw. -schädigungen unterscheidet, letztlich aber alle drei Fälle demselben Haftungsprinzip (Gefährdungshaftung) unterstellt[1679]. Anderseits deckt das RLG - obschon es offenkundig in erster Linie das Risiko erfassen will, das flüssigen und gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen als solchen innewohnt - nur einen Teil des Umgangs mit solchen Stoffen ab[1680]. Soweit diese nicht in Rohrleitungen transportiert werden, kommen sie als Anknüpfungstatbestand für eine Kausalhaftung nicht - bzw. nur im Rahmen anderer Anknüpfungssachverhalte, wie dem Betrieb von Fahrzeugen, dem Eigentum an einem Grundstück oder Werk, in welchem solche Stoffe verwendet werden, oder als Szenario der Geschäftsherrenhaftung - in Frage. Unter dem neuen Recht würden diese Formen des Umgangs mit flüssigen oder gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen zweifellos unter die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) fallen. Auch unter diesem Gesichtspunkt stellt sich also die Frage, ob es sinnvoll sei, die Sonderbestimmungen des RLG beizubehalten. Dies wäre eigentlich nur zu bejahen, wenn man für *pipelines* generell eine Gefährdungshaftung vorsehen möchte - d.h. unabhängig vom transportierten Stoff, z.B. wegen der mit dem Druck oder anderen Eigenschaften solcher Leitungen verbundenen Gefahren.

Man kann sich also fragen, ob man die Haftpflichtbestimmungen des RLG überhaupt aufrecht erhalten will, nachdem die Artikel 34 sowie 37 - 40 ohnehin als Wiederholung allgemeiner Regeln aufzuheben sein werden. Die Verfasser des Vorentwurfs gehen davon aus, dass - im Sinne der "kleinen Lösung" (vorne Ziff. 2.4.4.2) - die Beibehaltung mehr Aussicht auf Akzeptanz hat, als eine Streichung; sie könnten sich aber durchaus mit der Idee anfreunden, die Rohrleitungshaftung in der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) aufgehen zu lassen

4.2.40.01 Artikel 33

Die Bestimmung enthält den Haftungsgrundsatz: sie statuiert eine Gefährdungshaftung. In der Neufassung soll nun nicht mehr zwischen Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen unterschieden werden; d.h.: Schäden, die in keinem Zusammenhang mit den charakteristischen Risiken der Rohrleitungsanlage bzw. der beförderten Treib- und Brennstoffe stehen, fallen überhaupt nicht mehr unter das Spezialgesetz. Anderseits hat der Betreiber einer Rohrleitungsanlage grundsätzlich für jede besondere und typische Gefahr einzustehen, welche mit dem Betrieb - im weitesten Sinne - der Anlage zusammenhängt. Die Formel ist praktisch dieselbe wie sie in der Neufassung von Artikel 27 Absatz 1 EleG (vorne Ziff. 4.2.34.01) verwendet worden ist. Zum Gesamtrisiko gehört auch ein Mangel der Anlage, der nicht mehr speziell erwähnt wird. Ebenso gehört fehlerhafte Behandlung durch den Betreiber selbst oder seine Hilfspersonen zu die-

---

[1679] Oftinger K./Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 104 ff.

[1680] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 5 ff.

sem Risiko; es handelt sich um einen Anwendungsfall der "annexen Haftung für fremdes Verhalten", die in Artikel 51 VE generell verankert ist.

Absatz 1 umschreibt den Anknüpfungstatbestand als Betrieb einer Rohrleitungsanlage (wobei nur solche Anlagen gemeint sind, die der Beförderung der in Artikel 1 RLG genannten Brenn- und Treibstoffe dienen) bzw. als "Tätigkeiten", welche mit dem Betrieb einer solchen Anlage zusammenhängen.

- Haftungssubjekt ist - gemäss der neuen Formulierung von Artikel 50 VE (vgl. auch Art. 40*b* neu EBG und Art. 27 neu EleG) - der "Betreiber"; der Begriff ist bewusst auch weiter gefasst als der bisher verwendete des (Anlage-) "Inhabers", bei dem die direkte Verfügungsgewalt über die Anlage als Sache im Vordergrund steht[1681]; neu soll - wie beim Inhaber der Eisenbahnunternehmung oder der Kernanlage - der "exploitant" die Haftung zu tragen haben, d.h. die Person, welche den Betrieb organisatorisch und wirtschaftlich beherrscht bzw. auf deren Rechnung und Gefahr er geführt wird.
- Beibehalten wird (analog zu Art. 3 Abs. 4 KHG) die Solidarhaftung des Eigentümers der Anlage, der nicht mit ihrem Betreiber identisch ist.

Absatz 2 regelt die Frage der Entlastung in einer von der allgemeinen Regel (Art. 47*a* VE) abweichenden Weise: Höhere Gewalt ist als Entlastungsgrund nur in der besonderen Erscheinungsform "ausserordentlicher Naturvorgänge"[1682] zugelassen, Drittverschulden (bzw. Drittverhalten) nur als "kriegerische Ereignisse" bzw. - wenn man Krieg eher bei der höheren Gewalt ansiedelt - überhaupt nicht. Will man diese restriktive Umschreibung der Entlastungsmöglichkeiten beibehalten, muss auch Absatz 2 stehenbleiben. Er soll aber - wie im Zusammenhang mit Artikel 59 Absatz 1 SVG (vorstehend Ziff. 4.2.35.02 bei Anm. 1645/46) erläutert - von unnötigen zusätzlichen ("negativ negativen") Voraussetzungen (fehlendes Verschulden aufseiten des Haftungssubjekts und seiner Hilfspersonen, Umkehrung der Beweislast) befreit werden; die Berücksichtigung des sogenannten "zusätzlichen Verschuldens" ist in Artikel 51*a* VE generell vorgesehen.

Absatz 3, dessen gegenwärtige Aussage (Ausschluss der Schäden am Transportgut aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes) in den freiwerdenden Artikel 34 verlegt werden kann, nimmt neu (anstelle der bloss partiellen Verweisung im geltenden Art. 34) die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts auf.

4.2.40.02 Artikel 34

Diese Bestimmung enthält in neuer (an die neue Fassung von Art. 60 Abs. 1 SVG angelehnter) Formulierung die Eingrenzung des Geltungsbereichs des RLG in dem Sinne, dass Schäden am Transportgut von der Gefährdungshaftung nicht erfasst werden (bisher Art. 33 Abs. 3).

[1681] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 65 ff.

[1682] Ob darin gegenüber dem Begriff der "ordentlichen" höheren Gewalt wirklich ein qualifizierendes Element enthalten ist, kann bezweifelt werden.

Beibehalten werden dagegen die Artikel 35 und 36 RLG, welche die allgemeine Norm des Artikel 54*g* VE über das Versicherungsobligatorium im Bereich der Rohrleitungen umsetzen.

4.2.40.03 Artikel 37

Die Vorschrift zum direkten Forderungsrechts des Geschädigten entspricht den allgemeinen Regeln der Artikel 54*c* und 54*h* VE, welche über die Globalverweisung des neuen Artikel 33 Absatz 3 RLG auch für die Rohrleitungshaftung gelten; sie wird damit überflüssig.

4.2.40.04 Artikel 38

Die Bestimmung befasst sich mit den Problemen, die entstehen, wenn durch einen Vorfall mehrere Geschädigte betroffen sind und die Versicherungsdekkung nicht ausreicht, um alle Ansprüche zu befriedigen. Es handelt sich um eine Parallelnorm, bzw. um das Nachbild zu Artikel 66 SVG, der seinerseits in den Artikeln 54*d* und 54*e* VE generalisiert werden und so (über Art. 33 Abs. 3 neu) auf das RLG zurückstrahlen soll; sie kann daher aufgehoben werden.

4.2.40.05 Artikel 39

Es ist kein Grund ersichtlich, für die Rohrleitungshaftung besondere, von den allgemeinen Regeln der Artikel 55 ff. VE abweichende Verjährungsbestimmungen beizubehalten. Die Vorschrift kann daher ebenfalls gestrichen werden.

4.2.40.06 Artikel 40

Die Bestimmung stellt der geschädigten Person, die einen Anspruch auf das RLG stützt, einen Wahlgerichtsstand zur Verfügung: diese kann entweder am Ort des Schadeneintritts klagen - was dem allgemeinen Prinzip von Artikel 56 VE ("Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist") entspricht - oder am Sitz des beklagten Anlageinhabers bzw. -betreibers.

Über die Frage, ob diese alternative (und sozusagen dem natürlichen Gerichtsstand des "aufrechtstehenden Schuldners" entsprechende) Möglichkeit im Interesse der Geschädigten beibehalten werden soll, lässt sich diskutieren. Im Interesse der Einheitlichkeit plädieren die Verfasser des Vorentwurfs für die Aufhebung; sie tun dies umso leichteren Herzens, als der Entwurf eines Gerichtsstandsgesetzes auf Bundesebene[1683] eine solche Aufhebung ebenfalls vorsieht.

4.2.41 Binnenschifffahrtsgesetz (BSG)

Das Binnenschifffahrtsgesetz enthält in seiner heutigen Fassung keine besondere Haftpflichtnorm, sondern lediglich Bestimmungen über ein Versicherungsobligatorium. Unter dem geltenden Recht galten aber nach Artikel 24 Ziffer 1

[1683] Vorne bei Anm. 1663.

EHG (vorne Ziff. 4.2.16) dessen Bestimmungen auch für den Betrieb der Dampfschiffahrtsunternehmungen. Nachdem die Eisenbahnhaftung nun im Eisenbahngesetz geregelt werden soll, drängt sich für die Schifffahrt eine entsprechende Lösung im einschlägigen Binnenschifffahrtsgesetz auf.

Dieses Gesetz sieht zudem in Artikel 5 Absatz 2 bezüglich der Gewässer, welche ihrer Hoheit unterstehen, eine Haftung der Kantone für Schäden vor, die auf Mängel beim Unterhalt dieser Gewässer zurückzuführen sind. Die Bestimmung enthält auch eine Verweisung auf das Obligationenrecht, die formal und redaktionell an das neue Recht anzupassen ist.

4.2.41.01 Artikel 5

Absatz 2 Satz 2 verweist für Einzelheiten der Kantonshaftung für den Gewässerunterhalt auf das Obligationenrecht. Diese Verweisung ist der im Vorentwurf gebräuchlichen Standardformel (vgl. vorne Ziff. 4.2.11.05 zu Art. 9 Abs. 1 VG) anzupassen.

4.2.41.02 Artikel 30a (neu)

Diese neue Bestimmung nimmt die geltende (Eisenbahn-) Gefährdungshaftung nach Artikel 24 EHG in einer auf die motorisierte Schifffahrt zugeschnittenen Formulierung wieder auf. Die Regelung im Binnenschifffahrtsgesetz bewirkt aber zugleich eine Erstreckung dieser verschuldensunabhängigen Haftung auf sämtliche Motorschiffe - auch solche, die nicht von konzessionierten Unternehmungen betrieben werden - für diejenigen Fälle, in denen sich die charakteristische Betriebsgefahr solcher Schiffe in einem Schaden verwirklicht hat. Nicht motorisch angetriebene Schiffe unterstehen dagegen weiterhin der Verschuldenshaftung, allenfalls auch der Geschäftsherren- oder Organisationshaftung.

Absatz 1 formuliert deshalb den Haftungsgrundsatz in Anlehnung an das Strassenverkehrsgesetz und bezeichnet als Haftungssubjekt den "Halter", wobei klar ist, dass im Fall von konzessionierten Unternehmungen - entsprechend Artikel 40*b* EBG (vorne Ziff. 4.2.36) - regelmässig der jeweilige "Betreiber der Unternehmung" als Halter zu betrachten sein wird.

Absatz 2 enthält den Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Transportrechts (entsprechend Abs. 2 von Art. 40*b* EBG; vgl. vorne Ziff. 4.2.36).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang übrigens auch an den allgemeinen Vorbehalt des internationalen Rechts in Artikel 44 VE; er gewinnt auch für die Binnenschifffahrt namentlich hinsichtlich der Rheinschifffahrt Bedeutung, so etwa mit dem durch Bundesbeschluss vom 22. März 1996 genehmigten, am 21. Mai 1997 (allerdings mit drei gewichtigen Vorbehalten) ratifizierten und am 1. September des gleichen Jahres in Kraft getretenen Strassburger Übereinkommen vom 4. November 1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt[1684].

Absatz 3 verweist mit der bereits bekannten Standardformel auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im OR als ergänzende und subsidiäre Regelung.

[1684] SR 0.747.206; vgl. AS 1998, 1000 ff.

Hier gilt die Verweisung freilich nicht bloss für die Modalitäten der Haftung, sondern kann auch als Hinweis darauf verstanden werden, dass Schädigungen durch Schiffe, bei denen die in Absatz 1 vorausgesetzte besondere Gefahr des motorischen Antriebs nicht besteht (oder Motorschiffe, bei denen sich diese Gefahr *in concreto* nicht ausgewirkt hat), durch die Verschuldenshaftung, allenfalls auch durch die Haftung für Hilfspersonen, erfasst werden (Art. 48 f. bzw. 49/49*a* VE).

4.2.41.03 Artikel 33 und 34

Die beiden Vorschriften regeln Modalitäten des in Artikel 31 statuierten Versicherungsobligatoriums (Direktanspruch und Rückgriffsrecht), welche bei allen Pflichtversicherungen in gleicher Weise gelten und deshalb im Allgemeinen Teil (Art. 54*c* und 54*h* VE) generell vorgesehen sind; sie können somit aufgehoben werden.

4.2.41.04 Artikel 39

Die Bestimmung betrifft den Gerichtsstand, wobei sie alternativ neben dem Wohnsitz des Beklagten die örtliche Zuständigkeit am Unfallort begründet. Das entspricht Artikel 84 SVG und dem Grundsatze nach jetzt auch Artikel 56 Absatz 1 VE, in diesen beiden Fällen allerdings exklusiv, mit der Möglichkeit abweichender Vereinbarung unter Zustimmung aller Beteiligten. Wiederum alternativ, als Wahlgerichtsstände neben demjenigen des Wohnsitzes des Beklagten, will Artikel 26 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen bei "unerlaubten Handlungen" den Handlungs- oder Erfolgsort - die bei einem Unfall regelmässig deckungsgleich sind - zur Verfügung stellen (vgl. vorne Anm. 1663). In jedem Fall wird Artikel 39 deshalb überflüssig und muss aufgehoben werden.

4.2.42 Seeschifffahrtsgesetz (SSG)

Das Seeschifffahrtsgesetz beansprucht haftpflichtrechtlich - wie auch im übrigen - einen Sonderstatus, indem es sehr weitgehend von internationalem Recht beeinflusst und auch davon abhängig ist; ein Binnenstaat wie die Schweiz ist in diesem Bereich dem Druck zur rechtlichen Angleichung erst recht ausgesetzt. Das hat sich gerade unter haftungsrechtlichen Aspekten gezeigt, indem es sich im internationalen Kontext als unmöglich erwies, die ursprünglich (in der ersten Fassung von 1953) vorgesehene Gefährdungshaftung (Art. 48 Abs. 1 Satz 1 SSG) beizubehalten. Sie musste 1965 durch eine am Übereinkommen vom 23. September 1910 zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoss von Schiffen[1685] orientierte Haftung des Reeders für Gehilfenverschulden mit umgekehrter Beweislast ersetzt werden[1686]. Obgleich es sich dabei um ein völlig singuläres (am ehesten mit der Erfüllungsgehilfenhaftung nach Art. 101 OR vergleichbares) Haftungsregime handelt, muss es im Interesse der

---

[1685] SR 0.747.363.1.

[1686] Änderung vom 14. Dezember 1965, AS 1966, 1453 ff.; vgl. auch die Botschaft vom 14. Mai 1965, BBl 1965 II 284 ff. (295 ff.).

internationalen Rechtseinheit beibehalten werden, was im übrigen insofern akzeptabel erscheint, als diese Regelung meist ausserhalb des schweizerischen Territoriums zur Anwendung kommen wird. Entsprechend verhält es sich mit der für eine Rechtsordnung wie der unsrigen - welche die Konkurrenz von deliktischer und vertraglicher Haftung zulässt - seltsamen Regel, dass der ausservertragliche Anspruch keinesfalls weitergehen kann als der vertragliche, der in der Regel durch das Transportrecht beschränkt wird (Art. 48 Abs. 1 Satz 2 SSG). Internationalrechtlich konditioniert sind auch die Bestimmungen des Artikel 49 SSG (Haftungsbeschränkung)[1687], zu welchem Artikel 50 dem Bundesrat eine spezielle Verordnungskompetenz einräumt.

Unter diesen Umständen schlagen die Verfasser des Vorentwurfes vor, sich im Rahmen der Totalrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts mit einer rein formalen Anpassung des SSG in Gestalt einer durch die zahlreichen nationalen und internationalen Sonderbestimmungen stark relativierten Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil zu begnügen.

> Artikel 48 Absatz 1, der in Satz 1 das Prinzip der Reederhaftung für vermutetes Verschulden der Besatzungsmitglieder und anderer an Bord befindlicher Hilfspersonen aufstellt, bleibt aus den in der Einleitung erwähnten Gründen unangetastet. - Das gilt auch für die Bestimmung in Satz 2, wonach bei Konkurrenz zwischen ausservertraglichen und vertraglichen Ansprüchen letztere den Umfang der Haftung bestimmen bzw. beschränken.

In Absatz 2 wird die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingebracht. Es handelt sich um dieselbe Formel wie sie beispielsweise im SVG und im RLG[1688] verwendet worden ist; im Rahmen des SSG soll sie aber durch einen ausdrücklichen Vorbehalt des internationalen Rechts abgeschwächt werden. Dieser Vorbehalt ist zwar nichts anderes als die Wiederholung, bzw. der explizite "rappel" der generellen Norm von Artikel 44 VE, die ihrerseits nur das allgemeine völkerrechtliche Prinzip des Vorranges des staatsvertraglichen vor dem Landesrecht festhält; angesichts der besonderen Verhältnisse und als Zeichen an die interessierten Kreise, dass man ihre Bedenken gegen einen schweizerischen Alleingang im Recht der Seeschiffahrt ernst nimmt, mag sich aber eine spezifische Hervorhebung dieses Vorbehalts im Rahmen des SSG rechtfertigen.

Satz 1 des gegenwärtigen Wortlautes des Absatzes 2 wird überflüssig, weil die allgemeinen Regeln der Artikel 53*b* und 53*c* VE über die Haftungskonkurrenz grundsätzlich anwendbar sind; damit kann übrigens auch die unbillige Lösung des geltenden Rechts vermieden werden, die dem Reeder einen voraussetzungslosen - insbesondere von seinem eigenen Verschulden unabhängigen - Rückgriff einzuräumen scheint.

In Satz 2 wird dagegen die abweichende Regelung für das Verhältnis zwischen dem Reeder als Mieter und dem Eigentümer des Schiffes (beim sog. "bareboat-charter") übernommen: der Vermieter kann regressweise nur für Schäden verantwortlich gemacht werden, die auf eine Verletzung der Pflicht, das Schiff

---

[1687] Vgl. insbesondere die in Abs. 1 und Abs. 1bis von Art. 49 SSG genannten Konventionen (SR 0.747.331.53; 0.814.291; 0.814.291.1).

[1688] Vgl. vorne Ziff. 4.2.35.14 (neuer Art. 62 SVG) und 4.2.40.01 (neuer Art. 33 Abs. 3 RLG).

"in seetüchtigem Zustand ... zu übergeben" (Art. 92 Abs. 1 SSG), zurückzuführen sind.

Unverändert bleibt Absatz 3, der für Verschmutzungsschäden durch Öltanker auf die einschlägige Konvention von 1969 und die zugehörigen Protokolle verweist[1689] .

4.2.43 Luftfahrtgesetz (LFG)

Auch im Luftfahrtbereich dominiert das internationale Recht. Das gilt vorab für das Luft-Transporthaftpflichtrecht, in einem gewissen Ausmass aber auch für die Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden, die durch den Flugbetrieb auf der Erde verursacht werden. Für die Haftung des Luft-Transportführers gilt primär das sog. Warschauer Abkommen von 1929/1955[1690] mit etlichen Zusatzprotokollen und Ergänzungsabkommen; die Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden auf der Erde ist stark beeinflusst von einem - von der Schweiz zwar unterzeichneten, aber nicht ratifizierten - Römer(/Brüsseler) Abkommen von 1933/1938. Das LFG ist 1993[1691] ziemlich tiefgreifend revidiert worden; haftpflicht- und versicherungsrechtliche Aspekte wurden dabei allerdings nur am Rande und vor allem im Lufttransportbereich berührt.

Obschon die Schweiz hinsichtlich der Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden auf der Erde nicht an internationale Regeln (Römer Abkommen) gebunden ist, hat sie diese - abgesehen von der summenmässigen Beschränkung - weitgehend, zum Teil sogar im Wortlaut übernommen, was insbesondere Binsenwahrheiten wie jene des Artikel 64 Absatz 1 erklärt, wonach der Halter (nur) Ersatz zu leisten hat, "sofern feststeht, dass der Schaden entstanden und vom Luftfahrzeug verursacht worden ist". Für diesen Bereich werden im Zusammenhang mit der Totalrevision des Haftpflichtrechts einige Änderungen und Anpassungen vorgeschlagen; dagegen erlegen sich die Verfasser des Vorentwurfs im Lufttransportrecht ähnliche Zurückhaltung auf wie bereits beim Seeschifffahrtsrecht (vorne Ziff. 4.2.42).

4.2.43.01 Artikel 64

Der Haftungsgrundsatz in Absatz 1 wird neu formuliert bzw. an parallele Bestimmungen (wie etwa den neuen Art. 30*a* BSG[1692] oder den revidierten Artikel 58 SVG[1693]) sowie an die Generalklausel von Artikel 50 VE angeglichen. Massgebender Anknüpfungssachverhalt ist auch hier der "Betrieb" des Luftfahrzeu-

---

1689 SR 0.814.291; zur neusten Änderung vgl. Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1995, AS 1998, 1015 und 1031 ff. Durch den Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1995 ist der Bundesrat auch ermächtigt worden, das Internationale Übereinkommen von 1971 über die Errichtung eines Internationalen Fonds zur Entschädigung für Ölverschmutzungsschäden (SR 0.814.292) zu ratifizieren; es ist für die Schweiz am 2. Oktober 1996 in Kraft getreten.

1690 SR 0.748.410.

1691 Bundesgesetz vom 18. Juni 1993, in Kraft seit 1. Januar 1995 (AS 1994, 3010 ff.); vgl. auch die entsprechende Botschaft vom 20. November 1991 in BBl 1992 I 607 ff.; weitere Revisionen ohne haftpflichtrechtliche Relevanz haben 1997 (AS 1997, 2465) und 1998 (AS 1998, 2566) stattgefunden.

1692 Vorne Ziff. 4.2.41.02.

1693 Vorne Ziff. 4.2.35.01.

ges, welcher gleichzusetzen ist mit dem in Absatz 3 definierten "Flug". Mit dem Hinweis auf die Verwirklichung der charakteristischen Risiken wird in verständlicher und präziserer Weise das ausgedrückt, was die dem Römer Abkommen entlehnte geltende Bestimmung umständlich in dem bereits zitierten Nebensatz festhält; das bedeutet insbesondere, dass etwa für Schäden, die ein Flugzeug auf der Erde durch Bewegungen verursacht, welche noch nicht zum Abflug- oder nicht mehr zu einem Landemanöver gehören, nicht die LFG- Haftung, sondern allenfalls diejenige nach SVG oder einer der im Obligationenrecht vorgesehenen Tatbestände (Art. 41 oder 55 OR, bzw. Art. 48/48*a* oder 49*a* VE) zum Zuge kommt[1694].

Wegfallen kann - wie bei der Neuformulierung von Artikel 58 SVG (vorne Ziff. 4.2.35.01) - die einschränkende Umschreibung der ersatzfähigen Schadenskategorien (Personen- und Sachschaden), nachdem dies in Artikel 45 Absatz 3 VE für Gefährdungshaftungen generell vorgesehen ist. Dazu kommen freilich neu die - gerade im Bereich des Flugverkehrs besonders bedeutsamen - Umweltschäden.

Absatz 2 enthält in beiden Litterae Elemente, welche an sich von den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts erfasst und geregelt werden könnten. Auch weicht das LFG in beiden Fällen von den Regeln des Römer Abkommens ab, und zwar zugunsten der Geschädigten. An sich könnte man sich also relativ frei fühlen, die Bestimmungen aufzuheben oder zu ändern. Mit Rücksicht auf das internationale Umfeld verzichten die Verfasser des Vorentwurfs aber auf Änderungsvorschläge.

- Buchstabe a drückt an sich eine Selbstverständlichkeit insofern aus, als er Schäden durch aus dem Luftfahrzeug herabfallende Objekte einschliesst; ein solcher Vorgang wird offensichtlich von der typischen Betriebsgefahr des "im Fluge befindlichen" Luftfahrzeugs erfasst. Die Besonderheit und allfällige Abweichung von Artikel 59 VE (= Art. 52 Abs. 2 des geltenden OR) liegt allenfalls darin, dass Ballastabwurf auch dann, wenn er erlaubterweise oder gar in Notstandssituationen erfolgt, zwingend zur Haftung führt; bei Sachschaden könnte das nach den genannten Bestimmungen des geltenden und des neuen Rechts zweifelhaft sein, weil die Haftung für notstandsbedingte Schädigungen ins Ermessen des Richters ("Kann-Vorschrift") gestellt ist.

- Auch die Aussage in Buchstabe b Satz 1 ist an sich überflüssig; sie expliziert einen Anwendungsfall der "annexen Haftung für fremdes Verhalten" nach Artikel 51 VE. Bedeutsam ist sie indessen als Einleitung zur Regel im nachfolgenden 2.Satz, welche eine Haftungsbeschränkung für den Fall vorsieht, dass die Person "an Bord", welche den Schaden verursacht hat, nicht zur Besatzung des Flugzeugs gehörte. Diese Beschränkung widerspricht an sich dem wichtigen Grundsatz des schweizerischen Rechts, dass eine Haftung entweder (summenmässig) unbeschränkt oder dann überhaupt nicht gerechtfertigt ist; ob sie - wie in anderen Bereichen des (internationalen) Transportrechts - auch hier politisch tragbar ist, müssen die Luftfahrtbehörden, allenfalls das Parlament, entscheiden[1695].

Ebenfalls unverändert bleibt Absatz 3 (Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs bzw. der Wendung "im Fluge befindlich").

[1694] Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 243 f.

[1695] Das Römer Abkommen würde sogar völlige Befreiung gewähren, wenn der Halter einen entsprechenden Sorgfaltsbeweis erbringt.

4.2.43.02 Artikel 64a (neu)

Hier handelt es sich um eine der wenigen Bestimmungen, die wegen der Einführung eines Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts neu geschaffen werden müssen.

Dies ist deshalb notwendig, weil das geltende LFG zu den Entlastungsgründen kein Wort verliert und dieses Schweigen überwiegend als bewusst restriktive Regelung interpretiert wird, in dem Sinne nämlich, dass zumindest Höhere Gewalt und Drittverschulden bzw. Drittverhalten nicht als Entlastungsgründe anerkannt werden[1696]. Zu diesem Ergebnis könnte man zwar auch durch entsprechende Anwendung des Adäquanzprinzips, bzw. durch die Annahme gelangen, es gebe keine äusseren Faktoren - seien es Naturgewalten oder menschliche Einwirkungen -, welche genügend Intensität aufwiesen, um die Betriebsgefahr des im Flug befindlichen Luftfahrzeugs so in den Hintergrund zu drängen, dass man von einer "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" sprechen könne[1697]. Eine solche Auslegung wäre mindestens so lange möglich gewesen, als es keine explizite allgemeine Regelung der Entlastungsgründe gab. Nachdem nun aber Artikel 47*a* VE als generelle Norm grundsätzlich die Berücksichtigung höherer Gewalt sowie von Dritt- oder Selbstverschulden vorsieht, scheint es angebracht, Abweichungen davon ebenfalls ausdrücklich zu statuieren. Das geschieht hier durch eine Bestimmung, die sich an Artikel 5 KHG[1698] anlehnt: nur Selbstverschulden kommt überhaupt als Entlastungsgrund (Absatz 1) und als Reduktionsgrund (Absatz 2) in Frage, und auch dies nur in qualifizierter Form, nämlich als Absicht für die obligatorische Vollentlastung und als Grobfahrlässigkeit für eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Reduktion des Ersatzes, die allerdings im Extremfall auch bis zur Verweigerung jeglicher Ersatzforderung gehen kann.

4.2.43.02^{bis} Artikel 65

> Artikel 65 über die Schwarzfahrten ist unverändert zu belassen, wenn man der Auffassung ist, die summenmässige Haftungsbeschränkung (die gegenüber dem im Römer Abkommen zugunsten des Halters vorgesehenen Befreiungsbeweis für die geschädigte Person immerhin eine deutliche Besserstellung bedeutet) sei - wie im Rahmen von Artikel 64 Absatz 2 lit. b LFG - beizubehalten. Darüber zu entscheiden ist wiederum nicht Sache der Verfasser des Vorentwurfs.

4.2.43.03 Artikel 66

Diese Bestimmung über die Solidarhaftung mehrerer Luftfahrzeughalter, deren Maschinen durch eine Kollision (gemeinsam) Schaden auf der Erdoberfläche anrichten, enthält gegenüber den allgemeinen Regeln von Artikel 53*b*/53*c* VE keine Besonderheiten und kann deshalb aufgehoben werden.

[1696] Explizit wird das Drittverschulden des "Strolchenfliegers" in Art. 65 LFG dem Halter solidarisch zugerechnet, allerdings mit einer summenmässigen Beschränkung auf den Betrag der obligatorischen Sicherstellung.

[1697] Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 241: "Wer sich in die Gewalt der Höhe begibt, kann sich nicht wohl auf höhere Gewalt ... berufen".

[1698] Vorne Ziff. 4.2.33.02^{bis}.

4.2.43.04 Artikel 67

Es gibt auch keinen besonderen Anlass, im (nationalen) Luftfahrtrecht eine von Artikel 56 VE bzw. von einem künftigen (Bundes-) Gerichtsstandsgesetz abweichende Gerichtsstandsvorschrift aufrechtzuerhalten[1699]; die Bestimmung ist deshalb aufzuheben.

4.2.43.05 Artikel 68

Die sehr kurzen Verjährungsfristen des geltenden LFG sind aus dem Römer Abkommen übernommen. Es ist aber auch hier (abgesehen von der für die Schweiz nicht verbindlichen internationalen Regelung) kein ausreichender sachlicher Grund ersichtlich, von den Regeln des Allgemeinen Teils (Art. 55 ff VE) abzuweichen. Insbesondere ist es kein sehr überzeugendes Argument, man müsse die geschädigte Person in ihrem eigenen Interesse zu einer raschen Geltendmachung ihrer Ansprüche drängen, weil sonst das Risiko einer Erschöpfung der Versicherungsdeckung bestehe: die Verjährung bezweckt in erster Linie den Schutz des Schuldners; sie angeblich zugunsten des Gläubigers einzusetzen, und dies erst noch in der Weise, dass man sie verkürzt, ist mindestens seltsam. Und soweit die Sonderregelung lediglich dem Schuldner - sozusagen als Kompensation für seine strenge Haftung - zugute kommen soll, ist sie heute auch kaum mehr zeitgemäss[1700]. Die Bestimmung ist daher zu streichen.

4.2.43.06 Artikel 69

Dieser Vorbehalt des Vertragsrechts ist seinerzeit damit begründet worden, dass logischerweise (sic!) "nur gegenüber dem unbeteiligten Dritten die scharfe Kausalhaftung Platz greifen soll"[1701]. Auch diese Logik entspricht nicht mehr ohne weiteres heutigen Vorstellungen. Abgesehen davon, dass die Vertragshaftung für Körper- und Sachschäden nach Artikel 42 VE nunmehr den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln unterstehen soll, müssen sich vertragliche Haftungsbeschränkungen in jedem Fall an den in Artikel 57 VE gezogenen Rahmen[1702] halten. Soweit es sich im übrigen bei den vorbehaltenen Vertragsverhältnissen um Arbeitsverträge handelt, kommen effektiv nicht die vertraglichen Normen zum Zuge, sondern in erster Linie die obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG (vgl. nachstehend zu Art. 77 LFG). Vollends undenkbar ist, dass vertraglich das Regime der Gefährdungshaftung - etwa zugunsten einer blossen Verschuldenshaftung - wegbedungen werden könnte. Die Bestimmung kann daher ebenfalls aufgehoben werden.

1699 Vgl. vorne Ziff. 4.2.35.16 zu Art. 84 SVG und Anm. 1663 daselbst.

1700 Vgl. die Erläuterungen zu Art. 51 des LFG-Entwurfs in der entsprechenden Botschaft des Bundesrates vom 23. März 1945, BBl 1945 I 341 ff. (363). Das Problem der ungenügenden Versicherungsdeckung ist im übrigen in genereller Weise ebenfalls im Allgemeinen Teil geregelt: Art. 54*d*/54*e* VE.

1701 Botschaft des Bundesrates (soeben zit. Anm. 1700), S. 363.

1702 Vorne Ziff. 2.10.2.

4.2.43.06bis Artikel 70-74

Die Artikel 70-74 (letzterer in der Fassung von 1994[1703)] betreffend die Versicherungs- bzw. Sicherstellungspflicht sind spezifisch auf die Luftfahrthaftpflicht ausgerichtet und bleiben daher unverändert.

4.2.43.06ter Artikel 131 LFV

Sehr problematisch ist freilich der in Artikel 131 Absatz 2 der Luftfahrtverordnung[1704] verankerte und den Artikel 54*c* i.V.m. Artikel 54*h* VE widersprechende Ausschluss des unmittelbaren Forderungsrechts der geschädigten Person gegen den Versicherer des Luftfahrzeughalters. Die Problematik ist insofern eine doppelte, als zur materiellen Schlechterstellung der geschädigten Personen noch die formale Unstimmigkeit kommt, dass unter dem Gesichtspunkt der Normenhierarchie eine allgemeine gesetzliche Regel durch eine Ausnahme auf Verordnungsstufe ausgeschaltet werden soll (vgl. dazu auch die folgenden Bemerkungen zu Art. 79 LFG; Ziff. 4.2.43.09).

Die Verfasser der Vorentwurfs beantragen daher die Aufhebung der genannten Verordnungsbestimmung bzw. des ersten Halbsatzes dieser Vorschrift, die neu noch lauten würde:

"Dem Geschädigten steht im Umfang seiner Ersatzforderung ein Pfandrecht am Anspruch des Halters gegen den Versicherer zu"[1705].

4.2.43.06quater Artikel 75-76a

Die vom internationalen Recht stark beeinflussten Bestimmungen der Artikel 75-76*a* über das Lufttransportrecht und die entsprechende Haftung sind im Rahmen der Revision von 1993[1706] geändert worden und sollen daher von der hier zu erläuternden Reform grundsätzlich unberührt bleiben, auch wenn sie in einzelnen Punkten (vor allem hinsichtlich der summenmässigen Haftungsbeschränkungen) fundamentalen Prinzipien des schweizerischen Haftpflichtrechts widersprechen. Fragen kann man sich immerhin erneut, ob für schweizerische Konzessionäre (im Linienverkehr) und Inhaber von Bewilligungen (im Nichtlinienverkehr) - so, wie ihnen höhere Mindestversicherungssummen auferlegt worden sind[1707] - nicht auch vorgesehen werden könnte, dass für Inlandflüge anstelle der zweijährigen Verwirkungsfrist nach Warschauer-Abkommen die normalen Verjährungsfristen des OR (Art. 55 VE) gelten[1708].

1703 Vorne bei Anm. 1691.

1704 SR 748.01.

1705 Zum Pfandrecht nach Art. 60 VVG vgl. vorne Ziff. 4.2.18.01ter.

1706 Vorne Anm. 1691.

1707 Art.109a und 117a LFV (SR 748.01).

1708 Vgl. in diesem Sinne das Postulat des Nationalrates (Motion Leuenberger) vom 21. Juni 1985 (Amtl. Bull. NR 1985 I 1242 f.) und die Stellungnahme des Bundesrates dazu in der Botschaft vom 20. November 1991, BBl. 1992 (zit.vorne Anm. 1691), S. 634 f.

4.2.43.07 Artikel 77

Die Bestimmung, welche die Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung vorbehält, kann aus den bei den Parallelbestimmungen von Artikel 9 KHG[1709] und Artikel 80 SVG[1710] bereits genannten Gründen gestrichen werden.

4.2.43.08 Artikel 78

In Analogie zur Aufhebung von Artikel 81 SVG[1711] wird vorgeschlagen, auch diese Bestimmung über die exklusive Anwendung der Militärversicherung zu streichen.

4.2.43.09 Artikel 79

Die schon bisher in diesem Artikel enthaltene Verweisung auf das Obligationenrecht wird durch eine - analog zum ebenfalls stark international beeinflussten Seeschifffahrtsgesetz[1712] formulierte - Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt. Dabei bedarf es nicht mehr einer ausdrücklichen Nennung der betroffenen Artikel (64-78), weil a priori klar ist, dass es um Regeln über Haftpflichtrecht und Versicherung geht und nur um solche gehen kann. Verzichtet wird auch auf den entweder überflüssigen oder dann rechtsstaatlich bedenklichen Vorbehalt von Verordnungsrecht (" ... sowie die zu ihrer Ausführung vom Bundesrate erlassenen Vorschriften ...").

4.2.43.09^{bis} Artikel 106

Pro memoria: Unverändert bleibt Artikel 106, welcher die Anwendung des LFG auf Militärflugzeuge statuiert.

4.2.44.00 Post- und Fernmeldewesen - Vorbemerkung

Das Post- und Fernmeldewesen ist im Umbruch begriffen. Am 21. August 1997 ist die Referendumsfrist für die neuen Bundesgesetze in diesem Bereich unbenützt abgelaufen. Das frühere PTT-Organisationsgesetz und das Postverkehrsgesetz sowie das alte Fernmeldegesetz sind durch vier neue Erlasse aufgehoben bzw. ersetzt worden: durch ein Postgesetz (PG), ein Postorganisationsgesetz (POG), ein neues Fernmeldegesetz (FMG) und ein Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG)[1713].

[1709] Vorne Ziff. 4.2.33.05.

[1710] Vorne Ziff. 4.2.35.12 bei Anm. 1656.

[1711] Vorne Ziff. 4.2.35.13 bei Anm. 1657.

[1712] Vorne Ziff. 4.2.42.

[1713] Postgesetz (RO/AS 1997, 2452 ff., RS/SR 783.0/PG); Postorganisationsgesetz (RO/AS 1997, 2465 ff., RS/SR 783.1/POG); Fernmeldegesetz (RO/AS 1997, 2187 ff., RS/SR 784.10/FMG); Telekommunikationsunternehmungsgesetz (RO/AS 1997, 2480 ff., RS/SR 784.11/TUG).

Was die Haftung für ihre Organe und ihr Personal anbelangt, bleibt die neue Firma "Die Schweizerische Post" - eine selbständige, rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt, welche den Post- und Zahlungsverkehr sicherzustellen hat - grundsätzlich dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstellt (Art. 16 Abs. 2 POG); dieses wird nach den Vorschlägen der Verfasser des Vorentwurfs indessen weitestgehend dem Allgemeinen Teil des (zivilen) Haftpflichtrechts angeglichen[1714]. Im übrigen richten sich "die Rechtsbeziehungen zwischen Post und Kundschaft ... nach den Bestimmungen der Postgesetzgebung und der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr" (Art. 16 Abs. 1 POG). Das bedeutet einerseits, dass die Post die Bedingungen für ihre Dienstleistungen im Post- und Zahlungsverkehr in "Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)", d.h. grundsätzlich in einem privatrechtlichen Rahmen regeln kann (Art. 11 Abs. 1 und 3 PG). Haftungsmässig werden ihr dabei gewisse Freiheiten eingeräumt, um sie gegenüber Konkurrenten mit gleich langen Spiessen zu wappnen; doch sind auch hier die allgemeinen Schranken für Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse (Art. 57 VE) zu beachten (Art. 11 Abs. 2 lit. a PG; vgl. nachfolgend Ziff. 4.2.44.01). Für den Transportsektor anderseits gelten die Bestimmungen des Transportgesetzes und der Personenbeförderungsgesetzes (vorne Ziff. 4.2.37 und 4.2.38) und der einschlägigen Gesetze über die diversen Transportmittel, wie namentlich des SVG (vorne Ziff. 4.2.35).

Für den Fernmeldebereich verweist das TUG für die Rechtsbeziehungen zur Kundschaft und für die Haftung generell auf das Privatrecht und schliesst die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes explizit aus (nachfolgend 4.2.44.02).

4.2.44.01 Postgesetz (PG)

Das neue Postgesetz vom 30. April 1997 ist am 1. Januar 1998 in Kraft getreten. Hinsichtlich der Haftung gelten einige Besonderheiten im Bezug auf Haftungsbeschränkungen; im übrigen aber sind "die Bestimmungen des Privatrechts ergänzend anwendbar" (Art. 11 Abs. 3 PG).

Artikel 11

Diese Bestimmung ist im 2. Absatz einerseits redaktionell zu überarbeiten, anderseits materiell an die vorgeschlagene allgemeine Regel über Haftungsausschlüsse und -beschränkungen (Art. 57 VE) anzupassen.

Absatz 2 hält in Buchstabe a fest, dass die Post in ihren AGB die Haftung einerseits (generell) für uneingeschriebene Sendungen und im übrigen für Schäden beschränken oder ausschliessen kann, die durch leichtes Verschulden (eines Organs oder einer Hilfsperson) verursacht worden sind. Gegen den Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung für Beschädigung oder Verlust uneingeschriebener Sendungen und im übrigen für leichtes Verschulden ist grundsätzlich nichts einzuwenden, solange sie nicht für Körperschäden (Art. 57 Abs. 1 VE) gilt. Allerdings wird der Post auch für Sach- und reine Ver-

---

[1714] Vorne Ziff. 4.2.11 (vgl. namentlich die Erläuterungen zu Art. 9 Abs. 1 rev. VG, Ziff. 4.2.11.05).

mögensschäden insofern ein Privileg zugestanden, als sonst gemäss Artikel 57 Absatz 2 Ziffer 4 VE eine Freizeichnung oder Haftungsbeschränkungen in AGB nichtig wären.

Im weiteren ist eine leichte redaktionelle Unstimmigkeit zu korrigieren, die darin besteht, dass nach dem deutschen Text die Post ihre Haftung "beschränken oder ausschliessen" kann (in dieser Reihenfolge, d.h. der teilweise kommt vor dem vollständigen Haftungsausschluss), während ihr der französische Text gestattet, "(de) se soustraire en tout ou partie". Logisch ist die eine Reihenfolge nicht überzeugender als die andere; die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb auch hiefür eine Angleichung an Artikel 57 Absatz 1 VE ("Toute convention excluant ou limitant ..." / "Vereinbarungen, welche die Haftung ... wegbedingen oder beschränken ...") vor.

4.2.44.02 Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG)

Das Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997, das (mit Ausnahme einer Bestimmung über das Anstellungsverhältnis der Mitarbeiter) am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, begnügt sich hinsichtlich der Haftung mit einer generellen Verweisung auf das Privatrecht.

Artikel 18

Nach Absatz 2 dieser Bestimmung richtet sich die Haftung der Unternehmung, ihrer Organe und des Personals "nach den Vorschriften des Privatrechts". Während die allgemeine Verweisung auf "das Privatrecht" in Absatz 1 angehen mag, wo die gesamten "Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmung und Kundschaft" anvisiert werden, kann sie im Bezug auf die Haftung konkretisiert werden durch eine Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts nach der in den Spezialgesetzen generell verwendeten Formel.

4.2.45 Umweltschutzgesetz (USG)

Das Umweltschutzgesetz ist letztmals durch Erlass vom 21. Dezember 1995 - in Kraft getreten am 1. Juli 1997 - revidiert worden[1715], wobei ein Schwergewicht gerade auf der - bisher nicht speziell geregelten - Haftpflicht lag[1716]: Im neuen Artikel 59*a* Absatz 1 USG ist nunmehr - nach dem Vorbild von Artikel 69 des 1993 ebenfalls revidierten Gewässerschutzgesetzes - eine Gefährdungshaftung für Betriebe und Anlagen eingeführt worden, "mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist". Der Inhaber haftet "für Schäden aus Einwirkungen, die durch Verwirklichung dieser Gefahr entstehen". Ein ebenfalls neuer Artikel 59*b* USG delegiert die Kompetenz zur Regelung der Sicherstellung dieser Haftung an den Bundesrat und ermächtigt ihn ferner, im Zusammenhang mit der Schliessung von Deponien besondere Massnahmen vorzuse-

---

[1715] RO/AS 1997 II 1155 ff. Eine weitere Änderung im Zusammenhang mit einer Revision des Gewässerschutzgesetzes betreffend Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung stammt vom 21. Juni 1997 (RO/AS 1997, 2243 ff.); sie ist unter haftpflichtrechtlichen Aspekten nicht von Belang.

[1716] Botschaft des Bundesrates vom 7. Juni 1993, BBl 1993 II 1445 ff., spez. 1545 ff. Ziff. 8.

hen (Art. 59*b* Bst. e). Zu erwähnen ist schliesslich, dass Artikel 59 USG betreffend die verwaltungsrechtliche Kostenauflage für Sicherungs- und Behebungsmassnahmen neu als obligatorische Anweisung an die Behörde - und nicht mehr als blosse Kann-Vorschrift - formuliert ist.

Mit der neuen Gefährdungshaftung nach dem revidierten USG (welche auch die speziellere Haftungsbestimmung des Gewässerschutzgesetzes absorbiert hat) kommt man sehr nahe an die im Vorentwurf vorgeschlagene Generalklausel der Gefährdungshaftung heran. Der Anknüpfungstatbestand, der von umweltgefährlichen "Betrieben und Anlagen" spricht, und die Zurechnung an den "Inhaber" dieser Betriebe und Anlagen erfassen - für den Umweltbereich - ein ähnlich weites Spektrum wie dasjenige der besonders gefährlichen Tätigkeit in Artikel 50 VE[1717]. Der Unterschied liegt noch darin, dass das charakteristische Risiko der vom USG anvisierten Betriebe und Anlagen ein typisch ökologisches sein muss und dass die (verschuldensunabhängige) Umwelt-Haftung nur zum Zuge kommt, wenn Schaden durch eine "Einwirkung" - d.h. über eine Umweltbeeinträchtigung[1718] - verursacht wird. Nicht unter Artikel 59*a* USG fiele also eine Vergiftung, die sich jemand mit umweltgefährlichen toxischen Stoffen oder Organismen durch direkten Kontakt zuzieht, ohne dass damit eine eigentliche Verunreinigung, Belastung oder Veränderung von Luft oder Wasser oder Boden verbunden wäre.

Diese an sich künstliche Einengung hat nun prompt zu Schwierigkeiten geführt, und zwar im Zusammenhang mit dem Versuch, im Rahmen des sogenannten "Gen-Lex-Programms" und durch eine erneute Revision des Umweltschutzgesetzes, eine spezielle (Gefährdungs-) Haftung für Schäden einzuführen, die durch gentechnisch veränderte und/oder pathogene Organismen verursacht werden könnten; trotz der sehr weiten Umschreibung der Einwirkung (vgl. Anm.1718) befürchtet man auch in diesem Bereich, dass Schäden auf direkte Weise - ohne "Umweg" über ein Umweltmedium - bewirkt werden könnten. Es wurden daher verschiedene Formulierungen erwogen, die aber alle daran kranken, dass der systematisch vorgegebene Zusammenhang mit dem Umweltschutz auf ziemlich künstliche Weise hergestellt werden muss bzw. überhaupt nicht mehr aufrechterhalten werden kann[1719].

Diese Erfahrung bestärkt die Verfasser des Vorentwurfs in der bereits angedeuteten Intention, für die Auswirkung des Allgemeinen Teils auf das USG mindestens als Variante (Variante A) ein Modell vorzulegen, welches von der Leitidee der "Kleinen Lösung" abweicht und nach welchem dieses Gesetz keine

---

[1717] Vorne Ziff. 2.4.4; vgl. auch Ziff. 1.1.2.2.

[1718] Nach Art. 7 Abs. 1 rev. USG sind "Einwirkungen" definiert als "Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen, Strahlen, Gewässerverunreinigungen oder andere Eingriffe in Gewässer, Bodenbelastungen, Veränderungen des Erbmaterials von Organismen oder Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung von Lebensgemeinschaften, die durch den Bau und Betrieb von Anlagen, durch den Umgang mit Stoffen, Organismen oder Abfällen oder durch die Bewirtschaftung des Bodens erzeugt werden."

[1719] In der letzten vorliegenden Fassung (Juli 1999) wird vorgeschlagen, in Art. 59*a* USG eine neuen Absatz 1[bis] einzufügen, der auf die Umwelt überhaupt nicht mehr Bezug nimmt: "Der Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen wegen des Umgangs mit gentechnisch veränderten oder pathogenen Organismen eine besondere Gefahr verbunden ist, haftet für den Schaden, der durch die Verwirklichung dieser Gefahr entsteht".

eigene Haftungsnorm mehr enthalten müsste, weil die allgemeinen Prinzipien der Artikel 48 ff. VE genügen und insbesondere die Gefährdungshaftung nach Artikel 50 VE auch (aber nicht nur) die Fälle ökotoxischer Aktivitäten abdeckt[1720]. Der gegenwärtige 4. Titel des Umweltschutzgesetzes würde damit auf die Bestimmung über die Sicherstellung zusammenschrumpfen.

Als traditionellere Alternative (Variante B) wird dagegen ein Konzept zur Diskussion gestellt, das auf der Linie der "Kleinen Lösung"[1721] bleibt und den geltenden Artikel 59*a* USG sozusagen als umweltorientierten "Klon" der Generalklausel von Artikel 50 VE beibehält.

In der ersten Variante wird auch vorgeschlagen, die verwaltungsrechtliche Kostenauflage zu "privatisieren", bzw. in eine Anweisung an die Behörde umzuwandeln, ihren zivilrechtlichen Ersatzanspruch für die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen geltend zu machen. Dadurch kann die Haftung auch in diesem Bereich nach normalen Zurechnungskriterien festgelegt und die ebenso krampfhafte wie praktisch unbefriedigende Differenzierung zwischen "Verhaltens-, Zustands- und Finderstörern" begraben werden[1722]. Die zweite Variante behält auch in diesem Punkt das geltende Konzept bei.

VARIANTE A

4.2.45.A01 Artikel 59

Diese geltende Bestimmung über die verwaltungsrechtliche Kostenauflage (auch "antizipierte Ersatzvornahme") wird dahin geändert, dass die Behörde ihren Ersatzanspruch nicht mehr mit einer Verfügung und in einem allenfalls daran anschliessenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegen irgendeinen "Störer" durchsetzen kann oder muss, sondern von Gesetzes wegen gehalten ist, einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, der sich auf einen der anwendbaren Haftungsgründe (insbesondere Art. 48/48*a*, 49/49*a* oder 50 VE, allenfalls auf einen spezialgesetzlichen Haftungstatbestand) i.V.m. Artikel 45*d* und 45*f* VE stützt. Damit soll gewährleistet werden, dass auch bei Ersatzansprüchen der öffentlichen Hand nicht ein diffuses und undifferenziertes Verursacherprinzip[1723], sondern rechtspolitisch anerkannte Verantwortlichkeits- und Zurechnungskriterien zur Anwendung kommen. - Allerdings soll die Bestimmung auch in Fällen zur Anwendung gelangen können, wo beispielsweise ein Grundeigentümer auf seinem eigenen Grundstück eine Einwirkung verursacht, für die er zivilrechtlich nicht haftbar gemacht werden könnte, solange er damit nur sich selbst schädigt[1724]. Im Rahmen des gemäss Variante A neu formulierten Artikel 59 USG muss deshalb der Begriff "verantwortliche Person" in einem entsprechend weiten Sinne (nicht beschränkt auf "haftpflichtig") verstanden werden; der französische Wortlaut "responsable" deckt beide Bedeutungen ab.

[1720] Vorne Ziff. 1.2.2.3.1 vor Anm. 203.

[1721] Vorne Ziff. 2.4.4.2 bei Anm. 674.

[1722] Vorne Ziff. 4.2.33.02 und Anm. 1626 daselbst.

[1723] Widmer P., Votum am Schweiz. Juristentag 1989 in Flims, ZSR 1989 II, S. 553 ff.

[1724] Vgl. Art. 45*d* Abs. 2 VE und vorne Ziff. 2.3.2.2.5 a.E.

4.2.45.A02 Artikel 59a

Die Vorschrift übernimmt in der Variante A den Text des geltendes Artikels 59*b* über die Sicherstellung. Dieser Begriff wird gleichzeitig zur neuen Überschrift des 4. Titels, während das leere Gefäss des alten

4.2.45.A03 Artikel 59b

aufgehoben werden kann.

VARIANTE B

In dieser Variante ändert sich gegenüber dem geltenden Recht lediglich die Formulierung des Haftungsgrundsatzes in Artikel 59*a* Absatz 1 USG sowie die Form der Verweisung auf das Obligationenrecht, welche gleichzeitig die Bestimmungen über die Entlastung, den Vorrang strengerer Bestimmungen und die Haftung der Gemeinwesen überflüssig macht. Als Grund für die Beibehaltung einer umweltspezifischen Haftungsbestimmung kann formal die konsequente Durchführung der sogenannten "Kleinen Lösung" im Verhältnis zur Generalklausel von Artikel 50 VE geltend gemacht werden; materiell spricht dafür ein gewisses psychologisches Element, nämlich der besondere Symbolgehalt einer eben erst - mit der Revision von 1995 - eingeführten "Umwelthaftung", welche auch mit ihrer präventiven Dimension dieses vorrangige politische Ziel des ausgehenden 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts unterstreicht.

4.2.45.B01 Artikel 59a

Absatz 1 enthält den Haftungsgrundsatz, der neu in Anlehnung an Artikel 50 VE formuliert ist und das restriktive Element der "Einwirkung" nicht mehr enthält. An sich könnte man bei dieser Konzeption die Einschränkung auch beibehalten, nachdem die Generalklausel der Gefährdungshaftung als Auffangnetz für diejenigen Fälle vorhanden ist, welche mangels Umweg über eine Umweltbeeinträchtigung von der USG-Haftung nicht erfasst würden; verzichtet man darauf, so erscheint die Bestimmung klar als blosse, aber mit umweltpolitischer Signalwirkung ausgestattete Konkretisierung der Generalklausel.

> Absatz 2 übernimmt unverändert den - an sich unnötigen, aber vom Parlament anlässlich der jüngsten Revision aus eigener Initiative eingefügten und daher etwas reformresistenteren - Text, der Indikatoren für die Annahme einer besonderen (Umwelt-) Gefährlichkeit enumeriert.

Absatz 3 enthält neu eine der üblichen Verweisungsformeln, mit der für alle im USG nicht besonders geregelten Fragen der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im OR anwendbar erklärt wird; er tritt an Stelle der geltenden Enumeration anwendbarer Bestimmungen in Absatz 4.

Das ist auch der Grund, weshalb die geltenden Absätze 3-6 dieser Bestimmung überflüssig werden. Das gilt namentlich für die in Artikel 47*a* VE allgemein vorgesehenen Entlastungsgründe (bisher Abs. 3) und für die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Haftung auf die Gemeinwesen aller Stufen (bisher Abs. 6), welche (für die Gefährdungshaftung) generell in Artikel 43 und 43*a* Absatz 2 VE

verankert wird. Auf die bisher in Absatz 5 enthaltene Verweisung auf Artikel 3 USG, der strengere Vorschriften in anderen Bundesgesetzen, insbesondere diejenigen des KHG im Nuklearbereich vorbehält, kann ebenfalls verzichtet werden; es handelt sich um Fragen der Haftungskumulation oder -konkurrenz, die in Artikel 53 ff. VE generell geregelt sind.

Artikel 59*b*

bleibt in dieser Variante auch systematisch unverändert.

4.2.46 Gewässerschutzgesetz (GSchG)

Die im revidierten Gewässerschutzgesetz von 1991 anstelle der früheren Erfolgshaftung von Artikel 36 aGSchG eingeführte Gefährdungshaftung (Art. 69)[1725] ist durch den neuen Artikel 59*a* des revidierten Umweltschutzgesetzes, dem sie gleichzeitig als Vorbild gedient hat (vorne Ziff. 4.2.45), absorbiert[1726] und demzufolge aufgehoben worden.

Dagegen ist Artikel 54 stehen geblieben, der - wie Artikel 59 USG, wenn auch in leicht abweichendem Wortlaut - die "verwaltungsrechtliche Kostenauflage" für Schadenabwehr- und -minderungs-massnahmen vorsieht. Die USG-Bestimmung - sofern man sie als solche überhaupt beibehalten will[1727] - deckt aber auch den Bereich des Gewässerschutzes ab, so dass hier auf eine Wiederholung verzichtet werden kann[1728].

4.2.47 Strahlenschutzgesetz (StSG)

In das am 1. Oktober 1994 in Kraft getretene Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 hat das Parlament in einem 4. Kapitel unter dem Titel "Haftpflicht" eine hybride Haftungsform eingefügt[1729], wonach demjenigen, welcher "Einrichtungen betreibt oder eine Tätigkeit ausübt, die eine Gefährdung durch ionisierende Strahlen mit sich bringen", der Befreiungsbeweis offengehalten wird, "dass er alle Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgewendet hat" (Art. 39 Abs. 1).

Obschon zu dieser Bestimmung noch keine Judikatur vorliegt, kann man mit grosser Sicherheit voraussagen, dass der Befreiungsbeweis (wie in den vergleichbaren Tatbeständen der Artikel 55 und 56 OR) entweder toter Buchstabe

---

1725 Vorne Ziff. 1.1.2.2.

1726 USG (in der Fassung vom 21. Dezember 1995, AS 1997 1155 ff., Anhang Ziff. 2).

1727 In Variante A zur Anpassung des USG (Ziff. 4.2.45.A01 hievor) wird die Aufhebung dieser Bestimmung bzw. deren Ersetzung durch eine Anweisung an die Behörde vorgeschlagen, sich auf zivilrechtlichem Wege bei der verantwortlichen Person schadlos zu halten.

1728 Die Botschaft zur Revision des USG (BBl 1993 II 1445 ff.) äussert sich dazu merkwürdigerweise nicht; auf S. 1501 der Botschaft (Ziff. 42 zu Art. 59) wird lediglich ausgeführt, dass Art. 59 USG an die zwingende Formulierung von Art. 54 GSchG anzupassen sei. Davon, dass die Parallelbestimmung des GSchG - wie im Falle der Haftung (Botschaft S. 1553; Ziff. 82 betr. Änderungen geltenden Rechts) - überflüssig werde, ist nicht die Rede.

1729 Dies trotz Abmahnung durch die Studienkommision, welche die Neuschaffung obgenannter "einfacher" oder "milder" Kausalhaftungen möglichst vermeiden wollte; vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25.

bleiben wird, weil der Eintritt des Schadens regelmässig als Beweis dafür angesehen wird, dass eben gerade nicht "alle Sorgfalt" aufgewendet worden ist, um ihn zu vermeiden; oder aber der objektive Sorgfaltsbeweis wird als gewöhnlicher ("adäquanzverdrängender") Entlastungsbeweis in Fällen von höherer Gewalt bzw. von grobem Selbst- oder Drittverschulden gehandhabt, wie es bei jeder normalen Gefährdungshaftung (und im neuen Recht gestützt auf die allgemeine Regel von Art. 47*a* VE) auch geschehen müsste.

Für die Autoren des Vorentwurfes unterliegt keinem Zweifel, dass es sich beim Umgang mit ionisierenden Strahlen um eine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne der Generalklausel von Artikel 50 VE handelt. Das Parlament hat hier offenkundig aus politischen Überlegungen - namentlich im Sinne eines Entgegenkommens gegenüber den medizinischen Berufen - einen vermeintlichen Kompromiss gesucht[1730]. Sachlich angemessen ist diesem Tatbestand eine echte Gefährdungshaftung[1731]; eine solche wird nachstehend denn auch vorgeschlagen, nachdem soeben dargetan worden ist (und mit Rechtsprechung zur Geschäftsherren- und zur Tierhalterhaftung reichhaltig untermauert werden könnte), dass die Beruhigungspille des Sorgfaltsbeweises ein reines Placebo ist.

4.2.47.01 Artikel 39

Absatz 1 enthält (wie auch die neue Sachüberschrift zum Ausdruck bringt) den Haftungsgrundsatz, der in Anlehnung an die Generalklausel von Artikel 50 VE als Gefährdungshaftung formuliert wird. Das hat insbesondere zur Folge, dass der Befreiungsbeweis ("sofern er nicht nachweist ...") entfällt. Es gelten die generellen Entlastungsmöglichkeiten nach den Regeln von Artikel 47/47*a* VE. Die neue Formulierung hebt anderseits auch deutlicher hervor, dass die Gefährdungshaftung nur für Schäden Platz greift, welche "durch Verwirklichung der ... charakteristischen Risiken" des Umgangs mit ionisierenden Strahlen verursacht werden; die Abgrenzung gegenüber der Haftung aus dem Kernenergiehaftpflichtgesetz wird aber in Absatz 3 noch explizit gezogen.

Der geltende Absatz 2 über die Solidarhaftung mehrerer Haftpflichtiger entfällt als überflüssig; über die Generalverweisung in Absatz 4 gelten die allgemeinen Regeln von Artikel 53*b* und 53*c* VE.

> Hingegen ist der geltende Absatz 3 betreffend die Abgrenzung zum Kernenergiehaftpflichtgesetz (vorne Ziff. 4.2.33) als Absatz 2 unverändert beizubehalten[1732].

Absatz 3 enthält neu und mit einer assoziativen Bezugnahme auf den Vorbehalt von Absatz 2 die übliche Verweisungsformel auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, der auch auf die Haftung aus Strahlenschutzgesetz überall da

---

[1730] Effektiv debattiert wurde die Frage im Plenum der beiden Kammern nicht; im Ständerat warf der Berichterstatter - unter ausdrücklichem Hinweis auf die bevorstehende Totalrevision des Haftpflichtrechts - scharfe und milde Kausalhaftung ziemlich bunt durcheinander (Amtl. Bull. 1990: NR 1573; SR 1058).

[1731] In diesem Sinne auch: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 317.

[1732] Vgl. Art. 1 Abs. 2 KHG und die Botschaft vom 17. Februar 1988 zum Strahlenschutzgesetz (BBl 1988 II 181 ff.), S. 218 ff. (Ziff. 25 : Haftpflicht und Versicherung).

anwendbar sein soll, wo das Spezialgesetz nicht ausdrücklich Abweichendes vorsieht (vgl. nachfolgend zu Art. 40).

4.2.47.02 Artikel 40

Diese Bestimmung sieht spezielle, auf die bei Strahlenexposition zu befürchtenden Spätschäden ausgerichtete Verjährungsfristen vor. Da nicht feststeht, wie die in Artikel 55 VE für das gesamte Haftpflichtrecht vorgesehenen relativen und absoluten Verjährungsfristen schliesslich aussehen werden, ist diese Sondervorschrift (wie in Art. 10 KHG; vgl. vorne Ziff. 4.2.33.06) einstweilen beizubehalten. Sie wird lediglich redaktionell der Terminologie des Allgemeinen Teils angepasst; dabei kann die Gelegenheit benützt werden, den (neben der Kapitelüberschrift) unnötig ausführlichen Titel zu straffen.

4.2.48 Lebensmittelgesetz (LMG)

Das 1992 totalrevidierte Lebensmittelgesetz enthält in dem mit "Rechtsschutz" betitelten 2. Abschnitt des 7. Kapitels einen mit "Haftung (Responsabilité civile)" überschriebenen Artikel 57, wonach das zuständige Gemeinwesen ("Die Körperschaft") ohne Verschulden für den Schaden haftet, den ihre Behörde beim Vollzug des LMG widerrechtlich ("de manière illicite") verursacht, indem sie alternativ vier speziell umschriebene Tatbestände verwirklicht.

Nach der bundesrätlichen Botschaft[1733] handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung von Sachverhalten, für welche angesichts der Disparität der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze eine einheitliche Regelung getroffen werden soll, die auch einen ausreichenden Schutz der Geschädigten gewährleistet. Die Vorschrift soll auch - was ihrem Wortlaut freilich nicht unmittelbar zu entnehmen ist - die direkte Belangung fehlbarer Beamter ausschliessen. Hingegen soll das kantonale Verantwortlichkeitsrecht bei den Modalitäten der Haftung (Bemessung, Genugtuung, Verjährung etc.) sowie in Haftungsfällen gelten, welche unter keinen der explizit aufgeführten Tatbestände fallen.

Abgesehen von dieser nicht sehr einleuchtenden Zweispurigkeit der Haftungsprinzipien und Haftungsmodalitäten je nach kantonaler Verantwortlichkeitsregelung, erscheint die Bestimmung im Lichte des hier zu erläuternden Vorentwurfes insofern überflüssig als entweder - soweit der Schaden durch eine Bundesbehörde verursacht wird - das Verantwortlichkeitsgesetz (VG, vorne Ziff. 4.2.11) und damit über die Generalverweisung in Artikel 9 Absatz 1 VG auch der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts oder aber - soweit eine kantonale Behörde verantwortlich ist - das entsprechende kantonale Gesetz zur Anwendung kommt. Dieses muss aber gemäss Artikel 43*a* VE in jedem Fall eine originäre, verschuldensunabhängige Haftung des Staates vorsehen, womit der von Artikel 57 LMG beabsichtigte Mindestschutz ohnehin gewährleistet ist.

Artikel 57 kann daher aufgehoben werden.

[1733] BBl 1989 I 893 ff. (967 f.).

4.2.49 Zivildienstgesetz (ZDG)

Das Zivildienstgesetz vom 6. Oktober 1995, welches gestaffelt am 1. Juni und 1. Oktober 1996 in Kraft getreten ist, enthält ein eigenes 7. Kapitel über die "Haftung für Schäden", welches (wie der in der deutschen Fassung etwas redundante Titel) teilweise den Bestimmungen des Militärgesetzes (MG; vorne Ziff. 4.2.31) sowie des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; vorne Ziff. 4.2.11) nachgebildet ist. Es regelt die Haftung des Bundes gegenüber dem Einsatzbetrieb, diejenige des Einsatzbetriebes gegenüber Dritten und gegenüber der zivildienstleistenden Person, sowie die Haftung der dienstleistenden Person selbst. Wie im Beamten- und Militärrecht (Art. 3 Abs. 3 VG und Art. 135 Abs. 4 MG) ist ein Direktanspruch Dritter gegen die zivildienstleistende Person ausgeschlossen und ist ein Direktanspruch wie auch ein Rückgriff des Bundes gegen solche Personen auf Fälle von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beschränkt.

Wie bereits beim MG schlagen die Verfasser des Vorentwurfes vor, den Titel kürzer und weniger pleonastisch zu fassen, nämlich französisch "Responsabilité" (statt "responsabilité civile") und zu deutsch "Haftung" (statt "Haftung für Schäden"). Die übrigen Änderungen ergeben sich durch Anpassung an den Allgemeinen Teil bzw. Verweisung auf denselben:

4.2.49.01 Artikel 52

Diese Bestimmung regelt die Haftung des Bundes für Schäden, welche die - "in Erfüllung ihrer Zivildienstpflicht" gleichsam als abdetachierte Hilfsperson des Bundes agierende - "zivildienstleistende Person" dem Einsatzbetrieb zufügt. Dafür haftet der Bund in dem Ausmass, wie die dienstleistende Person selber haften würde, wenn sie privatrechtliche Arbeitnehmerin des Einsatzbetriebes wäre, d.h. nach Artikel 321*e* OR. Nachdem die Artikel 48/48*a* VE für die Umschreibung des Verschuldens bzw. der Fahrlässigkeit ohnehin das Modell von Artikel 321*e* OR übernehmen, kann man sich fragen, ob eine derartige Verweisung überhaupt noch notwendig ist; an sich käme man zum selben Resultat, wenn man eine Haftung des Bundes gegenüber dem Einsatzbetrieb für Verschulden der zivildienstleistenden Person vorsehen würde. Das gälte sowohl für die ausservertragliche wie auch - nach Artikel 42 VE - für die vertragliche Haftung. Es mag indessen seine gesetzgeberisch-didaktische Bedeutung haben, die Parallele zum zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis explizit aufzuzeigen, so dass die Bestimmung grundsätzlich beibehalten werden soll. Die vorgeschlagene neue Redaktion verdeutlicht diese Parallele und unterstreicht zudem die Einheitlichkeit von konkurrierender Vertrags- und Deliktshaftung, indem sie generell auf das Obligationenrecht verweist.

4.2.49.02 Artikel 53

In dieser Vorschrift geht es um Schäden, welche die dienstleistende Person als Hilfsperson oder Erfüllungsgehilfin ihres Einsatzbetriebes Dritten zufügt.

> Dafür haftet nach dem unveränderten Absatz 1 grundsätzlich der Einsatzbetrieb als Geschäftsherr, je nach den Umständen gemäss Artikel 55 oder 101 OR (bzw. Art. 49*a* VE).

Absatz 2 enthält zwei Ausnahmetatbestände, bei denen der Bund anstelle des Einsatzbetriebes haften soll, nämlich:

- einerseits dann, wenn der Einsatzbetrieb selbst eine Korporation des öffentlichen Rechts ist, die nach den für sie geltenden Regeln nicht direkt in Anspruch genommen werden kann, wie dies im Anwendungsbereich einzelner kantonaler Verantwortlichkeitsgesetze (noch) zutrifft;
- andererseits in den Fällen, wo wegen des Haftungsprivilegs nach Artikel 44 Absatz 2 UVG (hienach Ziff. 4.2.50) ein Direktanspruch gegen den Einsatzbetrieb ebenfalls nicht besteht.

Diese beiden Tatbestände werden aber durch die Haftpflichtrechtsreform ausgeschaltet: der erste durch Artikel 43*a* VE, welcher für das kantonale Verantwortlichkeitsrecht einen Mindeststandard vorschreibt, zu welchem die Möglichkeit des Direktanspruchs gegen die entsprechende juristische Person gehört; der zweite entfällt, weil das sogenannte "Arbeitgeberprivileg" im UVG auf ein blosses Regressprivileg reduziert wird[1734]. Damit wird der Absatz gegenstandslos und kann aufgehoben werden.

Absatz 3 betrifft das Rückgriffsrecht des Einsatzbetriebes gegen den Bund. Dass der Einsatzbetrieb nach Absatz 1 Ersatz geleistet haben muss, um ein Rückgriffsrecht geltend machen zu können, versteht sich von selbst und braucht nicht ausdrücklich gesagt zu werden. Im übrigen wird die Redaktion des Absatzes an jene von Artikel 52 ZDG angeglichen, wo es auch um die Parallele zur Arbeitnehmerhaftung nach Obligationenrecht geht.

4.2.49.02^{bis} Artikel 54

Bleibt unverändert und wird hier nur *pro memoria* mit dem Hinweis darauf erwähnt, dass der Vorbehalt zugunsten der Militärversicherung im Rahmen der Beratungen über den ATSG-Entwurf[1735] zu überprüfen bleibt.

4.2.49.03 Artikel 55

Es wird lediglich eine redaktionelle Änderung im Titel der französischen Fassung vorgeschlagen: auch hier soll anstelle von "Responsabilité civile de la personne en service" lediglich von "Responsabilité" die Rede sein.

4.2.49.04 Artikel 57

Unter dem Titel "Haftungsgrundsätze" enthält die Vorschrift in Absatz 1 eine sehr selektive Verweisung auf Bestimmungen des Obligationenrechts über die Festsetzung und Bestimmung der Ersatzleistung, über die Schadensposten bei

---

[1734] Im Prinzip sollte diese Revision von Art. 44 Abs. 2 UVG im Rahmen des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG) verwirklicht werden, dessen Entwurf seit 1991 im Parlament hängig ist. Zur Sicherheit wird aber eine entsprechende Änderung des UVG auch im Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision beantragt (vgl. hinten Ziff. 4.2.50).

[1735] Soeben Anm. 1734. Vgl. auch den Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.5.

Tötung und Körperverletzung, über Genugtuung, Solidarität und Regress sowie über Rechtfertigungsgründe und das Verhältnis zum Strafrecht.

Absatz 2 paraphrasiert Artikel 43 Absatz 1 OR noch in der Weise, dass die persönlichen Verhältnisse der dienstleistenden Person, ihr geltendes Verhalten während des Zivildienstes und die besonderen Umstände des Einsatzes "bei der Haftung" - gemeint ist wohl bei der Ersatzbemessung - berücksichtigt werden sollen.

Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs kann Absatz 1 aufgehoben bzw. durch eine Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt werden, die indessen systematisch besser am Ende des Kapitels (neuer Art. 61 ZDG) plaziert wird.

Absatz 2 ermangelt neben einer solchen Verweisung, die insbesondere auch die Artikel 48*a* und 52 VE betrifft, gleicherweise einer eigenständigen Bedeutung und ist daher ebenfalls zu streichen.

4.2.49.04^{bis} Artikel 58

Die Bestimmung enthält eigentümliche Verfahrensbestimmungen, die dem besonderen (öffentlich-rechtlichen) Charakter des Zivildienstes und der daran anknüpfenden Haftung Rechnung tragen. Sie werden durch die Haftpflichtrechtsreform grundsätzlich nicht berührt. Immerhin sei - weil das Problem auch im Rahmen von Artikel 59 ZDG auftaucht - beiläufig bemerkt, dass die Kompetenzzuweisungen an die General- und Kreisdirektionen der PTT und SBB nach deren "Privatisierung" und Aufspaltung (in Post und Fernmeldedienste) wohl überprüft werden müssten.

4.2.49.05 Artikel 59

Diese Vorschrift stellt in Absatz 1 besondere Regeln für die Verjährung sowohl der gegen den Bund, wie auch der von diesem gegen andere Beteiligte gerichteten Ersatzansprüche auf. Dabei entspricht die relative Verjährungsfrist von 1 Jahr derjenigen des geltendes Artikels 60 Absatz 1 OR, während die absolute um die Hälfte verkürzt und auf 5 Jahre festgelegt wird. Diese Fristenregelung ist dieselbe wie sie Artikel 23 VG für Schadenersatzansprüche des Bundes gegenüber Beamten vorsieht (vgl. vorne Ziff. 4.2.11.11). Ob die Parallele - jedenfalls für Ansprüche des Einsatzbetriebes gegen den Bund - stichhaltig ist, scheint fraglich. Die Verfasser des Vorentwurfes möchten, wenn schon, zwischen Ansprüchen gegen den Bund und solchen des Bundes gegen andere Beteiligte differenzieren. So besteht nach ihrer Auffassung kein Anlass, bei Ansprüchen gegen den Bund eine andere als die auch in Artikel 21 VG neue Fassung (vorne Ziff. 4.2.11.10) vorgesehene und mit der allgemeinen Norm von Artikel 55 VE übereinstimmende Regelung (3 und 20 Jahre) aufzustellen. Soweit es sich umgekehrt um Ersatzansprüche des Bundes gegen Einsatzbetriebe oder gegen die zivildienstleistende Person handelt, lässt sich eine gewisse Privilegierung dieser Haftungssubjekte und eine Parallele zu Artikel 23 VG zur Not vertreten. Die Verfasser des Vorentwurfs übernehmen hier punkto Fristendauer die Regelung des geltendes Artikels 59 Absatz 2 ZDG, ohne von ihrer Zweckmässigkeit voll überzeugt zu sein.

Der geltende Absatz 2 - Verlängerung der Fristen nach Massgabe des allenfalls anwendbaren Strafrechts - entspricht Artikel 60 Absatz 2 OR, der nach den

Vorstellungen der Verfasser des Vorentwurfs - wie auch schon der Studienkommission[1736] - ersatzlos gestrichen werden soll (vgl. vorne Ziff. 2.8.4.2). Die Regel soll auch hier entfallen, so dass der freiwerdende Absatz die aus Absatz 1 herausgelöste Regel über die Verjährung von Ansprüchen des Bundes gegen andere aufnehmen kann.

Absatz 1 enthält in der neuen Fassung nur noch die Verjährungsregeln für Ansprüche, die gegen den Bund gerichtet sind. Sie entsprechen denjenigen in Artikel 55 VE und sind auch in Anlehnung an diese Bestimmung formuliert.

Absatz 2 regelt die Verjährung von Ansprüchen, die vom Bund ausgehen und sieht für sie (in Anlehnung an Art. 23 VG) die 1-jährige relative und die 5-jährige absolute Frist vor.

In einem neuen Absatz 3 wird aus dem geltenden Artikel 61 Absatz 2 für die Unterbrechung der Verjährung die Gleichstellung des schriftlichen Ersatzbegehrens an die PTT, SBB (vgl. zu diesem Punkt die Bemerkung zu Art. 58 ZDG hievor) und an den ETH-Rat, bzw. an das Eidgenössische Finanzdepartement, mit einer "Klage" im Sinne der Artikel 135 ff. OR übernommen.

4.2.49.06 Artikel 60

In dieser Bestimmung geht es um die Verjährung von Rückgriffsansprüchen: einerseits jener des Einsatzbetriebes gegen den Bund (vgl. Art. 53 Abs. 3 ZDG), anderseits derjenigen, die dem Bund gegen eine zivildienstleistende Person zustehen können (Art. 55 Abs. 2 ZDG).

Nach Absatz 1 der geltenden Fassung gelten für die Verjährung von Rückgriffsansprüchen des Einsatzbetriebes gegen den Bund die Haftungsbestimmungen, denen der Einsatzbetrieb untersteht, d.h. entweder privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bestimmungen. Nun ist diese Frage im Privatrecht nirgends allgemein geregelt - abgesehen von Sonderbestimmungen wie jener von Artikel 83 Absatz 3 SVG. Das ist gerade der Grund dafür, dass der Reformentwurf hiefür nun in Artikel 55*c* VE eine besondere Vorschrift statuiert, welche die Lösung des Artikel 83 Absatz 3 SVG generalisiert. Sie findet - über die Verweisung in Artikel 9 VG - grundsätzlich auch im Bereich der öffentlich-rechtlichen Haftung des Bundes Anwendung, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn kantonales Verantwortlichkeitsrecht anwendbar ist. Um dies zu erreichen, genügt jedoch die nachstehend vorzustellende Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im neu formulierten Artikel 61 ZDG.

Auch soweit es - wie in Absatz 2 - um Rückgriffsansprüche des Bundes gegen die zivildienstleistende Person geht, scheint sich eine Parallellösung zu Artikel 21 VG anzubieten, der gemäss den Vorschlägen der Verfasser des Vorentwurfs ebenfalls an Artikel 55*c* VE anzugleichen ist (vorne Ziff. 4.2.11.10). Demnach genügt auch hier die allgemeine Verweisung in Artikel 61 ZDG.

Unter diesen Umständen kann Artikel 60 ZDG gesamthaft aufgehoben werden.

[1736] Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.8 und These 511-6.

4.2.49.07 Artikel 61

Die Bestimmung enthält in der geltenden Fassung Sondervorschriften für die Unterbrechung und Geltendmachung der Verjährung, die sich allerdings materiell (Absatz 1) in einem Verweis auf das Obligationenrecht (Art. 135-138 und 142) erschöpfen. Vorgeschlagen wird, diese punktuelle durch eine umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts und damit auch auf jene Bestimmungen des Obligationenrechts zu ersetzen, welche die Modalitäten der Verjährung und ihrer Geltendmachung regeln.

Hinsichtlich der Bestimmung von Absatz 2 - wonach die gemäss den OR-Vorschriften verjährungsunterbrechende Wirkung der "Klage" im Rahmen des ZDG auch dem schriftlichen Ersatzbegehren an die zuständige Behörde zukommen soll - ist bereits vorgeschlagen worden, sie in einem neuen Absatz 3 von Artikel 59 ZDG (vorne Ziff. 4.2.49.05) unterzubringen; sie kann demnach hier weggelassen werden.

Artikel 61 ZDG besteht somit nur noch aus einem einzigen Absatz, der die schon mehrfach verwendete Standardformel der Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufnimmt (vgl. z.B.: Art. 9 Abs. 1 VG / vorne Ziff. 4.2.11.05; Art. 61 Abs. 1 ZSG / vorne Ziff. 4.2.32.02). Soweit Unterbrechung und Geltendmachung der Verjährung betroffen sind, muss diese Verweisung indirekt auch für die Artikel 135-138 sowie für Artikel 142 OR gelten, denn es unterliegt keinem Zweifel, dass diese Bestimmungen ergänzend auch auf die Verjährung ausservertraglicher Haftungsansprüche anwendbar sind.

4.2.50 Unfallversicherungsgesetz (UVG)

Das Unfallversicherungsgesetz von 1981 hat in seinem Artikel 44 aus dem früheren Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (KUVG Art.129) die schon damals nicht unangefochtene Regel übernommen, dass ein Direktanspruch des Versicherten (für den durch die Sozialversicherung nicht abgegoltenen Schaden) gegen dessen Ehegatten oder Verwandte in auf- und absteigender Linie sowie mit ihm in gemeinsamem Haushalt lebende Personen einerseits, und anderseits - bei Berufsunfällen - gegen den Arbeitgeber, dessen Familienangehörige und Arbeitnehmer (d.h. gegen Arbeitskollegen und -kolleginnen der geschädigten Person) nur möglich sein solle, soweit diese Personen den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hätten.

Dieses sogenannte "Familien- und Arbeitgeberprivileg" war schon seit geraumer Zeit Gegenstand von Kontroversen und parlamentarischen Vorstössen, welche auf seine Aufhebung tendierten[1737]. Diesem Postulat schloss sich auch die Studienkommission mit dem Vorschlag an, das Haftungsprivileg (im Anschluss an BGE 117 II 609 ff., 112 II 167 ff. und die entsprechende Regelung in Artikel 48ter, Satz 2, AHVG / 52 Abs. 1 IVG) auf ein blosses Regressprivileg zurückzustutzen; dies nachdem sie "mit Befremden (festgestellt hatte), dass diese Regelung (Art. 44 Abs. 2 UVG) im Entwurf zu einem ATSG unverändert über-

---

[1737] Vgl. z.B. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 451 ff.; ders., Haftpflicht im Privatrecht, II, a.a.O. (Anm. 51), S. 233 f., sowie neustens: Rumo-Jungo A., Haftpflicht und Sozialversicherung, Fribourg 1998, Rz. 380 ff. Zu den parlamentarischen Vorstössen vgl. auch vorne Ziff. 1.2.2.3.2 sowie die im Anhang figurierende Liste.

nommen" worden war[1738]. In der Folge schlug der Bundesrat in seiner "Vertieften Stellungnahme" zur Parlamentarischen Initiative Sozialversicherungsrecht vom 17. August 1994 den Text vor, der hier ebenfalls zur Diskussion gestellt wird[1739].

Die Verfasser des Vorentwurfes sind zwar nach wie vor der Auffassung, dass diese Regelung als generelle Norm in einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes hineingehört und da auch den ihr systematisch adäquaten Platz finden würde. Nachdem sich jedoch die parlamentarische Behandlung dieses Geschäfts einigermassen zögerlich gestaltet und doch ein sehr direkter Konnex zum Haftpflichtrecht existiert, wird mit der Integration in diese Vorlage versucht, der kaum mehr bestrittenen Lösung der Ersetzung des Haftungs- durch ein blosses Regressprivileg im UVG zum Durchbruch zu verhelfen.

4.2.51 Jagdgesetz (JSG)

Die Haftung gemäss Artikel 15 JSG ist deshalb ein wichtiges Beispiel einer echt verschuldensunabhängigen Haftung, weil sie einerseits eine der ältesten Ausprägungen dieses Haftungsprinzips[1740] und zudem das Muster einer Gefährdungshaftung repräsentiert, die nicht an die Herrschaft über bzw. die Halterschaft an Personen, Tiere oder Sachen anknüpft, sondern - wie die Generalklausel in Artikel 50 VE selbst - an eine Tätigkeit, die als solche ein nicht voll beherrschbares Risiko in sich birgt. Interessant ist diese Haftung auch unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei ihr offensichtlich nicht um eine Berufs- oder Betriebshaftung im engeren Sinne handelt, sondern um eine Verantwortlichkeit, die in erster Linie Freizeitaktivitäten betrifft[1741]; dies zeigt, dass Gefährdungshaftungen durchaus auch im - immer wichtig werdenden - Bereich nichtberuflicher Tätigkeiten in Betracht kommen können. Alle diese besonderen Charakteristika der Jagdhaftung rechtfertigen es zusätzlich zum Prinzip der "Kleinen Lösung", sie im JSG aufrecht zu erhalten. Ebenso ist das Versicherungsobligatorium in Artikel 16 beizubehalten; es genügt aber die prinzipielle Anordnung in Absatz 1; die Absätze 2 - 4 enthalten Regeln, die im allgemeinen Teil (Art. 54*c* und 54*h* VE) bereits vorgesehen sind.

Haftungsbestimmungen finden sich auch in den Artikeln 12 und 13 (Wildschaden) sowie 23 (Schadenersatz bei Jagdvergehen) JSG. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Anlass, an die Substanz dieser Vorschriften zu rühren, die teilweise auf die Gesetzgebungskompetenz der Kantone verweisen. Es ist aber selbstverständlich, dass auch hier für die Modalitäten der Haftpflicht grundsätzlich der Allgemeine Teil des (Bundes-) Haftpflichtrechts gelten muss; insofern ist Artikel 23, 2. Satz redaktionell anzupassen.

[1738] Bericht der Studienkommission a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4 und These 62-7.

[1739] BBl 1994 V 921 ff., 959 f. ad Art. 82 Entwurf ATSG. Vgl. jetzt auch der Vorschlag der Nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit, BBl 1999 IV 4523 (4659 f.).

[1740] Eine entsprechende Bestimmung enthielt in Art. 13 bereits das alte Jagdgesetz von 1925.

[1741] Insofern besteht eine offenkundige Parallele zum Sport - man ist versucht zu sagen: zu a n d e r e n Sportarten.

4.2.51.01 Artikel 15

Absatz 1 statuiert den Haftungsgrundsatz in so konziser und doch vollständiger Weise, dass darauf verzichtet werden soll, ihn redaktionell auf die Generalklausel von Artikel 50 VE abzustimmen, wie das für andere Spezialgesetze vorgeschlagen wird; einzig die Gelegenheit zu moderner geschlechtsneutraler (und etwas weniger strafrechtlich klingender) Formulierung wird benützt, indem das "wer" durch "die Person, die [durch Jagdausübung Schaden verursacht ...]" ersetzt wird. Trotzdem ist auch Artikel 15 Absatz 1 JSG im Geiste der Generalklausel zu verstehen und so zu interpretieren, dass die Haftung für alle Schäden (abgesehen von reinen Vermögensschäden, vgl. Art. 45 Abs. 3 VE) gilt, welche dadurch verursacht werden, dass sich die charakteristischen Risiken der Jagdausübung verwirklichen. Dazu gehört z.B. auch Schaden aus einem Verkehrsunfall, der durch fliehendes gehetztes Wild verursacht worden ist[1742].

Darüber, ob auch Schaden erfasst werden soll, der durch "Selbsthilfemassnahmen gegen jagdbare Tiere" nach Artikel 12 Absatz 3 JSG verursacht werden könnte - z.B. dadurch, dass beim Schiessen auf Vögel Menschen oder Sachen zu Schaden kommen - lässt sich ebenso diskutieren wie über die Frage, ob auch der von Wildhütern und -aufsehern verursachte Schaden (Art. 43*a* VE) darunter fällt; will man Artikel 15 JSG nicht direkt anwenden[1743], so scheint jedenfalls für jedes jagdähnliche "Herumballern" mit Handfeuerwaffen eine Analogie auf der Grundlage von Artikel 50 VE durchaus angezeigt.

Auch Absatz 2 bedarf als Verweisung auf die allgemeinen Grundsätze und Modalitäten des Haftpflichtrechts lediglich redaktioneller Anpassung.

4.2.51.02 Artikel 16

In der französischen Version bedarf die Artikelüberschrift - ein unmotivierter Plural ("assurances"), der im deutschen Text fehlt - der Korrektur.

Das Versicherungsobligatorium im geltenden Absatz 1 soll selbstverständlich bestehen bleiben; die redaktionelle Anpassung betrifft hier wiederum die geschlechtsneutrale Bezeichnung der versicherungspflichtigen Person: dies lässt sich durch einfaches Weglassen des ohnehin redundanten Pronomens "alle/tous" erreichen.

Der geltende Absatz 2 begründet ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer; dieses ist durch Artikel 54*c* VE - der über die Verweisung im neuen Artikel 15 Absatz 2 JSG anwendbar erklärt wird - allgemein vorgegeben und deshalb hier überflüssig.

Die geltenden Absätze 3 und 4 entsprechen den allgemeinen Regeln von Artikel 54*h* Absatz 1 und 2 VE über den Einredenausschluss und den Rückgriff des Versicherers; sie können deshalb ebenfalls aufgehoben werden.

[1742] Vgl. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 320 mit weiteren Beispielen.

[1743] Keller A., loc.cit.

4.2.51.03 Artikel 23

Die (sehr allgemeine) Verweisung auf das OR im 2. Satz wird lediglich redaktionell an die Neufassung der Artikel 41 ff. OR angepasst und auf die haftpflichtrechtlichen Regeln beschränkt.

4.2.52 Fischereigesetz

Dem Fischereigesetz (1991 revidiert) fehlt eine eigenständige Haftungsbestimmung, obschon es einen mit "Haftpflicht" überschriebenen Abschnitt bestehend aus einem einzigen Artikel 15 enthält. Dieser ist vor allem für die Schadensberechnung (Abs. 2) von Bedeutung; ferner sieht Absatz 3 eine Zweckbindung der Entschädigung vor und verpflichtet zu möglichst rascher Wiederherstellung betroffener Fischbestände. Man kann sich darüber wundern, dass bei der Revision des USG 1995, in deren Zug die Haftpflichtbestimmung von Artikel 69 GSchG aufgehoben wurde[1744], die Haftungsgrundsätze des Fischereigesetzes nicht gleichzeitig überprüft worden sind. Absatz 1 hat in diesem Sinne bloss den Charakter einer Introduktion zu den zwei folgenden Regeln.

Artikel 15 Absatz 1, der sich in einer blossen Verweisung auf die "Haftpflichtbestimmungen der Bundesgesetzgebung" erschöpft, kann wegfallen, wenn die nachfolgenden zwei Absätze - wie vorgeschlagen - ebenfalls gestrichen werden. Dass auch bei Schäden an Fischgewässern und an Fischbeständen die entsprechenden Haftungsbestimmungen anwendbar sind, versteht sich von selbst.

Absatz 2 hält fest, dass bei der Schadenersatzberechnung das verminderte Ertragsvermögen des betroffenen Gewässers zu berücksichtigen sei. Ursprünglich handelte es sich bei dieser Bestimmung um die Korrektur einer unbefriedigenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 90 II 147), welche den Schaden am Fischbestand als nicht ersatzfähig bezeichnet hatte, weil eine *res nullius* betroffen sei. Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Auffassung, dass man durch kombinierte Anwendung der Artikel 45*c* und 45*d* VE (Sachschaden und Umweltschaden) zum beabsichtigten Resultat gelangen sollte: soweit Wasser samt Inhalt als Umweltbestandteil betroffen ist, ist auch entsprechender Nutzungsausfall ersatzfähig. Damit wäre eine entsprechende ausdrückliche Regel für den Bereich des Fischereigesetzes entbehrlich.

Absatz 3: Die hier vorgeschriebene Zweckbindung der Entschädigung ergibt sich bei Anwendung von Artikel 45*d* Absatz 2 VE: Klar ist dies ohnehin dann, wenn das Gemeinwesen Gläubiger der Entschädigung ist (Legalitätsprinzip); soweit private Umweltschutzorganisationen aktivlegitimiert sind, ergibt es sich aus dem Erfordernis, dass sie die entsprechenden Massnahmen tatsächlich bereits ergriffen oder mindestens vorbereitet haben müssen. Einzig der vagen und kaum vollstreckbaren Ordnungsvorschrift wegen, dass die Wiederherstellung "möglichst bald" zu erfolgen hat (was regelmässig im höchsteigenen Interesse der Geschädigten bzw. der mit den Restaurationsmassnahmen betrauten Personen oder Institutionen liegen wird), lohnt sich die Beibehaltung der Vorschrift nicht.

[1744] Vgl. vorne 4.2.45 und 4.2.46.

4.2.53 Edelmetallkontrollgesetz (EMKG)

Der aus dem Jahre 1933 stammende Erlass enthält zwei haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen, die im Rahmen der Teilrevision von 1994[1745] nicht geändert wurden und auf welche verzichtet werden kann:

4.2.53.01 Artikel 38

Absatz 4 dieser Bestimmung, welche unter dem Randtitel "Obliegenheiten (der Kontrollämter)" im Fünften Abschnitt des Gesetzes über die "Organisation" steht, statuiert "für den Schaden aus fehlerhafter Ausführung der dem Kontrollamt übertragenen Amtshandlungen" - je nachdem ob es sich um eine Fehlleistung des Zentralamtes (vgl. Art. 35/36 EMKG) oder eines kantonalen Kontrollamtes handelt - eine Haftung des Bundes oder des betreffenden Kantons. Diese ist insofern subsidiär, als sie nur zum Tragen kommen soll, "soweit die fehlbaren Organe dafür nicht aufzukommen vermögen".

Die Vorschrift ist, was die Ebene des Bundesrechts betrifft, schon seit einiger Zeit durch das Verantwortlichkeitsgesetz überholt, welches eine verschuldensunabhängige Haftung des Bundes für seine Beamten und Angestellten vorsieht, den Direktanspruch der geschädigten Person gegen Bundesangestellte ausschliesst und einen Rückgriff auf dieselben nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz zulässt[1746]; abgesehen von Zweifeln daran, dass sich ein Direktanspruch gegen die Organpersonen im Edelmetallkontrollwesen besser rechtfertigen lässt als anderswo, erübrigt sich eine besondere Erwähnung dieser Haftung im EMKG. Soweit eine (Staats-)Haftung des Kantons zur Diskussion steht, gelten - unter Vorbehalt von Artikel 43*a* VE - die entsprechenden kantonalen Bestimmungen; auch insofern ist eine Verweisung im EMKG überflüssig.

4.2.53.02 Artikel 40

Absatz 3 ist ebenfalls aufzuheben: Die Vorschrift ist zunächst unklar insofern, als sie eine individuelle Kausalhaftung der Edelmetallprüfer vorzusehen scheint; diese sind "für jeden durch fehlerhafte oder unsorgfältige Ausübung ihrer Tätigkeit entstandenen Schaden haftbar", ohne dass es in der deutschen Fassung ein Verschulden als weitere Voraussetzung erwähnt würde. Selbst wenn man aber ein solches Verschulden in die Begriffe "fehlerhaft oder unsorgfältig" hineinlesen wollte, bliebe gegenüber dem übrigen Staatshaftungsrecht die Divergenz bestehen, dass schon leichte Fahrlässigkeit als Haftungsgrund genügen würde. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Bereich der Edelmetallprüfung strengere Massstäbe gelten sollten als anderswo. Mit Artikel 38 Absatz 4 entfällt auch der Sinn einer Verweisung hierauf.

[1745] BBl 1993 II 1033 ff.; AS 1995 3102 ff.

[1746] Vorne 4.2.11.

4.2.54 Sprengstoffgesetz (SprstG)

Die Haftungsbestimmung von Artikel 27 SprstG wurde seinerzeit erst während der parlamentarischen Beratungen ins Gesetz eingefügt[1747]. Ähnlich wie die fünf Jahre ältere Gewässerschutzhaftung[1748] ist sie aber bisher in der Praxis kaum zur Anwendung gelangt. In konsequenter Durchführung der sogenannten "Kleinen Lösung"[1749] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Spezialnorm beizubehalten, allerdings in einer an die Generalklausel von Artikel 50 VE angepassten Formulierung, die zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs führt und damit auch gewisse Abgrenzungsprobleme eliminiert[1750].

Zu ändern ist zunächst der an sich schon singuläre Abschnittstitel ("Haftungsbestimmungen"), dessen Plural aber hier umso weniger passt, als der gesamte Abschnitt aus einem einzigen Artikel besteht.

Artikel 27 Absatz 1 hält den Haftungsgrundsatz fest, der in Anlehnung an die Generalklausel von Artikel 50 VE nicht mehr eine blosse Betriebs- oder Anlagehaftung statuiert, sondern den Anknüpfungstatbestand generell definiert als "Tätigkeit, bei der mit Sprengmitteln, pyrotechnischen Gegenständen oder Schiesspulver umgegangen wird" bezeichnet. Damit kommt es - wie etwa bei der Motorfahrzeughalterhaftung - grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob die gefährliche Tätigkeit zu kommerziellen und beruflichen Zwecken oder zum blossen Vergnügen ausgeübt wird. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich allerdings nach wie vor aus der Bezeichnung des Haftungssubjekts als "Betreiber (exploitant)" der betreffenden Tätigkeit. Wer am 1. August als Familienvater für seine Kinder Feuerwerk abbrennt ist nicht "Betreiber" im Sinne des SprstG; wohl aber die Gemeinde oder der Gastwirtschaftsbetrieb, die dasselbe im Rahmen einer offiziellen Bundesfeier tun oder tun lassen[1751]. Vereinfacht wird auch die Definition der gefährlichen Tätigkeit selbst: jeder "Umgang" mit Sprengstoffen genügt, gleichgültig ob es sich um "Herstellung", "Lagerung" oder eine andere "Verwendung" handelt. Auch der Transport ist eine Art von "Umgang" mit Sprengstoffen; Artikel 3 Absatz 2 SprstG schliesst aber die "Beförderung im Post-, Eisenbahn, Luft- und Schiffsverkehr" explizit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes aus[1752]. Eine allfällige Korrektur dieser Einschränkung - welche im Verhältnis zu den Haftungen nach EBG, BSG, SVG oder LFG zu einer im Sinne von Artikel 53 VE aufzulösenden Haftungskumulation führen müsste - sprengt den Rahmen dieser Revision, liesse sich aber durchaus vertreten.

1747 Vgl. die bundesrätliche Botschaft vom 20. August 1975 (BBl 1975 II 1289 ff.) und Amtl. Bull. SR 1976, S. 170 sowie Amtl. Bull. NR 1976, S. 952 f. Nach Oftinger K./Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 9 ff., haftet der Norm deshalb etwas Zufälliges an, was sich auch daran zeige, dass man sich mit einer einzigen Bestimmung begnügt habe. Die rechtspolitische Rechtfertigung einer Gefährdungshaftung in diesem Bereich wird aber nicht bestritten.

1748 Vorne 1.1.2.2 und 4.2.46.

1749 Vorne 2.4.4.2.

1750 Vgl. für eine allgemeine Kritik unter diesem Gesichtspunkt vor allem Tercier P., Une nouvelle règle de responsabilité: l'art. 27 de la loi sur les explosifs, SJZ 1980, S. 341 ff.

1751 BGE 70 II 215 ff. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 21.

1752 Dazu Tercier P., a.a.O. (Anm. 1750), Ziff. 3.2.3/2, S. 346.

Um jeden Zweifel zu beseitigen, der sich aus dem in Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 27 Absatz 1 SprstG scheinbar unterschiedlich umschriebenen sachlichen Anwendungsbereich ergeben könnte[1753], wird neu in der Haftpflichtbestimmung neben den Sprengmitteln und den pyro-technischen Gegenständen auch das "Schiesspulver" ausdrücklich erwähnt.

Schliesslich entfällt mit der neuen Formulierung eine absolute Beschränkung des charakteristischen Risikos auf die Explosion, wie dies der geltende Text vorsieht. Sofern beispielsweise für gewisse Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände eine ausgeprägte Toxizität oder eine andere spezifische Gefahrenneigung typisch ist, könnte sie auch ohne Explosion zur Haftung nach Artikel 27 SprstG führen[1754], der in der neuen Formulierung ähnlich verstanden werden kann wie etwa Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a KHG, wo als Nuklearschaden jene schädigenden Einwirkungen bezeichnet sind, die "durch die radioaktiven, giftigen und sonstigen gefährlichen Eigenschaften" von Kernmaterialien verursacht werden. - Umgekehrt lässt sich die in der Literatur zu Recht beanstandete Inkongruenz, dass Explosionen dann keiner Gefährdungshaftung unterstehen, wenn sie durch andere explosionsgefährliche Stoffe als die vom SprstG ausdrücklich erfassten verursacht werden[1755], zwar nach wie vor nicht direkt durch Artikel 27 beheben (auch nicht mit der neuen Fassung gemäss VE), wohl aber durch Analogie auf der Grundlage der Generalklausel von Artikel 50 VE.

Satz 2 von Absatz 1, der auf die allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen verweist, wird verselbständigt und in die leere Hülle des aufzuhebenden Absatz 2 eingebracht.

Absatz 2 wird in der heutigen Fassung, welche die klassischen Entlastungsgründe vorbehält, überflüssig, da diese Frage in Artikel 47/47*a* VE allgemein geregelt ist. Es genügt also eine entsprechende generelle Verweisung auf den allgemeinen Teil, wie sie bisher in Absatz 1 Satz 2 enthalten war.

Der geltende Absatz 3 ist ebenfalls aufzuheben, weil auch die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs der Haftung auf die Gemeinwesen aller Stufen im Allgemeinen Teil (Art. 43/43*a* VE) generell vorgesehen ist.

4.2.55 Pauschalreisegesetz (PauRG)

Das Pauschalreisegesetz gehört zum Swisslex-Paket, das aus der Eurolex-Übung übernommen worden ist, und stellt eine "autonome" Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie Nr. 90/314 vom 13. Juni 1990 dar. Diese Verwurzelung im europäischen Recht ist Anlass zu Zurückhaltung bei allfälligen bloss wünschbaren Anpassungen im Rahmen der internschweizerischen Haftpflichtrechtsrevision. - Nichtsdestoweniger werden zwei Änderungen vorgeschlagen.

[1753] Die heutige Redaktion von Art. 27 Abs. 1 SprstG ist insofern unvollständig, als man zuerst den 2. Satz des Abs. 1 von Art. 1 nachlesen muss, um eine klare Vorstellung von den Substanzen zu gewinnen, für welche die Gefährdungshaftung gilt.

[1754] Anders für das geltende Recht: Tercier P., a.a.O. (Anm. 1750), Ziff. 3.3, S. 346, sowie Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 307.

[1755] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 36.

4.2.55.01 Artikel 14

Diese Bestimmung legt den Grundsatz der Haftung von Veranstalter und Vermittler gegenüber dem Konsumenten fest, wobei das Haftungsprinzip im Dunklen bleibt[1756]. Wichtig ist vor allem, dass Haftungsausschlüsse aufgrund von sog. "Vermittlerklauseln" nicht mehr möglich sind. Soweit es sich dabei um eine Haftung für Erfüllungsgehilfen - die Leistungserbringer - handelt, liegt eine Konkretisierung der Regel von Artikel 101 Absatz 1 OR vor; auch dort können selbständige (Sub-)Unternehmer durchaus als Hilfspersonen betrachtet werden, während dies im ausservertraglichen Verhältnis (Art. 55 OR) grundsätzlich ausgeschlossen wäre.

> Absatz 1 wäre angesichts der allgemeinen Regeln von Artikel 49*a* VE und 101 Absatz 1 OR an sich überflüssig. Es mag aber in einem ausgesprochenen Konsumentenschutzerlass und mit Rücksicht auf die europäischen Partner angebracht sein, den Haftungsgrundsatz explizit im Spezialgesetz zu verankern, so dass vorgeschlagen wird, die Bestimmung aufrechtzuerhalten.

Absatz 2 hingegen verkündet mit dem Rückgriffsrecht des gegenüber dem Konsumenten haftbaren Generalunternehmers auf den fehlbaren Leistungserbringer eine bare Selbstverständlichkeit, die im übrigen der allgemeinen Regel von Artikel 53*c* VE entspricht. Die Bestimmung kann daher entsorgt bzw. für die Aufnahme der auch (aber nicht nur) für Regressfragen geltenden Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil - vorbehaltlich ausdrücklicher Abweichungen im PauRG (wie beispielsweise Art. 16 Abs. 2) - freigemacht werden.

> Auch auf Absatz 3 könnte grundsätzlich verzichtet werden: er wiederholt den allgemeinen Vorbehalt des Staatsvertragsrechts gemäss Artikel 44 VE. Wegen der Verbindung zu europäischen Recht und weil der Vorbehalt hier - besonders vom Transportrecht her - eine grosse praktische Bedeutung besitzt, mag es indessen angezeigt scheinen, ihn ausdrücklich im PauRG und auch im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform daran festzuhalten.

4.2.55.02 Artikel 15

In dieser Bestimmung geht es um Gründe, welche den Reiseveranstalter oder -vermittler ganz oder teilweise von der Haftung entlasten können. Die sogleich zu begründende materielle Änderung in Absatz 1 gibt Gelegenheit, auch die Artikelüberschrift bzw. den Titel entsprechend zu korrigieren und den passenden technischen Begriff "Entlastungsgründe" an die Stelle der "Ausnahmen" zu setzen.

Absatz 1 ist insofern missverständlich formuliert, als er im Falle der in den Buchstaben a - c vorgesehenen Umstände den Veranstalter oder Vermittler nur vollständig von der Haftung zu entlasten, d.h. eine blosse Reduktion der Ersatzleistung, gestützt auf die Artikel 43/44 OR bzw. Artikel 52 VE auszuschlies-

---

[1756] Während Frank R., Kurzkommentar zum PauRG, Zürich 1994, N. 4 und 21 ad Art. 14 PauRG, aus der Nichterwähnung des Verschuldens auf eine Kausalhaftung schliesst, leitet Roberto V., Basler Kommentar - Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 5 ad Art. 14/15 PauRG, aus den Befreiungsmöglichkeiten in Art. 15 Abs. 1 ab, dass es sich um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, also eine Spielart der allgemeinen Vertragshaftung gemäss Art. 97 OR, handeln müsse. Unentschieden : Tercier P., Les contrats spéciaux, 2e éd., Zurich 1995, N. 4782; ebenso Honsell H., Schweiz. Obligationenrecht. Besonderer Teil, 4. Aufl., Bern 1997, § 40/2, S. 395.

sen scheint, auch wenn diese Umstände nur Teilursachen des Schadens gewesen sind. Es gibt indessen keinen Grund, hier das dem schweizerischen Recht fremde "Alles oder Nichts"-Prinzip zur Geltung kommen zu lassen[1757]. Entsprechende Zweifel sollen durch die Formulierung, wonach der Verantwortliche "insofern nicht haftet, als ..." behoben werden; sie entspricht auch der Formulierung von Artikel 41 Absatz 1 VE ("Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als ihr der Schaden nach dem Gesetz zugerechnet werden kann").

(Absatz 2 ist haftungsrechtlich nicht direkt relevant. Der Veranstalter oder Vermittler, der dem Konsumenten Hilfe leistet, kann unter Umständen aus Geschäftsführung ohne Auftrag Schadloshaltung beanspruchen).

4.2.55.02^{bis} Artikel 16

Absatz 1 betreffend die Ungültigkeit der Freizeichnung für Personenschäden entspricht dem allgemeinen Grundsatz von Artikel 57 Absatz 1 VE und könnte daher - weil diese Regel über die Generalverweisung im neu angepassten Absatz 2 von Artikel 14 PauRG anwendbar ist - hier gestrichen werden. Nachdem aber Absatz 2 eine Abweichung von Artikel 57 VE enthält und ohne Absatz 1 im Leeren hinge, empfiehlt es sich, diesen als Aufhänger beizubehalten.

Die Abweichung von Absatz 2 gegenüber Artikel 57 Absatz 2 VE liegt darin, dass jene Bestimmung die Freizeichnung auch für andere als Körperschäden dann als unzulässig bezeichnet, wenn sie in vorformulierten AGB stipuliert wird. Diese Beschränkung kennt das PauRG nicht, und angesichts der Konkurrenzsituation zwischen schweizerischen und europäischen Reiseveranstaltern und -vermittlern scheint es wenig sinnvoll, ausgerechnet in diesem Punkt mit demonstrativer "Autonomie" des Nachvollzugs die Inländer schlechter stellen zu wollen. Auch diese Bestimmung wird daher nicht berührt.

4.2.56 Anlagefondsgesetz (AFG)

Das geltende AFG stammt von 1994 und hat einen entsprechenden Erlass aus dem Jahre 1966 abgelöst[1758]. Es enthält ein eigenes 8. Kapitel über die "Verantwortlichkeit". Im Interesse einer einheitlichen Terminologie (diese scheint hier nicht zwingend an jene des Aktienrechts angepasst werden zu müssen) schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, das Kapitel in der deutschen Fassung neu mit "Haftung" zu überschreiben.

4.2.56.01 Artikel 65

Absatz 1 dieser Norm sieht für alle Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem "Betrieb" oder mit der Beaufsichtigung eines Anlagefonds für natürliche und juristische Personen eine Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast vor; diese funktioniert also praktisch wie die vertragliche Haftung nach Artikel 97 OR, greift aber unabhängig davon Platz, ob die haftpflichtige Person zum geschädigten Anleger in einem Vertragsverhältnis steht oder nicht. Insofern handelt es sich (im Verhältnis zu Art.41 OR) um einen offensichtlich gewollten Sonderfall, der infolgedessen von der Reform unberührt bleiben soll.

[1757] So auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 1756), N. 4786.

[1758] BBl 1993 I 217 ff.; AS 1994 2523 ff.

Ebenso weicht Absatz 2 im Bezug auf die Haftung für Hilfspersonen - mindestens soweit ausservertragliche Haftung gemäss Artikel 55 OR oder Artikel 49a VE zur Diskussion stehen könnte - vom Normalmodell insofern ab, als generell (und nicht nur - wie nach Artikel 101 Absatz 1 OR - im vertraglichen Kontext) eine vikariierende Einstandspflicht nicht bloss für subordinierte Kräfte, sondern auch "für die von ihm beauftragten Personen" besteht - unter Umständen also für weisungsunabhängige, selbständige "Unterakkordanten". Es ist davon auszugehen, dass auch diese Sonderbehandlung vom Gesetzgeber als Gegengewicht zu den offenbar als besonders hoch eingeschätzten Risiken von Anlagefonds gewollt ist und daher übernommen werden muss.

Absatz 3 wird mit seinem gegenwärtigen Inhalt - Ausschluss von Freizeichnungen - überflüssig, da es sich hier um einen in Artikel 57 Absatz 2 Ziffer 3 VE (bisher Art.100 Abs. 2 bzw. 101 Abs. 3 OR) generell geregelten Fall, nämlich denjenigen einer "obrigkeitlich" bzw. "behördlich" bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit (vgl. Art.10 AFG) handelt. - Um die Anwendung jener Vorschrift zu gewährleisten, kann aber die leerstehende Artikelhülse gerade als Gefäss benützt werden, in welchem die bisher im AFG fehlende (bzw. bloss implizit vorhandene) Verweisung auf die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts, neu: des Allgemeinen Teils, explizit niedergelegt wird.

4.2.56.02 Artikel 66

Ist aus denselben Gründen aufzuheben: die allgemeinen Regeln über Solidarität und Regress (Art.53b und 53c VE) finden über die Generalverweisung des neuen Artikel 65 Absatz 3 AFG Anwendung.

4.2.56.02^{bis} Artikel 67

Sieht mit der "Rückzahlung des Anteils" einen spezifisch auf die Anlagefondssituation zugeschnittenen dies a quo für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus dem AFG vor. Eine Besonderheit bildet die Konstruktion auch insoweit, als die ab jenem Zeitpunkt laufende einjährige Frist neben der "normalen" zehnjährigen Frist - die "nach Eintritt des Schadens" zu laufen beginnt - sozusagen absoluten Charakter hat. Man hat somit eine Art Umkehrung des Modells von Artikel 55 VE (bisher Art. 60 Abs. 1 OR) vor sich. Auch hier spricht die Spezifizität der Regelung für deren Beibehaltung.

4.2.56.02^{ter} Artikel 68

Diese Gerichtsstandsbestimmung soll ins neue Gerichtsstandsgesetz überführt werden, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet, und wird deshalb im AFG gestrichen[1759].

4.2.57 Bankengesetz (BankG)

Das Bankengesetz von 1934 ist 1994 einer substanziellen Revision unterzogen worden[1760]; die Bestimmungen des Vierzehnten Abschnitts "Verantwortlichkeits- und Strafbestimmungen" sind dabei unberührt geblieben. Die Verfasser

---

[1759] Vgl. vorne Anm. 1663 und Art. 33 sowie Anhang Ziff. 29 des Entwurfs GestG (BBl 1999 II 2829 ff., 2885 und 2894).

[1760] BBl 1993 I 805 ff.; AS 1995 246 ff.

des Vorentwurfs leiten daraus ab, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich keinen Anlass zu Änderungen gesehen hat und die Vorschriften der Artikel 39 - 43 BankG deshalb in ihrer Eigenart (und starken Anlehnung an das Aktienrecht) erhalten bleiben sollen. Die Revisionsvorschläge beschränken sich daher auf zwei Bestimmungen (Art. 44 und 45 BankG), bei denen die Eigentümlichkeiten des Bankwesens keine Sonderlösung rechtfertigen und auf welche somit die allgemeinen Regeln Anwendung finden sollen. In diesem Zusammenhang hätte man sich allenfalls fragen können, ob dies nicht durch eine ausdrückliche Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts klarzustellen sei; offenbar ist aber die Anwendung der im OR enthaltenen schadenersatzrechtlichen Vorschriften allgemeiner Natur auf die bankengesetzliche Haftung[1761] heute schon derart selbstverständlich, dass sich eine explizite Verweisung nicht aufdrängt.

Zu Artikel 38 Absatz 1 BankG sollte ursprünglich ein lediglich redaktioneller Vorschlag in dem Sinne präsentiert werden, dass der missverständliche Vorbehalt betreffend "kantonale Vorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit" im Zusammenhang mit den Kantonalbanken[1762] an die Regelung in Artikel 43*a* VE angepasst werden sollte. Mit der Änderung des Bankengesetzes vom 22. April 1999 ist nun diese Bestimmung aufgehoben worden[1763]. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Anlass, etwas anderes vorzuschlagen; fragen kann man sich höchstens, ob nach diesem Eingriff die verbleibenden Absätze 2 und 3 des Artikels 38, die eigentlich Selbstverständlichkeiten enthalten, wirklich noch notwendig sind.

4.2.57.01 Artikel 44

Die Bestimmung bezieht sich auf den Fall der Anspruchskonkurrenz gegen eine Mehrheit von Haftpflichtigen, d.h. auf die sich daraus ergebende Solidarität und den Regress. In diesem Punkt überrascht es, dass die Revision des Aktienrechts mit ihrer bewussten Neuformulierung von Artikel 759 OR nicht auf das BankG durchgeschlagen hat. Ob man, angesichts dieser Neuregelung im Aktienrecht (die ja lediglich dazu diente, das "richtige" Konzept von Solidarität gegenüber einer überdehnten Deutung des Bundesgerichts durchzusetzen[1764]) und der nunmehr deutlichen Divergenz im Wortlaut von Artikel 759 OR gegenüber jenem von Artikel 44 BankG, letzteren trotzdem im Sinne der jüngst neu eingespurten bundesgerichtlichen Praxis interpretieren könnte[1765], scheint zweifelhaft. Entscheidend aber ist, dass Artikel 53*b* und 53*c* VE nunmehr eine generelle Regelung vorsehen, die eine Sonderbestimmung (wie im Aktienrecht so auch) im BankG überflüssig macht - umso mehr als die vorgeschlagene Re-

---

1761 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976-1997, N. 1 Vorbem. zu den Art. 38-49.

1762 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., a.a.O. (Anm. 1761), N. 1 zu Art. 38 BankG.

1763 AS 1999 2407; Botschaft BBl 1998 III 3847 ff., Ziff. 26 S. 3875 f. und Entwurf S. 3913.

1764 Vgl. vorne Ziff. 2.6.4.3 und Anm. 842 daselbst sowie Ziff. 4.2.007 zu Art. 759 OR.

1765 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., a.a.O. (Anm. 1761), N. 2 zu Art. 44 BankG (Ausgabe Juni 1997) m.w.H.

gelung der von der neueren Doktrin mehrheitlich befürworteten Interpretation entspricht.

4.2.57.02 Artikel 45

Auch diese Bestimmung über die Verjährung ist neben den allgemeinen Bestimmungen von Artikel 55 VE nicht mehr erforderlich. Sie kann - ebenso wie Artikel 760 OR im Aktienrecht und aus denselben Gründen[1766] - aufgehoben werden.

[1766] Zu Art. 760 OR vgl. vorne Ziff. 4.2.008.

ANHANG

HAFTPFLICHTRECHT. PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE SEIT 1970

EA = Einfache Anfrage
I = Interpellation
M = Motion
P = Postulat
Pa. Iv. = Parlamentarische Initiative

P 10470	Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (N 7.10.70, Cadruvi)
P 11534	Genugtuungsanspruch bei Bewusstlosigkeit (S 19.9.73, Dillier)
P 76.427	Giftgesetz (N 23.3.1977, Cavelty)
P 76.433	Chemische Produkte. Gefahren der Herstellung (N 14.12.76, Carobbio)
P 79.407	Produktehaftpflicht (N 26.9.79, Neukomm)
P 80.429	Berufskrankheiten. Verjährung der Haftung (N 19.6.81, Crevoisier)
P 80.476	Arbeitsunfälle. Verjährung (N 19.6.81, Ziegler-Genf)
P 80.590	Verjährung während eines hängigen Prozesses (N 17.12.82, Leuenberger)
P 81.492	Staudämme. Haftpflicht der Eigentümer (N 18.12.81, Vannay)
P Zu 83.227	Berufsunfälle. Haftung des Arbeitgebers (N 20.12.85, Kommission des Nationalrates; S 6.10.86)
P 84.434	Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen (S 6.6.84, Hänsenberger)
P 85.321	Luftfrachtführer. Haftung (N 21.6.85, Leuenberger)

I 85.535	I Dirren vom 16.9.85. Wasserkraftwerke und Stauanlagen. Haftpflicht (N)
P 86.141	Haftpflichtrecht. Umweltbereich (N 19.6.87, Uchtenhagen)
P 86.171	Elektrizitätsgesetz. Haftpflichtbestimmungen (N 20.3.87, Bühler-Tschappina)
86.704	EA Longet vom 8.10.86, Haftpflichtrecht für Ärzte (N)
P 86.818	Chemiehaftpflichtgesetz (N 20.3.87, Fraktion LdU/EVP)
P 86.911	PTT-Verkehr. Haftung des Bundes (N 1.10.87, Dirren)
P 86.981	Umweltkatastrophen. Haftpflicht (N 20.3.87, Weder-Basel)
P 86.992	Rechtliche Besserstellung des Geschädigten bei Umweltschäden (N 20.3.87, Fetz)
P(I) Zu 87.046	Kernenergiehaftpflicht. Entschädigungsfragen (N 6.10.87, Kommission des Nationalrates)
P Zu 87.221	Haftung der Medizinalpersonen (N 23.6.88, Kommission für soziale Sicherheit des Nationalrates)
P 88.521	Schadstoffbelastete Böden. Schadenregulierung (N 7.10.88, Ulrich)
88.693	EA Hildbrand vom 23.6.88. Talsperren. Haftpflichtversicherung (N)
P 88.738	Strassenverkehrsgesetz. Aufhebung von Artikel 81 (S 15.12.88, Gautier)
88.847	I Danioth vom 13.12.88, Transport gefährlicher Güter auf Strasse und Schiene (S)
88.867	I Flückiger vom 9.3.89, Auto-Haftpflichtversicherung. Prämienerhöhung (S)
89.408	I Oehler vom 16.3.89. Transport gefährlicher Güter im Rheintal (N)
89.1008	EA Carobbio vom 1.2.89. Lagerung gefährlicher Stoffe. Verordnung
89.247	Pa. Iv. Produktehaftpflicht (Neukomm), vom 6.12.1989
90.509	I Seiler Rolf vom 5.6.1990. Transport gefährlicher Güter (N)

P Zu 88.203	Umwelt und Chemie (N 30.1.92, Kommission für Gesundheit und Umwelt des Nationalrates)
P 91.3306	Haftpflicht für Parkhausbetreiber (N 20.3.92, Keller)
P (8) zu 92.037	Legislaturplanung 1991-1995, Zu Ziel 36 (N 17.6.92, Kommissionsminderheit des Nationalrates [von Felten, Bodenmann, Haering Binder, Hafner Rudolf, Hubacher])
Pa. Iv. 92.437	"Tier keine Sache" (Loeb François), 24.8.1992
M 93.3027	Einführung der unbeschränkten Haftpflicht für Wasserkraftanlagen (N 16.12.92, Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates 90.203; S 16.6.93)
P 93.3250	Produktehaftpflicht. Gegenseitige Befreiung von der Importeurhaftung (N 3.6.93, Kommission des Nationalrates 89.247 [93.125])
M 93.3249	Haftpflicht bei Grossschäden (N 3.6.93, Kommission des Nationalrates 89.247; S 9.12.93)
Pa. Iv. 94.427	UVG: Leistungskürzungen wegen Grobfahrlässigkeit bei Nichtberufsunfällen (Suter, 7.10.1994)
P 94.2574	Opferhilfegesetz. Verwirkungsfrist in Art. 16, Abs. 3 (N 24.3.95, Goll)
P 96.3106	Haftpflicht der Kontrollorgane von Pensionskassen (N 21.6.96, Rechsteiner Rudolf)
P 96.3533	Vorauszahlung bei Zahlungsklagen (N 13.12.96, Ostermann)
P 96.3551	Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber BVGAufsichtsbehörden (N 10.12.96, PUK PKB NR)
P 96.3543	Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber BVG-Aufsichtsbehörden (S 5.12.96, PUK PKB SR) [identischer Wortlaut wie P 96.3551]
P 96.3617	Haftung der BVG-Organe (N 20.6.97, Gross Jost)
98.1051	EA Burgener vom 27. 4. 1988, Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post (EHG). Revision?