

Sonderdruck aus:

Die Rechtsentwicklung an der Schwelle  
zum 21. Jahrhundert

Symposium zum Schweizerischen Privatrecht

Herausgegeben von Peter Gauch und Jörg Schmid

---

STEPHAN WEBER

Von der Entstehung durch  
unerlaubte Handlung  
zur Entstehung durch  
Schädigung

---

Zürich 2001 Schulthess Juristische Medien AG

# Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung

STEPHAN WEBER

*Wichtiger als tadellose Systematik  
ist innere Geschlossenheit des Gesetzes;  
Sache der Doktrin ist es dann, die  
zerstreuten Glieder zum lebendigen  
Ganzen zu vereinigen, auch die Praxis wird,  
wenn wir jener Anforderung genügen,  
ob der äusserlichen Trennung die sachliche  
Einheit nicht verkennen und ohne Mühe das  
Zusammengehörige in verschiedenen Räumen  
suchen und finden.*  
Chr. C. Burckhardt (ZSR 22/1903, 471)

## Inhaltsübersicht

I.	Revision des Haftpflichtrechts: Need or nice to have? .....	254
1.	Schwachstellen im heutigen Haftpflichtrecht .....	254
2.	Der lange Weg von der Resolution zum Vorentwurf .....	257
3.	Kein Auslaufmodell, aber notwendige Neubegründung .....	258
4.	Innovationen des Vorentwurfs .....	259
II.	Haftungsbegründung: Vom «Ob» und «Warum» der Haftung .....	260
1.	Expansion der Haftungsgründe .....	260
2.	Trilogie der Haftungsgründe .....	262
3.	Verschuldenshaftung: Grenzen der Haftung für eigenes Fehlverhalten .....	263
4.	Hilfspersonenhaftung: Legalisierung des Schachtrahnenfalles .....	265
5.	Gefährdungshaftung: Vom Analogieverbot zum Analogiegebot .....	266
6.	Widerrechtlichkeit und Gefährdungshaftung .....	269
7.	Definition der Widerrechtlichkeit und Diskriminierung der Vermögensschäden .....	270
III.	Fusion von Delikts- und Vertragshaftung .....	272
1.	Eine alte Geschichte .....	272
2.	Heutige Teilharmonisierung .....	273
3.	Revisionsvorschläge .....	273
4.	Sozialkontakt versus Zufallskontakt .....	274
5.	Die dritte Dimension .....	275
6.	Anzustrebende Nivellierung .....	275
IV.	Haftungsausfüllung: Zum «Wieviel» der Haftung .....	276
1.	Wertungsdefizite bei der Haftungsausfüllung .....	276

2.	Renaissance der Adäquanztheorie oder der Beginn eines juristischen Kausalverständnisses .....	278
3.	Wo die Haftung für «einleuchtende Wahrscheinlichkeit» einleuchtet .....	279
V.	Differenzen zur Differenztheorie .....	280
1.	Die gute alte Differenztheorie .....	280
2.	... und was daraus folgt .....	280
3.	Das Schreckgespenst normativer Schaden .....	281
4.	Notwendige Korrektur und Ergänzung der Differenztheorie .....	281
5.	Massgebende Wertungen .....	283
6.	Abstrakte Faktoren .....	284
7.	Abgrenzung zum immateriellen Schaden .....	285
8.	Bewertung des Haushaltschaden .....	287
9.	Weitere Beeinträchtigungen ohne Vermögensnachteile .....	289
10.	Klär Schlamm, Tschernobyl und Samenzellen oder der Streit um die Substanz- oder Rechtsschutztheorie .....	290
11.	Revisionsvorschläge: Es bleibt fast alles beim Alten .....	292
VI.	Schadenteilungsregeln .....	294
1.	Wertungskongruenz bei Schadenersatzbemessung, Haftungskollision und Regress .....	294
2.	Spiegelbild der Haftungsgründe .....	294
VII.	Gelöstes und Ungelöstes .....	295
	Literatur .....	296
	Anhang .....	298

## I. Revision des Haftpflichtrechts: Need or nice to have?

### 1. Schwachstellen im heutigen Haftpflichtrecht

Demnächst wird der Vorentwurf für eine Totalrevision des Haftpflichtrechts in die Vernehmlassung geschickt werden. Während der Drucklegung ist die Vernehmlassung eröffnet worden und dazu ein über 400 Seiten starker Bericht erschienen, der leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Wenn wir uns heute also mit der Rechtsentwicklung im Bereich der «Unerlaubten Handlung» beschäftigen, so muss dies zwangsläufig auf dem Hintergrund der *Revisionsvorschläge* geschehen, denn es bestehen doch intakte Chancen, dass sich die gesetzlichen Grundlagen in diesem Rechtsgebiet im 21. Jahrhundert ändern werden.

Bei dieser Ausgangslage stellt sich zunächst die Frage, ob das Haftpflichtrecht tatsächlich revisionsbedürftig ist, denn allein das *Alter eines Gesetzes*, das hier mit rund hundert Jahren zu veranschlagen ist, wenn man das Mittel zwischen dem OR von 1881 und jenem von 1911 nimmt, genügt als Grund für eine Novellierung wohl noch nicht. Man kann im Alter eines Gesetzes gegenteils sogar den Beweis sehen, dass sich die Regelung bewährt hat. Immerhin haben sich in die-

ser Zeit die wirtschaftlichen, sozialen, aber v.a. auch technischen und wissenschaftlichen Verhältnisse und damit einhergehend die Rechtsauffassungen ganz grundlegend geändert. Das Haftpflichtrecht sieht sich mit neuen Problemstellungen konfrontiert, auf die es eine Lösung bereithalten muss.

Der Gesetzgeber ist aber auch nicht untätig geblieben, im Gegenteil: Er hat uns, überwiegend als Reaktion auf die sich vermehrenden *technischen Gefahren*, ein gigantisches Arsenal von Spezialtatbeständen beschert, damit aber auch dazu beigetragen, dass aus dem einst homogenen Haftpflichtrecht, dessen Fundament die Generalklausel für die Verschuldenshaftung in Art. 41 OR war, ein Patchwork (WIDMER, SVZ, 9) geworden ist.

Die dadurch entstandene *Haftungs-«Unordnung»* hat EMIL W. STARK im Vorwort eines seiner OFTINGERSCHEN Fundamentalwerke zum Schweizerischen Haftpflichtrecht (Vorwort zu Bd. II/3) treffend, aber auch spürbar enerviert wie folgt kommentiert: «Wenn man den Besonderen Teil eines Rechtsgebietes wie des Haftpflichtrechts bearbeitet und dabei immer wieder mehr oder weniger die gleichen Probleme in Bezug auf die verschiedenen Haftungsarten behandelt, fällt einem auf, wie wenig sich der Gesetzgeber dem Gedanken der Geschlossenheit und Einheitlichkeit verpflichtet fühlt, wie wenig Hochachtung er vor dem Recht hat und wie leichten Herzens er die gleiche Frage einmal so und einmal anders regelt, wie souverän er die gesetzgeberischen Freiheiten ausschöpft und wie wenig er sich durch seine eigenen früheren Entscheidungen gebunden fühlt. Dadurch wird der Eindruck zerstört, dass hinter einer Rechtsnorm mehr stecke als eine mehr oder weniger zufällige Mehrheit in den Räten. Das ist dort unerwünscht und falsch, wo die Rechtsordnung prinzipielle Werturteile zum Ausdruck bringt und sich nach höheren Grundsätzen ausrichten sollte, wie im Haftpflichtrecht.»

Damit ist bereits ein erstes und wichtiges Argument für die Haftpflichtrevision genannt, nämlich die *Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, denn Gleiches sollte man auch im Deliktsrecht gleich behandeln. Der Vorwurf bezieht sich primär auf jene Normen, die ausserhalb des OR stehen. Geht man die Bestimmungen des Obligationenrechts durch, so stellt man fest, dass sich diese dank der offenen Formulierung recht gut bewährt und der Rechtsentwicklung viel Raum belassen haben. So definiert das Gesetz nicht, was unter Widerrechtlichkeit oder Schaden zu verstehen ist. Dass auch ein Kausalzusammenhang gefordert ist, muss man sogar aus dem Wort «zufügt» erahnen. Völlig freie Hand lässt etwa auch Art. 44 Abs. 1 OR dem Richter, wenn er bestimmt, dass dieser die Ersatzpflicht ermässigen oder sogar gänzlich von ihr entbinden kann, wenn «Umstände, für die er (sc. der Geschädigte) eintreten muss, auf die Entstehung und Verschlimmerung des Schadens eingewirkt» haben, ohne auch nur einen Anhaltspunkt zu liefern,

was für Umstände damit gemeint sein könnten. Die Richter haben von diesen grossen Freiräumen lange Zeit eher zurückhaltend Gebrauch gemacht und sich, wie etwa bei der Kaskadenordnung, für die Regressaufteilung in Art. 51 OR, die den Schaden bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen dem Schuldigen zuschiebt, sogar fast sklavisch an Vorgaben gehalten, die eigentlich nur als Ermessensanleitungen gemeint waren.

Als Kommentator steht man einer Revision, auch wenn man sie für notwendig erachtet, mit gemischten Gefühlen gegenüber, denn vor Augen steht stets der Satz von JULIUS KIRCHMANN: «Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur». KIRCHMANN diagnostizierte übrigens auch, dass die Jurisprudenz als Wissenschaft praktisch wertlos, als praktische Disziplin aber unwissenschaftlich sei (vgl. JOSEF ESSER, 100 Jahre Anklagezustand über die Jurisprudenz, in: Wege der Rechtsgewinnung, Tübingen 1990, 265 ff.).

Die Resonanz auf die Revisionsbestrebungen ist zwiespältig. So meint etwa PETER GAUCH, dass man sich zu überlegen habe, ob das Deliktsrecht komplett revidiert werden soll, statt die Revision auf jene *Einzelpunkte* zu beschränken, die nach heutiger Rechtsanschauung revisionsbedürftig sind. «Eine *Gesamtrevision* rechtfertigt sich jedenfalls nur, wenn deren Vorteile deutlich überwiegen. Zu den Nachteilen, die bei der Abwägung in Anschlag zu bringen sind, gehören auch die volkswirtschaftlichen Folgekosten sowie die Tatsache, dass sich aus jeder *Gesamtrevision* neue Rechtsunsicherheiten und Missverständnisse ergeben, deren Beseitigung viele Jahre in Anspruch nimmt» (GAUCH, ZSR, 341). Auch ROLAND SCHAEER stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungsökonomie die Frage, ob eine Teilrevision nicht vorzuziehen wäre, da man ja auch Gefahr laufe, durch eine Neuformulierung neue Probleme zu schaffen, selbst wenn keine inhaltliche Änderung beabsichtigt sei. «Wäre es deshalb nicht vorsichtiger und angebrachter, insbesondere in einer Materie wie dem Haftpflichtrecht, das von Wertungen durchdrungen ist, die «gelebten» Bestimmungen, mit denen man einigermassen vertraut ist, bestehen zu lassen?» (SCHAEER 186). Einen Vorschlag, die heutigen Bestimmungen im Sinne einer *Partialrevision* gemäss den Intentionen der Studienkommission und des Vorentwurfs anzupassen, macht PETER STEIN (STEIN 289 ff.). Der Übergang von einer Partial- zu einer Totalrevision ist allerdings fliessend (wie SCHAEER 186 zu Recht bemerkt). Bildhaft reflektiert HELMUT KOZIOL die schweizerische Haftpflichtrevision: «Der österreichische Jurist muss (...) weiterhin kummervoll das Flickwerk seines Gesetzgebers erdulden. Sein Schadenersatzrecht gleicht – wohl ähnlich dem jetzigen schweizerischen – einem einst stolzen Schlosspark, der nun durchsetzt ist mit kleinen Schrebergärten, so dass

im Schatten ehrwürdiger Baumriesen die Rüben gedeihen und neben prächtigen Marmorstatuen grelle Plastik-Gartenzwerge das Auge beleidigen. Der VE enthält demgegenüber den auf einem einheitlichen Konzept beruhenden Plan für einen modernen Erholungspark. (...) Der neue Park des schweizerischen Haftpflichtrechts könnte zwar durch Jäten einigen Unkrautes, Beseitigung mancher Baustelle sowie durch die Pflanzungen einiger Ziersträucher noch einiges gewinnen; er lädt jedoch durch seine einheitliche Gestaltung und die zu bewundernden Neuzüchtungen einiger Gewächse durchaus zum Lustwandeln ein» (KOZIOL, SVZ, 147, 156).

## 2. Der lange Weg von der Resolution zum Vorentwurf

Die Revisionsbestrebungen reichen weit zurück (vgl. zum Werdegang WIDMER, *Servir et disparaître*, 562 ff.). So wurde bereits 1967 anlässlich eines Juristentages nach den brillanten und heute noch lesenswerten Beiträgen von STARK (STARK EMIL W., *Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, ZSR 1967 II 1 ff.) und GILLIARD (*Vers l'unification du droit de la responsabilité*, ZSR 1967 II 193 ff.) eine Resolution verabschiedet, die eine materielle Überprüfung und Verbesserung des aufgesplitterten Haftpflichtrechts forderte und den Gesetzgeber darum bat, die Angelegenheit an die Hand zu nehmen: «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» (ZSR 1967 II 1 ff.).

Der resolut geäußerte Wunsch war für den Gesetzgeber aber ganz offensichtlich kein Befehl. Erst rund 20 Jahre später wurde der Ball mit der Einsetzung einer Studienkommission wieder aufgenommen, wobei dies zumindest mit «einleuchtender Wahrscheinlichkeit» – ich komme auf diesen Begriff zurück (nachstehend Ziff. IV/3) – auf die Reaktorkatastrophe von Tschernobyl und den Chemieunfall von Schweizerhalle zurückzuführen war (WIDMER, ZBJV, 388). Die eingesetzte Studienkommission legte 1991 einen umfassenden Bericht vor, der die Ergebnisse in 102 Thesen zusammenfasste. Gestützt auf diesen Bericht haben in der Folge PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER einen Vorentwurf ausgearbeitet (dieser ist abgedruckt in SVZ 1997, 47 ff. und ZSR 1997 I 407 ff.). Da kein spezielles Haftpflichtgesetz geplant ist (eine solche Möglichkeit wurde in der Studienkommission zwar eingehend diskutiert, aber abgelehnt; vgl. den Bericht

der Studienkommission, 29 ff.), werden die Artikel ins OR eingegliedert (die Konkordanztabelle am Schluss dieses Beitrages zeigt die gegenüber der früheren Fassung des Vorentwurfs mit separater Zählung geänderten Artikelnummern).

### 3. Kein Auslaufmodell, aber notwendige Neubegründung

Untersucht wurde von der Studienkommission auch die Frage, ob das Haftpflichtrecht nicht durch ein Versicherungssystem ersetzt werden sollte (Bericht der Studienkommission, 6 ff.). Man sah in einem solchen Schritt aber keine bedeutenden Kosteneinsparungen und diagnostizierte ein psychologisches Bedürfnis, welches durch das Haftpflichtrecht befriedigt werde, nämlich das Bedürfnis, Verantwortlichkeit zu übernehmen (Rache/Sühne-Mechanismus). Das Haftpflichtrecht wirke zudem schadenverhütend und schadenmindernd und habe eine ökonomische und ökologische Lenkungswirkung (Präventionsgedanke). Wie es sich damit verhält, soll hier nicht weiter untersucht werden, doch sind vertiefte Gedanken und Visionen über *Sinn und Zweck des Haftpflichtrechts* vorgängig einer Gesamtrevision unumgänglich. Die üblicherweise angegebenen Zwecke des Haftpflichtrechts wie die Prävention, Sanktion, Reparation und Kompensation, Rechtsfortsetzung und -verfolgung werden dem Phänomen Haftpflicht jedenfalls nicht (mehr) gerecht, was sich ja auch darin manifestiert, dass sie bei der Legitimation haftpflichtrechtlicher Entscheidungen kaum je eine Rolle spielen. Dass primär die Intentionen eines Gesetzes und nicht dessen Ausgestaltung massgebend sind, stellt auch ESSER fest: «Nicht von der dogmatischen Einteilung der Haftungsprinzipien, sondern von ihrer Ordnungsaufgabe und Funktion her erschliesset sich uns Aufbau und System des Schadensordnung.» (ESSER JOSEF, Grundfragen der Reform des Haftpflichtrechts, AcP 1943, 121).

Erschwert wird eine solche Rückführung auf die tragenden Ideen des Haftpflichtrechts dadurch, dass das Haftpflichtrecht mit der *Überlagerung durch kollektive Ausgleichssysteme*, wie die Sozial- und Haftpflichtversicherungen, weitgehend entindividualisiert worden ist und damit neu oder zumindest anders begründet werden muss (neue Ansätze finden sich etwa bei SCHIEMANN insbes. 234 ff.). Es geht doch nicht an, so zu tun, als hätte man es noch immer mit Individualzurechnung und -ausgleich zu tun, wenn dies in der Realität nunmehr die Ausnahme ist. Auch der Gesichtspunkt der *Ressourcenallokation* ist von Bedeutung (stark betont etwa von SCHAEER 168), auch wenn er nicht die alleintragende Säule sein kann. Nach wie vor tut man im Haftpflichtrecht aber so, als gäbe es die Versicherung nicht, und hält eisern am Grundsatz fest, dass die Versicherung der

Haftung folgt und nicht umgekehrt (so z.B. in der Diskussion um den Anwendungsbereich der Billigkeitshaftung oder bei der Schadenersatzbemessung).

#### 4. Innovationen des Vorentwurfs

Auf ein paar wesentliche Neuerungen des Revisionsentwurfs, die in diesem Beitrag nicht weiter vertieft werden, sei kurz hingewiesen, damit der Innovationsgehalt des Reformvorschlages etwas spürbar wird:

Zunächst auf den Umstand, dass der zweite Abschnitt im ersten Titel des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts nicht mehr mit Entstehung durch unerlaubte Handlung, sondern mit *Entstehung durch Schädigungen* überschrieben ist (die Überschrift ist mit Blick auf Art. 52 OR auch heute nicht ganz korrekt und schafft auch Verwirrung bei der Einordnung der milden Kausalhaftungen in die Regresskaskade), was erkennen lässt, dass nicht nur punktuelle, sondern konzeptionelle Änderungen vorgesehen sind. Es geht nun ganz offensichtlich nicht mehr nur um die Antithese von Unglück und Unrecht (STOLL HANS, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, Heidelberg 1984, 20).

Der zweite Abschnitt enthält nun all jene Haftpflichtmodalitäten, die sich vor die Klammer ziehen lassen, und bildet damit *einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts*, der für sämtliche haftpflichtrechtlichen Erlasse des Bundes gilt und damit diese Bezeichnung auch verdient. Einzug ins OR hält dabei auch die Gefährdungshaftung, sozusagen die Fortsetzung des Deliktsrechts mit anderen Mitteln, die ja auch längst zum Allgemeingut geworden sind. Der Abschnitt soll zudem künftig nicht nur für die ausservertragliche, sondern direkt auch und nicht nur kraft Verweis (so Art. 99 OR) für die *vertragliche Haftung* Geltung haben.

Der VE schränkt die Befugnis der Kantone, eigene Bestimmungen zu erlassen, einer Anregung von STARK folgend (STARK EMIL W., Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, SJZ 1990, 1 ff.) auf *die hoheitlichen Tätigkeiten* ein (Art. 43/43a VE OR; zum Revisionsvorschlag auch PIERRE MOOR und DENISE PIOTET, La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites: Droit public ou droit privé? ZBl 1996, 481 ff.), ein zweifellos fälliger Schritt, der namentlich für die Arzthaftung bedeutsam ist, die dadurch nicht mehr dem Regime der kantonalen Haftungsgesetzen unterstehen und damit in die Domäne der Verschuldenshaftung und eventuell der Gefährdungshaftung wechseln würde. Zu reden geben wird auch der Einbezug der Umweltschäden (Art. 45d OR), die heute, soweit keine dinglichen Rechte bestehen und eine Vermögenminderung nicht nachweisbar ist, haftpflichtrechtlich nicht fassbar sind.

Der Revisionsentwurf regelt neu auch das *Verhältnis von Haftpflicht und Versicherung* (dazu TERCIER, assurance, 158 ff.), wobei der Rückgriff des Schadensversicherers auf ein integrales Regressrecht ausgeweitet und das direkte Forderungsrecht bei allen Haftpflichtversicherungen eingeführt werden soll. Die relative Verjährungsfrist wird auf drei, die absolute auf 20 Jahre erstreckt und der in der Praxis bedeutsame Verjährungsverzicht und die Verjährung der Rückgriffsrechte ausdrücklich geregelt. Einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Haftpflichtpraxis werden auch die *Verfahrensbestimmungen* haben, die von Beweisfragen bis hin zum Kostenvorschuss und den Kriterien zur Aufteilung der Prozesskosten gehen (dazu aus Sicht des Geschädigtenvertreters ILERI 39 ff.). Solche Bestimmungen können, was uns die amerikanische Haftpflichtpraxis zeigt, die Schadenerledigung weit stärker beeinflussen als materiellrechtliche Vorschriften.

Der Entwurf enthält also nebst bloss sprachlichen Neufassungen und Nachführungen der Rechtsentwicklung, der Legalisierung des heutigen Zustandes, auch einige *bedeutsame Neuerungen*.

## II. Haftungs begründung: Vom «Ob» und «Warum» der Haftung

### 1. Expansion der Haftungsgründe

Wenden wird uns zunächst den Haftungsgründen zu. Hier ist die Entwicklung dadurch gekennzeichnet, dass die Verschuldenshaftung durch eine an das Mass des Unerfüllbaren heranreichende *Objektivierung* in die Nähe der Kausalhaftungen gerückt ist. Anschauungsbeispiele liefern Urteile zur Haftung der Bergbahnunternehmen für die Sicherheit auf Skipisten (z.B. BGE 121 III 358 ff.; die Haftung gründet jeweils auf einem Konglomerat von vertraglichen und ausservertraglichen Überlegungen, in deren Zentrum die sog. Verkehrssicherungspflicht steht).

Das weckt den Verdacht, dass bei der Frage nach dem «Ob» der Haftung nicht so sehr die Ausgestaltung des Haftungstatbestandes, sondern das *gewünschte Ergebnis im Vordergrund* steht, ein Phänomen, das auch rechtsvergleichend nachgewiesen werden kann. Wer beispielsweise die unter § 823 BGB – dem deutschen Pendant zu Art. 41 OR – ergangene Rechtsprechung zur Verkehrssicherung

der Strassen und Wege verfolgt, erkennt bald einmal, dass sich kaum Unterschiede zur Werkeigentümerhaftung von Art. 58 OR ausmachen lassen, die im schweizerischen Haftpflichtrecht immerhin als einfache Kausalhaftung ausgestaltet ist. Zumindest sind die Übergänge von der Verschuldens- zur Kausalhaftung fliessend. Das gilt es auch zu beachten, wenn über Reformvorschläge nachgedacht wird: Die Unterschiede der einzelnen Haftungssysteme resultieren primär aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Haftungsausfüllung (dazu Ziff. III) und weniger aus den Unterschieden in der Haftungsbegründung.

Die Expansionstendenz zeigt sich nicht nur in der *Überdehnung der erforderlichen Sorgfalt*, im Rückgriff auf den Gefahrensatz oder auf Verkehrspflichten, sondern etwa auch bei den Kausalhaftungen, wo das Subjekt der Haftung – z.B. der Eigentümerbegriff beim Werk (vgl. den Trottoir- und Sprungturm-Fall, BGE 118 II 36 und BGE 123 III 306) – grosszügig ausgelegt oder die *Befreiungsbeweise* ignoriert resp. kurzerhand uminterpretiert werden (so eindrücklich im Schachtrahmen-Fall [BGE 110 II 456], der die moderne Produktheftung «eingeführt» hat, dazu auch nachstehend Ziff. II/4). Von grosser Bedeutung sind aber auch die Beweiserleichterungen, vom Anscheinsbeweis über die *Beweismasssenkung bis zur Beweislastumkehr*, die dem Geschädigten offen oder verdeckt durch den Richter zugestanden werden. Ein weiteres Schlupfloch für die Ausweitung des Haftpflichtrechts bilden die Vermögensschutznormen, die ohne erkennbares System aus der Rechtsordnung destilliert werden.

Obwohl man im Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision über eine Generalklausel für die Gefährdungshaftung nachdenkt (nachstehend Ziff. II/5), hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren, als würde er in Torschlusspanik handeln, eine Flut von *neuen Haftungsbestimmungen* kreiert. So wurde – die Aufzählung erhebt nicht Anspruch auf Vollständigkeit – anfangs der 90er-Jahre im *Strahlenschutzgesetz* eine milde Kausalhaftung für Schäden infolge ionisierender Strahlen erlassen, dies, obwohl es sich eigentlich um den klassischen Anwendungsfall für eine Gefährdungshaftung handeln würde. Allerdings hat man die Verjährungsfristen auf drei resp. 30 Jahre erhöht. Die Swiss- oder besser Eurolex-Vorlage hat uns dann ein *Pauschalreisegesetz* und ein *Produktheftpflichtgesetz* beschert. Revidiert wurde auch das *Gewässerschutzgesetz* (eliminiert wurde damit ein Exot in der Haftungslandschaft, denn die alte Bestimmung knüpfte die Haftung allein an den Erfolg – die Gewässerverschmutzung – und setzte damit weder ein Verschulden noch das für die Gefährdungshaftung typische charakteristische Risiko voraus; dazu WIDMER PIERRE, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 1974, 321 ff.) und das Umweltschutzgesetz. Letzteres befindet sich unter dem Stichwort *Gen-Lex* bereits wieder in der Abänderung. Nebst den Verjährungsfristen, die auf 30 Jahre verlängert werden, soll quasi als Paralleltatbestand zur

allgemeinen Produkthaftung eine Gefährdungshaftung für gentechnisch veränderte Organismen (GVO) eingeführt werden, die keinen Mangel voraussetzt und daher daher das Prädikat Gefährdungshaftung verdient (dazu die soeben erschienene Arbeit von ISABELLE WILDHABER, Produkthaftung im Gentechnikrecht, Zürich 2000, 342 ff.).

Eine Haftungsbestimmung ohne Entlastungsmöglichkeit findet sich im Entwurf zu einem BG über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (*Transplantationsgesetz*, Art. 55: «Wer mit tierischen Organen, Geweben oder Zellen, mit denen eine besondere Gefahr verbunden ist, im Hinblick auf eine Xenotransplantation umgeht, haftet für den Schaden, der durch die Verwirklichung dieser Gefahr entsteht.»). Über eine spezielle Haftungsnorm hat das Parlament auch in der Beratung des *Heilmittelgesetzes* diskutiert, den Kommissionsvorschlag dann aber abgelehnt (beantragt wurde seitens der Kommission folgende Bestimmung: «Die Hersteller haften für die Heilmittelschäden nach den Bestimmungen der Produkthaftung unter Einschluss des Entwicklungsrisikos»). In der Vernehmlassung steckt auch ein *BG über die Stauanlagen*, das dem KHG nachgebildet ist, aber gleichwohl Abweichungen enthält (etwa in der unterschiedlichen Regelung der Entlastungsgründe). Gleich wie andere Gefährdungshaftungen (so etwa die Haftungsbestimmung im Rohrleitungsgesetz), soll auch bei Stauanlagen die Anwendbarkeit von technischen Kriterien wie der Stauhöhe oder der Wassermenge abhängen und damit 1 cm Mauer oder 1 Liter Wasser über die Anwendung entscheiden.

Als *weitere*, in den letzten 10 Jahren geänderte oder neu erlassene Bestimmungen mit haftpflichtrechtlichen Bezügen seien erwähnt: das Anlagefondgesetz, das Militärgesetz, das Fischereigesetz und das geplante Gesetz über die Genomanalyse, welches u.a. auch die Anwendung genanalytischer Verfahren bei der Schadenberechnung regelt.

## 2. Trilogie der Haftungsgründe

Trotz dieses heterogenen Bildes versucht man unbeirrt – offenbar einem dogmatischen Ordnungstrieb folgend – die Haftungsgründe einem Raster zu unterwerfen und unterscheidet dabei zwischen der Verschuldenshaftung einerseits und den einfachen (milden, gewöhnlichen) und den strengen (scharfen) Kausalhaftungen bzw. der Gefährdungshaftung andererseits und streitet sich dann beim Einordnen des einen oder anderen Tatbestandes über die Zuteilung (so z.B. bei der Produkthaftung, in der die einen eine Gefährdungshaftung sehen, während an-

dere, eine milde Kausalhaftung diagnostizieren). Der Zuordnungsentscheid hat freilich kaum praktische Relevanz, und es genügt, sich zu merken, dass sich die Haftungstatbestände in den Lehrbüchern als Trilogie präsentieren, sich aber nicht so einfach katalogisieren lassen, sondern jeweils irgendwo zwischen den Polen Verschuldens- und Gefährdungshaftung einreihen.

Der Vorentwurf erwähnt in Absatz 2 von Art. 41 als wichtigste Haftungsgründe die Verschuldenshaftung, die Hilfspersonen- und die Gefährdungshaftung (die Bestimmung, die als Programmartikel gedacht ist, wird von STEIN 291, als umständlich, nichtssagend und lehrbuchhaft qualifiziert). Die Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass es für eine Schadensüberwälzung eines besonderen Grundes bedarf und damit nach wie vor der Satz «*casum sentit dominus*» gilt. Erkennbar ist aber auch, dass die Haftungsgründe gleichgestellt sein sollen, während heute noch vielfach davon ausgegangen wird, dass die Verschuldens- und Kausalhaftungen im Verhältnis von Regel und Ausnahme stehen.

### 3. Verschuldenshaftung: Grenzen der Haftung für eigenes Fehlverhalten

Für die Verschuldenshaftung soll nicht mehr ein objektiver Massstab gelten, vielmehr wird der Fahrlässigkeitsbegriff in Art. 48a VE OR *subjektiviert* oder besser resubjektiviert. Dass sich in dieser Frage die Geister scheiden, ist bekannt (für die Subjektivierung haben sich WALTER FELLMANN, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I 339 ff. und KOZIOL, SVZ, 151 ausgesprochen, an der Objektivierung festhalten wollen u.a. HONSELL, ZSR, 307 und WERRO 372 f.). Zweifellos wirkt sich die Objektivierung für unterdurchschnittlich Begabte wie eine Kausalhaftung aus, und ein subjektives Verständnis drängt sich auch mit Blick auf die Fundierung der Verschuldenshaftung in der moralischen Vorwerfbarkeit auf. Zudem wurde der Bogen in der Vergangenheit mit einem auch für Normalbegabte nicht mehr erfüllbaren Sorgfaltsmassstab zweifellos überspannt.

Dieser Gefahr könnte zukünftig durch den vorgeschlagenen generellen Gefährdungstatbestand entgegengewirkt werden. Mit der Subjektivierung würde aber eine *neue Lücke* geschaffen. Zumindest theoretisch gäbe es dann keine Haftung für Handlungen, die zwar objektiv schuldhaft, aus persönlichen Gründen aber nicht vorwerfbar sind und auch nicht als gefährliche Tätigkeit i.S. der neuen generellen Gefährdungshaftung zu taxieren sind. Eine Lücke, welche die Praxis dann doch wieder auszufüllen hätte, was sich mit der Rechtsfigur des Übernahme-

verschuldens auch leicht bewerkstelligen liesse. Im Bewusstsein dieser Mechanismen sollte m.E. auch nicht allzu heftig über diese Frage gestritten werden, denn der Richter wird es schon richten und er urteilt letztlich ohnehin subjektiv, worauf uns spätestens PETER GAUCH hingewiesen hat (in ZSR 2000 I 8: «So trägt jedes Urteil den persönlichen Stempel der Richter; es enthält ein Stück ihrer Seele, weshalb es uns nicht nur von den Gerichteten, sondern auch von den Richtern erzählt. Das ist eine Binsenwahrheit, wenn man bedenkt, wie die menschlichen Gehirne (auch jene der Richter) funktionieren. Zunächst bilden wir eine Meinung und dann finden wir die Argumente, um sie zu begründen. Das Gefühl, das schneller reagiert als der Intellekt, weist uns in die richtige Richtung, wo dann der logische Verstand, seine Funktion erfüllt.») und damit erfolgreich eine weitere Illusion zerstört hat (das Leben besteht freilich aus der Zerstörung von Illusionen, wobei die juristische Tätigkeit diesen Prozess erfahrungsgemäss beschleunigt).

Für die Objektivierung sprechen die *Praktikabilität und die Rechtssicherheit*. Man stelle sich nur die beweisrechtliche Situation vor, wenn geltend gemacht wird, man habe im Zeitpunkt der Schädigung unter einer heftigen Gemütsbewegung gestanden. Wer nach dem Ehestreit mit dem Fahrrad davonrast und in der Aufregung einen Fussgänger übersieht, hätte intakte Chancen, sich zu entlasten (ein solcher Sachverhalt findet sich in BGE vom 21. Oktober 1997, 4C.123/1996, der allerdings nach SVG 58 und damit verschuldensunabhängig zu beurteilen war). Die Objektivierung lässt sich aber auch mit dem Funktionieren des Verkehrs durchaus rechtfertigen, der eine gewisse Mindestsumme an Fähigkeiten und Eigenschaften voraussetzt, nach dem Motto, jedermann hat an dem Platz, auf den er sich stellt, für die von ihm erwartete Sorgfalt aufzukommen (so ERWIN DEUTSCH, *Der Begriff der Fahrlässigkeit im Obligationenrecht*, in: FS für MAX KELLER, Zürich 1989, 110). Und letztlich würde damit auch wieder ein Argument aus dem Weg geräumt, das gegen die teilweise Verschmelzung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung spricht (nachstehend Ziff. III).

Nicht ganz nachvollziehbar ist bei der subjektiven Verschuldenskonzeption auch die *Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen*, die auch im revidierten Haftpflichtrecht weiterexistieren soll (Art. 48b VE OR). Dieser verfügt ja per definitionem nicht über die nötigen Fähigkeiten und kann daher bei einem subjektiven Verschuldensverständnis gar nicht tatbestandsmässig handeln. Wird er aus Billigkeitsüberlegungen gleichwohl zur Verantwortung gezogen, so ist dies nur möglich, wenn gleichwohl wieder mit einem objektiven Massstab gemessen wird, da ja kaum jede Schädigung geltend gemacht werden kann. Alsdann wird der Urteilsunfähige aber schlechter behandelt als derjenige, der zwar nicht über die erforder-

derlichen Fähigkeiten verfügt, wohl aber urteilsfähig ist (KOZIOL, SVZ, 151 schlägt daher vor, die Billigkeitshaftung auf die Konstellation des persönlichen Unvermögens zu erweitern; die Frage nach der Abschaffung der im Motto «Reichtum verpflichtet» begründeten Billigkeitshaftung wirft HAUSHEER 24 auf).

#### 4. **Hilfspersonenhaftung: Legalisierung des Schachtrahmenfalles**

Auch die Neuerungen bei der Hilfspersonenhaftung sind so neu nicht. Bereits 1967, am erwähnten legendären Juristentag, hat PETER JÄGGI darauf hingewiesen, dass es neben den Gefahren der Technik als zweite Grundtatsache die «*Organisation*» gebe, welche es rechtfertige, neben die Verschuldenshaftung weitere Haftungsgründe zu stellen: «Denn die Organisation ist nicht durch besondere Gefährlichkeit gekennzeichnet, sondern durch ihre Einheit und durch ihre Zusammenballung von Macht. (...) Diese Entpersönlichung des Schadentatbestandes benachteiligt den Geschädigten, wenn sie nicht durch ein strengeres Haftungsprinzip ausgeglichen wird. Wie bei der Gefährdungshaftung die Manifestation einer Betriebsgefahr, so muss daher bei der Organisation die Manifestation einer objektiven Unsorgfalt im Betrieb als Grund für die Ersatzpflicht genügen. Zu Ende gedacht, führt somit die Organisationshaftung zu einer Haftung für Betriebsmängel» (ZSR 1967 II 754 ff.).

Im berühmten *Schachtrahmen-Entscheid* (BGE 110 II 456) hat das Bundesgericht dann in äusserst freier richterlicher Rechtsfortbildung, die auch nicht mehr mit dem Methodenpluralismus des Bundesgerichts (WALTER HANS PETER, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999, 157 ff.), sondern nur noch mit Methodenabsentismus zu erklären ist, die Organisationshaftung eingeführt. Auch die Studienkommission befürwortet einen solchen Tatbestand, der allerdings nicht, in Analogie zur Betriebsgefahr auf die *Organisationsgefahr* abstellen sollte, sondern auf den Organisationsmangel, somit als milde Kausalhaftung die erkannte Haftungslücke schliessen soll. In These 53-5 schlägt die Studienkommission folgende Regelung vor: «Wird jemand durch einen Fehler in der Organisation eines Geschäftsbetriebes, dessen Tätigkeit nicht mit einer besonderen Gefahr verbunden ist, ein Schaden zugefügt, so haftet dafür der Betriebsinhaber». Dieser Vorschlag hätte zur Folge, dass der Geschädigte den Organisationsmangel nachweisen müsste. Der Entwurf folgt dieser Empfehlung, stellt aber nicht auf den Mangelbegriff ab, sondern stellt in Art. 49a VE OR für Schädigungen durch Unternehmen mit wirtschaftlicher oder beruflicher Zweck-

richtung nur (aber immerhin) die Vermutung auf, dass sie auf einen *Organisationsmangel* zurückzuführen sei. Der Unternehmer kann also den Gegenbeweis antreten, was aber jeweils nicht ganz einfach sein dürfte.

Für den «privaten» Bereich bleibt es dagegen bei den klassischen drei Befreiungsbeweisen (Art. 49 VE OR). Mit dem Verzicht auf den Hinweis, dass es sich nicht um einen besonders gefährlichen Geschäftsbetrieb handeln muss (vgl. demgegenüber die Formulierung der Studienkommission, vorstehend S. 265), wird in Kauf genommen, dass es zu Überschneidungen mit den Gefährdungshaftungen kommt, was allerdings nicht problematisch ist. Brisanter dürfte die konsequenzenreiche Abgrenzung von privaten und unternehmerischen Tätigkeiten sein.

JÄGGI hat noch die Frage aufgeworfen, ob sich bei der Organisationshaftung nicht eine *Kanalisation der Haftung* aufdränge, die Hilfsperson also gegenüber Dritten von der Haftung freigestellt und nur – unter qualifizierten Voraussetzungen – dem Rückgriff des Geschäftsherrn ausgesetzt sein soll, und sie gleich auch deziidiert beantwortet: «... der Gesetzgeber darf nicht dem unheilvollen Irrtum unseres Organisations-Zeitalters Vorschub leisten, dass nur das Kollektiv Verantwortung trägt, nicht auch der Einzelne». Immerhin trifft man in der Staatshaftung auf diese Lösung, die ja eine klassische Organisationshaftung repräsentiert. Auch die Studienkommission hat den Ausschluss eines Direktanspruchs gegen die Hilfsperson befürwortet (Bericht der Studienkommission, 73 f.). Im nun vorliegenden Entwurf ist eine solche Regelung aber nicht mehr enthalten, was zu begrüßen ist, denn es soll ja die Position des Geschädigten und nicht jene des Schädigers verbessert werden.

## 5. Gefährdungshaftung: Vom Analogieverbot zum Analogiegebot

Mit dem Vorschlag für eine allgemeine Gefährdungshaftung, er findet sich in Art. 50 VE OR, wird dem Vereinheitlichungspostulat wohl am stärksten nachgelebt. Dass es gedanklicher Ökonomik entspricht, nicht für jede besondere Gefahr, die unsere Zivilisation hervorbringt, einen eigenen Haftungstatbestand zu erfinden, dass *Ungleichheiten beim Einzelsprungsverfahren* vorprogrammiert sind und die gesetzgeberischen Lösungen zeitlich immer nachhinken (HEIN KÖTZ, Haftung für besondere Gefahr, Generalklausel für die Gefährdungshaftung, AcP 1970, 15 f. spricht von einer «unguten Phasenverschiebung»), kann kaum in Abrede gestellt werden. Dem steht die Angst vor einer übermässigen Ausdehnung der Haf-

tung gegenüber, der Annahme, dass hinter solchen Bestrebungen die Anspruchsmoralität einer Kaskogesellschaft steht, die jegliche Schäden überwälzen will, frei nach TUCHOLSKY, der seine Landsleute mit dem Satz glossierte: «Wenn der Deutsche hinfällt, steht er nicht auf, sondern sieht sich um, wer ihm Schadenersatzpflichtig ist».

Bei dieser Ausgangslage drängt sich ein *Mittelweg* auf und dieser wurde mit der im VE vorgeschlagenen Regelung auch gut getroffen. Der Mittelweg zeigt sich zum einen darin, dass die existierenden Gefährdungshaftungen durch die Generalklausel nicht abgelöst, sondern ergänzt werden (Subsidiarität). Allerdings werden die bestehenden Spezialtatbestände anlässlich der Revision ebenfalls überarbeitet und antiquierte Bestimmungen wie z.B. jene des EHG eliminiert (die Studienkommission empfahl – 1991! – bezüglich des EHG sogar eine «vorzeitige Behandlung», Bericht 197). Mit dem Vorbehalt wird zugelassen, dass Gefahrenquellen, die an sich vom allgemeinen Haftungstatbestand umfasst wären, vom Gesetzgeber einem anderen Haftungsregime unterstellt werden können. Dies würde dann allerdings mit Art. 53 VE OR in Konflikt treten, der bei einer Mehrheit von Haftungsgründen den Richter anweist, die für den Geschädigten günstigste Lösung zu treffen, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich Exklusivität vorsieht. Zumindest theoretisch würde sich also das Vorgehen umkehren: Der Gesetzgeber könnte mit punktuellen Eingriffen ein Übermass an Haftung verhindern.

Eine Generalklausel sollte eine hohe *Flexibilität* aufweisen und gleichwohl die *Rechtssicherheit* gewährleisten, eine Forderung, die sich nur schwer unter einen Hut bringen lässt. Für den Richter muss ohne weiteres erkennbar sein, wann eine besondere Gefahrenlage vorliegt, die es rechtfertigt, auf das Verschuldenserfordernis zu verzichten. Dies geschieht in Abs. 2 von Art. 50 VE OR durch die nähere Umschreibung der gefährlichen Tätigkeit, die als haftungsbegründende Ursache im Zentrum steht. Zunächst muss die Aktion so beschaffen sein, dass Schädigungen auch bei einem Höchstmass an Sorgfalt nicht vermeidbar sind (Vermeidbarkeitsaspekt). Die besondere Gefährlichkeit qualifiziert sich wohl zutreffend durch die Schadenhäufigkeit und/oder Schadensschwere. Nach HONSELL (ZSR, 311) allerdings «geradezu eine Einladung an den Richter, das Thema probandum vorwegzunehmen».

Wichtig für die Grenzziehung ist auch die geforderte Referenzierung mit den bereits *bestehenden Haftungsbestimmungen*. Damit wird nun gesetzlich angeordnet, was vorher verboten war, nämlich ein *Analogieschluss*. Das Analogieverbot wurde bislang quasi als gottgegeben akzeptiert und damit begründet, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich sind. Zu Recht weist HONSELL darauf hin, dass ein solches Analogie-

verbot nur im Strafrecht vertretbar sei, weil es dort um das rechtsstaatliche Prinzip «*nulla poena sine lege*» gehe, während im Haftpflichtrecht die kommutative Gerechtigkeit angesprochen sei (HONSELL, ZSR, 302 f.). Anders als die Schweiz (und etwa auch Deutschland) lässt Österreich den Analogieschluss zu, hat aber gleichwohl zu keiner überzeugenden Rechtsfortbildung gefunden. So hat der OGH die Möglichkeit einer Analogie etwa bei einem Raupenfahrzeug oder Motorboot verneint (vgl. MAGNUS 28 f.). Die nur punktuell entwickelten und z.T. schlecht redigierten Haftungsnormen dürften zumindest mit ein Grund sein, warum sich keine kohärente Rechtsprechung entwickeln konnte (auch HONSELL, ZSR, 304 weist darauf hin, dass für eine Analogielösung die Gefährdungstatbestände überarbeitet und ergänzt werden müssten).

Eine generelle Gefährdungshaftung, wie immer sie ausgestaltet wird (vgl. die Zusammenstellung von Gesetzesvorschlägen bei ERWIN DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1996, 452 sowie MAGNUS 74 ff.), wird stets vor Zweifelsfällen stehen und setzt ein gewisses *Vertrauen in den Richter* voraus, der die Entscheidungen anstelle des Gesetzgebers zu treffen hat. Das dürfte ihm bei Schädigungen durch Motorboote oder Kettensägen nicht sonderlich schwer fallen, denn die Analogie ist hier offensichtlich und die Kriterien der Unvermeidbarkeit, der Schadenhäufigkeit und -schwere sind eindeutig erfüllt.

Wie steht es aber z.B. mit der Tätigkeit von Ärzten, mit der *Arzthaftung*? Auch für sie müsste die Anwendbarkeit wohl bejaht werden, denn bei aller Sorgfalt lassen sich bei medizinischen Behandlungen Schäden nicht vermeiden. Alsdann bräuchte es also nur einen Schaden und die Haftung wäre erstellt. Da man aber kaum bereit wäre, dieses Resultat hinzunehmen, wenn keine Sorgfaltspflicht verletzt und auch kein Organisationsmangel eruierbar ist, würde man sich dann doch wieder an eine weitere Haftungsvoraussetzung erinnern, nämlich die *Widerrechtlichkeit*. Zwar wird diese bei einem Personenschaden angesichts des absoluten Schutzes, den die körperliche Integrität genießt, ohne weiteres unterstellt (was bei Heileingriffen allerdings nicht unbestritten ist, a.M. etwa HONSELL, Entwicklungstendenzen, 21). Selbst wenn man diesen Schluss aus dem Erfolgsunrecht zieht, wird bei medizinischen Eingriffen dann aber doch spätestens bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe auf das Verhaltensunrecht gewechselt und eine Sorgfaltsanalyse durchgeführt, denn unter diesem Titel stellt sich die Frage nach der Aufklärung und Einwilligung des Patienten, die sich bekanntlich nicht auf den Behandlungsfehler erstrecken kann («Indessen deckt die tatsächliche oder hypothetische Einwilligung des Patienten bloss den nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriff ab, nicht aber den unsorgfältigen. Insofern erlangt das Verhaltensunrecht auch bei der Verletzung absolut geschützter Rechts-

güter Bedeutung (BGE 123 II 583), weshalb sich die Diskussion dann doch auf diesen Punkt fokussiert. Das erklärt ja auch, warum man, unabhängig, ob die Haftungsprüfung unter der Verschuldenshaftung von Art. 41 OR, nach Vertrag (mit einer Beweislastumkehr beim Verschulden) oder nach einer kantonalen Kausalhaftungsnorm erfolgt, mehr oder weniger dann doch wieder zum gleichen Ergebnis gelangt.

Auch wenn diese *Beweglichkeit der Haftungselemente* zum Wesen des Haftpflichtrechts gehört, sozusagen Programm ist, müssen die einzelnen Haftungsinstrumente stets auf ihre Tauglichkeit überprüft werden, ganz besonders, wenn sie neu konzipiert und für die Zukunft entworfen werden. So stellt sich hier die Frage, ob das Bedürfnis nach einer *Verhaltensbeurteilung* nicht doch durch den Haftungsgrund direkt angesteuert werden sollte. Akut wird das Problem spätestens dann, wenn, was ich sogleich tun werde, bei den Gefährdungshaftungen der Verzicht auf die Widerrechtlichkeit postuliert wird.

Sollte die allgemeine Gefährdungshaftung also nicht besser auf *verhaltensunabhängige Gefahrenquellen* eingeschränkt werden, d.h. auf den Einsatz *gefährlicher Sachen und Stoffe*, dagegen für bloss menschliches Verhalten, auch wenn es sich durch eine besondere Gefährlichkeit auszeichnet, die Verschuldensprüfung beibehalten und allenfalls eine beweisrechtliche Lösung gesucht werden? Auch bei diesem Ansatz würde im medizinischen Bereich z.B. die Apparatemedizin der Gefährdungshaftung unterstellt bleiben (vgl. HONSELL, ZSR, 312, der dem französischen Vorbild folgend, eine Beschränkung auf gefährliche Sachen vorschlägt). Jedenfalls sollte in diesem Bereich noch geklärt werden, welche Aktivitäten dem Regime der Gefährdungshaftung unterstehen sollen, wobei die Stossrichtung, die Zusammenfassung in einer Generalklausel, überzeugt.

## 6. Widerrechtlichkeit und Gefährdungshaftung

Weiter ist zu fragen, ob das Erfordernis der Widerrechtlichkeit im Bereich der Gefährdungshaftung, die ja auch erlaubte Schädigungen kompensieren soll, überhaupt gerechtfertigt ist? Schränkt man die Haftung auf *Personen- und Sachschäden* ein (der primäre Schutzbereich liegt bei der Gefährdungshaftung eindeutig im Bereich dieser Rechtsgüter; für den auch nicht durch die Widerrechtlichkeit dosierten Ersatz von Vermögensschäden auch bei der Gefährdungshaftung dagegen HANSJÖRG SEILER, Gedanken aus risikorechtlicher Sicht zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, ZBJV 1995, 398 ff.), so braucht es die Widerrechtlichkeit nicht. Mit dem Verzicht würde der Weg freigemacht für das Verhaltensunrecht,

das richtigerweise die Widerrechtlichkeit begründen sollte, sich aber nicht mit der Kausalhaftung verträgt.

Die oft als Gegenargument vorgebrachten *Rechtfertigungsgründe* (vgl. STARK, Gedanken, 359: «Die Aufhebung der Haftpflicht durch einen Rechtfertigungsgrund kann nur zum Zuge kommen, wenn die Widerrechtlichkeit Haftungsvoraussetzung ist.») rechtfertigen die Beibehaltung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit nicht, denn diese können ja ohne weiteres explizit ins Haftpflichtrecht aufgenommen (bereits heute erwähnt Art. 44 OR die Einwilligung und zwar richtigerweise als Reduktionsgrund, denn diese kann nicht durchwegs zur Aufhebung der Haftpflicht führen), durch eine teleologische Reduktion (so die Lösung in Deutschland) oder als Rechtsmissbrauch ausgeklammert werden.

Der in Art. 45 Abs 3 VE OR vorgesehene *Ausschluss der Vermögensschäden* im Bereich der Gefährdungshaftung macht dann Sinn, wenn die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung nicht mehr gefordert wird. Auch die in den beiden Absätzen von Art. 46 VE OR unterschiedliche Definition der Widerrechtlichkeit, je nachdem, ob die Schädigung im Verhalten einer Person begründet ist, überzeugt nicht (Kritik auch bei KOZIOL, SVZ, 150 und schon zuvor 148). Der Ausschluss der reinen Vermögensschäden vermag auch nicht an der Gleichwertigkeit der Haftungstatbestände zu rütteln. Dass diese einen unterschiedlichen Schutzbereich aufweisen, gehört gerade zum Wesen eines differenzierten Haftungssystems und ändert an der Gleichwertigkeit noch nichts. Die Gefährdungshaftungen gehören ihrem Wesen nach zum Unfallhaftpflichtrecht, das Personen- und Körperschäden resp. die *daraus* resultierenden Vermögensschäden im Visier hat.

## **7. Definition der Widerrechtlichkeit und Diskriminierung der Vermögensschäden**

Die Definition der Widerrechtlichkeit, das eine letzte Bemerkung zur Haftungsbegründung, sollte eine verlässliche Beurteilungsgrundlage für die relevanten Vermögensschäden schaffen. Ihr sollte, so schwierig sich das Unterfangen präsentiert, zumindest ansatzweise entnommen werden können, wie die Normen beschaffen sein sollten, aus denen sich die Widerrechtlichkeit ableitet. Neuere Arbeiten können bei der Herausarbeitung der massgebenden Kriterien für die relevanten Schutznormen nützliche Hinweise liefern (z.B. MARTIN KAROLLUS, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wien/New York

1992). Jedenfalls überzeugt die Praxis des Bundesgerichts in dieser Hinsicht nicht. Sie ist zu stark auf das Strafrecht konzentriert, dort aber mangels Alternativen nicht gerade wählerisch. So ist schwer nachvollziehbar, wenn für Art. 239 StGB der Schutznormcharakter bei den Kabelbruchfällen bejaht, umgekehrt aber für Art. 222 StGB bei den Löschkosten verneint wird (BGE 102 II 85 ff.; 104 II 95).

Die wirtschaftlichen Aktivitäten verlagern sich rasant in den tertiären Sektor und damit wird die Frage der Haftung für (reine) Vermögensschäden zukünftig weit bedeutsamer als im vergangenen Jahrhundert. Das verlangt nach einer sorgfältigen Eingrenzung, die uns der Begriff der Widerrechtlichkeit zu liefern hat. Zu entscheiden ist dabei u.a., ob auch der subjektive Tatbestand einer Schutznorm erfüllt sein muss und wie weit der Verschuldensbezug reichen soll, eine Frage, die in der Schweiz bisher noch kaum diskutiert wurde (das Problem erkannt hat VIKTOR AEPLI, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, SJZ 1997, 405 ff.). Solche Differenzierungen sind nötig, weil der Rechtsgüterschutz bei den reinen Vermögensschäden schwächer ausgebildet ist. Dass die Rechtsgüter nicht gleichwertig sind, der Schutz der Person an erster Stelle steht, entspricht wohl auch heutiger Anschauung, und nach wie vor auch, dass der Bestandesschutz der Handlungsfreiheit nachgeordnet ist. Eine Parallele findet die Problematik der reinen Vermögensschäden in der Regelung der sittenwidrigen Schädigung. Art. 41 Abs. 2 OR verlangt, dass sich der Verschuldensbezug bis zum Schaden erstreckt und dass die Schadenszufügung absichtlich erfolgt. Die unterschiedliche Beschaffenheit rechtfertigt, höhere Anforderungen an die übrigen Haftungsvoraussetzungen zu stellen, ganz im Sinne des beweglichen Systems von WILBURG, wonach die stärkere Ausprägung eines Haftungselements ein in geringerem Masse vorhandenes Zurechnungselement substituieren kann (vgl. auch die Hinweise bei KOZIOL, SVZ, 154 und insbes. 155).

Spätere Juristengenerationen mögen über solche Differenzierungen, wie sie hier im Umgang mit reinen Vermögensschäden und bei der Generalklausel für die Gefährdungshaftungen vorgeschlagen werden, vielleicht den Kopf schütteln, so wie wir das heute etwa hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung von Sach- und Personenschäden im EHG tun. Stets muss uns bewusst bleiben, dass wir uns in einem Entwicklungsprozess befinden, der nie abgeschlossen sein wird. Was wir heute als richtig erkennen, wird dereinst anders beurteilt werden. Weil wir nicht in der Lage sind, Lösungen für alle Ewigkeit zu entwickeln, ist wohl das wichtigste Postulat für die Revision des Haftpflichtrechts, dass (auch) die neue Regelung diesen Prozess, die notwendige *Rechtsentwicklung*, nicht behindern darf!

### III. Fusion von Delikts- und Vertragshaftung

#### 1. Eine alte Geschichte

Der Vorentwurf strebt auch eine (teilweise) Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung an. Die Frage der Beibehaltung oder Trennung von Vertrags- und Deliktshaftung wurde bereits anlässlich der ersten Revision des Obligationenrechts diskutiert. In seinem Referat über die «Revision des Obligationenrechts» hat C. CHR. BURCKHARDT anlässlich der Jahresversammlung des Juristenvereins im Jahre 1903 ausgeführt (schöner lässt sich die Problematik kaum darstellen, was das diesen Beitrag einleitende und nun vollständige Zitat rechtfertigt): «Man kann rückhaltloser Anhänger der neuerdings vielfach verfochtenen Einheit des Schadenersatzrechtes sein, wie sie schon der Basler Civilgesetzentwurf von 1865 vorbildlich verwirklicht hat, und demnach die Spaltung in ein vertragliches und ein ausservertragliches Gebiet, die unser Gesetz dem Code civil und dieser dem römischen Rechte entnommen hat, beklagen, eine Spaltung, die doch wesentlich nur als geschichtliches Ergebnis eines Rechtes erklärlich ist, das bloss scharf umgrenzte Einzeldeliktstypen, nicht wie wir ein generelles Deliktshaftungsprinzip aufwies; man kann für jene Einheit und gegen die Differenzierung einerseits das formale Interesse der Sparsamkeit und des klaren Zusammenschlusses, andererseits den materiellen Übelstand anführen, dass die Zweispurigkeit bei uns wie im französischen Rechte zu einer oft unerwünscht tiefen inneren Verschiedenheit des kontraktlichen und des ausserkontraktlichen Schadensrechtes geführt hat; und man kann trotzdem sehr wohl nur einem häufigern materiellen, nicht aber einem formellen Ausgleich das Wort reden, aus dem nüchternen Grunde, dass sich ein Schadenersatzcodex dem gegebenen Aufbau allzu schwer einfügen liesse. *Wichtiger als tadellose Systematik ist innere Geschlossenheit des Gesetzes; Sache der Doktrin ist es dann, die zerstreuten Glieder zum lebendigen Ganzen zu vereinigen, und auch die Praxis wird, wenn wir jener Anforderung genügen, ob der äusseren Trennung die sachliche Einheit nicht verkennen und ohne Mühe das Zusammengehörige in verschiedenen Räumen suchen und finden.* So schicken wir uns auch darein, dass die Scheidung des ersten Titels in Entstehung der Obligation aus Vertrag, Delikt, Bereicherung und *variae causarum figurae* wissenschaftlich mangelhaft und romanistisch abgestanden sein mag: praktisch hat sie zu keinen Unzuträglichkeiten geführt.»

Die Frage der Vereinheitlichung war also schon vor PETER JÄGGI ein Thema, der mit seinem legendären Beitrag (JÄGGI PETER, Zum Begriff der vertraglichen Scha-

denersatzforderung, Festgabe SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968, 181 ff.) angeregt hat, das Schadenersatzrecht bereits unter dem geltenden Recht zusammenzuführen, die Rechtsentwicklung damit aber nicht wesentlich beeinflussen konnte, immerhin aber Inspirationsquelle für den vorliegenden Revisionsvorschlag war (WESSNER 18 f.).

## 2. Heutige Teilharmonisierung

Die heutige Zweiteilung des Schadenersatzrechts wird dadurch gemildert, dass nach *Art. 99 Abs. 3 OR* «die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubter Handlung auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung» finden (ausführlich zu dieser Bestimmung die Arbeit von BRUNNER). Diese *Teilharmonisierung des Schadenersatzrechts* betrifft dabei insbesondere die *Art. 42 ff. OR* und damit die Bestimmung über die Ausfüllung der Schadenersatzleistungen. Die Vereinheitlichung ist aber nur eine partielle. Es verbleiben unterschiedliche Modalitäten, so die andere Beweislastverteilung beim Verschulden, unterschiedliche Verjährungsfristen und andere Zurechnungskriterien bei Hilfspersonen.

Durchbrochen wird die heutige Zweiteilung auch durch verschiedene Rechtsfiguren, die irgendwo zwischen der Delikts- und Vertragshaftung anzusiedeln sind: Die Haftung *aus culpa in contrahendo*, die *Vertrauenshaftung* oder die *Dritt-schutzwirkung* von Verträgen, die hinsichtlich der Modalitäten entsprechend ihrem Zwittercharakter und abhängig von der Opferschutzmentalität des Beurteilers jeweils der einen oder anderen Regelung unterstellt werden.

Zwischen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung besteht im Übrigen *Anspruchskonkurrenz*, was dem Geschädigten erlaubt, sich auf die günstigere Regelung zu berufen.

## 3. Revisionsvorschläge

Der Vorentwurf schlägt nun in *Art. 42 OR* eine weiter gehende Vereinheitlichung der deliktischen und vertraglichen Haftung vor: «Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schäden anwendbar, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung sowie besonderer Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse.»

In der ursprünglichen Fassung des Vorentwurfs bezog sich der Vorbehalt nur auf die «günstigeren Regelungen» der besonderen vertraglichen Bestimmungen. Ganz offensichtlich hat hier die Kritik von GAUCH Früchte getragen (ZSR, 322, 331): Eine solche Anpassung könne nicht «im Bausch und Bogen», sondern müsse für jede Bestimmung im jeweiligen Gesamtzusammenhang entschieden werden. Ebenfalls geändert wurde *Art. 99 OR* des Vorentwurfs. Während der Verweis ursprünglich nur die Bestimmungen über den Schaden, den Ursachenzusammenhang sowie die Schadenersatzbemessung und Freizeichnung erfasste, macht die nun vorliegende Fassung lediglich noch einen Vorbehalt für die «besonderen Regeln» des Vertragsrechts (GAUCH, ZSR, 332 f.).

Ein weiterer Hinweis auf die Fusionsbestrebungen findet sich in der *Widerrechtlichkeitsdefinition* in Art. 46 VE OR, die in Absatz 2 auch den Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht aufführt. Der Revisionsvorschlag führt letztlich dazu, dass das vertragliche Schadenersatzrecht unterschiedlichen Regeln unterstehen würde, je nachdem ob es sich dabei um eine *positive oder um eine andere Vertragsverletzung* handelt. In der Umschreibung der Widerrechtlichkeit wird zudem auch der Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aufgeführt und damit die sich zaghaft zwischen Delikt und Vertrag entwickelnde *Vertrauenshaftung* dem Deliktsrecht zugeschlagen (zu diesem Fragenkreis die soeben erschienene Arbeit von FABIO DELCÒ, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben für den Ersatz reiner Vermögensschäden, Diss. Zürich 2000).

#### 4. Sozialkontakt versus Zufallskontakt

Ich möchte und kann mich ohne vertiefte Abklärungen nicht abschliessend zu diesen Vorschlägen äussern und verweise einstweilen auf die Beiträge von GAUCH (ZSR) und FELLMANN (recht) sowie jenen von KOZIOL (ZBJV), der den Schritt aus dem Blickwinkel einer Rechtsordnung reflektiert, die eine solche Fusion bereits kennt.

Zweifellos bedarf eine solche Harmonisierung sehr sorgfältiger Abklärungen, was bedeutet, dass auch das Vertragsrecht in die Revisionsbemühungen einbezogen werden müsste, womit man dann aber doch etwas überfordert sein dürfte. Klar ist, dass es zwischen Vertrag und Delikt immer Unterschiede geben wird, die sich aus dem unterschiedlichen Entstehungsgrund erklären, der das eine Mal freiwillig, im Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit und Anständigkeit des Partners, im anderen Fall unfreiwillig und bloss zufällig gesetzt wird (JOACHIM STRÖFER, Schadenersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982, 144 ff.). Die notwendigen

Differenzierungen zwischen dem vertraglichen und ausservertraglichen Bereich fliessen aus der Art und Weise des Zustandekommens des sozialen Kontakts, die bei der Vertragshaftung mit der Treue zum Wort und der Rechtfertigung in Anspruch genommenen Vertrauens zu tun hat. Kurz gesprochen: *Die vertragliche Haftung ist Haftung aus dem Wort nicht aus der Tat* (STRÖFER, a.a.O., 147).

Das die vertragliche Bindung dominierende *Vertrauensverhältnis* übt einen nachhaltigen Einfluss auf die Stellung der Beteiligten aus, der sich bis hin zum Schadenersatz bemerkbar macht. Nicht nur Art und Umfang der geschützten Interessen weisen im Vertragsrecht eine unterschiedliche Zielsetzung auf, auch die Erwartungshaltung ist eine andere, denn die Leistungs- und Schutzerwartungen können weitgehend autonom vereinbart werden, während es im Deliktsrecht um den Schutz und die Erhaltung allgemeiner Wertvorstellungen geht.

## 5. Die dritte Dimension

Die Unterschiede präsentieren sich indessen nicht einfach schwarz und weiss, vielmehr sind die Übergänge von Delikt und Vertrag fließend, was sich in der Herausbildung der erwähnten Haftungstatbestände zeigt, die man zumindest heute als eine dritte Kategorie akzeptieren sollte und denen eine *Vertrauensverletzung* basierend auf einem irgendwie gearteten Sozialkontakt gemeinsam ist (so mich überzeugend BAUMANN, N 106 ff. zu Art. 2 ZGB: «Die dogmatische Zweiteilung in Deliktshaftung und Vertragshaftung [*tertium non datur*] verkennt, dass es eben doch ein Drittes gibt: das Gebiet des Nicht-Delikt [aus der Sicht des Deliktsrechtes] und der Noch-nicht-Vertragsverletzung.»). Das dichotomische Gefüge von Vertrags- und Deliktshaftung vermag in der Tat der Vielgestaltigkeit des menschlichen Zusammenlebens nicht gerecht zu werden, und rein formaljuristische Argumente reichen zur Begründung nicht aus. Wir Juristen können ja im Gegensatz zu einem Computer nicht nur aus einem Dualsystem heraus Entscheide fällen, auch wenn dies an anderer Stelle, bei der Unterscheidung von Objekt und Subjekt, von Personen und Sachen, der Unterscheidung von subjektiv und objektiv, zumindest den gegenteiligen Anschein macht.

## 6. Anzustrebende Nivellierung

Hingewiesen sei immerhin darauf, dass selbstverständlich die Unterschiede auch abgebaut werden können, die gegen eine Verschmelzung sprechen, was durch

den Revisionsentwurf durchaus auch geschieht. Eine *Angleichung* ist zweifellos bei der *Verjährung* ohne weiteres denkbar und auch erwünscht (so auch GAUCH, ZSR, 329). Auch für die *Beweislast* beim Verschulden dürfte eine punktuelle Angleichung wünschbar sein, wobei hier das Deliktsrecht gefordert ist, so z.B. bei der *Arzthaftung*, die ja mehr auf einem Sozial- als auf einem, der *Delikts*-haftung eigenen Zufallskontakt basiert.

Was die *Hilfspersonenhaftung* angeht, kann es keine Gleichheit der Positionen geben. Im Deliktsrecht muss der Haftpflichtige für das gesamte, in der Vielgestaltigkeit kaum überschaubare Personalrisiko einstehen, was eine Eingrenzung der Haftung durch weiter gehende Befreiungsmöglichkeiten erfordert. Im Vertragsrecht liegt es im überschaubaren Verantwortungsbereich des Schädigers, welche Personen er bezieht, und mit dem funktionellen Zusammenhang wird zugleich sichergestellt, dass zwischen dem Handeln und der Sonderverbindung ein Zusammenhang besteht. Wer aus dem arbeitsteiligen Vorgehen den Nutzen zieht, soll auch das Risiko tragen. Auch hier findet freilich mit der neuen «Organisationshaftung» eine Angleichung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung statt.

Was die *Vertrauenshaftung* anbelangt, so sei hier lediglich noch der Wunsch angebracht, sie möge sich schon bald zu einer kohärenteren Haftungsgrundlage entwickeln, denn ihr steht angesichts des Wandels der ökonomischen und sozialen Verhältnisse ein grosses Entwicklungspotenzial bevor. Das Vertrauen kann ja «Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität» sein, wie uns das Buch von LUHMANN lehrt (das ich bei PETER LOSER, *Konkretisierung der Vertrauenshaftung*, recht 1999, 77 Anm. 24 gefunden, selbst aber nicht gelesen habe). Dass es die wichtigste Grundlage des menschlichen Zusammenlebens darstellt, bedarf wohl auch keiner wissenschaftlichen Abklärung (sicherheitshalber sei aber auf den einleitenden Satz des Beitrages von HANS PETER WALTER 273 verwiesen).

## IV. Haftungsausfüllung: Zum «Wieviel» der Haftung

### 1. Wertungsdefizite bei der Haftungsausfüllung

Während über die *Haftungsbegründung* verschiedene Kriterien entscheiden, wie die soeben erwähnte Widerrechtlichkeit, das Verschulden oder das charakteristische Risiko, hängt die Zurechnung der weiteren Verletzungsfolgen einzig vom Kausalzusammenhang ab. Die Verletzungsfolgen werden von den übrigen Haf-

tungsvoraussetzungen nicht mehr erfasst. So muss bei einer Körperverletzung nur der primäre Eingriff – das Zufügen der Wunde – verschuldet sein, nicht aber die daran anschliessenden Komplikationen, etwa eine Infektion oder psychisch bedingte Störungen, und auch nicht die daraus resultierende Erwerbsunfähigkeit und der darauf basierende Schaden in Form von Heilungskosten und Erwerbsausfall.

Dass eine rein kausale Zurechnung nicht genügt, muss nicht weiter erläutert werden, wohl aber der Umstand, dass sich eine wertende Begrenzung der Haftung, das Bedürfnis nach einem zusätzlichen HaftungsfILTER, der noch immer in der unsterblichen, um nicht zu sagen untödlichen, Adäquanztheorie erblickt wird, nur im Bereich der Haftungsausfüllung stellt. Die für die Haftungsbegründung zuständigen Zurechnungskriterien – Verschulden, Widerrechtlichkeit, charakteristisches Risiko usw. – erweisen sich regelmässig als restriktiver und stellen damit die nötige Haftungsbegrenzung sicher, so dass auf eine zusätzliche Zurechnungsschranke verzichtet werden kann (dazu WEBER, Schadenszurechnung, 545 f.).

Die Haftungsausfüllung leidet aber noch an einem weiteren Wertungsdefizit. Die Frage, was als Schaden zu gelten hat, ist im Lichte des als tragende Idee des Haftpflichtrechts postulierten *Ausgleichsprinzips* zu beantworten. Die zugefügten Nachteile müssen durch die Schadenersatzleistungen vollständig ausgeglichen werden. Der Ausgleichsgedanke umfasst nicht nur die materielle Rehabilitation, sondern auch die Wiedergutmachung der immateriellen Nachteile. Jedenfalls ist es nicht zwingend, in der Genugtuung eine Ausprägung des Rache- und Sühne-gedankens zu sehen. Die Forderung nach Totalrestitution und -kompensation hilft aber spätestens dann nicht mehr weiter, wenn der Schaden nicht in Form einer Vermögensdifferenz eruiert werden kann. Sie liefert durch die ideologiefreie Ausgestaltung der Leistungspflicht keine Wertungshinweise und lässt die gesuchten Lösungen nicht erkennen.

Es ist offensichtlich, dass die Forderung nach Ausgleich und Wiedergutmachung zudem erst eingreifen kann, wenn die Frage der Haftung geklärt ist. Der Ausgleichsgedanke kann m.a.W. kaum etwas zur Aufhellung der Haftungsgründe beitragen. Er deckt daher nur einen Teilaspekt der Haftungsbeurteilung ab. Das Haftpflichtrecht entscheidet «nicht nur über die Gewährung, sondern genauso über die Versagung von Ersatzansprüchen, und wer behauptet, sein <Ziel> sei Kompensation, muss im gleichen Atemzug zugeben, dass gleichberechtigtes <Ziel> die Nichtkompensation ist» (so zutreffend KÖTZ HEIN, Deliktsrecht, 7. A., Berlin 1996, N 37). Der Ausgleichsgedanke kann daher auch nicht beigezogen werden, um die gewünschte Expansion des Haftpflichtrechts zu legitimieren.

## 2. Renaissance der Adäquanztheorie oder der Beginn eines juristischen Kausalverständnisses

Was das Haftungskorrektiv der Adäquanz anbelangt, so ist heute anerkannt, dass es sich dabei nicht um eine Kausaltheorie, sondern um zusätzliche Wertungen bei der Schadenszurechnung handelt. Nach der Adäquanztheorie ist ein Schaden dann zurechenbar, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint. Zu einem positiven Ergebnis gelangt man dann, wenn der untersuchte Zusammenhang mit dem *Erfahrungswissen* korrespondiert, und zwar so, dass eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für die kausale Verknüpfung spricht.

Dieses Vorgehen führt zwangsläufig zu *Doppelspurigkeiten* mit der sog. natürlichen Kausalität, deren Feststellung ebenfalls meist nur auf Erfahrungswerten und Wahrscheinlichkeitsaussagen beruht. Dies zeigt sich sehr deutlich in der Rechtsprechung des EVG zu den psychischen Beschwerden und zu den *Schleudertrauma-Fällen*. Bei diesen Konstellationen geht es weniger darum, einen festgestellten Kausalnexus einzuschränken, als vielmehr darum, die mangels gesicherter bzw. objektivierbarer Befunde vorhandenen Kausalzweifel zu überwinden. Dies geschieht bekanntlich mittels einer Triagierung nach der Unfallschwere.

Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden, wichtig ist lediglich die Feststellung, dass auch der *Kausalzusammenhang als juristische Denkkategorie* zu begreifen ist, und nicht einfach als etwas ausserrechtlich Vorgegebenes. Der Revisionsentwurf spricht in Art. 47 OR von einem «rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang» und bringt damit das soeben Gesagte auf den Punkt. Es wird nicht einfach eine Leerformel ins Gesetz aufgenommen (so STEIN 301). Die Rechtsanwendung erleichtern würde aber, wenn das Gesetz doch auch einige Anhaltspunkte für die zu treffenden *Wertungen* mitliefern und damit zur Klärung der Zurechnungsfrage beitragen würde (so auch KOZIOL, SVZ, 150 f.; GAUCH, ZSR, 325). Allein die Rechtsprechung dürfte dazu ohne Anleitung nicht in der Lage sein. Es ist denn auch Sache des Gesetzgebers, sich über den rudimentären Schutzbereich Gedanken zu machen und zumindest in homöopathischer Dosis Hinweise auf den Normzweck zu hinterlassen.

### 3. Wo die Haftung für «einleuchtende Wahrscheinlichkeit» einleuchtet

Eine sehr weitgehende Erleichterung für den oft schwierigen *Kausalitätsnachweis* findet sich in den Verfahrensvorschriften des Vorentwurfs. Nach Art. 56d Abs. 2 VE OR kann sich das Gericht mit einer *einleuchtenden Wahrscheinlichkeit* begnügen und es kann ferner die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen. Unklar ist natürlich, welchem Wahrscheinlichkeitsgrad die einleuchtende Wahrscheinlichkeit zuzuordnen ist. Für den Kausalitätsnachweis ist keine Sicherheit erforderlich, und das ist auch angemessen, denn es gibt bekanntlich keine Sicherheit, nur verschiedene Grade der Unsicherheit. Nach der Rechtsprechung zum Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt *überwiegende Wahrscheinlichkeit* (BGE 107 II 107), wobei auch dieser Begriff nicht geklärt ist und man sich stets bewusst sein muss, dass gar keine genauen Prozentangaben gemacht werden können. Zieht man die Linie bei 50%, so ist wohl anzunehmen, dass sich Art. 56d VE OR mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad begnügt.

Auch wenn es im Bereich der Kausalität zu Beweisproblemen kommen und es nicht einfach hingenommen werden kann, dass der Betroffene alsdann auf seinem Schaden sitzen bleibt, ist hinsichtlich einer solchen Regelung, die erhebliche Zugeständnisse auf der Beweisebene macht, Skepsis angebracht. Zu begrüssen ist die Möglichkeit, den Schaden nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad zu bemessen, um damit v.a. in den Fällen der *perte d'une chance* zu einer angemessenen Risikoverteilung zu gelangen. Man kann sich fragen – und die persönliche Antwort lautet «Ja» – ob nicht bereits die heutige Regelung in Art. 42 Abs. 2 OR eine solche Lösung zulassen würde.

Betreffen die Kausalitätsprobleme dagegen die *Haftungsbegründung*, so genügt die Regelung den Anforderungen nicht, die an eine Rechtsnorm unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit zu stellen sind. Diesen Anforderungen kommt im Haftpflichtrecht aber im Hinblick auf den Versicherungsaspekt grosse Bedeutung zu. Es ist unumgänglich, die ganz unterschiedlichen Kausaldefizite (Fälle der alternativen Kausalität, objektive und subjektive Erkenntnislücken, der Gedanke der «market-share-liability» usw.) tatbestandlich zu konkretisieren und die Momente anzugeben, die eine Zurechnung trotz «geringer» Kausalität rechtfertigen (vgl. dazu auch KOZIOL, SVZ, 154; NIGG, SVZ 1997, 30 ff., 36 ff.). Die angesprochenen Tatbestände sind nicht gleichwertig und sie dürfen daher auch normativ nicht über einen Leisten geschlagen werden, so attraktiv solch offene Formulierungen unter dem Gesichtspunkt der sprachli-

chen Schlichtheit und der dadurch möglichen freien Rechtsentwicklung auch sein mögen. Die vorgeschlagene Lösung könnte zudem auch bewirken, dass in der (überwiegend vergleichsweisen) Erledigung der Schadenfälle kein voller Ersatz mehr zugestanden wird, da häufig zumindest über die Schadenfolgen keine Gewissheit besteht.

## V. Differenzen zur Differenztheorie

### 1. Die gute alte Differenztheorie

Der Gesetzgeber hat den Schaden selbst nicht definiert und damit offen gelassen, welche Nachteile dem Geschädigten zu ersetzen sind. In der Regel und eigentlich fast unangefochten wird er so umschrieben, wie dies in *BGE 116 II 444* nachzulesen ist: «Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.»

Hinter dieser Umschreibung steht die sog. Differenztheorie (oder Differenzhypothese) die FRIEDRICH MOMMSEN in seiner Schrift «Zur Lehre vom Interesse im Jahre 1855» kreiert hat: «Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie dasselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welches dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde.»

### 2. ... und was daraus folgt

Aus der Umschreibung des Schadens als Differenz des Gesamtvermögens ergeben sich folgende Konsequenzen: Zum einen ist verlangt, dass das haftbarmachende Ereignis zu *finanziellen Nachteilen* führt. Das blosse Loch in der Scheibe oder im Kopf genügt noch nicht. Verheilt die Wunde, ohne dass Heilungskosten entstanden sind, liegt kein Schaden vor. Ausgegangen wird also von einer ökonomischen Betrachtung. Zum anderen geht aus dem Gesamtvermögensvergleich hervor, dass die *individuellen Verhältnisse des Geschädigten*, die Auswirkungen auf

sein Gesamtvermögen, massgebend sind. Es darf nicht, was auch denkbar wäre und in vereinzelt Gesetzesbestimmungen auch vorgesehen ist, von einem objektiven Wert ausgegangen werden.

### **3. Das Schreckgespenst normativer Schaden**

In neuerer Zeit taucht auch in der schweizerischen Literatur und nun auch in einem Bundesgerichtsurteil das Schreckgespenst des «normativen» sowie jene des «abstrakten» Schadens auf: «Die Besonderheit des Haushaltschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen, der sich nicht konkret, sondern nur abstrakt berechnen lässt» (BGE vom 13.12.94 i.S. Jost c. Basler, teilw. publ. in Pra 1995 Nr. 172, 14).

Das Bundesgericht hat der vorinstanzlichen Auffassung, die von den aufgelaufenen Kosten ausgegangen ist und diese auch zur Basis der Schätzung des zukünftigen Aufwandes genommen hat, eine Absage erteilt. Das Urteil hat für etwelche Aufregung und Verwirrung gesorgt, und es ist denn auch zuzugeben, dass die Begründung nicht gerade glücklich ausgefallen ist und viele Fragen offen lässt. Soweit das Bundesgericht den Begriff des normativen Schadens verwendet, weil es Schadenersatz zuspricht, obwohl kein Vermögensnachteil vorliegt, bricht es indes nicht mit den tradierten Vorstellungen. Auch wenn das Vorgehen mit der Differenztheorie kollidiert, ist anerkannt, dass der Geschädigte seine Ansprüche nicht dadurch verliert, dass er die schadenverursachenden Dispositionen nicht vornimmt oder durch solche den Schaden gerade vermeidet. Auch wer sein Auto nicht repariert, hat Anspruch auf die Reparaturkosten, und wer eine Tätigkeit ausübt, obwohl ihm dies unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderung nicht zugemutet werden kann, erhält den Erwerbs- oder Versorgungsausfall ersetzt. So hat das Bundesgericht in BGE 119 II 366 f. für eine Witwe entschieden, die nach dem Tod ihres Mannes eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat.

### **4. Notwendige Korrektur und Ergänzung der Differenztheorie**

Dass man für die Schadensfeststellung nicht einfach auf die Lage vor und nach dem schädigenden Ereignis abstellen kann, dass vielmehr auch der Schadens-

begriff gleich wie der Kausalzusammenhang gewisser Korrekturen bedarf, kann nicht bestritten werden. Die Berechnung des Schadens reduziert sich nicht auf eine bloße Subtraktion des Gesamtvermögens, wie das durch die Differenzhypothese suggeriert wird. Auch beim Schaden handelt es sich nicht um einen wertfreien Begriff, der sich in einem blossen Kalkulationsvorgang erschöpft. Die Differenztheorie ist *keine Rechenformel*, denn die gesuchte Vermögensdifferenz lässt sich nicht einfach als Saldo aus dem Vergleich zweier Vermögenslagen – der hypothetischen und der realen – ablesen.

Dass dem nicht so ist, wird im Problemkreis der *Vorteilsanrechnung* längst anerkannt, auch wenn man dort bislang nicht über topische Lösungsansätze herausgekommen ist. Die gesuchte Vermögensdifferenz basiert zudem auch nicht immer auf greifbaren Fakten bzw. auf einem konkret feststellbaren Geldabfluss, sondern vielfach auf blossen Annahmen und Prognosen, für welche die Schadenberechnungstheorien die Regeln und Wertungen bereitstellen müssen. Die Methode der Schadenberechnung ist daher auch mitbestimmend für den Schadensbegriff (SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984, N 270). Dass sich die Schadensfeststellung nicht auf eine bloße Rechenoperation reduziert, bringt ja auch Art. 42 OR zum Ausdruck, der bestimmt, wie der Schaden festzulegen ist, wenn er nicht ziffernmässig feststellbar ist.

Vorsicht ist aber gegenüber jenen Strömungen am Platz, die aus den notwendigen Abweichungen von der Differenztheorie quasi einen Freipass ableiten. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Annahme eines Schadens ohne den erforderlichen Vermögensverlust wie auch hinsichtlich der Quantifizierung, d.h. der Berechnungsmethode. Die Ausnahmen bedürfen einer besonderen Begründung, denn es geht nicht einfach um die Korrektur einer blossen Faustregel, sondern um die notwendige *Fortbildung des Schadenersatzrechts*, der weitreichende Bedeutung zukommt.

Der bloße Hinweis auf den sog. normativen Schaden kann eine Begründung jedenfalls nicht ersetzen, denn hinter diesem Begriff steht *kein einheitlicher Lösungsansatz*. Gemeinsam haben die mit diesem Etikett versehenen Schadensprobleme nur gerade, dass sie mit der Differenztheorie nicht zu vereinbaren sind. Hinter dem normativen Schaden steht keine geschlossene Theorie, die als Alternative die Differenztheorie ablösen könnte; er kann damit auch nicht als ausreichende Legitimation für das gewünschte Resultat dienen. Sofern mit dem Begriff angetönt wird, dass der Schaden nicht als ein rein kalkulatorisches Problem zu begreifen ist, sondern Wertungsarbeit erfordert, ist gegen den Begriff allein nichts einzuwenden.

## 5. Massgebende Wertungen

Nach welchen Kriterien ist nun aber diese Wertungsarbeit vorzunehmen? Kehren wir zurück zu den erwähnten Beispielen, den fiktiven Reparaturkosten, der Schadenminderung und zum Haushaltschaden.

Einigermassen leicht fällt die Antwort bei den *fiktiven Reparaturkosten*. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (die bei Sachschäden angebracht ist), sollten lediglich der Minderwert und nicht die höheren Reparaturkosten vergütet werden. Erst wenn der Geschädigte das Fahrzeug tatsächlich repariert, wandelt sich der Schadensanspruch in die tatsächlichen Aufwendungen um. Die Praxis folgt allerdings der gegenteiligen Auffassung, denn die Verwendung des Geldes sei nicht massgebend (vgl. auch die Revisionsdiskussion in Deutschland, DAR 2000, 109 f.). Gleich ist auch vorzugehen, wenn eine Sache gänzlich zerstört worden ist. Auch hier entscheiden die Dispositionen des Geschädigten, auf welchen Wert abzustellen ist. Entschliesst er sich, einen gleichwertigen Ersatz zu beschaffen, so ist auf den Wiederbeschaffungswert abzustellen. Es ist dem Geschädigten aber auch unbenommen, auf eine Wiederbeschaffung zu verzichten. Dass sich der Geschädigte aus Anlass des Schadenereignisses zu diesem Schritt entscheidet, ist unerheblich. Der Geschädigte verhält sich bei einem Verzicht auf die Wiederherstellung so, wie wenn er die betroffene Sache verkauft hätte, so dass der Veräusserungswert massgebend ist. Die Lösung steht im Einklang mit dem Ausgleichsprinzip, das fordert, dass dem Geschädigten aus dem Schadenereignis keine Nachteile erwachsen dürfen, und sie differenziert zwischen dem *Integritäts- und dem Kompensationsinteresse*, die nicht identisch sind (so auch KOZIOL, SVZ, 149, mit dem zutreffenden Hinweis, dass die Regelung des Sachschadens in Art. 45c Abs. 1 VE OR insofern widersprüchlich ist, als trotz des Erfordernisses der Gleichwertigkeit ein Amortisationsabzug erfolgen soll).

Anders verhält es sich im Beispiel der Witwe, die *überpflichtgemäss* einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Die entscheidende Wertung liefert hier die *Schadenminderungspflicht*. Man könnte freilich auch hier auf die Dispositionen des Geschädigten abstellen und müsste alsdann der fleissigen Witwe einen Abzug machen. Die Schadenminderungspflicht will aber die Dispositionen gerade beschränken und verlangt vom Geschädigten (i.S. einer Obliegenheit), dass er den Schaden im Rahmen des Zumutbaren möglichst klein hält. Die Schadensberechnung orientiert sich hier an einem Soll-Verhalten und baut auf dieser Wertung auf.

Auch bei den Reparaturkosten ist die *Dispositionsfreiheit* nicht unbeschränkt. So können die Kosten dann nicht verlangt werden, wenn sie den Wiederbeschaffungs-

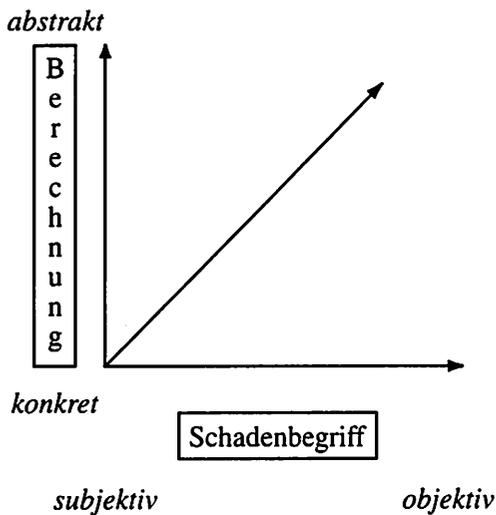
wert übersteigen. In Deutschland beträgt der *Toleranzwert* 130% der Wiederbeschaffungskosten, was allerdings, auch wenn man das Prognoserisiko in Rechnung stellt, übertrieben und nur mit dem Sonderstatus zu erklären ist, den die deutsche Rechtsprechung den Ansprüchen rund ums Auto einräumt.

Ganz offensichtlich wird die erforderliche Wertungsarbeit auch beim Problem der *Mehrwertanrechnung*. In BGE 119 II 249 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Anrechnung des Mehrwerts einer Baute beschäftigt, der infolge Überschreitung eines ungenauen Kostenvoranschlages entstanden war. Das Bundesgericht hat bei der Bestimmung der Rechtsfolgen dieser aufgedrängten Bereicherung nicht einfach die objektive Wertsteigerung in Anschlag gebracht, wie dies die Differenztheorie nahelegen würde, sondern ist vom subjektiven Interesse des Geschädigten ausgegangen: «Ein Mehrwert, der vom Bauherrn nicht gewollt ist und für ihn nutzlos ist, oder dessen Berücksichtigung zu einer untragbaren finanziellen Belastung des Bauherrn führt, ist daher von der Anrechnung auszunehmen». Dass sich die Schadenberechnung bei dieser Ausgangslage besonders schwierig gestaltet und Meinungsverschiedenheiten vorprogrammiert sind, hat sich in den diversen Reaktionen auf dieses Urteil gezeigt (herausgegriffen sei der Beitrag von THOMAS KOLLER, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, recht 1994, 25 ff.; weitere Nachweise bei FELLMANN, AJP, 881 Anm. 43). Mit der *subjektiven Bewertung* wird jedenfalls die Grenze zwischen Vermögens- und Nichtvermögensinteressen verwischt.

## 6. Abstrakte Faktoren

In der Praxis verwendet man häufig anstelle konkreter Daten, abstrakte Angaben, nämlich immer dann, wenn mit Tabellen und *Statistiken* gearbeitet wird. Paradebeispiel ist die Berechnung des Invaliditäts- oder Versorgungsschadens, wo mit der Verwendung der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE für die Kapitalisierung die durchschnittliche Lebens- oder Aktivitätserwartung unterstellt wird. Auch die Höhe der Versorgungsquoten, der Wiederverheiratungsabzug und viele weitere Faktoren der Schadenberechnung (etwa der Stundenaufwand für die Haushaltsführung) gründen nicht auf den individuellen Verhältnissen des Geschädigten, sondern auf Erfahrungszahlen. Die Verwendung abstrakter Faktoren, auf die wir v.a. bei der Berechnung des zukünftigen Schadens angewiesen sind, ändert grundsätzlich aber nichts an der subjektiven Ausrichtung des Schadens: «Die bloße Verwendung objektiver Elemente macht eine Schadenberechnung noch nicht zur abstrakten» (BGE 104 II 201).

Treffender wäre allerdings, von einer gemischten oder konkret-abstrakten Berechnungsweise zu sprechen. Eine rein abstrakte Berechnung liegt erst vor, wenn die konkreten Umstände gänzlich ausgeblendet werden. Die abstrakte Berechnung führt zum objektiven Schaden, der in einzelnen Bestimmungen vorgesehen ist (Art. 104, 191 Abs. 3, 215 Abs. 2 OR, Art. 12 EHG, Art. 447 OR und weitere transportrechtliche Sonderbestimmungen). Grundsatz ist aber, das folgt aus der subjektiven Ausrichtung des Schadens, die konkrete Schadenberechnung: *Der Schaden muss so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig ermittelt werden.* Das Verhältnis von Schadensbegriff und Berechnungsmethoden lässt sich wie folgt darstellen:



Auch und gerade beim Haushaltschaden ist man auf solche Erfahrungswerte angewiesen, namentlich hinsichtlich des benötigten Stundenaufwandes für die Hausführung, denn vor dem Schadenfall werden kaum je Aufzeichnungen über die Hausarbeit geführt. Soweit das Bundesgericht in der zitierten Entscheidung diesen Aspekt meint, liegt damit ebenfalls noch keine Abweichung vom bisherigen Schadensverständnis vor, vielmehr wird ausgesprochen, was heute schon gilt, obwohl man sich dieses Methodenpluralismus nicht immer bewusst ist.

## 7. Abgrenzung zum immateriellen Schaden

Schwierigkeiten bereitet auch die Abgrenzung zum immateriellen Schaden. Nicht zu ersetzen ist ein blosses *Affektionsinteresse*, der *Lieberhaberwert*. Lehrbuch-

beispiele bilden der wertlose Familienschmuck und die Jagdtrophäe. In BGE 115 II 481 lehnte es das Bundesgericht ab, den Mietern von Ferienwohnungen an der Adria Ersatz für entgangenen Feriengenuss zuzusprechen:

«Die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung (VON THUR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I S. 83 f.). Das muss auch dort gelten, wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellt (a.M. VON THUR/PETER, a.a.O., bei Anm. 10), diesfalls wird nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht (vgl. zum Gesamten auch STARK EMIL W., ZSR 1986 II 585 ff.). Für entgangenen Feriengenuss kann den Klägern demnach kein Schadenersatz zugesprochen werden.»

Das Urteil, das auch einen Genugtuungsanspruch ablehnt, bedeutet zugleich eine Absage an die *Frustrations- und Kommerzialisierungsthese*, die v.a. in Deutschland zur Überwindung der Vermögensschadengrenze herangezogen werden. Anders als das Bundesgericht sieht es die Zürcher Justiz. So sprach das Kassationsgericht einem Ferienreisenden, der am Tag seiner Abreise unter dem Verdacht, ein Tötungsdelikt begangen zu haben, verhaftet und Stunden später entlassen wurde, zwei Drittel der für die Ferienreise getätigten Aufwendungen zu (ZR 1997, Nr. 16; vgl. die Kritik bei VITO ROBERTO, recht 1997, 108 ff.). Schon 1980 hatte das Obergericht einem Reisenden, der seine Ferien statt an der Küste in einem lärmigen Stadtzentrum verbringen musste, Ersatz der Reisekosten und sogar einen Erwerbsschaden zugesprochen (SJZ 1981, 79 ff., Nr. 17, weitere Nachweise der uneinheitlichen Gerichtspraxis bei GAUCH/SCHLUEP/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II., 7. A. Zürich 1998, N 2667 ff.).

Der Grenzverlauf wird auch vom Bundesgericht nicht immer so klar gezogen, wie es die apodiktischen Aussagen des Adria-Urteils erwarten lassen. Erwähnt sei der Zuschlag beim Haushaltschaden, der mit BGE 108 II 434 eingeführt worden ist, und die höhere *Qualität der «Hausfrauenarbeit»* abgelten soll (man spricht daher auch vom sog. Qualitätszuschlag). Solche Differenzierungen vertragen sich nicht mehr mit dem klassischen Schadenbegriff (oder sie sind anders zu begründen), der von einem wirtschaftlichen Nachteil ausgeht und den Ausgleich von immateriellen Werten nur über die Genugtuung zulässt. Eine andere Frage ist selbstverständlich, wie die Hausarbeit zu bewerten ist, ob man dabei auf eine Ersatzkraft abstellen oder eine abstrakte Arbeitsplatzbewertung vornehmen soll (dazu auch nachstehend Ziff. 8).

Immaterielle Aspekte werden durchaus auch bei *Restitutionsmassnahmen* zugelassen. So kann bei *Tieren*, nicht mit der gleichen Strenge vorgegangen werden wie bei anderen Sachschäden. Würde man die Heilungskosten gleich wie die Reparaturkosten handhaben, so müsste man die Verhältnismässigkeit anhand des Marktwertes festlegen, was zu stossenden Ergebnissen führen würde: «Wollte man hier auf den Marktwert des Tieres abstellen, so hätte der Rassehund Heilungschancen, von denen die Promenadenmischung nicht einmal träumen könnte. Viele Tiere dürften mangels eines Marktwertes wohl nicht einmal einer einfachen Behandlung wie der Injektion einer Spritze unterzogen werden» (GRUNSKY WOLFGANG, Wert des verletzten Rechtsguts und Begrenzung der Wiederherstellungskosten, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, Beiheft VersR 1983, 101 ff.). Das bedeutet freilich nicht, dass es bei Tieren keine Kostengrenze geben kann, die den Vorwurf der Schadenminderungspflicht auslöst. Der Vorschlag, für die Berechnung von Tierschäden eine gesonderte Regelung vorzusehen, stiess im Parlament allerdings nicht auf Zustimmung. Folgende Bestimmung sollte als dritter Absatz von Art. 42 OR angefügt werden: «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». Ausländische Rechtsordnungen räumen den Tieren bereits heute einen Sonderstatus ein, so BGB 251, der im Rahmen des Gesetzes «zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht» vom 20. August 1990 abgeändert wurde: «Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.» Ähnliche Diskussionen, bei denen die Grenze zwischen materiellen und immateriellen Aspekten verwischen, werden auch rund um die Beschädigung von Bäumen geführt (vgl. BGE vom 19.1.1998 eine Genfer Eiche betreffend, vgl. Schweizer Versicherung 11-2000, 73).

## 8. Bewertung des Haushaltschaden

Besonders schwierig gestaltet sich die Schadenberechnung bei Beeinträchtigungen der Arbeitskraft, wenn diese nicht mit einem Erwerbsausfall oder anderen Vermögensnachteilen verbunden ist. Im Vordergrund stand bislang der Haushaltschaden. Als naheliegendste Möglichkeit bietet sich an, auf die Einstellung einer Ersatzkraft abzustellen. Dieser Ansatz versagt aber, wenn keine Hilfskraft eingestellt wird. Sofern man nicht auf das etwas gar plumpe Argument zurückgreifen will, dass der Geschädigte nicht in die Tasche des Schädigers zu sparen brauche, muss die ausgefallene Arbeitsleistung einer Bewertung zugeführt werden.

Dass die Arbeit als Quelle potenzieller Wertschöpfung Vermögensqualität besitzt, ist aus ökonomischer Sicht nicht zweifelhaft. Einen Vermögenswert besitzt die Arbeitskraft – auch das entspricht ökonomischem Denken – aber nur, wenn sie auf dem Arbeitsmarkt verwertbar ist, d.h., wenn in Bezug auf eine bestimmte Arbeitsleistung eine Nachfrage besteht.

Für die Wertbestimmung bieten sich folgende Möglichkeiten an (vgl. dazu ROBERT GEISSELER, *Der Haushaltschaden*, in: *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung*, St. Gallen 1997, 72 f. und die neue Arbeit von WIDMER/GEISER/SOUSA-POZA, *Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht*, ZBJV 2000, 1 ff.). Man stellt auf die Kosten ab, die durch den Einsatz einer Hilfskraft notwendig werden und entschädigt diese unabhängig davon, ob eine *Ersatzkraft* eingestellt wird oder nicht. Mit dieser Lösung befindet man sich noch einigermaßen im Einklang mit der Differenztheorie, hat aber mit der Ungereimtheit zu leben, dass auch die fiktiven Kosten haftpflichtrechtlich relevant sind. Es stellt sich dann noch die Anschlussfrage, ob die Sozialversicherungsbeiträge auch zu entschädigen sind, wenn keine Hilfskraft eingestellt wird.

Die Schadensermittlung kann aber auch im Wege einer konkreten oder abstrakten Bewertung der Hausarbeit erfolgen. Für eine solche Wertschätzung ist zum einen die Behinderung in der Hausarbeit zu ermitteln und mit Hilfe von *Statistiken* der Stundenaufwand für die betroffene Tätigkeiten abzuschätzen. Da es *keinen Marktwert* für die Hausarbeit gibt, muss sodann auf eine Tätigkeit abgestellt werden, die der Haushaltstätigkeit möglichst nahe kommt. Als solche bietet sich etwa die Tätigkeit als Haushaltleiterin an, so dass dieses Einkommen der Berechnung zugrunde zu legen ist. Noch einen Schritt weiter gehen die Studien des Bundes Schweizerischer Frauenorganisationen und des Betriebswirtschaftlichen Instituts der ETH Zürich über die *monetäre Bewertung* der Haushaltarbeit, die eine eigentliche Arbeitsplatzbewertung vornehmen und vom Faktor Zeit und Kosten noch stärker abstrahieren.

Einen Mittelweg hat das *Bundesgericht* gewählt. Es geht einerseits von der *Aufwandmethode* aus, indem der Ausfall anhand von Statistiken eruiert wird, und orientiert sich an der *Ersatzkraftmethode*, wenn es die Entschädigung einer Hilfskraft als Basisbetrag nimmt. Im Entscheid Blein (BGE 108 II 434) hat das Bundesgericht sodann einen Qualitätszuschlag eingeführt, denn «die Hausfrau bringt bei weitem mehr Initiative, Entschlusskraft, Aufmerksamkeit und Disponibilität mit als eine auswärtige Hilfskraft». Der Qualitätsbonus verträgt sich freilich nicht mehr mit der Ersatzkraftmethode, denn damit wird ein immaterieller Aspekt angesteuert, der über die Genugtuung zu entschädigen ist oder einen anderen Bewertungsansatz erfordert.

## 9. Weitere Beeinträchtigungen ohne Vermögensnachteile

Vom gewählten Ansatz hängt nun, und darin liegt der springende Punkt, die Antwort auf die Frage ab, ob die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit auch in anderen Fällen Schadenersatzleistungen auslösen kann, wenn damit keine finanziellen Folgen verbunden sind. Es gibt ja nebst der Haushaltstätigkeit unzählige weitere Aktivitäten, die unentgeltlich geleistet werden und für die sich die Frage nach einer Entschädigung stellt, wenn die Arbeitsfähigkeit resp. die erbrachten Arbeitsleistungen als solche, unabhängig ob sie auch vermögenswirksam sind, als entschädigungswürdig betrachtet werden.

Einen Lösungsvorschlag hat ATILAY ILERI mit der «*Wertschöpfungstheorie*» gemacht (ILERI ATILAY, in: Collezione Assista, Genf 1998, 288 ff.), um so auch jene Tätigkeiten einzufangen, die nicht am Markt partizipieren und dadurch keinen Tausch- resp. Marktwert haben. Während sich ILERI bei seiner Begründung noch auf KARL MARX berufen musste, ist kurz nach Erscheinen seines Beitrags ein Urteil des LG Karlsruhe publiziert worden (VersR 1998, 1116), das erstmals einen Schadenersatzanspruch für eine unentgeltlich geleistete, *ehrenamtliche Tätigkeit* zugesprochen hat: Eine damals 67-jährige Klägerin, die sich bei einem Sturz einen Trümmerbruch des linken Oberarmkopfs zugezogen hat, engagierte sich in der Ortsgruppe eines Sozialdienstes. Das Gericht konnte sich bei seinem Entscheid zwar auf kein Urteil stützen, dafür auf die neuere Literatur, die einen solchen Anspruch überwiegend bejaht. Auch wenn die Arbeitskraft als solche kein ersatzfähiges Vermögensgut darstelle, so die Argumentation, komme dem konkreten Arbeitseinsatz bzw. dem Arbeitsergebnis ein Vermögenswert zu, wenn die Arbeitsleistung einen Marktwert habe. Nicht Voraussetzung sei aber, ob der Schadenfall zu einem entgangen Gewinn oder Verdienst führe.

Auch wenn sich das sorgfältig begründete Urteil eingehend auch um Abgrenzungsfragen bemüht, z.B. blosse Freizeitaktivitäten ausschliesst, in deutscher Gründlichkeit auch danach differenziert, ob die betreffende Tätigkeit einer professionellen Arbeit vergleichbar ist und allfällig verbleibenden Unterschieden bei der Quantifizierung Rechnung tragen will, bleiben Bedenken. Sie gehen dahin, ob es tatsächlich sinnvoll ist, einen Ersatzanspruch auch dann zu bejahen, wenn beim Geschädigten *weder finanzielle noch anderweitige Nachteile* eintreten, wie dies beim Haushaltschaden der Fall ist. Man könnte die Problematik ja auch als Reflexschaden darstellen und gestützt darauf einen Anspruch verneinen. Allerdings wird auch beim Haushaltschaden ein Teil der Arbeit unentgeltlich für andere geleistet, so dass man alsdann auch dort entsprechend differenzieren müsste. Ich weiss nun nicht, ob diese Probleme unerträglich faszinierend

sind, um das Wortspiel von ROLAND SCHAER (Unerträglich faszinierend: Boderline-syndrom der Adäquanz oder soll zivile Haftpflichtrecht Auffangbecken für intensitätsarme Adäquanz im Sozialversicherungsrecht sein?, in: Collezione Assista, Genf 1998, 554) aufzunehmen, oder faszinierend unerträglich.

Einmal mehr hat sich auch hier PETER JÄGGI als Vorreiter erwiesen, denn schon in einem Gutachten vom 14. Januar 1966 hat er für einen *Angehörigen eines geistlichen Ordens*, der wegen eines Verkehrsunfalls zu 10% invalid geworden war, einen Ersatzanspruch bejaht. In Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR sei abzuschätzen, so der Lösungsansatz, wie sich die Invalidität auf den Gesamthaushalt des Ordens auswirke. «Dieser Grundsatz bildet keine Besonderheit des Schadens infolge Arbeitsunfähigkeit. Er gilt für jeden Schaden, den der <wirtschaftlich Integrierte> erleidet, so auch für die (bereits entstandenen und zukünftigen) Heilungskosten (...). Jeder Schaden, den der wirtschaftlich voll in den Orden Integrierte erleidet, schlägt eben, wegen dieser Integration, sogleich auf die Ordensgemeinschaft durch, aber nur deshalb, weil der Verunfallte seine gesamte ökonomische Kraft, insbesondere seine Arbeitskraft, voll und ganz dem Orden zuwendet. Primär liegt gleichwohl ein Schaden des Verunfallten vor, der wirtschaftliche Nachteil, den der Orden erleidet, ist bereits eine (allerdings auf intensivstem Kausalzusammenhang beruhende) Reflexwirkung des Schadens, vergleichbar der Reflexwirkung des Invaliditätsschadens eines Familienvaters auf Gattin und minderjährige Kinder.»

## 10. Klärschlamm, Tschernobyl und Samenzellen oder der Streit um die Substanz- oder Rechtsschutztheorie

Die Schäden werden in drei Gruppen eingeteilt: *Personen-, Sach- und Vermögensschäden*. Eine solche Einteilung hat für den Schaden allerdings nur klassifikatorische Bedeutung. Der Unterscheidung kommt aber bei der *Haftungsbeurteilung* sowie der *Deckungsbeurteilung* im Versicherungsvertrag weitreichende Bedeutung zu. Betrifft der eingetretene Nachteil ausschliesslich das Vermögen, ohne dass Personen- oder Sachgüter der gleichen Person – die Einschränkung ist beim sog. Reflexschaden von Bedeutung – mittangiert sind, liegt also ein *sog. reiner Vermögensschaden* vor, so muss die Widerrechtlichkeit, die bei Personen- oder Sachschäden ohne weiteres als gegeben angenommen wird, speziell nachgewiesen werden. Der Grund liegt, wie schon erwähnt, darin, dass das Vermögen durch die Rechtsordnung nur punktuell geschützt ist (z.B. gegen betrügerische Schädigungen, nicht aber generell gegen nachteilige Vermögensdispositionen).

Für die Begründung der Widerrechtlichkeit muss bei reinen Vermögensschäden die Verletzung einer solchen Schutznorm gegeben sein. Einzelne Gefährdungshaftungen schränken den Anwendungsbereich auf Personen- und Sachschäden ein. Die Restriktion ergibt sich alsdann schon aus dem Tatbestand und nicht erst bei der Widerrechtlichkeitsprüfung, die ja nach hier vertretener Auffassung bei den Gefährdungshaftungen auch keinen Sinn macht (vorstehend Ziff. II/6).

Hinsichtlich der *Abgrenzung von Sach- und Vermögensschäden* bestehen allerdings nach wie vor Unsicherheiten. Diese betreffen etwa die Umwelthaftung. In BGE 118 II 180 sah sich das Bundesgericht im Rahmen eines Deckungsstreites betreffend eine *Betriebshaftpflichtversicherung* mit der Frage konfrontiert, ob es sich bei den Kosten für die Beseitigung von verunreinigtem *Klärschlamm* um Sachschaden handelt: «Die Verschmutzung des Klärschlammes stellt die Beschädigung einer Sache dar. Der Schlamm wurde in seiner Zusammensetzung so verändert, dass er nicht mehr in der Weise verwendet werden konnte, wie dies ohne eine solche Einwirkung möglich gewesen wäre. Er war infolge dieser Veränderung nicht mehr landwirtschaftlich zu gebrauchen, sondern musste aufwendig verbrannt werden. Die Kosten für die Beseitigung stellen damit eine kausale Folge der Sachbeschädigung dar.»

Diese Überlegungen, die auf die *Substanzbeeinträchtigung* abstellen – i.c. Verunreinigung durch schwermetallhaltiges Abwasser – sind wohl im Rahmen *des versicherungsvertraglichen Sachschadenbegriffs*, der auf die Zerstörung oder Beschädigung abstellt, zutreffend. Bei der *Haftungsbegründung* geht es dagegen nicht primär um die stoffliche Veränderung, sondern um den *Schutz von Rechtspositionen* in Gestalt von Eigentum oder Besitz. Das hat das Bundesgericht im *Tschernobyl-Entscheid* klargestellt. Dort verlangten Gemüseproduzenten vom Bund Schadenersatz für den Konsumrückgang nach der Reaktorkatastrophe. Die Strahlenschäden verunsicherten das Bundesgericht in der Anwendung der Substanztheorie und führten es auf den richtigen Pfad:

«Auch wenn die radioaktive Verstrahlung nicht einen Sachschaden im üblichen Sinne darstellen sollte, weil die fraglichen Produkte für die grosse Mehrheit der Bevölkerung deswegen nicht ungeniessbar wurden, so wäre die Widerrechtlichkeit hier dennoch zu bejahen. Die mehrfache Erhöhung der natürlichen Radioaktivität bei den fraglichen Produkten, die zu ihrer Unverkäuflichkeit geführt hat, stellt in jedem Fall eine unzulässige Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin dar (...). Das Ergebnis ist für die Klägerin das gleiche, wie wenn die Radioaktivität einen Grad erreicht hätte, der das Blattgemüse und den Salat objektiv konsumuntauglich gemacht hätte» (BGE 116 II 492).

Auch die *Abgrenzung von Sach- und Personenschäden* kann Schwierigkeiten bereiten, das hat uns der *Sperma-Entscheid* des BGH (BGH 9.11.93 in VersR 1994, 55 ff., zu diesem Entscheid auch die Urteilscommentierung von ROLAND SCHAER, SVK 1995, 33 ff.) vor Augen geführt. In diesem Entscheid ging es darum, ob die Vernichtung von Samenzellen, die ein Mann im Hinblick auf eine Harnblasenkarzinomoperation, die zur Zeugungsunfähigkeit führt, konservieren liess, einen Anspruch auf Schmerzensgeld begründet. Dabei hing alles davon ab, ob das Sperma als abgetrennter Körperteil als Sachbeschädigung oder Körperverletzung zu betrachten sei oder nicht. Der BGH befürwortete eine extensive Betrachtung und bejahte das *Vorliegen einer Körperverletzung* und sprach in der Folge dem Betroffenen in der Folge DM 25 000 Schmerzensgeld zu. Auch diese Frage wäre überzeugender auf dem Hintergrund des Persönlichkeitsrechts, also unter dem Rechtsschutzaspekt entschieden worden.

## 11. Revisionsvorschläge: Es bleibt fast alles beim Alten

Um es vorwegzunehmen, auch die Revisionsvorschläge lösen die vielen angesprochenen Probleme und Unklarheiten rund um die Schadensfragen nicht, und das wäre wahrscheinlich auch zuviel verlangt. Der Vorentwurf steht aber der notwendigen *Rechtsentwicklung* auch nicht im Wege, denn auch er verzichtet, was zu begrüßen ist, auf eine Definition des Schadens. Man kann allerdings mit diesem Zustand, wie erwähnt, nur leben, wenn man sich auch über die Funktion(en) des Haftpflichtrechts Gedanken macht und die Rechtsfortentwicklung auf solchen Leitbildern aufbauen kann.

Es stellt sich die grundlegende Frage, ob das Haftpflichtrecht *weiterhin bloss finanzielle Einbussen ausgleichen* und damit den ökonomischen Lebensstandard garantieren, oder ob mit dem Einbezug geldmässig nicht spürbarer Nachteile auch für weitere Eingriffe in die Lebensführung Entschädigung geleistet werden soll. In die Überlegungen muss auch die Genugtuungspraxis einbezogen werden, die sich vielleicht allzu restriktiv bislang nur auf schwerwiegende Persönlichkeitsverletzungen und nicht auch auf weitere immaterielle Beeinträchtigungen konzentriert hat und sich im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen auch betragsmässig am unteren Rande bewegt.

Letztlich hat aber die Ausdehnung der Entschädigungspraxis, und auch das muss bedacht werden, seinen Preis, und zwar in Form von Versicherungsprämien. Das ganze Haftpflichtrecht ist ja eigentlich ein «*Haftpflichtversicherungsrecht*», indem die Schadenersatzleistungen ja fast durchwegs von Versicherern erbracht

werden. Ist es ökonomisch sinnvoll, auch Gefahren durch ein Kollektiv aufzufangen, die bei den Betroffenen keine finanzielle Sonderbelastung auslösen? Zumindest bislang war dies auch nicht die Idee der (Schadens-)Versicherung, die der *Bedarfsdeckung* dienen soll.

Was die *Schadengrundnorm* anbelangt, so wurde bereits positiv vermerkt, dass als Schaden sowohl die materiellen wie auch die immateriellen Beeinträchtigungen betrachtet werden. Was zumindest unter einer reinen Schadenoptik nicht einleuchtet, ist die Deklaration der Schadenminderungs- und verhütungskosten als «ergänzende Schadensposten» (Art. 45f VE OR), die offensichtlich von der «Schadengrundnorm» Art. 45 Abs. 2 VE OR nicht erfasst werden und somit als zusätzliche Kategorie erscheinen.

Ob man bei den Gefährdungshaftungen *die reinen Vermögensschäden* ausschliessen will, ist, wie erwähnt, ein Problem, das im Rahmen der Widerrechtlichkeitsdiskussion gelöst werden muss und kann. Wenn das Erfordernis der Widerrechtlichkeit wie im VE weiterhin auch für die Gefährdungshaftungen beibehalten wird, dann könnte man auf den Ausschluss in Abs. 3 verzichten.

Bei der Umschreibung der einzelnen *Schadenkategorien*, hält sich der VE mehr oder weniger im Rahmen der bisherigen gesetzlichen Konzeption (Art. 45/46 OR). Die Schadensposten bei Körperverletzung und Tod, z.T. etwas andere, aber nach wie vor nicht abschliessend, werden in den Art. 45a und b VE OR aufgeführt. Neu wird in Art. 45c VE OR auch für den *Sachschaden* eine Bestimmung vorgesehen. Und bereits haben sich (und daran sieht man die Gefahr, die mit einer zu starken *Differenzierung und Detaillierung* verbunden ist) auch Meinungsverschiedenheiten eingestellt. So sehen z.B. die einen in der Regelung eine Grundlage für den abstrakten Nutzungsausfall, während andere nur eine Konkretisierung der Schadenminderungspflicht diagnostizieren, wenn in Abs. 3 auch der Ersatz der Mietkosten geregelt wird. Das ist die Unsicherheit, mit der man bei einer Neuformulierung zu leben hat. Es zeigt sich aber auch, dass eine *höhere Regelungsdichte nicht nur Klarheit schafft*, sondern auch widersprüchliche Meinungen provoziert. Sie steht zudem der notwendigen Rechtsentwicklung stärker im Wege und weniger wäre daher auch hier mehr.

## VI. Schadenteilungsregeln

### 1. Wertungskongruenz bei Schadenersatzbemessung, Haftungskollision und Regress

Eine ganz wesentliche Neuerung im Vorentwurf betrifft auch die Schadenteilungsregeln. Als solche werden hier in einem weiten Sinne die Bestimmungen über die Schadenersatzbemessung, die sog. Haftungskollision und die Regressaufteilung verstanden. Bei allen drei Konstellationen geht es um die Frage der *endgültigen Aufteilung des Schadens* und damit um die gleiche Interessenlage, was einheitliche Kriterien nahelegt. Während Art. 43 und 44 OR die Umstände und das leichte Verschulden des Ersatzpflichtigen erwähnen und damit dem Richter einen grossen Ermessensspielraum einräumen, wird für die Haftungskollision und die Regressaufteilung unter Haltern von Motorfahrzeugen ein Verschuldensprimat vorgesehen. Auch Art. 51 Abs. 2 OR sieht, zumindest als Ermessensanleitung, eine Aufteilung vor, die primär den Schuldigen zur Kasse bittet und in letzter Linie jenen, «der nach Gesetzesvorschrift haftbar ist».

Mit diesen unterschiedlichen Wertungen (das bemängelt auch MARCEL SÜSSKIND, Die Überwindung der Kaskadenordnung und der Kompensationstheorie durch die ganzheitliche Methode der sektoriellen Verteilung, SVZ 2000, 144 ff.), die einmal das Verschulden bei geringer Ausprägung privilegieren, bei der Regressaufteilung dann aber doch als stärksten Haftungsgrund werten, macht der Vorentwurf Schluss und verwirklicht auch in diesen zentralen Fragen das Postulat der *Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*. Die Schadensteilung erfolgt, einerlei, ob es um die Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE OR), um die Haftungskollision (Art. 53a VE OR) oder um die Regressaufteilung (Art. 53c VE OR) geht, «nach Massgabe (bzw. Würdigung) aller Umstände», wobei dabei «insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos zu berücksichtigen sind, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind».

### 2. Spiegelbild der Haftungsgründe

Damit wird spiegelbildlich die für die Haftungsgründe angenommene *Gleichwertigkeit der Schadenursachen* auch bei den Moderationsgründen und der Verteilung des Schadens unter mehrere Haftpflichtige zum Ausdruck gebracht. Die Bestimmung lässt zudem Raum, die Reduktionsgründe je für den Haftpflichti-

gen und den Geschädigten selbständig zu bestimmen. Dies ist auch notwendig, denn zwischen den Haftungsgründen und den Reduktionsgründen kann es keine vollständige Identität geben. Die gegenüber Dritten geschaffene Gefahrenlage muss nicht gleichzeitig und in gleichem Masse in eine Selbstgefährdung umschlagen. Fremd- und Eigengefährdung können sich sogar diametral verhalten. Man denke an einen Lastwagen, bei dem die Fremdgefährdung überwiegt und andererseits an ein Motorrad, bei dem die Eigengefährdung im Vordergrund steht. Die Risikoverteilung kann und soll allerdings stets anhand der *konkreten Umstände* beurteilt werden, was die zitierten Bestimmungen auch vorsehen, denn es geht um einen Billigkeitsentscheid.

## VII. Gelöstes und Ungelöstes

Das Haftpflichtrecht hat sich im letzten Jahrhundert stark gewandelt, von *einem handlungsbezogenen Unfallhaftpflichtrecht* hin zu einem *modernen Risikoausgleichsystem*, das nicht mehr nach der moralischen Vorwerfbarkeit fragt und längst auch nicht mehr nur die Existenzsicherung im Visier hat. Das Haftpflichtrecht präsentiert sich heute aber zwangsläufig auch nicht mehr als geschlossenes System, das mit einheitlichen Wertungen operiert. Das liegt allerdings weniger an der gesetzlichen Regelung, die durch ihre Offenheit solche Widersprüche zulässt, sondern auch am Fehlen von klaren Vorstellungen über *die tragenden Ideen und Prinzipien des Haftpflichtrechts*. So kann das im Bereich des Schadens primär angesprochene Ausgleichsprinzip die nötigen Wertungen nicht (mehr) aufzeigen, denn die Vorstellungen darüber, was als Nachteil empfunden wird und nach Schadenersatz ruft, gehen weit auseinander, und sie dringen immer mehr in Bereiche ein, die früher nie und nimmer mit Geld in Verbindung gebracht worden sind.

So muss etwa im Bereich der *Personenschäden*, wo dieser Prozess durch die stete Suche nach dem verbleibenden Direktschaden (dieser definiert sich als Differenz zwischen dem Gesamtschaden und den Sozialversicherungsleistungen, m.a.W. der Schaden, der nicht durch Versicherungsleistungen abgedeckt ist) besonders intensiv betrieben wird, angegeben werden, wie weit der *Opferschutz* gehen soll, welche Beeinträchtigungen in der Lebensführung schadenersatzrelevant sein sollen und wie sich das Haftpflichtrecht in den Kontext der überlagernden Versicherungssysteme einzugliedern hat. Erinnerung sei an die Ausführungen zum Haushaltschaden, an die karitative Tätigkeit, an die zerstörten Samenzellen und angefügt sei auch noch das Problem der Haftung für unerwünschte Kinder (DAVID RÜETSCHI, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation – Zugleich ein Beitrag

zur Problematik «Kind als Schaden», AJP 1999, 1359 ff. sowie rechtsvergleichend SABINE HAUBERICH, Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht, Berlin/Heidelberg/New York 1998).

Gefordert ist das Haftpflichtrecht aber auch bei den *reinen Vermögensschäden*, die, der wirtschaftlichen Entwicklung folgend, an Bedeutung zugelegt haben (dazu auch VITO ROBERTO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff.; CHRISTOPH MISTELI, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Zürich 1999). Für die schwierige Grenzziehung ist hier der Begriff der *Widerrechtlichkeit* gefordert, der lange ein blosses Schattendasein gefristet hat und in seiner heutigen Ausprägung diesen Anforderungen nicht gewachsen ist.

Die zunehmende Komplexität des menschlichen Zusammenlebens, die Aufgabe des mechanistischen Weltbildes, aber auch die geänderten Anschauungen in Bezug auf den Opferschutz strapazieren u.a. den Begriff der *Kausalität* und das *Beweisrecht*.

Der *Revisionsentwurf* hält auf einige dieser Fragen Lösungen bereit. So überzeugt er im Bereich der Haftungsgründe, wo mit der Generalklausel für die Gefährdungshaftung und der Organisationshaftung ein klares Konzept vorgelegt wird, das die Hauptforderung der Revision, die *Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, das noch mit dem Postulat der *Nichtbehinderung der Rechtsfortbildung* zu ergänzen ist, erfüllt. Noch nicht gelöst ist m.E. aber das Problem der Vermögensschäden und die Abgrenzung zum Vertragsrecht, die man vielleicht als noch nicht gesetzesreif, zurückstellen bzw. der Rechtsentwicklung überlassen sollte. Hier, wie auch bei den Schadenfragen machen sich aber auch Wertungsdefizite bemerkbar, die auf das *Fehlen von Leitbildern* zurückführen. Jedenfalls reichen die bisherigen Vorstellung über die Zwecke des Haftpflichtrechts nicht, um die Lösungen für die sich stellenden Fragen, von denen in diesem Beitrag längst nicht alle zur Sprache gekommen sind, zu entwickeln. *Vor allem über die Funktion(en) des Haftpflichtrechts muss daher nachgedacht werden, wenn das Haftpflichtrecht weitergebracht werden soll.* Die Revision des Haftpflichtrechts bietet allen Interessierten und Betroffenen die Möglichkeit, ihre Vorstellungen zu artikulieren und das erleichtert dann auch das Kommentieren!

## Literatur

BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 2. A., Bern 1998; BRUNNER HANS-ÜLRICH,

Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991; FELLMANN WALTER, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht? Einige Gedanken zu Art. 13 des Vorentwurfs für eine Revision des Haftpflichtrechtes vom 4. April 1996, recht 1997, 95 ff., zitiert Fellmann (recht); DERS., Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 878 ff., zitiert Fellmann (AJP); GAUCH PETER, Delikts- und Vertragshaftung, ZSR 1997 I 315 ff., zitiert Gauch (ZSR); DERS., Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 ff., zitiert Gauch (recht); HAUSHEER HEINZ, Neuerungen bei den Haftungsgründen, SVZ 1997, 22 ff.; HONSELL HEINRICH, Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR 1997 I 297 ff., zitiert Honsell (ZSR); DERS., Entwicklungstendenzen im Haftpflichtrecht, Symposium STARK, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, hrsg. von HEINRICH HONSELL und HEINZ REY, Zürich 1991, 15 ff., zitiert Honsell (Entwicklungstendenzen); ILERI ATILAY, Verfahrensfragen/Aus Sicht eines Geschädigtenvertreters, SVZ 1997, 39 ff.; JÄGGI THOMAS, Vorschläge für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, AJP 1992, 384 ff.; KOZIOL HELMUT, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, ZBJV 1998, 517 ff., zitiert Koziol (ZBJV); DERS., Der Schweizer Vorentwurf für einen allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aus der Nachbarschaft betrachtet, SVZ 1997, 147 ff., zitiert Koziol (SVZ); LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, recht 1999, 73 ff.; MAGNUS ULRICH, Einheitliches Schadenersatzrecht – Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, Verhandlungen des Zwölften Österreichischen Juristentages, Bd. II/1, Wien 1994; MERZ HANS, Obligationenrecht, SPR VI/1, Basel 1984; NIGG HANS, Kausalität und Umwelthaftung im Zivilrecht, SVZ 1997, 30 ff.; OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995; REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Freiburg 1998; SCHAEER ROLAND, Zurechnungstheorien und Ersatzfähigkeit des Schadens – Bemerkungen zu einem Vorentwurf Gesamtrevision Haftpflichtrecht, SVZ 1997, 166 ff.; SCHIEMANN GOTTFRIED, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981; STARK EMIL W., Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen, FS ERWIN DEUTSCH, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, 359 ff., zitiert Stark (Gedanken); DERS., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. A., Zürich 1988; STEIN PETER, Revision Haftpflichtrecht – Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags, SVZ 1996, 289 ff.; TERCIER PIERRE, La réforme du droit de la responsabilité civile, ZSR 1997 I 257 ff.; DERS., Assurance et responsabilité civile; A propos de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, SVZ 1997, 158 ff., zitiert Tercier, (assurance); WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, 273 ff.; WERRO FRANZ, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR 1997 I 343 ff.; WEBER STEPHAN, Schadenszurechnung: Eine Gratwanderung zwischen Wissenschaft, Empirie und Billigkeit, FS des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, hrsg. von Martin Metzler und Stephan Fuhrer, Basel/Genf/München 2000, 539 ff., zitiert Weber (Schadenszurechnung) – DERS., Thesen zur Revision des Allgemeinen Haftpflichtrechts aus Sicht der Versicherungswirtschaft, SVZ 1997, 188 ff.; WESSNER PIERRE, Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière civile, SVZ 1997, 16 ff.; WIDMER PIERRE, Plädoyer für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, SVZ 1997, 3 ff., zitiert Widmer (SVZ); DERS., Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projekts, ZBJV 1994, 385 ff., zitiert Widmer (ZBJV); DERS., Servir et disparaître – pour renaître. Das Schicksal der Haftungsbestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes in der Gesamtreform des schweizerischen Schadenersatzrechts, in: FS des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, hrsg. von MARTIN METZLER und STEPHAN FUHRER, Basel/Genf/München 2000, 561 ff., zitiert Widmer (Servir et disparaître).

# Anhang

## Vorentwurf eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts

Konkordanztabelle

OR-Fassung

separate Artikelzählung

nach der in SVZ 1997, 47 ff.  
resp. ZSR 1997 I 407 ff.  
abgedruckten Fassung

### ***Erster Unterabschnitt: Allgemeine Bestimmungen***

41 Abs. 1.....	1 Abs. 1
41 Abs. 2.....	1 Abs. 2
41 Abs. 2 lit. a – c.....	1 Abs. 2 Ziff. 1 – 3
42 (Änderung am Ende).....	2
43.....	3
43a Abs. 1.....	4 Abs. 1
43a Abs. 2 (geändert).....	4 Abs. 2
44.....	5
45.....	6
45a.....	7
45b.....	8
45c.....	9
45d Abs. 1.....	10 Abs. 1
45d Abs. 1 lit. a – c.....	10 Abs. 1 Ziff. 1 – 3
45d Abs. 2.....	10 Abs. 2
45e.....	11
45f.....	12
46.....	13
46a.....	14
47.....	15
47a.....	16
48.....	17

48a.....	18
48b.....	19
49.....	20
49a.....	21
50.....	22
51.....	23
51a.....	24
52.....	25
52a.....	26
53.....	27
53a.....	28
53b.....	29
53c.....	30
54.....	31
54a.....	32
54b.....	33
54c.....	34
54d.....	35
54e.....	36
54f.....	37
54g.....	38
54h.....	39
54i.....	40
55.....	41
55a.....	42
55b.....	43
55c.....	44
56.....	45
56a.....	46
56b.....	47
56c.....	48
56d.....	49
56e.....	50
56f.....	51
56g.....	52
56h.....	53
57 Abs. 1–2.....	54 Abs. 1–2
57 Abs. 2 lit. a–d.....	54 Abs. 2 Ziff. 1–4
58.....	55

**Zweiter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen**

59.....	1
59a.....	2
60 (leicht geändert).....	3
60a (neu)	
61 Abs. 1.....	4 Abs. 1
61 Abs. 2 (leicht geändert).....	4 Abs. 2