

Autor	Vito Roberto, Jürg Fisch
Titel	Kapitel 1: Haftpflichtrecht / Rechtswidrigkeit
Buchtitel	Mehrspuriger Schadenausgleich / Des différentes voies menant à la réparation du dommage Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht / Avec des contributions en droit de la responsabilité civile, en droit des assurances sociales et privées
Jahr	2022
Seiten	65-85
Herausgeber	Stephan Fuhrer, Ueli Kieser, Stephan Weber
ISBN	978-3-03891-317-7
Verlag	Dike Verlag AG

Irrungen und Wirrungen um Widerrechtlichkeit

In der Praxis spielt die Rechtswidrigkeit eine eher untergeordnete Rolle, vor allem beim Personenschaden, wo sie ohne weiteres als gegeben unterstellt wird. Ganz so einfach verhält es sich aber nicht und umso dankbarer sind wir, dass gerade zwei Beiträge dieses Thema aufgreifen. Vito Roberto und Jürg Fisch führen vor Augen, warum die objektive Widerrechtlichkeitstheorie einen Irrweg darstellt, der durch die Konzeption von [Art. 41 OR](#) als Generalklausel unnötig und irreführend ist. Generationen von Juristen haben mit dem Erfolgsunrecht gelebt, das davon ausgeht, dass die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts die Widerrechtlichkeit begründet. Nur wenn reine Vermögensschäden zur Debatte stehen, wird Ausschau nach einer Norm gehalten, die den Schutz der Vermögensinteressen im Fokus hat. Diese Schutznormen hat man vor allem im Strafrecht lokalisiert. Die dort zur Verfügung stehende stark limitierte Auswahl an Schutznormen hat dazu geführt, dass man nicht gerade wählerisch war und auch Bestimmungen herangezogen hat, die nicht den Vermögensschutz im Visier haben. Roberto und Fisch zeigen auf, dass die Differenzierung zwischen Schäden, die auf der Verletzung eines absoluten Rechts beruhen, und reinen Vermögensschäden auf die nicht sachgerechte Anlehnung an [§ 823 BGB](#) zurückzuführen ist.

Die wirtschaftlichen Aktivitäten verlagern sich zunehmend 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. Solche Differenzierungen sind nötig, weil der Rechtsgüterschutz bei den reinen Vermögensschäden schwächer ausgebildet ist. Dass die Rechtsgüter nicht gleichwertig sind und der Schutz der Person an erster Stelle steht, entspricht wohl auch heutiger Anschauung, und nach wie vor gilt, 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 die Schadenszufügung absichtlich erfolgt sein muss und sich die Absicht bis zum Schaden erstreckt. Die unterschiedliche Beschaffenheit rechtfertigt es, höhere Anforderungen an die übrigen Haftungsvoraussetzungen zu stellen, ganz im Sinne des beweglichen Systems von Walter Wilburg (entwickelt in seinem Buch «Die Elemente des Schadenrechts»), wonach die stärkere Ausprägung eines Haftungselements ein in geringerem Masse vorhandenes Zurechnungselement substituieren kann.

Roberto und Fisch zeigen auf, dass die Rechtswidrigkeit im Sinne des Verhaltensrechts zu interpretieren ist und dass die Verhaltensprüfung nicht beim Verschulden zu verorten ist. Nebst den gesetzlichen Schutznormen entstammen die Verhaltensgebote und -verbote der allgemeinen Sorgfaltpflicht. Dies führe keineswegs zu einer höheren Rechtsunsicherheit und auch nicht zu einer schrankenlosen Haftung. Das Verhaltensunrecht bringe mit sich, dass im Bereich der Gefährdungshaftungen die Widerrechtlichkeitsprüfung entfalle, da diese, anders als die gewöhnlichen Kausalhaftungen, keinerlei Sorgfaltpflichtverletzungen voraussetzen. Problematisch werde es dann, wenn die Gerichte die Sorgfaltpflichten so hoch ansetzen würden, dass sie das zumutbare Mass überschritten. Dann nähere sich die Deliktshaftung der Gefährdungshaftung, was angesichts des Fehlens einer Generalklausel der Gefährdungs-

haftung problematisch sei. Die Schaffung von Gefährdungshaftungstatbeständen sei Sache des Gesetzgebers, dem ein politisches Ermessen zukomme. Die vorgeschlagene Konzeption überzeugt, die Befreiung von Schutznormkreationen und anderen Behelfslösungen hin zu einer allgemeinen Sorgfaltspflicht schafft die notwendige Klarheit und die Basis für weitergehende wissenschaftliche Vertiefungen, die vor allem rund um die geforderte Sorgfalt notwendig sind.

Stephan Weber

Rechtswidrigkeit

Vito Roberto/Jürg Fisch

Literaturverzeichnis

Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert/Hau Wolfgang/Poseck Roman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. III, 4. Aufl., München 2019 (zit. Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Autor/in); Bar Christian v., Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999; Brüggemeier Gert, Haftungsrecht, Berlin/Heidelberg 2006; Deutsch Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln etc. 1996; Fellmann Walter, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, Bern 2013; Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012; Fikentscher Wolfgang/Heinemann Andreas, Schuldrecht, 11. Aufl., Berlin/Boston 2017; Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2020; Fuchs Maximilian/Pauker Werner/Baumgärtner Alex, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017; Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK [ZGB](#) I-Autor/in); Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013; Jaun Manuel, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Habil. Bern, Bern 2007; Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914; Koller Alfred, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Koller Alfred (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, 1 ff.; Kramer Ernst A., Der Einfluss des [BGB](#) auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000 365 ff.; Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994; Loser-Krogh Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR 2003 II 127 ff.; Merz Hans, Die Widerrechtlichkeit gemäss [Art. 41 OR](#) als Rechtsquellenproblem, ZBJV 1955 301 ff.; Müller Christoph, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013; Müller Christoph/Riske Olivier, Commentaire critique de l'article 46 [OR/CO](#) 2020 – plaidoyer en faveur de l'illicéité, [HAVE 2014 119 ff.](#); Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, 4. Aufl., Zürich 1989; Portmann

Wolfgang, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, [SJZ 1997 273 ff.](#); Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018; Roberto Vito, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, [AJP 1999 511 ff.](#) (zit. Roberto, Schutz); ders., Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018 (zit. Roberto, Haftpflichtrecht); ders., Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Meier-Schatz Christian J./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Zürich 2000, 137 ff. (zit. Roberto, Haftung); ders., Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, [AJP 2005 1323 ff.](#) (zit. Roberto, Verschuldenshaftung); ders., Wandlungen, Reform und Stand des schweizerischen Haftpflichtrechts, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (HSG) (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, 419 ff. (zit. Roberto, Wandlungen); Roberto Vito/Grechenig Kristoffel, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011 I 5 ff.; Roberto Vito/Rickenbach Jennifer, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012 I 185 ff.; Roberto Vito/Widmer Corinne, Tort Liability for Services, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2002, 203 ff.; Schönenberger Beat, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, [HAVE 2004 3 ff.](#); Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020; Verde Michel, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, Jusletter vom 18.4.2016; Wagner Gerhard, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021; Werro Franz, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach [Art. 41 OR](#), ZSR 1997 I 343 ff. (zit. Werro, Sorgfaltspflichtverletzung); ders., La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. Werro, Responsabilité).

I. Die zentrale Funktion der Rechtswidrigkeit im Haftungsaufbau

1. Wozu überhaupt Deliktsrecht?

Primärer Zweck des Staates ist es, den Frieden unter den auf seinem Territorium lebenden Menschen herzustellen und auf Dauer zu gewährleisten. Seine primäre Friedensgewährleistungsfunktion könnte der Staat nicht erfüllen, wenn er keinerlei deliktsrechtlichen Schutz gewährleistete. Denn unter Zugrundelegung eines realistischen Menschenbildes muss davon ausgegangen werden, dass Geschädigte über kurz oder lang mittels Gewalt einen Ausgleich für die erlittene Einbusse anstreben, sofern kein staatlicher Deliktsrechtsschutz bestünde. Mit der Ablösung der staatlichen Friedensordnung durch das «Faustrecht» wäre zugleich der Staat selbst infrage gestellt, bildet doch das Gewaltmonopol (die Staatsgewalt) nach der klassischen Staatsdefinition von Jellinek eines der drei Elemente, die den Staat konstituieren.¹ Um seiner eigenen Existenz willen hat der Staat demnach ein Interesse, hinreichenden deliktsrechtlichen Schutz vor Schädigungen zu gewährleisten. Das Deliktsrecht ist mithin eine Existenzvoraussetzung des Staates. Es ist Konsequenz der staatlichen Friedensgewährleistungsfunktion.²

Ein willkürlicher deliktsrechtlicher Schutz vor Schädigungen vermag das friedliche Zusammenleben unter den auf dem staatlichen Territorium lebenden Menschen nicht hinreichend zu gewährleisten. Vielmehr muss das Deliktsrecht zum einen genügend Schutz vor Schädigungen durch Dritte gewährleisten. Zum anderen sollte das Deliktsrecht bzw. der Schutz, den es gewährleistet, für einen überwiegenden Teil der Adressaten als – zumindest im Grundsatz –

69

nachvollziehbar und sachgerecht empfunden werden, wobei sich die Anschauungen über die Notwendigkeit und Angemessenheit einer rechtlichen Verantwortung für eine Einbusse im Laufe der Zeit ändern können. Die fortwährende Beschäftigung mit der Dogmatik des Deliktsrechts ist daher keinesfalls ein verzichtbares *l'art pour l'art*.

2. Freiheitskoordination im horizontalen Bürger-Bürger-Verhältnis

Die Rechtswidrigkeit ist der «Dreh- und Angelpunkt des Haftungsaufbaus»³. Wenn einmal erstellt ist, dass ein präsumtiver Haftpflichtiger einen Eingriff in das Integritätsinteresse eines Dritten verursacht hat, wenn also die Tatbestandselemente der Rechtsgutsverletzung und der natürlichen Kausalität gegeben sind, so ist – Urteilsfähigkeit des präsumtiven Haftpflichtigen unterstellt – beim Tatbestandselement der Rechtswidrigkeit über Haftung oder Nicht-Haftung zu befinden. Angesichts der Friedensgewährleistungsfunktion des Deliktsrechts liesse sich *prima vista* annehmen, dass die Rechtswidrigkeit so zu interpretieren sei, dass das Deliktsrecht ein Maximum an Schutz des Integritätsinteresses gewährleistet. Eine solche Interpretation der Rechtswidrigkeit wäre jedoch verfehlt.

Bei der Rechtswidrigkeit i.S.v. [Art. 41 Abs. 1 OR](#) handelt es sich um eine Generalklausel,⁴ die aus sich heraus nicht verständlich ist. Generalklauseln sind qualifiziert unbestimmte Normen oder qualifiziert unbestimmte Tatbestandselemente von Normen, die erst durch Richterrecht konkretisiert werden. Es handelt sich gleichsam um ausfüllungsbedürftige Leerstellen im gesetzten Recht.

Eine willkürliche Ausfüllung von Generalklauseln mit Richterrecht ist nicht zulässig. Da es sich bei der Ausfüllung von Generalklauseln durch Richterrecht um eine staatliche Aufgabe handelt, hat diese in grundrechtskonformer Weise zu erfolgen ([Art. 35 Abs. 2 BV](#)). Auch bei der richterrechtlichen Ausfüllung der Rechtswidrigkeit i.S.v. [Art. 41 Abs. 1 OR](#) müssen demnach die Grundrechte beachtet werden, und zwar die Grundrechte auf beiden Seiten des zu regelnden Konflikts. Der zu regelnde Konflikt besteht – generalisierend gesprochen – darin, dass das Entfaltungsinteresse des Schädigers mit dem Erhaltungsinteresse des Geschädigten kollidiert.

¹ S. Jellinek, 394 ff.

² S. zum Ganzen Fisch, N 506 f.

³ Roberto, Wandlungen, 430 f.

⁴ Dass [Art. 41 Abs. 1 OR](#) als solcher gemeinhin als Generalklausel bezeichnet wird, ist im Grunde eine sprachliche Verkürzung. Um eine Generalklausel handelt es sich bei [Art. 41 Abs. 1 OR](#) deshalb, weil jedenfalls das Tatbestandselement der Rechtswidrigkeit eine Generalklausel ist (ob es sich auch bei den übrigen Tatbestandselementen um Generalklauseln handelt, sei an dieser Stelle offengelassen).

Sowohl das Entfaltungsinteresse des Schädigers als auch das Erhaltungsinteresse des Geschädigten ist grundrechtlich gewährleistet. Bezogen auf Sach- und reine Vermögensschäden ist aufseiten des Geschädigten die Eigentumsgarantie ([Art. 26 BV](#)), aufseiten des Schädigers jedenfalls das subsidiäre Grundrecht der persönlichen Freiheit ([Art. 10 Abs. 2 BV](#)) einschlägig. Die Generalklausel der Rechtswidrigkeit muss richterrechtlich so ausgefüllt werden, dass weder die Eigentumsgarantie bzw. das Erhaltungsinteresse von Geschädigten noch die persönliche Freiheit bzw. das Entfaltungsinteresse von Schädigern übermässig beschränkt wird. Ein

70

grösstmöglicher Schutz des Erhaltungsinteresses – also ein Haftungsautomatismus –, der notwendig auf Kosten des Entfaltungsinteresses ginge, wäre ebenso unstatthaft wie umgekehrt ein grösstmöglicher Schutz des Entfaltungsinteresses – also eine generelle Nicht-Haftung –, der notwendig auf Kosten des Erhaltungsinteresses ginge. Grundrechtlich zulässig kann nur eine solche richterrechtliche Ausfüllung der Generalklausel der Rechtswidrigkeit sein, die zwar angemessenen Schutz vor Schädigungen gewährleistet, zugleich aber vernünftig, d.h. unter Ergreifung der zumutbaren Gefahrenschutzmassnahmen, ausgeübte Aktivitäten ohne lähmende Gefahr einer Haftung zulässt.⁵

II. Der Irrweg der sog. objektiven Rechtswidrigkeitstheorie

1. Übernahme des Konzepts von [§ 823 BGB](#)

Das Bundesgericht hat die Generalklausel der Rechtswidrigkeit mit dem Konzept von [§ 823 BGB](#) ausgefüllt,⁶ wobei Merz⁷ als Wegbereiter dieser Übernahme fungierte⁸. Dass das Bundesgericht das Konzept von [§ 823 BGB](#) übernommen hat, ist auf den ersten Blick nicht erkennbar, da in der Literatur gemeinhin von der sog. objektiven Rechtswidrigkeitstheorie gesprochen wird, so als handle es sich dabei um eine eigenständige, genuin schweizerische Theorie zur Rechtswidrigkeit.

Das Kernelement von [§ 823 BGB](#) bzw. der objektiven Rechtswidrigkeitstheorie besteht in der kategorischen Trennung von Schäden, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, einerseits und reinen Vermögensschäden andererseits. Schädigungen, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, sind stets und ohne Weiteres rechtswidrig ([§ 823 Abs. 1 BGB](#); Erfolgsunrecht), wohingegen bei reinen Vermögensschädigungen die Rechtswidrigkeit nur dann gegeben ist, wenn ein Schutzgesetz verletzt worden ist ([§ 823 Abs. 2 BGB](#); Verhaltensunrecht).

Dass die Lösung, welche die Väter des [BGB](#) für das Problem der Rechtswidrigkeit gefunden haben, nicht zu überzeugen vermag, deutet sich bereits darin an, dass das Bundesgericht das Konzept von [§ 823 BGB](#) nicht vorbildgetreu übernommen hat. Nach [§ 823 Abs. 2 BGB](#) ist für die Rechtswidrigkeit einer reinen Vermögensschädigung erforderlich, dass ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vorliegt.⁹ Demgegenüber soll es nach der sog. objektiven Rechtswidrigkeits-

71

theorie genügen, wenn eine beliebige Norm verletzt worden ist, die (auch) Schutz vor Schädigungen wie der eingetretenen gewährleistet. Selbst ungeschriebene Normen sollen für den Nachweis der Rechtswidrigkeit herangezogen werden können.

Dass die helvetische Kopie von [§ 823 BGB](#) in diesem Punkt deutlich weiter gefasst ist als das Original, dürfte kein Zufall sein. Denn [§ 823 BGB](#) ist, was die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden anbetrifft, zu eng konzipiert. In zahlreichen Fällen von reinen Vermögensschäden, in denen ein Schadenersatzanspruch aus

⁵ S. zum Ganzen Fisch, N 508 ff.

⁶ So bereits Roberto, Wandlungen, 424.

⁷ S. Merz, *passim*, der festhält: «Die hier vertretene Auffassung von der Widerrechtlichkeit, die in der Verletzung absoluter Rechte zu erblicken ist, gibt der Generalklausel des [Art. 41 OR](#) in einer wichtigen Hinsicht eine die Rechtsanwendung erleichternde und die Rechtssicherheit fördernde Begrenzung. Sie nähert sich damit der Ordnung des deutschen [BGB](#) [...]» (310).

⁸ S. Kramer, 381; Roberto, Wandlungen, 425.

⁹ [§ 823 Abs. 2 Satz 1](#) lautet: «Die gleiche Verpflichtung [Schadenersatzpflicht] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst.» (Herv. hinzugefügt). Die Praxis ist vom Gesetzeserfordernis freilich abgerückt; es soll jede Rechtsnorm in Betracht kommen können (s. etwa Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Förster, [§ 823 BGB](#) N 267). Bislang scheinen nur geschriebene Rechtsnormen Anerkennung als Schutzgesetz i.S.v. [§ 823 Abs. 2 BGB](#) gefunden zu haben (s. Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Förster, [§ 823 BGB](#) N 269, dem zufolge kein Fall bekannt ist, «in dem die Rspr. einen Anspruch aus [§ 823 Abs. 2](#) auf die Verletzung von Gewohnheits- oder Richterrecht gestützt hätte»).

Gründen der Gerechtigkeit geboten erscheint, fehlt es an einer Schutzgesetzverletzung. Um gleichwohl einen Schadenersatzanspruch gewähren zu können, muss improvisiert werden.

Im deutschen Recht existiert mittlerweile eine ganze Reihe an Behelfslösungen zur Gewährung eines Schadenersatzanspruchs bei eigentlich fehlender Rechtswidrigkeit. Eine solche Behelfslösung ist die Anwendung von [§ 826 BGB](#) (sittenwidrige vorsätzliche Schädigung; entspricht [Art. 41 Abs. 2 OR](#)) anstelle von [§ 823 Abs. 2 BGB](#). Das Ausweichen auf [§ 826 BGB](#) hatte jedoch zur Konsequenz, dass dessen tatbestandsmässige Voraussetzungen im Laufe der Zeit immer weiter geschliffen wurden. Das Erfordernis der Sittenwidrigkeit und dasjenige des Vorsatzes sind heute in der Praxis kaum mehr von Bedeutung.¹⁰ Der deutsche Bundesgerichtshof selbst hat darauf hingewiesen, dass man in dieser Hinsicht wohl zu weit gegangen sei.¹¹

2. Widerspruch zum Wortlaut von [Art. 41 Abs. 1 OR](#)

Dass das Bundesgericht die Generalklausel der Rechtswidrigkeit in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) mit dem Regelungsgehalt von [§ 823 BGB](#) ausgefüllt hat, erscheint schon auf den ersten Blick *contra legem*; denn anders als [§ 823 BGB](#) differenziert [Art. 41 Abs. 1 OR](#) nicht zwischen verschiedenen Arten von Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses. [Art. 41 Abs. 1 OR](#) fehlt die für [§ 823 BGB](#) charakteristische Differenzierung zwischen Schäden, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, und reinen Vermögensschäden. In seiner qualifizierten Unbestimmtheit erweist sich das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) eben – wie erwähnt – als Generalklausel. Diese sollte auch als solche gehandhabt werden. Denn wenn der Gesetzgeber die kategorische Unterscheidung zwischen Schäden, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, und reinen Vermögensschäden für überzeugend gehalten hätte, dann wäre es an ihm gewesen, die Generalklausel zugunsten einer ausdifferenzierten Regelung nach dem Vorbild von [§ 823 BGB](#) aufzugeben. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber dies bis heute nicht getan hat, ist zu respektieren.

72

3. Untauglichkeit des Erfolgsunrechts

Das Rechtswidrigkeitskonzept von [§ 823 BGB](#) ist nicht nur deshalb problematisch, weil es mit seiner kategorischen Unterscheidung zweier Arten von Schädigungen nicht zum Wortlaut von [Art. 41 Abs. 1 OR](#) passt, der keine solche Unterscheidung beinhaltet. Das Rechtswidrigkeitskonzept von [§ 823 BGB](#) vermag mit seiner Erfolgsbezogenheit im Falle von Schäden, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren (Erfolgsunrecht), auch in der Sache nicht zu überzeugen.¹²

Erstens: Der fundamentale Einwand gegen das Erfolgsunrecht besteht darin, dass nur ein Verhalten rechtswidrig (oder rechtmässig) sein kann, nicht aber ein blosser Zustand.¹³ Der Grund dafür ist, dass sich die Gebote und Verbote der Rechtsordnung an die Rechtssubjekte richten; diese haben sich entsprechend diesen Geboten und Verböten zu verhalten, andernfalls ihnen eine – wie auch immer geartete – Sanktion droht. Es hätte deshalb beispielsweise keinen Sinn, eine Beule in der Stossstange eines Autos als rechtswidrig zu bezeichnen; sinnhaft könnte demgegenüber die Aussage sein, dass die Zufügung der Beule rechtswidrig war, weil dadurch fremdes Eigentum verletzt wurde, oder dass die weitere Benutzung des Autos rechtswidrig ist, weil dieses aufgrund seiner Beschädigung eine nicht zu tolerierende Gefahr für Dritte darstellt.

Zweitens: Das Erfolgsunrecht ist bei mittelbaren Schädigungen – d.h. bei schadensursächlichen Verhaltensweisen, die zeitlich nicht unmittelbar zu einer Schädigung führen – nicht anwendbar. Unter Zugrundelegung des Erfolgsunrechts könnte beispielsweise das Inverkehrbringen eines gefährlichen Gutes durch dessen Hersteller *ex post* von einer rechtmässigen zu einer rechtswidrigen Handlung mutieren, abhängig einzig davon, ob das fragliche Gut zu einem späteren Zeitpunkt – möglicherweise erst viele Jahre später – eine Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts verursacht. Die Rechtssicherheit, das Willkürverbot und die Rechtsgleichheit gebieten es jedoch, dass der Handelnde im Moment der Vornahme der infrage stehenden Handlung zu antizipieren vermag, ob seine Handlung rechtmässig oder rechtswidrig ist, und dass ein und dieselbe Handlung nicht einmal rechtmässig, ein anderes Mal hingegen rechtswidrig ist. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, vermag das Deliktsrecht effektiv eine

¹⁰ S. Roberto, Schutz, 514 f.

¹¹ S. BGHZ 74, 281, 289, wo der BGH den Gedanken äussert, dass die Rspr. den Tatbestand von [§ 826 BGB](#) «vielleicht schon allzusehr strapaziert [...]» habe.

¹² S. Fisch, N 514 ff.

¹³ S. Roberto, Schutz, 519.

schadensvermeidende Wirkung zu entfalten und auf diese Weise zur Gewährleistung der staatlichen Friedensordnung beizutragen.

Drittens: Das Erfolgsunrecht vermag auch all jene Situationen, in denen eine Schädigung zwar noch nicht eingetreten ist, aber unmittelbar droht, nicht adäquat zu erfassen. Das Notwehrrecht gemäss [Art. 52 Abs. 1 OR](#) erfordert einen rechtswidrigen Angriff. Bei konsequenter Anwendung des Erfolgsunrechts fehlt die Rechtswidrigkeit, solange keine Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Dies bedeutet nichts anderes, als dass unter Zugrundelegung des Erfolgsunrechts das Notwehrrecht schlicht leerlaufend ist.¹⁴

Viertens: Sofern eine Unterlassung als haftungsauslösende «Ursache» in Betracht gezogen wird, kann die Rechtswidrigkeit wiederum nicht erfolgsbezogen verstanden werden. Denn die Rechtsordnung kennt keine allgemeine Pflicht, zugunsten anderer Schutzmassnahmen zu

73

ergreifen. Eine Unterlassung kann nur unter der Voraussetzung rechtswidrig sein, dass gegen eine Gefahrschutzpflicht verstossen wurde. Bei Unterlassungen kommt mithin zwingend das Verhaltensunrecht zur Anwendung.¹⁵

Fünftens: Auch im Falle von Einwilligungen findet das Erfolgsunrecht keine Anwendung. Wenn zum Beispiel ein Patient in eine ärztliche Behandlung einwilligt, die mit einem Eingriff in die physische Integrität einhergeht, so hängt die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Behandlung davon ab, ob sie *lege artis* erfolgte. Denn gemäss Rechtsprechung und Literatur decken Einwilligungen in ärztliche Eingriffe nur solche Eingriffe ab, die nach den Regeln der medizinischen Kunst erfolgen. Entscheidend für die Frage der Haftung oder Nicht-Haftung ist mithin, ob sich der behandelnde Arzt sorgfältig verhalten hat, d.h., es findet das Verhaltensunrecht Anwendung.

Sechstens: Problematisch ist das Erfolgsunrecht – bei dem eine Verhaltensprüfung nur beim Verschulden erfolgen kann – auch bei den sog. einfachen Kausalhaftungen, d.h. bei den verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen.¹⁶ Bei [Art. 41 Abs. 1 OR](#) spielt es im Ergebnis keine Rolle, an welcher Stelle im Haftungsaufbau das Verhalten des präsumtiven Haftpflichtigen geprüft wird, d.h., ob die Verhaltensprüfung bei der Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit (so unter Zugrundelegung des Verhaltensunrechts) oder bei derjenigen des Verschuldens (so unter Zugrundelegung des Erfolgsunrechts) verortet wird. Bei Tatbeständen, die kein Verschulden voraussetzen, wird die Verortung der Verhaltensprüfung dagegen praktisch relevant. Bildet das Verschulden keine Haftungsvoraussetzung, so entfällt die Möglichkeit, das Verhalten des präsumtiven Haftpflichtigen beim Verschulden zu prüfen. Um unbillige Ergebnisse zu verhindern, wird bei den einfachen Kausalhaftungen grundsätzlich die sog. objektive Seite des Verschuldens, d.h. eine Sorgfaltspflichtverletzung, vorausgesetzt,¹⁷ obschon es sich hierbei um verschuldensunabhängige Haftungstatbestände handelt.

Siebtens: Problematisch ist schliesslich auch, dass gewisse absolut geschützte Rechtsgüter keine klar definierten und erkennbaren Grenzen aufweisen. Die Persönlichkeit beispielsweise ist ein überaus weites Rechtsgut mit unscharfen Grenzen. Aber auch die Grenzen des Eigentums drohen aufgrund der Funktionsbeeinträchtigungstheorie – der zufolge ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum grundsätzlich bereits dann gegeben ist, wenn lediglich dessen Nutzbarkeit gestört wird – «auszufransen». Die deliktsrechtliche Privilegierung der absolut geschützten Rechtsgüter erscheint umso fragwürdiger, je unklarer und weiter deren Grenzen sind. Wenn Eingriffe in absolut geschützte Rechtsgüter stets und ohne Weiteres rechtswidrig sein sollen, dann müsste im Gegenzug gefordert werden können, dass die absolut geschützten Rechtsgüter klar erkennbar und in ihrer Ausdehnung hinreichend beschränkt sind.

74

¹⁴ Zuzugestehen ist freilich, dass die Begründung des Notwehrrechts ein Randproblem ist, das für die Konzeption des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit nicht bestimmend sein sollte.

¹⁵ Eine überzeugende Unterscheidung zwischen pflichtwidrigen Unterlassungen einerseits und pflichtwidrigen Handlungen andererseits ist freilich – trotz erheblicher Anstrengungen – bis heute nicht gelungen. Dieser Umstand fällt aber deshalb nicht ins Gewicht, da – wie ausgeführt – bei allen auf einer Fahrlässigkeit beruhenden Tatbeständen das Verhaltensunrecht anwendbar ist.

¹⁶ S. Roberto, Haftung, 149.

¹⁷ So etwa bei der Haftung des Familienhauptes ([Art. 333 Abs. 1 ZGB](#)) und bei der Haftung des Urteilsunfähigen ([Art. 54 Abs. 1 OR](#)). Nicht anders sollte es sich auch im Falle der Geschäftsherrenhaftung ([Art. 55 OR](#)) verhalten. Auch hier ist richtigerweise ein Fehlverhalten der Hilfsperson zur Begründung der Haftung des Geschäftsherrn zu verlangen.

III. Die Problematik der reinen Vermögensschäden im Besonderen

Die Beurteilung der Haftung für reine Vermögensschäden im ausservertraglichen Bereich ist generell – nicht nur im schweizerischen und im deutschen Recht – ein schwieriges Unterfangen. Wo jedoch nach dem Vorbild von [§ 823 BGB](#) ein bloss enumerativer Rechtsgüterschutz besteht, wird die Beurteilung zusätzlich erschwert. Sofern eine Haftung aus Gerechtigkeitsgründen im Grundsatz bejaht wird, aber keine Schutznorm verletzt ist, muss nach einer Behelfslösung gesucht werden, mittels derer der infrage stehende reine Vermögensschaden ersatzfähig gemacht werden kann.¹⁸ Soll der reine Vermögensschaden im Deliktsrecht belassen werden, ist die *Ad-hoc*-Kreation einer Schutznorm als Lösung denkbar. Denkbar ist es aber auch, den reinen Vermögensschaden mittels einer vertragsrechtlichen Konstruktion deutscher Provenienz aus dem Deliktsrecht hinüber in das Vertragsrecht zu transferieren. Schliesslich ist es auch denkbar, den reinen Vermögensschaden in den vermeintlichen Zwischenbereich zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung zu verschieben, wo die *culpa in contrahendo* und die Vertrauenshaftung angesiedelt sein sollen.

1. Gründe für die Diskriminierung rein vermögensmässiger Interessen

[§ 823 BGB](#) bzw. die sog. objektive Rechtswidrigkeitstheorie privilegiert Schädigungen, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, denn solche Schädigungen sollen stets und ohne Weiteres rechtswidrig sein (Erfolgsunrecht). Umgekehrt werden reine Vermögensschädigungen diskriminiert, denn solche Schädigungen sollen nicht *eo ipso* rechtswidrig sein, sondern nur dann, wenn gegen ein Schutzgesetz ([§ 823 Abs. 2 BGB](#)) bzw. gegen eine Schutznorm (sog. objektive Rechtswidrigkeitstheorie) verstossen wurde. Die Gründe für diese deliktsrechtliche Diskriminierung rein vermögensmässiger Interessen werden in der Rechtsprechung und in der Literatur kaum thematisiert. Es gilt anscheinend als ausgemacht, dass rein vermögensmässige Interessen *a priori* weniger schutzwürdig sind als die absolut geschützten Rechtsgüter. Die anglo-amerikanische Rechtsprechung und Literatur ist in diesem Zusammenhang ergiebiger. Letztlich dürften es drei Motive sein, die der Diskriminierung rein vermögensmässiger Interessen zugrunde liegen: die Gewährleistung der Freiheitlichkeit der Rechtsordnung, die Gewährleistung der Rechtssicherheit sowie die Gewährleistung der Praktikabilität des Deliktsrechts.¹⁹

Mit der Diskriminierung der reinen Vermögensschäden wird die Freiheitlichkeit der Rechtsordnung dadurch geschützt – jedenfalls auf den ersten Blick –, dass die rein vermögensmässigen Interessen im Grundsatz aus dem Schutzbereich des Deliktsrechts ausgeschlossen werden. Namentlich für Reflexschäden – also für reine Vermögensschäden, die Drittbetroffene (C, D etc.) deshalb erleiden, weil ein Schädiger (A) einen Geschädigten (B) in einem absoluten Recht verletzt hat – soll im Grundsatz kein deliktsrechtlicher Schutz bestehen. Damit soll verhindert werden, dass Schädiger gegenüber einer nicht antizipierbaren Zahl an Reflex-

75

geschädigten in nicht antizipierbarer Höhe haftbar werden. Dadurch, dass reine Vermögensschäden unbesehen des Einzelfalls im Grundsatz nicht ersatzfähig sind, soll zudem die Rechtssicherheit gestärkt und das Deliktsrecht praktikabel gehalten werden.

Auf den ersten Blick erscheint diese dreifach motivierte Begründung der Diskriminierung rein vermögensmässiger Interessen bestechend. Zu sehen ist aber, dass die deliktsrechtliche Diskriminierung rein vermögensmässiger Interessen die Freiheitlichkeit der Rechtsordnung, die Rechtssicherheit sowie die Praktikabilität des Deliktsrechts nur dann effektiv zu gewährleisten vermag, wenn rein vermögensmässige Interessen nicht über Umwege gleichwohl geschützt werden.

2. Notwendigkeit von Behelfslösungen bei reinen Vermögensschäden

Das in die Generalklausel der Rechtswidrigkeit von [Art. 41 Abs. 1 OR](#) implantierte Rechtswidrigkeitskonzept von [§ 823 BGB](#) vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, weil es – was den Schutz rein vermögensmässiger Interessen anbetrifft – zu eng ist.²⁰ Im deutschen Recht sind zahlreiche Behelfslösungen entwickelt worden, um einen Schadenersatzanspruch in Fällen von reinen Vermögensschäden gewähren zu können, in denen es zwar an einer Schutzgesetzverletzung mangelt, ein

¹⁸ S. für eine Übersicht Roberto, Schutz, 512 f.

¹⁹ S. Fisch, N 367 ff.

²⁰ S. Roberto, Haftung, 151, wo ein «Schutzdefizit» im Deliktsrecht festgestellt wird.

Schadenersatzanspruch aus Gerechtigkeitsgründen aber gleichwohl geboten erscheint. Einige dieser Behelfslösungen sind bereits in das schweizerische Recht übernommen worden, bei anderen dürfte die Übernahme bevorstehen.²¹

Ein Weg zur Umgehung des zu eng gefassten [§ 823 BGB](#) ist im deutschen Recht – wie bereits erwähnt – die Heranziehung von [§ 826 BGB](#). Die Heranziehung von [§ 826 BGB](#) in Fallkonstellationen von reinen Vermögensschäden, in denen [§ 823 BGB](#) mangels Schutzgesetzverletzung keinen Schutz zu gewährleisten vermag, hatte zur Konsequenz, dass die tatbestandsmässigen Voraussetzungen von [§ 826 BGB](#) stark verwässert wurden. [Art. 41 Abs. 2 OR](#) – das Pendant im schweizerischen Recht zu [§ 826 BGB](#) – hat bislang keine Verwässerung erfahren. [Art. 41 Abs. 2 OR](#) ist im Gegenteil eine in der Praxis weitgehend bedeutungslose Haftungsgrundlage (was positiv zu werten ist, da diese Bestimmung neben der Haftungsgeneralklausel in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) ohnehin keinen erkennbaren Sinn hat).²² Der Grund dafür, dass im schweizerischen Recht eine Verwässerung von [Art. 41 Abs. 2 OR](#) bislang vermieden werden konnte, dürfte darin bestehen, dass im schweizerischen Recht eine «ausserordentlich weit[e] und vage»²³ Auffassung darüber vorherrscht, was eine Schutznorm ist. Selbst ungeschriebene Schutznormen sollen nach der herrschenden schweizerischen Auffassung zulässig sein. Hinzu kommt, dass es in vielen Fällen überaus schwierig bis unmöglich ist, willkürfrei zu ermitteln, ob eine vermeintliche Schutznorm tatsächlich vor reinen Vermögensschäden schützen will.²⁴ Aufgrund der herrschenden grosszügigen Haltung ist es möglich, in Fällen von reinen Vermögensschäden, in denen ein Schadenersatzanspruch geboten erscheint, aber ein Schutzgesetz fehlt, eine Schutznorm *ad hoc* zu kreieren. Dass zum Beispiel [Art. 239 StGB](#) vor reinen Ver-

76

mögensschäden infolge von Kabelbrüchen schützen will, lässt sich schwerlich aus dieser Bestimmung ableiten.²⁵ [Art. 239 StGB](#) äussert sich in keiner Weise zur zivilrechtlichen Haftung und schon gar nicht zur Haftung für reine Vermögensschäden. Eine willkürfreie Begründung dafür, dass sich aus [Art. 239 StGB](#) in der Tat ein Schutz vor reinen Vermögensschäden ableiten lässt, erscheint nicht möglich. Nicht weniger willkürlich erscheint aber auch etwa die vom Bundesgericht anerkannte ungeschriebene Norm zum Schutz vor reinen Vermögensschäden infolge einer falschen Auskunft oder eines falschen Ratschlags.²⁶

Die Schutznormencreation ist nur eine Behelfslösung neben anderen, um die aus dem deutschen Recht kopierte grundsätzliche Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im Deliktsrecht zu umgehen. Eine weitere Behelfslösung ist die Flucht aus dem Deliktsrecht hinüber in das benachbarte Vertragsrecht, in dem reine Vermögensschäden ohne Weiteres ersatzfähig sind. Im deutschen Recht sind verschiedene dogmatische Konstruktionen entwickelt worden, um vom Deliktsrecht in das vertragliche Haftungsrecht hinüberzuwechseln. Zu nennen sind: die Vertragsfiktion, die vertraglichen Schutzpflichten, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie die Drittschadensliquidation. Aber auch die *culpa in contrahendo* sowie die Vertrauenshaftung sind im Grunde dogmatische Konstruktionen, um in Fällen von reinen Vermögensschäden die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im Deliktsrecht umgehen und die Modalitäten des vertraglichen Haftungsrechts zur Anwendung bringen zu können.

Zu erwähnen ist schliesslich auch die sog. Funktionsbeeinträchtigungstheorie, die in der schweizerischen Literatur mittlerweile mehrheitlich auf Zuspruch zu stossen scheint und die besagt, dass eine Eigentumsverletzung grundsätzlich bereits dann gegeben ist, wenn (lediglich) die Nutzbarkeit einer Sache gestört wird. Nach traditioneller Auffassung erfordert eine Eigentumsverletzung demgegenüber einen Eingriff in die Substanz der Sache (weshalb man auch von der Substanzbeeinträchtigungstheorie spricht). Die Funktionsbeeinträchtigungstheorie bewirkt eine Ausdehnung des Konzepts der Eigentumsverletzung. In Fällen einer blossen Störung der Eigentumsnutzung, in denen unter Zugrundelegung der traditionellen Substanzbeeinträchtigungstheorie ein reiner Vermögensschaden anzunehmen wäre, ist unter Zugrundelegung der Funktionsbeeinträchtigungstheorie stattdessen eine Eigentumsverletzung anzunehmen. Damit wird die deliktsrechtliche Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zurückgedrängt, denn Schädigungen, die von einer Eigentumsverletzung herrühren (Sachschäden), sind im Deliktsrecht ohne Weiteres ersatzfähig.

²¹ S. Fisch, N 375 ff.

²² S. Roberto, Wandlungen, 424.

²³ Roberto/Rickenbach, 198.

²⁴ S. Roberto/Rickenbach, 195.

²⁵ S. Roberto, Schutz, 522.

²⁶ S. Fisch, N 385 ff.

Die grundsätzliche Frage, die sich angesichts der Vielzahl an komplizierten und komplikationsträchtigen Behelfslösungen stellt, ist, welchen Sinn es hat, das Deliktsrecht – was den Schutz rein vermögensmässiger Interessen anbetrifft – in einem ersten Schritt überaus eng zu konzipieren und diese enge Konzeption in einem zweiten Schritt mit den erwähnten Behelfslösungen zu durchlöchern und insoweit gleichsam rückgängig zu machen. Wäre es dogmatisch nicht überzeugender, den deliktsrechtlichen Schutz rein vermögensmässiger Interessen von vornherein so zu konzipieren, dass gar nicht erst ein Bedürfnis nach solchen Behelfslösungen entsteht?²⁷

77

Der deliktsrechtliche Schutz rein vermögensmässiger Interessen ist zweifelsohne eine schwierige Thematik. Das Problem der Haftung oder Nicht-Haftung für reine Vermögensschäden wird aber nicht einfacher dadurch, dass man in die Generalklausel der Rechtswidrigkeit in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) nach dem Vorbild von [§ 823 BGB](#) eine richterrechtliche Regel einfügt, die rein vermögensmässige Interessen im Grundsatz aus dem Schutzbereich des Deliktsrechts ausschliesst. Denn damit wird das Problem der Haftung oder Nicht-Haftung für reine Vermögensschäden lediglich an andere Stellen in der Privatrechtsdogmatik verschoben. Es funktioniert nicht, mittels einer simplistischen Regel wie der deliktsrechtlichen Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden Dinge simplifizieren zu wollen, die einer simplen Lösung nicht zugänglich sind.

Letztlich kommt man nicht umhin, im Falle eines reinen Vermögensschadens – wie auch im Falle jedes anderen Schadens – eine *Wertung* über Haftung oder Nicht-Haftung vorzunehmen. Diese Wertung gilt es im Rahmen des Prüfungspunktes der Rechtswidrigkeit vorzunehmen und so nachvollziehbar wie möglich zu begründen.

IV. Zurück auf den richtigen Weg des Verhaltensunrechts

Die Ausfüllung der Generalklausel der Rechtswidrigkeit in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) mit dem Rechtswidrigkeitskonzept von [§ 823 BGB](#) muss als Abirrung vom richtigen Weg bezeichnet werden. Um eine *Abirrung* handelt es sich deshalb, weil die Aufsplittung der Rechtswidrigkeit in Erfolgsunrecht im Falle von Schäden, die aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren, einerseits und Verhaltensunrecht im Falle von reinen Vermögensschäden andererseits nicht überzeugt. Die Rechtswidrigkeit lässt sich unter keinen Umständen mit dem Erfolg begründen; stets ist dazu erforderlich, dass der Schadensverursacher gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung verstossen hat. Die die Aufsplittung der Rechtswidrigkeit in Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht motivierende Diskriminierung der reinen Vermögensschäden ist ebenfalls verfehlt, denn sie vermag das Problem der Haftung oder Nicht-Haftung für reine Vermögensschäden nicht zu lösen. Anstatt dass das Problem der Haftung oder Nicht-Haftung für reine Vermögensschäden im Rahmen der Rechtswidrigkeit adressiert wird, wird auf diverse Behelfslösungen zurückgegriffen, die es erlauben, die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im Deliktsrecht zu umgehen.

Um eine *Abirrung vom richtigen Weg* handelt es sich sodann deshalb, weil das Bundesgericht die Rechtswidrigkeit ungefähr bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts noch zutreffend im Sinne des Verhaltensunrechts interpretierte.²⁸ Erst aufgrund der berühmt-berüchtigten publizistischen Intervention von Merz, in der sich dieser für die Übernahme des Rechtswidrigkeitskonzepts von [§ 823 BGB](#) ausgesprochen hatte, ist das Bundesgericht vom richtigen Weg abgekommen.

Dass das Bundesgericht im Nachgang zur publizistischen Intervention von Merz die deutschrechtliche Differenzierung zwischen Erfolgsunrecht einerseits und Verhaltensunrecht andererseits kopierte, mutet insofern seltsam an, als in Deutschland das Erfolgsunrecht bereits ab dem frühen 20. Jahrhundert – und damit kurz nach Inkrafttreten des [BGB](#) – durch die sog.

78

²⁷ Krit. bereits Roberto, Haftung, 150 f.: «Unstreitig sollte [...] sein, dass eine Generalklausel nicht zunächst übermässig eingeschränkt werden sollte, um sie dann durch Anerkennung neuer Haftungsgrundlagen wieder auszuweiten. Gerade dieses Vorgehen charakterisiert jedoch die Entwicklung des schweizerischen Haftpflichtrechts!» S. auch Roberto/Widmer, 223.

²⁸ S. Roberto, Haftpflichtrecht, N 04.08–04.09a; ders., Wandlungen, 425; ders., Haftung, 149.

Verkehrs(sicherungs)plichten²⁹ überlagert wurde.³⁰ Mit der zunehmenden Anerkennung von Verkehrspflichten wurde *de facto* eingestanden, dass eben auch im Falle absolut geschützter Rechtsgüter nicht der Erfolg als solcher die Rechtswidrigkeit zu begründen vermag, sondern dass es dazu der Verletzung einer Verhaltenspflicht (Verkehrspflicht) bedarf. Die Verkehrspflichten des deutschen Rechts sind letztlich nichts anderes als ungeschriebene, richterrechtliche Verhaltens- oder Sorgfaltspflichten, die im Falle eines schädigenden Eingriffs in ein absolut geschütztes Rechtsgut – also im Anwendungsbereich von [§ 823 Abs. 1 BGB](#) – die Rechtswidrigkeit zu begründen vermögen.

1. Einigkeit und Uneinigkeit zugleich in der Literatur

Dass die Rechtswidrigkeit einheitlich im Sinne des Verhaltensunrechts zu interpretieren ist, wird in der schweizerischen Literatur heute kaum mehr bestritten. Es scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass das Erfolgsunrecht aufzugeben ist. Uneinigkeit herrscht hingegen über den einzuschlagenden Weg. Drei Lehrmeinungen lassen sich – grob gesprochen – unterscheiden. Der Unterschied zwischen den verschiedenen Lehrmeinungen betrifft zum einen die Frage, ob eine einfache oder eine zweifache Prüfung des Schädigerverhaltens stattzufinden hat. Zum anderen betrifft er die Frage, wo die Verhaltensprüfung im Haftungsaufbau zu erfolgen hat.³¹

Nach der ersten Lehrmeinung hat zur Haftungsbegründung eine zweifache Verhaltensprüfung stattzufinden.³² Das Verhalten des Schädigers ist dieser Lehrmeinung zufolge sowohl bei der Rechtswidrigkeit als auch beim Verschulden zu prüfen. Nach der zweiten und der dritten Lehrmeinung hingegen bedarf es für die Haftungsbegründung keiner zweifachen Verhaltensprüfung; eine einfache Prüfung des Schädigerverhaltens soll genügen. Die zweite und die dritte Lehrmeinung unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der tatbestandsmässigen Verortung der Verhaltensprüfung. Nach der zweiten Lehrmeinung ist die Verhaltensprüfung beim Verschulden zu verorten;³³ nach der dritten Lehrmeinung hat die Verhaltensprüfung demgegenüber bei der Rechtswidrigkeit zu erfolgen.³⁴

Die Erforderlichkeit einer zweifachen Verhaltensprüfung ist nicht erkennbar.³⁵ Wer eine Rechtsgutsverletzung verursacht hat, soll dafür haften, sofern – Urteilsfähigkeit unterstellt –

79

die Verhaltensprüfung ergibt, dass eine Verhaltenspflicht verletzt wurde. Auch im anglo-amerikanischen Recht verhält es sich so, dass das Schädigerverhalten nur einmal geprüft wird. Dass vorgängig zur Frage, ob der Schädiger seine *duty of care* gegenüber dem Geschädigten verletzt hat (*breach of duty*), zu ermitteln ist, ob der Schädiger dem Geschädigten überhaupt *care* schuldete (Bestehen einer *duty of care*), darf nicht als zweifache Verhaltensprüfung missverstanden werden. Erst beim Tatbestandsmerkmal *breach of duty* findet eine Verhaltensprüfung statt und nicht schon bei der Ermittlung des Bestehens einer *duty of care*.

Wird die Verhaltensprüfung konzeptionell beim Verschulden verortet, entfällt im Falle der Anwendung eines Kausalhaftungstatbestands die Möglichkeit der Verhaltensprüfung. Wie die Rechtsprechung zeigt, kann das Entfallen der Verhaltensprüfung bei Anwendung eines Kausalhaftungstatbestands nicht richtig sein.³⁶ Da auch bei den verschuldensunabhängigen Kausalhaftungstatbeständen die Prüfung des Schädigerverhaltens zur Haftungsbegründung erforderlich ist, ist die Verhaltensprüfung sinnvollerweise beim Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit zu verorten.

²⁹ «Verkehrssicherungspflichten» ist im Verhältnis zu «Verkehrspflichten» der ältere Begriff, der heute allenfalls noch zur Bezeichnung einer bestimmten Teilmenge der Verkehrspflichten dienlich ist.

³⁰ S. Roberto/Widmer, 223. Die Anerkennung von Verkehrssicherungspflichten hat ihren Lauf mit RGZ 53, 276 (aus dem Jahr 1902) genommen.

³¹ S. Fisch, N 545 ff.

³² S. Fellmann/Kottmann, N 334, 526 ff, 557; Müller, N 161, 237 f.; Portmann, 277 ff; Rey/Wildhaber, N 822, 992; Schönenberger, 12; Schwenzer/Fountoulakis, N 22.03, 50.31.

³³ S. Werro, Responsabilité, N 288, 291; ders., Sorgfaltspflichtverletzung, 347 i.f.

³⁴ S. Honsell/Isenring/Kessler, § 6 N 21; Roberto, Haftpflichtrecht, insb. N 03.06, 03.09; tendenziell auch Koller, N 18, 39; Verde, N 37.

³⁵ Gl.A. Honsell/Isenring/Kessler, § 6 N 21: «Theoretisch und systematisch ist es nicht einleuchtend, dass dieselbe Pflichtwidrigkeit zweimal geprüft wird, einmal bei der Rechtswidrigkeit, das andere Mal beim Verschulden.» S. auch Verde, N 37: «Für dieses Widerrechtlichkeitsverständnis [einfache Verhaltensprüfung bei der Rechtswidrigkeit] spricht zumindest, dass die nach herrschender Ansicht beim Verschulden rubrizierte Sorgfaltspflicht (d.h. das unter den gegebenen Umständen angebrachte Verhalten resp. die im Verkehr gebotene Sorgfalt) nichts anderes darstellt als eine rechtliche Verhaltenspflicht und in dieser Eigenschaft im Grunde genommen der Rubrik «Widerrechtlichkeit» angehört.»

³⁶ S. vorne II.3.

2. Zwei Quellen von Verhaltensgeboten und -verboten

Verhaltenspflichten (gleichbedeutend: Sorgfaltspflichten, Gefahrenschutzpflichten, Verkehrspflichten, Verkehrssicherungspflichten), aus deren Verletzung sich die Rechtswidrigkeit im Einzelfall ergibt, können zwei Quellen entstammen: den gesetzlichen Schutznormen einerseits und der allgemeinen Sorgfaltspflicht andererseits.³⁷

2.1 Gesetzliche Schutznormen

Dass sich Verhaltenspflichten aus (Schutz-)Normen ergeben können, ist unstrittig. Nicht hinreichend geklärt ist jedoch, was eine Schutznorm überhaupt ist, d.h., welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Norm Grundlage einer ausservertraglichen Haftung sein kann. Mit dem nach wie vor fehlenden Verständnis der Kriterien von Schutznormen verknüpft ist das Problem, dass der Kreis der (vermeintlichen) Schutznormen stetig grösser wird.³⁸ Problematisch ist das stetige, unkoordinierte Grösserwerden des Kreises der (vermeintlichen) Schutznormen mit Blick auf die Rechtssicherheit und das Willkürverbot, aber auch mit Blick darauf, dass die Rechtswidrigkeit – wie eingangs ausgeführt – so zu konzipieren ist, dass sie die Entfaltungsfreiheit nicht übermässig beschränkt.³⁹ Eine übermässige, grundrechtlich unzulässige Beschränkung der Entfaltungsfreiheit droht jedoch, wenn unkoordiniert immer neue (vermeintliche) Schutznormen kreiert werden.⁴⁰

80

Die allgemein anerkannte Schutz- oder Normzwecktheorie ist zur Entscheidung darüber, ob es sich bei einer vermeintlichen Schutznorm tatsächlich um eine solche handelt, nur von beschränktem Nutzen. Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Schutznorm vorliegt. Falls es sich so verhält, stellt sich sodann die Frage, ob der Schutzbereich der Schutznorm tangiert ist. Nach der Schutz- oder Normzwecktheorie müssen dazu die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein: *Erstens* muss der Geschädigte zum Kreis der durch die fragliche Norm geschützten Personen gehören (personaler Schutzbereich); *zweitens* muss die eingetretene Verletzung des Integritätsinteresses zu jener Art von Verletzungen gehören, vor denen die fragliche Norm schützen will (sachlicher Schutzbereich); *drittens* schliesslich muss auch die Art und Weise, in der die eingetretene Verletzung zugefügt wurde, vom Schutzbereich der fraglichen Norm erfasst sein (modaler Schutzbereich). So überzeugend sich diese drei Voraussetzungen einer Schutznormverletzung in der Theorie ausnehmen, so problematisch ist, dass sich (vermeintliche) Schutznormen nur höchst selten zu ihrem personalen, sachlichen und modalen Schutzbereich äussern. Auch das bekannte Instrumentarium der Gesetzesauslegung hilft hier in den meisten Fällen nicht weiter.⁴¹

Das Problem, dass in der Praxis das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Schutznorm nur selten willkürfrei bestimmt werden kann, wird im schweizerischen Recht – im Vergleich namentlich zum deutschen Recht – dadurch vergrössert, dass nach herrschender Auffassung auch ungeschriebene Schutznormen zulässig sein sollen. Es ist vorne bereits ausgeführt worden, dass die Zulassung ungeschriebener Schutznormen eine der vielen Strategien darstellt, um die zu enge Rechtswidrigkeitskonzeption des [§ 823 BGB](#), mit der die Generalklausel der Rechtswidrigkeit in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) ausgefüllt wurde, *de facto* zu erweitern.⁴² Auf einer grundsätzlichen Ebene ist gegen die Anerkennung ungeschriebener Schutznormen einzuwenden, dass deren Quelle nicht erkennbar ist. Woher sollen ungeschriebene Schutznormen stammen? Soll es sich etwa um Gewohnheitsrecht handeln? Dann wäre der Nachweis der allgemeinen Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) sowie der lang andauernden Geltung (*longa consuetudo*) zu erbringen, was generell kaum möglich sein dürfte (dem Gewohnheitsrecht wird mit Blick auf die Gegenwart nicht ohne Grund die praktische Bedeutung abgesprochen⁴³).

Die dogmatisch schwer zu begründende Anerkennung ungeschriebener Schutznormen wäre unnötig, wenn es (erneut) zugelassen würde, dass aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht Verhaltenspflichten zum Schutz Dritter – namentlich vor reinen Vermögensschäden –⁴⁴ fliessen können. Die Rechtsunsicherheit stiftende

³⁷ S. Fisch, N 573 ff; Roberto, Haftpflichtrecht, N 4.26.

³⁸ Ausführlich zur Schutznormenproblematik Roberto/Rickenbach, *passim*; s. auch Roberto, Wandlungen, 428 ff.

³⁹ S. vorne I.2.

⁴⁰ S. Larenz/Canaris, 439, die darauf hinweisen, «dass übermässige und unübersichtliche Haftungsgefahren geeignet sind, die Menschen auch von rechtmässigen oder gar sozial erwünschten Tätigkeiten abzuhalten».

⁴¹ S. Roberto, Haftpflichtrecht, N 04.116.

⁴² S. vorne III.2.

⁴³ S. BSK [ZGB](#) I-Honsell, Art. 1 N 21.

⁴⁴ S. etwa [BGE 93 II 329 E. 5; 116](#) Ib 367 E. 6b.

und nicht selten willkürlich anmutende Anerkennung immer neuer (vermeintlicher) Schutznormen wäre vermeidbar, wenn stattdessen die allgemeine Sorgfaltspflicht zur Begründung der Rechtswidrigkeit herangezogen würde. In all jenen (zahlreichen) Fällen, in denen nicht gegen eine vom Gesetzgeber erlassene Norm verstossen wurde, die unzweideutig ein Verhaltensgebot oder -verbot aufstellt, das auch zwischen Privaten wirksam sein will, sollte zur Begründung der Rechtswidrigkeit auf die allgemeine Sorgfaltspflicht abgestellt werden.

81

2.2 Die allgemeine Sorgfaltspflicht

Der Grund für die stete Zunahme der Zahl der (vermeintlichen) Schutznormen und die Zulassung ungeschriebener Schutznormen dürfte darin liegen, dass es die herrschende Auffassung nicht zulässt, dass aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht Verhaltenspflichten fliessen, aus deren Verletzung sich im Einzelfall das Rechtswidrigkeitsurteil ergibt. Die fehlende Bereitschaft, im Einzelfall zur Begründung der Rechtswidrigkeit auf die allgemeine Sorgfaltspflicht zurückzugreifen, dürfte damit zusammenhängen, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht noch kaum erforscht ist. Zudem stehen der Anwendung der allgemeinen Sorgfaltspflicht mehrere Missverständnisse im Wege.⁴⁵

Dem Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht wird *erstens* vorgeworfen, dass es zu Rechtsunsicherheit führe, da sich die Rechtssubjekte nicht mehr anhand des Gesetzes über die ihnen obliegenden Verhaltenspflichten informieren könnten. Diesem Vorwurf ist entgegenzuhalten, dass das Schädigerverhalten nach traditioneller Lehre beim Verschulden ebenfalls mit einem ungeschriebenen Verhaltensmassstab abzugleichen ist. Zudem fordert die allgemeine Sorgfaltspflicht – richtig verstanden – nicht mehr, als was von jedem Rechtssubjekt, das sich innerhalb der Gemeinschaft bewegt, verlangt werden können muss zur Aufrechterhaltung der staatlichen Friedensordnung, nämlich dass man das zumutbare Mass an Vorsicht walten lässt, um Schädigungen anderer zu vermeiden.

Zweitens wird die Befürchtung geäussert, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht zu einer schrankenlosen Haftung führen könne. Dazu ist zu bemerken, dass man es im anglo-amerikanischen Recht verstanden hat, mithilfe eines zweistufigen Tests (Ermittlung des Bestehens einer *duty of care* einerseits und Prüfung der Verletzung derselben andererseits) die allgemeine Sorgfaltspflicht so anzuwenden, dass Haftungsausfuhrungen zuverlässig vermieden werden.

Drittens wird dem Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht vorgeworfen, dass es zu einer Begünstigung des Rückschaufehlers (*hindsight bias*)⁴⁶ führe. Dem ist zu entgegnen, dass der Rückschaufehler kein Problem spezifisch des Konzepts der allgemeinen Sorgfaltspflicht darstellt. Die Rückschaufehlerproblematik besteht in der traditionellen Konzeption des Tatbestands von [Art. 41 Abs. 1 OR](#) bei der Prüfung der objektiven Seite des Verschuldens genau gleich.

Viertens wird gegen das Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht vorgebracht, dass es im Widerspruch zum Gewaltenteilungsgrundsatz stehe. Wer diesen Vorwurf äussert, verkennet, dass der Gesetzgeber selbst es war, der mit der Schaffung der Generalklausel der Rechtswidrigkeit deren Konkretisierung an die Rechtsprechungsorgane – in letzter Konsequenz an das Bundesgericht – delegiert hat.

Fünftens wird gegen das Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht eingewendet, dass es zu einer Vermengung von deliktischer und vertraglicher Haftung führen könne. Dagegen ist zu sagen, dass – gerade umgekehrt – der inadäquate deliktsrechtliche Schutz rein vermögensmässiger Interessen zu einer Konfusion stiftenden Expansion des vertraglichen Haftungsrechts

82

in den Anwendungsbereich des Deliktsrechts geführt hat (Schutz des Integritätsinteresses durch das vertragliche Haftungsrecht, welches eigentlich den Schutz des vertraglichen Leistungsinteresses bezweckt).

Sechstens wird behauptet, dass das Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Rechtsentwicklung im europäischen Rechtsraum zuwiderlaufe. Auch dieser Aussage ist zu widersprechen. Die Differenzierung zwischen (eng konzipierter) Rechtswidrigkeit einerseits und Verschulden andererseits ist ein Spezifikum des [BGB](#), die nur in jenen Rechtsordnungen bekannt ist, die insoweit dem [BGB](#) gefolgt sind. In den übrigen westlichen Rechtsordnungen hingegen – namentlich in allen anglo-amerikanischen Rechtsordnungen – kann

⁴⁵ Vorbehalte gegenüber dem Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht äussern etwa Müller/Riske (die sich spezifisch auf Art. 46 «OR 2020» beziehen), *passim*; ferner Jaun, 479 f.; Loser-Krogh, 148 f. S. auch Fisch, N 603 ff.

⁴⁶ S. dazu Roberto/Grechenig, *passim*.

sich das Rechtswidrigkeitsurteil entweder aus einer Schutzgesetzverletzung oder aus einer Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht ergeben.

Durchschlagende Argumente gegen das Konzept der allgemeinen Sorgfaltspflicht existieren nicht, was schwerlich zu überraschen vermag angesichts der Tatsache, dass all jene westlichen Rechtsordnungen, die nicht dem Rechtswidrigkeitskonzept von [§ 823 BGB](#) gefolgt sind, zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit – wie eben erwähnt – neben den Schutzgesetzen auf die allgemeine Sorgfaltspflicht abstellen.

3. Restfunktion des Verschuldens

Ob das Verschulden – neben der Rechtswidrigkeit – eine eigenständige Haftungsvoraussetzung bildet, erscheint zweifelhaft. Ist [Art. 41 Abs. 1 OR](#), in dem der Begriff des Verschuldens *notabene* keine Verwendung findet, nicht viel eher so zu lesen, dass die Wortfolge «sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit» bloss die zwei Grundformen rechtswidrigen Verhaltens (Vorsatz und Fahrlässigkeit) bezeichnet?

V. Rechtswidrigkeit bei Kausalhaftungen

Wird die Rechtswidrigkeit einheitlich im Sinne des Verhaltensunrechts als Verletzung einer Sorgfaltspflicht verstanden, so beeinflusst dies auch das Verständnis der sog. Kausalhaftungen, die in der Literatur häufig von der sog. Verschuldenshaftung, d.h. der Haftung für ein Fehlverhalten (Deliktshaftung⁴⁷), abgegrenzt werden. Die Kausalhaftungen werden gemeinhin weiter in zwei Unterkategorien zergliedert: die einfachen oder milden Kausalhaftungen sowie die strengen Kausalhaftungen. Zur ersteren Unterkategorie gehören all jene Haftungstatbestände, bei denen der präsuntive Haftpflichtige die Einstandspflicht durch den Nachweis hinreichender Sorgfalt abzuwenden vermag. Im Falle der Anwendung einer strengen Kausalhaftung bedarf es demgegenüber keiner Sorgfaltspflichtverletzung, um eine Haftung zu be-

83

gründen. Eine Haftung ist trotz hinreichender Sorgfalt möglich. Unsicherheit besteht hinsichtlich der Einordnung der Werkeigentümerhaftung.⁴⁸

Wird bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit im Sinne des Verhaltensunrechts auf die Verletzung einer Sorgfaltspflicht abgestellt, so zeigt sich, dass einfache Kausalhaftungen nichts anderes darstellen als gesetzlich speziell geregelte Deliktshaftungstatbestände. Anders als bei der allgemein anwendbaren Deliktshaftung in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) knüpfen die einfachen Kausalhaftungen an bestimmte Arten von Sorgfaltspflichtverletzungen an, und die Verletzung der Sorgfaltspflicht wird vermutet. Wesentlich ist jedoch stets, dass der präsuntive Haftpflichtige eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht (punkto Aufsicht, Auswahl, Erstellung, Unterhalt usw.) verletzt hat. Darin liegt das die Rechtswidrigkeit begründende Verhaltensunrecht.⁴⁹

Den Haftungen, welche eine Sorgfaltspflichtverletzung voraussetzen (Deliktshaftung gemäss [Art. 41 Abs. 1 OR](#) sowie einfache Kausalhaftungen), stehen die Gefährdungshaftungen gegenüber, die eine Haftung auch dann zu begründen vermögen, wenn der präsuntive Haftpflichtige sämtliche ihm obliegenden Sorgfaltspflichten erfüllt hat.⁵⁰ Gefährdungshaftungen sind mithin strenge Kausalhaftungen. Gefährdungshaftungen kommen bei Aktivitäten zum Zug, die – im Vergleich zu anderen Aktivitäten – in

⁴⁷ Der Begriff der Deliktshaftung ist dem Begriff der Verschuldenshaftung vorzuziehen, denn nicht das Verschulden – was auch immer darunter genau zu verstehen sein soll –, sondern das im Rahmen des Prüfungspunktes der Rechtswidrigkeit festzustellende Delikt ist haftungsauslösend. Ob dem Verschulden neben der Rechtswidrigkeit eine eigenständige Bedeutung zukommt, erscheint durchaus zweifelhaft (s. vorne IV.3).

⁴⁸ S. Roberto, Haftpflichtrecht, N 10.01 f.

⁴⁹ S. Roberto, Verschuldenshaftung, *passim*.

⁵⁰ Zutreffend Fikentscher/Heinemann, N 1684 FN 1: «Streng genommen betreffen die Fälle der Gefährdungshaftung keine *unerlaubten Handlungen*.» (Herv. im Original). S. auch Fellmann, N 113; Rey/Wildhaber, N 1501. Aus dem deutschen Recht s. ferner etwa Fuchs/Pauker/Baumgärtner, 281; Brüggemeier, 103. Ob die Rechtswidrigkeit (auch) bei Gefährdungshaftungen eine Haftungsvoraussetzung bildet, ist in der schweizerischen Literatur umstritten. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie die Rechtswidrigkeit dogmatisch konzipiert wird. Nach Oftinger/Stark muss die Rechtswidrigkeit freilich auch deshalb eine Haftungsvoraussetzung bilden, damit auch im Rahmen der Gefährdungshaftungen die Berufung auf Rechtfertigungsgründe möglich ist (s. Oftinger/Stark, § 24 N 33 ff). Es fragt sich jedoch, welcher Stellenwert den Rechtfertigungsgründen bei konsequenter Anwendung des Verhaltensunrechts überhaupt noch zukommt (krit. v. Bar, N 490, welcher der Ansicht ist, «dass die Rechtswidrigkeit [i.S.v. [§ 823 BGB](#)] keine in einem europäischen Kontext brauchbare Kategorie ist, und wir fügen jetzt hinzu, dass dasselbe auch für die Rechtfertigungsgründe gilt»). Nach Fellmann, N 117, und Rey/Wildhaber, N 1505, ist die Berufung auf Rechtfertigungsgründe möglich, obgleich die Rechtswidrigkeit keine Haftungsvoraussetzung bilden soll.

hohem Masse gefährlich sind (wobei sich die erhöhte Gefährlichkeit aus der grossen Schadenshäufigkeit und/oder dem grossen Schadenspotential ergeben kann).⁵¹ Sie stellen gleichsam einen rechtspolitischen Kompromiss dar: Anstatt dass die fragliche Aktivität aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit rundheraus verboten wird, wird sie zugelassen, doch haftet im Gegenzug der Verursacher eines Schadens auch dann, wenn er keinerlei Sorgfaltspflichten missachtet hat.⁵² Anders ausgedrückt: Aktivitäten, die einer Gefährdungshaftung unterliegen, wären aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit eigentlich rechtswidrig und *ergo* zu unterlassen, werden aber trotzdem als rechtmässig zugelassen;⁵³ weil

84

die Rechtswidrigkeit eigentlich gegeben wäre, lösen sie im Falle eines Eingriffs in das Integritätsinteresse eines Dritten eine Haftung aus, ohne dass es des Nachweises der Rechtswidrigkeit bedarf.⁵⁴ Die Gefährdungshaftungen besitzen insoweit, als sie ein Verbot der fraglichen Aktivität abzuwenden vermögen, einen freiheitsschonenden Charakter. Aufgrund ihres freiheitsschonenden Charakters dürfte es möglich sein, die Existenz der Gefährdungshaftungen grundrechtlich herzuleiten. Denn auch die Entfaltungsfreiheit desjenigen Grundrechtsträgers, der sich anschickt, eine besonders gefährliche Aktivität auszuüben, wird durch die Grundrechte geschützt (jedenfalls durch das subsidiäre Grundrecht der persönlichen Freiheit gemäss [Art. 10 Abs. 2 BV](#)). Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Entfaltungsfreiheit sind nur insoweit zulässig, als sie zwingend erforderlich sind ([Art. 36 Abs. 3 BV](#)); wo eine mildere, ebenfalls zielführende Massnahme zur Verfügung steht, ist diese zu ergreifen. Im Vergleich zu einem Verbot der in Frage stehenden gefährlichen Aktivität stellt die Instituierung einer Gefährdungshaftung eine solche mildere Massnahme dar. Die grundrechtliche Gewährleistung der Entfaltungsfreiheit des Ausübers einer besonders gefährlichen Aktivität verlangt es, dass der Gesetzgeber – wenn immer möglich – anstatt zu einem Verbot zum Instrument der Gefährdungshaftung greift, um das Erhaltungsinteresse Dritter vor Beeinträchtigungen durch die gefährliche Aktivität zu schützen.

Die Unterscheidung von Deliktshaftung und Gefährdungshaftung wird dann problematisch, wenn im Anwendungsbereich der Deliktshaftung die Sorgfaltspflichten im Einzelfall durch die Gerichte derart hochgeschraubt werden, dass sie mit zumutbarem Aufwand nicht mehr zu erfüllen sind. Mit dem Hochschrauben der Sorgfaltspflichten über das Mass des Zumutbaren hinaus wird einzelfallweise *de facto* eine Gefährdungshaftung kreiert. Dies ist oft reichlich problematisch, denn es besteht im schweizerischen Recht keine Generalklausel der Gefährdungshaftung. Die Schaffung von Gefährdungshaftungstatbeständen ist Sache des Gesetzgebers, wobei diesem das politische Ermessen darüber zukommt, in welchen Konstellationen von – besonders gravierenden – Gefahren eine Gefährdungshaftung (anstelle der milderen Deliktshaftung) angemessen ist.

85

⁵¹ S. Deutsch, N 641, 660.

⁵² S. BGHZ 79, 259, 262: «Einer Gefährdungshaftung liegen keine Verhaltenspflichten zugrunde, vielmehr dient sie dazu, die Auswirkungen einer konkreten, im Regelfall erlaubtermassen gesetzten Gefahr auszugleichen.»

⁵³ «Der wirkliche Gegensatz zwischen Schuldhaftung und Gefährdungshaftung liegt im Bereich der Rechtswidrigkeit. [...] Die Schuldhaftung verbietet, die Gefährdungshaftung erlaubt.» (Deutsch, N 657).

⁵⁴ S. Deutsch, N 635; Wagner, Kap. 8 N 498.



"UNTER ZUGRUNDELEGUNG
EINES REALISTISCHEN MENSCHENBILDES
MUSS DAVON AUSGEANGEN WERDEN, DASS GESCHÄDIGTE
ÜBER KURZ ODER LANG MITTELS GEWALT EINEN AUSGLEICH
FÜR DIE ERLITTENE EINBUSS ANSTREBEN, SOFERN
KEIN STAATLICHER RECHTSSCHUTZ BESTÜNDE."