Wandlungen, Reform und Stand des schweizerischen Haftpflichtrechts

VITO ROBERTO

Inhaltsübersicht

I.	Vielfalt der Haftungsgrundlagen	419
II.	Vereinheitlichungstendenzen	421
III.	Konzeption der deliktischen Grundnorm	423
IV.	Rechtswidrigkeit als Schlüsselbegriff des Haftpflichtrechts	424
V.	Rechtswidrigkeit bezüglich absolut geschützter Rechtsgüter	426
VI.	Gefahren einer zu weiten Definition der Schutzgesetze	428
VII.	Fazit	430

I. Vielfalt der Haftungsgrundlagen

Die schweizerischen Haftpflichtrechtsbestimmungen gehen zurück auf das OR[1] aus dem Jahre 1881, wurden mit geringfügigen Modifikationen in das geltende OR aus dem Jahre 1912 übernommen[2], können infolge ihrer offenen Formulierung an die gewandelten Bedürfnisse angepasst werden und haben sich in ihrer langen Geschichte weitgehend bewährt. Auf dem Boden der Verschuldenshaftung stehend, sieht das Gesetz einige wenige, spezielle Tatbestände vor, in denen das Fehlverhalten vermutet wird[3]. Ergänzt werden die deliktsrechtlichen Bestimmungen in Art. 41 ff. OR durch

---

1 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht, OR, SR 220).

2 Zu den Einzelheiten siehe etwa BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Freiburg 1987, N 495 ff.; MARTIN IMMENHAUSER, Das Dogma von Vertrag und Delikt, Köln 2006, 373 ff., 386 ff.

3 Es handelt sich um Art. 55 und 56 OR. Entgegen den Darlegungen in der Lehre gilt dies auch für Art. 58 OR, da nicht lediglich für die kausale Schädigung im Zusammenhang mit einem Werk, sondern für die mangelhafte Erstellung oder Unterhaltung des Werkes, mithin für die Verletzung einer «Verkehrssicherungspflicht» gehaftet wird; vgl. hierzu VITO ROBERTO, Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, AJP 2005, S. 1323 ff., 1325 f.

einzelne Haftpflichtnormen im ZGB[4] und insbesondere durch haftpflichtrechtliche Spezialgesetze[5], wobei es sich dabei nicht um eine neue Erscheinung handelt, wurde doch das erste Spezialgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bereits im Jahre 1875[6] und somit vor den obligationenrechtlichen Bestimmungen erlassen. In den folgenden Jahrzehnten kamen zahlreiche weitere Spezialgesetze dazu, wobei es sich meist um Gefährdungshaftungen, mithin von individuellem Fehlverhalten unabhängige Verantwortlichkeiten handelt. Oft beklagt wurden die etwas zufällig anmutende Vielfalt an Haftungsbestimmungen in den Spezialgesetzen und die damit einhergehende Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes sowie der Umstand, dass die Haftungsvoraussetzungen und insbesondere die Verjährungsfristen in diesen Erlassen unterschiedlich geregelt sind[7].

---

4 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210); vgl. v.a. Art. 333 und 679 ZGB sowie die wichtigen, in der haftpflichtrechtlichen Literatur indes oft nicht berücksichtigten Bestimmungen in Art. 28 ff. OR.

5 Die praktisch wichtigste Regelung findet sich im Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01); weitere sind enthalten im Bundesgesetz vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post (EHG, SR 221.112.742), Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01), Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG, SR 732.44), Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0), Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0), Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG, SR 746.1), Bundesgesetz vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz, SprstG, SR 941.41), Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG, SR 510.10), Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZSG, SR 824.0), Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG, SR 922.0) und Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 (StSG, SR 814.50). Umstritten ist die Einordnung des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht (Produktehaftpflichtgesetz, PrHG, SR 221.112.944): Soweit es sich um einen Konstruktions-, Fabrikations- oder Informationsfehler handelt, liegt eine Haftung wegen Verletzung einer Sorgfaltspflicht und damit eine Verschuldenshaftung vor. Bloss in Bezug auf die Haftung für Ausreisser, die sich im Rahmen der Massengüterproduktion nicht vermeiden lassen, beinhaltet das PrHG ein Element der Gefährdungshaftung.

6 Bundesgesetz vom 1. Juli 1875 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen, AS 1, 787; ersetzt durch das EHG (Fn. 5).

7 Vgl. die ausführliche Analyse bei EMIL STARK, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 1967 II, S. 1 ff., 19 ff.

II. Vereinheitlichungstendenzen

Im Jahre 1967 widmete sich der Juristentag der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts und verabschiedete eine Resolution, der Gesetzgeber möge die Zusammenführung, Überprüfung und Verbesserung des aufgesplitterten Haftpflichtrechts an die Hand nehmen[8]. Der Bundesrat nahm das Anliegen zwar in das Gesetzgebungsprogramm auf; über das Stadium von Absichtserklärungen kam es aber nicht hinaus[9].

Erst der Reaktorunfall von Tschernobyl, dessen Folgen bis in die Schweiz reichten, sowie der Brand im Lagerhaus der Sandoz AG in Schweizerhalle, dessen mit giftigen Substanzen vermischtes Löschwasser den Rhein hunderte von Kilometern flussabwärts verschmutzte, führten endlich zur Einsetzung einer Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts und – nachdem diese ihren Bericht abgegeben hatte – zur Beauftragung zweier Kommissionsmitglieder mit der Ausarbeitung eines Vorentwurfs zum Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im OR und der Anpassung der haftpflichtrechtlichen Spezialgesetze an diesen Allgemeinen Teil. Vorentwurf und Bericht wurden 1999 abgeliefert[10] und im Jahre 2000 die Vernehmlassung eröffnet, doch nahm der Bundesrat im Jahre 2003 – aufgrund der zahlreichen in der Vernehmlassung und in der Lehre geäusserten Vorbehalte[11] – den Entwurf nicht in die Gesetzgebungsprojekte der laufenden Legislaturperiode auf[12], womit das Revisionsvorhaben nach einer 36 Jahre dauernden Odyssee faktisch gescheitert sein dürfte.

Wenngleich die Enttäuschung des federführenden Experten über das Scheitern des Reformprojektes verständlich ist[13], macht ein unbefangener Blick auf die Rechtslage, die gerade in diesem Gebiet vor allem durch die Rechtsprechung geprägt wird, deutlich, dass von einer Notwendigkeit einer Gesamtrevision heutzutage keine Rede sein kann; Gesetzgebungsbedarf besteht bloss in Teilbereichen, etwa in Bezug auf die un-

---

8 Protokoll des Juristentages 1967, ZSR 1967 II, S. 819.

9 PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht aus dem Jahre 1999, hrsg. von der EDMZ Bern, S. 8.

10 Es handelt sich um eine überaus ausführliche Darlegung des Standes des Haftpflichtrechts verbunden mit einer eingehenden Begründung der vorgeschlagenen Neuordnung.

11 Siehe FELIX SCHÖBI, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen, in: Weber/Fuhrer (Hrsg.), Retouchen oder Reformen?, Zürich 2004, S. 9 ff.; eine ausführliche Zusammenstellung der Vernehmlassungen findet sich unter www.admin.ch; vgl. sodann die Zusammenstellung der Publikationen zum Entwurf und der Reformdiskussion insgesamt bei STEPHAN WEBER, Revision des Haftpflichtrechts, HAVE 2002, 221 f, Fn. 3.

12 Siehe SCHÖBI (Fn. 11), S. 20.

13 Siehe etwa das engagierte Plädoyer für eine Reform von PIERRE WIDMER, Antizipierte Widerrede gegen die Kastration oder Schubladisierung des Expertenentwurfs zur Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: Weber/Fuhrer (Hrsg.), Retouchen oder Reformen?, Zürich 2004, S. 39 ff.

befriedigende Regressordnung und die ohne sachlichen Grund divergierenden Verjährungsfristen. Eine grundsätzliche Neuordnung, wie sie vorgeschlagen wurde, dürfte ohnehin mehr Verunsicherungen und Widersprüchlichkeiten mit sich bringen, als sie Probleme lösen würde[14]. Neue Gesetze führen unweigerlich zu Rechtsunsicherheiten, bis es dazu wieder genügend Gerichtsfälle gibt, weshalb einmal mehr an das immer wieder zitierte, aber leider viel zu selten beherzigte Postulat Montesquieus erinnert werden darf, wonach bei fehlender Notwendigkeit, ein Gesetz zu erlassen, es notwendig sei, kein Gesetz zu erlassen[15].

Es darf in diesem Zusammenhang nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich in den letzten Jahrzehnten die Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht kontinuierlich weiterentwickelt hat, wodurch in verschiedenen Bereichen Haftungslücken geschlossen werden konnten. So zögerte das Bundesgericht nicht, auf ungeschriebene Schutznormen[16], fiktive Verträge[17] oder die unvermittelt aus der Taufe gehobene Vertrauenshaftung[18] zurückzugreifen sowie die Sorgfaltspflichten, insbesondere im Rahmen des Sorgfaltsbeweises bei der Geschäftsherrenhaftung, zu verschärfen[19], um im Einzelfall bestehende oder vermeintliche Schutzdefizite zu beheben.

Der Thermostaten-Fall[20], der in den Referaten und der Diskussion des Juristentages im Jahre 1967 immer wieder angesprochen, von Jäggi als «de lege lata richtig, aber im Ergebnis kläglich» charakterisiert[21] und als einer der Belege für die Reformbedürftigkeit des Haftpflichtrechts angeführt wurde, dürfte aufgrund der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts wohl anders entschieden werden. Wird der Thermostat an einem Backgerät fehlerhaft montiert, so dass ein Brand ausbricht, ist dem Geschäftsherrn ebenso ein Organisationsfehler bei der Herstellung oder der Endkontrolle vorzuwerfen, wie dies das Gericht beim Schachtrahmen-Fall[22] und beim Klappstuhl-Fall[23] bejaht hat. Es ist im Hinblick auf die durch die Rechtspre-

---

14 Auf zahlreiche Fehlkonzeptionen des Entwurfs wird in den Beiträgen in ZSR 2000 I hingewiesen; siehe auch die Zusammenstellung der Hauptmängel bei VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 16 ff.

15 Eindringlich warnt HEINRICH HONSELL, Die Zukunft des Privatrechts, ZSR 2007 I, S. 219 ff., 220 ff., vor dem beunruhigenden Qualitätsverlust aufgrund der wachsenden Zahl rechtspolitisch fragwürdiger und legistisch mangelhafter Gesetze.

16 BGE 111 II 474; 116 II 695, 699.

17 BGE 112 II 347, 350 f.

18 BGE 120 II 331, 335 ff.; 121 III 350.

19 Ausführlich hierzu OLIVER WAESPI, Organisationshaftung, Bern 2005, S. 34 ff.

20 BGE 90 II 86.

21 P. JÄGGI, Diskussionsvotum, ZSR 1967 II, S. 754 ff., 757; siehe auch die kritischen Ausführungen im Referat von FRANÇOIS GILLIARD, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967 II, S. 193 ff., 295 ff.; schon damals wies EMIL STARK, ZSR 1967 II, S. 742 ff., 745 in der Diskussion zu Recht darauf hin, dass der Hersteller im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten eine einwandfreie Kontrolle des Thermostaten vorsehen und durchsetzen sollte.

22 BGE 110 II 456.

23 BGE JdT 1986 I, 571.

chung zunehmend strenger gehandhabten Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis nicht erstaunlich, dass das im Rahmen des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts erlassene Produktehaftungsgesetz bislang kaum Bedeutung erlangen konnte[24].

III. Konzeption der deliktischen Grundnorm

Wie einleitend bemerkt, gehen die geltenden Haftpflichtrechtsbestimmungen auf das schweizerische Obligationenrecht von 1881 zurück, welches wiederum stark am Code civil angelehnt war. Der Einfluss des französischen Rechts zeigt sich namentlich in der Niederlegung einer deliktischen Generalklausel entsprechend dem Vorbild in Art. 1382 CC[25]. Gemäss der Bestimmung in Art. 50 aOR[26] war ersatzpflichtig, «wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit». Der Gesetzgeber wollte sich bewusst von der gemeinrechtlichen Doktrin lösen, wonach eine «Schadenersatzpflicht wegen blosser culpa ... auf Beschädigung körperlicher Sachen oder des Körpers oder der Gesundheit von Menschen» beschränkt sei[27]. Gemäss der Botschaft aus dem Jahre 1879 erledigen sich mit dieser offenen Bestimmung «auch eine Reihe von Schwierigkeiten sehr einfach, die vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Theorie hervortreten, wenn ein verbindlicher Vertrag beabsichtigt, jedoch nicht zu Stande gekommen ist» und die man «als culpa in contrahendo zu bezeichnen pflegt»[28]. Als Korrektiv zum weiten Anwendungsbereich der Grundnorm sah Art. 51 aOR eine Schadenersatzfestlegung nach Ermessen des Richters und in Würdigung des Verschuldens des Schädigers sowie des Selbstverschuldens des Geschädigten vor[29].

Die deliktische Grundnorm im OR von 1881 findet sich (mit geringfügigen sprachlichen Änderungen) auch in der geltenden Fassung von Art. 41 Abs. 1 OR. Ergänzt wird diese Bestimmung durch den im zweiten Absatz von Art. 41 OR enthaltenen Haftungstatbestand der sittenwidrigen, absichtlichen Schädigung, der erst in der Revision von 1911 in Anlehnung an den in der Zwischenzeit in Deutschland in Kraft getretenen § 826 BGB[30] in das Gesetz aufgenommen wurde[31]. Während es im deut-

---

[24] Der – soweit ersichtlich – erste auf das PrHG gestützte Entscheid ist erst vor kurzem ergangen, siehe Entscheid des Bundesgerichts 4C.298/2006 vom 19.12.2006.

[25] Code civil de Français vom 21. 3. 1804 (CC).

[26] Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. 6. 1881 (aOR).

[27] BBl 1880 I, 149, 185.

[28] BBl 1880 I, 149, 185 f.

[29] BBl 1880 I, 149, 187.

[30] Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (BGB, RGBl 1896, 195).

[31] Siehe hierzu auch GABRIEL (Fn. 2) N 631; INGEBORG SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Schwenzer (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsver-

schen Recht aufgrund der engen Konzeption in § 823 BGB, der eine deliktische Ersatzpflicht auf die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter und Schutzgesetzverletzungen einschränkt, eines solchen Auffangtatbestandes bedarf, blieb diese Bestimmung im schweizerischen Recht ein Fremdkörper und wird in der Rechtsprechung kaum herangezogen.

Bedeutsamer als die erwähnte Übernahme deutschen Rechts ist die Rezeption deutschen Gedankengutes in die Haftpflichtrechtsdogmatik. Der durch das «ständige Schielen» auf das deutsche Recht getrübte Blick der schweizerischen Doktrin konkretisierte die nach dem französischen Code civil ausgestaltete deliktsrechtliche Generalklausel nach dem Vorbild des deutschen § 823 BGB[32]. Gleichzeitig übernahm man hierzulande verschiedene deutsche Lehren bezüglich der Haftungsvoraussetzungen und handelte sich damit auch die Diskussionen über deren Zweckmässigkeit ein[33]. Prominentestes Beispiel ist die Definition der Rechtswidrigkeit, auf die wegen ihrer Bedeutung im Haftungsaufbau ausführlicher einzugehen ist.

IV. Rechtswidrigkeit als Schlüsselbegriff des Haftpflichtrechts

In den ersten Jahren nach Erlass des aOR war in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung herrschend, dass die Rechtswidrigkeit einer schädigenden Handlung bloss durch einen Rechtfertigungsgrund beseitigt werden kann[34]. Man bezeichnet diesen Ansatz als «subjektive» Rechtswidrigkeitstheorie. Das Bundesgericht wechselte dann

---

gleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Tübingen 1999, S. 59 ff., 64.

[32] Siehe hierzu SCHWENZER (Fn. 31), S. 64 ff.; ferner VITO ROBERTO, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten – Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, FS Juristentag, Zürich 2000, S. 137 ff.

[33] Umstritten sind etwa die Definition des Schadens («Normativierung» des «natürlichen» auf der Differenzhypothese beruhenden Schadensbegriffs), der Anwendungsbereich und Wert der Adäquanzformel für die Ermittlung des rechtserheblichen Kausalzusammenhanges (Notwendigkeit der Adäquanz bei der Verschuldenshaftung? Normzweck anstelle der Adäquanzformel?) sowie die Bedeutung und das Verständnis des Verschuldens (Stellung der Sorgfaltswidrigkeit beim Verschulden oder bei der Rechtswidrigkeit?). Während diese Diskussionsthemen aus der deutschen Doktrin übernommen wurden, gibt es einige weitere, eher «hausgemachte» Problemfelder, wie die Frage nach dem subjektiven oder objektiven Verschuldensmassstab, die Unterscheidung zwischen Schadenersatzberechnung und -bemessung (etwa bezüglich der Schadensminderungsobliegenheit, was aufgrund des Quotenvorrechts bedeutsam ist) oder die Gründe, die bei der Schadenersatzbemessung als Herabsetzungsgründe heranzuziehen sind (Bedeutungslosigkeit des geringen Verschuldens oder anderer in der Person des Schädigers liegenden Umstände als Reduktionsgründe in der Rechtsprechung).

[34] GABRIEL (Fn. 2) N 549 ff. und 562 ff.

aber bereits im Jahre 1896 von dieser «subjektiven» zur «objektiven»[35] Rechtswidrigkeitstheorie[36], was auch in der Revision des OR von 1911 insofern seinen Niederschlag fand, als man in der französischen Fassung der deliktischen Grundnorm den Ausdruck «sans droit» durch die Formulierung «d'une manière illicite» ersetzte[37].

In den folgenden Jahrzehnten wurde die Rechtswidrigkeit oftmals mit dem Verstoss gegen eine Rechtsnorm gleichgesetzt, wobei als Norm nicht bloss Gesetze, sondern auch Gewohnheitsrecht oder allgemeine Verhaltensnormen, wie sie hauptsächlich aus der Gerichtspraxis erkennbar sind, in Betracht kommen[38]. Gelegentlich fand sich aber auch die Auffassung, dass die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes grundsätzlich rechtswidrig sei und die Rechtswidrigkeit bloss bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfalle[39]. In der Folge einer vielbeachteten Abhandlung von MERZ, Mitte des letzten Jahrhunderts, in der er eine weitgehende Angleichung der schweizerischen Haftpflichtrechtskonzeption an die deutsche Rechtsdogmatik postulierte[40], setzte sich dieses Rechtswidrigkeitsverständnis in der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung allgemein durch[41]. Seither findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jeweils als Standardformulierung die Erläuterung, die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Handlung ergebe sich daraus, dass entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Erfolgsunrecht), oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Handlungsunrecht)[42].

Das Konzept, wonach die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes vorbehältlich eines Rechtfertigungsgrundes rechtswidrig ist, läuft bezüglich des wesent-

---

35 Zu Recht wird in KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 N 11 darauf hingewiesen, dass die Begriffe wenig glücklich und ziemlich nichtssagend sind.

36 Siehe GABRIEL (Fn. 2) N 568; SCHWENZER (Fn. 31), S. 63; IMMENHAUSER (Fn. 2), S. 376; die alle auf BGE 22, 175, 183 (Urteil vom 30. März 1896; Nr. 32) verweisen; vgl. ferner BGE 30 II 567, 571 f.; 32 II 273, 279; 33 II 564, 567 f. Der Meinungsumschwung wird auf den Einfluss von Tuhrs zurückgeführt, der kurz zuvor ausgeführt hatte, es sei wesentlich einfacher, die Verbotsnormen zu konkretisieren, als die unendliche Vielfalt der denkbaren erlaubten Handlungen darzulegen; siehe IMMENHAUSER (Fn. 2), S. 376 f. sowie GABRIEL (Fn. 2) N 557.

37 GABRIEL (Fn. 2), S. 588 f.; IMMENHAUSER (Fn. 2), S. 376 Fn. 1492.

38 Siehe etwa BK-BECKER Art. 41 OR N 38; ZK-EGGER Art. 28 ZGB N 54.

39 KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1940, 95 ff., der hierfür den Begriff «Widerrechtlichkeit im engeren Sinn» verwendet; ähnlich THEO GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1948, 139 f.

40 HANS MERZ, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 Obligationenrecht als Rechtsquellenproblem, FS Juristenverein, ZBJV 91bis (1955), S. 301 ff.

41 Die öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts übernahm diesen Rechtswidrigkeitsbegriff freilich erst im Jahre 1987 in der Entscheidung BGE 113 Ib 423; bestätigt in BGE 115 Ib 180; 116 Ib 373; 118 Ib 476.

42 BGE vom 23.11.2004 4C.378/1999 Erw. 3.1; 124 III 297, 301; 123 II 577, 581; 122 III 176, 192; 120 Ib 411, 414; 119 II 127, 128; 115 II 15, 18.

lichsten Bereiches des Haftpflichtrechts, nämlich den persönlichen und dinglichen Rechten, auf eine Rückkehr zur subjektiven Rechtswidrigkeitstheorie hinaus; ausgeschlossen hiervon wären bloss die primären oder «reinen» Vermögensschädigungen. Erstaunlicherweise bezeichnen gleichwohl sowohl die Lehre als auch das Bundesgericht diese Rechtswidrigkeitsumschreibung als «objektive» Rechtswidrigkeitstheorie[43].

Bemerkenswert ist sodann, dass diese Formulierung als Textbaustein auch dann in bundesgerichtlichen Entscheidungen verwendet wird, wenn die nachfolgenden Ausführungen in Widerspruch dazu stehen. So wird beispielsweise bei Verletzungen auf Skipisten die Schadenersatzpflicht jeweils im Hinblick auf drei Haftungsgrundlagen geprüft: einer vertraglichen Nebenpflichtverletzung, einer Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR sowie einer Werkeigentümerhaftung. Ob eine Skipiste ein Werk im Sinne von Art. 58 OR darstellt, konnte bislang jeweils offen gelassen werden, da es bei der Beurteilung der Einstandspflicht – so das Bundesgericht – nicht auf die Haftungsgrundlage ankomme: «Auf welche Grundlage sich die vorliegende Klage auch immer stützt, interessiert einzig, ob die Skipiste, auf welcher der Kläger verunfallte, den massgebenden Sicherheitsanforderungen entsprach»[44] bzw. ob sie «dans un état conforme aux devoirs de la prudence»[45] war. Bei allen drei Anspruchsgrundlagen kommt es somit auf das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung an, was einerseits hinsichtlich der (angeblich) verschuldensunabhängigen Werkeigentümerhaftung überrascht[46] und andererseits nicht im Einklang mit der Definition der Rechtswidrigkeit im Textbaustein steht, kommt es doch bei ungenügend gesicherten Skipisten zu Körperverletzungen und damit zur Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter.

V. Rechtswidrigkeit bezüglich absolut geschützter Rechtsgüter

Die Bundesgerichtsrechtsprechung, die auch bei Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter und bei Vorliegen einer verschuldensunabhängigen Haftung eine Sorgfaltspflichtverletzung prüft, ist nicht zu beanstanden. Das Problem liegt vielmehr in der zu weiten Definition der Rechtswidrigkeit bezüglich der absolut geschützten Rechtsgüter. Während die Rechtsprechung trotz des offenkundigen Widerspruchs zu

---

43 Vgl. etwa OFTINGER/STARK (Fn. 35) § 4 N 10; BGE 119 II 127, 128.

44 BGE 130 III 193, 195 f.

45 BGE 126 III 113, 116.

46 Die Sorgfaltspflichtverletzung des Werkeigentümers wurde auch in anderen als den Skipistenfällen geprüft; siehe etwa BGE 130 III 736, 746: «Die kantonalen und kommunalen Gesetze über den Strassenunterhalt schreiben nicht generell eine Pflicht vor, Strassen gegen Gewässer abzuschranken, weshalb das Fehlen einer Abschrankung in casu nicht als Indiz einer Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR gewertet werden kann.» Zur Einordnung der sogenannten «einfachen» Kausalhaftungen ausführlicher ROBERTO, Verschuldenshaftung (Fn. 3), S. 1323 ff.

ihrer Entscheidbegründung formell noch an der in den fünfziger Jahren vom deutschen Recht übernommenen Rechtswidrigkeitsdefinition festhält, hat sich die neuere Lehre dogmatisch hiervon gelöst und setzt auch bei absolut geschützten Rechtsgütern für die Begründung der Rechtswidrigkeit einen Verstoss gegen eine dem Betreffenden obliegende Verhaltenspflicht, mithin eine Sorgfaltspflichtverletzung voraus[47]. Eingeleitet wurde der Meinungsumschwung in erster Linie von aus Deutschland in die Schweiz berufene Professoren[48], denen die Unzulänglichkeiten der aus dem deutschen Recht übernommenen Rechtswidrigkeitskonzeption vertraut war, hat man doch in Deutschland das Problem der Rechtswidrigkeitsindikation seit langem erkannt und sie deshalb auf unmittelbare Eingriffe in die Person und das Eigentum eingeschränkt; bei den mittelbaren Verletzungen und den Unterlassungsdelikten muss dagegen eine Verkehrspflichtverletzung vorliegen[49].

Während sich in der haftpflichtrechtlichen Lehre die Einsicht weitgehend durchgesetzt hat, dass die Rechtswidrigkeit nicht mit der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes gleichgesetzt werden kann, ist das Beharrungsvermögen in anderen Rechtsgebieten grösser. Dies ist teilweise darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber in den vergangenen Jahrzehnten Haftungsbestimmungen ausserhalb des OR gelegentlich ebenfalls auf dem Boden der subjektiven Rechtswidrigkeitstheorie ausgestaltet hat. Erwähnt sei etwa der Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ZGB: Anlässlich der Revision aus dem Jahre 1983 wurde diese Bestimmung durch einen zweiten Absatz ergänzt, wonach eine Verletzung rechtswidrig ist, wenn sie nicht durch Einwilligung, durch ein überwiegendes Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt werden kann[50]. Besonders problematisch ist die Übernahme der Rechtswidrigkeitsindikation im Bereich der Staatshaftung, da es sich dabei überwiegend um Kausalhaftungen handelt. Mangels der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens muss die Unterscheidung zwi-

---

47 HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2005, § 4 N 1a und § 6 N 21; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 4. Aufl., Bern 2006, N 50.28 ff.; PETER LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, N 1089 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 2755; ähnlich FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Bern 2005, N 289 ff. und 326 ff.; anders dagegen BaK-SCHNYDER Art. 41 OR N 33; widersprüchlich HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, wonach einerseits ein Verhalten rechtswidrig sei, «wenn dadurch ein von der Rechtsordnung durch eine oder mehrere Normen geschütztes, absolutes Recht verletzt wird» (N 682), andererseits auf das Erfolgsunrecht verzichtet werden kann (N 702a).

48 Vgl. HEINRICH HONSELL, in der 1. Aufl. seines Lehrbuches zum Schweizerischen Haftpflichtrecht, Zürich 1995, 49 f.; INGEBORG SCHWENZER, in der 1. Aufl. ihres Lehrbuches zum Schweizerischen Obligationenrecht AT, Bern 1998, N 50.28 ff.

49 Dies führt freilich wiederum zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen sowie zwischen einem positiven Tun und einer Unterlassung.

50 Ebenso Art. 13 Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1).

schen gesetzmässiger Ausübung öffentlicher Funktionen und anspruchsbegründender Verfehlung im Rahmen des Rechtswidrigkeitsurteils erfolgen[51].

VI. Gefahren einer zu weiten Definition der Schutzgesetze

In der schweizerischen Doktrin wurden die mit dem Schutznormkonzept verbundenen Probleme bislang noch kaum vertieft untersucht. Einigkeit besteht dahingehend, dass als Schutzgesetze nicht bloss Strafnormen, sondern grundsätzlich alle Normen aus allen Rechtsgebieten, etwa aus dem weiten Bereich der verwaltungsrechtlichen Gesetze und Verordnungen in Betracht kommen, wobei es sich um eidgenössisches, kantonales und im Rahmen der den Gemeinden verliehenen Autonomie auch um Gemeinderecht handeln kann. Infolgedessen wird die Schutznormeigenschaft weder auf Gesetze eingeschränkt, die an eine vorsätzliche Handlung anknüpfen, noch muss man im Hinblick auf die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen differenzieren. Für die Qualifikation eines Gesetzes als Schutznorm ist auch keine Strafbewehrung vorausgesetzt; das Aussprechen eines bestimmten Gebotes oder Verbotes wird als ausreichend erachtet[52]. Ebenfalls unbeachtlich ist es, dass die Norm in erster Linie öffentlichen Interessen dient, solange sie «darüber hinaus unter gewissen Umständen auch individuelle Rechtsgüter (mit)schützt»[53].

Unklar ist, ob die zivilrechtliche Haftung bloss bei Vorliegen sämtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen in Betracht kommt. In einem vor kurzem ergangenen Urteil hat das Bundesgericht diese Frage zumindest in Bezug auf das Verschuldenserfordernis zu Recht bejaht[54]. Wird ein Vermögensdelikt bloss fahrlässig begangen, so handelt es sich eben regelmässig nicht um ein rechtlich zu sanktionierendes Verhalten, sondern um das Ergebnis ökonomischen Unvermögens. Gleiches gilt hinsichtlich der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, wogegen anders zu entscheiden sein dürfte, wenn es um die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Vorliegens eines Strafantrags und des Nichteintritts der strafrechtlichen Verjährung geht.

Während sich die Aspekte der vorausgesetzten Strafbarkeitsbedingungen als Detailfragen abtun lassen, bereitet die Ausdehnung der Schutzgesetzkonzeption auf den gesamten Bereich der Ordnungswidrigkeiten Schwierigkeiten. Das Heranziehen sämtlicher in irgendeinem Erlass niedergelegten Verhaltensnormen, die zumindest mit-

---

51 So zutreffend bereits OFTINGER/STARK (Fn. 35), § 4 Fn. 15; siehe auch ROBERTO, Haftpflichtrecht (Fn. 14) N 534.

52 JOHANNES HAGER, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1999, § 823 N G9.

53 BGE 129 IV 322, 326.

54 Entscheid des Bundesgerichts 4C.386/2006 vom 18.4.2007, Erw. 5.2.3, wonach die zivilrechtliche Haftung aufgrund eines Geldwäschereidelikts das Vorliegen eines Vorsatzes voraussetzt.

telbar auch dem Schutz der Individuen dienen können, ist dann weitgehend unproblematisch, wenn es sich um den Schutz der Person und des Eigentums handelt. Probleme stellen sich dagegen, wenn Bestimmungen aus dem Bereich der Ordnungswidrigkeiten zur Schadenersatzbegründung für primäre Vermögensschäden herangezogen werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Ordnungswidrigkeit keinen Vorsatz bedingt. Lässt man einen fahrlässigen Verstoss gegen eine Norm, insbesondere gegen eine verwaltungsrechtliche Norm, für den Ersatz von Vermögensschädigungen genügen, drohen – wie LARENZ/CANARIS[55] ausführen – «untragbare Wertungswidersprüche. Die Reichweite des deliktsrechtlichen Vermögensschutzes kann nämlich unmöglich entscheidend davon abhängen, ob mehr oder weniger zufällig eine geschriebene Norm vorhanden ist, die verletzt worden ist».

Im deutschen Recht wurden verschiedene Vorschläge vorgebracht, wie die Anerkennung von Schutzgesetzen eingeschränkt werden kann, wobei alle in dieselbe Richtung zielen: Sie wollen verhindern, dass gestützt auf Schutzgesetze fahrlässig verursachte, primäre Vermögensschädigungen in einer grossen Anzahl von Fällen ersatzfähig werden. Dies stünde in Widerspruch zum zentralen Grundprinzip des Haftpflichtrechts, wonach solche Vermögensschädigungen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich bloss bei vorsätzlichen Schädigungen deliktsrechtlich ersatzfähig sind. Im Grunde denkt man auch in der Schweiz hinsichtlich der Schutzgesetze in erster Linie an Vorsatznormen aus dem Strafrecht, wie Betrug, Diebstahl, Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung usw.[56] und weniger an das Recht der Ordnungswidrigkeiten. Der Grund für diese Differenzierung liegt – worauf LARENZ/CANARIS[57] zu Recht hinweisen – darin, dass «das Recht der Ordnungswidrigkeiten eine ausgeprägte Tendenz zu unorganischen Wucherungen aufweist», die pauschale Übernahme dieser Normen als Schutzgesetze «zu entsprechend zufälligen und widersprüchlichen Ergebnissen im Deliktsrecht führen würde», wobei sie herausstreichen, es sei «gerade im Hinblick hierauf nachdrücklich daran zu erinnern, dass übermässige und unübersichtliche Haftungsgefahren geeignet sind, die Menschen auch von rechtmässigen oder gar sozial erwünschten Tätigkeiten abzuhalten».

Das Ausuferungs- und Willkürlichkeitsproblem lässt sich auch nicht mit dem Hinweis darauf lösen, dass nicht jede Norm als Schutzgesetz in Betracht komme, sondern bloss jene, die einen individualschützenden Charakter hätten. Denn Gesetze wollen nicht Institutionen als Selbstzweck oder ausschliesslich die Allgemeinheit als

---

[55] KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994, § 77 II 4a, S. 436.

[56] Nicht unter dem Gesichtswinkel der Schutznorm gemäss Art. 41 Abs. 1 OR werden die Schadenersatzhaftungen gemäss den Bestimmungen im Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) und im Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) oder aufgrund gesellschaftsrechtlicher Normen im OR erörtert.

[57] LARENZ/CANARIS (Fn. 55), § 77 II 4 c, S. 439.

Gesamtes schützen, sondern zumindest mittelbar auch den Einzelnen, womit sie jeweils auch als Schutzgesetze in Betracht kommen. So hat das Bundesgericht z.B. in den sogenannten Kabelbruchfällen[58] oder im Fall eines unrichtigen Arbeitszeugnisses[59] strafrechtliche Bestimmungen, die – wie SCHWENZER zutreffend festhält – «bei unbefangener Betrachtung eindeutig nur den Schutz der Allgemeinheit bezwecken, als Schutznormen bezüglich individueller Vermögensinteressen interpretiert»[60].

Beim Auffinden neuer Schutzgesetze zugunsten allgemeiner Vermögensinteressen sollte allgemein beachtet werden, dass diese grundsätzlich deliktsrechtlich nicht geschützt sind. In welchen Fällen man diesen Grundsatz aufweichen will, ist in allen Rechtsordnungen nach wie vor eine offene Frage. Mit Sicherheit ist es aber wenig erfolgsversprechend, wenn man zufällig vorhandene Straf- oder Verwaltungsnormen, denen man im Einzelfall einen Schutzgesetzcharakter zu- oder abspricht, zu einem eklektischen Schutz primärer Vermögensschäden zusammenführt.

VII. Fazit

Wie in anderen Rechtsordnungen sind die Grundlagen des schweizerischen Haftpflichtrechts in verschiedenen Gesetzen verstreut, weshalb vor vierzig Jahren, am Juristentag 1967, die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts gefordert wurde. Von diesem Postulat bis zur Ablieferung eines entsprechenden Gesetzesentwurfs dauerte es über drei Jahrzehnte, wobei der Entwurf weit über eine Vereinheitlichung der verschiedenen, namentlich aus dem Bereich der Gefährdungshaftungen stammenden Haftpflichtbestimmungen hinausging. Der in vielen Aspekten zu ehrgeizige Reformvorschlag stiess aus verschiedenartigen Gründen auf Kritik und dürfte nicht mehr weiterverfolgt werden. Ein wirkliches Bedürfnis nach einer Gesamtreform des Haftpflichtrechts lässt sich auch nicht ausmachen, was insbesondere auf die mit Augenmass betriebene Rechtsfortentwicklung durch die Rechtsprechung zurückzuführen ist.

Die grössten Defizite des geltenden Haftpflichtrechts betreffen die unterschiedlichen Verjährungsfristen sowie die teilweise unbefriedigenden Regressregelungen. Verschiedene andere Themen, insbesondere das sachgerechte Verständnis der Haftungsvoraussetzungen, sind in der Lehre zwar umstritten; die Bedeutung des Meinungsstreits beschränkt sich jedoch meist auf die dogmatische Stimmigkeit der Haftpflichtrechtskonzeption.

Wohl am meisten Aufmerksamkeit hat die Frage nach der sachgerechten Definition der Rechtswidrigkeit erhalten. Es handelt sich dabei um den Dreh- und Angel-

[58] BGE 101 Ib 252; 102 II 85.
[59] BGE 101 II 69.
[60] SCHWENZER (Fn. 31), S. 66.

punkt des Haftungsaufbaus, wobei die Mitte des letzten Jahrhunderts erfolgte Ausrichtung an der Konzeption des deutschen § 823 BGB verschiedene Folgeprobleme mit sich brachte. Hierzu gehören etwa die Einordnungsschwierigkeiten bei der culpa in contrahendo, die Notwendigkeit der im Jahre 1994 unvermittelt aus der Taufe gehobenen Vertrauenshaftung oder die sachgerechte Haftungseinschränkung bei verschuldensunabhängigen Tatbeständen.

Schwierige Einschränkungsprobleme ergeben sich sodann auch in Bezug auf die ebenfalls aus dem deutschen Recht übernommene Schutzgesetzkonzeption, die im Rahmen der primären Vermögensschädigungen Anwendung findet. Der deutschen Rechtswissenschaft ist es trotz grossen Aufwands nicht gelungen, den im BGB niedergelegten Tatbestand des Schutzgesetzverstosses sachgerecht zu beschränken, um die ansonsten unausweichlichen Ausuferungen und Wertungswidersprüche zu vermeiden. Als problematisch wird insbesondere das Recht der Ordnungswidrigkeiten erachtet, zumal solche Normen bloss Fahrlässigkeit voraussetzen. Keine wirksame Einschränkung bringt die Voraussetzung des individualschützenden Charakters mit sich, da jede Norm mittelbar auch den Einzelnen mitschützt.