

Abhandlungen



Vito Roberto*



Anna Schneider**

Scheuendes Pferd verletzt Kind

Bemerkungen zu BGer [4A_25/2021](#)

Dass Pferde auf öffentlichen Strassen durchbrennen und Personen verletzen, kommt nicht mehr oft vor. Umso bemerkenswerter ist ein entsprechender, in jüngerer Zeit durch das Bundesgericht entschiedener Sachverhalt. Die Entscheidung eignet sich exemplarisch, um Streitfragen des Haftpflichtrechts im Allgemeinen und hinsichtlich der sogenannten «einfachen Kausalhaftungen» im Speziellen darzulegen. Überdies zeigt die Urteilsbegründung, dass sich der Sorgfaltsbeweis bei diesen Haftungen nicht nach dem immer gleichen Massstab richtet.

Inhaltsübersicht

I. Der Kutschenfall

II. Haftungsvoraussetzungen im Allgemeinen

1. Bei der allgemeinen Verschuldenshaftung
2. Bei der Tierhalter- und der Geschäftsherrenhaftung

III. Der Sorgfaltsbeweis

1. Die verschiedenen Sorgfaltsbeweise
2. Kein doppelter Entlastungsbeweis

IV. Uneinheitlicher Sorgfaltsmassstab

1. Sorgfaltsbeweis bei der Tierhalterhaftung
2. Sorgfaltsbeweis bei der Geschäftsherrenhaftung
3. Sorgfaltsbeweis im Dienst der Ergebnissteuerung

V. Fazit

I. Der Kutschenfall

Ein durchgebranntes Pferd galoppiert durch enge Strassen und verletzt ein Kind. Man denkt unweigerlich an Filmsequenzen, die in früheren Jahrhunderten spielen. Der Kutschenfall¹ ereignete sich aber in unserem Zeitalter der Elektroautos.²

Eine Bierbrauerei aus dem Kanton Bern lieferte im Jahr 2013 das Bier mit einer Pferdekutsche aus. Der bei der

Das Dokument "Scheuendes Pferd verletzt Kind" wurde von Universität St. Gallen, Bibliothek, St. Gallen am 12.06.2023 auf der Website recht.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Brauerei angestellte Kutscher überholte mit einem Einspanner eine Mutter auf ihrem Fahrrad. Im Anhänger führte die Mutter ihre fünfjährige Tochter mit. Als die Kutsche bereits ausser Sichtweite der Mutter war, scheute das Pferd, woraufhin der Kutscher eine Linkswende vollzog. Im Zuge des Manövers ging das Pferd durch, und der Kutscher fiel vom Gefährt. Das Pferd galoppierte mitsamt der Kutsche die Strasse zurück und an der Mutter vorbei. Dabei traf die schlingende Kutsche den Fahrradanhänger, der in die angrenzende Wiese geschleudert wurde. Das im Anhänger sitzende Kind erlitt ein schweres Schädelhirntrauma und diverse weitere Verletzungen.

Die Schadenersatzklage richtete sich einerseits gegen die Brauerei, andererseits gegen den Kutscher. Die kantonalen Gerichte sowie das Bundesgericht wiesen die Klage gegen den Kutscher ab. Die Klage gegen die Brauerei wurde durch die erste kantonale Instanz gutgeheissen, durch die zweite kantonale Instanz abgewiesen und durch das Bundesgericht letztinstanzlich gutgeheissen.

II. Haftungsvoraussetzungen im Allgemeinen

Der Kutscher kann bloss aufgrund der allgemeinen Verschuldenshaftung gemäss [Art. 41 Abs. 1 OR](#) haften.³ Bei der Brauerei kommen darüber hinaus⁴ die Tierhalter- und die Geschäftsherrenhaftung als Haftungsgrundlage in Betracht.⁵ Der Fall involviert damit zentrale Bestimmungen des Haftpflichtrechts. Erstaunlicherweise besteht in der Lehre auch nach jahrelangem Ringen kein Konsens, was die Haftungsstruktur und die Haftungsvoraussetzungen dieser Bestimmungen anbelangt.

recht 2/2023 | S. 108–114 109 | ↑

1. Bei der allgemeinen Verschuldenshaftung

Die allgemeine ausservertragliche Verschuldenshaftung ist in der Generalklausel in [Art. 41 Abs. 1 OR](#) geregelt. Das Gesetz verpflichtet zum Ersatz, wenn man «andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit».

Nach der ursprünglichen Lehre und Rechtsprechung sowie nach der Rechtslage in den meisten Rechtsordnungen führt die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, die kausal eine Schädigung geschützter Interessen bewirkt, zu Haftungsfolgen. Eine Haftung knüpft somit an drei Voraussetzungen an: erstens an eine Sorgfaltspflichtverletzung, zweitens an eine Rechts(gut)verletzung und drittens an eine juristische Kausalität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Rechts(gut)verletzung. Diese Haftungsstruktur besticht durch ihre Einfachheit.⁶ In der Schweiz pflegt man dagegen für eine Haftung folgende vier Voraussetzungen zu fordern: Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden, wobei man die Begriffe immer wieder für Unterschiedliches verwendet.⁷

Besonders umstritten ist das Verständnis der Rechtswidrigkeit. In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts befürwortete man in Bezug auf die Rechtswidrigkeit mehrheitlich das sogenannte Erfolgsunrecht. Danach ist jede Verletzung eines absoluten Rechts rechtswidrig, bei reinen Vermögensschäden bedarf es dagegen eines Verstosses gegen eine Schutznorm.⁸ Das Bundesgericht führt diese Definition zwar in den Textbausteinen ebenfalls (noch) auf, ohne sich aber in den Entscheidungen immer daran zu halten.⁹ Zunehmend setzt sich allerdings die Einsicht durch, dass nicht ein «Erfolg», sondern bloss ein Verhalten rechtswidrig sein kann.¹⁰ Dies entspricht auch dem Stand der Dinge in anderen Rechtsordnungen.¹¹

Der Schaden stellt eine Vermögenseinbusse dar. Diese Einbusse bezeichnet man hierzulande regelmässig ebenfalls als Haftungsvoraussetzung. Die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses genügt jedoch für eine Haftung.¹² Nicht jede Haftung bewirkt eben einen Schaden. Anders als in der Schweiz wird in ausländischen

Rechtsordnungen klarer gesehen, dass neben dem Schadenersatz auch die Genugtuung, die Naturalrestitution, die Unterlassung oder die Beseitigung mögliche Folgen einer Haftung sein können.¹³

Die Kausalität als dritte Haftungsvoraussetzung bildet ein ausgesprochen unwegsames Gelände.¹⁴ Es wäre schon viel gewonnen, wenn man zwischen Erst- und Folgeverletzung unterscheiden würde. Die schwierigen Kausalitätsprobleme betreffen die Folgeverletzungen, also etwa die Frage, ob der Verursacher einer Personenverletzung auch für die spätere Infektion des Geschädigten im Spital verantwortlich sein soll. Die Adäquanz hilft bei dieser Fragestellung nicht.¹⁵

Gemeinhin bezeichnet man schliesslich das Verschulden als vierte Haftungsvoraussetzung.¹⁶ Sofern ein Verstoß gegen eine Schutznorm geprüft wird, was – wie erwähnt – zumindest bei reinen Vermögensschädigungen immer notwendig ist, erschliesst sich – selbst auf den zweiten Blick – nicht, was beim Verschulden abzuklären bleibt. Für das Verschulden gilt nach allgemeiner Auffassung ein objektiver Massstab. Massgeblich ist die Einhaltung objektiv festgelegter Verhaltensanforderungen. Unerheblich ist dagegen, ob jemand diese aus in der eigenen Person liegenden Gründen nicht erfüllen kann. Wer gegen die Verhaltenspflichten verstösst, handelt infolgedessen fahrlässig. Da es keine «sorgfältigen Verstösse gegen Verhaltenspflichten» geben kann, ist der fahrlässige Schutznormverstoß ein Pleonasmus. Nicht bloss Studierenden, auch Praktikerinnen und Praktikern dürfte es daher nach festgestellter Verletzung einer Schutznorm oder einer sonstigen rechtlichen Verhaltenspflicht schwerfallen, erhellende Ausführungen zum Verschulden zu machen.

Gleichwohl ist den Studierenden zu empfehlen, das Verschulden im Rahmen einer Prüfung zu erwähnen, da die meisten Lehrpersonen dies als notwendig erachten dürften. Auch Praktikerinnen und

Praktiker sollten entsprechende Ausführungen nicht bloss bei der Rechtswidrigkeit machen, solange die Gerichte die doppelte Prüfung des Fehlverhaltens als für eine Haftung notwendig erachten.

Im Kutscherfall haben die kantonalen Gerichte die Klage gegen den Kutscher abgewiesen. Ob die Abweisung damit begründet wurde, dass sich der Kutscher nicht unrechtmässig verhalten hat, oder ob das Verschulden verneint wurde, ist unklar. Vor Bundesgericht war dieser Anspruch nicht mehr streitig.

2. Bei der Tierhalter- und der Geschäftsherrenhaftung

Anders als beim Kutscher sind bei der Brauerei auch die Tierhalter- und die Geschäftsherrenhaftung zu prüfen. Bei der Tierhalterhaftung muss ein selbstständiges Verhalten eines gehaltenen Tieres in adäquat kausaler Weise eine Rechtsgutverletzung verursachen, wobei dem Tierhalter der Sorgfaltsbeweis offensteht.¹⁷ Der Geschäftsherr haftet für rechtswidrige Handlungen der Hilfspersonen, die in Ausführung geschäftlicher Verrichtungen erfolgen und adäquat kausal eine Rechtsgutverletzung verursachen, sofern er den Sorgfaltsbeweis nicht erbringen kann.¹⁸

Bei diesen Haftungen ist man sich uneinig, ob sie ebenfalls ein Verschulden voraussetzen. Immer mehr setzt sich die Auffassung durch, dass es sich dabei um Verschuldenshaftungen mit umgekehrter Beweislast hinsichtlich der Sorgfaltswidrigkeit handelt.¹⁹ Gemeinsam ist diesen Haftungen, dass sie ein Fehlverhalten voraussetzen. Die Verschuldenshaftung ist damit der Oberbegriff für die spezifischen Haftungen im OR und im ZGB sowie für die allgemeine Verschuldenshaftung in [Art. 41 Abs. 1 OR](#). Nach der Gegenmeinung besteht zwischen der Verschuldenshaftung und den spezifischen im OR sowie im ZGB geregelten Haftpflichtnormen ein grundlegender Unterschied: Die spezifischen Haftungsnormen würden eben kein Verschulden voraussetzen. Man bezeichnet sie infolgedessen als («milde», «einfache» oder «gewöhnliche») «Kausalhaftungen»²⁰.

Nun muss aber auch bei diesen spezifischen Haftungen ein Fehlverhalten bzw. eine Sorgfaltspflichtverletzung, d.h. eine Fahrlässigkeit, vorliegen, ansonsten sich der Haftpflichtige exkulpieren kann; der Unterschied hinsichtlich des Fehlverhaltens liegt in der Beweislast.²¹ Dies erkennen auch jene Autoren, die diese Haftungen als «Kausalhaftungen» bezeichnen. Sie führen aber an, die bei den Kausalhaftungen erforderliche Sorgfaltspflichtverletzung sei nicht mit dem Verschulden gemäss [Art. 41 Abs. 1 OR](#) gleichzusetzen. Die Kausalhaftungen würden erstens keine Urteilsfähigkeit voraussetzen. Zweitens sei der Massstab für die Sorgfaltspflichtverletzung strenger als bei der allgemeinen Verschuldenshaftung.²²

Nun ist für die allgemeine Verschuldenshaftung gemäss [Art. 41 Abs. 1 OR](#) zwar tatsächlich Urteilsfähigkeit erforderlich.²³ Das Gesetz regelt aber in [Art. 54 OR](#) auch die Haftung der Urteilsunfähigen. Ein kategorischer Unterschied zwischen der allgemeinen Verschuldenshaftung und den erwähnten spezifischen Haftungen liegt diesbezüglich nicht vor.

Gleiches gilt hinsichtlich des Massstabes für die Sorgfaltspflichtverletzung. Es ist zutreffend, dass die Gerichte den Sorgfaltsbeweis von Fall zu Fall strenger oder weniger streng handhaben. Mit der Frage, ob es sich um eine allgemeine Verschuldenshaftung oder um eine Kausalhaftung handelt, hat dies allerdings weniger zu tun. Darauf ist zurückzukommen.²⁴

Im konkreten Fall seien sich gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts die Parteien bereits vor den Vorinstanzen einig gewesen, dass die Brauerei rechtswidrig und adäquat-kausal einen Schaden verursacht hat.²⁵ Das Bundesgericht hatte einzig die Frage zu klären, ob der Entlastungsbeweis des Haftpflichtigen gelungen sei oder nicht. Diesbezüglich führt das Gericht aus, dass es lediglich dogmatische, aber kaum praktische Bedeutung habe, ob es sich um eine gewöhnliche Kausalhaftung mit Befreiungsmöglichkeit oder um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast handelt.²⁶

Diese Feststellung ist unrichtig. Das Bundesgericht übersieht die Folgen für den Regress: Gemäss der Regresskaskade in [Art. 51 Abs. 2 OR](#) haftet in erster Linie jener, der die Schädigung «durch unerlaubte Handlung verschuldet hat» und in letzter Linie der Kausalhaftpflichtige.²⁷ Es macht daher einen Unterschied, ob man die speziellen Haftungsbestimmungen nach wie vor als «gewöhnliche Kausalhaftungen» qualifiziert oder ob man sie – gemäss neuerer und richtiger Ansicht – bei den Verschuldenshaftungen einordnet.

III. Der Sorgfaltsbeweis

1. Die verschiedenen Sorgfaltsbeweise

Die Brauerei ist Halterin des Pferdes und haftet als Tierhalterin. Gleichzeitig ist sie Arbeitgeberin des Kutschers und haftet damit als Geschäftsherrin für dessen Handlungen, sofern diese im Rahmen der beruflichen Tätigkeiten stehen. Bei beiden Haftungen besteht keine Ersatzpflicht, wenn die Brauerei den für die Haftung einschlägigen Sorgfaltsbeweis erbringen kann.

Der Beweis ist bei der Tierhalterhaftung erbracht, wenn nachgewiesen wird, dass alle notwendigen Massnahmen zur ordnungsgemässen Beaufsichtigung und Verwahrung beachtet wurden.²⁸ Bei der Geschäftsherrenhaftung muss der geschäftliche Betrieb ordnungsgemäss organisiert sein. Insbesondere müssen Hilfspersonen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht werden.²⁹ Da bezüglich der Brauerei beide Haftungen in Betracht kommen, stellt sich die Frage, wie die Haftung des Tierhalters zu der Haftung des Geschäftsherrn steht.

Im konkreten Fall kümmerte sich der angestellte Kutscher um das Pferd. Die Sorgfaltspflichten des Tierhalters wurden infolgedessen durch einen Angestellten der Brauerei wahrgenommen. Für dessen Pflichtverletzungen haftet die Brauerei als Tierhalterin sowie als Geschäftsherrin. Die Haftung entfällt, sofern die Brauerei nachweisen kann, dass der Kutscher die einem Tierhalter obliegenden Sorgfaltspflichten beachtet hat oder dass sie den Kutscher sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat. Der Brauerei würde damit ein doppelter Sorgaltsbeweis zur Verfügung stehen.

2. Kein doppelter Entlastungsbeweis

Das Gericht prüfte im Kutschenfall allerdings bloss eine Haftung der Brauerei als Tierhalterin. Eine Einstandspflicht aufgrund der Geschäftsherrenhaftung fand keine Beachtung. Die Nichtbeachtung ist kein Versehen. Vielmehr entspricht es allgemeiner Auffassung, dass zwischen der Tierhalterhaftung und der Geschäftsherrenhaftung keine Anspruchskonkurrenz herrscht. Die Tierhalterhaftung geht einer möglichen Geschäftsherrenhaftung vor.³⁰ Gleiches gilt für die Haftung des Familienhauptes und für die Werkeigentümerhaftung.

Sowohl der Tierhalter als auch das Familienhaupt und der Werkeigentümer haften unabhängig davon, ob sie die Sorgfaltspflichten selbst wahrnehmen oder sie einer Hilfsperson übertragen.³¹ Sie sind für Handlungen der Hilfspersonen wie für eigene haftbar. Eine entsprechende Regelung kennt das Vertragsrecht: Der Schuldner haftet für das geschäftliche Verhalten seiner Hilfspersonen wie für eigenes.³²

Ein Internat oder ein Heim kann eine Haftung nur durch den Nachweis vermeiden, dass die erforderlichen Sorgfaltspflichten eines Familienhauptes eingehalten wurden. Und dem Eigentümer eines Hauses oder sonstigen Werkes steht als Entlastung ebenfalls bloss der Nachweis offen, dass nicht die mangelhafte Erstellung oder Unterhaltung des Werkes die Schädigung bewirkte. Ob dagegen die Lehrpersonen, das Heimpersonal, die Handwerker oder die für die Hauswartung angestellten Personen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht wurden, ist unerheblich.³³

IV. Uneinheitlicher Sorgaltsmassstab

1. Sorgaltsbeweis bei der Tierhalterhaftung

Das Bundesgericht führt im konkreten Entscheid aus, der Tierhalter könne sich nicht darauf berufen «das allgemein Übliche an Sorgfalt aufgewendet zu haben». Vielmehr habe er nachzuweisen, «dass er sämtliche objektiv notwendigen und durch die Umstände gebotenen Massnahmen getroffen hat»³⁴. Tatsächlich genügt die Einhaltung des «all-

gemein Üblichen» weder bei der Tierhalterhaftung noch bei der allgemeinen Verschuldenshaftung. Massgebend ist jeweils jene Sorgfalt, die durch die Umstände geboten und möglich ist.³⁵

Um herauszufinden, ob der Kutscher sich entsprechend sorgfältig verhalten hat, holten die Vorinstanzen ein Gutachten ein. Der Sachverständige kam zum Schluss, dass der Kutscher alles richtig gemacht hat: Er verhielt sich bei der Linkswende sorgfältig, betätigte nach dem Durchgehen des Pferdes die Fussbremse und konnte seinen Sturz von der Kutsche nicht verhindern. Feststellungen oder auch bloss Vermutungen über ein Fehlverhalten des Kutschers finden sich im Urteil nicht. Das Gutachten wies jedoch darauf hin, dass nicht geklärt werden könne,

wie sich der Kutscher in den drei bis fünf Metern zwischen der Linkswende und dem Durchgehen des Pferdes verhalten habe.³⁶

Diese kleine Einschränkung des (offenbar ausgesprochen gewissenhaften) Gutachters eröffnete dem Bundesgericht die Möglichkeit, die Beschwerde gutzuheissen. Zwar sei es, so das Gericht, «unbestritten, dass der Sachverständige dem Fuhrmann fast durchweg ein einwandfreies Vorgehen bescheinigte. Dies gilt insbesondere für dessen Verhalten bis zur erfolgreichen Linkswende einerseits und nach dem Durchgehen des Pferds anderseits.» Es verblieben aber die paar Meter, in denen nicht restlos alles geklärt werden könne. Und da die Beweislast bei der Brauerei liege, müsse sie die Folgen der Beweislosigkeit tragen.³⁷

In anderen Fällen ist das Bundesgericht weit weniger streng. Dringen etwa Kühe in eine Pferdeweide ein, was zum Ausbruch zweier Pferde und in der Folge zu einer Kollision eines Motorradfahrers mit einem Pferd führt, so beanstandet das Bundesgericht die Feststellung der Vorinstanz nicht, wonach der Sorgfaltsbeweis erbracht worden sei.³⁸ Dies erstaunt umso mehr, als die Umzäunung der Pferdeweide die vorgeschriebene Mindesthöhe nicht erreichte, die Durchgänge zwischen der Kuh- und der Pferdeweide geöffnet waren, unklar blieb, ob das Tor der Pferdeweide zum Hof und damit zur Strasse offen war, die Pferde somit einfach aus der Weide auf die Strasse spazieren konnten, und ob überhaupt Kühe in die Pferdeweide eingedrungen waren. Anders als beim Kutscher stellten die Gerichte überdies nicht auf einen Sachverständigen, sondern auf Aussagen von Personen ab, die dem beklagten Bauern nahestanden.

Anders als im Kutschenfall blieben die Geschehnisse somit in diesem im Jahr 2019 entschiedenen Fall weitgehend (oder fast vollständig) unklar. Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus: «Die rein theoretische Möglichkeit, dass sich nicht mehr vollständig rekonstruierbare Vorgänge anders verhielten, führt nicht zum Scheitern des (Entlastungs-)Beweises».³⁹ Im gleichen Jahr entschied das Bundesgericht sodann, dass keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, wenn auf einem Hundesportplatz ein lebhafter, nicht angeleiteter Hund eine Person umrennt und verletzt. Die erforderliche Sorgfalt verlange eben nicht, «dass der Tierhalter jede erdenkliche Möglichkeit ausschöpft, um irgendwie vorstellbare Schäden zu vermeiden».⁴⁰

2. Sorgfaltsbeweis bei der Geschäftsherrenhaftung

Dass das Bundesgericht beim Sorgfaltsbeweis einmal streng und einmal überraschend nachsichtig urteilt, lässt sich auch bei den anderen speziellen Haftungen beobachten.⁴¹ Erwähnt sei etwa die Geschäftsherrenhaftung, bei der die Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis meist ausgesprochen hoch sind.⁴² Gelegentlich lässt sich indes auch das Gegenteil beobachten.

Exemplarisch für Letzteres ist der Pauschalreisefall: Beim gebuchten Transfer vom Flughafen zum Hotel kollidierte das Fahrzeug frontal mit einem Lastwagen. Ein Fahrgast wurde schwer verletzt, ein anderer starb. An sich ist zwar Vertragsrecht anwendbar. Das Bundesgericht prüfte den Fall aber gleichwohl unter dem Aspekt der «einfachen Kausalhaftung».⁴³ Der Beklagte war für den Fahrer des Fahrzeugs verantwortlich, konnte sich aber von der Haftung befreien, weil nicht ermittelt werden konnte, wie sich der Fahrer des Autos verhalten hatte. Es genüge eben nicht nachzuweisen, dass die Schadensursache im Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers liege.⁴⁴

Während also der Beklagte beim Pauschalreisefall nicht nachweisen konnte, wie sich der Fahrer

während einer längeren Fahrzeugfahrt verhalten hatte, blieben beim Kutscher drei bis fünf Meter Fahrtweg ungeklärt. In beiden Fällen trug der Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit. Weshalb im ersten Fall der

Sorgfaltsbeweis gleichwohl gelingt, im zweiten Fall dagegen die Haftung bejaht wird, ist nicht nachvollziehbar.

3. Sorgfaltsbeweis im Dienst der Ergebnissteuerung

Die grösste Aufmerksamkeit erhielt der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn. Gleichzeitig gelten bei der Geschäftsherrenhaftung spezielle Regeln. In der Theorie geht es darum, dem Geschäftsherrn nicht jedes Fehlverhalten einer Hilfsperson zuzurechnen.⁴⁵

Bei einem Unternehmen ist allerdings schwer verständlich, weshalb es von der arbeitsteiligen Organisation profitieren, für Fehler der Angestellten jedoch nicht haftpflichtig sein soll. Es geht dabei nicht gemäss dem «deep-pocket»-Argument darum, finanzkräftige Akteure einer strengerer Haftung zu unterstellen. Vielmehr sollen externe Effekte (also z.B. Schädigungen Dritter infolge der Unternehmenstätigkeit) internalisiert, d.h. durch den Verursacher getragen werden. Überdies ist das Unternehmen am ehesten in der Lage, Vorkehrungen zu treffen, um Schädigungen durch seine Mitarbeiter zu vermeiden («cheapest-cost-avoider»-Argument).⁴⁶

Hinzu kommt, dass bei fahrlässigen Schädigungen das Unternehmen ohnehin haftpflichtig bleibt. Lässt man den Sorgfaltsbeweis zu, verbleibt dem Geschädigten der Anspruch gegen den fahrlässig handelnden Angestellten. Die Hilfsperson wiederum hat gegenüber dem Arbeitgeber einen Freistellungsanspruch, d.h., sie kann verlangen, dass der Arbeitgeber die Abwehr des Anspruchs übernimmt bzw. die Haftungsfolgen trägt.⁴⁷ Ob nun der Geschädigte den Anspruch gegen den Angestellten geltend macht, wobei im Ergebnis der Arbeitgeber (bzw. dessen Betriebshaftpflichtversicherung) die Folgen übernimmt, oder ob man dem Arbeitgeber den Sorgfaltsbeweis für Auswahl, Instruktion und Überwachung der Angestellten von vornherein versagt, macht – jedenfalls bei fahrlässigen Handlungen – keinen Unterschied.

Der Arbeitgeber haftet somit – wenn die Haftung aus einem Fehlverhalten der Angestellten abgeleitet wird – nicht für eigene Sorgfaltspflichtverletzungen, sondern für rechtswidrige, d.h. pflichtwidrige Handlungen der Angestellten. Dies entspricht auch der Rechtsrealität. In der Praxis dürfte bei einer Schädigung Dritter selten der Einwand erhoben werden, man habe den schadenverursachenden Arbeitnehmer sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht. Und in der Rechtsprechung wird der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn zwar jeweils erwähnt, aber in den konkreten Fällen kaum je als Haftungsbefreiungsgrund anerkannt.⁴⁸ Dass die Sorgfaltspflichtverletzungen der Hilfsperson unmittelbar dem Geschäftsherrn zugerechnet werden, entspricht auch dem angloamerikanischen und dem französischen Recht.⁴⁹ Und in der deutschen Rechtsprechung wird der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn von jeher als gesetzgeberische Fehlleistung bezeichnet.⁵⁰

Ähnliche Überlegungen gelten auch für die anderen speziell geregelten Haftungen im OR und im ZGB. Ebenso wie bei der Geschäftsherrenhaftung stellt sich die Frage, wer die Risiken von Schädigungen tragen sollte: In welchen Fällen sollen die Geschädigten gemäss dem römischen Grundsatz «casum sentit dominus» für die Schadenfolgen selbst aufkommen? Gilt dies auch, wenn Kinder betroffen sind? Und unter welchen Voraussetzungen soll ein Tierhalter, ein Familienhaupt, ein Werkeigentümer usw. für die bewirkten Schäden verantwortlich sein?

Ist der Haftpflichtige unternehmerisch tätig, erscheint ein strengerer Massstab an den Sorgfaltsbeweis – wie erwähnt – eher angezeigt. Gleiches gilt bei der Schaffung besonderer Gefahrenquellen. Zu denken ist namentlich an Tierhalter, die exotische Raubtiere, Schlangen, Giftspinnen, Kampfhunde usw. besitzen. Die meisten Verletzungen werden freilich durch Hunde verursacht (über 3000 Bisse jährlich⁵¹), weshalb es sachgerecht wäre, den Sorgfaltsbeweis für alle Tiere abzuschaffen und, entspre-

chend der Rechtslage in Deutschland, eine Ausnahme lediglich für Haustiere vorzusehen, die «dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt» sind.⁵² Und schliesslich dürfte es auch massgebend sein, ob Kinder und Senioren bzw. Personen mit körperlichen Behinderungen betroffen sind. Es obliegt eben den Tierhaltern, Werkeigentümern und allen anderen Personen ohne entsprechende Einschränkungen sich entsprechend einzurichten und hinsichtlich solcher Personen eine höhere Bereitschaft zur Gefahrabwendung an den Tag zu legen.⁵³

Diese Sicht der Dinge findet ihren Niederschlag auch in der Rechtsprechung. Jedenfalls fällt es auf, dass bei den erwähnten Bundesgerichtsentscheidungen die Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis vergleichsweise streng sind, wenn ein Unternehmen verantwortlich oder ein Kind von der Schädigung betroffen ist. Handelt es sich dagegen beim Haftpflichtigen um eine Privatperson oder einen Bauern, erachtet das Gericht den Sorgfaltsbeweis eher als erbracht und legt auch bei Beweisschwierigkeiten eine beachtliche Grosszügigkeit zugunsten des Haftpflichtigen an den Tag.⁵⁴

V. Fazit

Das schweizerische OR und das ZGB kennen neben der allgemeinen Verschuldenshaftung auch einzelne spezielle Haftungstatbestände, die dem Haftpflichtigen den Nachweis erlauben, die erforderliche Sorgfalt eingehalten zu haben und sich damit von der Haftung zu befreien. Trotz jahrelangen Ringens besteht nach wie vor keine Einigkeit über die einzelnen Haftungsvoraussetzungen.

Unstreitig ist aber, dass beim Zusammentreffen der Geschäftsherrenhaftung mit einer weiteren speziell geregelten Haftung keine doppelte Prüfung des Sorgfaltsbeweises erfolgt. Sodann zeigt die Gerichtspraxis, dass der Massstab an die aufzuwendende Sorgfalt erheblich variiert. Unterschiedlich handhabt die Rechtsprechung auch die Folgen der Beweislosigkeit.

Dass der Sorgfaltsbeweis bei der Geschäftsherrenhaftung oftmals kaum erbracht werden kann, ist seit Langem bekannt. Die Gerichte sind erstaunlich erfindungsreich, wenn es um die Etablierung zusätzlicher Vorkehrungen geht, welche die eingetretene Schädigung (möglicherweise) vermieden hätten. Dieser Befund gilt auf jeden Fall bei fahrlässigen Schädigungen durch Arbeitnehmer eines Unternehmens. Insofern ist der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn auch hierzulande, entsprechend der Rechtslage in anderen Rechtsordnungen, faktisch abgeschafft.

Auch bei den anderen speziell geregelten Haftungen richtet sich der Sorgfaltsbeweis nicht nach dem immer gleichen Massstab. Bei unternehmerischen Aktivitäten oder persönlichen Liebhabereien mit erhöhtem Gefährdungspotenzial ist der Massstab strenger als bei Alltagshandlungen von Privaten, Bauern usw. Es macht wertungsmässig eben einen Unterschied, ob eine Brauerei das Bier (aus Marketing- oder sonstigen Gründen) gelegentlich mit der Pferdekutsche transportiert oder ein Bauer seine Kühe auf einer Wiese hält, durch die ein Wanderweg führt. Obwohl es immer wieder zu Schädigungen von Wanderern kommt, dürfte der Bauer im Regelfall den Sorgfaltsbeweis erbringen können, Betreiber von Pferdekutschen, Halter gefährlicher exotischer Tiere usw. dagegen nicht.

* *Vito Roberto*, Prof. Dr. iur, LL.M., Universität St. Gallen.

** *Anna Schneider*, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, Universität St. Gallen.

¹ BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021.

² In den Medien liest man zwar gelegentlich von durchgebrannten Pferden: So brannte im Jahr 2020 im Kanton Schaffhausen ein Pferd samt Fuhrwerk durch, wobei die beiden Personen auf dem Fuhrwerk verletzt wurden; Entsprechendes ereignete sich im Jahr 2017 im Kanton St. Gallen, wo der Kutscher von seinen samt Kutsche durchgebrannten Pferden verletzt wurde; vor über 20 Jahren verletzte ein

Vierspänner beim Zürcher «Sechseläutenumzug» ein Kind. Solche Meldungen belegen zweierlei: Erstens werden auch heutzutage gelegentlich Personen und Waren mit Pferden transportiert. Und zweitens dürfte diese Transportart in Relation zur Transportleistung nicht die sicherste Transportvariante sein.

- 3 Angeblich soll die Verwendung eigener Gedanken und Formulierungen aus früheren Publikationen unzulässig sein («Selbstplagiat»). Aus diesem Grund wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Beitrag zum Teil Gedankengut und Formulierungen aus früheren Publikationen, Vorträgen und Vorlesungen des Erstautors wiederverwendet.
- 4 Auch die Brauerei kann gemäss [Art. 41 Abs. 1 OR](#) in Verbindung mit [Art. 55 Abs. 2 ZGB](#) haften, wenn Organpersonen Schädigungen verursachen. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid betont, dass nicht die juristische Person selbst deliktisch handelt; vielmehr kann sie ausservertraglich bloss für Handlungen der Organe oder – gemäss [Art. 55 OR](#) – der Hilfspersonen haften; BGer [4A_603/2020](#) vom 16. November 2022 E. 4.2.
- 5 Geregelt in Art. [55](#) sowie [56 OR](#).
- 6 In Deutschland befürwortet diese Struktur *Gerhard Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021, N 5.20 und 5.39.
- 7 S. zur begrifflichen Verwirrung *Vito Roberto*, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, N 03.11 ff.
- 8 S. statt vieler *Roland Brehm*, in: *Regina Aebi-Müller/Christoph Müller* (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, [Art. 41–61 OR](#), 5. Aufl., Bern 2021, [Art. 41 OR](#) N 35 ff.
- 9 Dies wird dann evident, wenn das Gericht gesetzliche oder sonstige Verhaltensnormen prüft, obwohl eine Person verletzt oder eine Sache beschädigt wurde; für Nachweise s. *Roberto* (Fn. 7), N 04.12 f.
- 10 Was rechtmässig und was rechtswidrig ist, lässt sich eben bloss im Hinblick auf ein Verhalten feststellen.
- 11 Im angloamerikanischen Recht ist das wesentlichste rechtswidrige Verhalten die «breach of a duty of care»; im französischen Recht spricht man diesbezüglich von der «faute». Selbst im deutschen Recht, in dem das Erfolgsunrecht seinen Ursprung hat, hat man sich davon abgewendet; *Roberto* (Fn. 7), N 04.57 f., und s. die Nachweise in *Vito Roberto*, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Recht und Internationalisierung – Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 137–152, S. 148 ff.
- 12 Eine solche Rechts(gut)verletzung bezeichnet man im Englischen als «damage» bzw. im Französischen als «dommage». Diese Begriffe dürfen nicht mit «damages» bzw. «dommage-intérêts» gleichgesetzt werden, die Schaden bzw. Schadenersatz bedeuten.
- 13 Grundlegend dazu *Hans Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993.
- 14 Nach welchen Kriterien die natürliche Kausalität einzuschränken ist (Adäquanz, Rechtswidrigkeitszusammenhang, «proximity» usw.), ist in allen Rechtsordnungen Gegenstand endloser Debatten. Umfassend *A. M. Honoré*, Causation and Remoteness of Damage, in: *André Tunc* (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law: XI Torts, Tübingen 1983; *Christian von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999, N 413 ff.
- 15 Ausführlich *Roberto* (Fn. 7), N 06.72 ff.
- 16 Statt aller *Martin Kessler*, in: *Corinne Widmer Lüchinger/David Oser* (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, [Art. 41 OR](#) N 2c.
- 17 [Art. 56 Abs. 1 OR](#); [BGE 131 III 115](#) E. 2.1; *Brehm* (Fn. 8), [Art. 56 OR](#) N 49 f.; *Willi Fischer/Anna Böhme*, in: *Willi Fischer/Thierry Luterbacher* (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich/St. Gallen 2016, [Art. 56 OR](#) N 33; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 56 OR](#) N 15 ff.; *Roberto* (Fn. 7), N 13.10; kritisch gegenüber der Haftungsbefreiung durch Sorgfaltsbeweis und eine Risikotragung der tierbedingten Gefahr ausschliesslich beim Tierhalter befürwortend *Frédéric Krauskopf*, Die Tierhalterhaftung – ein Beispiel überholter gesetzlicher Kausalhaftung?, HAVE 2020, S. 56 ff., S. 58.
- 18 Statt aller *Kessler* (Fn. 16), [Art. 55 OR](#) N 6.
- 19 So etwa *Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 13 N 4 f.
- 20 S. namentlich *Brehm* (Fn. 8), [Art. 55 OR](#) N 31 f.
- 21 So etwa *Fischer/Böhme* (Fn. 17), [Art. 56 OR](#) N 3; *Honsell/Isenring/Kessler* (Fn. 19), § 17 N 2; *Roberto* (Fn. 7), N 13.01; *Ingeborg Schwenzer/Christina Fountoulakis*, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., Bern 2020, N 53.04; anderer Meinung zum Beispiel *Brehm* (Fn. 8), [Art. 56 OR](#) N 31; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 56 OR](#) N 1.
- 22 Vgl. z.B. *Brehm* (Fn. 8), [Art. 55 OR](#) N 32.
- 23 Vgl. zur Haftung der vorübergehend Urteilsunfähigen sowie zur Billigkeitshaftung bei anderen Urteilsunfähigen *Walter Fellmann/Andrea Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Bern 2012, N 672 ff.
- 24 S. hinten bei Ziff. IV/3.
- 25 BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.2.
- 26 BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.1; ebenso [BGE 131 III 116](#) f.; in BGer [4A_36/2019](#) vom 21. Februar 2019 E. 5.1 wurde dagegen

festgehalten, dass die Haftung «die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht» voraussetze.

- 27 Ausführlich dazu *Vito Roberto*, Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, AJP 2005, S. 1323–1329, S. 1323 ff.
- 28 S. BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.7; [BGE 131 III 116](#) f.
- 29 S. etwa [BGE 110 II 456](#) E. 2 («Schachtrahmenfall»); BGE 56 II 283 E. 2; BGE 64 II 262; [BGE 90 II 86](#) E. 3c; [BGE 96 II 27](#) E. 4; BGer [4A_36/2008](#) vom 18. Februar 2008 E. 3 ff.; BGer [4A_48/2008](#) vom 10. Juni 2008 E. 2.5.
- 30 *Brehm* (Fn. 8), [Art. 56 OR](#) N 40 ff.; *Fischer/Böhme* (Fn. 17), [Art. 56 OR](#) N 6; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 56 OR](#) N 4.
- 31 *Roberto* (Fn. 7), N 13.12; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 56 OR](#) N 15; *Fischer/Böhme* (Fn. 17), [Art. 56 OR](#) N 6.
- 32 [Art. 101 Abs. 1 OR](#).
- 33 [BGE 103 II 24](#) E. 5; *Isabelle Wildhaber*, in: *Thomas Geiser/Christina Fountoulakis* (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, [Art. 333 ZGB](#) N 10; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 55 OR](#) N 3.
- 34 BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.1 und 2.7; analog auch schon die Formulierung in BGE 131 III E. 2.1.
- 35 S. z.B. *Heinz Rey/Isabelle Wildhaber*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018, N 1002.
- 36 BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.3 und 2.5.
- 37 BGer [4A_25/2021](#) vom 24. August 2021 E. 2.7. Die Entscheidung erging in Fünferbesetzung. Dies deutet auf eine Uneinigkeit im Gremium hin. Da die Entscheidung keine grundsätzlichen Rechtsfragen aufwirft, dürften sich die Richter hinsichtlich der Strenge der Beweislast uneinig gewesen sein.
- 38 BGer [4A_372/2019](#) vom 19. November 2019 E. 2.6.
- 39 BGer [4A_372/2019](#) vom 19. November 2019 E. 2.5.
- 40 BGer [4A_36/2019](#) vom 21. Februar 2019 E. 5.3.2.
- 41 Zu den unterschiedlichen Massstäben der Rechtsprechung bei der Werkeigentümerhaftung vgl. etwa *Hubert Stöckli*, Abgesang auf die Werkeigentümerhaftung, in: *Karin Müller/Jörg Schwarz*, Auf zu neuen Ufern! Festschrift für Walter Fellmann, Bern 2021, S. 109–122, S. 113 ff.
- 42 Vgl. etwa die Nachweise in *Roberto* (Fn. 7), N 08.19.
- 43 Dies ist bloss einer der Mängel des Urteils; zu den verschiedenen weiteren Fehlern des Urteils s. *Vito Roberto*, [BGE 145 III 409](#): Rechtsnatur der Haftung des Reiseveranstalters nach Pauschalreisegesetz und Beweislast; [Art. 14 f. PRG](#), AJP 2020, S. 517–522.
- 44 [BGE 145 III 409](#) E. 5.8.3.
- 45 Vgl. *Kessler* (Fn. 16), [Art. 55 OR](#) N 15.
- 46 Ausführlich zu den ökonomischen Aspekten des Haftpflichtrechts *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2021, S. 201 ff.
- 47 Vgl. ausführlich dazu *Vito Roberto*, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: *Jürgen Becker* (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehinder, Bern 2002, S. 91–105, S. 94 f.
- 48 Zum Beispiel BGE 64 II 254 E. II.1; [BGE 95 II 93](#) E. I.4; [BGE 96 II 27](#) E. 4; [BGE 110 II 456](#) E. 3; BGer [4A_36/2008](#) vom 18. Februar 2008 E. 3 ff.; BGer [4A_48/2008](#) vom 10. Juni 2008 E. 2.5; BGer [4A_544/2008](#) vom 10. Februar 2009 E. 2.5 f.; ausnahmsweise Befreiung bejaht in BGE 56 II 283 E. 2; [BGE 90 II 86](#) E. 3 und BGer [4A_321/2011](#) vom 3. Oktober 2011 E. 4; vgl. dazu *Brehm* (Fn. 8), [Art. 55 OR](#) N 51; *Kessler* (Fn. 16), [Art. 56 OR](#) N 15; *Roberto* (Fn. 7), N 8.19.
- 49 *Roberto* (Fn. 7), N 8.59; vgl. auch die Hinweise bei *Gerhard Wagner*, in: *Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020, BGB § 831 N 6 (zit. *MüKo-Wagner*).
- 50 *MüKo-Wagner* (Fn. 49), BGB § 831 N 1–5 m.N.
- 51 Vgl. den Bericht und Entwurf (Vernehmlassungsvorlage) zur «Teilrevision des Obligationenrechts (Haftung für gefährliche Hunde)» des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom Juni 2007, S. 3. Die gesetzgeberischen Bestrebungen, den Sorgfaltsbeweis zumindest bei «gefährlichen Hunden» abzuschaffen, fanden im Parlament im Jahr 2010 keine Mehrheit.
- 52 § 833 BGB.
- 53 Vgl. auch *Wagner* (Fn. 6), N 5.25.
- 54 Das Abwägen verschiedener Elemente bei der Frage der Haftung wurde von *Walter Wilburg* in seinem Werk «Die Elemente des Schadensrechts», Marburg a.d. Lahn 1941, verabsolutiert. Ausführlich dazu *Susanne Karoline Paas*, Das bewegliche System: Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2021. Das Konzept wurde von *Bernd Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, Berlin 1977, weitergeführt. Danach seien im Schadenersatzrecht drei Elemente wesentlich: die Gefährlichkeit, der individuelle Mangel-Vorwurf und die soziale Verantwortlichkeit. Ob solche Konzepte Grundlage für eine Einstandspflicht bilden können, darf bezweifelt werden;

kritisch etwa *Vito Roberto*, Schadensrecht, Basel 1997, S. 259 ff.; für weitere Nachweise s. *Paas* (Fn. 54), S. 4 f. Bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen, wie eben «die Sorgfaltspflichtverletzung», gehört das Abwägen verschiedener Kriterien hingegen zur anerkannten Rechtsmethodik bei der Entscheidungsfindung und -begründung.