

Philipp Eberhard

Rezension: Jürg Fisch, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR

Die deliktische Ersatzfähigkeit von Vermögensschädigungen, die nicht Folge einer Personenverletzung oder Eigentumsbeeinträchtigung sind, ist nicht nur in der schweizerischen Dogmatik, sondern auch in rechtsvergleichender Perspektive ein heiss umstrittenes Thema. In allen westlichen Rechtsordnungen stellen reine Vermögensschäden ein bislang nicht befriedigend gelöstes rechtliches Problem dar. Die vorliegend rezensierte Dissertation greift diese Problematik auf und ergründet insbesondere den Einfluss der verfassungsrechtlich verankerten Eigentumsgarantie auf den privatrechtlichen Schutz reiner Vermögensschäden.

Beitragsart: Rezension

Rechtsgebiete: Privatrecht, Öffentliches Recht, Grundrechte, Eigentumsgarantie

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Rezension: Jürg Fisch, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, in: Jusletter 20. Dezember 2021

Inhaltsübersicht

- Vorbemerkungen
- Grobstruktur der Dissertation
 - Teil 1: Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht
 - Teil 2: Eingriff in die Eigentumsgarantie
 - Teil 3: Eingriffsrechtfertigung
- Endergebnis
- Fazit im Sinne einer kurzen Würdigung

Vorbemerkungen

[1] Die von JÜRGEN FISCH an der Universität St. Gallen verfasste Dissertation mit dem Titel *Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR* stellt eine interdisziplinäre Forschungsarbeit an der Schnittstelle von Privat- und öffentlichem Recht dar. Betreut wurde der Verfasser durch Prof. Dr. iur. Vito Roberto, LL.M. (Berkeley), Ordentlicher Professor für Privatrecht an der Universität St. Gallen, und durch Prof. Dr. rer. publ. Dr. iur. h. c. Andreas Kley, Ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

[2] Die mit «summa cum laude» bewertete Dissertation wurde mit mehreren Auszeichnungen prämiert: JÜRGEN FISCH wurde für seine Forschungsarbeit nicht nur der *Walther Hug-Preis St. Gallen 2020* für die beste juristische Dissertation des akademischen Jahres, sondern auch der *Rudolf Mäder-Preis 2020* für das beste Doktorat der Rechtswissenschaft und der Staatswissenschaften des akademischen Jahres verliehen. In Anerkennung seiner Dissertation wurde ihm im Jahr 2021 zudem der *Professor Walther Hug Preis* verliehen.

[3] Mit dieser wissenschaftlichen Arbeit, welche die Eigentumsgarantie mit dem Haftpflichtrecht in Verbindung bringt und damit – weitergehend – exemplarisch zeigt, wie die Grundrechte und das Privatrecht miteinander verknüpft sind, schliesst JÜRGEN FISCH eine grosse Lücke in der schweizerischen Rechtsliteratur. Die Grundrechtsbedingtheit des gesamten Privatrechts ist bislang noch kaum erforscht worden. Die Dissertation von JÜRGEN FISCH gibt hierzu zahllose gedankliche Anregungen, die es für weitere Bereiche des Privatrechts fruchtbar zu machen gilt.

Grobstruktur der Dissertation

[4] Der Verfasser situiert die von ihm behandelte Thematik und die von ihm angestrebte Vorgehensweise in einer fundierten «Einleitung» (N 1 ff.). Der Hauptteil der Dissertation ist in *drei Teile* gegliedert: Teil 1 untersucht unterschiedliche Lehren zur Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht (N 17 ff.). Teil 2 hat die Hypothese zum Gegenstand, dass die *Pflicht zur Duldung reiner Vermögensschäden*, welche die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zur Konsequenz hat, in den *Schutzbereich der Eigentumsgarantie eingreift* (N 69 ff.). Teil 3 ist der *Prüfung* des durch die Pflicht zur Duldung reiner Vermögensschäden erzeugten *Eingriffs* gestützt auf die in Art. 36 BV verankerten Grundrechtsschranken gewidmet (N 353 ff.). In einem kurzen und bündigen «Schlussbefund» werden die wesentlichen Erkenntnisse der Forschungsarbeit zusammengefasst (N 947 ff.). Abgerundet wird die Dissertation durch ein ausführliches Literaturverzeichnis

(S. 427 ff.) sowie durch ein ausdifferenziertes und deshalb für die Leserschaft sehr hilfreiches Sachregister (S. 461 ff.).

Teil 1: Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht

[5] JÜRGEN FISCH geht in Teil 1 der Frage nach, in welcher Weise die Grundrechte auf das Privatrecht einwirken. Aus Staatsrechtssicht werden dafür heute normalerweise die «Schutzpflichten des Staates» bemüht (vgl. N 34 f.). Gestützt darauf wird der Staat nicht nur grundrechtlich verpflichtet, sich Eingriffen zu enthalten, sondern der Staat soll zudem mit der Aufgabe betraut sein, einen *aktiven Schutz* der grundrechtlich gewährleisteten Freiheit zu bieten. Diese Ansicht lehnt der Verfasser gestützt auf die Forschung von RALF POSCHER ab (vgl. N 30 ff., 46 ff.), der für das deutsche Recht nachweist, dass grundrechtliche Schutzpflichten obsolet sind, da die gesetzliche Regulierung bestehender Konflikte zwischen Bürgern ohnehin – nämlich zur Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols – eine *Verpflichtung des Staates* darstellt (dazu insbes. N 46 f., 57 ff.). Der Staat greift in die *Abwehrrechte* der Bürger dann ein, wenn er entweder ein Verhalten verbietet oder aber wenn er ein Verhalten nicht verbietet – und es somit zulässt – und der jeweiligen Gegenpartei dadurch *Duldungspflichten* auferlegt (vgl. N 51 ff.).

[6] Sowohl Verbote als auch Duldungspflichten haben sich – aufgrund ihrer Qualifizierung als staatlich erzwungene Freiheitsbeschränkungen und mithin als Grundrechtseingriffe – dem generellen Prüfprogramm von Art. 36 BV zu unterwerfen (vgl. N 60). Nach Ansicht von JÜRGEN FISCH liegt eine grundrechtlich zu rechtfertigende Duldungspflicht im Falle der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden vor: Denn nach traditioneller, stark durch das deutsche Recht (§ 823 BGB) geprägter Auffassung sind Vermögensschäden, die nicht Konsequenz der Verletzung eines absoluten Rechts sind, im Grundsatz nicht rechtswidrig, weshalb den Betroffenen staatlicherseits eine Pflicht zur Duldung solcher Schäden auferlegt wird, was wiederum einen *Eingriff* in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie *darstellt* (vgl. N 67). Dieser Ansatz ist in der schweizerischen Rechtsliteratur bislang noch nicht vertreten worden.

Teil 2: Eingriff in die Eigentumsgarantie

[7] Der *Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie* steht im Zentrum von Teil 2 der Forschungsarbeit (vgl. N 70 ff.). Dabei zeigt JÜRGEN FISCH auf, dass die Eigentumsgarantie nach traditioneller Auffassung *nur* – vom Gesetzgeber kreierte – vermögenswerte subjektive Rechte erfasst (vgl. N 77 ff.). Gemäss diesem «Immanenzmodell»¹ ist der Schutzbereich der Eigentumsgarantie nicht genuin verfassungsrechtlich bestimmt, sondern rekuriert auf *Gesetzesrecht*, d.h. auf die vom Gesetzgeber geschaffenen *vermögenswerten subjektiven Rechte* (vgl. N 110 f.). Gegen das Immanenzmodell spricht nach Ansicht des Verfassers bereits der Umstand, dass das Bundesgericht selbst nicht nur den Schutz vor konfiskatorischer Besteuerung zulässt, sondern ebenso von lediglich faktischen Interessen (vgl. N 115 f., 120 f.). Bedeutsamer ist aber noch, dass das Immanenzmodell der Eigentumsgarantie in mehrfacher Hinsicht *gegen die Verfassung* verstösst.

¹ Vom «Immanenzmodell» ist deshalb die Rede, weil in dieser Konzeption des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie der Gesetzgeber dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie gleichsam «immanent» ist. Der Gesetzgeber – und zwar er allein – bestimmt, was die Eigentumsgarantie schützt.

Namentlich ist es denkunmöglich, dass der Gesetzgeber gemäss der Vorgabe von Art. 35 Abs. 2 BV an die Eigentumsgarantie gebunden ist, wenn er selbst es ist, der den Schutzbereich der Eigentumsgarantie – mittels Schaffung von vermögenswerten subjektiven Rechten – definiert. Wer über den Schutzbereich eines Grundrechts bestimmt, kann nicht zugleich selber an dieses Grundrecht gebunden sein. Vor diesem Hintergrund betont JÜRGEN FISCH, dass allein schon wegen der *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers* die Eigentumsgarantie vollumfänglich *gesetzesunabhängig* konzipiert werden muss (vgl. N 134).

[8] Da es in der Literatur bis anhin an *gesetzesunabhängigen Konzeptionen* der Eigentumsgarantie gemangelt hat, unternimmt es der Verfasser, die Eigentumsgarantie eigenhändig von Grund auf *gesetzesunabhängig* zu konzipieren (N 246 ff.). Nach dem *gesetzesunabhängigen* (und deshalb: verfassungskonformen) «*Schrankenmodell*»² gewährleistet die *Eigentumsgarantie* den Schutz «erworbener Vermögenswerte» (vgl. N 274). Genauer gesagt schützt die Eigentumsgarantie die dem Staat und dem Gesetzgeber vorausliegende Freiheit im Umgang mit erworbenen Vermögenswerten. Die Eigentumsgarantie schützt m.a.W. eine natürliche Freiheit. Aufgrund der Tatsache, dass die Eigentumsgarantie *sämtliche erworbenen Vermögenswerte* schützt – also nicht nur, wie traditionell angenommen, *vermögenswerte subjektive Rechte* –, folgert JÜRGEN FISCH, dass Vermögenswerte, an denen kein absolutes Recht besteht und die deshalb zu einem «*reinen Vermögensschaden*» führen können, ebenfalls vollumfänglich vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie erfasst werden (vgl. N 352).

Teil 3: Eingriffsrechtfertigung

[9] JÜRGEN FISCH prüft in Teil 3 seiner Arbeit den aus der *Pflicht zur Duldung* reiner Vermögensschäden resultierenden *Eingriff in die Eigentumsgarantie* anhand der Grundrechtsschranken von Art. 36 BV (vgl. N 353 ff.). Der Verfasser geht in diesem Zusammenhang der Frage nach, ob der Grundsatz der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden die *verfassungsmässigen Voraussetzungen* – Gesetzesgrundlage (dazu N 354 ff.), öffentliches Interesse (dazu N 366 ff.), Verhältnismässigkeit (dazu N 373 ff.) – erfüllt, wobei der Schwerpunkt richtigerweise auf die Prüfung der Verhältnismässigkeit gelegt wird. JÜRGEN FISCH zeigt auf, dass die Unterscheidung zwischen der *deliktischen Ersatzfähigkeit absolut geschützter Rechtsgüter* und der *Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden* bisweilen zu unstimmigen Ergebnissen führen kann, wobei nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die Lehre zahlreiche dogmatisch zweifelhafte Versuche unternommen haben, die Schutzlücke zu füllen (vgl. N 353).

[10] In diesem Zusammenhang ruft JÜRGEN FISCH in Erinnerung, dass die objektive Rechtswidrigkeitstheorie nicht nur deshalb problematisch ist, weil sie zur Diskriminierung reiner Vermögensschäden führt, sondern auch, weil die ihr zugrundeliegende Auffassung, dass die aus der Verletzung absoluter Rechte resultierenden Schäden *per se* widerrechtlich seien (sog. Erfolgsunrecht), nicht überzeugt (dazu N 514 ff.). Weil die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden in zahlreichen Fällen zu ungerechten Ergebnissen führen kann, hat die Rechtsprechung – wie erwähnt – zahlreiche Strategien entwickelt, um die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden *einzelfallweise* zu umgehen. Der Verfasser prüft, überprüft und hinterfragt sämtliche dieser

² Vom «*Schrankenmodell*» ist deshalb die Rede, weil in dieser Konzeption des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie der Gesetzgeber vollumfänglich ausserhalb des eigentumsgrundrechtlichen Schutzbereichs steht. Der Gesetzgeber vermag den Schutzbereich lediglich – aber immerhin – von aussen zu «beschränken».

Umgehungsstrategien – so bspw. die verschiedenen Ausweitungen der vertraglichen Haftung in den Bereich der Deliktshaftung hinein (vgl. N 392 ff.) – und kommt dabei zum Schluss, dass diese das Problem der (Nicht-)Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden *nicht ansatzweise zu lösen vermögen*, sondern das Problem lediglich von einer Stelle innerhalb der Privatrechtsdogmatik zu einer anderen verschieben (vgl. N 497 ff.).

[11] Die *Rechtswidrigkeit* ist nicht im Sinne der objektiven Rechtswidrigkeitstheorie (Erfolgsunrecht), sondern im Sinne des *Verhaltensunrechts* zu konzipieren (vgl. N 514 ff.). Auf der Grundlage des Verhaltensunrechts arbeitet der Verfasser ein *eigenes Rechtswidrigkeitskonzept* aus (vgl. N 504 ff.), in dem die *Konkretisierung* der allgemeinen Sorgfaltspflicht im Vordergrund steht (vgl. N 600 ff.). Die *allgemeine Sorgfaltspflicht* steht neben den Schutzgesetzen alternativ zur Verfügung, um die Rechtswidrigkeit im Einzelfall zu begründen. JÜRGEN FISCH lässt sich bei seiner *Neukonzeption der Rechtswidrigkeit* vom anglo-amerikanischen Recht inspirieren, das zur Rechtswidrigkeitsbegründung ebenfalls entweder eine Schutzgesetzverletzung (*breach of a statutory duty*) oder eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht (*breach of a duty of care*) verlangt (vgl. N 611 ff.). Damit die Rechtswidrigkeit auf der Basis der allgemeinen Sorgfaltspflicht – wo also kein Schutzgesetz zur Rechtswidrigkeitsbegründung verfügbar ist – begründet werden kann, sind *zwei Prüfstufen* zu durchschreiten.

[12] Im Rahmen der *1. Stufe* der Prüfung ist zu eruieren, ob im Einzelfall eine Gefahrschutzpflicht, eine *duty of care*, besteht (dazu N 611 ff.). Diese Prüfungsstufe teilt JÜRGEN FISCH in zwei Ebenen auf: Das Bestehen einer «*Prima-facie-Gefahrschutzpflicht*» setzt einen Gefahrzurechnungsgrund voraus, wobei die Gefahr für den Handelnden erkennbar zu sein hat (vgl. N 661 ff.). Wo es um einen reinen Vermögensschaden geht, ist zusätzlich die *Zumutbarkeit einer so ermittelten «Prima-facie-Gefahrschutzpflicht»* zu prüfen, wobei dazu die einschlägigen rechtspolitischen Argumente, die gegen die Ersatzfähigkeit des reinen Vermögensschadens sprechen, zu ermitteln und zu analysieren sind (dazu N 686 ff.). JÜRGEN FISCH führt eine Auswahl rechtspolitischer Argumente an, die *für eine Verneinung* einer Gefahrschutzpflicht im Falle eines reinen Vermögensschadens sprechen (vgl. N 695 ff.). In diesem Zusammenhang ist insbesondere das *Argument der «Schleusenöffnung»* – im anglo-amerikanischen Rechtsraum als *Floodgate-Argument* bezeichnet – von praktischer Relevanz. Danach würde im Falle der (uneingeschränkten) Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden eine Flutwelle an Schadenersatzforderungen drohen (vgl. N 708 ff.).

[13] Kann die Gefahrschutzpflicht bejaht werden (1. Stufe), ist auf der *2. Stufe* zu prüfen, ob es zu einer *Verletzung dieser Pflicht* gekommen ist (vgl. N 741 ff.). Nur das kumulative Vorliegen beider Voraussetzungen – d.h. Bestehen einer Gefahrschutzpflicht (*duty of care*; dazu N 611 ff.) einerseits sowie Verletzung der Gefahrschutzpflicht (*breach of a duty of care*; dazu N 741 ff.) andererseits – begründet eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht, die wiederum die Rechtswidrigkeit begründet und zu einer Schadenersatzpflicht führen kann. Auf der Basis dieser Rechtswidrigkeitskonzeption ist die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden *im Grundsatz gegeben*, und folglich kann Art. 41 Abs. 1 OR als echte *Generalklausel* – d.h. als deliktsrechtliche Haftungsgrundnorm, die nicht zwischen verschiedenen Arten von Schädigungen differenziert – gehandhabt werden. Anhand von Fallbeispielen weist der Verfasser nach, dass sein Rechtswidrigkeitskonzept praxistauglich ist und dass jene reinen Vermögensschäden, für die aus rechtspolitischen Gründen keine Haftung bestehen soll, auf der 1. Prüfungsstufe (Ermitteln des Bestehens einer Gefahrschutzpflicht) ausrangiert werden (vgl. N 848 ff.).

Endergebnis

[14] JÜRGEN FISCH kommt zum Schluss, dass die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, wie in Teil 2 dargelegt, einen *Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie* zur Folge hat. Dieser *Eingriff* lässt sich jedoch, wie in Teil 3 erörtert, *nicht rechtfertigen* (vgl. N 947 ff.). Denn wie der Verfasser nachvollziehbar aufzeigt, ist eine am anglo-amerikanischen Recht inspirierte, rein verhaltensunrechtliche Konzeption der Rechtswidrigkeit, die reine Vermögensschäden im Grundsatz nicht länger vom deliktsrechtlichen Haftungsschutz ausschliesst und infolgedessen einen geringfügigeren Eingriff in die Eigentumsgarantie zur Konsequenz hat, möglich.

Fazit im Sinne einer kurzen Würdigung

[15] JÜRGEN FISCH hat für seine Dissertation ein inhaltlich komplexes und anspruchsvolles Thema gewählt. Für die an der Schnittstelle von öffentlichem Recht und Privatrecht angesiedelte Thematik stand ihm eine Fülle von Literatur aus beiden Rechtsgebieten zur Verfügung. Gerade diese aus Verfassersicht nicht leicht zu bewältigende Aufgabe ist ihm mit der vorliegenden Arbeit jedoch überzeugend gelungen: Der Verfasser verarbeitet die Literatur zielgerichtet und weist nicht nur die Literatur, sondern auch die (nationale und internationale) Rechtsprechung in einem umfassenden Fussnotenapparat nach. Aus Lesersicht ist zudem anzumerken, dass sich die Arbeit, trotz der hohen Komplexität auf der inhaltlichen Ebene, in sprachlicher Hinsicht sehr flüssig und sehr leicht liest. Der Verfasser achtet durchgehend darauf, stets mit der nötigen Eloquenz zu argumentieren, sodass sich die Lektüre dieser umfangreichen Forschungsarbeit vom Anfang bis zum Schluss durchwegs angenehm gestaltet. In formeller Hinsicht stellt die Dissertation von JÜRGEN FISCH eine einwandfrei verfasste wissenschaftliche Qualifikationsarbeit dar, die jeder Doktorandin bzw. jedem Doktoranden als Musterbeispiel zu gelten hat. Aus einer wissenschaftlichen Perspektive ist abschliessend zu betonen, dass die Leistung von JÜRGEN FISCH gerade darin besteht, die reichhaltige Fülle von Material der von ihm behandelten Rechtsgebiete zielgerichtet aufgenommen, konzise verarbeitet und durch die beiden Institute *Eigentumsgarantie* – *Haftpflichtrecht* gekonnt inhaltlich miteinander verbunden zu haben. Damit hat der Verfasser ein Werk geschaffen, das in dogmatischer Hinsicht im schweizerischen Schrifttum seinesgleichen sucht.

Buchinformation: JÜRGEN FISCH, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2020, ISBN 978-3-03891-226-2.
--

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Rechtsanwalt, Notar-Stv. des Bezirkes March, Notariat und Grundbuchamt Lachen SZ, Doktorand an der Universität Luzern.