

Von Hochwasserschäden bis zu AKW-Störfällen: Wer ersetzt Katastrophenschäden?

PROF. DR. IUR. ISABELLE WILDHABER, LL.M.*

Schlagwörter: Naturkatastrophen, *Man-made*-Katastrophen, Katastrophenschäden, Kernenergiehaftpflichtgesetz, *Cat Bonds*, Pflichtversicherung, Versicherungs-Pools, Entschädigungsfonds, materielle Enteignung, Staatshaftung

A. Einleitung

Die Geschichte der Menschheit ist eine Geschichte der Katastrophen.¹ Schon die Bibel verdeutlicht mit der Sintflut und der Arche Noah, dass Katastrophen menschheitsbegleitend sind. In früheren Jahrtausenden war der Mensch gegenüber den Katastrophen schickenden Gottheiten schicksalsergeben und versuchte allenfalls, die Gottheiten gnädig zu stimmen. So opferten die Griechen dem Feuergott Hephaistos, der Wohnsitz im Vulkan Ätna in Sizilien hatte, Kunsthandwerk und Lebensmittel, um ihn zu besänftigen. Später bemühte sich der Mensch – weniger schicksalsergeben – darum, bei Naturkatastrophen die Folgen zu mindern, beispielsweise durch Deichbau. Mit den technischen, den menschengemachten Katastrophen wurde schliesslich erkannt, dass der Mensch selbst gewisse Katastrophen verursacht. Restrisiken wie AKW-Störfälle oder Industrieunfälle werden aber trotz dieser Einsicht in Kauf genommen. Denn wie GOTTHOLD EPHRAIM LESSING sagte: «Es wäre wenig in der Welt unternommen worden, wenn man immer nur auf den Ausgang gesehen hätte.»²

* Prof. Dr. iur., LL.M., Assistenzprofessorin für Arbeits- und Haftpflichtrecht an der Universität St. Gallen, Berlin/St. Gallen, Profilbereich «Unternehmen – Recht, Innovation und Risiko». Dieser Text basiert auf meiner Antrittsvorlesung an der Universität Zürich vom 12. November 2012. Für interessante Hinweise zu diesem Thema danke ich von Herzen Prof. em. MICHAEL KLOEPFER, Humboldt-Universität zu Berlin, Prof. GERHARD SCHMID, Wenger Plattner in Basel, Prof. em. HEINZ REY, Universität Zürich, sowie Prof. ANNE VAN AAKEN, Universität St. Gallen.

1 MICHAEL KLOEPFER, Katastrophenschutzrecht – Strukturen und Grundfragen, *VerwArch* 2007, S. 163 ff., S. 164 f.

2 GOTTHOLD E. LESSING, *Miss Sara Sampson*, IV, 9 (Marwood).

I. Der Begriff der Katastrophe

Es ist zu unterscheiden zwischen Naturkatastrophen und menschengemachten, sog. *Man-made-Katastrophen*.³ Unter einer Naturkatastrophe wird ein durch Naturgewalten ausgelöstes Ereignis verstanden, also Erdbeben, Hochwasser oder Tsunamis. Als *Man-made-Katastrophen* bezeichnet man Grossereignisse, die im Zusammenhang mit menschlichen Aktivitäten stehen, Chemieunfälle oder eben AKW-Störfälle. Die Grenzen zwischen den beiden Kategorien werden angesichts komplexer und multikausaler Zusammenhänge immer fließender.⁴ Auch Naturkatastrophen sind zumindest teilweise durch die Gesellschaft verursacht oder beeinflusst. Es ist der Mensch, der sich den Naturkräften aussetzt, indem er mit seinen Bauten und Anlagen immer weiter in die Natur eindringt. Die schädigende Einwirkung der Naturkatastrophen hängt stets massgeblich von den Auswirkungen für die menschliche Zivilisation ab.⁵ Während früher ein Hurrikan auf eine unberührte Küste schlug, steht dem Hurrikan Sandy heute die Stadt New York «im Weg». MAX FRISCH schrieb treffend: «Katastrophen kennt allein der Mensch, sofern er überlebt; die Natur kennt keine Katastrophen.»⁶

Der schillernde Begriff der Katastrophe zeichnet sich gemäss zahlreichen gesetzlichen Definitionen⁷ v.a. durch zwei Kriterien aus, einerseits die Gröszen-

3 Swiss Re sigma Nr. 2/2012, Natur- und *Man-made-Katastrophen* 2011: Rekordschäden durch Erdbeben und Überschwemmungen von historischem Ausmass, S. 38; siehe auch PIERRE TERRIER, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, ZSR 1990 II, S. 73 ff., S. 105; GERHARD SCHMID, Grundsätzliche Fragen des Katastrophenschutzes aus rechtlicher Sicht, URP 1990, S. 1 ff., S. 5 ff.; TRISTAN NGUYEN, Gedanken zur Versicherbarkeit von Grossschadensereignissen, ZfV 2007, S. 112 ff.

4 Spiegel vom 21. 10. 2012, «Erdstoss in Spanien: Menschen sollen Beben mitausgelöst haben», auf <www.spiegel.de/wissenschaft/natur/0,1518,862538,00.html> (Wissenschaftler haben im *Nature Geoscience* eine Studie publiziert, wonach das im Jahr 2011 in der spanischen Stadt Lorca wütende Erdbeben durch das massenhafte Abpumpen von Grundwasser mitverursacht war.).

5 RAINER WOLF, Vom Katastrophenverwaltungsrecht zu Thomas Hobbes – Vier Szenarien über Gesellschaft, Staat und Recht bei der Katastrophenfolgenbewältigung, KritV 2005, S. 399 ff., S. 400; BERNHARD WALDMANN, Entschädigung aus materieller Enteignung für raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Schutz vor Naturgefahren?, Sicherheit & Recht 2009, S. 159 ff.; URS R. BEELER, Planerischer Schutz vor Naturgefahren, Sicherheit & Recht 2008, S. 33 ff., S. 34; KLOEPFER (Fn. 1), S. 171; DERS., Kann Recht Naturkatastrophen verhindern?, Vortrag vom 16. 3. 2012, auf <www.kas.de/chile/de/publications/30510/>, S. 4.

6 MAX FRISCH, Der Mensch erscheint im Holozän, Frankfurt a.M. 1979, S. 103.

7 Siehe dazu die Nachweise bei KLOEPFER (Fn. 1), S. 167; DERS., Rechtliche Grundprobleme des Katastrophenschutzes, in: Klaus-Peter Dolde, Klaus Hansmann, Stefan Paetow und Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, FS für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, München 2010, S. 391 ff.; DAGMAR HINGHOFFER-SZALKAY, Naturkatastrophen: Haftung des Staates für Schäden der Opfer, Rechtsvergleichende Überlegungen: USA-Österreich, Wien 2012, S. 18; SCHMID (Fn. 3), S. 3; BEAT SCHELBER, Die rechtliche Bewältigung ausserordentlicher Lagen im Bund, Grösch 1986, S. 10 f.

Vgl. auch Art. 2 lit. a der Verordnung über die Katastrophenhilfe im Ausland (VKA) vom 24. 10. 2001 (SR 974.03) («ein Naturereignis oder ein zivilisationsbedingtes Ereignis, dessen un-

ordnung des Schadensereignisses, andererseits die Überforderung der zuständigen Behörden und Kräfte.⁸ Dem entspricht ebenso die Definition der UNO im Rahmen der internationalen Katastrophenhilfe: «eine gewichtige Unterbrechung der Funktionsfähigkeit einer Gemeinschaft oder Gesellschaft, die hohe menschliche, materielle, ökonomische und ökologische Verluste verursacht und die Fähigkeit der betroffenen Gemeinschaft oder Gesellschaft übersteigt, diese aus eigener Kraft zu bewältigen.»⁹

Dieser Begriff ist der Versicherungswirtschaft zu ungenau. Sie muss im Hinblick auf eventuelle Ausschlussklauseln eine konkrete, bezifferte Grenze ziehen. Nur so kann es ihr gelingen, gewisse Risiken auszuschliessen. Deshalb definiert die Swiss Re Katastrophen nur über die Schadenshöhe. Als Katastrophen gelten für das Berichtsjahr 2011 ein Versicherungsschaden von USD 44,6 Mio., ein Gesamtschaden von USD 89,2 Mio. oder ein Personenschaden von 20 Todesopfern, 50 Verletzten oder 2000 Obdachlosen.¹⁰

II. Die Zunahme von Katastrophen

Die Anzahl der Katastrophen erfährt seit Ende der 60er Jahre eine rasante Zunahme.¹¹ Dabei steigen auch die durch die Katastrophen verursachten Schäden immer weiter. Jede neue Katastrophe scheint die teuerste zu sein, die es je gegeben hat. Dafür verantwortlich gemacht werden können Ursachen wie das starke, weltweite Bevölkerungswachstum, die höhere Wertkonzentration durch verstärkte Verstädterung, die vermehrte Nutzung hoch exponierter Regionen und klimatische Veränderungen durch menschliches Handeln.¹²

Im Jahr 2011 verursachten Katastrophen die höchsten wirtschaftlichen Gesamtschäden der Geschichte, nämlich USD 370 Mrd.¹³ Die gesamtwirtschaftli-

mittelbare Auswirkungen die betroffene Gemeinschaft nicht allein bewältigen kann»); Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über vorsorgliche Massnahmen für den Fall von Katastrophen und kriegerischen Ereignissen des Kantons Glarus vom 7.5.1972; § 2 des Gesetzes über den zivilen Schutz der Bevölkerung und der Kulturgüter des Kantons Basel-Landschaft vom 17.6.1987; § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Massnahmen für den Fall von Katastrophen und kriegerischen Ereignissen des Kantons Solothurn vom 5.3.1972; Art. 2 des Kantonalen Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetzes des Kantons Bern vom 24.6.2004.

8 Vgl. früh auch schon TERCIER (Fn. 3), S. 104 («Il y a catastrophe lorsqu'une cause soudaine et extraordinaire provoque des préjudices dont l'importance dépasse les moyens qui sont ou devraient être destinés à les réparer»), S. 97 («situation, qui a pour conséquence de provoquer des dommages considérables, qu'il n'est pas possible de traiter selon les mécanismes habituels»).

9 Inter-Agency Secretariat of the International Strategy for Disaster Reduction, Living with Risk, UNO New York/Geneva 2004, Vol. II, S. 3 («disaster»), abrufbar auf <www.unisdr.org/files/657_lwr21.pdf>.

10 Swiss Re sigma Nr. 2/2012, S. 39.

11 Siehe NGUYEN (Fn. 3), S. 112 m.w.H.

12 So TRISTAN NGUYEN, Grenzen der Versicherbarkeit von Katastrophenrisiken – Erweiterungsmöglichkeiten durch Rückversicherung, Katastrophenanleihen und Versicherungsderivate, Wiesbaden Habil. 2007, S. 239 f.

13 Swiss Re sigma Nr. 2/2012, S. 1.

chen Schäden lagen damit fast um zwei Drittel höher als 2005, dem bisherigen Rekordjahr. Eine Reihe schwerster Erdbeben und eine Vielzahl wetterbedingter Katastrophen haben 2011 zum Jahr mit den höchsten Schäden aus Naturkatastrophen aller Zeiten gemacht. Allein die Überschwemmung in Thailand verursachte einen Gesamtschaden von USD 30 Mrd. und das Erdbeben in Neuseeland von USD 15 Mrd.¹⁴ Die Gesamtschäden in Japan durch Erdbeben und Tsunami belaufen sich selbst ohne Berücksichtigung der Folgen des Atomunglücks auf USD 210 Mrd. – die teuerste Naturkatastrophe aller Zeiten.¹⁵ Die ansteigende Tendenz bei den wirtschaftlichen Gesamtschäden und der neue Rekord im Jahr 2011, welcher alle bisher registrierten Daten übertraf, zeigen, dass es immens wichtig ist, wer diese Schäden bezahlt.

III. Die drei Säulen des Ersatzes von Katastrophenschäden

Hier kommt nun das Recht ins Spiel. Das Katastrophenrecht ist ein verhältnismässig junges Rechtsgebiet, obwohl die Bekämpfung von Katastrophen eine alte Aufgabe des Menschen ist.¹⁶ Lange Zeit war das Katastrophenrecht aus der allgemeinen Wahrnehmung der Rechtswissenschaft, aber auch der öffentlichen Meinung nahezu verschwunden, doch seit dem Jahrtausendwechsel sind Katastrophen wieder in das allgemeine Bewusstsein gerückt.¹⁷ Man denke nur an die Anschläge von 9/11, das Elb-Hochwasser in Deutschland im Jahre 2002 und in der Schweiz im Jahre 2005¹⁸, den Tsunami im Indischen Ozean an Weihnachten 2004, den Hurrikan Katrina im August 2005, das Erdbeben in Haiti im Jahre 2010, die Überschwemmung in Thailand, das Erdbeben in Neuseeland sowie Fukushima, alle im Jahre 2011, Hurrikan Sandy im Herbst 2012, der Tornado in Oklahoma im Mai 2013 und die Überschwemmungen in Ost- und Mitteleuropa im Juni 2013. Schliesslich haben breitflächige Stromausfälle und Hackerangriffe die Verletzbarkeit kritischer Infrastrukturen vor Augen geführt.¹⁹ Die Juristen aber, die häufig die Nachhut des gesellschaftlichen Fortschritts sind, haben das Katastrophenrecht erst in jüngster Zeit wieder aufgegriffen.²⁰

14 A.a.O.

15 KATJA SCHULD, Komposit: Erdbeben-Schäden erreichen eine neue Höchstmarke, VW 2012, S. 553.

16 KLOEPFER (Fn. 1), S. 164 f.

17 MICHAEL KLOEPFER, Einführung, in: Michael Klopfer (Hrsg.), Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Baden-Baden 2008, S. 9 ff., S. 9.

18 RETO NAUSE, Hochwasser 2005 im Berner Mattequartier – ein Erfahrungsbericht, in: KSPD (Hrsg.), Bewältigung von Katastrophen und Grossereignissen, Referate der Tagung vom 3.9.2009, Zürich 2010, S. 27 ff. (Schäden in der Höhe von rund CHF 55 Mio.).

19 MICHAEL KLOEPFER, Einleitung, in: Michael Klopfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen – IT und Energie, Baden-Baden 2010, S. 9 ff., S. 15. So schon erkannt TERCIER (Fn. 3), S. 97. Siehe dazu die Bemühungen auf Bundesebene: <www.bevoelkerungsschutz.admin.ch/internet/bs/de/home/themen/ski.html>.

20 KLOEPFER (Fn. 17), S. 9.

Die genannten Beispiele werfen die Frage auf, wie die finanziellen Folgen von Katastrophen bewältigt werden können.²¹ Es geht um die Betrachtung *ex post*, nach Eintritt einer Katastrophe. Es sollen hier drei Säulen des finanziellen Ausgleichs betrachtet werden:

Säule 1: Das **Haftpflichtrecht** – es wird sich zeigen, dass der Geschädigte hier keine volle Deckung seiner Schäden erwarten kann (nachfolgend B.).

Säule 2: Die **Privatversicherung** – sie spielt eine zentrale Rolle. Das Angebot an Deckungsschutz ist aber keineswegs umfassend (nachfolgend C.).

Säule 3: Schliesslich spielt der **Staat** eine immer grössere Rolle. Er greift ein und erweitert den Versicherungsschutz (nachfolgend C.II.4.). Er etabliert Entschädigungs-Fonds (nachfolgend D.I.). Gegen ihn können Ersatzansprüche aus Enteignung und Staatshaftung geltend gemacht werden (nachfolgend D.II. und D.III.).

Diese drei Säulen des Ersatzes von Katastrophenschäden sollen im Folgenden dargestellt werden. Zur Veranschaulichung sollen Hochwasserschäden als Beispiele für Naturkatastrophen und AKW-Störfälle als Beispiele für *Man-made*-Katastrophen dienen. Hochwasser sind in unseren Breiten die Naturkatastrophe mit dem grössten Schadenspotential. Ein altes norddeutsches Sprichwort lautet: «Was die Flut bringt, nimmt die Ebbe wieder».²² Für Hochwasserschäden gilt dies leider nicht. Meist wird erst dann, wenn sich die Wassermassen zurückgezogen haben, offenbart, in welch hohem Masse Schäden zurückgeblieben sind.²³ Im Gefolge eines AKW-Störfalles kann es ebenfalls zu schweren Schäden und empfindlichen Beeinträchtigungen des Wirtschaftsverkehrs in der betroffenen Region kommen, auch dann, wenn es sich nicht um eine Katastrophe apokalyptischen Ausmasses wie in Fukushima handelt. Beispielsweise können vertragliche Leistungspflichten nur verspätet oder überhaupt nicht erfüllt werden, was zu Versorgungsengpässen oder zum Produktionsstillstand führen kann.

IV. Die Bedeutung der Prävention von Katastrophenschäden

Das Thema hat auch viel mit der Prävention von Katastrophen zu tun. Vor einer Katastrophe ist Haftpflicht- und Versicherungsrecht ebenfalls relevant. Das

21 Viele Schäden werden auch von der im Rahmen dieses Beitrags nicht behandelten Sozialversicherung getragen (Invalidenversicherung, Unfallversicherung, Krankenversicherung, Altersvorsorgeversicherung, Militärversicherung, Arbeitslosenversicherung, Mutterschaftsversicherung, Familienzulagen).

22 Zitiert nach WOLFGANG EWER, Ersatz-, Entschädigungs- und Ausgleichsansprüche wegen Hochwasserschäden, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Hochwasserschutz, Baden-Baden 2009, S. 145 ff., S. 145.

23 EWER (Fn. 22), S. 145.

Spruchwort «Vorbeugen ist besser als Heilen» gilt hier ebenso.²⁴ Einerseits kann das Haftpflichtrecht zur Prävention von Katastrophen beitragen.²⁵ Wer einem Dritten für einen Schaden haftet, der wird sich tendenziell eher um Vorbeugung bemühen, als wenn ihn kein solches Haftungsrisiko träfe.²⁶ In meinen Augen können auch Gefährdungshaftungen, bei denen man die Haftung trotz Einhalten aller Sicherheitsstandards nur schwer vermeiden kann, eine Präventionsfunktion übernehmen.²⁷ Sie können den potentiell Haftpflichtigen veranlassen, besondere Sicherheitsmassnahmen zu treffen, wenn sich damit erhöhte Versicherungsprämien vermeiden lassen.²⁸ Vorbeugende Wirkung hat natürlich auch die Tatsache, dass grosse Vorfälle zu einem riesigen Image-Verlust führen können.²⁹ Das möchte die Industrie vermeiden. Vor diesem Hintergrund ist wohl die in der chemischen Industrie unter dem Stichwort *Responsible Care* praktizierte Schadensprävention zu sehen.³⁰ Bei den Anreizen zur Prävention spielt demnach das Haftpflichtrecht nur eine Rolle von vielen.

Andererseits können auch die Versicherungen wichtige Präventivfunktionen übernehmen. Sie entwickeln etwa Sicherheitsstandards, die der Versicherungsnehmer einhalten muss und die zur Katastrophenvermeidung im Sinn einer

-
- 24 SCHMID (Fn. 3), S. 13 (Grundsatz der Vorsorge zum Zweck der Verhinderung einer Katastrophe hat im Bereich der *Man-made*-Katastrophen uneingeschränkte, im Bereich gewisser Naturkatastrophen aber nur eingeschränkte Geltung.).
 - 25 CHRISTIAN ARMBRÜSTER, Katastrophenschäden, insbesondere Versicherbarkeit und andere Ersatzmöglichkeiten, in: Michael Kloepper (Hrsg.), *Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven*, Baden-Baden 2008, S. 77 ff.
 - 26 HEINZ REY, *Ausservvertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2008, N 14; KARL OFTINGER und EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I AT, 5. Aufl., Zürich 1995, § 1 N 15; Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, S. 20; WALTER FELLMANN, *Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht*, SJZ 1995, S. 41 ff., S. 44 f.
 - 27 So auch REY (Fn. 26), N 16; MARKUS MÜLLER-CHEN, *Haftpflichtrecht in der Krise?*, BJM 2002, S. 289 ff., S. 292 f.; PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht 1999*, auf <www.ejpd.ch>, S. 19 ff.; MARC HÜRZELER, *Schadensprävention und Schadensminderung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, in: Salome Wolf, Martino Mona und Marc Hürzeler (Hrsg.), *Prävention im Recht*, Basel 2008, S. 163 ff., S. 166.
 - 28 MÜLLER-CHEN (Fn. 27), S. 293.
 - 29 CHRISTIAN PORTMANN, *Gefahrguttransporte auf Schiene und Strasse*, Zürich 2010, S. 236; MICHAEL FAURE, *Comparative and Policy Conclusions*, in: Michael Faure und Ton Hartlief (Hrsg.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes – A Comparative Legal Approach*, Wien/New York 2006, S. 389 ff., S. 437.
 - 30 Die weltweit lancierte Initiative der chemischen Industrie für ein *Responsible Care*-Programm wird durch die jeweiligen nationalen Branchenorganisationen, so z.B. durch die Schweizerische Gesellschaft für Chemische Industrie (SGCI) konkretisiert. «Die Anleitung zur Selbstbeurteilung, 32 Schritte zur Umsetzung von Responsible Care» der SGCI enthält u.a. auch die Vorsorge für den Ereignisfall unter Einbezug der Partner und umfasst explizit auch den Transport. Ein wichtiges Anliegen ist neben der Image-Pflege auch die Betonung unternehmerischer Eigeninitiative, «die eine wirksame und seriöse Alternative zu wachsender staatlicher Regulierung» darstelle (vgl. Kenndaten zu Sicherheit, Gesundheit und Umweltschutz in der Schweizerischen Chemischen Industrie 1993–1996, SGCI, September 1997).

Schadensminderung beitragen.³¹ Wenn Allgemeine Versicherungsbedingungen z.B. Standards für die Sicherheit von chemischen Werken festsetzen, so kommt den Versicherungen auf diese Weise eine normierende Kraft zu.³²

B. Säule 1: Der Ersatz von Katastrophenschäden durch das Haftpflichtrecht

Bei Katastrophen steht immer öfter die Suche nach einem «Schuldigen» und somit einer Ersatzquelle im Vordergrund.³³ Haftpflichtrecht ist primär Schadensausgleichsrecht.³⁴ Es definiert die Voraussetzungen, unter denen der Geschädigte seinen Schaden auf eine andere Person abwälzen kann. Damit ist aber auch gesagt, dass nicht jeder Schaden kompensiert wird. Es gilt im Gegenteil die alte Parömie «*casum sentit dominus*» – der Eigentümer trägt den Schaden. Zivilrechtliches Haftpflichtrecht kompensiert nicht flächendeckend, sondern nur selektiv.

I. Haftung für Naturkatastrophen

Das Haftungsrecht ist bei Katastrophen mit neuen Anforderungen konfrontiert. Schäden durch Naturkatastrophen wie Hochwasser sind meistens nicht auf einen Schädiger abwälzbar, weil niemand für Mutter Natur verantwortlich gemacht werden kann. So kommt keine Haftung des Grundeigentümers in Frage, wenn dieser einen natürlichen Zustand auf seiner Parzelle bestehen lässt, etwa eine bröckelnde Felswand oder sich stauendes Wasser, das auf ein tiefer gelegenes Grundstück überschwappt.³⁵ Wenn ein privater Verantwortlicher tatsächlich gefunden werden kann, so stellt sich die Frage, ob dessen Schadenersatzpflicht aufgrund höherer Gewalt, welche die Kausalitätskette unterbricht, ausgeschlossen ist.³⁶ Alles in allem trägt der Eigentümer Schäden infolge von Naturkatastrophen in der Regel selbst. Andere Schadensausgleichssysteme müssen aus helfen, so wie die Schadensversicherung, auf die noch zurückzukommen sein wird (nachfolgend C.).

31 KLOEPFER (Fn. 1), S. 185.

32 Vgl. statt vieler JÜRGEN BASEDOW und TILL FOCK, Rechtsvergleich, in: Jürgen Basedow und Till Fock (Hrsg.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht I, Tübingen 2002, S. 35.

33 DAGMAR HINGHOFFER-SZALKAY, Katastrophenschäden in Österreich: Ersatzmöglichkeiten und Abwicklungshindernisse, ÖZW 2007, S. 30 ff.

34 HERIBERT RAUSCH, Haftpflichtrechtliche Denkmuster: Leitplanken oder Fesseln?, URP 2009, S. 359 ff.

35 Siehe CHRISTIAN ROTEN, Intempéries et droit privé, Freiburg 2000, S. 513 ff.

36 Siehe ANNE-CHRISTINE FAVRE, La notion de force majeure et de cas fortuit, en relation avec des événements naturels, dans le régime de la responsabilité civile privée ou de droit public, Sicherheit & Recht 2009, S. 193 ff., S. 195 f.

II. Haftung für Chemieanlagen

Bei Risiken, die von besonders gefährträchtigen Anlagen ausgehen, z.B. von Chemieanlagen, kommt oftmals eine Gefährdungshaftung des Anlagenbetreibers in Betracht. Die Haftung für den Betrieb von Chemieanlagen richtet sich nach Art. 59a USG.³⁷ Diese und andere Gefährdungshaftungen decken aber nur einen Ausschnitt der hier interessierenden Katastrophenrisiken ab.³⁸ Ausgeschlossen sind i.d.R. Haftungen für Schäden, die auf höherer Gewalt beruhen. Damit werden Gefahren, die von der Einwirkung von Naturkatastrophen auf risikotrchtige Anlagen ausgehen, regelmässig nicht erfasst. Dasselbe gilt für vorsätzliche Handlungen Dritter wie etwa Terroranschläge. Ferner kennen die Gefährdungshaftungen Haftungshöchstgrenzen. Es bestehen also gegen private Anlagenbetreiber keine umfassenden Ersatzansprüche.³⁹

III. Haftung für Atomanlagen

Die Haftung für Atomanlagen ist im Gegensatz dazu streng. Fälle von Terrorismus und höherer Gewalt sind mit eingeschlossen.⁴⁰ Ausserdem haften die Betreiber schweizerischer Kernanlagen ohne betragsmässige Begrenzung für nukleare Schäden. Nukleare Zwischenfälle sind zwar selten. Wie jedoch die Unfälle in Tschernobyl im Jahr 1986 und in Fukushima im März 2011 zeigen, können die Auswirkungen solcher Ereignisse weit reichen und die Art der Schäden mannigfaltig sein.

In der Schweiz befindet sich das Atomrecht im Umbruch. Im Juni 2008 wurde ein totalrevidiertes Kernenergiehaftpflichtgesetz verabschiedet und die Ratifikation der internationalen Übereinkommen von Paris und Brüssel zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie einschliesslich all ihrer Protokolle genehmigt.⁴¹ Ursprünglich lehnte der Bundesrat eine Ratifikation des Pariser Übereinkommens ab, weil er die zwingend vorgeschriebene Limitierung der Haftung mit den Grundsätzen des schweizerischen Haftpflichtrechts für nicht vereinbar hielt.⁴² Das Pariser Übereinkommen lässt nun aber seit 2004 neu eine unlimitierte Haftung zu, weshalb sich die Einschätzung des Bundesrates änderte.⁴³ Mit der Total-

37 GERHARD SCHMID und URS FANKHAUSER, Industrieunfall, in: Peter Münch und Thomas Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Schaden – Haftung – Versicherung, Basel 1999, S. 973 ff., S. 999 ff.

38 TERCIER (Fn. 3), S. 119.

39 So für das deutsche Recht auch ARMBRÜSTER (Fn. 25), S. 81.

40 Siehe e contrario Art. 5 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) vom 18.3.1983 (SR 732.44).

41 Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung von Übereinkommen zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie vom 13.6.2008, BBl 2007 5339.

42 Übereinkommen vom 29.7.1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie, BBl 2008 5471; Botschaft des Bundesrates vom 10.12.1979 über ein KHG, BBl 1980 164.

43 Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung von Übereinkommen zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie vom 8.6.2007, BBl 2007 5397, 5415.

revision erhöht sich die Deckungs- bzw. Versicherungspflicht für nukleare Schäden; ferner wird das Entschädigungsverfahren vereinfacht und der Opferschutz verbessert. Das neue Kernenergiehaftpflichtgesetz kann aber erst in Kraft gesetzt werden, wenn auch das revidierte Pariser Übereinkommen in Kraft tritt, womit frühestens Mitte 2014 zu rechnen ist.

Der geschätzte wirtschaftliche Verlust durch Fukushima beträgt bis anhin über USD 300 Mrd., eine gewaltige Summe.⁴⁴ Deshalb nützt die unbegrenzte Haftung des Betreibers in der Schweiz nichts, wenn im Schadensfall die notwendigen Mittel für die Schadensdeckung nicht vorhanden sind. Letztendlich ist die Zahlungsfähigkeit des Haftpflichtigen zu gewährleisten.⁴⁵ Das geht nur durch besondere Versicherungsvorkehrungen.⁴⁶ Aus diesem Grund sehen das neue Kernenergiehaftpflichtgesetz und die internationalen Übereinkommen ein mehrstufiges Schadensdeckungssystem vor.⁴⁷ Es geht also auch bei der Atomhaftung nicht ohne Versicherungen und ohne den Staat.

Erstens besteht eine obligatorische Versicherungsdeckung des Betreibers für mind. CHF 1 Mrd. plus 10% dieses Betrages für Zinsen und Verfahrenskosten je Kernanlage.

Zweitens gibt es eine versicherungsartige Schadensdeckung bis zu CHF 1,8 Mrd. plus 10% dieses Betrages für Zinsen und Verfahrenskosten durch den Bund.⁴⁸ Sie kommt zum Tragen, wenn die private Deckung nicht oder nicht zur Gänze verfügbar ist, oder wenn der private Deckungsgeber insolvent ist. Sie kann auch greifen für Risiken, welche die Privatversicherung von der Deckung ausschliessen darf, z.B. terroristische Gewaltakte oder ausserordentliche Naturvorgänge. Zur Finanzierung dieser Schadensdeckung erhebt der Bund von den Betreibern von Kernanlagen Beiträge, die nach versicherungstechnischen Grundsätzen festzulegen sind und das jeweilige Risiko der Anlage berücksichtigen sollen. Die Beiträge der Betreiber werden im Nuklearschadenfonds, einem von der eidgenössischen Finanzverwaltung eröffneten Konto ohne eigene Rechtspersönlichkeit, verwaltet.⁴⁹

44 Summe von USD 309 Mrd. bei MICHAEL WALDNER, Die Haftung der Betreiber von Kernanlagen für Nuklearschäden nach neuem schweizerischem Recht, AJP 2012, S. 1103 ff. Es gibt aber weitere Schätzungen, welche von USD 250 Mrd. bis USD 500 Mrd. reichen.

45 GERHARD SCHMID, Rechtsfragen bei Grossrisiken, ZSR 1990 II, S. 35.

46 Siehe auch den Entwurf zu einem Bundesgesetz über obligatorische Haftpflichtversicherungen und Massenkollisionen (Pflichtversicherungsgesetz, PflVG) der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht vom 7.9.2012, in: HAVE (Hrsg.), Pflichtversicherung – Entwurf einer gesetzlichen Regelung, Zürich 2012. Dazu EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Pflichtversicherungsgesetz – Begrüssenswerte Aufräumaktion mit Schwachstellen, Jusletter vom 3.12.2012.

47 WALDNER (Fn. 44), S. 1103 ff.

48 WALDNER (Fn. 44), S. 1114. Vgl. dazu HERIBERT RAUSCH, Deckungspflicht des Bundes für «Tschernobyl-Schäden» der Gemüseproduzenten, Blätter für Agrarrecht 1991, S. 26 ff.

49 Bilanz per 31.12.2010, BB1 2011 3842.

Übersteigt der Schaden die CHF 1,8 Mrd., so stehen drittens zusätzliche Mittel von CHF 450 Mio. aus dem Brüsseler Zusatzübereinkommen⁵⁰ zur Verfügung, welche vom Bundesrat gemäss Art. 15 Abs. 1 KHG-2008 bei den anderen Vertragsparteien abgerufen werden können.

Wenn die CHF 1,8 Mrd. plus CHF 450 Mio. zur Deckung des Schadens nicht ausreichen, kommt als viertes und letztes die unbegrenzte Haftung des haftpflichtigen Inhabers zum Tragen. Der Inhaber der Kernanlage muss die Gesamtheit seiner Mittel zur Schadensdeckung einsetzen. Reichen auch diese Mittel zur Entschädigung der Opfer nicht aus, so fällt der Haftpflichtige in Konkurs.

Die Betreiber eines Atomkraftwerks haften in anderen Worten unbegrenzt – aber nur die Schadenssumme von CHF 1,8 Mrd. ist durch Privatversicherungen und den Bund gedeckt. Das Ziel der Revision war die Erhöhung dieser Deckungssumme. Die Höhe der Summe war aber politisch umstritten. Bei einer Erhöhung der Deckungssumme auf CHF 4 Mrd. wäre die Prämie um 0,01 Rappen je kWh gestiegen, bei einer Erhöhung auf CHF 10 Mrd. wäre sie 0,017 Rappen je kWh teurer geworden. Zum Vergleich: Die Versicherungsbelastung im Jahr 2001 betrug 0,025 Rappen je kWh. Doch das Parlament entschied sich bei der Gesetzesrevision für eine tiefere Deckungssumme von CHF 1,8 Mrd., was von vielen Kreisen als viel zu niedrig kritisiert wird.⁵¹ Die vergangenen Reaktorkatastrophen dürften tatsächlich verdeutlicht haben, dass ein Deckungsbetrag von CHF 1,8 Mrd. in derartigen Fällen bei weitem nicht genügt, um die Schäden zu decken.⁵²

Die Diskussion um ein neues Haftpflichtregime für Atomanlagen kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieses für eigentliche Nuklearkatastrophen schlichtweg nicht geschaffen ist.⁵³ Katastrophen sprengen die Möglichkeiten der privaten Haftpflicht. Die Ersatzmöglichkeiten für Katastrophenschäden durch das Haftpflichtrecht sind – sowohl materiell wie auch prozessual – unzureichend.

50 Zusatzübereinkommen vom 31.1.1963 zum Pariser Übereinkommen, BBI 2007 5491.

51 Siehe denn auch die Parlamentarische Initiative 12.420 von Christian van Singer vom 15.3.2012 «Haftpflichtversicherung für Kernkraftwerke: Anpassung des Betrags». Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats hat am 8.10.2012 beantragt, der Initiative keine Folge zu geben. Diesem Antrag ist der Nationalrat am 19.3.2013 gefolgt.

52 Vgl. PETER MARBURGER, Zivilrechtliche Folgen von Störfällen bei Hochrisikoanlagen, in: Michael Kloefer (Hrsg.), Hochrisikoanlagen – Notfallschutz bei Kernkraft-, Chemie- und Sondermüllanlagen, Baden-Baden 2012, S.125 ff., S.134, S.143; sowie die ältere Studie von HANS-JÜRGEN EWERS und KLAUS RENNINGS, Abschätzung der Schäden durch einen sogenannten «Super-GAU», Prognos-Institut, Basel 1992.

53 So auch WALDNER (Fn. 44), S.1118.

IV. Massgeschneiderte Entschädigungsregimes?

Bei der haftpflichtrechtlichen Bewältigung von Katastrophenfolgen kann sich deshalb der Erlass einer massgeschneiderten Entschädigungsordnung als sinnvoll erweisen.⁵⁴ So wird im neuen Kernenergiehaftpflichtgesetz definiert, wann der Moment für ein spezielles Entschädigungsregime gekommen ist;⁵⁵ dann nämlich, wenn ein Grossschaden vorliegt, d.h. dass die für die Deckung der Schäden zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Befriedigung aller Ansprüche ausreichen, oder dass wegen der grossen Zahl von Geschädigten das ordentliche Prozessverfahren nicht durchgeführt werden kann. Dann kann die Bundesversammlung durch Verordnung eine besondere Schadensordnung aufstellen, in der von den Grundsätzen des KHG oder von anderen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen abgewichen werden kann. Eine ähnliche Möglichkeit besteht im neuen Stauanlagengesetz vom 1. Oktober 2010,⁵⁶ welches am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist.⁵⁷

Wenn nicht genügend Mittel vorhanden sind, so müsste man sich in meinen Augen folgende Überlegungen zur gerechten Verteilung machen.⁵⁸ Ziel kann es nicht sein, den Zustand von vorher wieder herzustellen, sondern die Gegenwart und die Zukunft zu sichern.⁵⁹ So sollte man über einen «Lastenausgleich nach Bedürfnissen» nachdenken. Das individualistische System, welches die effektiven Schäden jedes Einzelnen ausgleicht, müsste einem System der globalen Entschädigung weichen, welches die direkten Bedürfnisse für das Überleben der Menschen und der wirtschaftlichen Aktivitäten abdeckt. Man könnte sich beispielsweise eine Entschädigung nach Klassen von Geschädigten vorstellen.⁶⁰ Solche Klassen sind nichts Neues, gibt es sie doch schon im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.⁶¹

54 So SCHMID (Fn. 3), S. 25.

55 Art. 25 Abs. 2 KHG-2008.

56 Bundesgesetz vom 1.10.2010 über die Stauanlagen (Stauanlagengesetz, StAG) (SR 721.101).

57 Für Stauanlagen sieht der Entwurf zu einem Pflichtversicherungsgesetz (Fn. 46) in Art. 69 ein bundesrechtliches Haftpflichtversicherungsobligatorium vor, weil der Betrieb einer Stauanlage ein Katastrophenrisiko beinhalte, S. 150.

58 Zu Leitvorstellungen der Katastrophengerechtigkeit siehe KLOEPFER (Fn. 17), S. 13; MICHAEL KLOEPFER, Aspekte der Umweltgerechtigkeit, JöR 2008, S. 1 ff.; HANS-HEINRICH TRUTE, Katastrophengerechtigkeit in der Hochwasserbekämpfung, in: Michael Klopfer (Hrsg.), Hochwasserschutz, Baden-Baden 2009, S. 31 ff., S. 32.

59 TERCIER (Fn. 3), S. 259.

60 So schon TERCIER (Fn. 3), S. 261, These 14 («Les indemnités devraient être versées de manière égale, forfaitaire et différenciée, en fonction des «classes» de préjudices».); sich anschliessend ARNOLD KOLLER, Procès-verbal de la 124e assemblée annuelle de la société suisse des juristes du 5 au 7 octobre 1990 à Brunnen, ZSR 1990 II, S. 289 ff., S. 335 f.

61 Art. 219 des Bundesgesetzes vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) (SR 281.1).

V. Bundesgesetz zur Entschädigung von Katastrophenschäden?

Massgeschneiderte Entschädigungsregimes sind unter Aspekten der Rechtssicherheit und Gleichheit heikel. Sie müssen die Ausnahme bleiben. Aus diesem Grund wurde am Schweizerischen Juristentag 1990, kurz nach Schweizerhalle, von PIERRE TERCIER ein spezielles Bundesgesetz zur Entschädigung von Katastrophenschäden vorgeschlagen.⁶² Begründet wurde dies von ihm damit, dass das schweizerische Recht keine Lösungen offeriere, um Katastrophenschäden zu entschädigen, weder aus prozessualer noch aus materieller Sicht.⁶³ Das Spezialrecht würde durch Beschluss der Bundesversammlung zur Anwendung kommen und als Ausnahmerecht dem geltenden Recht vorgehen.⁶⁴ Für die Anwendung des Spezialentschädigungsrechts im Katastrophenfall wäre notwendig, dass die verfügbaren Mittel zur Entschädigung der Opfer nicht ausreichend erschienen, dass die Anzahl Opfer speziell hoch sei, oder dass die Schäden aus einer indirekten internationalen Katastrophe stammten.⁶⁵ Das vorgeschlagene Gesetz wurde nie erlassen. Die Probleme sind geblieben. Auch heute noch sind die haftpflichtrechtlichen Ersatzmöglichkeiten für Katastrophenschäden – sowohl in prozessrechtlicher wie auch in materiell-rechtlicher Hinsicht – unzureichend.

Was zuerst das Prozessrecht anbelangt, so können Katastrophenschäden durch den klassischen Zivilprozess alles in allem nur schlecht bewältigt werden. Das Prozessrecht ist traditionell für die Durchsetzung von Individualinteressen konzipiert. Bei Katastrophen spielt aber das Individuum keine Rolle, sondern eher die Gruppe.⁶⁶ Die Gruppe verfolgt ein gleiches oder vergleichbares Ziel. Das Schweizerische Zivilprozessrecht schützt aber nur «individuelle Interessen», keine Gruppeninteressen.⁶⁷ Mit dieser Begründung wurde im Jahr 2006 auch die Möglichkeit von *class actions* bei der Ausarbeitung der neuen ZPO abgelehnt.⁶⁸ Eine Sonderregelung wäre deshalb notwendig.⁶⁹ Sie müsste vorsehen, dass sich eine oder mehrere Gruppen bilden, deren Urteile obligatorisch wären und zusätzliche individuelle Klagen ausschlossen.⁷⁰

Was sodann das materielle Recht angeht, so plädierte PIERRE TERCIER dafür, dass sich der Staat an den Entschädigungen subsidiär beteilige,⁷¹ um es zu ermöglichen, Vorauszahlungen zu machen, Lücken des Versicherungssystems zu

62 TERCIER (Fn. 3), S. 241 ff., insbesondere S. 242 f., These 4, S. 252.

63 TERCIER (Fn. 3), S. 239, These 2.

64 TERCIER (Fn. 3), S. 244, These 5.

65 TERCIER (Fn. 3), S. 246, These 6.

66 Siehe dazu WALTER A. STOFFEL, L'image du plaideur: du demandeur individuel aux intérêts de groupe, in: L'image de l'homme en droit, Mélanges à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, S. 497 ff., S. 498.

67 Botschaft ZPO, BBl 2006 6841, Art. 87.

68 <www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2003/2003-06-261.html>.

69 Siehe dazu TERCIER (Fn. 3), S. 250 ff., Thesen 9–13.

70 TERCIER (Fn. 3), S. 254, These 11.

71 TERCIER (Fn. 3), S. 274, These 26.

korrigieren und die minimale ordentliche Entschädigung zu ergänzen.⁷² Versicherungs- und Pool-Lösungen seien dabei zu kombinieren.⁷³ Spezialpools für Katastrophenfälle seien eine unerlässliche Vorsorgemassnahme.⁷⁴ Diese Idee müsse verfolgt und unterstützt werden. Diese Aussagen haben auch heute noch – 20 Jahre später – ihre Berechtigung. Auf solche Lösungen wird noch zurück zu kommen sein.⁷⁵

Das Fazit ist, dass das Haftpflichtrecht für Katastrophenschäden unzureichend ist. Es bleibt aber noch die Möglichkeit der Schadensbewältigung durch Versicherungen und durch den Staat.⁷⁶ Aus Sicht des Geschädigten ist es ja gleichgültig, wer ihm den Verlust bezahlt; Hauptsache ist nur, dass er Ersatz erhält.

C. Säule 2: Der Ersatz von Katastrophenschäden durch das Versicherungsrecht

I. Die schwierige Kalkulierbarkeit von Katastrophenschäden

Katastrophen stellen die private Versicherungswirtschaft vor grosse Schwierigkeiten. Katastrophen mit milliardenschweren Versicherungsschäden werfen die Frage auf, ob die Versicherungswirtschaft weiterhin in der Lage ist, solche Katastrophen aufzufangen und damit den Menschen die Möglichkeit zu geben, sich gegen die Folgen dieser Ereignisse abzusichern.⁷⁷ Eine vollständige Deckung von Katastrophenrisiken ist der Versicherungswirtschaft kaum möglich.⁷⁸ Die Versicherungsbranche ist sich dessen bewusst, dass «whatever can go wrong, will go wrong» – oder wie es der Flugzeugbauingenieur EDWARD MURPHY 1949 wörtlich beschrieb (deshalb spricht man von Murphys Law): «Wenn es mehrere Wege gibt, etwas zu tun, und eine davon in einer Katastrophe endet oder sonstwie unerwünschte Konsequenzen nach sich zieht, dann wird irgendeiner genau diesen Weg wählen.»⁷⁹

Katastrophenrisiken sind typischerweise schwer kalkulierbar. Das betrifft sowohl die Wahrscheinlichkeit des Eintritts als auch die mutmasslich exorbitante Schadenshöhe.⁸⁰ Naturkatastrophen sind mit moderner Technik und mit

72 TERCIER (Fn. 3), S. 275, These 27.

73 TERCIER (Fn. 3), S. 279, These 29.

74 TERCIER (Fn. 3), S. 280, These 30.

75 Siehe nachfolgend C.II.4. und D.I.

76 MÜLLER-CHEN (Fn. 27), S. 292 f.

77 NGUYEN (Fn. 12), S. 69.

78 NGUYEN (Fn. 12), S. 144; DERS. (Fn. 3), S. 113 ff.

79 Zitiert in JÖRG ZITTLAU, Die philosophische Rolltreppe, Kleines Lexikon der Denker und ihrer unversellen Weltweisheiten, 2. Aufl., München 2006.

80 NGUYEN (Fn. 3), S. 116 f. Vgl. zur Risikoanalyse MARKUS WOHLHAUSER, Sicherheitspolitische Führung Stufe Bund, in: KSPD (Hrsg.), Bewältigung von Katastrophen und Grossereignissen, Referate der Tagung vom 3.9.2009, Zürich 2010, S. 5 ff., S. 7.

Risikomodellen ganz gut vorherzusagen. Bei *Man-made*-Katastrophen ist es schon schwieriger. Besonders schwierig vorhersehbar sind Terrorismusrisiken, da ihre Eintretens-Wahrscheinlichkeit nicht anhand empirischer Daten und Verfahren modelliert werden kann.⁸¹ So hat die Versicherungswirtschaft vor den Anschlägen von 9/11 einen Flugzeugabsturz auf nur einen der Zwillingstürme des WTC für so unwahrscheinlich gehalten, dass dieser Fall bei der versicherungsmathematischen Berechnung des Risikos überhaupt nicht berücksichtigt worden ist.⁸²

II. Möglichkeiten zur Verbesserung der Versicherbarkeit von Katastrophenschäden

Es gibt vier verschiedene Ansätze, um eine bessere Kalkulierbarkeit der Schadenshöhe und somit die bessere Versicherbarkeit von Katastrophenschäden zu ermöglichen.

1. Beschränkungen durch den Versicherungsvertrag

Der erste Ansatz ist einfach. Um die Kalkulierbarkeit und damit die faktische Versicherbarkeit von Katastrophenrisiken zu verbessern, können die Versicherer bei der Vertragsgestaltung ansetzen. Der Versicherungsschutz kann eingeschränkt werden, indem z.B. die Wiederaufbaukosten von Gebäuden versichert werden, die entgangenen Gewinne aber ausgenommen sind.⁸³ Es können Höchstentschädigungssummen oder Kündigungsrechte eingeführt werden. Das Schadensrisiko kann limitiert werden durch den Ausschluss bestimmter Gefahren, den Ausschluss besonders exponierter Gebiete, durch angemessene Risikoprämien, durch die substantielle Beteiligung des Versicherungsnehmers am Schaden oder auch das Erfordernis höherer Rücklagen für Katastrophenreserven.⁸⁴ Der Versicherer kann des Weiteren am Schaden selbst ansetzen mit dem Ziel, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit und Umfang zu begrenzen. Dies geschieht, indem die Leistungspflicht oder sogar schon der Vertragsschluss davon abhängig gemacht wird, dass der Versicherungsnehmer bestimmte Schadens-

81 NGUYEN (Fn. 3), S. 112 f.; DAVID HAUBNER, Grenzen der Versicherbarkeit, Möglichkeiten des Versicherungsschutzes gegen Katastrophen, in: Michael Kloepper und Klaus Messerschmidt (Hrsg.), Anmerkungen zum Katastrophenrecht, 2. Gesellschaftswissenschaftliches Kolleg der Studienstiftung des deutschen Volkes, S. 38 ff., S. 41; ALEXANDER BRUNS, Das Terrorismusrisiko im Privatversicherungsrecht in Europa und den USA, JZ 2005, S. 13 ff., S. 20.

82 Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft (Hrsg.), 11. September 2001, München 2001, S. 8.

83 HANSJÖRG SEILER, Gedanken aus risikorechtlicher Sicht zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, ZBJV 1995, S. 298 ff. (Haftungsbegrenzungen würden eine teilweise Externalisierung der Kosten darstellen, was die Präventionswirkung schmälern würde).

84 RAINER WEISS, Versicherbarkeit von Naturkatastrophenschäden, in: Ferdinand Kerschner (Hrsg.), Handbuch Naturkatastrophenrecht – Vorsorge, Abwehr, Haftung und Versicherung bei Naturkatastrophen, Wien 2008, S. 334 ff.

vorsorge-Massnahmen durchführt. Damit kann zwar regelmässig nicht der Eintritt der Katastrophe beeinflusst werden, wohl aber der beim einzelnen Versicherungsnehmer entstehende Schaden.⁸⁵

2. Rückversicherungen

Der zweite Ansatz sind Rückversicherungen, also die Versicherung des versicherten Risikos. Rückversicherer haben aufgrund ihrer weltweiten Aktivitäten und ihres hohen Kapitalbestandes grössere Möglichkeiten, Risiken zu diversifizieren.⁸⁶ Allerdings haben Rückversicherer mit denselben Kalkulationsproblemen zu kämpfen wie Erstversicherer. Es ist nur noch schwer möglich, Rückversicherungen für Katastrophen abzuschliessen. Entweder werden sie gar nicht angeboten oder sie sind extrem teuer. Gerade bei Eintreten von Ereignissen mit einem besonders hohen Schadensausmass kann die Kapazitätsgrenze des gesamten Rückversicherungsmarktes schnell erreicht sein. Diese traditionelle Form eines Risikotransfers gerät an ihre Grenzen. Anlass zu dieser pessimistischen Annahme geben die in den vergangenen Jahren zunehmenden Meldungen über Naturkatastrophen.⁸⁷

3. Cat Bonds

Deshalb besteht der dritte Ansatz darin, auf Risikoträger ausserhalb der Versicherungsbranche zurückzugreifen. Das Risiko wird auf den Kapitalmarkt verlagert. Man spricht von *Alternative Risk Transfer*.⁸⁸ Dabei werden die Versicherungsrisiken in Katastrophenanleihen, sog. *Cat Bonds*, oder in Versicherungsderivate umgewandelt. Diese werden anschliessend vom Risikoträger, dem sog. Sponsor, an Investoren auf den internationalen Kapitalmärkten abgegeben. Der Sponsor ist normalerweise ein Rückversicherer, kann aber auch ein grosses Unternehmen wie ein nationaler Bahnbetreiber sein. Gewisse Investitionen werden entweder nicht oder nur ohne Zinsen zurückgezahlt, wenn bestimmte Katastrophen eintreten, definiert als «Erdbeben Japan» oder «Sturm Europa». Wenn das Katastrophenereignis, für das der Bond herausgegeben wurde, während seiner Laufzeit nicht eintritt, geht das investierte Kapital zusätzlich Zinsen an den Investor zurück. Wenn es eintritt, verliert der Investor seine Einlage oder einen Teil davon und die Zinsen entfallen. Vereinfacht gesagt hängt die Verzinsung oder Rückzahlung solcher Anleihen vom Eintritt des

85 ARMBRÜSTER (Fn. 25), S. 83.

86 NGUYEN (Fn. 12), S. 408 f.; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, Zur Rolle der Privatversicherung beim Schutz vor Katastrophen, KritV 2005, S. 318 ff., S. 326.

87 MARKUS KÖNIG, Der Anleger als «Rückversicherer» – Alternativer Risikotransfer mittels «Katastrophenanleihen» nach deutschem Recht, VersR 1997, S. 1042.

88 NGUYEN (Fn. 12), S. 40, S. 235; ARMBRÜSTER (Fn. 25), S. 84; DERS. (Fn. 86), S. 327 f.; MISCHA RITTER, Absicherung von Katastrophen-Risiko über Kapitalmärkte, Wiesbaden 2006; KERSTIN WEBER, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, ZfV 2005, S. 357 ff.

vereinbarten Katastrophenereignisses ab. Die Beurteilung des Risikos wird damit auf die Anleger verlagert. Sie ermöglichen dem Risikoträger eine Absicherung gegen Katastrophenrisiken auf mehrere Jahre, ohne dass ein Gegenpartei- oder Kreditrisiko besteht. Wenn das ex ante definierte Katastrophenereignis eintritt, bekommen die Versicherer in der Regel die Zinsen und je nach Vereinbarung einen Teil des eingesetzten Kapitals, um ihre Haftungsverpflichtungen aus dem Versicherungsgeschäft zu finanzieren.

Der Käufer erhält also eine Risikoprämie als Ausgleich dafür, dass er das Risiko aus einem Schadensereignis mit einer typischerweise geringen Eintrittshäufigkeit aber hohen Intensität und Schadenwirkung trägt.⁸⁹ Gegenüber den Instrumenten der Selbstfinanzierung und Rückversicherung hat der Risikotransfer via Katastrophenanleihen den entscheidenden Vorteil, dass der Erstversicherer kein Kreditrisiko tragen muss. Während ein Rückversicherungsvertrag lediglich ein Versprechen ist, den Versicherer im Fall eines Katastropheneintritts mit zusätzlichem Kapital zu versorgen, ist das Kapital, das in eine Katastrophenanleihe investiert wurde, völlig frei von anderen Forderungen und kann lediglich dazu verwendet werden, dem Versicherer im Falle einer Katastrophe neues Kapital zuzuführen.⁹⁰

Cat Bonds sind hoch verzinst, aber auch mit hohem Risiko behaftete Anleihen und werden weit überwiegend durch professionelle Anleger erworben. Sie bevorzugen solche Anlagen, weil der Schadeneintritt mit eventuellen Verlusten aus anderen Investitionen meist nicht korreliert und daher zur Diversifizierung beiträgt.⁹¹ Das Instrument der *Cat Bonds* wird in Zeiten gehäufter Grossschadensereignisse, in denen das Angebot an Rückversicherung knapp wird, immer stärker nachgefragt.⁹²

Cat Bonds sind eine innovative Möglichkeit zur Erhöhung der Versicherungskapazität und zur Überwindung von Kapazitätsengpässen in der Rückversicherung. Im Jahr 2011 wurden neue *Cat Bonds* mit einem Volumen von knapp unter USD 5 Mrd. platziert.⁹³ Seit Jahresbeginn 2012 haben u.a. Munich Re und Swiss Re neue *Cat Bonds* am Markt platziert, die US-Sturmrisiken verbriefen.⁹⁴

4. Staatliche Risikoübernahme

Eine weitere, vierte Möglichkeit, die Grenzen der Versicherbarkeit von Katastrophenrisiken zu erweitern, liegt in der staatlichen Risikoübernahme. Der Staat

89 STEPHAN ANDERS, Einsatz von Katastrophen-Indizes als Schadenbasis bei der Risk Securitization (I), VW 1999, S. 161 ff.

90 NGUYEN (Fn. 12), S. 320.

91 WOLFGANG KRON und TOBIAS ELLENRIEDER, Zunehmende Wetterschäden, VW 2009, S. 104 ff.

92 TRISTAN NGUYEN, Ist Rückversicherung durch Cat-Bonds ersetzbar?, VW 2007, S. 16.

93 KATJA SCHULD, Naturkatastrophenjahr 2011: Preisanstieg bleibt im Rahmen, VW 2012, S. 89.

94 A.a.O.

kann im Rahmen seiner ordnungspolitischen Aufgaben Massnahmen ergreifen, welche die Verfügbarkeit von Versicherungsschutz von Katastrophenrisiken verbessern. Er kann aufgrund seiner Steuerhoheit und der damit verbundenen nahezu unbeschränkten Kreditwürdigkeit besser mit Katastrophenschäden umgehen.⁹⁵ Wirtschaftlich lassen sich solche staatlichen Massnahmen damit rechtfertigen, dass die Schaffung angemessener und effektiver Versicherungsprogramme dem Allgemeinwohl dient.

Viele Länder kennen solche staatlichen Eingriffe ins Versicherungswesen, um die Verfügbarkeit von Versicherungen von Katastrophenrisiken sicherzustellen, die der Privatsektor nicht vollständig deckt.⁹⁶ Ein Beispiel ist die oben beschriebene Deckung durch den Bund im schweizerischen Kernenergiehaftpflichtrecht. Ein weiteres spannendes Beispiel ist die deutsche Extremus AG, welche seit 2002 unter staatlicher Beteiligung Versicherungsschutz gegen Terrorismusrisiken auf deutschem Territorium offeriert. Es ist eine Minifirma mit nur 12 Mitarbeitern, die für Terrorrisiken im Wert von über EUR 600 Mrd. haftet.⁹⁷ Sie bietet Versicherungsschutz bis zu EUR 2 Mrd. an, die sich deutsche Erstversicherer und internationale Rückversicherer teilen. Der Staat übernimmt im Umfang von weiteren EUR 8 Mrd. eine nachrangige Staatsgarantie, welche das Bundesministerium für Finanzen bis Ende 2013 verlängert hat. Dafür zahlt die Extremus AG dem Fiskus ein laufendes Entgelt von 30% des Prämienaufkommens, welche die Bereitstellung des staatlichen Haftungsfonds abgilt. Die Extremus AG meldete für 2011 ein steigendes Neugeschäft; die Bereitschaft, Immobilien gegen terroristische Angriffe zu versichern, habe zuletzt spürbar zugenommen, wird mitgeteilt.⁹⁸ Das Urteil des BGH,⁹⁹ wonach die Kosten für die Terrorschadensversicherung grundsätzlich als Nebenkosten anteilig auf die Mieter umgelegt werden können, unterstützte die Abschlussbereitschaft merklich.

Staatliche Eingriffe ins Versicherungswesen bergen zwei Gefahren. Sie dürfen weder dazu führen, Versicherungsnachfrage dort zu generieren, wo sie bei einer risikogerechten Prämie nicht bestehen würde, noch dazu, bestimmte Branchen einseitig zu subventionieren.¹⁰⁰

Erstens kann der Staat die Deckung von Risiken ermöglichen, für die zu risikogerechten Prämien keine Versicherungsnachfrage bestünde. So ist Versicherungsschutz weit unterhalb risikogerechter Prämien möglich. Derart motivierte staatliche Eingriffe bergen die Gefahr erheblicher Ineffizienzen, weil sie die fal-

95 NGUYEN (Fn. 3), S. 116 f.

96 NGUYEN (Fn. 3), S. 116.

97 Extremus AG, Geschäftsbericht 2011, auf <www.extremus.de>.

98 MONIKA LIER, Extremus Versicherungs-AG: Mehr Neugeschäft, VW 2011, S. 1773.

99 BGH vom 13. 12. 2010, XII ZR 129/09.

100 NGUYEN (Fn. 12), S. 410 f.; STEPHEN D. SUGARMAN, Roles of Government in Compensating Disaster Victims, Issues in Legal Scholarship 2007, S. 1 ff., S. 17.

schen Anreize setzen können.¹⁰¹ Es wird auf eine risikogerechte Tarifierung verzichtet. Das wiederum bewirkt, dass die Bebauung in stark hochwassergefährdeten Gebieten intensiver ist, als es ökonomisch sinnvoll wäre, da die Kosten des Hochwasserrisikos bei den Gebäudeeigentümern nicht internalisiert werden.¹⁰² Dieser Effekt ist im amerikanischen Bundesstaat Florida zu beobachten. In den letzten Jahren hat dort die Bebauung in den Küstenregionen sehr stark zugenommen, obwohl gerade diese Gebiete im besonderen Masse von Hurrikanen betroffen sind. In Florida erfolgen Neuansiedlungen in Regionen mit erhöhtem Katastrophenrisiko aufgrund staatlich subventionierter und allein dadurch für den einzelnen Grundstückseigentümer finanzierbarer Prämie für die Elementarschadensversicherung.¹⁰³

Die zweite Gefahr staatlicher Eingriffe in die Versicherung von Katastrophenrisiken besteht in der einseitigen Subventionierung von bestimmten Aktivitäten oder Wirtschaftszweigen. Beim Haftungsrisiko für die Betreiber von Kernkraftwerken zeigt sich der Staat beispielsweise grosszügig. Wie wir gesehen haben, besteht nach dem Schadensdeckungssystem des Kernenergiehaftpflichtgesetzes eine Deckung des Bundes in Höhe von CHF 1,8 Mrd. Die Betreiber tragen das Unfallrisiko von Kernkraftwerken nur zu einem sehr geringen Teil. Dadurch wird die Kernenergie subventioniert. Die Allianz Nein zu neuen AKW, der über drei Dutzend Umweltorganisationen und Parteien angehören, kritisierte 2008 genau dies.¹⁰⁴ Sie machte einen Vergleich der Pflichten von AKW-Betreibern mit denen von Kfz-Fahrern: Alle 3,9 Mio. Fahrzeugpolen deckten zusammen Schäden in der Höhe von CHF 20 Mrd. ab, die fünf bestehenden AKW aber gerade mal 9 Mrd. CHF. Pro Jahr müssten Autobesitzer rund CHF 670 für die Schäden ausgeben, die sie verursachen könnten, die Stromkonsumenten zahlten nur CHF 1,5, um die AKW zu versichern.¹⁰⁵ Die Allianz kritisierte deshalb, dass AKW-Betreiber Schäden nicht vollumfänglich selber versichern müssten.¹⁰⁶

Trotz dieser Gefahren haben staatliche Eingriffe ins Versicherungswesen zugenommen. Die Rolle des Staates bei der Versicherung von Katastrophenrisiken hat sich gewandelt. Während der Staat zunächst nur Aufsichtsorgan über das Versicherungswesen war, greift er heute mit verschiedensten Schutzkonzepten in das Versicherungsrecht ein. Er kann als Versicherer oder Rückversicherer agieren und Versicherungsschutz direkt an den Versicherungsnehmer gewähren. Staatliche Eingriffe können aber auch durch Festlegung von Rah-

101 NGUYEN (Fn. 12), S. 412; FAURE (Fn. 29), S. 445.

102 CORNEL QUINTO, Versicherungssysteme in Zeiten des Klimawandels, Elementarschaden-Versicherung von Gebäuden, Zürich 2010, S. 37 ff.

103 KLOEPFER (Fn. 1), S. 185; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, Versicherungsschutz gegen Hochwasser, in: Michael Kloepper (Hrsg.), Hochwasserschutz, Baden-Baden 2009, S. 157 ff., S. 164 f.

104 Siehe <<http://nein-zu-neuen-akw.ch/>>.

105 Zitiert nach SUSAN BOOS, Fukushima lässt grüssen – Die Folgen eines Super-GAU, Zürich 2012, S. 181 f.

106 Zitiert nach Boos (Fn. 105), S. 180.

menbedingungen, wie Haftungsobergrenzen oder Pflichtversicherungen, erfolgen.

Warum es sinnvoll sein kann, dass der Staat ins Versicherungswesen eingreift, kann am Beispiel von Hochwasserschäden erörtert werden.¹⁰⁷

Wenn der Staat nicht eingreift, so besteht das System aus einem Marktangebot der privaten Versicherungen und aus *ad-hoc*-Staatshilfe.¹⁰⁸ Darauf setzen Deutschland und die USA im Bereich der Elementarschäden. Bei freier Versicherungswahl ist oftmals in gefährdeten Gebieten nur sehr teure oder sogar keine Deckung erhältlich. Wird die Elementarschadensversicherung jedermann freigestellt, so versichert sich der Gebirgsbewohner tendenziell gegen Lawinen, jedoch nicht gegen Überschwemmungen, der Talbewohner umgekehrt eher gegen Überschwemmungen, nicht aber gegen Lawinen. Dieses an sich rationale Verhalten wirkt einer Risikodiversifikation entgegen. Deshalb ist eine Versicherung letztendlich nur im Rahmen vollständiger Risikogemeinschaften kostengünstig organisierbar.

Zwei der grössten Naturkatastrophen der vergangenen Jahre haben die Nachteile dieses Systems mit aller Deutlichkeit aufgezeigt, nämlich das Elb-Hochwasser in Deutschland im Sommer 2002 und der Hurrikan Katrina in den USA im August 2005. Es hat sich in beiden Fällen gezeigt, dass zahlreiche Gebäude unversichert geblieben waren. Die Geschädigten sind dann von Spenden und von *ad-hoc*-Staatshilfe abhängig. Deutschland hat nach der Flutkatastrophe 2002 ein Flutopfersolidaritätsgesetz erlassen.¹⁰⁹ Die Intervention des Staates rechtfertigt sich durch ein Gefühl der nationalen Solidarität. Ausserdem ist der Staat in einer Gewährleistungssituation. Springt er nicht ein, so wird er verantwortlich erklärt für gesellschaftliche Notsituationen und unter Umständen das Absterben einzelner Wirtschaftszweige.¹¹⁰

Dieses System bringt aber einige Probleme mit sich. Durch staatliche Hilfgelder und private Spenden werden Geschädigte abhängig von Leistungen, auf welche sie keinen Rechtsanspruch haben. Zudem führt die Erwartung, Staatshilfe zu erhalten, zu negativen Anreizen bei Gebäudeeigentümern. Sie verlassen sich auf Staatshilfe, anstatt Versicherungsschutz zu erwerben. Man spricht vom sog. *charity hazard*. Ausserdem wird durch die Staatshilfe auch die Motivation der Gebäudeeigentümer, Massnahmen zur Schadensprävention zu treffen, untergraben. Hier spricht man vom sog. *moral hazard*.¹¹¹ Die Swiss Re schrieb

107 WEISS (Fn. 84), S. 382 ff.

108 ARMBRÜSTER (Fn. 103), S. 160.

109 BGBl. 2002 I Nr. 67, S. 3651 ff. Siehe dazu ULRICH MAGNUS, Country Report Germany, in: Michael Faure und Ton Hartlief (Hrsg.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes – A Comparative Legal Approach*, Wien/New York 2006, S. 119 ff., S. 123.

110 KLOEPFER (Fn. 1), S. 185.

111 QUINTO (Fn. 102), S. 34; FAURE (Fn. 29), S. 443; siehe auch «Alternative Finanzierungs- und Versicherungslösungen – Vergleich unterschiedlicher Risikotransfersysteme dreier vom Augusthochwasser 2005 betroffener Länder: Deutschland, Österreich und Schweiz», auf <www.praeventionsstiftung.ch>.

dazu: «Da es praktisch niemanden gibt, der keinerlei Überschwemmungsrisiko ausgesetzt ist, hätte eine Pflichtversicherung einige Vorteile, zumal bei der jetzt beispielsweise in Deutschland praktizierten Finanzierung über die zusätzliche Steuerlast ebenfalls die gesamte Bevölkerung herangezogen wird. Jene, die sich freiwillig gegen Überschwemmungsschäden versichert hatten oder für Flutopfer spendeten, werden sogar doppelt belastet.»¹¹²

Mit einem Blick auf verschiedene Länder lässt sich beobachten: Je generöser staatliche *ad-hoc*-Hilfe gewährt wird, umso weniger Versicherungslösungen entwickeln sich, z.B. in Italien.¹¹³ Umgekehrt ist genau das Land, welches für Katastrophen aus Prinzip keine staatliche Hilfe gewährleistet, das Land, welches keine Probleme mit der Versicherung von Hochwasserschäden hat, nämlich das Vereinigte Königreich.¹¹⁴

Aus diesem Grund greift der Staat oft ein, um die Versicherbarkeit von Hochwasserrisiken zu erweitern. So sind Hochwasserschäden in der Schweiz durchgängig versichert, es besteht eine obligatorische Versicherung, eine Pflichtversicherung, deren Abschluss gesetzlich vorgeschrieben ist. Pflichtversicherungen können auf verschiedene Weisen angeboten werden, sei es durch eine gesetzliche Zwangsmitgliedschaft (dann hat die Versicherungseinrichtung ein rechtliches Monopol) oder durch den Abschluss privater Versicherungen.¹¹⁵

So wird denn in der Schweiz die Versicherung gegen Elementargefahren wie Hochwasser in 19 Kantonen von den kantonalen Gebäudeversicherungen (KGV) als Monopolversicherer wahrgenommen, in den restlichen 7 Kantonen durch private Versicherungen.¹¹⁶

82% aller Gebäudewerte sind also durch ein System der Pflichtversicherung mit gesetzlichem Monopol und integrierter Schadensbekämpfung und Schadensprävention abgedeckt. Für Katastrophen mit ausserordentlich hohen Schäden haben die kantonalen Gebäudeversicherungen einen Schadenspool geschaffen, die Interkantonale Risikogemeinschaft Elementar (IRG). Ohne diesen Pool müsste eine Gebäudeversicherung bei grösseren Katastrophen entweder zusätzlichen, teuren Rückversicherungsschutz einkaufen oder die Gefahr eingehen, erhebliche Verluste zu erleiden. Im Jahr 1999 wurde die zusätzliche Kapazität des IRG auf CHF 750 Mio. erhöht. Gottseidank, denn die kantonalen Gebäudeversicherungen wurden 1999 mit dem Wintersturm Lothar von den

112 Swiss Re, «Überschwemmungen sind versicherbar!», Focus Report, Zürich 2002, S. 4. Ähnlich QUINTO (Fn. 102), S. 27.

113 FAURE (Fn. 29), S. 413.

114 FAURE (Fn. 29), S. 413.

115 Im Entwurf zu einem Pflichtversicherungsgesetz (Fn. 46) wird unter dem Begriff der Pflichtversicherung eine obligatorische Haftpflichtversicherung bzw. eine Versicherungspflicht verstanden (Art. 1–3). Anders QUINTO (Fn. 102), S. 49, der nur im ersten Fall von Pflichtversicherungen spricht, im zweiten Fall vielmehr von Versicherungspflichten. Der Begriff «Pflichtversicherung» wird unterschiedlich benutzt.

116 Siehe dazu ausführlich QUINTO (Fn. 102), S. 49; BGE 124 I 11.

höchsten Elementarschäden ihrer bisherigen Geschichte getroffen.¹¹⁷ Auch im Katastrophenjahr 2005 hat sich die Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Gebäudeversicherung nachdrücklich bewiesen.¹¹⁸ Die versicherten Elementarschäden von ca. CHF 1 Mrd. wurden zum vollen Neuwert vergütet, d.h. ohne obere Limitierung je Ereignis. Das Gebäudeversicherungssystem ist auch europarechtlich haltbar, dies trotz des faktischen Monopolverbots in der EU.¹¹⁹ Dank der hoheitlichen Tätigkeit der KGV, vor allem im Bereiche der Schadensverhütung, und ihrer solidarischen Ausrichtung sind Monopol und Obligatorium mit der Dienstleistungsfreiheit und dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar.¹²⁰

In den übrigen sieben Kantonen¹²¹ – das entspricht 18% aller Gebäudewerte – besteht eine Versicherungspflicht ohne Monopolversicherung, welche mittels mehrerer, kleiner Risikokollektive wahrgenommen wird.¹²² Hat der Gebäudeeigentümer eine Feuerversicherung abgeschlossen, so wird die Deckung von Gesetzes wegen auf Elementargefahren erweitert. Die Feuerversicherung eignet sich besonders gut dafür, ein Huckepackverfahren für die Katastrophenversicherung bereitzustellen.¹²³ Die 15 Privatversicherungen, die 95% des Marktes in diesen Kantonen abdecken, geben ihre Risiken wiederum in den Schweizerischen Elementarschaden-Pool.¹²⁴ Durch diesen Pool entstehen ein Risikoausgleich und eine gewisse Solidarität zwischen guten und schlechten Risiken, was eine Versicherung der Risiken gegen Bezahlung einer Einheitsprämie erlaubt.

Die Einführung gesetzlicher Pflichtversicherungen wird auch im Ausland und international immer öfters gefordert. Nach dem schweren Ölnfall im Golf von Mexiko von 2010 wurde eine Pflichtversicherung für die Betreiber von Offshore-Ölplattformen vorgeschlagen.¹²⁵ Im Herbst 2012 hat die EU angekün-

117 QUINTO (Fn. 102), S. 21.

118 QUINTO (Fn. 102), S. 57. Vgl. MARKUS FISCHER, Prävention im System der Gebäudeversicherungen: Risikosteuerung im Verbund, Geomatik Schweiz 2/2008, S. 65 ff.

119 QUINTO (Fn. 102), S. 109; «Alternative Finanzierungs- und Versicherungslösungen – Vergleich unterschiedlicher Risikotransfersysteme dreier vom Augusthochwasser 2005 betroffener Länder: Deutschland, Österreich und Schweiz», auf <www.praeventionsstiftung.ch>, S. 9.

120 Vgl. statt vieler QUINTO (Fn. 102), S. 93 ff.

121 Nach den Anfangsbuchstaben GUSTAVO-Kantone genannt (Genf, Uri, Schwyz, Tessin, Appenzell Innerrhoden, Wallis, Obwalden).

122 QUINTO (Fn. 102), S. 68 ff. Dabei wird von einer «Versicherungspflicht» gesprochen, da die Versicherungsdichte für die kombinierten Feuer- und Elementarschadenversicherungen auch in den freiwilligen Kantonen ziemlich hoch ist.

123 ATTILA FENYVES in seinem Vortrag bei den 11. Österreichischen Umweltrechtstagen, 13.9.2006, zitiert nach WEISS (Fn. 84), S. 393.

124 QUINTO (Fn. 102), S. 70 f.

125 THOMAS A. FRIEDRICH, Offshore-Bohrinseln werden unversicherbar, VW 2011, S. 1657; siehe auch DERS., Umwelthaftungs-Richtlinie nach Fukushima und Ölpest, VW 2011, S. 503; ALBRECHT BIRKE, Schaden- und Unfallversicherung – Das Desaster im Golf von Mexiko hatte gleich mehrere Ursachen, VW 2011, S. 996; ANNE BENOÎT, Marées noires – qui paie la facture? Mécanismes de responsabilité et d'indemnisation en cas d'accidents pétroliers, Jusletter vom 30.5.2011.

digt, im Jahr 2013 einen Vorschlag für die Einführung einer Pflichtversicherung für AKW vorlegen zu wollen.¹²⁶

Pflichtversicherungen können eine interessante institutionelle Innovation darstellen.¹²⁷ Für eine Pflichtversicherung spricht, dass damit der Einzelne vor der Existenzgefährdung geschützt wird, ohne dass dabei die öffentliche Hand belastet wird, und dass dennoch durch die umfassende Versicherungspflicht die Prämien bezahlbar bleiben. Je weiter der Kreis der von der Versicherungspflicht Erfassten, umso stärker wird das Risiko kollektiviert. Indem gute und schlechte Risiken gebündelt werden, bietet das System finanzielle Stabilität und Finanzierbarkeit, gleichzeitig werden Anreize zur Elementarschaden-Prävention und Investition in die Schadensbekämpfung gesetzt und der *moral hazard* wird vermieden.

Gegen eine Pflichtversicherung wird argumentiert, dass diese teilweise zu einem obligatorischen Schutz vor sich selbst führen würde.¹²⁸ Die Pflichtversicherung diene typischerweise in erster Linie dazu, die Interessen Dritter und nicht diejenigen des Versicherungsnehmers selbst zu schützen. Prototyp sei die Kfz-Haftpflichtversicherung, die dem Schutz von Verkehrsunfallopfern diene. Ein staatlicher Zwang allein zur Eigenvorsorge sei verfassungsrechtlich angesichts der Privatautonomie sowie der Eigentumsgarantie nicht unbedenklich (Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 BV). Man würde jemanden «zum eigenen Glück zwingen». Würde eine Versicherungspflicht flächendeckend angeordnet, also unabhängig davon, ob und in welcher Höhe überhaupt den Einzelnen ein Risiko trifft, so käme es zudem zu einer Quersubventionierung und damit zu einer Entfernung vom Grundsatz der risikoadäquaten Prämie. Diese Subventionierung könne zu einer übermässigen wirtschaftlichen Nutzung gefährdeter Gebiete führen (Gefahr von Fehlallokationen).¹²⁹

Wichtig für eine Entscheidung, ob eine Pflichtversicherung wünschenswert und erforderlich ist, bleibt die Frage, ob die Versicherungen selbst einen hinreichend attraktiven Versicherungsschutz anbieten können. Voraussetzungen dafür sind ein hinreichend grosses Risikokollektiv, eine ausreichend zuverlässige Abschätzbarkeit der Risiken und eine gewisse Wirtschaftlichkeit. Erst wenn sich zeigt, dass es der privaten Versicherungswirtschaft *nicht* gelingt, einen ausreichenden Versicherungsschutz anzubieten, dann kann der Gesetzgeber eingreifen und eine Pflichtversicherung einführen.

Wenn Haftpflicht und Versicherungen nicht ausreichen, so stellen staatliche Leistungen häufig die einzige Ersatzquelle für die Opfer dar. Werden Hochwas-

126 <www.sueddeutsche.de/wirtschaft/vorschlag-der-kommission-eu-fordert-pflichtversicherung-gegen-akw-unfaelle-1.1487534>.

127 Siehe ARMBRÜSTER (Fn. 103), S. 159 ff., S. 162 f.; WEISS (Fn. 84), S. 382 ff.

128 So ARMBRÜSTER (Fn. 25), S. 87; DERS. (Fn. 103), S. 164 f.

129 Siehe ARMBRÜSTER (Fn. 25), S. 88; NGUYEN (Fn. 3), S. 112, S. 114, S. 116.

schäden wie in Deutschland ungenügend versichert, so bleibt nur die *ad-hoc*-Staatshilfe.

D. Säule 3: Der Ersatz von Katastrophenschäden durch Ansprüche gegenüber dem Staat

I. Ersatzansprüche gegenüber staatlichen Entschädigungsfonds

Der Staat kann einen *ad-hoc*-Entschädigungsfonds für eine spezifische Katastrophe etablieren. Er entscheidet dann von Katastrophe zu Katastrophe, ob er sein «Portemonnaie» öffnet. Ein Beispiel dafür ist das deutsche Flutopfersolidaritätsgesetz vom 19. September 2002.¹³⁰ In ähnlicher Vorgehensweise wurden in der Schweiz nach dem Atomunfall von Tschernobyl Geschädigten von Staates wegen sich aus dem einschlägigen Recht nicht ergebende oder in der Schweiz für nicht einbringlich gehaltene Entschädigungen zuerkannt.¹³¹ Oder aber der Staat etabliert einen strukturellen Entschädigungsfonds für Geschädigte von Katastrophen, wie dies in Österreich mit dem Katastrophenfonds der Fall ist.¹³²

In der Literatur gibt es viele kritische Stimmen gegenüber staatlichen Fondslösungen.¹³³ Wieso sollte der Staat einen spezifischen Fonds für einen bestimmten Typ Opfer einführen und öffentliche Mittel aus Solidarität einigermaßen zufällig verteilen?¹³⁴ Man könnte kritisieren, der Staat verhalte sich in solchen Fällen wie ein Weihnachtsmann,¹³⁵ wie ein «Samichlaus». Was sollte es rechtfertigen, dass die Steuerzahler für private Schäden aufkommen, wenn

130 Siehe Fn. 109.

131 Mit Bundesbeschluss vom 18.12.1987 (BB1 1988 I, 63 ff.) hatte der Bund die Möglichkeit geschaffen, dass die Schäden der wirtschaftlich meist schwächeren Kleintierhalter, der Medizinal- und Gewürzkräuterproduzenten, der vom Fangverbot im Luganersee betroffenen Fischer sowie der Inhaber kleinerer Betriebe der Gemüseproduktion und weiterer Bereiche der Landwirtschaft durch freiwillige Leistungen des Bundes abgegolten werden können. Die Finanzhilfe betrug für die Fischer des Luganersees 100 %, in den übrigen Fällen höchstens 75 % des anrechenbaren Schadens. In dieser Regelung zeigte sich klar die Intention des Gesetzgebers, keine generelle Entschädigung vorzusehen, sondern nur für die Fälle, in denen eine Selbsttragung der Schäden unzumutbar erschien (BB1 1987 II, 1389 ff.). Kritisch dazu RAUSCH (Fn. 48), S. 26 ff., da sich diese Pflicht schon aus dem KHG ergebe.

132 Bundesgesetz über Massnahmen zur Vorbeugung und Beseitigung von Katastrophenschäden (Katastrophenfondsgesetz, KatFG 1996), BGBl. Nr. 201/1996, zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 67/2009. Siehe HINGHOFER-SZALKAY (Fn. 33), S. 30 ff.; DAGMAR HINGHOFER-SZALKAY und BERNHARD A. KOCH, Country Report Austria, in: Michael Faure und Ton Hartlief (Hrsg.), Financial Compensation for Victims of Catastrophes – A Comparative Legal Approach, Wien/New York 2006, S. 7 ff., S. 12 ff.

133 Siehe dazu die Hinweise bei MICHAEL FAURE und TON HARTLIEF, Country Report: The Netherlands, in: Michael Faure und Ton Hartlief (Hrsg.), Financial Compensation for Victims of Catastrophes – A Comparative Legal Approach, Wien/New York 2006, S. 195 ff., S. 211 f.

134 FAURE/HARTLIEF (Fn. 133), S. 211 f.

135 FAURE (Fn. 29), S. 443 f.

doch ansonsten zunächst einmal grundsätzlich jeder seinen Schaden selbst trägt?¹³⁶ Und gibt es nicht auch für den Einzelnen katastrophale Geschehen, die von der Allgemeinheit eben gerade nicht sozialisiert, sondern individualisiert werden?¹³⁷ Fonds-Lösungen könnten dazu führen, dass Anreize des Geschädigten, sich selbst zu versichern oder präventive Massnahmen im Rahmen eines effektiven Risikomanagements zu treffen, verwässert werden. Wer sich einer staatlichen Entschädigung sicher sein kann, der kann die Versicherungsprämien sparen.¹³⁸ Die Lösung für diese Bedenken ist nicht einfach. Die Lastenverteilung sollte nicht so konzipiert werden, dass Einzelne den Nutzen ihres Eigentums haben, die eintretenden Schäden dann aber von der Gemeinschaft der Steuerzahler getragen werden. Eine gerechte Verteilung der Schäden zwischen der Allgemeinheit und dem Einzelnen kann auch angemessene Anreize setzen und so zur Schadensvermeidung ebenso wie zu einem erhöhten Risikobewusstsein beitragen.

Ist der Staat der Meinung, ein staatlicher Eingriff sei notwendig, so sind Versicherungslösungen gegenüber staatlichen Entschädigungsfonds vorzuziehen.¹³⁹ Dann zahlen die Opfer nämlich selber für den Schutz, den sie nachher erhalten. Das kann präventive Wirkung haben.¹⁴⁰ Man kann in Europa denn auch insgesamt den Trend beobachten, dass es vermehrt Versicherungslösungen für Katastrophenschäden gibt, unterstützt durch verschiedene Formen staatlicher Risikoübernahme.¹⁴¹ Die schweizerische Erfolgsgeschichte der Hochwasserversicherung unterstützt die These, dass ein gut funktionierendes Versicherungssystem eine Fondslösung überflüssig machen sollte.

Trotz dieser Bedenken kann man behaupten, dass sich das Prinzip «*casum sentit dominus*» mehr und mehr gewandelt hat, und zwar in das Prinzip «*casum sentit res publica*» – der Staat trägt den Schaden.¹⁴² So gelangen wir zu den Ersatzansprüchen gegenüber dem Staat aufgrund von Enteignung und Staatshaftung. Zum einen besteht eine Entschädigungspflicht für staatliche Eingriffe nach den Gedanken der Aufopferung und Enteignung (nachfolgend II.), zum anderen eine Schadenersatzpflicht für Amtspflichtverletzungen (nach-

136 TRUTE (Fn. 58), S. 45; HINGHOFFER-SZALKAY/KOCH (Fn. 132), S. 35.

137 TRUTE (Fn. 58), S. 47.

138 FAURE (Fn. 29), S. 446.

139 FAURE (Fn. 29), S. 443. Vgl. auch RICHARD A. EPSTEIN, Catastrophic Responses to Catastrophic Risks, 1996 Journal of Risk and Uncertainty 12, S. 287 ff.; GEORGE PRIEST, The Government, the Market and the Problem of Catastrophic Loss, 1996 Journal of Risk and Uncertainty 12, S. 219 ff.

140 FAURE (Fn. 29), S. 445 f.

141 FAURE (Fn. 29), S. 447.

142 BERNHARD A. KOCH und DAGMAR HINGHOFFER-SZALKAY, Coping with Disaster – Redress for Damage Caused by Natural Catastrophes on Both Sides of the Atlantic, in: Gudrun M. Grabher und Anna Gamper (Hrsg.), Legal Narratives – European Perspectives on U.S. Law in Cultural Context, Wien 2009, S. 57 ff., S. 58.

folgend III.). Gemeinsam ist beiden das Erfordernis eines konkreten tatsächlichen Anknüpfungspunkts als Grundlage der Ersatzansprüche.

II. Ersatzansprüche aus Enteignung

Heutzutage hat sich die Bautätigkeit des Menschen teilweise in dafür ungeeignete Gebiete ausgedehnt. Es ist deshalb nicht immer sinnvoll, durch Hochwasser oder andere Naturgefahren beschädigte Gebäude am gleichen Ort wieder aufzubauen. Erkenntnisse zu Naturgefahren werden in der Raumplanung sichtbar gemacht und bei allen raumwirksamen Tätigkeiten berücksichtigt. Dabei kann es zu Nutzungsbeschränkungen oder zu Nutzungsverboten kommen. Es stellt sich dann die Frage, ob die betroffenen Grundeigentümer unter dem Titel der materiellen Enteignung zu entschädigen sind (Art. 26 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 2 RPG).

Im Hinblick auf den Schutz vor Naturgefahren kann es beispielsweise zweckmässig sein, Gebiete, die für die Errichtung von Schutzanlagen benötigt oder für die Gefahreneindämmung renaturiert werden müssen, mit einem Bauverbot zu belegen.¹⁴³ Eine Enteignung kann auch beim Öffnen von Schleusen oder ähnlichen Massnahmen wie der periodischen Überflutung einer Landfläche, mit denen Gefahren für die Allgemeinheit oder eine grosse Bevölkerungsgruppe abgewendet werden sollten und die dadurch gleichzeitig bei anderen Betroffenen zu erheblichen Beeinträchtigungen von Rechtsgütern geführt haben, als mögliche Anspruchsgrundlage in Betracht kommen.¹⁴⁴

Enteignungen im Sinne von Art. 26 BV setzen eine Verletzung des Eigentums als ungewollte Nebenfolge eines hoheitlichen Handelns voraus. Es handelt sich um Fälle rechtmässigen Handelns, in denen sich der Schutz der Eigentumsgarantie von einem Abwehrrecht in einen einklagbaren Entschädigungsanspruch wandelt. Die Schwierigkeit besteht dabei in der Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtigen und entschädigungslosen Eigentumsbeschränkungen. Das Bundesgericht hat eine Grundkonzeption entwickelt und diese mit ergänzenden Rechtsprechungslinien konkretisiert, welche von gewissen Kriterien getragen werden, die nicht nur durch die Eigentumsgarantie, sondern auch durch andere Grundrechte und allgemeine Verfassungsprinzipien (Rechtsgleichheit, Vertrauensschutz) geprägt werden.¹⁴⁵

143 Vgl. Art. 48 Abs. 1 WaG; Art. 17 Abs. 1 und Art. 3 Wasserbaugesetz; WALDMANN (Fn. 5), S. 162.

144 WALDMANN (Fn. 5), S. 159 ff. Vgl. auch das vom BAFU in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von ERWIN HEPPERLE, Schutzauftrag und Subventionierung bei Naturgefahren, Rechtsgutachten, Umwelt-Wissen Nr. 0821, Bern 2008.

145 WALDMANN (Fn. 5), S. 162 ff.; ENRICO RIVA, Hauptfragen der materiellen Enteignung: eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Habil. Bern 1990, S. 262 ff., S. 266 ff.; BGE 91 I 329 ff. (*Barret*); Kriterien zusammengefasst in BGE 118 Ib 241 E. 6c; ergänzende Rechtsprechungslinien in BGE 106 Ib 336 E. 5b (*Aarberg*: polizeiliche Eingriffe sind entschädigungslos); BGE 105 Ia 330 (*Zizers*:

Grundsätzlich hat der Eigentümer nur in zwei Fällen der materiellen Enteignung Anspruch auf Entschädigung,¹⁴⁶ nämlich wenn ihm der Staat den Gebrauch seiner Sache in einer Weise einschränkt, die besonders schwer wiegt oder wenn er so betroffen ist, dass sein Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene (sog. Sonderopfer). Bestehen Hindernisse, sodass sich die nun entzogene Nutzungsmöglichkeit ohnehin nicht in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte verwirklichen lassen, so entfällt die Entschädigungspflicht. Angesichts der Gefahrenlage eines Grundstücks können das übergeordnete Recht (Art. 22 Abs. 3 RPG) und die tatsächlichen Verhältnisse der Erteilung einer Baubewilligung entgegenstehen, sodass die Realisierungswahrscheinlichkeit verneint werden müsste.¹⁴⁷ Grundstücke, die erheblichen Naturgefahren (wie z.B. Lawenniedergängen oder Steinschlag) ausgesetzt sind, können somit als rechtlich und faktisch unüberbaubar gelten.

Im Zusammenhang mit Naturgefahren kommt zudem zum Tragen, dass der Eigentümer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen – unabhängig von ihrer Schwere – grundsätzlich entschädigungslos zu dulden hat.¹⁴⁸ Gestützt auf die Gefahrenkarte Hochwasser erlassene Verfügungen und Massnahmen sind derartige, polizeilich motivierte Akte der Behörden und als solche nicht entschädigungspflichtig, solange sie verhältnismässig sind.¹⁴⁹ Die Gefahrenkarten selber dokumentieren in der Regel nur das öffentliche Interesse für die Anordnung der behördenverbindlichen (Richtplan) und grundeigentümerverbindlichen (Nutzungsplan, Verweigerung Baubewilligung, Baubewilligung mit Auflage) Nutzungsbeschränkungen oder Nutzungsverbote.¹⁵⁰

Konkretisierungen des Eigentumsinhalts durch gesetzliche Vorschriften von Bund und Kantonen sind entschädigungslos).

146 BGE 91 I 339 (*Barret*); BGE 131 II 151 E. 2.4 (*Boudry*); BGE 131 II 728 E. 2; BGE 125 II 431 E. 3 (*Wiederkehr*); BGE 123 II 481 E. 6 (*M.*); BGE 121 II 317 E. 12 (*Jeanneret*); BGE 121 II 417 E. 4 (*Meilen*); siehe zum Ganzen ENRICO RIVA, in: Heinz Aernissegger, Alfred Kuttler, Pierre Moor und Alexander Ruch (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 5 N 123 ff.; sowie die Kurzübersicht bei THIERRY TANQUEREL, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite, in: Anne-Christine Favre, Vincent Martenet und Etienne Poltier (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Zürich 2012, S. 85 ff. m.w.H.

147 Siehe WALDMANN (Fn. 5), S. 167 f. m.w.H.; HEPPERLE (Fn. 144), S. 82; BGer vom 9.11.2011, 2C.461/2011, E. 5.1 m.w.H.; BGer vom 7.1.2003, 1P.421/2002, E. 2; BGer vom 15.2.2007, 1P.855/2006.

148 Statt vieler BGer vom 28.11.1995, 1P.141/1995; BGer vom 1.4.1996, ZB1 1997, S. 178; BGer vom 20.6.1990, ZB1 1991, 558; BGE 106 Ia 266; BGE 106 Ib 330 E. 4; BGE 103 Ib 210 E. 1c; BGE 96 I 123 E. b; BGE 96 I 350 E. 4; BGer vom 7.1.2003, 1P.421/2002, E. 2; BGer vom 9.11.2011, 2C.461/2011, E. 4.

149 BÉATRICE WEBER-DÜRLER, Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, ZB1 1984, S. 280 ff.; DIES., Die Staatshaftung im Bauwesen, ZB1 1997, S. 405. Siehe auch Entscheid der Revisionskommission des Kantons Wallis vom 2.12.2004, ZWR 2005, S. 16 ff.

150 WALDMANN (Fn. 5), S. 166 f.; HEPPERLE (Fn. 144), S. 42.

Das Bundesgericht wendet diesen Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe nicht mehr ausnahmslos an.¹⁵¹ Es ist im Laufe seiner Rechtsprechung dazu übergegangen, bei polizeilich motivierten Eigentumseingriffen zusätzlich jeweils auch noch nach den Kriterien der materiellen Enteignung zu prüfen, ob eine Entschädigung geschuldet ist. Der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eigentumseingriffe im engeren Sinn erscheint heute als relativiert.¹⁵² In drei Fällen haben Eigentümer ausnahmsweise polizeiliche Massnahmen im engeren Sinn nicht entschädigungslos hinzunehmen, wenn (1) die Eigentumsbeschränkung (z.B. ein Bauverbot) auch raumplanerisch motiviert ist und damit über das unbedingt Notwendige zum Schutz der Polizeigüter hinausgeht, wenn (2) eine bereits ausgeübte Nutzung verboten wird, oder wenn (3) baureifes oder grob erschlossenes Land ausgezont wird oder die Massnahme einer solchen Auszonung gleichkommt.¹⁵³

Bei der Auszonung von Bauland unterscheidet das Bundesgericht nach dem Zweck der Schutzmassnahme.¹⁵⁴ Dient die Eigentumsbeschränkung unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selber, beispielsweise bei einem Bauverbot in einem lawinengefährdeten Gebiet, liegt keine materielle Enteignung vor. An der Entschädigungslosigkeit ändert auch nichts, dass die Beschränkung zusätzlich noch weiteren z.B. raumplanerischen Interessen dient, oder dass durch die Auszonung und Einweisung des Grundstücks in eine Schutz- oder Gefahrenzone möglicherweise ein Planungsfehler korrigiert wird. Im zweiten Fall ist allenfalls eine Haftung nach Staatshaftungsrecht zu prüfen (siehe nachfolgend III.). Wird die Auszonung dagegen zum Schutz der Allgemeinheit vorgenommen, ist eine Entschädigung nicht ausgeschlossen, sondern nach den Kriterien der materiellen Enteignung zu prüfen. Eine Entschädigung könnte demnach geschuldet sein, wenn erschlossenes Bauland trotz einer gewissen Gefährdung baulich genutzt werden könnte, die Gemeinde aber die Fläche für eine Bachverbreiterung oder als «Pufferzone» für Geschiebeablagerungen zum Schutz einer öffentlichen Strasse freihalten will.

In einem neueren Entscheid des Bundesgerichts vom 9. November 2011 kommen diese Grundsätze zur Anwendung und werden weiterentwickelt.¹⁵⁵ Es ging dabei um Hochwasserschutzmassnahmen am Glyssibach bei Brienz. Dort gingen im August 2005 Murgänge nieder, welche Häuser zerstörten und zum

151 Grundlegend BGE 106 Ib 336 E. 5b; bestätigt in BGer vom 9.11.2011, 2C.461/2011, E. 4.3.

152 RIVA (Fn. 146), Art. 5 N 174.

153 VLP-ASPAN, Gefahrenschutz: Entschädigungen infolge Umzonungen?, Bern 2006, S. 2; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, L'Etat et sa responsabilité – Constats et questions, in: CFPG (Hrsg.), *Gestione di una Catastrofe e Responsabilità*, Lugano/Basel 2003, S. 417 ff., S. 440 f.

154 Vgl. BGE 96 I 123 E. b; BGE 106 Ib 336 E. 5c/aa; BGer vom 1.1.2003, 1P.421/2002, E. 2 (Verbot der Überbauung in einem lawinengefährdeten Gebiet) ferner BGer vom 1.4.1996, 1P.373/1995, ZBl 1997, S. 178 (Gefahrenzone in einem Erdbehrschgebiet).

155 BGer vom 9.11.2011, 2C.461/2011. Siehe dazu ERWIN HEPPERLE, Bundesbeiträge an den Landerwerb für Hochwasserschutzmassnahmen: Ein folgenschwerer Bundesgerichtsentscheid, *Sicherheit & Recht* 2012, S. 135 ff.

Verlust zweier Menschenleben führten. Die Gefahrenkarte musste daraufhin aktualisiert werden. Im Anschluss an das Ereignis wurde ein Hochwasserschutzprojekt in Angriff genommen. Das Bett des Glyssibachs wurde erweitert. Durch das Baugebiet führte nun eine 20 m breite Schneise, die künftigen Hochwassern und Murgängen als Entlastungskorridor dienen sollte. Dadurch konnte die Gefährdung so stark reduziert werden, dass für die Liegenschaften ausserhalb des Entlastungskorridors eine bauliche Nutzung weiterhin möglich würde, wenn auch mit Auflagen. Welche Nutzungsmöglichkeiten wo noch verblieben, hing damit von der Art und Lokalisierung der Schutzmassnahmen ab. Es war die Linienführung des Wasserbauprojekts, die darüber bestimmte, welche Grundstücke am Glyssibach in der roten Zone verbleiben und aus der Bauzone entlassen werden müssten.

Das Bundesgericht betonte, dass die Zuweisung zur roten Zone eine bauliche Nutzung noch nicht ausschliesse; dies hänge vielmehr davon ab, ob das zuständige Gemeinwesen mit planerischen Massnahmen eine bauliche Nutzung im betroffenen Gebiet verbiete, oder ob es hinreichende aktive Schutzmassnahmen treffe (E. 5.2). Eine Entschädigung zum Baulandwert könne daher nicht schon mit dem Argument verneint werden, die betroffenen Grundstücke lägen in einem gefährdeten Gebiet (E. 5.6). Das Gemeinwesen entschied sich, einen kleineren Teil der betroffenen Grundstücke zu erwerben, um den grösseren Teil wie auch die Strassen- und Bahnlinie schützen zu können (E. 5.5). Die Massnahmen dienten somit mindestens teilweise dem Schutz Dritter bzw. der Allgemeinheit. Das Bundesgericht bejahte ein Sonderopfer (E. 5.6). Es ging um den Verlust einer künftigen Nutzung (E. 4.1), wobei die eventuell bessere Nutzungsmöglichkeit rein fiktiv war. Es hätte ja sein können, dass andere Grundstücke für die Realisierung des Wasserbauprojekts herangezogen worden wären, «Grundstücke, welche dank dem jetzt realisierten Projekt weiterhin genutzt werden können. In solchen Situationen ist es gewissermassen – wenn vielleicht auch nicht technisch, so doch rechtlich – zufällig, welche Grundstücke für Schutzmassnahmen herangezogen werden und welche davon profitieren.» (E. 5.6).

Dies kann aber zu erheblichen Kosten bei der Umsetzung von Massnahmen gegen Naturgefahren führen!¹⁵⁶ Vom Staat hinreichende Sicherheit in Kombination mit wenigen Nutzungseinschränkungen und niedrigen Kosten zu verlangen, ist viel verlangt.¹⁵⁷ Es ist deshalb verständlich, wenn die Meinung vertreten wird, dass eine Entschädigung generell nicht gerechtfertigt sei, wenn es um den Schutz vor Naturgefahren gehe.¹⁵⁸

156 HEPERLE (Fn. 155), S. 137, macht deshalb Vorschläge wie man allfällige Entschädigungskosten tief halten könne, indem man versuche, sich auf eine rein raumplanerische Problembewältigung zurückzuziehen. Dann müssten alle Grundstücke, die sich im Baugebiet befinden, neu aber in die Gefahrenzone rot zu liegen kommen, ausgezont werden.

157 So auch HEPERLE (Fn. 155), S. 137.

158 PIERRE MOOR und ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3. Aufl. 2011, S. 900.

Alles in allem kann gesagt werden, dass eine Auszonung einer sogar erschlossenen und überbauten Parzelle aus polizeirechtlichen Gründen wie dem Schutz gegen Naturgefahren in vielen Fällen keinen Anspruch auf eine Entschädigung aufgrund materieller Enteignung begründet;¹⁵⁹ und selbst wenn ein Anspruch auf Entschädigung bestünde, dürfte die Höhe der Entschädigung infolge Werteinbusse des gefährdeten Grundstücks (Verlust der Baulandqualität) nicht sehr hoch sein (Wert von Landwirtschaftsland).¹⁶⁰ Ersatzansprüche aus Enteignung kennen somit ihre Grenzen.

III. Ersatzansprüche aus Staatshaftung

Eine weitere Möglichkeit, Ersatzansprüche gegen den Staat geltend zu machen, ist die Staatshaftung, wie sie in den Verantwortlichkeitsgesetzen des Bundes und der meisten Kantone normiert ist. Erforderlich ist die Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht. Das Gesetz muss also die Pflichten und Aufgaben der Behörde festlegen. Daraus kann dann ein widerrechtliches Verhalten abgeleitet werden. Das kann heikel zu beurteilen sein, insbesondere wenn dem Staat schädigendes Verhalten durch eine Verfügung, eine Unterlassung oder die Verletzung einer Aufsichtspflicht vorgeworfen wird.¹⁶¹ Da die Staatshaftung insgesamt an Amtspflichten anknüpft, ergibt sich Folgendes: Je mehr sich ein Staat im Rahmen der Vorsorge, Abwehr und Bekämpfung von Katastrophen engagiert und sich selber Handlungspflichten vorgibt, desto eher kann er sich einem Haftungsrisiko aussetzen.¹⁶²

Es kann schon im Hinblick auf die Vorsorge für den Katastrophenfall zu Staatshaftungsansprüchen kommen.¹⁶³ Wurden konkrete Pflichten zur Errichtung und Erhaltung von Hochwasserschutzmassnahmen verletzt?¹⁶⁴ Hätte eine Nutzungsbewilligung in einem gefährdeten Gebiet widerrufen werden müssen? Hätte der Bürger bei Bebauung von katastrophengefährdeten Grundstücken vor bestehenden Risiken gewarnt werden müssen? Der Staat kann für Katastro-

159 BGE 122 II 20.

160 Vgl. BGer vom 15. 2. 2007, 1P.855/2006 (*Baltschieder*), E. 3, zur Frage der Entschädigungshöhe für ein nach einem Murgang unüberbaubar gewordenes Grundstück; CHRISTOPH JÄGER, Naturgefahren: Die Grundeigentümer haben das Nachsehen, Inforum, VLP-ASPAN, Nr. 5/07, S. 13 ff. (In den meisten Fällen eignet sich das durch ein Naturereignis heimgesuchte Land nur noch für die landwirtschaftliche Nutzung und hat somit den Wert von Landwirtschaftsland.).

161 ANNE-CHRISTINE FAVRE, Die Haftung des Gemeinwesens am Beispiel des Schutzes vor Naturgefahren, VLP-ASPAN, Raum & Umwelt Nr. 6/2007, S. 1 ff., S. 4. Siehe auch BGE 132 II 305 E. 4; 123 II 577 E. 4d/ff; 118 Ib 473 E. 2b; 116 Ib 367 E. 4c.

162 So auch ZUFFEREY (Fn. 153), S. 441; HINGHOFFER-SZALKAY (Fn. 7), S. 5.

163 FAVRE (Fn. 161), S. 1 ff.

164 Hochwasserschutz sollte gemäss Art. 3 Abs. 1 Wasserbaugesetz nicht mehr, wie bis anhin, primär mit baulich-technischen Massnahmen, sondern neu mittels Unterhalt und raumplanerischen Massnahmen gewährleistet werden, siehe dazu MARK GOVONI, Rechtliche Aspekte des integralen Risikomanagements beim Schutz vor Hochwasser, Sicherheit & Recht 2/2008, S. 103 ff., S. 103.

phenschäden nur in Anspruch genommen werden, wenn und soweit er für diese aufgrund eines rechtlich beachtlichen Tuns oder Unterlassens in dem konkreten Einzelfall verantwortlich gemacht werden kann.¹⁶⁵ Im Prinzip löst eine Unterlassung durch das Gemeinwesen nur dann eine Haftung des Gemeinwesens aus, wenn Vorschriften das Gemeinwesen zum Handeln zwingen bzw. eine besondere Rechtspflicht zum Handeln verletzt wurde, die sich aus einer Schutznorm ergibt.¹⁶⁶ Es müssen aber nur erkennbar gebotene, durchführbare und wirtschaftlich zumutbare Massnahmen getroffen werden.¹⁶⁷

Der Fall der aussergewöhnlichen Hochwassersituation am Thunersee aus dem Jahr 1999 ist ein illustratives Beispiel dafür.¹⁶⁸ Aus dem Urteil des Bernischen Verwaltungsgerichts vom 18. März 2004 ergibt sich, dass selbst wenn eine Rechtspflicht zur Schadensabwehr besteht, diese nicht unbeschränkt ist. Es müssen nicht alle erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden, um eine drohende Gefahr abzuwehren. Es sind nur jene zu treffen, die sich aus besonderen Vorschriften ergeben oder aufgrund allgemeiner Vorsichtsregeln als zweckmässig und zumutbar erweisen.¹⁶⁹ Das Gemeinwesen muss die Bevölkerung nicht vor sämtlichen Schäden und Gefahren, die in ausserordentlichen Lagen eintreten können, schützen. In solchen Lagen, in denen Zeit- und Entscheidungsdruck herrscht, muss den zuständigen Behörden ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugestanden werden, den sie nach bestem Wissen und Gewissen wahrzunehmen haben.¹⁷⁰

Die Frage nach der Haftung des Gemeinwesens im Rahmen von Planungsmassnahmen ist ebenfalls heikel.¹⁷¹ Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung dient das Raumplanungsgesetz dazu, die Sicherheit von Gütern und Per-

165 Vgl. z.B. BGER vom 18.5.2005, 4C.45/2005: Wäre der Kanton Wallis auf der Strasse Täsch-Zermatt verpflichtet gewesen, einen Abschnitt durch einen Lawinentunnel zu sichern? Keine verpflichtende Norm und keine Pflicht aufgrund der Verhältnismässigkeit, kein Werkmangel, sondern höhere Gewalt.

166 BGE 132 II 305 E. 4; 123 II 577 E. 4d/ff.; 118 Ib 473 E. 2b; 116 Ib 367 E. 4c; JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 164 ff., S. 175 f.

167 PETER QUEITSCH, Hochwasserschutz und Haftung im Zeitalter des Klimawandels, UPR 2011, S. 130 ff., S. 135. Dabei ist der drohende Schaden gegen die Kosten der Abwehrmassnahmen abzuwägen, vgl. hierzu etwa VIVIANE SOBOTICH, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Bau-recht, Zürich 2000; WEBER-DÜRLER (Fn. 149), S. 385 ff.

168 Verwaltungsgericht des Kantons Bern vom 18.3.2004 (VGE 21 657/VGE 21234) = BVR/JAB 1995, S. 3; dazu FAVRE (Fn. 161), S. 6.

169 BVR/JAB 2005, S. 3, E. 3.4. Siehe auch BGE 127 IV 62 E. 2d, 126 III 113 E. 2a/aa und E. 2b, 116 II 422 E. 1.

170 BVR/JAB 2005, S. 3, E. 4.3; mit Verweis auf BVR/JAB 2000, S. 537, E. 4d/dd («Ermessensspielraum der Vernunft» bei Schadensprävention in ausserordentlichen Lagen); TOBIAS JAAG, Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 2003 I, S. 3 ff., S. 62 f.; PATRICK NÜTZI, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Bern 1995, S. 292 f.

171 Siehe dazu CHRISTOPHE CUENI, Die ausservertragliche Haftung der Gemeinde im Planungs- und Bauwesen, Teil II, KPG 2006 I, S. 19; MARCO BORGHI, La responsabilità dell'ente pubblico nel campo della pianificazione territoriale in caso di catastrofi naturali, Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese 1999, S. 399 ff.

sonen, insbesondere jene der Grundeigentümer, zu gewährleisten.¹⁷² Nach dieser Meinung sollten Grundeigentümer in der Bauzone gegen den Staat haftungsrechtlich vorgehen können, wenn sie von einem vorhersehbaren Naturereignis betroffen sind, das die Behörde zu einer Auszonung oder zum Entzug der Wohnnutzung hätte veranlassen müssen. So drohen den Kantonen und Gemeinden im Kontext der Raumplanungs-, Wasserbau- und Waldgesetzgebung bei Versäumnissen in der Erstellung der Gefahrenkarten sowie bei deren Nichtberücksichtigung im Rahmen raumwirksamer Tätigkeiten Entschädigungspflichten unter dem Titel der Staatshaftung.¹⁷³

Im Bereich der Katastrophenbewältigung kann es ebenfalls zu Staatshaftungsansprüchen kommen. Drittschützende Amtspflichten bestehen auch im Hinblick auf die Abwehr unmittelbar bevorstehender oder die Bewältigung bereits eingetretener Katastrophen. Wurden die Wasserstände richtig gemessen? Wurde die Bevölkerung richtig gewarnt? Wurde rechtzeitig evakuiert?¹⁷⁴ Auch hier wird es meistens an einem Anspruch gegen den Staat fehlen. Entweder wurde keine konkrete Pflicht verletzt oder der Kausalitätsnachweis scheitert.¹⁷⁵ Eine unterlassene Warnung vor einem Hochwasser löst keinen Anspruch auf Ersatz von Überflutungsschäden aus, die der Geschädigte auch bei rechtzeitiger Information nicht hätte verhindern können.¹⁷⁶ Staatshaftungsrechtlich relevante Informationspflichten können angenommen werden in Bezug auf ausserordentliche Gefahren, die den Behörden, aber nicht der Bevölkerung bekannt sind. Die Wahl des angemessenen Umfangs und Zeitpunkts der Information ist weitgehend eine Frage der Zweckmässigkeit bzw. der Einschätzung der Lage. Eine widerrechtliche Unterlassung der Informationspflicht liegt nur vor, wenn dieses Ermessen pflichtwidrig ausgeübt worden ist. Eine Rechtswidrigkeit ergibt sich nicht schon daraus, dass die zuständigen Stellen im Nachhinein durch Auswertung der Ereignisbewältigung zur Folgerung kommen, in Zukunft müsse die Informationstätigkeit verbessert werden.¹⁷⁷ Wo veränderte Gegebenheiten oder neue Erkenntnisse auf erhöhte Gefahrensituationen hinweisen, müssen die Unterlassung einer Planungsmassnahme oder der unterbliebene Widerruf einer

172 BLAISE KNAPP, La Responsabilité de l'Etat en cas de catastrophes naturelles, ZSR 1986 I, S. 589 ff., S. 619; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Renaturation des cours d'eau et responsabilité de l'Etat, URP 2001, S. 998 ff., S. 1008; DERS. (Fn. 153), S. 432 ff.; WEBER-DÜRLER (Fn. 149), S. 399.

173 WALDMANN (Fn. 5), S. 174. Vgl. auch Bundesamt für Raumentwicklung, Bundesamt für Wasser und Geologie, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (Hrsg.), Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren, Bern 2005, S. 12 ff., S. 31; ROLF LÜTHI, Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Gefahrenkarte, PLANAT Reihe 4/2004, Bern 2004, S. 16 ff., S. 41; (etwas zurückhaltender) Nationale Plattform für Naturgefahren (PLANAT), Gefahrenkarten aus dem rechtlichen Blickwinkel, PLANAT Reihe 1/2007, Ziff. 5 und 8.

174 BGER vom 30.8.2006, 6P.39/2006.

175 KNAPP (Fn. 172), S. 596 ff.; ZUFFEREY (Fn. 153), S. 428.

176 Siehe dazu BVR/JAB 2005, S. 3, E. 5 («Sodann hätte offensichtlich die Überflutung der Keller auch bei früherer Information nicht vermieden werden können.»).

177 BVR/JAB 2005, S. 3, E. 5.3.

Bau- oder Nutzungsbewilligung von erheblicher Tragweite und willkürlich sein, um eine Haftung des Gemeinwesens auszulösen.¹⁷⁸

Der grösste Teil der Katastrophenschäden wird aus allen diesen Gründen nicht von der Staatshaftung erfasst werden.

Zudem ist nicht jede Handlung des Staates nach öffentlichem Recht zu beurteilen. In einem den Fluss «Le Nozon» im Kanton Waadt betreffenden Entscheid des Bundesgerichts wird aufgezeigt, dass die Haftung des Staates für einen mangelhaft unterhaltenen Hochwasserdamm nach der Werkeigentümerhaftung im Sinne von Art. 58 OR beurteilt werden kann.¹⁷⁹ «Le Nozon» im Kanton Waadt war ab 1854 in einen Damm gelegt worden, trat 1990 mehrmals über die Ufer und überschwemmte dabei Bauten sowie Kulturland. Der Wasserlauf, einschliesslich seines Betts, seiner Dämme und seiner Anpassungen wurden im Entscheid als «Werk» im Sinne von Art. 58 OR betrachtet. Mögliche Gefährdungen durch Naturereignisse verpflichten den Eigentümer für die Sicherheit seines Werkes zu sorgen, d.h. Mängel zu beheben oder das Werk zu beseitigen (und durch einen Neubau zu ersetzen), wenn es eine Gefahr darstellt.¹⁸⁰ Dabei muss das Werk den objektiven Anforderungen genügen, welche jedes ähnliche Werk unter gleichen Bedingungen erfüllen müsste. Wenn man also annimmt, dass ein Wasserlauf objektiv so angelegt sein muss, dass er Hochwasser mit einer Jährlichkeit («temps de retour», Wiederkehrperiode) von 30 Jahren abzuleiten vermag, kann der Eigentümer nicht einwenden, dass er eine Abflusskapazität, die nur Hochwasser mit einer Jährlichkeit von 10 Jahren abzuleiten vermag, als genügend erachtet und das Werk entsprechend dimensioniert habe. Denn der Mangel eines gegebenen Werkes bestimmt sich nach objektiven Kriterien, unter Berücksichtigung dessen, was sich nach der Lebenserfahrung an seinem Standort ereignen kann.¹⁸¹

Interessant scheint mir folgende Beobachtung: Trifft der Staat gar keine Schutzmassnahmen, so haftet er nicht, solange keine Handlungspflichten bestehen. Hat er jedoch eine Baute zum Schutz vor Naturgefahren erstellt und weist diese Mängel auf, z.B. mangelhaft unterhaltene Dämme oder zu gering dimensionierte Abwasserkanäle, so haftet er aufgrund von Art. 58 OR.¹⁸²

Die Position des Staates verschlechtert sich sowohl nach Staats- wie auch nach Werkeigentümerhaftung, wenn er sich im Katastrophenschutz engagiert

178 FAVRE (Fn. 161), S. 7; BGE 120 Ib 248 E. 2b, 119 Ib 208 E. 5b, 118 Ib 473 E. 7.

179 BGE 122 III 229, Teil einer nicht publizierten Erwägung. Vgl. dazu ZUFFEREY (Fn. 167), S. 1003; ETIENNE POLTIER, Anmerkung zu BGE 122 III 229, RDAF 1997 I, S. 598; PETER GAUCH und RICHARD SINNIGER, Vom Nozon, der über die Ufer trat ... und wie das Bundesgericht die Haftungsfrage entschied, Baurecht 2/1997, S. 42 ff.

180 Vgl. auch BGE 91 II 485 E. 6: Der Eigentümer hat, je nach Situation, die Pflicht, die Funktionalität des Werks auf Dauer zu gewährleisten, insbesondere wenn es sich um ein Werk handelt, das dem Eintreten von Schadensfällen vorbeugen soll.

181 BGE 122 III 235 f.

182 So auch FAVRE (Fn. 161), S. 12.

und aktiv wird.¹⁸³ Ich finde, das setzt falsche Anreize – diesmal für den Staat.

Eine zentrale Frage bei Ersatzansprüchen gegen den Staat ist diejenige der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs von Ursache und Schaden im Fall von höherer Gewalt.¹⁸⁴ Höhere Gewalt gilt ja allgemein als Haftungsausschluss, und ein Gemeinwesen ist allzu gern bereit, sich bei Lawinenschäden oder Überschwemmungen darauf zu berufen.¹⁸⁵ Meistens wird dabei auf die Häufigkeit von Lawinenschäden oder Überschwemmungen pro Jahrhundert abgestellt. In der Schweiz hat das Bundesgericht im Fall «Le Nozon» (indirekt) höhere Gewalt bejaht bei Niederschlägen, die in dieser Stärke nur alle 30 Jahre vorkommen.¹⁸⁶ Die Adäquanz mit dem bestehenden mangelhaften Unterhalt des Werkes war damit unterbrochen. Allerdings lässt sich diese Zahl nicht verallgemeinern. Die Antwort nach der Jährlichkeit hängt ab vom Schaden, den eine Überschwemmung verursachen kann. Je höher der betreffende Schaden und je wertvoller die bedrohten Rechtsgüter sind, desto höher ist die Jährlichkeit des Hochwassers, dem das Wasser standzuhalten hat. Unabhängig davon, welches die Wiederkehrhäufigkeit einer Naturgefahr ist und wie aussergewöhnlich sie ist, kann die höhere Gewalt nicht anerkannt werden, wenn gewisse konkrete Elemente zur Vorsichtigkeit einladen.¹⁸⁷ Dabei wird vom maximalen Risiko der Gefahrenkarten für Naturgefahren ausgegangen, um die ganze Situation zu würdigen und die entsprechenden Massnahmen zu verlangen, auch wenn die Erfahrung für eine geringe Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Naturgefahr spricht.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte sich 2008 im Fall *Budayeva et al. v. Russia* mit staatlichen Pflichten im Katastrophenfall zu befassen.

183 Vgl. auch PATRICK SUTTER, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, Sicherheit & Recht 2009, S. 175 ff. (Staatshaftung für Naturgefahren überholt, zu hohe Erwartungen an den Staat).

184 FAVRE (Fn. 36), S. 201 f; JÜRGEN NEF, Verkehrssicherungspflichten für Bäume, in: Stephan Fuhrer und Christine Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, S. 267 ff., S. 278; FERDINAND KERSCHNER und RAINER WEISS, in: Ferdinand Kerschner (Hrsg.), Handbuch Naturkatastrophenrecht – Vorsorge, Abwehr, Haftung und Versicherung bei Naturkatastrophen, Wien 2008, S. 268 ff.

185 KNAPP (Fn. 172), S. 599 ff.; EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Schweizer Versicherung vom 07.11.2001, auf <www.schweizerbank.ch/de/artikelanzeige/artikelanzeige.asp?pkBe richtNr=30490>; FAVRE (Fn. 161), S. 20; CHRISTIAN ROTEN, Questions choisies de responsabilité civile au sujet des intempéries, ZWR 2001, S. 3 ff.

186 BGE 122 III 229, 236. Siehe ROLAND BREHM, Berner Kommentar VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 58 N 99c/d. Anders noch BGE 111 II 429, 439. Siehe auch BGer vom 18.5.2005, 4C.45/2005, E. 4.2.3. Keine höhere Gewalt bei einer Wiederkehrhäufigkeit von 14 Jahren BGH vom 11.3.2004 – Az. III ZR 274/03 – BADK-Information 1/2005, 42; höhere Gewalt bei einer Wiederkehrhäufigkeit von 100 Jahren BGH vom 5.6.2008 – Az. III ZR 137/07, BADK-Information 2008, 151; BGH vom 22.4.2004 – Az. III ZR 108/03 – BGHZ 159, 19 ff.

187 Vgl. BGer vom 30.8.2006 (*Lawine in Evolène*), 6P.39/2006; FAVRE (Fn. 36), S. 199 f.

sen.¹⁸⁸ Im konkreten Fall war die Stadt Tyrnauz im Juli 2000 von einer Schlammlawine erfasst, mehrere Einwohner getötet, sowie deren Häuser zerstört worden. Die Behörden hatten einen vorhandenen Schutzdamm trotz Wissen um dessen desolaten Zustand nicht erneuert und im Katastrophenfall die Bevölkerung nicht ausreichend gewarnt. Das Gericht bestätigte, dass Staaten materielle und formelle Bestimmungen für die Prävention mit Naturkatastrophen und den Umgang mit deren Folgen vorbereiten müssten. Die positive Pflicht des Staates, privates Eigentum vor Naturgefahren zu schützen, könne aber nicht bedeuten, dass der Staat den vollen Marktwert des zerstörten Eigentums ersetzen müsse, womit Art. 1 des Protokolls Nr. 1 nicht verletzt sei.¹⁸⁹ Es sei nicht verhältnismässig, vom Staat die absolute Pflicht der Evaluation des materiellen Schadens zu verlangen und von ihm eine Haftpflicht zu erwarten, wo er infolge eines Katastrophenhilfe-Plans schon Massnahmen erfüllt habe.¹⁹⁰

Es soll an dieser Stelle noch kurz ein Blick auf die USA geworfen werden. Oft wird in Europa in Bezug auf das US-amerikanische Schadenersatzrecht von Ausuferungstendenzen gesprochen. Es wird vor «amerikanischen Verhältnissen» gewarnt. Im US-amerikanischen Staatshaftungsrecht kann aber von Ausuferungstendenzen nicht die Rede sein, ganz im Gegenteil. In den USA gilt seit langem «*the King can do no wrong*» und das dem amerikanischen Staatshaftungsrecht zugrunde liegende Prinzip der *procedural immunity*, das sich zumindest teilweise durch die sog. *discretionary exception* fortsetzt.¹⁹¹ Die Urteile zu Hurrikan Katrina zeigen, dass die Richter durch einzelne gesetzliche Immunitätsbestimmungen (so besonders nach dem Flood Control Act und dem Stafford Act) gebunden sind.¹⁹² Die Sorgfalt staatlicher Massnahmen und Entscheidungen zum Schutz vor Hochwasser oder zur Bewältigung von Hochwasser – bzw. allgemein vor und im Katastrophenfall – kann in den USA nicht haftungsrechtlich überprüft werden. Das galt sowohl für die mangelhaften Deiche wie auch für die mangelhafte Evakuierung von New Orleans. Es bleibt abzuwarten, wie die Berufungsgerichte und der *US Supreme Court* in Sachen Katrina entscheiden werden. Eine solche Entscheidung könnte ein Präzedenzfall für weitere Staatshaftungsklagen in Katastrophenfällen darstellen.

Es ergibt sich, dass eigentliche Ansprüche gegen die öffentliche Hand nur in wenigen Fällen in Betracht kommen dürften. Es wird meistens an der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen fehlen. Damit wird ein Gesamtbild der staatlichen Haftung für Katastrophenschäden sichtbar, das ebenfalls durch den Ge-

188 EGMR vom 20.3.2008, 15339/02, 2166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/0. Siehe dazu HINGHOFER-SZALKAY (Fn. 7), S. 161 ff.

189 Budayeva et al. v. Russia (Fn. 188), § 182.

190 Budayeva et al. v. Russia (Fn. 188), § 178, § 197.

191 DAGMAR HINGHOFER-SZALKAY, Hurricane Katrina, New Orleans und «the king can do no wrong» im US-amerikanischen Staatshaftungsrecht: Gedanken zu den ersten Urteilen, ZfRv 2011, S. 74 ff.; DIES. (Fn. 7), S. 49 ff.

192 Siehe dazu die Hinweise a.a.O.

danken des *casum sentit dominus* charakterisiert ist. WILLIAM SHAKESPEARE schrieb: «Was Schicksal auferlegt, muss der Mensch ertragen, es hilft nicht, gegen Wind und Flut zu schlagen».¹⁹³ Und – so möchte man Shakespeare ergänzen – «es hilft auch nicht, wegen Wind und Flut gegen den Staat zu klagen».¹⁹⁴

E. Schlusswort

Katastrophenschäden lassen sich nicht lückenlos decken. Es hat sich gezeigt, dass der Private sowie der Staat nur in wenigen Fällen haftbar sind. Am zuverlässigsten bietet eine private Versicherung Schutz. Die Angebote sind jedoch begrenzt, weil Katastrophenschäden für die private Versicherungswirtschaft aufgrund ihrer schwierigen Kalkulierbarkeit eine grosse Herausforderung darstellen. Viele Katastrophenrisiken sind daher nicht oder nur sehr begrenzt versicherbar. Die Kalkulationsgrundlagen verbessern sich aber stetig und Schadensvorsorge und Katastrophenmanagement werden professioneller. Zudem übernimmt der Staat bisweilen eine gewisse Mitverantwortung für die Schadensbehebung. Dies erweist sich als sinnvoll, soweit dadurch das Angebot freiwilligen Versicherungsschutzes verbessert wird. Im Übrigen sollte sich der Staat jedoch mit Markteingriffen ins Versicherungswesen zurückhalten. So können etwa staatliche Prämiensubventionierungen speziell in Hochwassergebieten letztlich kontraproduktiv – nämlich risikoe erhöhend – wirken. Auch mit staatlichen Entschädigungsfonds ist Zurückhaltung zu üben, da diese die falschen Anreize setzen.

Katastrophenschäden werden durch ein Flickwerk von Systemen ausgeglichen. Es gibt nicht ein einzelnes, bestes Modell für den Ausgleich von Katastrophenschäden.¹⁹⁵ Wir müssen aber für Katastrophenfälle über neue kollektive Schadensausgleichssysteme nachdenken, etwa Pflichtversicherungen, Versicherungspools oder Fonds-Lösungen.¹⁹⁶ Dieser Herausforderung sollten wir uns schon deswegen stellen, weil die Option eines Lebens ohne Katastrophenrisiken nicht zur Verfügung steht. Denn wie ERICH KÄSTNER sagte: «Seien wir ehrlich: Leben ist immer lebensgefährlich.»¹⁹⁷

193 WILLIAM SHAKESPEARE, König Heinrich VI.

194 EWER (Fn. 22), S. 156.

195 So auch die Schlussfolgerung von ROBERT L. RABIN und SUZANNE A. BRATIS, Country Report United States, in: Michael Faure und Ton Hartlief (Hrsg.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes – A Comparative Legal Approach*, Wien/New York 2006, S. 303 ff., S. 356.

196 HANS. U. LINIGER, Procès-verbal de la 124e assemblée annuelle de la société suisse des juristes du 5 au 7 octobre 1990 à Brunnen, ZSR 1990 II, S. 289 ff., S. 313. Vgl. dazu den Vorschlag für einen Nationalen Garantiefonds in Art. 14 ff. E-PfIVG (Fn. 46) bzw. einer Auffangeinrichtung in Art. 19 E-PfIVG (Fn. 46).

197 Das Erich Kästner Lesebuch, Zürich 1978, S. 265.

Deutsche Zusammenfassung

Es gibt drei mögliche Säulen des finanziellen Ausgleichs der Schäden, welche durch Katastrophen entstanden sind.

Die Ersatzmöglichkeiten für Katastrophenschäden durch das *Haftpflichtrecht* sind – sowohl prozessual wie auch materiell – unzureichend. Bei der haftpflichtrechtlichen Bewältigung von Katastrophenfolgen könnte sich der Erlass einer massgeschneiderten Entschädigungsordnung oder aber auch eines Bundesgesetzes zur Entschädigung von Katastrophenschäden als sinnvoll erweisen. Durch das *Versicherungsrecht* ist eine vollständige Deckung von Katastrophenrisiken aufgrund der schwierigen Kalkulierbarkeit von Katastrophenschäden ebenfalls kaum möglich. Staatliche Eingriffe ins Versicherungswesen sind sinnvoll, dürfen aber weder dazu führen, Versicherungsnachfrage dort zu generieren, wo sie bei einer risikogerechten Prämie nicht bestehen würde, noch dazu, bestimmte Branchen einseitig zu subventionieren.

Sind Katastrophenschäden ungenügend versichert, so bleibt die ad-hoc-Staatshilfe. Ist der Staat der Meinung, ein staatlicher Eingriff sei notwendig, so sind Versicherungslösungen gegenüber *staatlichen Entschädigungsfonds* vorzuziehen. Der grösste Teil von Katastrophenschäden wird von Ansprüchen aus *materieller Enteignung* und *Staatshaftung* nicht erfasst. Es kann aber beobachtet werden, dass sich der Staat, je mehr er sich im Rahmen der Vorsorge, Abwehr und Bekämpfung von Katastrophen engagiert und sich selber Handlungspflichten vorgibt, vermehrt einem Haftungsrisiko aussetzt.

Résumé en français

La compensation financière des dommages dus aux catastrophes peut reposer sur trois différents piliers. Le droit de la responsabilité n'offre pas de possibilités suffisantes pour la réparation de tels dommages, tant d'un point de vue procédural que d'un point de vue matériel. Pour gérer les conséquences d'une catastrophe sur la base du droit de la responsabilité, l'adoption d'un régime d'indemnisation conçu sur mesure ou même d'une loi fédérale ayant pour objet l'indemnisation en cas de sinistres catastrophiques pourrait s'avérer utile.

Le droit des assurances ne permet pas non plus de couvrir intégralement le risque inhérent aux catastrophes, en raison de la difficulté d'appréhender les dommages dus à des catastrophes. Les interventions étatiques dans le domaine des assurances peuvent avoir tout leur sens, mais dans la mesure seulement où elles ne sont pas de nature à stimuler la demande d'assurances là où elle serait inexistante si les primes étaient en corrélation avec le risque encouru et si elles ne constituent pas un subventionnement limité à certaines branches seulement. Si la couverture d'assurance des dommages dus aux catastrophes est insuffisante,

il reste le recours à l'aide étatique ad hoc. Si l'Etat est d'avis que son intervention s'impose, des solutions d'assurance doivent être préférées à des fonds étatiques de dédommagement. La majeure partie des dommages dus aux catastrophes n'est pas couverte par des droits fondés sur l'expropriation matérielle ou la responsabilité de l'Etat. On peut constater que plus l'Etat s'implique dans la prévention, les actions défensives et la lutte contre les catastrophes en s'imposant des obligations d'agir, plus il risque d'engager sa propre responsabilité.