ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2021

Krise
Crise
Crisis



Enzo Bastian
Can the COVID-19 crisis facilitate money laundering for organised crime?

Rebecca Vionnet
Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise

Irina Lehner
The worldwide opioid crisis and the UN drug Conventions: why the international system is not working

---

Xenia Karametaxas
Sustainable Finance: Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung der EU und der Schweiz

Benedetta S. Galetti
L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées

---

Stephanie Andrea Bernet
Der Lehrplan – Rechtsnatur und Bedeutung

Jürg Fisch
Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden

Bruce G.A. Pollock
Alternative Investment Funds as Potential Catalysts in the Realization of Systemic Risk in Financial Markets

Fleur Baumgartner
Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des Finanzdienstleistungsgesetzes

DIKE

Herausgeber / éditeurs
Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Valérie Dittli (Präsidium), Ryan Gauderon (Koordination französischsprachige Beiträge), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Marketing)

Redakteure / évaluateurs
Sophia Balzaretti, Tilla Caveng, Clémance Demay, Elisabeth Becker, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung / Diffusion et abonnements
Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement
Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse
Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse
Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /
La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.
La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.
Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.
Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Umschlagbild: © fotogestoeber – Adobe Stock

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03891-361-0

myclimate neutral

Joel Drittenbass

Regulierung von autonomen Robotern

Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinprodukterechtliche Untersuchung

Wie lässt sich eine risiko- und wissenschaftsbasierte Regulierung von neuartigen Technologien erreichen? Diese Dissertation zeigt anhand von autonomen Medizinrobotern, dass Steuerungsinstrumente des Risk-Based-Approach den Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit risikobasiert optimieren können.

2021, 526 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-227-9
CHF 110.–



Risk-Based-Approach in der Medizintechnik

DIKE

www.dike.ch/2279

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Can the COVID-19 crisis facilitate money laundering for organised crime?
Enzo Bastian 3

Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise
Rebecca Vionnet 12

The worldwide opioid crisis and the UN drug Conventions: why the international system is not working
Irina Lehner 25

Sustainable Finance: Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung der EU und der Schweiz
Xenia Karametaxas 33

L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées
Benedetta S. Galetti 45

Der Lehrplan – Rechtsnatur und Bedeutung
Dissertationsbesprechung
Stephanie Andrea Bernet 62

Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden
Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR – Dissertationsbesprechung
Jürg Fisch 67

Alternative Investment Funds as Potential Catalysts in the Realization of Systemic Risk in Financial Markets
An Analysis of the Current Regulatory Framework in Europe Focusing on Hedge Funds and Private Equity Funds – Thesis summary
Bruce G.A. Pollock 71

Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des Finanzdienstleistungsgesetzes
Dissertationsbesprechung
Fleur Baumgartner 76

Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden

Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR – Dissertationsbesprechung

Jürg Fisch*

SCHLAGWÖRTER Grundrechte – Eigentumsgarantie – Drittwirkung – Deliktsrecht – reine Vermögensschäden

I. Einleitung

Der schweizerische Gesetzgeber hat in Art. 41 Abs. 1 OR[1] eine deliktsrechtliche Generalklausel geschaffen.[2] Das Charakteristikum der deliktsrechtlichen Generalklausel besteht darin, dass sie nicht zwischen verschiedenen Schadenskategorien differenziert. Der deutsche Gesetzgeber hat demgegenüber mit § 823 BGB[3] eine ausdifferenzierte deliktsrechtliche Haftungsgrundnorm geschaffen. § 823 BGB unterscheidet zwischen Schäden aus der Verletzung eines absoluten Rechts einerseits (Abs. 1) und reinen Vermögensschäden andererseits (Abs. 2). Reine Vermögensschäden – also jene Schäden, die nicht aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrühren – sind nach § 823 Abs. 2 BGB nur unter der Voraussetzung ersatzfähig, dass ein Schutzgesetz verletzt worden ist. Die Generalklausel des Art. 41 Abs. 1 OR existiert lediglich auf dem Papier. *De facto* wendet das Bundesgericht seit Jahrzehnten § 823 BGB an,[4] weshalb auch im schweizerischen Recht reine Vermögensschäden in der Weise diskriminiert werden, dass sie unbesehen des Einzelfalls im Grundsatz nicht ersatzfähig sind. Nur wenn eine Schutznorm verletzt worden ist – was selten der Fall ist –, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR Ersatz für einen reinen Vermögensschaden gefordert werden.

Es mutet schon auf den ersten Blick *contra legem* an, dass das Bundesgericht – den Entscheid des Gesetzgebers für eine deliktsrechtliche Generalklausel übergehend – § 823 BGB an die Stelle von Art. 41 Abs. 1 OR gesetzt hat. Dass die Dogmatik von Art. 41 Abs. 1 OR, was die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden anbetrifft, unstimmig ist, wurde in der Literatur bereits vor Jahrzehnten festgestellt. Neben Kramer hat vor allem Gauch die Problematik mehrfach thematisiert.[5] Obgleich sich

---

* Dr. iur., MA, Rechtsanwalt, Postdoc an der Universität St. Gallen (HSG).

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

2 Die Ausführungen in diesem Beitrag stützen sich vollumfänglich auf die besprochene Dissertation (Jürg Fisch, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, [SGRW; 42], Diss. St. Gallen, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2020); auf einzelne Nachweise wird deshalb im Folgenden verzichtet.

3 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (BGB).

4 Siehe Vito Roberto, Wandlungen, Reform und Stand des schweizerischen Haftpflichtrechts, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (HSG) (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, 419 ff., 424: «Der durch das ‹ständige Schielen› auf das deutsche Recht getrübte Blick der schweizerischen Doktrin konkretisierte die nach dem französischen Code civil ausgestaltete deliktsrechtliche Generalklausel nach dem Vorbild des deutschen § 823 BGB.»

5 Siehe z.B. Peter Gauch, Der Schätzer und die Dritten, Methodisches zu BGE 130 III 345 ff., zur Deliktshaftung und zu den Haftungsfiguren der vertraglichen Drittschutzwirkung, der Culpa- und der Vertrauenshaftung, in: Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Bern/München 2005, 823 ff., *passim*; Peter Gauch/Justin Sweet, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 117 ff., *passim*; Ernst A. Kramer, Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, 365 ff., 380 f.; Ders., [Diskussionsbeitrag], in: Honsell/Rey (Hrsg.), Symposium Stark, Zürich 1991, 82 f., 82 f.; Ders., «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128 ff., 131 ff. Siehe auch Corinne Widmer, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 I, 101 ff., 104, die zutreffend feststellt, dass «die vom Code civil übernommene General-

die jüngere deliktsrechtliche Literatur vom «Vorbild» des BGB weitgehend gelöst hat, ist eine tragfähige, allgemein konsentierte Lösung des Problems der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bislang nicht gefunden worden. Reine Vermögensschäden werden weiterhin diskriminiert, und die Generalklausel des Art. 41 Abs. 1 OR vermag nach wie vor nicht als Generalklausel zu fungieren.

II. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht (Teil 1)

Nach traditionellem Verständnis sind Grundrechte subjektive Abwehrrechte, die sich gegen den Staat richten und vor ungerechtfertigten staatlichen Freiheitsbeschränkungen schützen («Freiheitsrechte»[6]).[7] In Rechtsprechung und Literatur dürfte angesichts von Art. 35 BV[8] und angesichts des Stufenbaus der Rechtsordnung jedoch mittlerweile Konsens herrschen, dass die Grundrechte eine – wie auch immer geartete – Drittwirkung[9] im Privatrecht entfalten, d.h., dass sie nicht nur im vertikalen Bürger-Staat-Verhältnis, sondern auch im horizontalen Bürger-Bürger-Verhältnis von Bedeutung sind.[10]

Der Grundrechtsverwirklichungsauftrag von Art. 35 Abs. 3 BV – die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden zu lassen – kann von den staatlichen Behörden als den Adressaten dieses Auftrags erfüllt werden, indem sie die Grundrechte in ihrer traditionellen Funktion als gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte auf das Privatrecht anwenden. Aus der unmittelbaren und lückenlosen Grundrechtsbindung sämtlicher staatlicher Behörden bei der Ausgestaltung und Anwendung des Privatrechts (Art. 35 Abs. 2 BV) ergibt sich, dass die Grundrechte mittelbar auf die Verhältnisse zwischen Privaten einwirken. Als Konsequenz ihrer unmittelbaren und lückenlosen Grundrechtsbindung dürfen staatliche Behörden bei der Regelung von Konflikten zwischen Privaten weder der einen noch der anderen Konfliktpartei eine übermässig freiheitsbeschränkende Verhaltenspflicht (Verhaltensverbot oder Duldungspflicht) auferlegen.

Die mittelbare Grundrechtswirkung zwischen Privaten liegt darin, dass Konfliktparteien einen grundrechtlichen Abwehranspruch gegen staatliche Konfliktregelungen besitzen, durch die ihnen eine übermässig freiheitsbeschränkende Verhaltenspflicht (Verhaltensverbot oder Duldungspflicht) auferlegt wird. Im Horizontalverhältnis zwischen Privaten bestehen demgegenüber keinerlei Rechte oder Pflichten aus den Grundrechten. Die Grundrechte entfalten mithin keine unmittelbare Drittwirkung, und es besteht demnach auch keine Gefahr, dass die Grundrechte das Privatrecht auflösen.

Auch die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden ist eine – richterrechtliche – Konfliktregelung. Sie bestimmt, dass reine Vermögensschäden unbesehen des Einzelfalls im Grundsatz mangels Widerrechtlichkeit zu dulden sind; nur in jenen sehr seltenen Sachverhal-

klausel des Art. 41 Abs. 1 OR im Gegensatz zum deutschen BGB den Ersatz reiner Vermögensschäden gerade zuliesse». Ebenso weist Vito Roberto, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, in: Meier-Schatz/Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Zürich 2000, 137 ff., 148, darauf hin, dass die herrschende Definition der Widerrechtlichkeit «gesetzlich nicht vorgegeben ist». Kritisch auch Markus Müller-Chen, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, 289 ff., 301: «Der Differenzierung in absolut geschützte und ‹andere› Rechtsgüter haftet etwas Künstliches an, findet sie doch im Gesetz keinerlei Stütze. Im Gegenteil: Die generalklauselartige Formulierung von Art. 41 OR legt nahe, wie das anglo-amerikanische Recht, nicht auf die Art des verletzten Rechtsguts abzustellen. Statt dessen könnte generell an die Verletzung einer Verhaltenspflicht angeknüpft werden, wie es die neue Lehre zum Haftpflichtrecht vorschlägt. Reine Vermögensschäden können so im Grundsatz gleichbehandelt werden wie absolute Rechtsgüter.» Siehe ferner Beat Schönenberger, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 2004, 3 ff., 7; Ingeborg Schwenzer/Beat Schönenberger, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung; 34), Zürich 1998, 353 ff., 378 f.

6 «Grundrechte, symptomatisch ‹Freiheitsrechte› genannt, dienten zur Abgrenzung der Staatssphäre, schützten ‹Freiheitssphären› der Bürger» (Peter Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung, Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, SJZ 1988, 373 ff., 378).

7 Dazu statt vieler Thomas Gächter, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 437 ff., N 44; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 257 ff.

8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

9 Anstatt von der «Drittwirkung» wird in der Literatur häufig von der «Horizontalwirkung» gesprochen; gemeint ist dasselbe. Gleichermassen macht es keinen Unterschied, ob von «unmittelbarer» oder «direkter» bzw. «mittelbarer» oder «indirekter» Drittwirkung (Horizontalwirkung) gesprochen wird.

10 So auch Jörg Paul Müller, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018, 127; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 7 N 62.

ten, in denen eine Schutznorm verletzt ist, besteht keine Duldungspflicht. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Zufügung von reinen Vermögensschäden nur verboten ist, sofern eine Schutznorm einschlägig ist. Als Konfliktregelung muss die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden wie jede privatrechtliche Konfliktregelung vor den Grundrechten der Konfliktparteien – verstanden als gegen den Staat als Konfliktregler gerichtete Abwehrrechte – Bestand haben. Sie darf demnach weder übermässige Verhaltensverbote noch übermässige Duldungspflichten auferlegen.

Die Frage, die in den zwei folgenden Teilen der Arbeit erörtert wird, ist, ob die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden eine übermässige Duldungspflicht auferlegt. In *Teil 2* wird ermittelt, dass die Pflicht zur Duldung von reinen Vermögensschäden einen Eingriff in die Eigentumsgarantie bewirkt, was bedeutet, dass die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden vor der Eigentumsgarantie Bestand haben muss. In *Teil 3* wird sodann ermittelt, dass dies nicht der Fall ist, da der mit der Pflicht zur Duldung von reinen Vermögensschäden bewirkte Eingriff in die Eigentumsgarantie nicht verhältnismässig ist.

III. Eingriff in die Eigentumsgarantie (Teil 2)

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts befindet sich, was den Schutzbereich der Eigentumsgarantie anbetrifft, schon seit längerem in einem konzeptionellen Widerspruch. Der Grund dafür liegt darin, dass sich das Bundesgericht im Laufe des 20. Jahrhunderts von dem der Eigentumsgarantie ursprünglich zugrunde gelegten Immanenzmodell schrittweise entfernt, sich aber zum Gegenmodell, dem Schrankenmodell, nicht vollständig hingewendet hat. Das Resultat ist eine konfuse Vermischung von zwei Schutzbereichsmodellen, die nicht kompatibel sind. Das Charakteristikum des Immanenzmodells ist die Gesetzesabhängigkeit des Schutzbereichs. Unter Zugrundelegung des Immanenzmodells erfasst der Schutzbereich der Eigentumsgarantie ausschliesslich vermögenswerte subjektive *Rechte*. Das Charakteristikum des Schrankenmodells besteht demgegenüber darin, dass der Schutzbereich der Eigentumsgarantie gesetzes*un*abhängig ist.

Das Immanenzmodell ist abzulehnen, denn es ist mit den Vorgaben der Bundesverfassung in mehrfacher Hinsicht nicht zu vereinbaren. Insbesondere die in Art. 35 Abs. 2 BV statuierte Grundrechtsbindung des Gesetzgebers ist unter Zugrundelegung des Immanenzmodells nicht zu bewerkstelligen. Es ist logisch nicht möglich, dass der Gesetzgeber den Schutzbereich der Eigentumsgarantie bestimmt und zugleich an die Eigentumsgarantie gebunden ist. Konsequent zu Ende gedacht, führt das Immanenzmodell zur Auflösung der Eigentumsgarantie als Grundrecht mit eigenständigem Gewährleistungsgehalt.

Aufgrund der Vorgaben der Bundesverfassung, insbesondere der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, muss der Schutzbereich der Eigentumsgarantie gesetzesunabhängig verstanden werden. In der Literatur sind bislang keine systematischen Versuche einer gesetzesunabhängigen Konzeption des Schutzbereichs unternommen worden. Um die Gesetzesunabhängigkeit des Schutzbereichs bewerkstelligen zu können, muss die vom Gesetzgeber abhängige rechtliche Komponente der Schutzbereichsdefinition vollständig eliminiert werden. Was von den vermögenswerten subjektiven Rechten als den traditionellen Schutzobjekten der Eigentumsgarantie verbleibt, sind die – vom Gesetzgeber unabhängigen – Vermögenswerte. Gesetzesunabhängig konzipiert erfasst der Schutzbereich der Eigentumsgarantie nicht vermögenswerte subjektive Rechte, sondern die von den Grundrechtsträgern erworbenen Vermögenswerte.

Bei der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden handelt es sich in der Sache um eine vom Bundesgericht auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR geschaffene Richterrechtsnorm, mit welcher der zentrale Regelungsgehalt von § 823 BGB – die Diskriminierung der reinen Vermögensschäden – in das schweizerische Recht übernommen worden ist. Sie bestimmt, dass reine Vermögensschäden unbesehen des Einzelfalls im Grundsatz nicht widerrechtlich sind. Wenn die Widerrechtlichkeit fehlt, vermag das Deliktsrecht keinen Schutz zu gewährleisten. Dritte können im Grundsatz Vermögenswerte, an denen kein absolutes Recht besteht, beeinträchtigen, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Die Erwerber von Vermögenswerten, an denen kein absolutes Recht besteht, haben mangels Widerrechtlichkeit keine Möglichkeit, Beeinträchtigungen dieser Vermögenswerte durch Dritte in rechtmässiger Weise abzuwehren. Vielmehr müssen Beeinträchtigungen vonseiten Dritter aufgrund des rechtsstaatlichen Gewalt- und Nötigungsverbots geduldet werden. Diese mit der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden auferlegte Pflicht zur Duldung von reinen Vermögensschäden bewirkt einen Eingriff in den – gesetzesunabhängig zu verstehenden – Schutzbereich der Eigentumsgarantie, der sich regulär auf seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin prüfen lässt.

IV. Eingriffsrechtfertigung (Teil 3)

Zur Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des durch die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bewirkten Eingriffs in den Schutzbereich der Eigentums-

garantie ist – wie bei jedem anderen Grundrechtseingriff auch – auf die Schranken-Schranken-Regelung von Art. 36 BV abzustellen. Die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bezweckt in erster Linie die Wahrung der Freiheitlichkeit der Rechtsordnung, daneben die Wahrung der Rechtssicherheit und der Praktikabilität des Deliktsrechts.

Wäre jeder reine Vermögensschaden widerrechtlich, so hätte dies die nicht hinnehmbare Konsequenz, dass die Entfaltungsfreiheit aufgelöst würde. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zeigt sich jedoch zunächst, dass die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden eine zu grobe Regelung ist. Dies erweist sich daran, dass die Rechtsprechung in der Vergangenheit immer wieder genötigt war, Behelfslösungen[11] zu entwickeln – oder aus dem deutschen Recht zu importieren –, um eigentlich nicht ersatzfähige reine Vermögensschäden doch ersatzfähig zu machen. Die Geeignetheit einer Regelung, die in einer Weise überschiesst, dass immer wieder neue Mittel und Wege gesucht werden müssen, um ungerechte Ergebnisse zu verhindern, ist mehr als zweifelhaft.

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit zeigt sich sodann, dass die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zur Wahrung der Freiheitlichkeit der Rechtsordnung, der Rechtssicherheit und der Praktikabilität des Deliktsrechts nicht unabdingbar ist. Im Rahmen dieses Prüfpunktes wird ein alternatives, am anglo-amerikanischen Deliktsrecht orientiertes Widerrechtlichkeitskonzept entwickelt, das reine Vermögensschäden nicht länger diskriminiert. Nach diesem Konzept kann die Widerrechtlichkeit – gleichgültig, ob es sich um einen Schaden handelt, der aus der Verletzung eines absoluten Rechts herrührt, oder um einen reinen Vermögensschaden – entweder mittels einer Schutznorm oder mittels der allgemeinen Sorgfaltspflicht begründet werden. Wenn nicht eine der seltenen Schutznormen anwendbar ist, sondern die Widerrechtlichkeit mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht begründet wird, hat eine zweistufige Prüfung zu erfolgen.

Auf *Stufe 1* muss geprüft werden, ob der präsumtive Haftpflichtige gegenüber dem Geschädigten in Bezug auf den eingetretenen Schaden gefahrschutzpflichtig war. Das Bestehen einer *Prima-facie*-Gefahrschutzpflicht setzt *erstens* voraus, dass aufseiten des präsumtiven Haftpflichtigen ein Gefahrzurechnungsgrund gegeben ist. Dazu muss der präsumtive Haftpflichtige mit einer – wie auch immer gearteten – Handlung einen Beitrag zur schadensursächlichen Gefahr geleistet haben. Eine *Prima-facie*-Gefahrschutzpflicht setzt *zweitens* voraus, dass die schadensursächliche Gefahr aus der Perspektive des präsumtiven Gefahrschutzpflichtigen *ex ante* objektiv erkennbar war. Um von der nur *prima facie* bestehenden auf eine definitive Gefahrschutzpflicht schliessen zu können, muss bei reinen Vermögensschäden *drittens* geprüft werden, ob rechtspolitische Argumente existieren, die gegen das Bestehen einer Gefahrschutzpflicht im zu beurteilenden Fall sprechen. Sofern gegenläufige rechtspolitische Argumente existieren, muss über das Bestehen einer definitiven Gefahrschutzpflicht per Abwägung entschieden werden.

Wenn eine Gefahrschutzpflicht des präsumtiven Haftpflichtigen gegenüber dem Geschädigten in Bezug auf den eingetretenen Schaden bestand, ist auf *Stufe 2* zu prüfen, ob der präsumtive Haftpflichtige seine Gefahrschutzpflicht verletzt hat. Eine Verletzung liegt dann vor, wenn der präsumtive Haftpflichtige eine objektiv zumutbare Gefahrschutzmassnahme hätte ergreifen können. Ob eine bestimmte Gefahrschutzmassnahme objektiv zumutbar gewesen wäre, ist durch Abwägung des Erhaltungsinteresses des Geschädigten mit dem Entfaltungsinteresse des präsumtiven Haftpflichtigen zu ermitteln.

Diese zweiteilige Widerrechtlichkeitsprüfung ermöglicht es, jene reinen Vermögensschäden, für die aus rechtspolitischen Gründen nicht gehaftet werden soll, auf der ersten Prüfungsstufe herauszufiltern. Damit gelingt es, ein unkontrolliertes Ausufern der Haftung für reine Vermögensschäden zu verhindern, ohne die reinen Vermögensschäden diskriminieren zu müssen. Die vom Gesetzgeber in Art. 41 Abs. 1 OR geschaffene deliktsrechtliche Generalklausel kann auf der Basis des «alternativen Widerrechtlichkeitskonzepts» als «echte», d.h. die reinen Vermögensschäden nicht diskriminierende Generalklausel gehandhabt werden. Der durch die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bewirkte Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie erweist sich folglich mangels Erforderlichkeit als nicht gerechtfertigt.

V. Schlussbefund

Die zwei wesentlichen in dieser Arbeit ans Licht beförderten Erkenntnisse sind, dass die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden einen Eingriff in den – vollständig gesetzesunabhängig zu verstehenden – Schutzbereich der Eigentumsgarantie bewirkt *(Teil 2)* und dass sich dieser Eingriff nicht rechtfertigen lässt *(Teil 3)*.

11 Als solche Behelfslösungen zu nennen sind: der Folgeschaden; die Schutznormenkreation; die «Flucht aus dem Deliktsrecht» mittels Vertragsfiktion, vertraglicher Schutzpflichten, Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation, *culpa in contrahendo* und Vertrauenshaftung; sowie die Ausweitung der Kategorie des Sachschadens.



ISBN 978-3-03891-361-0