Die deliktischen Organisationspflichten

Ein Beitrag zum Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Burim Pavataj

von

Rehetobel (Appenzell Ausserrhoden)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Vito Roberto

und

Prof. Dr. Arnold F. Rusch

Dissertation Nr. 5240

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2022

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, 24. Mai 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 50 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St.Gallen
ISBN 978-3-03891-472-3

myclimate neutral

Vorwort

Ich möchte mich bei meinem Referenten, Prof. Dr. Vito Roberto, und meinem Korreferenten, Prof. Dr. Arnold Rusch, für die wohlwollende und unkomplizierte Unterstützung bedanken, die ich während der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation geniessen durfte.

Danken möchte ich ausserdem meinem Kommilitonen, Herrn Simon Eberle, für seine Diskussionsbereitschaft, seine vielen Anregungen und die Durchsicht der Arbeit.

Schliesslich gilt mein Dank auch allen anderen, die mir in verschiedensten Formen während des Schreibprozesses geholfen haben, insbesondere meiner Familie und meiner Verlobten, Vera Eberle.

Rehetobel AR, Juli 2021 Burim Pavataj

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Zusammenfassung XXXIII
Summary XXXIV
Résumé XXXV

§ 1 Einleitung 1

Teil 1: Grundlagen 7

§ 2 Deliktische Geschäftsherrenhaftung 9

§ 3 Haftungsvoraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung 25

Teil 2: Organisationspflichten 35

§ 4 Verhaltenspflichten als Quelle der Organisationspflichten 37

§ 5 Abgrenzung zu anderen ausservertraglichen Haftungsnormen 67

Teil 3: Fallgruppen 81

§ 6 Kategorisierung des Sorgfaltsbeweises 83

§ 7 Personalorganisation 92

§ 8 Aufbauorganisation 121

§ 9 Ablauforganisation 140

§ 10 Aufsichts- und Kontrollorganisation 153

§ 11 Ausstattungsorganisation 173

§ 12 Produktionsorganisation 178

Teil 4: Weiterführende Fragen 193

§ 13 Beweisfragen 195

§ 14 Rückgriff und Hilfspersonenhaftung 205

Teil 5: Schlussbetrachtung 211

§ 15 Zusammenfassung der Ergebnisse 213

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Zusammenfassung XXXIII
Summary XXXIV
Résumé XXXV

§ 1 Einleitung 1
1. Ausgangslage und Problemstellung 1
2. Gang der Untersuchung 4

Teil 1: Grundlagen 7

§ 2 Deliktische Geschäftsherrenhaftung 9
1. Einordnung im Theorienstreit: Erfolgs- und Verhaltensunrecht 9
1.1 Unzulänglichkeiten der Erfolgsunrechtslehre 9
a. Mittelbare Verletzungshandlungen 10
b. Unterlassungsdelikte 11
c. Kausalhaftungen 12
1.2 Verhaltensunrecht als Grundlage der Haftung 13
a. Sorgfaltspflichtverletzung als Rechtswidrigkeit 14
b. Gefahrensatz und Verhaltensunrecht 16
2. Wesen und Rechtsnatur der Geschäftsherrenhaftung 18
2.1 Begründung der Geschäftsherrenhaftung 18
a. Traditionelle Begründung 18
b. Schutz der Geschädigten und der Hilfspersonen 19
c. Beweisrechtliche Begründung 20
d. Ökonomische Begründung 20
2.2 Qualifikation als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast 21
a. Ausgangslage: Geschäftsherrenhaftung als milde Kausalhaftung 21
b. Geschäftsherrenhaftung als Verschuldenshaftung 22
c. Geschäftsherrenhaftung als Verschuldenshaftung im Sinne des Verhaltensunrechts 23

§ 3 Haftungsvoraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung 25
1. Allgemeines 25
2. Geschäftsherr 26
3. Hilfsperson 27
4. Funktioneller Zusammenhang 29
5. Besondere Befreiungsgründe 31
5.1 Klassischer Befreiungsbeweis 31
5.2 Anzuwendender Massstab 32
5.3 Rechtmässiges Alternativverhalten 34

Teil 2: Organisationspflichten 35

§ 4 Verhaltenspflichten als Quelle der Organisationspflichten 37
1. Von der Gefahrenquelle zur Verhaltens- und Organisationspflicht 38
2. Schaffung und Unterhalt einer objektbezogenen Gefahr 41
2.1 Schadensgeneigte Objekte 43
2.2 Objektmängel 44
2.3 Objektbezogene Verhaltenspflichten 46
3. Verhaltensgefahren 47
4. Gefahrensteigerung durch unzweckmässige Organisation 51
4.1 Vom Knecht und Meister 52
4.2 Schweizerischer Juristentag 1967: Organisationshaftung 54
4.3 Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, OR 2020 und Ansichten in der neueren Lehre 56
4.4 Organisationsbezogene Verhaltenspflichten 61
5. Synthese: Organisatorische Sorgfalt als Steuerung des Gefahrenniveaus der Betriebstätigkeit 63

§ 5 Abgrenzung zu anderen ausservertraglichen Haftungsnormen 67
1. Haftung der juristischen Person nach Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB 67
2. Organaussenhaftung nach Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 3 ZGB 70
2.1 Organaussenhaftung für Organisationspflichtverletzungen 70
2.2 Organaussenhaftung für eigene Verhaltenspflichtverletzungen 74
2.3 Strafrechtliche Tendenzen in der Organaussenhaftung 75
3. Produkthaftpflichtgesetz 77

Teil 3: Fallgruppen 81

§ 6 Kategorisierung des Sorgfaltsbeweises 83

1. Eckpunkte aus den theoretischen Erwägungen für die Fallgruppenbildung 83
2. Rechtsquellen für Organisationspflichten 84
   - 2.1 Vertragliche Rechtsprechung im Kontext der Spitalhaftung 85
   - 2.2 Straf- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung im Kontext von Arbeitsunfällen 87
     - a. Strafrecht 87
     - b. Arbeitsrecht 88
   - 2.3 Verfahrensrechtliche Rechtsprechung in Bezug auf Fristenwiederherstellungen 89
3. Methodik der Fallgruppenbildung 90

§ 7 Personalorganisation 92

1. Mangelnde Qualifikation der Hilfspersonen 92
2. Zuweisung einer ungenügenden Anzahl Hilfspersonen 95
   - 2.1 Fahrerfall I (1897) und Fahrerfall II (1924) 95
     - a. Sachverhalt und Erwägung 95
     - b. Würdigung 96
   - 2.2 Motorseilwindenfall (1951) 98
     - a. Sachverhalt und Erwägung 98
     - b. Würdigung 98
   - 2.3 Strassengrabenfall (1908) 100
     - a. Sachverhalt und Erwägung 100
     - b. Würdigung 100
   - 2.4 Zwischenfazit 101
3. Überanstrengung und Übermüdung 102
   - 3.1 Fahrerfall III (1930) und Fahrerfall IV (1932) 102
     - a. Sachverhalt und Erwägung 102
     - b. Würdigung 103
   - 3.2 Betonplattenfall (1964) 105
     - a. Sachverhalt und Erwägung 105
     - b. Würdigung 106
   - 3.3 Kanzleifall (2008) 108
     - a. Sachverhalt und Erwägung 108
     - b. Würdigung 109
   - 3.4 Zwischenfazit 111

4. Fehlende Stellvertreterregelungen 111
4.1 Lawinenfall (1998) 112
a. Sachverhalt und Erwägung 112
b. Würdigung 113
4.2 Zwischenfazit 115
5. Falsche Anreizmodelle 116
5.1 Bankdirektorfall (2009) 116
a. Sachverhalt und Erwägungen 116
b. Würdigung 117
5.2 Zwischenfazit 120

§ 8 Aufbauorganisation 121
1. Unsorgfältige Aufgabendelegation 121
1.1 Chlorkastenfall (1905) 121
a. Sachverhalt und Erwägungen 121
b. Würdigung 122
1.2 Hebammenfall (2010) 124
a. Sachverhalt und Erwägungen 124
b. Würdigung 125
1.3 Spezialistenfall (2015) 126
a. Sachverhalt und Erwägungen 126
b. Würdigung 127
1.4 Zwischenfazit 129
2. Fehlende oder unstimmige Kompetenzordnung 129
2.1 Werkstattwächterfall (1907) 130
a. Sachverhalt und Erwägungen 130
b. Würdigung 131
2.2 Sprengstofffall (1977) 133
a. Sachverhalt und Erwägungen 133
b. Würdigung 134
2.3 Kellertreppenfall (1969) 136
a. Sachverhalt und Erwägungen 136
b. Würdigung 137
2.4 Zwischenfazit 139

§ 9 Ablauforganisation ... 140
1. Mangelnde Anweisung der Hilfspersonen ... 140
2. Fehlende Informations- und Kommunikationsorganisation ... 142
2.1 Kabelbruchfall (1971) ... 142
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 142
b. Würdigung ... 143
2.2 Blutkonservenfall (2013) ... 145
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 145
b. Würdigung ... 146
2.3 Funkerfall (1999) ... 149
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 149
b. Würdigung ... 150
2.4 Zwischenfazit ... 152

§ 10 Aufsichts- und Kontrollorganisation ... 153
1. Mangelnde Überwachung der Hilfspersonen ... 153
2. Fehlende Endkontrollen ... 156
2.1 Schachtrahmenfall (1984) ... 156
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 156
b. Würdigung ... 157
2.2 Zwischenfazit ... 161
3. Mangelnde Überwachung betriebstypischer Gefahren ... 162
3.1 Skipistenfall (2003) ... 162
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 162
b. Würdigung ... 163
3.2 Kliniksuizidfall (1984) ... 166
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 166
b. Würdigung ... 167
3.3 Fenstersturzfall (2004) ... 168
a. Sachverhalt und Erwägungen ... 168
b. Würdigung ... 169
3.4 Zwischenfazit ... 171

§ 11 Ausstattungsorganisation ... 173
1. Mangelnde Ausstattung – Steiggurtfall (1938) ... 173
1.1 Sachverhalt und Erwägungen ... 173
1.2 Würdigung ... 174
2. Zwischenfazit ... 177

§ 12 Produktionsorganisation 178
1. Konstruktionsfehler 179
2. Fabrikationsfehler 183
3. Instruktionsfehler 186
4. Beobachtungsfehler 189

Teil 4: Weiterführende Fragen 193

§ 13 Beweisfragen 195
1. Beweislastverteilung nach klassischer Konzeption der Geschäftsherrenhaftung 195
2. Fehlende Innensicht des Geschädigten hinsichtlich der positiven Haftungsvoraussetzungen 197
3. Welcher Beweis kann vom Geschädigten erwartet werden? 199
4. Welcher Beweis kann vom Geschäftsherrn erwartet werden? 201
   4.1 Zu den positiven Haftungsvoraussetzungen 201
   4.2 Zu den besonderen Befreiungsgründen 201
   4.3 Prozessuale Stolpersteine aus der Rechtsprechungsanalyse 202

§ 14 Rückgriff und Hilfspersonenhaftung 205
1. Rückgriff nach den allgemeinen Regressregeln 205
2. Arbeitsrechtliche Haftung der Hilfsperson 206
3. Freistellungsanspruch 209

Teil 5: Schlussbetrachtung 211

§ 15 Zusammenfassung der Ergebnisse 213

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811 (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft/Amtsgericht (Deutschland)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Deutschland)
AmtsGer	Amtsgericht
Anh	Anhang
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.6.1881
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (Deutschland)
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Deutschland)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BJR	Business Judgment Rule
BK	Berner Kommentar
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BVerwGer	Bundesverwaltungsgericht
BZ	Berner Zeitung
bzw.	beziehungsweise

CB	Compliance Berater (Frankfurt am Main)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (München)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
cm	Zentimeter
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse des 30.3.1911 (Livre cinquième: Droit des obligations; SR 220)
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
DIN	Deutsches Institut für Normung
E.	Erwägung(en)
et al.	et alii
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende/fortfolgende
FMH	Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte
FN	Fussnote(n)
FS	Festschrift
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (Deutschland)
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10.10.1997 (Geldwäschereigesetz, SR 955.0)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
Hdb	Handbuch
HK	Heidelberger Kommentar
Hrsg.	Herausgeber/-in
i.V.m.	in Verbindung mit
IKS	Internes Kontrollsystem
ISO	Internationale Organisation für Normung
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht (Deutschland)
kg	Kilogramm
KGer	Kantonsgericht

km/h	Kilometer pro Stunde
KMG	Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 13.12.1996 (Kriegsmaterialgesetz; SR 514.51)
Komm	Kommentar
KuKo	Kurzkommentar
Kz	Kennzeichen
LG	Landgericht (Deutschland)
LKW	Lastkraftwagen
lit.	litera
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht (München)
Mio.	Millionen
N	Note(n), Randnote(n)
NHK	Nomos Handkommentar
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (München)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report (München)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (München)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (München)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30.03.1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18.06.1993 (Produktehaftpflichtgesetz; SR 221.112.944)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz vom 15.12.1989 (Deutschland)
PrSG	Bundesgesetz über die Produktsicherheit vom 12.6.2009 (SR 930.11)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RG	Reichsgericht (Deutschland)
SAeZ	Schweizerische Ärztezeitung
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)

SKUS	Schweizerische Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten
SprstG	Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe vom 25.3.1977 (Sprengstoffgesetz; SR 941.41)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01)
SZ	Schwyz
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TPF	Bundesstrafgericht
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7.10.1983 (Umweltschutzgesetz; SR 814.01)
usw.	und so weiter
VersR	Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Karlsruhe)
VerwGer	Verwaltungsgericht
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14.3.1958 (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32)
vgl.	vergleiche
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Wien)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
ZH	Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Frankfurt am Main)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Bern 2004.

ABGB Praxiskommentar, §§ 1293–1503 ABGB, Schwimann Michael/Kodek Georg E. (Hrsg.), Bd. 6, 4. Aufl., Wien 2016 (zit. PraxisKomm ABGB-BEARBEITER/-IN).

ACKERMANN JÜRG-BEAT, Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, in: Niklaus Schmid/Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999, 35 ff.

AEBI-MÜLLER REGINA et al., Arztrecht, Bern 2016.

ARTER OLIVER/GUT EVA, Verantwortlichkeit des Veranstalters von Sportanlässen, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. II, Bern 2018.

ARZT GUNTHER, 50 km/h innerorts – zu schnell? Dogmatische Bemerkungen zu BGE 121 IV 286, SJZ 1996, 305 ff.

BACHMANN DANIEL, Compliance – Rechtliche Grundlagen und Risiken, ST 2007, 93 ff.

Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529), Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/ -IN).

Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/-IN).

Basler Kommentar, Strafrecht, Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Bd. I und II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I/II-BEARBEITER/-IN).

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Bd. I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/-IN).

BAUER CARL-OTTO et al., Das Recht zur Qualität, Berlin 1996.

Beck'sche Online-Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, Bamberger Heinz Georg et al. (Hrsg.), 58. Aufl., München 2021 (zit. BeckOK BGB-BEARBEITER/-IN).

BERGER BERNHARD, Abschied vom Gefahrensatz?, recht 1999, 104 ff. (zit. BERGER, Gefahrensatz).

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. BERGER, Schuldrecht).

BERNASCONI-MAMIE EVELYNE, Standortbestimmung im schweizerischen Produktehaftpflichtrecht, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen 2003, 1 ff.

BERNAU FALK, Haftung mehrerer Schädiger, Tierhalter-, Gebäudehaftung, §§ 830–838 BGB, Staudinger Kommentar, Zweites Buch, 13. Aufl., Berlin 2018 (zit. Staudinger BGB-BERNAU).

BETTSCHART SÉBASTIEN, Responsabilité d'une banque pour son directeur adjoint – Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 4A_544/2008 du 10 février 2009, 4A_48/2009 et 4A_50/2009 du 26 mars 2009, GesKR 2009, 389 ff.

BIEDER ADOLF, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 1886, 327 ff.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, Berner Kommentar, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-BREHM).

BRÜGGEMEIER GERT, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986 (zit. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht).

BRÜGGEMEIER GERT, Gefährdungshaftung, Unternehmenshaftung, Verschuldenshaftung, HAVE 2013, 87 ff. (zit. BRÜGGEMEIER, Gefährdungshaftung).

BRÜGGEMEIER GERT, Haftungsrecht, Berlin 2006 (zit. BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht).

BRÜGGEMEIER GERT, Organisationshaftung, AcP 1991, 33 ff. (zit. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung).

BRÜGGEMEIER GERT, Unternehmenshaftung – Enterprise Liability, HAVE 2004, 162 ff. (zit. BRÜGGEMEIER, Unternehmenshaftung).

BÜCHNER BIANCA/STÖHR ALEXANDER, Arbeitszeit in Krankenhäusern – Ein haftungsrechtliches Risiko?, NJW 2012, 487 ff.

BUCK-HEEB PETRA, Informationsorganisation im Kapitalmarktrecht, CCZ 2009, 18 ff.

BÜHLER ROLAND, Definition des Produktfehlers im Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), AJP 1993, 1425 ff. (zit. BÜHLER, Produktfehler).

BÜHLER THEODOR, Ist die Schadensprävention kein Thema für das Schweizerische Haftpflichtrecht?, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, FS Heinz Rey, Zürich 2003, 197 ff. (zit. BÜHLER, Schadensprävention).

Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991 (zit. BJ).

BÜTLER MICHAEL, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht, HAVE 2013, 35 ff.

CANARIS CLAUS-WILHELM, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Canaris Claus-Wilhelm/Diederichsen Uwe (Hrsg.), FS Karl Larenz, München 1983, 27 ff.

CARTIER MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, St. Gallen 2007.

CERUTTI ROMEO, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008, 69 ff.

CHAUDET FRANÇOIS, La responsabilité extracontractuelle du fait des produits, JdT 1986, 568 ff.

Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR CO I-BEARBEITER/-IN).

Corporate Compliance, Hauschka Christophe E./Moosmayer Klaus/Lösler Thomas (Hrsg.), 3. Aufl., München 2016 (zit. Compliance-BEARBEITER/-IN).

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982.

DEUTSCH ERWIN, Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, 1745 ff.

DEUTSCH ERWIN/AHRENS HANS-JÜRGEN, Deliktsrecht, 6. Aufl., München 2014.

DONATSCH ANDREAS/BLOCHER FELIX, Zur strafrechtlichen Organisationspflicht des Geschäftsherren, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, FS Hans Michael Riemer, Bern 2007, 51 ff.

EGLI HANS-PETER, Der besondere Haftungsmassstab von Art. 321e OR, in: Jung Peter (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, 45 ff.

EICKER ANDREAS, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, AJP 2010, 679 ff.

EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACKERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, forumpoenale 2012, 260 ff.

EMMENEGGER SUSAN/JEGHER NICOLA/GRAF SERAINA, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?, in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), FS Thomas Koller, Bern 2018, 177 ff.

ENSTHALER JÜRGEN/FÜSSLER ANDREAS/NUISSL DAGMAR, Juristische Aspekte des Qualitätsmanagements, Berlin 1997.

Erman Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schmidt Otto (Hrsg.), Bd. II, 15. Aufl., Köln 2017 (zit. Erman BGB-BEARBEITER/-IN).

ERNST WOLFGANG/OBERHOLZER SERAFIN, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013.

ESSER JOSEF/WEYERS HANS-LEO, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 8. Aufl., Heidelberg 1998.

FASEL URS, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

FELLMANN WALTER, Der Produktfehler und sein Nachweis, recht 2007, 158 ff. (zit. FELLMANN, Nachweis).

FELLMANN WALTER, Haftung aus Vertrag, in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis – La pratique de l'avocat 2009, Bern 2009, 518 ff. (zit. FELLMANN, Haftung aus Vertrag).

FELLMANN WALTER, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?, recht 1997, 95 ff. (zit. FELLMANN, Integration).

FELLMANN WALTER, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, HAVE 2016, 95 ff. (zit. FELLMANN, Objektivierung).

FELLMANN WALTER, Produzentenhaftung in der Schweiz, ZSR 1988, 275 ff. (zit. FELLMANN, Produzentenhaftung).

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012.

FELLMANN WALTER/VON BÜREN-VON MOSS GABRIELLE, Grundriss der Produktehaftpflicht, Bern 1993.

FISCHER DAMIAN A., Organisation und Haftung im Aktienrecht, AJP 2020, 271 ff.

FISCHER STEPHAN, Die Business Judgment Rule als typübergreifendes Institut, Berlin 2018.

FONTANA STEFANO/RIGAMONTI VÉRONIQUE, Transfusion von Blutprodukten, Swiss Medical Forum 2013, 89 ff.

FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La surveillance des produits, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict/Campi Arnaud (Hrsg.), La responsabilité du fait des produits, Genève 2018, 206 ff.

FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Zürich 2010.

FRIEDLI FELIX, Die Pistensicherungspflicht, HAVE 2020, 188 ff.

FUCHS MAXIMILIAN, Arbeitsteilung und Haftung, JZ 1994, 533 ff.

FUNDEL STEFAN ANDREAS, Die Haftung für Gehilfenfehlverhalten im Bürgerlichen Recht, Tübingen 1999.

FURGLER KURT JOHANNES, Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Mörschwil 1978.

GAUCH PETER, Urteil (Bundesgericht) vom 09.10.1984, BR 1986, 67 FF. (zit. GAUCH, Schachtrahmenfall).

GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Zürich 2018 (zit. GAUCH, BJR).

GAYLER ERICH, Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen, Zürich 1942.

Geigel, Der Haftpflichtprozess, Haag Kurt (Hrsg.), 28. Aufl., München 2020 (zit. Geigel Haftpflichtprozess-BEARBEITER/-IN).

GEIGER ROMAN, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zürich 2006.

GEISER THOMAS, Haftung bei neuen Arbeitsformen, AJP 1997, 787 ff.

GEISSELER ROBERT, Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Bauunfälle, BR 1986, 27 ff.

GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 287 ff.

GILLIARD FRANÇOIS, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967, 193 ff.

GLESS SABINE, Strafrechtliche Produkthaftung, recht 2013, 54 ff.

GÖBEL ELISABETH/BEA FRANZ XAVER, Organisation: Theorie und Gestaltung, 5. Aufl., München 2019.

GROSS BENEDICT/KUCHARZ NOEMI, Organisationsverschulden in Krankenhäusern: Systematisierung von Pflichten der sorgfältigen Organisation, MedR 2018, 143 ff.

GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht: Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL et al.).

GUSKI ROMAN, Was wissen Verbände?, ZHR 2020, 363 ff.

Haftpflichtkommentar, Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Zürich 2016 (zit. HaftpflichtKomm-BEARBEITER/-IN).

HAGER JOHANNES, § 823 BGB A–D, Staudinger Kommentar, Buch 2, Berlin 2016 (zit. Staudinger BGB-HAGER).

Handbuch des Arztrechts, Kern Bernd-Rüdiger/Rehborn Martin (Hrsg.), 5. Aufl., München 2019 (ArztR Hdb-BEARBEITER/-IN).

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/-IN).

HANDSCHIN LUKAS/TRUNIGER CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich 2019.

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBJV 2000, 564 ff.

HAUSHEER HEINZ/KOCHER MARTIN/JUAN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1995 und 1996, ZBJV 1997, 433 ff.

Heidelberger Kommentar, Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, Rieger Josef-Franz et al. (Hrsg.), Heidelberg 2020 (HK AKM-BEARBEITER/-IN).

HEIERLI CHRISTIAN et al., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht – Entwicklungen 2008, njus.ch 2009, 100 ff.

HEIERLI CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Zürich 2012.

HELM JOHANN GEORG, Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP 1966, 389 ff.

HESS HANS-JOACHIM, Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK PrHG-HESS).

HESS HANS-JOACHIM, Produktsicherheitsgesetz (PrSG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit. SHK PrSG-HESS).

HOFSTETTER KARL, Neues Deliktsrecht für Unternehmen: Die Organisations- und Gefährdungshaftung im Vorschlag OR 2020, SZW 2015, 322 ff.

Hölters Kommentar, Aktiengesetz, Hölters Wolfgang (Hrsg.), 3. Aufl., München 2017 (zit. Hölters AktG-BEARBEITER/-IN).

HONSELL HEINRICH, Die Haftung für Hilfspersonen, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Privat Law, Bd. I, FS Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, 779 ff.

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013.

HOPT KLAUS J., Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 1983, 608 ff.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2019.

JÄGER PETER/SCHWEITER ANGELA, Medizinalhaftung, in: Gross Jost/Pribnow Volker (Hrsg.), Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Bern 2013, 41 ff.

JÄGGI PETER, Diskussionsvotum am Schweizerischen Juristentag 1967, ZSR 1967, 754 ff.

JANDA CONSTANZE, Medizinrecht, 4. Aufl., München 2019.

Jauernig Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Christian Berger et al. (Hrsg.), 17. Aufl., München 2018 (zit. Jauernig BGB-BEARBEITER/-IN).

JAUN MANUEL, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?, ZBJV 2003, 141 ff. (zit. JAUN, Gefahrensatz).

JAUN MANUEL, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, Bern 2007 (zit. JAUN, Sorgfaltspflicht).

JUAN MANUEL, Zur gegenwärtigen und künftigen ratio legis der Geschäftsherrenhaftung, in: Geiser Thomas et al. (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, FS Heinz Hausheer, Basel 2002, 581 ff. (zit. JAUN, ratio legis).

KÄLIN OLIVER, Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2016, 135 ff.

KÄSTLI ROLF, Produkthaftung – eine Herausforderung für den schweizerischen Gesetzgeber, recht 1990, 85 ff.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002.

KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012.

KERN BERND-RÜDIGER, Organisationsverschulden in der Judikatur, in: Berg Dietrich/Ulsenheimer Klaus (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, Berlin 2006, 59 ff.

KLEES HANS, Die Verkehrspflicht der Aufklärung, Freiburg im Breisgau 1976.

KLEINDIEK DETLEF, Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997.

KLETT BARBARA/MÜLLER DOMINIQUE, Rechtsentwicklung zum PrHG und PrSG, HAVE 2018, 438 ff.

KOCH DANIEL, Ausservertragliche Dienstleistungshaftung in der Schweiz, Basel 2001.

KOLLER ALFRED, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980 (zit. KOLLER, Erfüllungsgehilfe).

KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, 1483 ff. (zit. KOLLER, positive Vertragsverletzung).

KOLLER ALFRED, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Alfred Koller (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, 1 ff. (zit. KOLLER, Haftung).

KOLLER THOMAS, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung, SJZ 1996, 409 ff. (zit. KOLLER, Organisationshaftung).

KOLLER THOMAS/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/SCHWANDER IVO, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 2015.

KOLLER THOMAS/REY MATTHIAS, Vom «Neminem laedere» zur «Licence to kill»?, Plädoyer 2006, 32 ff.

Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Bd. II, Zürich 2018 (zit. KommKV-KO-BEARBEITER/-IN).

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZPO Komm-BEARBEITER/-IN).

KONOPATSCH CATHRINE, Nr. 5 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 3. November 2009 i.S. X. gegen Y. – 6B_516/2009, forumpoenale 2011, 13 ff.

KOSIOL ERICH, Organisation der Unternehmung, 2. Aufl., Wiesbaden 1976.

KÖTZ HEIN/WAGNER GERHARD, Deliktsrecht, 13. Aufl., München 2016.

KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2018.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL/WIRZ CHIARA IMELDA, Gefahrensatz – Ding oder Unding?, in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, FS Thomas Koller, Bern 2018, 437 ff.

KROPHOLLER JAN, Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 10. Aufl., München 2007 (zit. StuKomm-KROPHOLLER).

KUHLEN LOTHAR, Zum Verhältnis von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für Compliance-Mängel, NZWiSt 2015, 161 ff.

KUHN HANSPETER, Der Fenstersturz und das Bundesgericht, in: SAeZ 2006, 1015 ff.

KULLMANN HANS JOSEF/PFISTER BERNHARD, Produzentenhaftung, Loseblattsammlung, Bd. 2, Berlin 1980.

Kurzkommentar OR, Honsell Heinrich (Hrsg.), Basel 2014 (zit. KuKo OR-BEARBEITER/-IN).

Kurzkommentar ZPO, Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014 (KuKo ZPO-BEARBEITER/-IN).

KUT AHMET/VASELLA DAVID, Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), FS Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 631 ff.

LACH SEBASTIAN/POLLY SEBASTIAN, Produkt-Compliance, 3. Aufl., Wiesbaden 2017.

LANDOLT HARDY, Delegation von Pflegeverrichtungen an nicht diplomierte Hilfskräfte und Laien, AJP 2011, 349 ff. (zit. LANDOLT, Delegation).

LANDOLT HARDY, Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?, HAVE 2016, 9 ff. (zit. LANDOLT, Dokumentation).

LANDOLT HARDY, Organisationshaftung für medizinische Dienstleistungen und Produkte, in: Böhme Anna et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, FS Willi Fischer, Zürich 2016, 311 ff. (zit. LANDOLT, Organisationshaftung).

LANDOLT HARDY/HERZOG-ZWITTER IRIS, Arzthaftungsrecht, Zürich 2015.

LANG VOLKER, Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung, AcP 2001, 451 ff.

LARENZ KARL, Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962, 105 ff. (zit. LARENZ, Entwicklungstendenzen).

LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl., München 1986 (zit. LARENZ, Schuldrecht).

LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994.

LAUFS ADOLF/KATZENMEIER CHRISTIAN/LIPP VOLKER, Arztrecht, 7. Aufl., München 2015.

LIVSCHITZ MARK, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung für Produktesicherheit – ein Sicherheitsrisiko für Management und Rechtsabteilung?, in: Bühler Theodor/Killias Martin (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, 153 ff.

LOOSCHELDERS DIRK, Schuldrecht, Besonderer Teil, 14. Aufl., München 2019.

LORENZ WERNER, Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung, AcP 1970, 367 ff.

MANNSDORFER THOMAS M., Haftung für perinatale Schädigungen im medizinischen Bereich, HAVE 2003, 101 ff.

MARTINEK MICHAEL, Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten, Hamburg 1978.

MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001.

MEDICUS DIETER/LORENZ STEPHAN, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2014.

MEIER KURT, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978.

MÖLLERS THOMAS M.J., Juristische Methodik, 2. Aufl., München 2019.

MOSER MARTIN, Die Haftung für Dienstleistungen im Lichte eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems, AJP 1997, 181 ff.

MÜLLER CHRISTOPH, Neueste Entwicklungen in der Produktehaftpflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 III 226, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (Hrsg.), Produktesicherheit und Produktehaftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei!, Bern 2012, 125 ff. (zit. MÜLLER, Produktehaftung).

MÜLLER ROLAND, Digitalization Decisions at the Board Level, in: Hilb Michael (Hrsg.), Governance of Digitalization, Bern 2017, 43 ff. (zit. MÜLLER, Digitalization).

MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, 289 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker Jürgen Franz et al. (Hrsg.), Bd. VII, 8. Aufl., München 2020 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/-IN).

Münchener Kommentar zum GmbHG, Fleischer Holger/Goette Wulf (Hrsg.), Bd. II, 3. Aufl., München 2019 (MüKo GmbHG-BEARBEITER/-IN).

MUSIELAK HANS-JOACHIM, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, AcP 1976, 465 ff.

NATER HANS, Die Haftung des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Bern 1971 (zit. NATER, Entwicklung).

NATER HANS, Zur Entwicklung der Produktehaftpflicht in der Schweiz, SJZ 1989, 389 ff. (zit. NATER, Produktehaftpflicht).

NEF URS CH./ROBERTO VITO, Das Recht der ausservertraglichen Schädigung beim Bauen, in: Lendi Martin/Nef Urs Ch./Trümpy Daniel (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, 291 ff.

Nomos Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schulze Reiner et al. (Hrsg.), 9. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit. NHK BGB-BEARBEITER/-IN).

NOSETTI PASCAL, Die Haftung bei geführten Sportangeboten mit erhöhtem Risiko, Zürich 2012.

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 4. Aufl., Zürich 1987.

OHLY ANSGAR, Generalklausel und Richterrecht, AcP 2001, 1 ff.

OLAH MIRJAM, Die ärztliche Arbeitsteilung und Aufgabendelegation im Rahmen der medizinischen Staatshaftung, Basel 2017.

Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK OR-BEARBEITER/-IN).

Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Donatsch Andreas et al. (Hrsg.), 20. Aufl., Zürich 2018 (zit. OFK StGB-BEARBEITER/-IN).

Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/-IN).

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V., Art. 1–183 OR, Zürich 1929 (zit. ZK OR-OSER/ SCHÖNENBERGER).

PETRIN MARTIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, St. Gallen 2004.

PFLÜGER FRANK, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, Heidelberg 2002.

Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. Planerverträge-BEARBEITER/-IN).

PORTMANN PETER, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958 (zit. PORTMANN, Hilfsperson).

PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 1997, 273 ff. (zit. PORTMANN, Erfolgs- und Verhaltensunrecht).

PORTMANN WOLFGANG, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, ARV 2008, 1 ff. (zit. PORTMANN, Stresshaftungsklagen).

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020.

PRIBNOW VOLKER/SOTO MARIA, Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer, in: Hürzeler Marc/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, Zürich 2016, 111 ff.

Produkthaftungshandbuch, Foerste Ulrich/Graf von Westphalen Friedrich (Hrsg.), 3. Aufl., München 2012 (zit. PrHHdb-Bearbeiter/-in).

Rack Manfred, Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, CB 2013, 191 ff. (zit. Rack, Organisationspflichten).

Rack Manfred, Rechtspflichten: Abstrakt und konkret, CB 2015, 22 ff. (zit. Rack, Rechtspflichten).

Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Berner Kommentar, Bern 2010 (zit. BK-Rehbinder/Stöckli).

Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018.

Riemer Hans Michael, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK-Riemer).

Roberto Vito, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Becker Jürgen (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds, FS Manfred Rehbinder, Bern, 2000, 91 ff. (zit. Roberto, Gedanken).

Roberto Vito, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018 (zit. Roberto, Haftpflichtrecht).

Roberto Vito, Schadensrecht, Basel 1997 (zit. Roberto, Schadensrecht).

Roberto Vito, Verschulden statt Adäquanz – oder sollte es gar die Rechtswidrigkeit sein?, recht 2002, 145 ff. (zit. Roberto, Verschulden).

Roberto Vito, Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftung, AJP 2005, 1323 ff. (zit. Roberto, Kausalhaftung).

Roberto Vito/Grechenig Kristoffel, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011, 5 ff.

Roberto Vito/Petrin Martin, Organisationsverschulden aus zivilrechtlicher Sicht, in: Niggli Marcel Alexander/Amstutz Marc (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Basel 2007, 69 ff.

Roberto Vito/Rickenbach Jennifer, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012, 185 ff.

Roberto Vito/Schister Roman, Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung, in: Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, FS Thomas Geiser, Zürich 2017, 381 ff.

Rolland Walter, Produkthaftungsrecht, Köln 1990.

Röthlisberger Thomas, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller, Zürich 2003.

Rüegg-Stürm Johannes/Grand Simon, Das St. Galler Management-Modell, 2. Aufl., Bern 2020.

Rusch Arnold, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Probst Thomas/Werro Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2014, Bern 2014, 203 ff. (zit. Rusch, Wichtige Urteile).

RUSCH ARNOLD, OLG Karlsruhe (1. Senat), 1 Rb 36 Ss 832/19, 27.3.2020, Touchscreen im Wagen als elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a S. 1, 2 StVO (BRD), AJP 2020, 1335 ff. (zit. RUSCH, Urteilsbesprechung).

RUSCH ARNOLD/BORNHAUSER PHILIP R., Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, 1228 ff.

RYSER ROLAND M., Outsourcing, Zürich 2007.

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012.

SCHMID NIKLAUS, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, ZStrR 1988, 156 ff.

SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG, MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 2013.

SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 2004, 3 ff.

SCHÖNENBERGER WILHELM/STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1996 (zit. ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN).

SCHUBARTH MARTIN, Sicherheitsdispositiv und strafrechtliche Verantwortlichkeit im Eisenbahnverkehr, SJZ 92, 37 ff.

SCHUCHT CARSTEN, Gebrauchsanleitungen im Spiegel von Gesetz, Normung, Leitlinien und Rechtsprechung, NJW 2016, 3681 ff.

SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1996, ZBJV 1997, 384 ff.

SCHUMACHER RAINER, Sicheres Bauen und sichere Bauwerke, Zürich 2010.

SCHUMACHER RAINER/KÖNIG ROGER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl., Zürich 2017.

SCHWEIGHAUSER ROLAND, Hersteller, Mehrzahl von Ersatzpflichtigen und Regress im Produktehaftungsrecht, St. Gallen 1993.

Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Huguenin Claire/Hilty Reto M. (Hrsg.), Zürich 2013 (zit. OR 2020-BEARBEITER/-IN).

Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. PraxisKomm StGB-BEARBEITER/-IN).

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.

SCHWENZER INGEBORG/SCHMIDT MAREIKE, Pflicht zum Rückruf fehlerhafter Produkte, in: Guillod Olivier/Müller Christoph (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, FS Pierre Wessner, Basel 2011, 223 ff.

SEILER HANS HERMANN, Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht, JZ 1967, 525 ff.

SIDIROPOULOS ALEXIA, Die Haftung des Spitals, Bern 2019 (zit. SIDIROPOULOS, Spitalhaftung).

SIDIROPOULOS ALEXIA, Haftung für Gerätefehler bei der medizinischen Diagnostik und Behandlung, Sicherheit & Recht 2020, 49 ff. (zit. SIDIROPOULOS, Haftung für Gerätefehler).

Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 823–853, Siebert Wolfgang (Hrsg.), 13. Aufl., Stuttgart 2005 (zit. Soergel BGB-BEARBEITER/-IN).

SPICKHOFF ANDREAS/SEIBL MAXIMILIAN, Haftungsrechtliche Aspekte der Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Medizinpersonal, MedR 2008, 463 ff.

SPINDLER GERALD, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., Göttingen 2011.

SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

SPITZ PHILIPPE, Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, SJZ 2003, 165 ff. (zit. SPITZ, Organhaftung).

SPITZ PHILIPPE, Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen?, Basel 2001 (zit. SPITZ, Produkthaftung).

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. ZK-STAEHELIN).

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. STAEHELIN et al.)

Stämpflis Handkommentar, Commentaire du contrat de travail, Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Bern 2013 (SHK CO-BEARBEITER/-IN).

STARK EMIL W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

STEHLE BERNHARD/REICHLE SEBASTIAN, Voraussetzungen der Arzthaftung – Ein Überblick gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Landolt Hardy/Stehle Bernhard (Hrsg.), Arzthaftpflicht 2019, 9 ff.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Grundlagen und Tücken von Stresshaftungsklagen, AJP 2017, 729 ff. (zit. STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen).

STEIGER-SACKMANN SABINE, Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko?, in: Böhme Anna et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, FS Willi Fischer, Zürich 2016, 485 ff. (zit. STEIGER-SACKMANN, Arbeitsbedingungen).

STEINBRÜCHEL RICO, Organ und Hilfsperson, Zürich 1947.

STEINDORFF ERNST, Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 1970, 93 ff.

STÖCKLI BEAT, Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Zürich 2008.

STÖHR ALEXANDER/BÜCHNER BIANCA/GÜMMER MATTHIAS, Ruhepausen in Krankenhäusern, NZA-RR 2015, 281 ff.

STRASSER OTHMAR, Die individuelle Strafbarkeit von Leitungs- und Kontrollpersonen einer Bank für Defizite im Risikomanagement zur Bekämpfung der Geldwäscherei, ZStrR 2020, 117 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

SUMMERMATTER DANIEL, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZSR 2014, 289 ff.

THOMAS DOMINIK et al., Patientengefährdung durch Fehlanreize – die Folge des Vergütungssystems?, in: Klauber Jürgen et al. (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2014, Stuttgart 2014, 13 ff.

TRECHSEL STEFAN/FISCHER KASPAR/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004.

VERDE MICHEL, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, Jusletter 2016, 1 ff. (zit. VERDE, Widerrechtlichkeit).

VERDE MICHEL, Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht, AJP 2020, 171 ff. (zit. VERDE, Verjährungsrecht).

VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Zürich 2014 (zit. VERDE, Schutznorm).

VOGEL JOACHIM, Juristische Methodik, Berlin 1998.

VON BAR CHRISTIAN, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999 (zit. VON BAR, Deliktsrecht).

VON BAR CHRISTIAN, Verkehrspflichten, Köln 1980 (zit. VON BAR, Verkehrspflichten).

VON BAR CHRISTIAN, Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen, in: Leser Hans G. (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht, FS Zentaro Kitagawa, Berlin 1992, 279 ff. (zit. VON BAR, Struktur).

VON CAEMMERER ERNST, Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen, ZfRV 1973, 241 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/REICHMUTH PATRICIA, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018, 406 ff.

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984.

WAESPI OLIVER, Organisationshaftung – mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung, HAVE 2004, 271 ff. (zit. WAESPI, Ellen).

WAESPI OLIVER, Organisationshaftung, Bern 2005 (zit. WAESPI, Organisationshaftung).

WEBER RALPH, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 1992, 516 ff. (zit. WEBER, Generalklausel).

WEBER STEPHAN, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, Zürich 2001 (zit. WEBER, Schädigung).

WERRO FRANZ, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, sui-generis 2018, 428 ff. (zit. WERRO, KVI).

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. WERRO, responsabilité).

WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001, 101 ff. (zit. WIDMER, Vertrauenshaftung).

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen, HAVE 2019, 3 ff. (zit. WIDMER, Gerätefehler).

WIDMER PIERRE, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, 289 ff. (zit. WIDMER, Gefahrensatz).

WIDMER PIERRE, Produktehaftung – Konzept und Umsetzung, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (Hrsg.), Produktesicherheit und Produktehaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 101 ff. (zit. WIDMER, Konzept).

WIDMER PIERRE, Produktehaftung in der Schweiz, in: Schwander Ivo et al. (Hrsg.), Produktehaftung: Schweiz – Europa – USA, Bern 1986, 15 ff. (zit. WIDMER, Produktehaftung).

WIDMER PIERRE, Produktehaftung, recht 1986, 50 ff. (zit. WIDMER, Schachtrahmen).

WIDMER PIERRE, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 1974, 289 ff. (zit. WIDMER, Standortbestimmung).

WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2000.

WIPRÄCHTIGER HANS, Strafbarkeit des Unternehmers, AJP 2002, 754 ff.

WOHLFAHRT CORINNE, Die Umkehr der Beweislast, Bamberg 1992.

ZIEGENBALG JOHANNA, Mittelbare Verantwortlichkeit im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Wiesbaden 2019.

Zusammenfassung

Über die Konzeption und Rechtsnatur der Geschäftsherrenhaftung besteht auch mehr als 120 Jahre nach ihrer Einführung keine klare Meinung. Die neuere Lehre – unter ihnen Vertreter der Verhaltensunrechtslehre – versucht die Norm zu modernisieren und sie an die heutigen Verhältnisse anzupassen.

Diesen Ansätzen folgend ist der Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung zentraler Anknüpfungspunkt der Haftung. Mit Einräumung eines Befreiungsbeweises wird dem Geschäftsherrn der Nachweis ermöglicht, vorwurfsfrei gehandelt zu haben. Folglich ist die Geschäftsherrenhaftung als gesetzlich konkretisierter Sondertatbestand der Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast anzusehen. Sanktioniert wird die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn, die eine Einstandspflicht für das von ihm gesteuerte Hilfspersonenverhalten begründet.

Was Art. 55 OR von der Generalklausel (Art. 41 OR) unterscheidet, ist der Umstand, dass die deliktischen Verhaltenspflichten nicht persönlich vom Geschäftsherrn, sondern arbeitsteilig von seinen Hilfspersonen erbracht werden. Der Geschäftsherr hat die Erfüllung der Verhaltenspflichten organisatorisch zu gewährleisten. Aus der primären, den Geschäftsherrn treffenden Verhaltenspflicht wird durch den Beizug von Hilfspersonen fortan eine Organisationspflicht.

Die Erfüllung der Organisationspflichten, die weitaus vielfältiger sind, als es der klassische Nachweis der gehörigen Auswahl, Instruktion und Überwachung nahelegt, ist Gegenstand des Befreiungsbeweises. Insofern ist Art. 55 OR als Generalklausel für die Haftung von Organisationen anzusehen. Eine Organisation stellt dabei die Komposition aus Personal- und Sachmitteln dar, die in der vom Geschäftsherrn gewünschten Form zusammengeführt werden.

Summary

Even more than 120 years after its introduction, there is no clear opinion on the conception and legal nature of principal's liability. Recent academic views – in some cases with the support of representatives of the theory of duties of care – have tried to modernise the norm and adapt it to today's conditions.

Following these approaches, the allegation of a breach of the duty of care is the central connecting factor for liability. With the granting of proof of exemption, the principal is enabled to prove that he has acted without reproach. Consequently, the principal's liability is to be regarded as a legally concretised special element of fault liability with a reversed burden of proof. What is sanctioned is the breach of the principal's duty of care, which establishes a duty to accept responsibility for the conduct of the auxiliary persons under his control.

What distinguishes Art. 55 CO from the general clause (Art. 41 CO) is the fact that the duties of conduct in case of tort are not performed personally by the principal but by his auxiliaries, in a division of labour. The principal is bound to ensure the organisational fulfilment of these duties of conduct. The primary duty of conduct on the part of the principal thus becomes an organisational duty through the involvement of auxiliary persons.

The fulfilment of organisational duties, which are far more diverse than the classic proof of proper selection, instruction and supervision would suggest, forms the subject matter of the proof of exemption. In this respect, Art. 55 CO is to be regarded as a general clause for the liability of organisations. An organisation here represents the composition of human and material resources that are brought together in the form desired by the principal.

Résumé

Plus de 120 ans après l'introduction de la responsabilité de l'employeur, il n'existe toujours pas d'opinion claire sur la conception et la nature juridique de cette responsabilité. La doctrine récente – dont des représentants de la doctrine de l'illicéité de comportement – tente de moderniser la norme et de l'adapter aux conditions actuelles.

Selon ces études, le reproche d'une violation du devoir de diligence est le point de rattachement central de la responsabilité. L'octroi d'une preuve libératoire permet à l'employeur de prouver qu'il a agi de manière irréprochable. Par conséquent, la responsabilité de l'employeur doit être considérée comme un cas particulier de responsabilité pour faute, concrétisé par la loi, avec renversement du fardeau de la preuve. Est réprimée la violation du devoir de diligence de l'employeur, devoir qui fonde une obligation de responsabilité pour le comportement des auxiliaires qu'il dirige.

Ce qui distingue l'art. 55 CO de la clause générale (art. 41 CO), c'est le fait que les obligations de comportement délictueuses ne sont pas exécutées personnellement par l'employeur mais par ses auxiliaires, selon le principe de la répartition des tâches. L'employeur doit garantir l'accomplissement des obligations de comportement sur le plan organisationnel. L'obligation primaire de comportement incombant à l'employeur se transforme désormais en obligation d'organisation en raison du recours à des auxiliaires.

Le respect des obligations d'organisation, qui sont bien plus variées que ne le suggère la preuve classique de la sélection, de l'instruction et de la surveillance appropriées, fait l'objet de la preuve libératoire. En ce sens, l'art. 55 CO doit être considéré comme une clause générale de la responsabilité des organisations. Une organisation représente ici l'ensemble des ressources humaines et matérielles qui sont réunies dans la forme souhaitée par l'employeur.

§ 1 Einleitung

1. Ausgangslage und Problemstellung

Wer eine Besorgung zu seinem Nutzen durch eine Hilfsperson verrichten lässt, soll unter bestimmten Voraussetzungen das Risiko für Schäden tragen, welche Dritten aus der Verrichtung erwachsen.[1] Dieses Prinzip wurde erstmals in Art. 62 des Obligationenrechtes von 1881 gesetzlich verankert. Die Bestimmung wurde fast wortgleich in die heute geltende Geschäftsherrenhaftung überführt (Art. 55 OR).[2] Auch die Haftungsvoraussetzungen, die der Gesetzestext verlangt, sind unverändert geblieben. Insbesondere der klassische Befreiungsbeweis, bei dem der Geschäftsherr die gehörige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson nachzuweisen hat, um seine Haftung abzuwenden, entspricht noch der Konzeption zur Zeit der Kodifizierung. Was sich jedoch erheblich weiterentwickelt hat, sind die tatsächlichen Gegebenheiten, auf welche die Norm angewendet wird: Die Industrialisierung, die technische Revolution und die Digitalisierung haben es ermöglicht, mehr Menschen in arbeitsteiligen Organisationsstrukturen effizienter zusammenarbeiten zu lassen. 1

Wird die einschlägige Literatur konsultiert, könnte der Eindruck entstehen, dass die heutige organisatorische Komplexität hinreichend durch die klassischen Pflichten abgedeckt sei.[3] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts suggeriert ein ähnliches Bild, wenn die in Urteilen verwendeten Textbausteine betrachtet werden, die unermüdlich die klassischen Pflichten rezitieren. Werden jedoch einige Urteile des letzten Jahrhunderts genauer analysiert, zeigt sich ein anderes Bild. Gewisse Risiken, wie sie in stark arbeitsteiligen Betrieben auftreten, sind nicht 2

---

1 Exemplarisch BGE 50 II 470 E. 2; GAUCH, Schachtrahmenfall, 68; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 730, mit weiteren Hinweisen.

2 Ihre Bedeutung für die ausservertragliche Hilfspersonenhaftung ist auch nach Einführung verschiedener spezialgesetzlicher Haftungsnormen ungebrochen. Fehlt es an einer spezialgesetzlichen Regelung, findet die Generalklausel Anwendung. Gleiches gilt für die weit verbreiteten Betriebshaftpflichtversicherungen, welche regelmässig auch diese Schäden abdecken. Der Grund ihres Bestehens ist die Geschäftsherrenhaftung (PETRIN, 2; REY/WILDHABER, § 8 N 1133).

3 DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 54; KELLER/GABI/GABI, 174.

befriedigend durch die Pflichtentriage zu lösen.[4] Ob eine und welche Hilfsperson im konkreten Fall die Schädigung verursacht hat, lässt sich bei komplexeren Organisationen kaum mehr ermitteln.[5] Wie es JÄGGI bereits 1967 treffend formulierte: «*Je umfangreicher und je dichter eine Organisation ist, um so häufiger verflüchtigt sich das persönliche Verschulden.*»[6] Selbst wenn eine vermeintlich schuldige Hilfsperson gefunden wird, muss nicht zwangsläufig etwas an der Auswahl, Instruktion und Überwachung auszusetzen sein.[7] Entliesse man den Geschäftsherrn mit Verweis auf die nicht mehr zeitgemässe Pflichtentriage aus der Haftung, wären unhaltbare Ergebnisse die Folge.

3 NATER spricht in diesem Zusammenhang von organisatorischen Verfehlungen des Geschäftsherrn, die vom «*erweiterten Anwendungsbereich*»[8] von Art. 55 OR erfasst sein müssen. Angesprochen sind Organisationsgefahren, die ihrem Wesen nach überall dort auftreten, wo sich menschliche Aktivität auf Veranlassung und unter der Leitung eines Dritten organisiert entfaltet.[9] Diese Organisationsgefahren zu bannen, die aus der arbeitsteiligen Erbringung der Geschäftstätigkeit resultieren, stellt die eigentliche Pflicht des Geschäftsherrn dar. Aus Sicht des Geschädigten spielt es denn auch keine Rolle, ob die ihm drohende Gefahr von einer einzelnen natürlichen Person (Art. 41 OR) oder einer Organisation (Art. 55 OR) ausgeht. Er vertraut darauf, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet wird. Zieht nun der Geschäftsherr Hilfspersonen bei,[10] hat er organisatorisch sicherzustellen, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt wird. Die klassische Pflichtentriage bildet dabei nur einen Teilbereich der Pflichten ab.[11] Durch die

---

4 So etwa in den frühen Urteilen BGE 31 II 120; BGE 31 II 697; BGE 43 II 181; für die Produzentenhaftung BGE 110 II 456; BGer, C.564/1984, 14.5.1985, in: JdT 1986, 571 ff.; BGE 122 IV 103.

5 Der klassische Sorgfaltsbeweis mag für vorindustrielle Betriebe noch sachadäquat gewesen sein, als flache Strukturen und eine direkte Betreuung der Hilfspersonen durch den Geschäftsherrn die Norm waren.

6 JÄGGI, 755; gleicher Ansicht für das deutsche Recht MATUSCHE-BECKMANN, 1.

7 Bereits in den Urteilen BGE 23 Ib 31; BGE 50 II 489.

8 NATER, Entwicklung, 30 f.; schon sehr viel früher BIEDER, 346.

9 JAUN, Sorgfaltspflicht, 381 f.

10 Essenziell für die Anwendung von Art. 55 OR ist die Einbindung von natürlichen Hilfspersonen im Rahmen einer Organisation, da sonst jede Tätigkeit eines einzelnen Subjekts, die überhaupt nur eine Koordination erfordert, zur «Organisation» erhoben werden würde (ähnlich SPINDLER, 14).

11 Schon früh GAYLER, 107.

Zusammenführung von Personal- und Sachmitteln in der von ihm gewünschten Form steuert der Geschäftsherr das betriebliche Risiko und somit gleichzeitig jenes des Dritten, unfreiwillig oder bloss zufällig geschädigt zu werden.[12] JAUN fasst das Problem wie folgt zusammen: «*Die Gefahr, die hier dem Verkehr droht, besteht darin, dass solche Aktivität in dem Masse, wie sie von der betreffenden Organisation fremdbestimmt wird, auch organisationsbedingt fehlgesteuert werden kann.*»[13]

Zaghafte Versuche, diese Organisationsgefahren im Kontext der Geschäftsherrenhaftung anzugehen, wurden in den berühmten Produzentenhaftungsfällen unternommen.[14] Die «zweckmässige Organisation» als Sammelbegriff aller übrigen Geschäftsherrenpflichten fand Eingang in die Rechtsprechung. Über deren Inhalt und Tragweite besteht noch heute keine gefestigte Lehrmeinung. Während ein Teil der Lehre vertritt, dass mit Einführung des PrHG der Begriff keine besondere Rolle mehr spiele,[15] sieht ein anderer Teil in der zweckmässigen Organisation die wohl bedeutendste Pflicht des Geschäftsherrn.[16] Einzelne Autoren greifen das Thema auf, beschränken sich jedoch grösstenteils auf das Rezitieren einiger Leitsätze oder auf die Beleuchtung eines rechtlichen Teilgebiets.[17] In Deutschland ist die Diskussion bereits wesentlich weiter. Die zunehmenden Organisationsgefahren führten zu einer Anhäufung von Organisationspflichten, deren Verletzung unter dem Thema des «*Organisationsverschuldens*» behandelt wird.[18] Ob die Ausgestaltung der hiesigen Geschäftsherrenhaftung mit dem tatsächlichen Wandel Schritt gehalten hat und ob insbesondere der Inhalt des Befreiungsbeweises die 4

---

12 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; WEBER, Schädigung, 274.

13 JAUN, Sorgfaltspflicht, 381 f.; hierzu auch WAESPI, Organisationshaftung, 264 ff.

14 Vgl. dazu den *Fritteusen*- (BGE 90 II 86), den *Schachtrahmen*- (BGE 110 II 456) und den *Klappstuhlfall* (BGer, C.564/1984, 14.5.1985, in: JdT 1986, 571 ff.).

15 KuKo OR-SCHÖNENBERGER, Art. 55 N 12; gleicher Ansicht HaftpflichtKomm-FISCHER/ITEN, Art. 50 N 30; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 54; KELLER/GABI/GABI, 174; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 28.

16 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.16; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.25.

17 Allgemein zum Thema PETRIN, 95 ff.; für die Produkthaftung SPITZ, Produkthaftung, 99 ff.; für die Organaussenhaftung SPITZ, Organhaftung, 168; im Kontext der Spitalhaftung STEHLE/REICHLE, 60 ff.; LANDOLT, Organisationshaftung, 317 ff.; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 136 ff.; OLAH, 81 ff.; anders und ausführlicher ROBERTO/PETRIN, 77 ff.; WAESPI, Organisationshaftung, 245 ff.

18 Umfassend MATUSCHE-BECKMANN, 13 ff.; SPINDLER, 599 ff.

ihm zugewiesenen Aufgaben noch zu erfüllen vermag, soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Eine Aufarbeitung und systematische Darstellung der Thematik fehlte bislang in der schweizerischen Literatur.

2. Gang der Untersuchung

5 Die vorliegende Untersuchung will das deliktische Rechtsinstitut des Befreiungsbeweises umfassend durchleuchten. Zunächst zu klären ist daher, auf welchem haftungsrechtlichen Fundament die Diskussion zu führen ist: der Erfolgs- oder der Verhaltensunrechtslehre. Die von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung favorisierte Erfolgsunrechtslehre offenbart im Kontext von Organisationen Unzulänglichkeiten. Es ist aufzuzeigen, dass der neueren Verhaltensunrechtslehre der Vorzug einzuräumen ist. Des Weiteren ist die *ratio legis* der Bestimmung zu betrachten, um mögliche Schlüsse betreffend die Rechtsnatur der Geschäftsherrenhaftung und die ihr angedachte Funktionsweise zu ziehen (§ 2). Anschliessend sind die Haftungsvoraussetzungen zu beschreiben und um die neusten Erkenntnisse zu aktualisieren. Die Begriffe «Hilfsperson» und «funktioneller Zusammenhang» definieren massgeblich die Reichweite der Haftung und verdienen eine genauere Auseinandersetzung. Von besonderem Interesse ist auch der von den Gerichten angewendete Sorgfaltsmassstab, der je nach Vorliegen einer Regulierungslücke stark zu variieren scheint (§ 3).

6 Fussend auf den gefundenen Ergebnissen wird die Organisation als Adressatin von deliktischen Verhaltenspflichten analysiert. Insbesondere die Frage, inwiefern sich die Organisation von einer im Verkehr auftretenden natürlichen Person unterscheidet, wird von wesentlicher Relevanz sein. Die Beantwortung der Frage erlaubt uns zugleich, das Rechtsinstitut der Organisationspflichten einzuführen und deren Ursprung zu beschreiben. Wie einleitend formuliert, ist die Steuerung der betrieblichen Gefahren die übergeordnete Pflicht des Geschäftsherrn. Der Inhalt der Organisationspflichten wird durch die im Betrieb geschaffenen Gefahren determiniert. Daher werden wir uns mit den Gefahren befassen, die es organisatorisch zu entschärfen gilt (§ 4). Da sich Unternehmen nicht selbst organisieren, sondern von ihren Organen organisiert werden, wird in der Lehre diskutiert, ob die Organisationspflichtenverletzungen nicht eher in der Haftung nach Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB beheimatet seien. Unweigerlich mit diesem Gedanken verbunden ist das Problem der zivilrechtlichen Organaussenhaftung (Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 3 ZGB) und einer weitergehenden strafrechtlichen Verant-

wortlichkeit der Organe. Beide Ansätze sind zu verfolgen und von der Haftung nach Art. 55 OR abzugrenzen (§ 5).

Auf Grundlage der zusammengetragenen dogmatischen Erkenntnisse wird aufzuzeigen sein, dass das Festhalten an der Pflichtentriage nicht mehr sachadäquat ist. Im Sinne einer zeitgemässen Antwort auf die Organisationsgefahren drängt sich die Ausarbeitung eines neuen Katalogs der verschiedenen Organisationspflichten auf, der nichts anderes darstellt als die Verhaltenspflichten des Geschäftsherrn und zugleich Gegenstand des Befreiungsbeweises ist. Dazu werden einschlägige Urteile vertieft besprochen und die daraus abgeleiteten Organisationspflichten beleuchtet. Das methodische Vorgehen der Rechtsprechungsanalyse wird in einem separaten Kapitel beschrieben (§ 6). Die Synthese der aus den Urteilsanalysen gewonnenen Erkenntnisse kann so zu einem zusammenhängenden System von Fallgruppen umgeformt werden: Welche innerbetrieblichen Organisationsfelder haben sich in der Rechtsprechung bereits mehrfach als problematisch erwiesen? Der gewonnene Katalog soll den Blick des Praktikers dafür schärfen, wo Gefahrenherde zu vermuten sind und folglich besondere Vorsicht verlangt werden muss (§ 7 bis 11). Dass die deliktische Produzentenhaftung lediglich die Organisationspflichten des Warenherstellers beschreibt, wird in der letzten Fallgruppe aufgezeigt (§ 12). Damit wird eine einheitliche haftungsrechtliche Behandlung des produzierenden und nicht produzierenden Gewerbes vorgeschlagen. 7

Als weiterführender Themenbereich werden beweisrechtliche Problemfelder behandelt. Zwei Fragen sollen dabei im Fokus stehen: Welcher Beweis kann vom Geschädigten und welcher vom Geschäftsherrn verlangt werden? Die zunehmende organisatorische Komplexität führt auch bei der Beweisführung zu Schwierigkeiten, die namentlich das erforderliche Beweismass beeinflussen (§ 13). Zuletzt wird von der Aussen- in die Innensicht gewechselt und der interne Regress des Geschäftsherrn auf die Hilfsperson betrachtet (Art. 55 Abs. 2 OR). Weil das Subordinationsverhältnis in den überwiegenden Fällen auf einem Arbeitsvertrag beruht, sind die arbeitsrechtlichen Implikationen zu beurteilen und in Einklang mit der deliktischen Aussenhaftung zu bringen (§ 14). 8

Generell fokussieren sich die dogmatischen Ausführungen (§ 2 bis 5) auf die juristische Person (AG und GmbH). Sie stellt erhöhte Anforderungen an die planmässige Organisation von natürlichen Personen und bietet sich daher als Gegenstand der Untersuchung an. Nicht Gegenstand der Darstellung sind öffentlich-rechtliche Regulierungsnormen, die keine verallgemeinerungsfähigen zivilrechtlichen Organisationspflichten darstellen. Sofern auf ausländische Lehre und Rechtsprechung verwiesen wird, geschieht dies schwergewichtig für das deutsche 9

Recht, da die hiesige und die deutsche Haftung für Hilfspersonen einer einheitlichen Konzeption folgen. Eine weiterführende rechtsvergleichende Analyse würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen und wird weiteren Arbeiten überlassen.

Teil 1: Grundlagen

§ 2 Deliktische Geschäftsherrenhaftung

1. Einordnung im Theorienstreit: Erfolgs- und Verhaltensunrecht

Zunächst muss geklärt werden, welches haftungsrechtliche Fundament der Arbeit zugrunde liegt. Bereits bei den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen der Deliktshaftung gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Besonders hitzig wird die Diskussion unter den Dogmatikern bei der **Widerrechtlichkeit** geführt.[19] Ihr kommt die Funktion zu, zwischen erlaubtem und unrechtmässigem Verhalten zu unterscheiden.[20] Die Widerrechtlichkeit ist der Schlüssel zum Verständnis der Haftungsvoraussetzungen und prägt somit den Haftungsaufbau.[21] Im Theorienstreit steht die Frage im Vordergrund, ob die Widerrechtlichkeit an der eingetretenen Schädigung oder am Verhalten anknüpfen soll. 10

1.1 Unzulänglichkeiten der Erfolgsunrechtslehre

Das Bundesgericht vertritt seit der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts eine **Mischform des Erfolgs- und Verhaltensunrechts**:[22] So «*ist die Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, d.h. wenn entweder ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)*».[23] 11

Die tradierte Lehre ist bei absolut geschützten Rechtsgütern – Leben, Gesundheit, Eigentum usw. – **erfolgsfixiert**, obwohl diese in Art. 41 OR keine Erwähnung fin- 12

---

19 Statt vieler MÜLLER-CHEN, 8.

20 KuKo OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 21; REY/WILDHABER, § 6 N 790; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.04; MÜLLER-CHEN, 8; ähnlich auch OFTINGER/STARK, § 16 N 41; KELLER, 106 ff.

21 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.17, verwendet den Begriff der «*Rechtswidrigkeit*».

22 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.08 ff. Das Konzept des Erfolgsunrechts wurde zunächst durch die Literatur, danach durch die Rechtsprechung aus dem deutschen Recht übernommen (REY/WILDHABER, § 6 N 798).

23 Exemplarisch BGE 141 III 527 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen.

den.[24] Die Verletzung der absolut geschützten Rechtsgüter ist immer rechtswidrig, auch wenn die Ursache ein menschliches Verhalten ist, das gegen keine Verhaltensregeln verstösst.[25]

a. Mittelbare Verletzungshandlungen

13 Der Grundsatz, dass die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes per se widerrechtlich ist, ist auf die Beeinträchtigung durch aktives Handeln ausgerichtet.[26] Er versagt bei bloss **mittelbaren Verletzungshandlungen**,[27] wie sie typisch für die Geschäftsherrenhaftung sind.[28] Der Geschäftsherr hat seinen Betrieb zweckmässig zu organisieren, schädigt jedoch durch sein Handeln nicht unmittelbar. Ein in Lehrbüchern häufig anzutreffendes Beispiel ist folgendes: Bringt ein Produzent Autos, Waffen, Messer und dergleichen in Verkehr, durch die später jemand infolge einer Verkettung unglücklicher Umstände verletzt wird, setzt er eine Ursache für den eingetretenen Erfolg.[29] Ist eine solche Handlung im Zeitpunkt der Vornahme trotz ihrer Gefährlichkeit erlaubt, kann sie nicht nachträglich als rechtswidrig gelten, wenn sie zu einem unerwünschten Verletzungserfolg führt.[30] Bei konsequenter Anwendung der Erfolgsunrechtslehre liesse sich im Zeitpunkt der Inverkehrbringung der Güter gar nicht feststellen, ob sie widerrechtlich ist.[31] Dem Produzenten stünde keine Richtschnur zur Verfügung, an welcher er sein

---

24 Anders im deutschen Pendant § 823 BGB, welches die Rechtsgüter gleich aufzählt; PORTMANN, Erfolgs- und Verhaltensunrecht, 275.

25 MÜLLER-CHEN, 8; SCHÖNENBERGER, 5.

26 Ausdrücklich in BGer, 4A_104/2012, 3.8.2012, E. 2.1; BGer, 4A_520/2007, 31.3.2008, E. 2.1; BGer, 4C.119/2000, 2.10.2000, E. 2.b.

27 KÖTZ/WAGNER, 51, mit weiteren Hinweisen, verwenden den Begriff der «*mittelbaren Verletzungshandlung*», wenn die Schädigung bloss mittelbar über eine Reihe von Zwischenursachen herbeigeführt wird.

28 Exemplarisch dazu bereits in BGE 42 II 494 E. 3: Es ist erforderlich, «*dass die Verrichtung […] auf seinem Willen und seinen Weisungen beruhend und unter seiner Aufsicht erfolgend, sich darstellt und der dabei durch den Ausführenden verursachte Schaden als mittelbar von ihm veranlasst erscheint*».

29 Vgl. LARENZ/CANARIS, 364.

30 Soergel BGB-SPICKHOFF, § 823 N 5; so auch MEDICUS/LORENZ, 134.

31 PORTMANN, Erfolgs- und Handlungsunrecht, 275.

Handeln ausrichten könnte.[32] Die Gleichsetzung der Widerrechtlichkeit mit dem Erfolgseintritt macht daher keinen Sinn; *ein Erfolg lässt sich nicht verbieten*.[33]

Weil die Widerrechtlichkeit nach diesem Verständnis keine Haftungsbegrenzung vornimmt, muss sie andernorts nachgeholt werden: Behelfsweise geschieht dies beim Verschulden oder der Adäquanz des Kausalzusammenhangs.[34] Oftmals geht damit die Gefahr von Billigkeitsrechtsprechung bzw. von nicht vorhersehbaren gerichtlichen Erwägungen einher.[35] Richtigerweise muss zur Haftung dem Produzenten eine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden, die zur Inverkehrbringung eines *mangelhaften Produktes* geführt hat.[36] 14

b. Unterlassungsdelikte

Ähnliche Probleme treten beim **Unterlassungsdelikt** auf. «*Wer eine Handlung unterlässt, zu der er nach der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur dann entstehen, wenn eine Schutznorm zu Gunsten des Geschädigten ein Handeln ausdrücklich verlangt.*»[37] Um die Widerrechtlichkeit zu begründen, muss eine entsprechende Verhaltensnorm herangezogen werden, die der Schädiger verletzt hat.[38] Man gelangt *de facto* zum Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung und damit zum Verhaltensunrecht.[39] 15

Das Problem spitzt sich bei **fahrlässiger Unterlassung** zu: Ob haftungsbegründendes Verhalten – die Verletzung der erforderlichen Sorgfalt – vorliegt, fällt nach 16

---

32 VERDE, Widerrechtlichkeit, 21, mit weiteren Ausführungen und Beispielen.

33 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.11a.

34 VERDE, Widerrechtlichkeit, 18; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 54 N 2; KÖTZ/WAGNER, 50; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.31; MÜLLER-CHEN, 9.

35 Ausführlich dazu ROBERTO, Verschulden, 146, der anhand des Entscheids des AppGer BS, in: BJM 2001, 296 ff., die Unzulänglichkeiten der Erfolgsunrechtstheorie erläutert. MÜLLER-CHEN, 10, bezeichnet die Problematik zutreffend als «*Bermuda-Dreieck Widerrechtlichkeit – Verschulden – Kausalität*».

36 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.29; Staudinger BGB-HAGER, § 823 N A 9; Soergel BGB-SPICKHOFF, § 823 N 7; PrHHdb-FOERSTE, § 22 N 4.

37 Exemplarisch BGer, 4A_104/2012, 3.8.2012, E. 2.1.

38 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.29.

39 KÖTZ/WAGNER, 50 f., mit weiteren Ausführungen.

klassischer Lehre unter das Verschulden.[40] Die gleiche Sorgfaltspflichtverletzung wird folglich einmal unter der Widerrechtlichkeit und einmal unter dem Verschulden geprüft.[41] Wie es ROBERTO treffend formuliert, ist jedoch ein «*sorgfältiger Verstoss gegen eine Schutznorm*» bzw. eine «*sorgfältige Pflichtwidrigkeit*» nur schwer vorstellbar.[42] Entscheidend kann daher nicht sein, ob eine Verhaltensweise als Tun oder Unterlassen bezeichnet wird, sondern ob die Pflicht zu einer bestimmten Verhaltensweise vorliegt. Jedes fahrlässige Tun lässt sich als Unterlassen der gebotenen Sorgfalt qualifizieren.[43] Um beim Beispiel des Produzenten zu bleiben, lässt sich der Vorwurf ebenso darauf stützen, dass er bei Inverkehrbringung sorgfaltswidrig gehandelt habe, wie darauf, dass er die gebotenen Schutzmassnahmen unterlassen habe.[44] Zu prüfen ist daher, ob ein Schaden durch ein pflichtgemässes Handeln hätte verhindert werden können.[45]

c. Kausalhaftungen

17 Auch bei nach herrschender Lehre als **Kausalhaftung** bezeichneten Haftungsarten weist die Erfolgsunrechtslehre Mängel auf, wie sich dies bei der Geschäftsherren- oder der Staatshaftung zeigt.[46] Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wird; der Geschäftsherr haftet somit auch für Schäden, die seine Hilfsperson weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht hat. In der Lehre stösst dies teilweise auf Ablehnung.[47] Bei der Geschäftsherrenhaftung

---

40 Exemplarisch BK-BREHM, Art. 41 N 52a f.

41 HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6 N 20.

42 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 07.10; vgl. VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 229, und KÖTZ/WAGNER, 56, zur Unterscheidung der «*inneren*» und «*äusseren*» Sorgfalt, die bemüht wird, um das Problem scheinbar zu beheben, letztendlich aber nur zur Komplexität der Deliktshaftung beiträgt.

43 SUMMERMATTER, 293; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 87.

44 KÖTZ/WAGNER, 50 f.

45 HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 35; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.10.

46 Jedoch wird in dieser Arbeit zu zeigen sein, dass es sich bei der Geschäftsherrenhaftung nicht um eine Kausalhaftung handelt, sondern um eine Verschuldenshaftung für eigene Unsorgfalt, die eine Einstandspflicht für die Auswirkungen der Hilfspersonenhandlungen nach sich zieht (vgl. dazu SCHÖNENBERGER, 10; BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 98).

47 REY/WILDHABER, § 6 N 817; ROBERTO, Verschulden, 146; dazu auch FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 777 ff., zum *Canyoning-Unfall* (AmtsGer Sursee, 21 03 18, 26.11.2004, E. 7.4.4.1 ff.)

sieht das Gesetz immerhin einen Sorgfaltsbeweis vor, welcher sich auf die Verhinderung des Fehlverhaltens der Hilfspersonen bezieht. Anders sieht es bei der Staatshaftung aus: Der Staat würde haften, auch wenn seinen Beamten keine «*Ordnungswidrigkeit oder* […] *Amts- oder Dienstpflichtverletzung*» vorgeworfen werden kann.[48] Es ist aber keineswegs so, dass der Bund[49] oder die Kantone mit Kausalhaftungen[50] unabhängig davon haften, ob bspw. ihre Ärzte eine Sorgfaltspflichtverletzung begehen.[51] Eine solche wird vielmehr dennoch unter der Widerrechtlichkeit geprüft.[52] *Faktisch* gelangt man wiederum zum Verhaltensunrecht.

Zumindest in Bezug auf die vorliegende Arbeit ist die Lehre der objektiven Wi- 18
derrechtlichkeit abzulehnen und der in neuerer Zeit vertretenen Verhaltensunrechtslehre der Vorzug zu geben.[53] Statt auf den eingetretenen Erfolg abzustellen, ist die Haftung auf einer *Sorgfaltspflichtverletzung* zu begründen.[54]

1.2 Verhaltensunrecht als Grundlage der Haftung

Aus der Ablehnung der Erfolgsunrechtslehre folgt, dass die Rechtswidrigkeit 19
stets – auch bei absolut geschützten Rechtsgütern – einen Verstoss gegen eine rechtlich anerkannte Verhaltenspflicht erfordert.[55] Neben der *Verletzung einer*

---

48 REY/WILDHABER, § 6 N 821, mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung.

49 Massgebend ist Art. 3 Abs. 1 VG.

50 So werden bspw. in den Kantonen Bern, Freiburg, Neuenburg, Tessin und Waadt die Haftungsnormen als Kausalhaftungen bezeichnet (vgl. dazu STEHLE/REICHLE, 19, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

51 STEHLE/REICHLE, 19; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 778 ff.; VERDE, Widerrechtlichkeit, 18.

52 BGE 115 Ib 175 E. 2.a.; BGE 120 Ib 411 E. 4.a; BGE 123 II 577 E. 4.d; STEHLE/REICHLE, 19.

53 Für befürwortende Meinungen in der schweizerischen Rechtslehre ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.08; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.31; REY/WILDHABER, § 6 N 822; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6 N 21; PORTMANN, 275 FF.; SCHÖNENBERGER, 4 ff.; WERRO, responsabilité, § 2 N 342; CHK OR-MÜLLER, Art. 41 N 44; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 60; FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 311; VERDE, Widerrechtlichkeit, 23; WIDMER, Vertrauenshaftung, 112.

54 Dies wird in ausländischen Haftungsmodellen bereits praktiziert: Im französischen Recht wird auf die «*faute*», im angloamerikanischen Recht auf die «*negligence*» abgestellt (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 03.15 ff.).

55 PORTMANN, Erfolgs- und Verhaltensunrecht, 276 f.

Verhaltenspflicht muss eine *Rechtsgutverletzung* beim Geschädigten vorliegen, die *kausal* durch das Verhalten des Schädigers verursacht wurde. Unter dem *Verschulden* wird als Resttatbestand die Urteilsfähigkeit des Schädigers geprüft.[56] Liegen die vier allgemeinen Haftungsvoraussetzungen vor, ist die Einstandspflicht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten nach Art. 41 OR gegeben.

a. Sorgfaltspflichtverletzung als Rechtswidrigkeit

20 Kernelement der Haftung ist die Rechtswidrigkeit und damit das Bestehen und Verletzen einer Verhaltenspflicht. Diese leiten sich aus der gesamten geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsordnung ab.[57] Zum einen finden sich Verhaltenspflichten in geschriebenen *Schutzgesetzen*, so insbesondere im Strafrecht, die den Schutz des Einzelnen bezwecken. Aber auch das öffentliche Verwaltungs-, das Zivil- oder Prozessrecht dienen als Quelle von Verhaltenspflichten.[58] Da der Gesetzgeber allerdings nur punktuell Normen erlassen kann, wird der Schutz durch die **allgemeine Sorgfaltspflicht** ergänzt.[59] Dabei handelt es sich um die normative Frage, welches Verhalten von Rechts wegen unter den gegebenen Umständen erforderlich ist und erwartet werden kann.[60] Verhaltenspflichten, die die Lehre und Rechtsprechung aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ableiten, sind zahlreicher und zugleich bedeutsamer.[61] In diesem Kontext gewinnen auch *private Regelwerke* an Bedeutung, denn diese können zur Bildung und Konkretisierung von Verhaltenspflichten herangezogen werden.[62]

---

56 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 03.05 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6 N 20; KÖTZ/WAGNER, 113; VERDE, Widerrechtlichkeit, 23; WIDMER, Vertrauenshaftung, 112. Der jeweilige Grad des Verschuldens ist bei der Schadensbemessung (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 22.02), der Schadensteilung bei Mitverschulden und im Bereich des Versicherungs- und Regressrechts von Bedeutung (HaftpflichtKomm-FISCHER/ITEN, Art. 50 N 19 ff.; REY/WILDHABER, § 11 N 1746 ff.).

57 BGer, 4A_104/2012, 3.8.2012, E. 2.1; BGer, 4A_54/2008, 29.4.2008, E. 5.2.1; BGE 116 Ia 162 E. 2c.

58 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.38; VERDE, Widerrechtlichkeit, 26.

59 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.48; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 224; ähnlich KOZIOL, B.1. N 5 f.; BGE 126 III 113 E. 2.b.

60 SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 60; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 57.

61 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.26.

62 VERDE, Widerrechtlichkeit, 26; HEIERLI, 258; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.42.

Sorgfaltswidrig handelt, wer die erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt,[63] die zur Vermeidung von Gefahren für Rechtsgüter Dritter – dem *Verkehr* – zu beachten ist.[64] Grundsätzlich anwendbar ist ein **objektiver Standard**: Der Schädiger wird an derjenigen Sorgfalt gemessen, die von einem durchschnittlich sorgfältigen Menschen in seiner Situation erwartet werden kann. Es ist keineswegs ein starrer Massstab. Die *verkehrserforderliche Sorgfalt* ist je nach Verkehrskreis, d.h. Alter, Beruf, Rolle etc. des Schädigers, verschieden.[65] Insoweit findet eine Subjektivierung statt, die auf konkrete Umstände des Einzelfalls Rücksicht nimmt. Tritt ein Schädiger im Verkehr mit besonderer Sachkunde in Erscheinung, wird sein Verhalten an den zu erwartenden Kenntnissen seiner Berufskategorie gemessen.[66] Bestehen bspw. allgemein befolgte Verhaltensregeln, wie dies bei Berufsstandards der Humanmedizin der Fall ist, hat sich das Verhalten an diesen auszurichten.[67] Die Subjektivierung geht jedoch nicht so weit, dass *persönliche Defizite* wie Zerstreuung, Krankheit, Besorgnis oder Übermüdung zur Haftungsbefreiung führen würden.[68] 21

Die Herausforderung besteht darin, im Einzelfall *Inhalt und Umfang einer Verhaltenspflicht* festzulegen.[69] Lehre und Rechtsprechung haben diese Rechtsunsicherheit zu entschärfen, indem sie **Leitlinien und Kriterien** zur Verfügung stellen, wann eine Sorgfaltspflicht anzunehmen ist. Umso wichtiger ist es, mittels *Fallgruppen* ernst zu nehmende Verhaltensnormen herauszuarbeiten, deren Einhaltung in realistischer und gerechtfertigter Weise verlangt werden kann.[70] Als zentrales Kriterium gilt, dass die Gefahr für den Haftpflichtigen erkennbar und die Schädigung vorhersehbar sein muss. Daneben spielen Faktoren wie das bedrohte 22

---

63 KÖTZ/WAGNER, 54.

64 PrHHdb-FOERSTE, § 23 N 6.

65 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.93 ff.; KELLER, 120; BK-BREHM, Art. 41 N 184 ff.; REY/WILDHABER, § 7 N 1006.

66 Zu den Berufspflichten VON BAR, Verkehrspflichten, 48 ff.; KOZIOL, B.1. N 22; REY/WILDHABER, § 7 N 1006.

67 BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 59; KELLER, 115; FELLMANN, Objektivierung, 98 ff.

68 BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 48a; vgl. dazu später die *Fahrerfälle* und den *Lawinenfall* (§ 7).

69 ESSER/WEYERS, 178; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 65; CARTIER, 92.

70 Soergel BGB-KRAUSE, § 823 Anh II N 14; PrHHdb-FOERSTE, § 23 N 10 ff.; auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.04; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 60; WIDMER, Konzept, 112.

Rechtsgut, die Schwere der drohenden Gefahr,[71] die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts, die finanzielle und technische Zumutbarkeit von Sicherheitsvorkehrungen, die Interessen an der Handlung und die Versicherbarkeit des Risikos eine wesentliche Rolle.[72]

23 Zu beachten ist, dass Verhaltensnormen nicht jedermann gegen jede Art von Schädigung schützen. Die Frage des **Schutzzwecks** soll die Verhaltenspflicht konkretisieren und eine uferlose Haftung begrenzen:[73] Es ist im konkreten Fall zu eruieren, ob die Verhaltensnorm das *verletzte Rechtsgut schützt*, der Geschädigte zum *geschützten Personenkreis* gehört und ob die Verhaltenspflicht vor Schäden der *eingetretenen Art* bewahren will.[74] Erst wenn die Voraussetzungen bejaht werden können, liegt Rechtswidrigkeit vor. Besondere Bedeutung erlangt die Frage des Schutzzwecks bei Schutzgesetzen zum Schutz vor reinen Vermögensschäden. Allerdings muss die Prüfung auch bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter durchgeführt werden.[75]

b. Gefahrensatz und Verhaltensunrecht

24 In der Literatur und Rechtsprechung wird zuweilen das Hilfsmittel des Gefahrensatzes herangezogen, um – je nach zugrunde liegender Theorie – das Verschulden[76] oder die Widerrechtlichkeit[77] zu begründen. Der **Gefahrensatz** besagt, dass derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder aufrechterhält, verpflichtet

---

71 Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.4.1.

72 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.65; ZIEGENBALG, 15.

73 GUHL et al., § 24 N 7 f.; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 34; REY/WILDHABER, § 6 N 848 ff. Es handelt sich um eine teleologische Reduktion der Verhaltensnorm (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.103 f.).

74 SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, 65; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.103 ff.; VERDE, Widerrechtlichkeit, 27.

75 LARENZ/CANARIS, 423, für konkrete Beispiele; OFTINGER/STARK, § 16 N 101; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 19.08; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.105.

76 Exemplarisch für die Vertreter der Erfolgsunrechtslehre BK-BREHM, Art. 41 N 45 f.

77 Ein Teil der Lehre, der von der Verhaltensunrechtslehre ausgeht, sieht insbesondere im Gefahrensatz das Unterlassen der Schutzmassnahmen als haftungsbegründendes Element an (bspw. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4 N 35 f.). Wie bereits oben geschildert, ist die Differenzierung zwischen Unterlassung und fahrlässiger Handlung nicht zielführend (§ 2 N 15 ff.).

ist, die zur Vermeidung des Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen.[78]

Wird von der Verhaltensunrechtslehre ausgegangen, ist der Gefahrensatz bei der **Begründung der Rechtswidrigkeit** einzuordnen.[79] In diesem Zusammenhang kann der Gefahrensatz zur richterlichen Bildung von Verhaltenspflichten herangezogen werden. Insbesondere im Bereich von *Verkehrsanlagen* wie Bergbahnen, Skipisten, Gebäuden, Schwimmbädern, Gehwegen und Treppen hat die Anwendung des Gefahrensatzes zur Konkretisierung von «Verkehrssicherungspflichten» geführt.[80] Die deutsche Lehre und Rechtsprechung, aus der der Begriff entlehnt ist, haben in richterlicher Rechtsfortbildung die Verkehrssicherungspflicht längst von den Verkehrsanlagen gelöst.[81] Es geht nicht mehr um den gefährlichen Zustand von Sachen, sondern um *gefährliches Verhalten* an sich: Aufgrund der beruflichen Kompetenzen stehen einem Arzt überlegene Möglichkeiten zur Gefahrensteuerung zur Verfügung, auf deren Wahrnehmung andere Verkehrsteilnehmer vertrauen.[82] Dieses allgemeine Prinzip wurde ausgeweitet und findet heute generelle Anwendung bei mangelhaften Dienstleistungen, bei der Inverkehrbringung von fehlerhaften Produkten oder beim fehlerhaften Umgang mit gefährlichen technischen Geräten und Stoffen usw.[83] In Deutschland ist man mittlerweile zur Erkenntnis gelangt, dass es sich bei diesen «Verkehrspflichten» um gewöhnliche deliktische Sorgfaltspflichten handle.[84] Die gleiche Konsequenz ist auch für die hiesige Lehre zu ziehen: Für die Haftung ist es unerheblich, ob Verhaltenspflichten aus dem Gefahrensatz, aus einer Verkehrs- oder der allgemeinen Sorgfaltspflicht abgeleitet werden. Daher sind die Begriffe «Gefahrensatz» oder «Verkehrspflichten» als Unterart der allgemeinen Sorgfaltspflicht entbehrlich.[85] 25

---

78 BGE 126 III 113 E. 2; BGE 124 III 297 E. 5b; bereits WIDMER, Gefahrensatz, 204 ff.; KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 437 ff.; BÜTLER, 36 ff.

79 Vgl. dazu ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.89 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.33; ähnlich BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 38; REY/WILDHABER, § 6 N 902.

80 FURGLER, 16 ff.; vgl. auch den *Lawinen-* (§ 7 N 192 ff.) und *Skipistenfall* (§ 10 N 291 ff.).

81 Vgl. dazu das *Tierarzturteil* (RG, VI. 191/21, 19.09.1921).

82 VON BAR, Verkehrspflichten, 49; LARENZ/CANARIS, 410.

83 Geigel Haftpflichtprozess-WELLNER, Kap. 14 N 8.

84 KÖTZ/WAGNER, 58; LOOSCHELDERS, 477 f.

85 So auch MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 457; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.92.

2. Wesen und Rechtsnatur der Geschäftsherrenhaftung

2.1 Begründung der Geschäftsherrenhaftung

26 Fragt man nach dem tragenden Gedanken von Art. 55 OR, findet sich nicht einer, sondern ein ganzes Bündel davon, die eine Haftung des Geschäftsherrn rechtfertigen. Neben traditionellen Erwägungen finden sich solche, die zum Schutz des Geschädigten und der Hilfsperson dienen, beweisrechtliche Probleme entschärfen und auch ökonomische Wertungen berücksichtigen.

a. Traditionelle Begründung

27 Lehre und Rechtsprechung führen seit jeher als wichtigstes Argument für die Schadensabwälzung den **Vorteilsausgleich** an: Der Geschäftsherr, *der eine Besorgung zu seinem Nutzen von einer Hilfsperson verrichten lässt,* soll unter bestimmten Voraussetzungen auch das Risiko für den Schaden tragen, der Dritten aus der Verrichtung durch die Hilfsperson erwächst.[86]

28 Eng damit verknüpft ist die Überlegung, dass derjenige, der das **Verhalten eines anderen bestimmt**, die Kontrolle zur Verhinderung von Schäden nutzen soll.[87] Wenn «*die Verrichtung […] auf seinem Willen und seinen Weisungen beruhend und unter seiner Aufsicht erfolgend, sich darstellt und der dabei durch den Ausführenden verursachte Schaden als mittelbar von ihm veranlasst erscheint*»[88] – das Verhalten somit als jenes des Geschäftsherrn gedacht werden kann –, ist es

---

86 BGE 50 II 469 E. 2; BGE 46 II 122 E. 1; BGE 41 II 494 E. 2; CR CO I-WERRO, Art. 55 N 2; BK-BREHM, Art. 55 N 4; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.01; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 8. Vgl. auch PETRIN, 20 ff., und WAESPI, Organisationshaftung, 18 ff., für zahlreiche weitere Verweise auf Lehre und Rechtsprechung, die zur Begründung der Haftung des Geschäftsherrn herangezogen werden können. Das gleiche *Nutzen-Risiko-Prinzip* wird auch herangezogen, um eine weitergehende Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn zu verneinen. Gemeint ist der dezentrale Entlastungsbeweis, wie ihn das deutsche Recht kennt. Demnach kann sich der Geschäftsherr von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er bezüglich seiner Kaderleute die erforderlichen Pflichten erfüllt hat, an die er seine deliktischen Pflichten haftungsbefreiend delegiert (REY/WILDHABER, § 8 N 1108).

87 PETRIN, 21, mit weiteren Hinweisen; WERRO, KVI, 431.

88 BGE 42 II 494 E. 3.

angebracht, ihn dafür haften zu lassen.[89] Das erforderliche Tatbestandsmerkmal des Subordinationsverhältnisses – meist in einem Arbeitsvertrag begründet[90] – räumt dem Geschäftsherrn weitgehende Weisungsbefugnisse ein: Es erlaubt, sowohl *Ort, Zeit* und *Mittel,* mit denen die Hilfsperson die Tätigkeit zu verrichten hat, als auch die *Arbeitsabläufe*, in denen sie sich wiederfindet, vorzugeben.[91] Der Geschäftsherr ist es auch, der schädigendes Verhalten abwenden kann, etwa durch die *geeignete Organisation von Arbeitsabläufen*. Diese Möglichkeit hat die Hilfsperson nicht; vielmehr fügt sie sich in die Organisation des Geschäftsherrn ein.[92] Folglich steuert der Geschäftsherr das betriebliche Risiko und somit gleichzeitig jenes des Dritten, unfreiwillig oder bloss zufällig geschädigt zu werden.[93] Aufgrund der möglichen Gefahrensteuerung durch den Geschäftsherrn wird ihm die deliktische Pflicht auferlegt, eine gefahrenvermeidende Unternehmensorganisation zu wählen, sodass Schädigungen Dritter möglichst vermieden werden.[94]

b. Schutz der Geschädigten und der Hilfspersonen

Nicht nur die Position des Geschäftsherrn, sondern auch der Schutz des Geschä- 29
digten und der Hilfsperson werden regelmässig ins Feld geführt, um die Haftung des Geschäftsherrn zu begründen: Der *Geschädigte* wäre in den wenigsten Fällen mit einem Anspruch gegen die Hilfsperson zu befriedigen.[95] Die *Hilfsperson* ihrerseits riskiert, viel höhere Schäden zu verursachen, als sie selbst bezahlen kann bzw. ihr an Entgelt bezahlt wird. Ohne das Verhältnis zum Geschäftsherrn wäre sie ohnehin nicht in die Lage gekommen, Dritte in entsprechender Weise zu schädigen.[96] Gleiches gilt im Übrigen für die Haftung der Organe, deren finanzielle

---

89 KÖTZ/WAGNER, 120; ESSER/WEYERS, 213; PETRIN, 54; NATER, Entwicklung, 37.

90 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 740, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

91 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55.

92 Vgl. dazu die Ausführungen zu den *Fahrerfällen I* bis *IV*, die darauf hinweisen, dass sich Hilfspersonen durchaus der Gefahrensituationen bewusst sein können. «*Ein solches* [kritisches] *Auftreten gegenüber dem Dienstherrn erforderte freilich Mut und ist nicht ohne persönliches Risiko für den Angestellten*» (BGE 58 II 29 E. 2).

93 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; WEBER, Schädigung, 274.

94 MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 11; KLEINDIEK, 292 ff.; BGE 31 II 697 E. 4; BGE 90 II 86 E. 3.c; BGE 110 II 456.

95 GUHL et al., § 25 N 5.

96 PETRIN, 23.

Fähigkeiten, grosse Schäden zu decken, rasch an ihre Grenzen stossen.[97] Damit liefe auch die Präventionswirkung zum Grossteil ins Leere.[98] Daher wird vertreten[99] – jedoch nicht ohne Kritik –, dass der solventere Geschäftsherr für Schäden einstehen soll («deep pockets»).[100]

c. Beweisrechtliche Begründung

30 Doch auch drohende Durchsetzungsdefizite rechtfertigen die Geschäftsherrenhaftung **mit umgekehrter Beweislast**. Die vom Geschäftsherrn aufgestellte Organisation von Personal und Sachmitteln ist für Aussenstehende *intransparent*. Für den Geschädigten stellt sich das Problem, dass er nicht in die Organisation hineinsehen kann. Bereits die Frage, *welche* Person für die Schädigung verantwortlich ist, kann zu erheblichen Beweisproblemen führen. Ob dem Geschäftsherrn ein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, stellt ein kaum überwindbares Problem dar.[101] Es ist daher sachgerecht, den Beweis dem Geschäftsherrn aufzuerlegen, der die tatsächlichen Verhältnisse kennt, die nötige Fachexpertise mitbringt und somit in der Lage ist, den Beweis überhaupt zu führen.[102]

d. Ökonomische Begründung

31 Die Geschäftsherrenhaftung wird auch aus wohlfahrtsökonomischen Überlegungen begrüsst. Zum einen wird durch die Haftung die Schadensprävention gefördert, indem der Geschäftsherr – der am ehesten die Schadensprävention bewerkstelligen kann – zu sorgfältigem Handeln angespornt wird. Die Schadensprävention wird indirekt als Entlastungsbeweis stipuliert.[103] Gleichzeitig ist er derjenige, der mit den *geringsten Transaktionskosten* mögliche Schäden versichern

---

97 Vgl. dazu § 5 N 113 ff.

98 HOFSTETTER, 323.

99 VON CAEMMERER, 248.

100 Kritisch für die Produzentenhaftung SCHÄFER/OTT, 379; MÜLLER-CHEN, 3; MüKo BGB-WAGNER, vor § 823 N 63.

101 Bereits BIEDER, 373; GAYLER, 115 ff.; JAEGGI, 755.

102 NATER, Entwicklung, 115; WAESPI, Organisationshaftung, 19; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.51; PETRIN, 24; MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 55.

103 BÜHLER, Schadensprävention, 204; VON CAEMMERER, 247.

kann («cheapest cost avoider»).[104] Die Rechtfertigung der Geschäftsherrenhaftung ist im Zusammenspiel der verschiedenen Aspekte zu finden.[105]

2.2 Qualifikation als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast

a. Ausgangslage: Geschäftsherrenhaftung als milde Kausalhaftung

Regulierungslücken führten zu einer Reihe sehr strenger Urteile auf Grundlage von Art. 55 OR, sodass sich die Ansicht festigte, man habe es mit einer *Kausalhaftung* zu tun.[106] Diese Entwicklung ist zweifellos auf die bis 1933 fehlende Motorfahrzeughalterhaftung zurückzuführen.[107] Doch auch nach Schliessung der Lücke blieb eine erneute Diskussion über die Rechtsnatur der Haftung lange Zeit aus. Noch heute wird von der herrschenden, überwiegend der Erfolgsunrechtslehre folgenden Auffassung vertreten, bei der Geschäftsherrenhaftung handle es sich um eine **einfache**, **gewöhnliche** oder **milde Kausalhaftung**.[108] Der Geschäftsherr haftet für die von seinen Hilfspersonen verursachte Schädigung,[109] welche unabhängig eines Verschuldens des Geschäftsherrn oder der Hilfsperson drohe.[110] Daher bewahre auch die Urteilsunfähigkeit des Geschäftsherrn oder der Hilfsperson als subjektiver Teil des Verschuldens nicht vor der Haftung.[111] Art. 55 OR basiert auf der Vermutung, dass der Geschäftsherr seine objektiv umschriebenen Sorgfaltspflichten verletzt habe. Der Geschäftsherr haftet, wenn er den Befreiungsbeweis nicht erbringt. Weil nicht bloss durchschnittliche Sorgfalt verlangt wird, son- 32

---

104 PETRIN, 26 ff., mit zahlreichen Verweisen; KÖTZ/WAGNER, 43, mit Verweis auf die Versicherbarkeit von Produkteschäden.

105 PETRIN, 33; VON CAEMMERER, 246.

106 WAESPI, Ellen, 278, mit Verweis auf BGE 34 II 266; BK-BREHM, Art. 55 N 51; JAUN, ratio legis, 583; PETRIN, 6 f., mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; GAYLER, 17 f.; NATER, Entwicklung, 8 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 733.

107 WIDMER/WESSNER, 123.

108 In der Literatur finden sich verschiedene Bezeichnungen, etwa in KELLER/GABI/GABI, 168; BK-BREHM, Art. 55 N 32; KESSLER, 50.

109 Statt vieler REY/WILDHABER, § 8 N 1058; BK-BREHM, Art. 55 N 4.

110 Vgl. BGE 97 II 221 E. 1, mit zahlreichen Verweisen; BGE 110 II 456 E. 2; BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011, E. 2.

111 BGE 77 II 45; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 671; REY/WILDHABER, § 8 N 1062.

dern die Anwendung «*aller nach den konkreten Umständen objektiv gebotenen Sorgfalt*»,[112] wird der Befreiungsbeweis als *Exzeptionsbeweis* bezeichnet.[113]

b. Geschäftsherrenhaftung als Verschuldenshaftung

33 Zunächst ist anzumerken, dass das Gegenstück der *curae* die *negligentia* ist, was nichts anderes als die Fahrlässigkeit bedeutet.[114] Als solche bildet sie nach herkömmlicher Lehre einen Bestandteil der objektiven Seite des Verschuldens. Der Geschäftsherr haftet nicht, wenn er nachweist, dass er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat. Auch Art. 41 OR verlangt eine Sorgfaltswidrigkeit,[115] um das Verschulden zu begründen. Nach WIDMER wird mit **Einräumung des Sorgfaltsbeweises** nichts anderes zugestanden als der Nachweis, *vorwurfsfrei gehandelt* zu haben.[116] ROBERTO ist darin beizupflichten, dass bei nüchternem Betrachten – einmal abgesehen von der Urteilsfähigkeit und der Beweislast der Sorgfaltswidrigkeit – *keine Unterschiede* zwischen der Verschuldenshaftung (Art. 41 OR) und der einfachen Kausalhaftung (Art. 55 OR) auszumachen sind.[117] Dass der Exzeptionsbeweis schwerer zu erbringen sei als der Exkulpationsbeweis, wird von verschiedenen Literaturmeinungen denn auch kritisiert: Die Differenzierung zwischen «derjenigen Sorgfalt, die von einem durchschnittlich sorgfältigen Menschen in seiner Situation» zu erwarten ist, und «aller nach den konkreten Umständen objektiv gebotenen Sorgfalt» ist gekünstelt.[118] Zumindest offenbart sich bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung keine solche Unterscheidung.[119]

---

112 Vgl. dazu den *Fritteusen-* (BGE 90 II 86 E. 3.c) und *Kabelbruchfall* (BGE 97 II 221 E. 1).

113 Dazu PETRIN, 8; HONSELL, 787; KELLER/GABI/GABI, 168.

114 GAYLER, 109.

115 Unter Geltung der Erfolgsunrechtslehre ist es Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

116 WIDMER, Standortbestimmung, 309.

117 ROBERTO, Kausalhaftung, 1324: «*Bei Ersterer haftet man wegen Verletzung einer Sorgfaltspflicht, bei Letzterer für das Misslingen des Nachweises, dass man die Sorgfaltspflicht nicht verletzt hat.*» Zustimmend HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 4; PETRIN, 8 f.

118 HONSELL, 787.

119 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 20.13; PETRIN, 8; ROBERTO, Kausalhaftung, 1324.

Extreme Ausschläge in der Strenge des Befreiungsbeweises, sei es aufgrund einer *ex post*-Betrachtung[120] oder einer Regulierungslücke,[121] sind in der Bewertung zu streichen. Generell wird an Verhaltensweisen heute infolge einer **erhöhten Verkehrserwartung** ein strengerer Massstab angelegt; dies gilt im vertraglichen und ausservertraglichen Bereich[122] und stellt keine Anomalie der Geschäftsherrenhaftung dar. 34

c. Geschäftsherrenhaftung als Verschuldenshaftung im Sinne des Verhaltensunrechts

Daher ist die Geschäftsherrenhaftung nach hier vertretener Auffassung als ein gesetzlich **konkretisierter Sondertatbestand der Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast** anzusehen.[123] Der Geschäftsherr haftet für sein *eigenes (organisatorisches) Verhalten,* das eine Einstandspflicht für von ihm gesteuerte Hilfspersonenhandlungen bewirkt.[124] 35

Der herrschenden Lehre und Rechtsprechung kann insoweit beigepflichtet werden, als dass ein Verschulden der Hilfsperson für die Begründung der Haftung nicht erforderlich ist: Weder eine Sorgfaltspflichtverletzung noch die Urteilsfähigkeit wird verlangt. Unter Geltung der Verhaltensunrechtslehre – die Verschuldenprüfung wird in die Rechtswidrigkeit vorverlegt – bedeutet dies, dass die Rechtswidrigkeit einzig durch das **Verhalten des Geschäftsherrn** indiziert wird.[125] 36

---

120 Augenscheinlich im *Kellertreppenfall* (BGE 95 II 93).

121 Zu beobachten in der Produzentenhaftung vor Einführung des PrHG.

122 Beispielhaft ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.96; FELLMANN, Objektivierung, 96; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 293.

123 So auch die neuere Lehre, etwa BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 1; PETRIN, 6 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 1 N 23; KuKo OR-SCHÖNENBERGER, Art. 55 N 2; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.12; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.06. ROBERTO, Kausalhaftung, 1327 ff., geht noch weiter und stellt grundsätzlich in Frage, ob milde Kausalhaftungen überhaupt eine eigene Haftungskategorie darstellen.

124 So auch WAESPI, Organisationshaftung, 17; SCHÖNENBERGER, 10; BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 98; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.12. JAUN, Gefahrensatz, FN 50, verweist darauf, dass die Aktivität der Hilfspersonen fremdbestimmt ist und daher auch organisatorisch vom Geschäftsherrn fehlgesteuert werden kann.

125 Ähnlich in BGE 122 III 225 E. 5; SPIRO, 78; SCHÖNENBERGER, 10. PETRIN, 59, und ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.58, vertreten dagegen die Ansicht, dass nicht die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn, sondern die der Hilfspersonen die Haf-

Dieses Verständnis der Geschäftsherrenhaftung als Verschuldenshaftung ist nicht neu. Die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 62 aOR war bei Einführung als Verschuldenshaftung gedacht und wurde als solche verstanden.[126] Bereits BIEDER bezeichnete sie als Haftung für *vermutetes, eigenes Verschulden*. Demnach war der Exkulpationsbeweis als gescheitert zu betrachten, wenn der Beklagte eine *ungenügende Anzahl Hilfspersonen* zur Arbeit geschickt hatte oder den Arbeitern *mangelhaftes Werkzeug* zur Verfügung gestellt wurde.[127] Es handelt sich bei beiden Vorwürfen um *organisatorische Belange*, auf die Hilfspersonen aufgrund des Subordinationsverhältnisses keinen Einfluss haben.[128]

37 Der Geschäftsherr ist es, der den grössten Hebel an der Problemquelle ansetzen kann, sei es beim Fehlverhalten der Hilfspersonen oder bei anderen organisatorischen Fragen, die Hilfspersonen nicht beeinflussen können. Die Verhaltenspflichten des Geschäftsherrn geben die Leitplanken für rechtmässiges Verhalten vor, sodass auch mittelbare Verletzungshandlungen überzeugend abgedeckt werden. Umwege und Doppelprüfungen im Deliktsaufbau, die der Erfolgsunrechtslehre geschuldet sind, werden vermieden; die Begriffspaare Tun und Unterlassen sowie Sorgfalt und Fahrlässigkeit sind in den Verhaltenspflichten beheimatet. Sowohl die Geschäftsherrenhaftung als auch die Produzentenhaftung können unter gleichen Gesichtspunkten betrachtet werden.[129] Diese Auffassung entspricht auch dem deutschen Verständnis der Geschäftsherrenhaftung (§ 831 BGB für die gesetzlich normierten[130], § 823 BGB für alle übrigen organisatorischen Pflichten).[131]

---

tung begründen soll. Zur Auseinandersetzung mit den Ansichten in der neuen Lehre siehe § 4 N 95 f.

126 GAYLER, 17.

127 BIEDER, 346.

128 Eine Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson müsste diesfalls verneint werden, ein Schaden könnte dennoch vorliegen. Wäre die Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit, würde die Geschäftsherrenhaftung entfallen. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55.

129 Beide Haftungen werden als Haftungen für eigenes Verhalten verstanden. Vgl. zur Produzentenhaftung ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.41.

130 Staudinger BGB-BERNAU, § 831 N 1; LARENZ/CANARIS, 475.

131 Mit der Verankerung des Begriffs *Organisationsverschulden* in § 823 BGB wurde er zu einem Sammelbegriff für alle dem Geschäftsherrn obliegenden Sorgfaltspflichten. Vgl. dazu MATUSCHE-BECKMANN, 117; MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 97 ff.; FUNDEL, 158 ff.; ESSER/WEYERS, 214; WAESPI, Organisationshaftung, 80 f.

§ 3 Haftungsvoraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung

1. Allgemeines

Der Geschäftsherr, der sich in seinem Interesse einer Hilfsperson bedient, haftet, wenn die **allgemeinen** sowie die in Art. 55 Abs. 1 OR **positiv und negativ definierten Haftungsvoraussetzungen** erfüllt sind.[132] Unter den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen sind die *Rechtsgutverletzung* sowie der *adäquate Kausalzusammenhang*[133] zwischen der schädigenden Handlung der Hilfsperson und der Rechtsgutverletzung.[134] Weitere positive Voraussetzungen sind das *Subordinationsverhältnis* zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson und der Konnex der schädigenden Handlung zur *geschäftlichen Verrichtung*. Negative Voraussetzung ist das *Scheitern der besonderen Sorgfaltsbeweise*, welches gleichzeitig die *Rechtswidrigkeit* indiziert und darin besteht, dass der Geschäftsherr seinen Verhaltenspflichten nicht nachkommt.[135] 38

---

132 Statt vieler NATER, Entwicklung, 5.

133 Zur Beweislastverteilung im Prozess siehe § 13.

134 Vgl. zur Kausalität zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn und der Schädigung § 13 N 353.

135 Gleich gesehen wird die Lage in Deutschland unter dem Thema der Organisationspflichten nach § 823 BGB. Für die Vertreter der Verhaltensunrechtslehre in der Schweiz zustimmend SCHÖNENBERGER, 10. Ähnlich HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 4. Anderer Ansicht sind ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.06, SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 20.14, und PETRIN, 53, die die Rechtswidrigkeit in der Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson sehen und folglich für die Abschaffung des Befreiungsbeweises einstehen. NATER, Entwicklung, 30, spricht vom erweiterten Anwendungsbereich von Art. 55 OR und subsumiert darunter die Setzung einer zusätzlichen Schadensursache durch den Geschäftsherrn. Im Ergebnis stellt auch er fest, dass das Verhalten des Geschäftsherrn einen Rechtswidrigkeitsgehalt aufweisen kann, was jedoch unter Art. 41 OR zu subsumieren wäre. Ähnlich auch ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.41, für die Produzentenhaftung.

2. Geschäftsherr

39 Subjekt der Haftpflicht ist der **Träger des Geschäftsbetriebs** – der Geschäftsherr. Er lässt Geschäftsbesorgungen durch andere Personen erledigen, die zu ihm in einem Unterordnungsverhältnis stehen. Geschäftsherr kann eine natürliche oder juristische Person sein.[136] Auch Personengesellschaften wie Kollektiv-[137] oder einfache Gesellschaften[138] kommen in Frage. Selbst das Gemeinwesen kann Geschäftsherr sein, wenn es wie eine Privatperson eine gewerbliche Verrichtung betreibt.[139]

40 Die Delegation von Aufgaben ist zwingend erforderlich, denn eine Einzelperson, die jemanden schädigt, kann nicht nach Art. 55 OR haften.[140] Das **Subordinationsverhältnis**, das es dem Geschäftsherrn erlaubt, der Hilfsperson Weisungen zu erteilen und sie zu beaufsichtigen, ist die Grundlage der Haftung. Es liegt meist in einem Arbeitsvertrag begründet.[141] Wie bereits in § 2 N 28 erläutert, geht mit der Weisungsbefugnis einher, sowohl Ort, Zeit und Mittel, mit denen die Hilfsperson die ihr übertragene Tätigkeit zu verrichten hat, als auch die Arbeitsabläufe, in denen sie sich wiederfindet, vorzugeben.[142] Massgeblich ist nicht die rechtliche Natur dieses Verhältnisses, sondern die tatsächliche Möglichkeit des Geschäftsherrn, die Hilfsperson **ökonomisch-organisatorisch** in seinen Betrieb einzugliedern.[143] Lediglich unter diesem Aspekt ergibt das vom Gesetzestext geforderte Verhalten des Geschäftsherrn Sinn: Der zu erbringende Sorgfaltsbeweis ist nur denkbar, wenn der Geschäftsherr tatsächlich auf die Handlungen der Hilfsperson

---

136 KELLER, 173; OFTINGER/STARK, § 20 N 80; PORTMANN, Hilfsperson, 63.

137 Vgl. dazu den *Fritteusen-* (BGE 90 II 86) oder *Steiggurtfall* (BGE 64 II 254).

138 BGE 72 II 255 E. 4.

139 BGE 77 II 308 E. 3.

140 WAESPI, Organisationshaftung, 20; GAUCH, Schachtrahmenfall, 68.

141 Statt vieler FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 740, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 32.

142 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; OFTINGER/STARK, § 20 N 11.

143 REY/WILDHABER, § 8 N 1066; PETRIN, 78, mit weiteren Hinweisen; CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 7. Von Relevanz ist dies etwa beim Leiharbeitsverhältnis, in welchem davon ausgegangen wird, dass der Entlehner bzw. Mieter Geschäftsherr ist (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.07).

Einfluss nehmen kann bzw. diese verpflichtet ist, den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen.[144]

Es ist nicht erforderlich, dass die Hilfsperson direkt der Weisung des Geschäftsherrn unterstellt ist. Bei **mehrstufigen Subordinationsverhältnissen**[145] können weitere Hilfspersonen zwischengeschaltet sein. Der Geschäftsherr muss die Sorgfaltspflichten nicht selbst erfüllen und kann sie an sein Kader delegieren.[146] Dennoch bleibt der Geschäftsherr verantwortlich für sämtliche Pflichtverletzungen auf allen Hierarchiestufen.[147] 41

3. Hilfsperson

Der Begriff der Hilfsperson umschreibt, für wessen schädigende Handlung gegenüber Dritten der Geschäftsherr einzustehen hat.[148] Es ist diejenige Person, derer sich der Geschäftsherr für *seine Zwecke bedient*.[149] Aufgrund des Subordinationsverhältnisses hat sie sich den Weisungen und der Aufsicht des Geschäftsherrn zu fügen. Er gibt die organisatorische Eingliederung der Hilfsperson in den Betrieb vor.[150] Als Hilfspersonen sind folglich auch solche in vorgesetzter Stellung zu betrachten, wie etwa Gruppenchefs, Vorarbeiter, Bau- oder Werkführer.[151] Ausschlaggebend ist, dass die Hilfsperson in ihrer Ausführung **keinen Entscheidungsspielraum** besitzt, wenn der Geschäftsherr diesbezügliche Weisungen er- 42

144 NATER, Entwicklung, 14; REY/WILDHABER, § 8 N 1065, mit weiteren Hinweisen; PORTMANN, Hilfsperson, 66, mit weiteren Hinweisen; KELLER/GABI/GABI, 172.

145 Zum Begriff SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.17; PETRIN, 37.

146 HaftpflichtKomm-FISCHER/ITEN, Art. 55 N 10 f.

147 HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 12; KELLER/GABI/GABI, 172; WERRO, responsabilité, § 2 N 509 FF.

148 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.09.

149 Vgl. dazu die Definition in OFTINGER/STARK, § 20 N 60; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 55 N 6 ff.

150 PETRIN, 76.

151 BK-BREHM, Art. 55 N 14, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; PORTMANN, Hilfsperson, 67, mit weiteren Hinweisen.

teilt.[152] Je grösser die Entscheidungsfreiheit wird, umso weniger ist von einer Hilfsperson auszugehen.[153]

43 Grundsätzlich nicht als Hilfspersonen nach Art. 55 Abs. 1 OR gelten selbstständig Erwerbende, wie Anwälte, Ärzte oder Architekten.[154] Zwar kann der Auftraggeber im Rahmen von Art. 397 Abs. 1 OR «*Vorschrift geben*». Diese dient aber nur zur Konkretisierung des Auftrages und begründet **kein Subordinationsverhältnis**.[155] Gleiches gilt auch im Werkvertrag zwischen Unternehmer und Subunternehmer, auch wenn der Subunternehmer den Fachanweisungen des Unternehmers unterworfen ist. Dennoch verbleibt der selbstständigen Hilfsperson hinsichtlich der Weisungsgebundenheit ein erheblicher Handlungsspielraum in Bezug auf Zeitpunkt, Art und Weise der Arbeitsausführung, der im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson fehlt.[156]

44 Demzufolge wird die ausservertragliche Haftung für **selbstständige Hilfspersonen** im Rahmen von Art. 55 OR abgelehnt.[157] Der Schutz des Geschädigten erfordert keine Haftungsverbreiterung, weil bei Verfehlungen des Subunternehmers gegen ihn vorgegangen werden kann. Im Übrigen stehen andere Rechtsgrundlagen wie die Werkeigentümerhaftung, die Haftung des Grundeigentümers oder Gefährdungshaftungstatbestände zur Verfügung, um etwaige Haftungslücken zu schliessen.[158] Die Lehre sieht zwar ein gewisses Risiko in der Delegation von deliktischen Pflichten an zahlungsunfähige oder im Ausland ansässige, selbstständige Hilfspersonen. Dennoch besteht kein akuter Handlungsbedarf, der eine Risikoverschiebung für betriebsfremde Dritte zulasten des Geschäftsherrn und die Auflösung des Trennungsprinzips auf Grundlage von Art. 55 OR rechtfertigen würde.[159]

45 Des Weiteren sind **Organe juristischer Personen** nicht als Hilfspersonen anzusehen. Ihr Handeln gilt unmittelbar als Handeln der juristischen Person selbst (Re-

---

152 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 758.

153 CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 11; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 759.

154 OFTINGER/STARK, § 20 N 67; BK-BREHM, Art. 55 N 10, mit weiteren Beispielen betreffend Subordinationsverhältnis; KELLER, 176; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.16.

155 BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 N 4; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 758.

156 BGE 96 II 337 E. 4.d; REY/WILDHABER, § 8 N 1073.

157 BeckOK BGB-FÖRSTER, § 831 N 17.

158 Vgl. zur amerikanischen Rechtsfigur der nicht haftungsbefreiend delegierbaren Sorgfaltspflichten PETRIN, 100 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.63 ff.

159 Gleicher Ansicht PETRIN, 106.

alitätstheorie).[160] Nach Art. 55 Abs 2 ZGB verpflichten sie die juristische Person «*sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten*».

4. Funktioneller Zusammenhang

Der Geschäftsherr hat nicht für sämtliche Handlungen seiner Hilfspersonen einzustehen, sondern nur für solche, die *in Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen* erfolgen. Erforderlich ist ein **funktioneller Zusammenhang** zwischen auszuführender Verrichtung und schädigendem Verhalten.[161] Ein funktioneller Zusammenhang liegt sicherlich dann vor, wenn die Hilfsperson ihre Arbeit falsch oder ungeschickt ausführt, sodass ein Dritter geschädigt wird.[162] Oft entstehen Schäden, weil von Weisungen oder Befugnissen abgewichen wird.[163] Der funktionelle Zusammenhang entfällt aber nicht bereits dann, wenn die Hilfsperson Weisungen zuwiderhandelt, ihre Kompetenzen überschreitet oder Ditte vorsätzlich schädigt.[164] 46

Der funktionelle Zusammenhang wurde vom Bundesgericht bejaht, als zwei Hilfspersonen – entgegen der Weisung des Geschäftsherrn – die Mitwirkung eines Dritten beim Verladen von Möbeln duldeten und dieser zu Schaden kam.[165] Ebenfalls bejaht wurde der funktionelle Zusammenhang, als die Hilfsperson ihren Kompetenz- bzw. Aufgabenbereich eigenmächtig erweiterte und Auslieferungsfahrten unternahm, obwohl sie des Fahrens nicht mächtig war.[166] Bei Ausübung der Verrichtung handelte eine Hilfsperson, die in den Räu- 47

---

160 Vgl. dazu STEINBRÜCHEL, 20 ff.; BK-RIEMER, Art. 54/55 N 56; ROBERTO/PETRIN, 71 ff.

161 Vgl. dazu den *Gabelstapler*- (BGer, 4A_326/2008, 16.12.2008, E. 5.1) oder *Bankdirektorfall* (BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.4).

162 Die Einstandspflicht für Fehler der Hilfspersonen wird unter dem Titel des Sorgfaltsbeweises entschieden.

163 KELLER, 175.

164 VON TUHR/PETER, 446; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.19; PORTMANN, Hilfsperson, 69; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 12; BK-BREHM, Art. 55 N 22 f., mit Beispielen zum funktionellen Zusammenhang; STARK, § 7 N 551.

165 Vgl. dazu den *Kellertreppenfall* (BGE 95 II 93 E. II.4.a).

166 Vgl. dazu den *Werkstattwächterfall* (BGE 43 II 181).

men der Bank privat Kunden empfing und sie vorsätzlich um ihr Vermögen betrog, obwohl in ihrer Funktion kein Kundenkontakt vorgesehen war.[167]

48 Fehlt es am funktionellen Zusammenhang, liegt eine **private Verrichtung** vor, für die die Hilfspersonen und nicht der Geschäftsherr haften. Der funktionelle Zusammenhang ist zu verneinen, wenn die Schädigung lediglich *bei Gelegenheit* einer Geschäftsbesorgung herbeigeführt wird. Ein bloss örtlicher oder zeitlicher Zusammenhang genügt daher nicht: Der Geschäftsherr soll nicht schlechthin für sämtliche Handlungen haften, die während der Arbeitszeit und am Arbeitsort erfolgen, sondern nur dann, wenn die Hilfsperson für ihn tätig ist.[168] Der Grund für den Ausschluss der Haftung liegt darin, dass der Geschäftsherr lediglich für Verletzungen *eigener* Sorgfaltspflichten haftet.[169]

49 Das Bundesgericht verneinte den funktionellen Zusammenhang in einem Fall, in dem die Hilfsperson einen Wagen nicht direkt auf das Fabrikgelände fuhr, sondern eine «Schwarzfahrt» unternahm.[170] Ähnlich entschied das Bundesgericht, als ein Reinigungsangestellter, der während der Reinigung ein Gewehr fand, es einem Mitarbeiter zeigen wollte und ein ausgelöster Schuss den Mitarbeiter am Ellbogen verletzte.[171]

50 Grenzfälle sind dort zu sehen, wo Handlungen vorgenommen werden, die *nicht unmittelbar zur Arbeit gehören*. Die Abgrenzung kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen. Einigkeit besteht dahingehend, dass der funktionelle Zusammenhang auch bei schädigenden Handlungen *während der Arbeitspause* gegeben sein kann.[172] Die Haftung ist jedoch auf die Risiken beschränkt, die mit dem *üblichen und zu erwartenden* Verhalten der Hilfsperson verbunden sind.[173] Zu Recht wird in der Lehre bemerkt, dass der funktionelle Zusammenhang mit dem Fehlverhalten des Geschäftsherrn gekoppelt ist.[174] Grund für die Verknüpfung ist nach hier vertretener Ansicht, dass das **Organisationsrisiko des Geschäftsherrn** den funktionellen Zusammenhang mitprägt. Es stellt sich die Frage, ob die gewählte Organisation das Schädigungsrisiko dadurch steigert, dass die Wahrscheinlichkeit

---

167 Vgl. dazu den *Bankdirektorfall* (BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.4).

168 REY/WILDHABER, § 8 N 1077; HaftpflichtKomm-FISCHER/ITEN, Art. 55 N 12 ff.

169 Dazu sogleich mehr; vgl. auch PETRIN, 111; OFTINGER/STARK, § 20 N 96.

170 BGE 50 II 469 E. 3.

171 BGer, 4A_209/2017, 22.5.2017, E. 2.4; dazu auch KELLER, 175.

172 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.04; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 765.

173 CR CO I-WERRO, Art. 55 N 16.

174 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.13; BK-BREHM, Art. 55 N 28; PETRIN, 125.

einer «Programmwidrigkeit» erhöht wird.[175] Mit anderen Worten determiniert die *Voraussehbarkeit* einer schädigenden Handlung der Hilfspersonen zugleich auch den funktionellen Zusammenhang: Wird eine Hilfsperson, die bereits wegen Diebstahls aufgefallen ist, im Aussendienst eingesetzt und begeht sie erneut ein Delikt, ist dies dem Organisationsbereich des Geschäftsherrn zuzuordnen.[176] So wird der funktionelle Zusammenhang auch bei vorsätzlichen Taten eher zu bejahen sein, wenn die Schädigung auf die unsorgfältige Auswahl der Hilfspersonen zurückzuführen ist. Dasselbe gilt, wenn Hilfspersonen wegen falschen Anreizsystemen faktisch dazu verleitet werden, Weisungen zu missachten und ihren Tätigkeitsbereich auszuweiten.[177]

5. Besondere Befreiungsgründe

5.1 Klassischer Befreiungsbeweis

Nach Art. 55 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsherr nicht, «*wenn er beweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um den Schaden dieser Art zu verhüten*». Die Sorgfaltspflichtverletzung wird von Gesetzes wegen vermutet. Dem Geschäftsherrn steht der Sorgfalts- oder Befreiungsbeweis offen, alles getan zu haben, um schädigendes Verhalten seiner Hilfspersonen zu verhindern.[178] Wann der Sorgfaltsbeweis als erbracht gilt, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Vielmehr hat der Richter in jedem Einzelfall, unter Würdigung der Umstände, die zu erwartende Sorgfalt zu ermitteln.[179] Auch wenn der Sorgfaltsbeweis im Gesetz lediglich allgemein umschrieben wird,[180] handelt es sich nach klassischer Ansicht um die Sorgfaltspflichten der gehörigen **Auswahl, Instruktion und** 51

[175] Gleicher Ansicht auch VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 204; Staudinger BGB-BERNAU, § 831 N 5; MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 11; BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 514 ff.; PETRIN, 126 f.; ähnlich auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.20.

[176] BK-BREHM, Art. 55 N 27 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 764.

[177] Vgl. dazu § 7 N 201 ff.

[178] GAYLER, 106; REY/WILDHABER, § 6 N 817.

[179] NATER, Entwicklung, 21 f.

[180] Die frühen Entwürfe von Munzinger sprechen von *organisatorischen Pflichten* (FASEL, 569). Anders ist es im deutschen Recht unter § 831 BGB, der gleich die Sorgfaltspflichten aufzählt, was die Gerichte zu kreativen Formulierungen zwingt, um den Katalog zeitgemäss auszubauen. So versteht die deutsche Rechtsprechung die Überwachungspflicht als «fortlaufende Eignungsaufsicht» (KLEINDIEK, 287).

Überwachung der Hilfspersonen, die sich aus den römischrechtlichen *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*) ableiten.[181]

52 Doch wie schon GAYLER feststellte, sind die klassischen curae nicht absolut feststehende Begriffe; vielmehr sind sie «*erfahrungsgemäss*» gebildet und aus der Unzahl der Sorgfaltspflichten besonders hervorragende, die den Charakter des Präjudiziellen in sich tragen.[182] Mit dem *Steiggurtfall* wurde der Katalog um die Pflicht erweitert, Hilfspersonen mit *geeignetem Werkzeug und Material* auszurüsten.[183] Gerade im Kontext grosser arbeitsteiliger Organisationen wirkt die Beschränkung auf die klassischen Sorgfaltspflichten nicht mehr zeitgemäss. Daher ist spätestens seit dem berühmten *Schachtrahmenfall* eine weitere Pflicht in der Rechtsprechung verankert worden, nämlich die **zweckmässige Organisation eines Betriebes**.[184] Sie dient auch als Grundstein für die ausservertragliche Produzentenhaftung, d.h. die Sorgfaltspflichten des Produzenten.[185] Bei genauerer Analyse der Rechtsprechung zeigt sich, dass die Sorgfalt, die von einem Geschäftsherrn erwartet wird, vielfach ausdifferenzierter ist.[186]

5.2 Anzuwendender Massstab

53 Der bezüglich Pflichten des Geschäftsherrn *anzuwendende Massstab* ist ein **objektiver**: Er hat alle nach den gegebenen Umständen erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um schädigendes Verhalten seiner Hilfspersonen zu verhindern. Der Massstab ist umso strenger, je schwerer die drohende Gefahr und je grösser die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit sind, welche die auszuführende Tätigkeit der Hilfsperson mit sich bringt.[187] Auf die persönliche Entschuldbarkeit, warum der Geschäftsherr seine Verhaltenspflichten nicht wahrgenommen hat, kommt es nicht an.[188] Zu beobachten ist, dass Verhaltensweisen, welche früher keine Haftung aus-

---

181 WIDMER, Konzept, 103; HONSELL, 780; MARTINEK, 184.

182 Treffend GAYLER, 107.

183 STÖCKLI, 37 f.; vgl. dazu später § 11.

184 BGE 110 II 456 E. 3; BERGER, Schuldrecht, 673.

185 Dazu § 12.

186 Zu den Fallgruppen der Organisationspflichten § 6 ff.

187 Vgl. zu den allgemeinen Kriterien, die das Vorliegen einer Verhaltenspflicht und damit auch deren «Intensität» definieren, § 2 N 21.

188 Vgl. dazu den *Lawinenfall* (§ 7 N 192 ff.); FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 783; OFTINGER/STARK, § 20 N 125; KOLLER, Erfüllungsgehilfe, 155.

gelöst hätten, heute infolge **erhöhter Verkehrserwartungen** eine Haftung begründen können.[189] Dies führt zu einer stetigen Erhöhung der Anforderungen, die das Bundesgericht an die Sorgfalt stellt und die sich in verschiedenen Branchen bemerkbar machen.[190] Diese Entwicklung ist folgerichtig und daher hinzunehmen.

54 BREHM verweist zusätzlich darauf, dass die Rechtsprechung vor dem Hintergrund einer **Regulierungslücke** die Anforderungen an den Entlastungsbeweis jeweils verschärfte.[191] Zu beobachten war dies namentlich in der Produzentenhaftung, die sich vom *Fritteusen*-[192] hin zum *Schachtrahmen*-[193] und *Hebebühnenfall*[194] drastisch verschärfte, kurz bevor in Brüssel die Produktehaftungsrichtlinie verabschiedet wurde.[195] In anderen Fällen, in denen das Schädigungspotenzial in wirtschaftlichen Betrieben geringer ausfiel und der Schaden bereits durch eine Versicherung gedeckt war, wurde eine mildere Praxis angewandt.[196] Um ein verlässliches Bild zeichnen zu können, ist dieser Umstand zu berücksichtigen und eine gewisse «Nivellierung» vorzunehmen.

55 Der **Betrachtungswinkel**, aus welchem die Sorgfaltspflicht beurteilt werden muss, ist *ex ante*. Es ist nicht zu prüfen, welche Anordnungen allenfalls noch möglich gewesen wären; vielmehr ist zu prüfen, was unter den gegebenen Umständen *geboten war bzw. sich aufdrängte*.[197] Wird das Verhalten des Geschäftsherrn *ex post* betrachtet, d.h. mit Kenntnis über den Schadensverlauf, wird die Rechtswidrigkeit mit der Kausalität vermischt.[198] Dies zeigt sich insbesondere, wenn im Nachgang einer Schädigung Massnahmen ergriffen werden, um eine erneute

189 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.96.

190 FELLMANN, Objektivierung, 96; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 293.

191 BK-BREHM, Art. 55 N 51, wie dies bis 1932 in der Motorfahrzeughalterhaftung der Fall war. Illustrativ dazu ein Urteil des AppGer BS aus dem Jahr 1921, wonach der zunehmende Automobilverkehr eine erhebliche Gefahr darstelle, die ihren Ausgleich in einer strengen Haftung finden müsse (JAUN, Sorgfaltspflicht, 28).

192 BGE 90 II 86.

193 BGE 110 III 456.

194 BGE 122 IV 103.

195 Dazu WIDMER, Konzept, 103; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.60.

196 BK-BREHM, Art. 55 N 51.

197 PORTMANN, Hilfsperson, 70; BK-BREHM, Art. 55 N 49; WIDMER/WESSNER, 124; MATUSCHE-BECKMANN, 53 f.; NATER, Produktehaftung, 291 f.

198 WAESPI, Ellen, 276; OFTINGER/STARK, § 20 N 120; BGE 95 II 93.

Schädigung zu verhindern, und dem Geschäftsherrn daraus ein Strick gedreht wird.[199] Dem Gericht unterläuft diesfalls ein Rückschaufehler.[200]

5.3 Rechtmässiges Alternativverhalten

56 Überdies entfällt eine Haftung, wenn der Geschäftsherr nachweist, dass der Schaden auch bei Anwendung aller Sorgfalt aufgetreten wäre. Er hat aufzuzeigen, dass seine Pflichtverletzung keinen Einfluss auf das Hilfspersonenverhalten und somit auf den Schadenseintritt hatte.[201] Die Nutzlosigkeit einer Vorsichtsmassnahme ist vom Geschäftsherrn zu beweisen.[202]

199 Vgl. dazu BGE 110 III 456; BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009; BGE 112 Ib 322.

200 ROBERTO/GRECHENIG, 5 ff.

201 OFK OR-FISCHER, Art. 55 N 32; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 23; BK-BREHM, Art. 55 N 91 ff.

202 BGE 97 II 221 E. 3.e.; zur Beweislastverteilung siehe § 13.

Teil 2: Organisationspflichten

§ 4 Verhaltenspflichten als Quelle der Organisationspflichten

Der Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist eine im **unternehmerischen Kontext geschaffene Gefahrenquelle**. Sie dient uns der Ableitung und Konkretisierung von Verhaltenspflichten.[203] Nicht jede Gefahr ist rechtlich verpönt, genauso wenig wie jede Gefahr rechtlich verhindert werden kann.[204] Das Leben ist mit alltäglichen Risiken verbunden, deren Realisierung niemandem zugerechnet werden kann («allgemeines Lebensrisiko»).[205] Andere Gefahren werden aus einem ökonomischen Kalkül heraus hingenommen. 57

Beispiel: Der Bauherr, der eine Baustelle unterhält und einen wirtschaftlichen Mehrwert schafft, setzt auch immer ein Schädigungsrisiko für Arbeitnehmer und Dritte. Die Gefahr einer Schädigung gänzlich auszuschalten, ist nicht möglich. Um dieses Ziel zu erreichen, müsste ein generelles Bauverbot ausgesprochen werden. Den Bauherrn trifft jedoch die Verhaltenspflicht, die Gefahr einer Schädigung zu steuern. Er hat alle Schutzmassnahmen zu ergreifen, die zur Gefahrenabwehr notwendig, effizient und zumutbar sind.[206] Besteht bspw. die Gefahr, dass ein Passant beim Vorbeigehen von herunterfallenden Objekten getroffen werden könnte, muss der Fussweg gesichert und der Passant auf die Gefahr hingewiesen werden.[207] Die Sorgfaltswidrigkeit des Bauherrn ist dort anzunehmen, wo Massnahmen zur Beseitigung des Risikos geboten sind und nicht ergriffen werden, sodass es zur Schädigung kommt.[208] Der Passant vertraut darauf, dass er den Fussweg gefahrlos passieren kann. In dieser berechtigten Erwartungshaltung ist er zu schützen.[209] Faktoren wie die Schwere der drohenden Gefahr[210] und die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts spielen eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung dessen, was vom Bauherrn erwartet werden darf.[211] Befindet sich die Baustelle auf oder neben einer Autobahn, wird die Intensität der Verhaltenspflichten strenger sein. Wenn ein Passant hingegen gedankenverloren auf dem 58

---

203 OFTINGER/STARK, § 16 N 26 ff.; LARENZ/CANARIS, 410; dazu bereits in § 2 N 20.

204 BÜTLER, 26.

205 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.67 ff.; MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 60.

206 SCHUMACHER, 86; Geigel Haftpflichtprozess-WELLNER, Kap. 14 N 15.

207 Vgl. dazu den *Strassengrabenfall* (BGE 34 II 266).

208 SCHUMACHER, 86.

209 Geigel Haftpflichtprozess-WELLNER, Kap. 14 N 12.

210 Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.4.1.

211 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.65; ZIEGENBALG, 15; vgl. auch § 2 N 22.

Vorplatz stolpert und sich verletzt, realisiert sich ein alltägliches Risiko, das nicht in einem zurechenbaren Zusammenhang mit der Bautätigkeit steht. Eine Haftung scheidet aus.

1. Von der Gefahrenquelle zur Verhaltens- und Organisationspflicht

59 Wer eine Gefahr schafft, verwaltet oder aufrechterhält, ist demnach verpflichtet, die gebotenen schadensverhütenden Massnahmen zu ergreifen. Diese Pflicht speist sich aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und richtet sich zunächst an **natürliche Personen**. Jeder hat für die Gefahrlosigkeit seines Herrschaftsbereiches zu sorgen.[212] Die Haftung rechtfertigt sich, weil eine Gefahr geschaffen wird, die über das für Dritte hinnehmbare Niveau hinausgeht. Derjenige, der die Gefahr beherrscht, muss auch in der Lage sein, vor der Gefahr zu schützen. Die Drittpersonen vertrauen darauf, dass keine Schädigung eintritt.[213] In unternehmerischem Kontext wird eine Gefahr nur dann unterhalten werden, wenn ein ökonomischer Nutzen erzielt wird. Dieser Nutzen muss den Kosten der Gefahrensteuerung gegenübergestellt werden, was wiederum rechtfertigt, dass der Nutzniesser auch Adressat der Verhaltenspflicht ist.[214]

60 Eine **juristische Person** kann ebenfalls als «Verkehrseröffner» auftreten und damit Adressat der Verhaltenspflichten sein. Die Verantwortung leitet sich aus der Zurechnungsnorm Art. 55 Abs. 2 ZGB oder der Werkeigentümer- oder Geschäftsherrenhaftung (Art. 58 und 55 OR) ab.[215] Insbesondere aus der Erweiterung des Geschäftsbereiches erhofft sich der Geschäftsherr einen erhöhten Nutzen, nimmt dabei aber auch eine organisatorische Gefahrenerhöhung für Schädigungen in Kauf. Den gefährdeten Dritten bleibt aufgrund mangelnden Einblicks in die Organisation nichts anderes übrig, als auf die Wahrnehmung der Pflichten zu vertrauen.[216]

61 Vom Gesetz wird lediglich das zu erreichende Ziel vorgeschrieben – die Bewahrung Dritter vor Schädigungen –, hingegen nicht, welche Massnahmen zur Gefah-

---

212 KÖTZ/WAGNER, 58; LOOSCHELDERS, 479 ff.

213 VON BAR, Verkehrspflichten, 122 ff.; SPITZ, Produkthaftung, 265; FURGLER, 104 ff.

214 VON BAR, Verkehrspflichten, 112; SPITZ, Produkthaftung, 265.

215 SPITZ, Produkthaftung, 275; FURGLER, 109.

216 Vgl. zu weiteren, die Haftung rechtfertigenden Begründungen § 2 N 26 ff.

rensteuerung ergriffen werden müssen.[217] In der deutschen Lehre und Rechtsprechung hat sich eine Zweiteilung von Verhaltenspflichten herausgebildet, die eine grobe Einteilung der Massnahmen erlaubt: Ein Teil zielt darauf ab, *Gefahren für Dritte erkenntlich zu machen*, sodass sie sich entsprechend auf die Gefahr einstellen und ihr begegnen können. Darunter werden Warn-, Verbots- und Instruktionspflichten verstanden. Ein anderer Teil der Verhaltenspflichten versucht, *auf den Gefahrenherd einzuwirken oder ihn zu entschärfen*. Hierzu gehören Kontroll- und Aufsichtspflichten, Erkundigungs- und Benachrichtigungspflichten sowie Obhuts- und Fürsorgepflichten.[218] Wird bspw. eine gefährliche Stelle abgesperrt und ausgeschildert, wird von Verbotspflichten gesprochen.[219] Die Warnung auf einem Produkt vor falschem Gebrauch stellt einen Anwendungsfall von Warn- oder Instruktionspflichten, der Rückruf eines gefährlichen Produkts einen der Benachrichtigungspflicht dar.

Es stellt sich zwangsläufig die Frage, ob sich rechtlich gesehen Unterschiede ergeben, wenn eine natürliche oder eine juristische Person Adressat der Verhaltenspflichten ist. Die natürliche Person nimmt ihre Pflichten unmittelbar selbst wahr. Sie haftet für ihre Verfehlungen. Die juristische Person ist nicht in der Lage, selbst Handlungen vorzunehmen. Sie ist im Gegensatz zur natürlichen Person arbeitsteilig organisiert. Sie führt Personal und Sachmittel zusammen, welche sie zu organisieren hat.[220] Sie gibt die Tätigkeit vor: Ist diese risikobehaftet, hat sie für den gesetzlich geschuldeten Erfolg – die Schadensprävention – zu sorgen.[221] Kommt es zum Schadensfall, ist zu prüfen, ob sie als Geschäftsherrin die Einhaltung der Verhaltenspflichten zweckmässig organisiert hat. Die Erfüllung der Verhaltenspflicht geschieht nicht durch die juristische Person selbst; vielmehr lässt sie sie von ihren Organen und Hilfspersonen erfüllen. Die Delegation der Verhaltenspflichten erfolgt nicht haftungsbefreiend.[222] Die ursprüngliche Verhaltenspflicht wandelt sich lediglich um: Fortan gewährleistet der Geschäftsherr die Erfüllung 62

---

217 RACK, Rechtspflichten, 22.

218 VON BAR, Verkehrspflichten, 83 ff., mit weiteren Ausführungen und Beispielen; Geigel Haftpflichtprozess-WELLNER, Kap. 14 N 9.

219 Z.B. der Pistensicherheit FRIEDLI, 192.

220 ROBERTO/PETRIN, 78; HANDSCHIN/TRUNIGER, 309 f.; BRÜGGEMEIER, Gefährdungshaftung, 100; in der Umschreibung der Organisation ähnlich ROBERTO/SCHISTER, 383.

221 SPIRO, 78 ff.; JAUN, Sorgfaltspflicht, 367 f.

222 JAUN, Sorgfaltspflicht, 367 f.; siehe auch § 3 N 39 ff.

der Verhaltenspflicht nicht unmittelbar selbst, sondern arbeitsteilig.[223] Hier offenbart sich auch die **Rechtsnatur der Organisationspflicht**: Die Organisationspflicht setzt eine «*primäre, den Geschäftsherrn treffende, deliktische Verhaltenspflicht voraus, deren Wahrnehmung er auf seine Verrichtungsgehilfen delegiert*».[224] Sie besteht nicht aus sich heraus, sondern ausschliesslich im Hinblick darauf, die Verhaltenspflicht zu erfüllen. Die Verhaltenspflicht wird zur Organisationspflicht und stellt folglich einen *Pflichtenannex* zur bestehenden Verhaltenspflicht dar, wenn sie nicht selbstständig erbracht wird.[225] Sie ist somit *akzessorisch* zur ursprünglichen Verhaltenspflicht.[226] Deliktsrechtlich beheimatet ist sie in Art. 55 OR, der eine Gesetz gewordene Haftung für Organisationspflichtverletzungen darstellt.[227]

63 Dreh- und Angelpunkt ist die Gefahr, die der Geschäftsherr im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit schafft oder unterhält. Aus dieser **Gefahrenlage** leiten sich die **Verhaltens- und letztlich die Organisationspflichten** ab. Zu Recht wird in der Lehre kritisiert, dass es sich bei der Gefahr um einen unbestimmten Rechtsbegriff handle, der im Einzelfall durch den Richter konkretisiert werden müsse.[228] Daher macht es Sinn, dass wir uns in einem ersten Schritt mit den Gefahren befassen, die der Geschäftsherr organisatorisch zu entschärfen hat. Die moderne Industriegesellschaft setzt eine nahezu unüberblickbare Vielzahl von Gefahrenquellen unterschiedlichster Form und Beschaffenheit.[229] Dennoch lassen sich historisch betrachtet gewisse Schwerpunkte setzen, die in der Geschäftsherrenhaftung eine besondere Rolle einnehmen. Früh fanden Verhaltenspflichten Eingang in die Rechtsprechung, die *objektbezogene Gefahren* zu bannen versuchten. Vermehrt weiteten sich die Verhaltenspflichten auch auf *gefahrenträchtige Handlungen und Tätigkeiten* aus. Allen voran betraf dies Tätigkeiten im Gesundheits- oder

223 KLEINDIEK, 284 ff.

224 Prägnant in BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 102.

225 Vgl. die umfangreichen Ausführungen zum Verhältnis der Verhaltens- und Organisationspflichten im deutschen Recht bei MATUSCHE-BECKMANN, 215; RACK, Rechtspflichten, 62.

226 BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 102 f.; Soergel BGB-KRAUSE, § 823 Anh II N 62; SPINDLER, 781.

227 JAUN, Sorgfaltspflicht, 295; BÜTLER, 56.

228 KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 440 f.; JAUN, Sorgfaltspflicht, 295.

229 JAUN, Sorgfaltspflicht, 362.

Bausektor.[230] Zu guter Letzt und womöglich im Kontext der Organisationspflichten am bedeutendsten ist die *arbeitsteilige Erbringung* dieser eben zuvor genannten Verhaltenspflichten. Die Rechtsprechung scheint diese Entwicklung noch nicht mitzumachen. In den Textbausteinen führen die Gerichte noch immer die klassischen Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn an,[231] obwohl diese einer Zeit entspringen, die von einem *Knecht-und-Meister*-Verhältnis[232] geprägt war. Ökonomische Organisationstheorien, die längst zur Tatsache geworden sind, wie die Implementierung von Aufbau-, Ablauf- und Kontrollprozessen, wurden bislang ignoriert.[233]

Deshalb soll nachfolgend versucht werden, den abstrakten Rechtsbegriff der Gefahr zu konkretisieren, um die haftungsrechtlich irrelevanten von den zurechenbaren Gefahrenlagen abzugrenzen.[234] Es wird zwischen *objektbezogenen*, *verhaltensbezogenen* und *organisationsbezogenen Gefahren* unterschieden, wobei allerdings der Übergang zwischen den Gefahrenquellen fliessend sein kann. 64

2. Schaffung und Unterhalt einer objektbezogenen Gefahr

Der Geschäftsherr führt **Arbeitskraft** und **Sachmittel** zusammen, um seine Geschäftstätigkeit auszuweiten und daraus Gewinne zu erzielen. Dazu bedient er sich einer **arbeitsteiligen Organisationsform**.[235] Aus Sicht der Hilfsperson bestimmt der Geschäftsherr jede einzelne Tätigkeit, also auch Ort, Zeit und Mittel, mit denen die Aufgaben zu verrichten sind.[236] Das sachliche Betriebsrisiko ergibt sich aus der Summe der im Unternehmen geschaffenen Risiken, wie sie von der Geschäfts- 65

230 MüKo BGB-Wagner, § 823 N 457.

231 Vgl. dazu BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008; BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009; BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011.

232 Esser/Weyers, 213; Petrin, 54; Nater, Entwicklung, 37; vgl. auch die Ausführungen in § 4 N 85 ff.

233 Spindler, 13.

234 Krauskopf/Märki/Wirz, 440 f.

235 Göbel/Bea, 237 ff.

236 Roberto/Schister, 383; Brüggemeier, Organisationshaftung, 55.

tätigkeit oder den eingesetzten Maschinen und Geräten ausgehen und durch die gewählte Organisationsform verstärkt oder gemindert werden können.[237]

66 Beispiel: Wer als Geschäftstätigkeit eine Skipiste betreibt, setzt zugleich eine Vielzahl unterschiedlicher Objektgefahren. Der Betreiber öffnet zwangsläufig seine Grundstücke und Gebäude für den Verkehr. Er hat dafür zu sorgen, dass die Pistensicherheit gewährleistet ist, indem er eine genügende Wartung und Überwachung in Form eines Ordnungsdienstes betreibt. Hierzu wird er sich verschiedener Pistenfahrzeuge, Zäune, Polsterungen, Schilder und anderer Gerätschaften bedienen, von denen wiederum eine Gefahr ausgehen kann und die daher auch die nötige Betriebssicherheit aufweisen müssen.[238]

67 Im Falle von Grundstücken und Gebäuden spricht die deutsche Rechtsprechung traditionell von *Verkehrssicherungspflichten*. Sie wurden entwickelt, um die Haftung bei Unfallschäden erfassen zu können, und behandeln häufig Wege, Durchgänge,[239] Treppenhäuser,[240] Geschäftsräume, Sportanlagen[241] und Strassen aller Art.[242] Die Verkehrssicherungspflichten auferlegen dem Verfügungsberechtigten einer unbeweglichen Sache verschiedene Gefahrensteuerungsgebote zum Schutze von Rechtsgütern wie Leib, Leben und Eigentum.[243] Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diesen Begriff in einer Reihe von Urteilen, welche die Pistensicherheit betreffen, übernommen.[244] Es verordnete die Pflichten in Art. 41, 58 oder 97 OR. Heute findet sich eine Teilmenge dieser Verhaltenspflichten in Art. 58 OR gesetzlich normiert. Ist der Werkbegriff erfüllt, haftet der Werkeigentümer für die von ihm gesetzte Objektgefahr, die darin besteht, dass das Werk mangelhaft angelegt, falsch hergestellt oder mangelhaft unterhalten wurde.[245] Es spielt im Ergebnis jedoch keine Rolle, auf welcher Grundlage der Pistenbetreiber bei fehlender Sicherheit haftet, da es sich um eine generelle, **deliktische Verhaltenspflicht** handelt. Wie im obigen Beispiel ersichtlich wird, begrenzt sich die Sicherungspflicht in der gegenständlichen Sphäre nicht nur auf Grundstücke, sondern gilt genauso für andere unbewegliche und bewegliche Sachen, die den Werk-

237 JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

238 MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 459; KÖTZ/WAGNER, 76 f.

239 BGE 117 II 399.

240 BGE 69 II 394.

241 BGE 116 II 426; BGE 123 III 310.

242 KÖTZ/WAGNER, 76; KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 441.

243 VON BAR, Verkehrspflichten, 45; LOOSCHELDERS, 479.

244 FRIEDLI, 189 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4 N 33.

245 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 10.10.

begriff nicht erfüllen. Sie kann folglich auch in den Anwendungsfall von Art. 55 OR fallen, wenn der Geschäftsherr die Verhaltenspflichten arbeitsteilig erfüllt.[246]

Die Unterscheidung – beweglich oder unbeweglich – liefert keine eindeutige Antwort, ob und welche Typen von Verhaltenspflichten ausgelöst werden. Aussagekräftiger ist daher die Unterscheidung, welche von einem Teil der Lehre vorgeschlagen wird: Die eine Gruppe bilden Sachmittel, denen ein *bestimmtes Schädigungspotenzial* immanent ist. Die andere Gruppe umschreibt Sachmittel, die *an sich* nicht gefährlich sind, aber die zum *bestimmungsgemässen Gebrauch* vorausgesetzte Sicherheit vermissen lassen.[247] 68

2.1 Schadensgeneigte Objekte

Die *schadensgeneigten Objekte* weisen, sei es aufgrund der chemischen oder physikalischen Beschaffenheit des ihnen innewohnenden Energiepotenzials oder ihres mechanisch blinden Antriebs, ein erhöhtes Schädigungspotenzial auf.[248] Dazu zählen «*giftige, ätzende, feuergefährliche, explosive und ähnliche Stoffe, Atomkraft und ionisierende Strahlen, Staudämme, motorenbetriebene Boden-, Wasser- und Luftfahrzeuge, überhaupt Maschinen aller Art* [...]*, aber auch Tiere und anderes mehr*».[249] Sämtliche dieser Sachmittel können im Betrieb in Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit verwendet oder hergestellt werden, sodass eine konkrete Gefahrenlage gegeben sein kann. Hilfspersonen und unbeteiligte Dritte können gleichermassen der Gefahr ausgesetzt sein. Einige dieser Gefahrenquellen sind heute aufgrund ihrer innewohnenden Gefahr Gegenstand von Gefährdungshaftungstatbeständen. Eine Sorgfaltspflichtprüfung entfällt diesfalls; allein die Realisierung des charakteristischen Risikos reicht für die Begründung der Haftung aus. Die gesetzliche Ordnung ist jedoch lückenhaft. Die fehlende Regulierung des technischen Fortschritts – ob gewollt oder ungewollt – führte dazu, dass eine ganze Reihe gefährlicher Zustände oder Tätigkeiten nach wie vor der **Verschuldenshaftung** unterliegen.[250] 69

246 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.54.

247 BÜTLER, 37 f.; JAUN, Sorgfaltspflicht, 362.

248 JAUN, Sorgfaltspflicht, 363; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 286.

249 JAUN, Sorgfaltspflicht, 363; vgl. auch SPITZ, Produkthaftung, 266; BÜTLER, 226; für Österreich PraxisKomm ABGB-HARRER/WAGNER, § 1315 N 15 ff.; VON BAR, Deliktsrecht, § 3 N 357.

250 BERGER, Gefahrensatz, 104; BÜTLER, 226; LARENZ/CANARIS, 407 ff.

70 In der Rechtsprechung finden sich Beispiele, die den Charakter der gefahrengeneigten Sachmittel verdeutlichen: Bereits frühe Urteile weisen auf die Gefahren aus dem Führen von Kutschen hin.[251] Mit der technischen Entwicklung wurden Kutschen durch motorisierte Fahrzeuge abgelöst, sodass diese mehr und mehr Gegenstand bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildeten.[252] Gleiches gilt für motorisierte Produktionsmaschinen und andere Einrichtungen[253] wie Dreschmaschinen,[254] Seilwinden,[255] Kräne[256], Dampfwalzen[257] und Presslufthämmer.[258] Andere Urteile befassen sich mit gefährlichen Werkstoffen wie Sprengstoff,[259] Chemikalien,[260] heissen Flüssigkeiten[261] oder schweren Materialien.[262] Auch Naturgefahren oder -kräfte[263] oder Elektrizität[264] bildeten Gefahrenquellen, die Eingang in die Rechtsprechung fanden.

2.2 Objektmängel

71 Die zweite Gruppe betrifft *Objektmängel*. Die Gefährdung kann von einer an sich *ungefährlichen* Sache ausgehen. Leidet sie an einem Mangel, der nicht beseitigt wird, ist die sichere Nutzung nicht gewährleistet und stellt eine Gefahrenquelle dar. Von einem Mangel ist auszugehen, wenn das Objekt Eigenschaften aufweist, die es für den **bestimmungsgemässen Gebrauch untauglich oder gefährlich** machen, sodass es die gebotenen Sicherheitsmassstäbe nicht erfüllt.[265] Der Sachhalter hat insofern für Schäden aufzukommen, die durch das Objekt oder Arbeiten

---

251 BGE 23 I b31; BGE 30 II 429; BGE 31 II 130; BGE 37 II 433.

252 BGE 41 II 498; BGE 46 II 126; BGE 50 II 489; BGE 56 II 283; BGE 57 II 367; BGE 58 II 29.

253 BGE 57 II 61; BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015; für weitere Beispiele vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 10.06.

254 BGE 27 II 496; BGE 72 II 255.

255 BGE 77 II 308.

256 BGE 96 II 27; BGE 126 IV 13; BGE 121 IV 10; BGer, 4A_611/2018, 5.6.2019.

257 BGE 88 II 131.

258 BGE 97 II 221.

259 BGE 103 IV 152.

260 BGE 31 II 697; BGE 49 I 465.

261 BGer, 4C.119/2000, 2.10.2000; BGE 72 II 311.

262 BGE 90 IV 8.

263 BGE 125 IV 9.

264 BGE 29 II 60.

265 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 32; PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 71.

an ihm entstehen, als er sie bei zumutbarer Rücksichtnahme auf die Interessen anderer hätte verhüten können.[266] Wer nämlich einen Gegenstand, eine Anlage oder eine Einrichtung benutzt, geht davon aus, dass er dies im Rahmen der *Zweckbestimmung* gefahrlos tun kann.[267] Oft bleibt auch nichts anderes übrig, als auf die sichere Nutzung zu vertrauen, da eine Überprüfung für den Benutzer nicht möglich ist.

Die Perspektive des Gefährdeten führt zu einer **Verkehrserwartung** hinsichtlich der Sicherheit, die wiederum Art und Umfang der Verhaltenspflicht des Geschäftsherrn prägt.[268] Um von einer legitimen Verkehrserwartung sprechen zu können, ist zunächst zu klären, ob der Geschädigte zum *geschützten Personenkreis* gehört.[269] Dazu muss der Sachhalter der Nutzung seiner Sache zustimmen oder sie für den Verkehr öffnen. Dies trifft beispielsweise für Betreiber von Schwimmbädern[270] und Skipisten[271] zu, deren Geschäftstätigkeit darauf beruht, aus dem Zugang und der Nutzung ihrer Infrastruktur Umsätze zu erzielen. Ist der geschützte Personenkreis abgesteckt, ist anschliessend der *sachliche Schutzbereich* zu bestimmen. Erfasst ist der *bestimmungsgemässe Gebrauch*, was die zweckwidrige Nutzung in der Regel ausschliesst.[272] Die Ausnahme bildet der *naheliegende Fehlgebrauch*,[273] wenn etwa die «*Konzeption und Zweckbestimmung der Anlage*» für den vom Sachhalter angesprochenen Benutzerkreis und das von einem Teil dieser Benutzer zu erwartende unvernünftige Verhalten einen gefährlichen Zustand schaffen.[274] 72

Eine Besonderheit des Objektmangels zeigt sich in der **Produzentenhaftung**. Die grundlegende Pflicht des Produzenten, *nur solche Produkte herzustellen, die für den zugedachten Verwendungszweck geeignet und betriebssicher sind*,[275] ist die- 73

---

266 Esser/Weyers, 179.

267 Jaun, Sorgfaltspflicht, 356; von Bar, Verkehrspflichten, 118; MüKo BGB-Wagner, § 823 N 456.

268 Soergel BGB-Krause, § 823 Anh II N 27 ff.; Erman BGB-Wilhelmi, § 823 N 112.

269 Schnyder/Portmann/Müller-Chen, 65; Roberto, Haftpflichtrecht, N 04.103 ff.; Verde, Widerrechtlichkeit, 27.

270 BGE 116 II 422.

271 BGE 130 II 193.

272 Soergel BGB-Krause, § 823 N 40 f.; Jaun, Sorgfaltspflicht, 364 f.

273 PrHHdb-Foerste, § 24 N 89 ff.

274 BGE 116 II 422 E. 1.

275 Kullmann/Pfister, Kz 1520, 8 f.

selbe wie bei anderen Objektmängeln. Allerdings schlägt die technische Entwicklung hier besonders durch: Selbst alltägliche Produkte bergen ein Gefahrenpotenzial, dem der Verbraucher gegebenenfalls mit einer «*eigenverantwortlichen Vorsorge*» begegnen kann.[276] Ein anonymisierter Herstellungsprozess und Vertrieb sowie eine von Umsätzen getriebene und in der Folge verminderte Kontrolle und Beratung durch Einzelhändler können zu einer sinkenden Aufklärung der Verbraucher führen. Die Bewerbung eines Produktes spielt für die Bestimmung der Verkehrserwartung eine besondere Rolle.[277] Mit Inverkehrsetzung verlässt das Produkt die Herrschaftssphäre des Produzenten, womit auch die Einflussnahme auf Gefahren stark eingeschränkt wird. Dies wirkt sich auf jene Verhaltenspflichten *bis Inverkehrsetzung* und jene *nach Inverkehrsetzung* aus.[278]

2.3 Objektbezogene Verhaltenspflichten

74 So verschieden die Sachmittel sind, so einheitlich sind die von ihnen ausgehenden Gefahren für die Rechtsgüter Dritter, die mit adäquaten Sicherungsvorkehrungen einzudämmen sind. Ein Unterschied zeigt sich darin, dass bei **gefahrengeneigten Sachmitteln** das Schädigungsrisiko nie restlos gebannt werden kann. Ziel ist es, *auf die Gefahrenquelle einzuwirken* und das Schädigungspotenzial auf ein sozial verkehrsverträgliches Niveau zu reduzieren. Das Zurechnungskriterium ist *die Herrschaft über und der Nutzen aus der Schaffung oder Aufrechterhaltung* der Gefahrenquelle. Daher richten sich die Verhaltenspflichten auch primär an die interne Organisation des Betriebs. Der Sachhalter hat sich über die Gefahrenquelle zu erkundigen, sie zu überwachen, seine Hilfspersonen im richtigen Umgang mit der Gefahrenquelle auszuwählen und zu instruieren sowie Dritte soweit möglich von ihr abzuschirmen.

75 Beim **Objektmangel** wird dagegen die Mangelfreiheit erwartet. Die Zweckbestimmung schafft eine qualifizierte Erwartung hinsichtlich der gebotenen Gebrauchssicherheit. Hier ist das Zurechnungskriterium in der mangelnden Gebrauchssicherheit zu sehen. Der Fokus der Verhaltenspflichten liegt deswegen in der Ermöglichung *eines selbstverantwortlichen Umgangs* mit der Gefahrenquelle und richtet sich schwergewichtig an die gefährdeten Dritten. Der Sachhalter erreicht dies sowohl durch die Bestimmung des Nutzerkreises als auch durch die

276 JAUN, Sorgfaltspflicht, 364.

277 LARENZ/CANARIS, 184.

278 Zu den Pflichten des Produzenten siehe § 12; MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 460.

Einschränkung der Art des Gebrauchs,[279] den Unterhalt des Objekts sowie die Warnung und Instruktion der Benutzer vor möglichen Gefahren.[280]

Eine allzu strikte Einteilung in eine der beiden Gruppen – gefahrengeneigtes Objekt und Objektmangel – ist nicht möglich. Gewisse Objekte vereinen beide Elemente in sich, so etwa ungenügend gewartete Motorfahrzeuge.[281] Auch kann es bei der Nutzung der Sachmittel zu Überschneidungen mit gefährlichem Verhalten kommen.[282] Dennoch können aus der Gruppenbildung Schlüsse in Bezug auf Art, Intensität und Wirkungsrichtung der Verhaltenspflichten gewonnen werden, die dem Geschäftsherrn eine sachadäquate Gefahrensteuerung ermöglichen. Leidet ein in Verkehr gesetztes Produkt an einem Mangel, ist eine nachträgliche Beseitigung des Mangels oft nicht mehr möglich. Deswegen auferlegen die Verhaltenspflichten dem Produzenten verstärkte Konstruktions- und Fabrikationspflichten vor Inverkehrsetzung und danach Instruktions- und Produktbeobachtungspflichten.[283] 76

3. Verhaltensgefahren

Der zweite grosse Bereich deliktischer Sorgfaltspflichten betrifft das **Personal bzw. die von ihm ausgehenden Verhaltensgefahren**. Jeder hat sein Verhalten so anzupassen, dass Dritte nicht mehr als nach den Umständen unvermeidbar gefährdet werden.[284] Sorgfaltswidrig handelt, wer die erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt,[285] die zur Vermeidung von Gefahren für Rechtsgüter Dritter zu beachten ist.[286] Dies gilt insbesondere im gewerblichen Bereich.[287] Verlangt wird die Anwendung ihrer besonderen Sachkunde,[288] denn die beruflichen Kompetenzen lie- 77

279 Soergel BGB-KRAUSE, § 823 Anh II N 40.

280 VON BAR, Verkehrspflichten, 84.

281 JAUN, Sorgfaltspflicht, 376.

282 Vgl. anschliessend § 4 N 77 ff.

283 Vgl. § 12.

284 KÖTZ/WAGNER, 79; LOOSCHELDERS, 480; MATUSCHE-BECKMANN, 86.

285 KÖTZ/WAGNER, 54.

286 PrHHdb-FOERSTE, § 23 N 6.

287 MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 461; SPITZ, Produkthaftung, 266; FURGLER, 92 ff.

288 FURGLER, 92.

fern dem Dienstleister überlegene Möglichkeiten zur Gefahrensteuerung.[289] Er weckt die Erwartung, die betreffende Tätigkeit werde so ausgeübt, dass keine Schädigungen Dritter verursacht werden.[290] Die deutsche Lehre und Rechtsprechung bezeichnen diese Verhaltenspflichten als **Verkehrs- oder Berufspflichten**.[291] Eine ähnliche Entwicklung lässt sich auch in der Schweiz beobachten. Die Rechtsprechung entwickelt berufsspezifische Verhaltenspflichten, die im Streitfall als *objektiver Standard* für die ordnungsgemässe Ausübung der Tätigkeit herangezogen werden.[292] Dazu kommen bereits kodifizierte Berufspflichten in Form von öffentlichen Verwaltungs- und Strafnormen, Unfallverhütungsvorschriften, Standesrecht oder private Regelwerke, die diesen objektiven Standard mitprägen.[293]

78 Per se von gefährlichen Berufen zu sprechen, die gleichzeitig eine Verhaltensgefahr für Dritte indizieren, wäre unzureichend.[294] So birgt beispielsweise die Durchführung einer komplizierten Operation ohne vollständiges Operationsteam oder unter extremem Zeitdruck Verhaltensgefahren für den Patienten. Bei einer wohlgeplanten Operation, vorgenommen von ausgewiesenen und richtig ausgerüsteten Spezialisten, trifft dies jedoch nicht zu.[295] Nicht die allgemeine Gefährlichkeit eines bestimmten Berufs, sondern die **konkrete Gefahrenlage** ist massgebend.[296] Dennoch lassen sich Tätigkeiten identifizieren, bei welchen auch eine geringfügige «Programmwidrigkeit» in eine besonders gravierende Schädigung oder hohe Schadenswahrscheinlichkeit münden kann.[297] Augenscheinlich ist dies bei Tätig-

---

289 Grundlegend VON BAR, Verkehrspflichten, 49; LARENZ/CANARIS, 410.

290 LOOSCHELDERS, 480.

291 VON BAR, Verkehrspflichten, 49 ff.; HOPT, 705 ff.

292 FELLMANN, Objektivierung, 99; NHK BGB-STAUDINGER, § 823 N 64; MATUSCHE-BECKMANN, 337.

293 VERDE, Widerrechtlichkeit, 26; HEIERLI, 258; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.42; LANG, 519.

294 So etwa von LOOSCHELDERS, 480, vertreten. Ähnlich auch VON BAR, Deliktsrecht, § 3 N 346: «*Zum Schadenersatz verpflichtet ist, wer in der Ausübung einer an und für sich oder wegen der eingesetzten Mittel gefährlichen Tätigkeit* […] *Schaden zufügt.*»

295 PETRIN, 142 f.; ROBERTO, Gedanken, 100; dazu später die diversen *Spitalhaftungsfälle* in § 8 N 215 ff.

296 Vgl. dazu die Ausführungen zur besonderen Berufsgefahr in § 14 N 372 f.; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321e N 25; HaftpflichtKomm-HUGENTOBLER, Art. 321e N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 3.

297 LANDOLT, Organisationshaftung, 312.

keiten, die ihrer Natur nach einen Eingriff in fremde Rechtsgüter beinhalten, wie eben bei *medizinischen Berufen*. Nicht ohne Grund stellen gerade die medizinischen Berufe eine stark regulierte Branche dar mit umfangreichen Pflichten betreffend Qualifikation des Berufsangehörigen, Aufklärung, Information, Behandlung von Patienten, mit Pflichten betreffend medizinische Geräte sowie mit medizinischen Leitlinien.[298]

Gleiches gilt für das *Bau- und produzierende Gewerbe*. Das Verhalten der Hilfspersonen birgt unmittelbare Gefahren, die für die Hilfspersonen selbst oder Dritte akut werden können.[299] Gefährliche Arbeitspraktiken, wie etwa das Runterwerfen von schweren Baumaterialien auf den von Arbeitern frequentierten Eingangshof,[300] das Entfernen von Schutzvorrichtungen an Maschinen für eine bequemere Erbringung der Arbeit,[301] die Benutzung von ungeeigneten Maschinen für spezifische Arbeiten,[302] das Transportieren schwerer Betonplatten mit reiner Muskelkraft[303], das ungesicherte Erbringen von Arbeiten in gefährlicher Höhe[304] oder das Führen von Maschinen durch Hilfspersonen in führunfähigem Zustand,[305] stellen Verhaltensgefahren dar. 79

Wer *Fest-, Sport-, Marktveranstaltungen* und dergleichen ausrichtet, ist dafür verantwortlich, dass Besucher vor Gefahren geschützt werden.[306] Ein Konzertveranstalter hat seine Besucher genauso vor übermässiger Lautstärke zu schützen,[307] wie der Veranstalter einer Bundesfeier die Besucher vor der Detonation von Feuerwerkskörpern zu schützen hat.[308] Auch vom Anbieter von Risikosportarten, der seine Kunden in eine Schlucht führt, in welcher der Wasserspiegel innert Minuten auf ein lebensgefährliches Niveau ansteigen kann,[309] 80

298 Zur reichen Rechtsprechung vgl. FELLMANN/KOTTMANN, 225 ff.; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, 261 ff.; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 213 ff.; FURGLER, 92 ff.

299 FURGLER, 92; SPITZ, Produkthaftung, 266.

300 BGE 31 II 120.

301 BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015; BGE 27 II 496.

302 BGE 57 II 61.

303 BGE 90 IV 8.

304 BGer, 4A_249/2013, 19.8.2013.

305 BGE 56 II 289; BGE 58 II 29.

306 MATUSCHE-BECKMANN, 86.

307 BGH, IV ZR 121/00, 9.5.2001, in: NJW 2001, 2019 ff.

308 BGE 70 II 215.

309 AmtsGer Sursee, 21 03 18, 26.11.2004, E. 7.4.4.1 ff.

oder Skisportler in ein von Lawinen gefährdetes Gelände hinausführt, wird die Anwendung der Sachkunde gefordert.[310]

81 Ob der Geschäftsherr die Dienstleistung als natürliche Person selbst erbringt (Art. 41 OR) oder sie von seinen Hilfspersonen erbringen lässt (Art. 55 OR), ist dabei unerheblich. Als Geschäftsherrn trifft ihn die Pflicht, den Betriebsgang so zu organisieren, dass sich die **von seinen Hilfspersonen ausgehenden Verhaltensgefahren nicht realisieren**.[311] Ist das Verhalten der Hilfspersonen die eigentliche Gefahrenquelle, sind als Wirkungsfokus der Verhaltenspflichten die Hilfspersonen selbst anzusehen. Die Verhaltenspflichten des Geschäftsherrn sollen gewährleisten, dass die Tätigkeit *lege artis* bzw. in der Art ausgeführt wird, wie sie der Verkehr erwartet. So müssen die Angehörigen eines Handwerks oder anderer Berufszweige die dafür typischen Kenntnisse und Fähigkeiten mitbringen.[312] Erforderlich ist, dass die Qualifikationen der Hilfspersonen geprüft, sie in ihrer Tätigkeit und dem Einsatz allfälliger Sachmittel geschult und instruiert und in gebotenen Abständen überwacht und kontrolliert werden. Die den Geschäftsherrn treffenden Pflichten sind daher zu einem grossen Teil deckungsgleich mit den klassischen curae der Auswahl, Instruktion und Überwachung, die unmittelbar auf die Eigenschaften und das Verhalten der Hilfspersonen abzielen.

82 Daneben spielen jedoch auch die eingesetzten Sachmittel und die Betriebsorganisation eine wichtige Rolle. Nicht jede geschäftliche Verrichtung setzt den Einsatz von Sachmitteln voraus. Der Arzt, der eine fehlerhafte Diagnose stellt, wird bei gegebener Sachlage einen Befund ohne weitere Hilfsmittel erheben. Andere Tätigkeiten kommen ohne den Einsatz von Sachmitteln nicht aus. Im Schadensfall dürften sich dennoch überwiegend **Mischformen von Objekt- und Verhaltensgefahren** realisieren. Diese Erkenntnis überrascht nicht weiter, denn Objekte schaffen häufig erst dann einen gefährlichen Zustand, wenn sie vom Menschen bedient oder genutzt werden.[313] Das gefährliche Verhalten kann sich folglich als sorgfaltswidriger Umgang mit gefahrengeneigten Sachmitteln ausdrücken, doch ist dann das gefährliche Verhalten *die eigentliche adäquate Schadensursache*.[314] Der Übergang des Zurechnungsgrundes *der Herrschaft über die Gefahrenquelle* hin zu *Verhaltensgefahren*, die die Verwendung ebenjener Objekte mitein-

310 BGE 125 IV 9.

311 BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 523 ff.; VON BAR, Verkehrspflichten, 94 ff.

312 MATUSCHE-BECKMANN, 337

313 KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 441.

314 FURGLER, 92.

schliesst, ist fliessend. Nicht ohne Grund bezeichnen LARENZ/CANARIS es als «*offenes*» und «*bewegliches System*» verschiedener Zurechnungsgründe, bei welchen auch gleichzeitig verschiedene Kategorien erfüllt sein können.[315]

4. Gefahrensteigerung durch unzweckmässige Organisation

Der dritte Bereich der betrieblichen Organisationspflichten betrifft die **Zusammenführung der Personal- und Sachmittel**.[316] Genauso wie das Verhalten der Hilfspersonen und der Einsatz oder die Produktion von Sachmitteln Gefahren setzen, kann die betriebliche Aktivität durch eine ungeeignete Struktur organisatorisch fehlgesteuert werden.[317] Die haftungsrechtliche Erfassung des Organisationsrisikos bereitet der Lehre und Rechtsprechung die grössten Schwierigkeiten. Seit der Einführung der Geschäftsherrenhaftung vor über 120 Jahren hat sich das wirtschaftliche Umfeld erheblich weiterentwickelt. Offenkundig ist dies bei Branchen wie der Gesundheits-, Bau- und Finanzbranche, die einen hohen Organisationsaufwand betreiben, um verschiedene Betriebsabläufe aufeinander abzustimmen. Mit zunehmender Grösse einer Unternehmung steigt der Organisationsaufwand, womit auch das Risiko für Schädigungen Dritter durch eine fehlgesteuerte Organisation grösser wird. Dieser Wandel war bereits mehrfach Anstoss für verschiedene Revisionsbestrebungen, die allerdings nie umgesetzt wurden. Die Lehre und Rechtsprechung versuchten der Veränderung Herr zu werden, indem sie organisatorische Verfehlungen vereinzelt und ohne jedwede Ordnung unter dem Sammelbegriff der «*zweckmässige*[n] *Organisation eines Betriebes*» behandelten.[318] 83

Der Rechtssicherheit ist nicht geholfen, wenn Entwicklungen, die zweifelsohne stattfanden und noch stattfinden werden, weiterhin unter dem Sammelbegriff geführt werden. Um den Begriff aufzuschlüsseln und die Organisationspflichten in Schwerpunkte gliedern zu können, ist es dienlich, die verschiedenen Etappen der Geschäftsherrenhaftung genauer zu betrachten. Erst danach lassen sich zeitgemässe Leitplanken zur Beantwortung der Frage aufstellen, wann die Haftung droht. 84

315 LARENZ/CANARIS, 412; KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 441.

316 BRÜGGEMEIER, Gefährdungshaftung, 100.

317 JAUN, Gefahrensatz, FN 50; KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, 441.

318 Massgebend der BGE 110 II 456 E. 3.

4.1 Vom Knecht und Meister

85 Suchen wir nach dem Ursprung der Geschäftsherrenhaftung, reichen die Wurzeln weit zurück. Bereits das römische Recht kannte Fallstricke der Haftung des Familienoberhauptes (*pater familias)* für Handlungen seiner Kinder und Haussklaven.[319] Die *Eltern-Kind-Beziehung* bzw. das **Unterordnungsverhältnis** zwischen Gewaltinhaber und -unterworfenem diente auch in anderen Bereichen des römischen Rechts als Haftungsgrundlage.[320] Die Rechtswissenschaftler späterer Epochen griffen den Gedanken des Beizugs einer Person in eigenem Interesse auf, sodass sich ähnliche Haftungstatbestände in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen bildeten.[321] Für das deutsche und schweizerische Recht spielten diejenigen Fallstricke eine besondere Rolle, denen der Gedanke einer *culpa in eligendo* innewohnte. Das *culpa-Prinzip*[322] wurde auch zur Grundlage der Geschäftsherrenhaftung erhoben: Er sollte für Handlungen seiner Gehilfen haften, wenn ihn eine *culpa in eligendo sive instruendo sive custodiendo* traf.[323] In Art. 62 des Obligationenrechtes von 1881 wurde das Prinzip gesetzlich verankert. Fast wortgleich wurde die Bestimmung in den heutigen Art. 55 OR überführt. Der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn hat – wenn man so will – seinen Ursprung im klassischen römischen Recht.[324]

86 Fraglich ist, ob der Schwerpunkt des Sorgfaltsbeweises weiterhin auf den klassischen curae liegen sollte, so wie es der in Bundesgerichtsurteilen verwendete Textbaustein suggeriert.[325] Das tragende Prinzip der Haftung mag noch heute derselbe sein: *Der Geschäftsherr zieht eine Hilfsperson zu seinem Nutzen bei, woraus ein Subordinationsverhältnis resultiert.* Bei Einführung der uns heute geläufigen Geschäftsherrenhaftung waren jedoch *überwiegend* kleine Landwirtschafts-, Handwerks- und Handelsbetriebe mit flachen Hierarchien anzutreffen, die in ihrer organisatorischen Komplexität kaum vergleichbar mit modernen Produktions- oder Dienstleistungsbetrieben sind.[326] So konnte ein Bauernbetrieb früher aus einigen

---

319 MARTINEK, 184.

320 MATUSCHE-BECKMANN, 17; MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 1.

321 BIEDER, 331 ff.

322 KELLER, 34; SPITZ, Produkthaftung, 115.

323 MATUSCHE-BECKMANN, 17.

324 SEILER, 525 ff. mit zahlreichen Hinweisen; HONSELL, 780; WIDMER, Konzept, 103.

325 BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011, E. 2; BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 3.

326 WIDMER/WESSNER, 125; JÄGGI, 754 ff.

Knechten, einem wetterfesten Unterstand für Tiere und Futter sowie Heurechen und Mistgabeln bestehen.[327] Diese überschaubaren Verhältnisse lassen das damals vorzufindende Subordinationsverhältnis als «**Knecht-und-Meister-Beziehung**» charakterisieren, in welcher der Geschäftsherr seine Arbeiter persönlich auswählte, instruierte und ihre Ausführung überwachte.[328]

Der gedankliche Ursprung der Geschäftsherrenhaftung bedingte einen Sorgfaltsbeweis in Form der klassischen curae. An sich passt der Beweis jedoch nur für die zum Kodifizierungszeitpunkt dominierenden Knecht-und-Meister-Beziehungen.[329] Erste Urteile im Bereich von Industrieunternehmen legten die Limitierung eines lediglich klassisch verstandenen Sorgfaltsbeweises offen. Den Industriebetrieben typisch sind eine grössere Anzahl Hilfspersonen, verstärkte horizontale und vertikale Arbeitsteilung und damit einhergehend Spezialisierung. Dies erfordert – auch wenn vom Deliktsrecht nicht ausdrücklich vorgesehen – eine hierarchische Organisationsstruktur, um auf allen Ebenen die Sorgfaltspflichten erfüllen zu können. Entscheidend ist nicht mehr, ob der Geschäftsherr den Sorgfaltspflichten persönlich nachkommt, sondern ob er eine Organisation schafft, in der die nötige **Sorgfalt im Betrieb** angewendet werden kann.[330] Noch ohne genaue Konturen wurde ein Verschulden des Geschäftsherrn bei «*mangelnder Organisation seines Betriebes*»[331] gesehen, so etwa, wenn «*keine Personen bezeichnet waren, die mit der Aufgabe vertraut waren*»,[332] oder eine klare Aufgabenverteilung fehlte.[333] Es handelt sich dabei um organisatorische Fragen, auf die Hilfspersonen keinen Einfluss haben und die vom klassischen Sorgfaltsbeweis nicht abgedeckt sind. 87

327 Zum Ganzen RÜEGG-STÜRM/GRAND, 174.

328 ESSER/WEYERS, 213; PETRIN, 54; NATER, Entwicklung, 37.

329 ESSER/WEYERS, 213; NATER, Entwicklung, 36.

330 BK-BREHM, Art. 55 N 52a.

331 BGE 31 II 120.

332 BGE 31 II 697.

333 BGE 43 II 181.

4.2 Schweizerischer Juristentag 1967: Organisationshaftung

88 Anstoss zu Revisionsbestrebungen gaben JÄGGI und GILLIARD in einem Diskussionsvotum am Schweizerischen Juristentag von 1967. JÄGGI schlug eine Organisationshaftung für die Manifestation einer **objektiven Unsorgfalt im Betrieb** vor. Zwei Grundtatsachen bewogen ihn zur Forderung: Zum einen sei es die moderne Technik mit ihren Gefahren, zum anderen – wenn auch weniger augenfällig – die organisatorische Komplexität von Betrieben. Je umfangreicher und dichter eine Organisation sei, umso häufiger verflüchtige sich das persönliche Verschulden. Wenn Hunderte von Mitarbeitern an einem chemischen Erzeugnis oder einer Fernsehsendung zusammenwirkten, sei ein Verschulden Einzelner kaum mehr festzustellen. Art. 55 OR sei daher den modernen Organisationsformen nicht gewachsen, weshalb eine Kausalhaftung gerechtfertigt sei. Eine solche Haftung wäre eine Haftung des Ganzen für den einzelnen Teil.[334] In die gleiche Kerbe schlug GILLIARD in seinem Referat, der die Aufhebung des Befreiungsbeweises befürwortete, da er mit den Anforderungen des modernen Lebens unvereinbar erschiene.[335]

89 Anlass zu den Forderungen gab der *Fritteusenfall* von 1964. Es handelt sich um einen Produkthaftungsfall, in welchem der Thermostat fehlerhaft eingebaut wurde, der verhindern sollte, dass das Öl eine zu hohe Temperatur erreicht. Nach einem Jahr des Gebrauchs fing das Öl Feuer und brannte einen grossen Teil des Wirtshauses der Klägerin nieder. Der Geschäftsherr musste nicht nur beweisen, dass ihn keinerlei Verschulden treffe, sondern auch, dass er alle objektiv gebotenen Massnahmen vorgekehrt hatte, um einen Schaden abzuwenden. «*Dazu gehört insbesondere der Nachweis, dass er seine Angestellten sorgfältig ausgewählt, ihnen die nötigen Anleitungen gegeben und ihre Arbeit gehörig überwacht hat, sowie dass er seinen Betrieb zweckmässig organisiert hat.*»[336] Gerade die Produzenten von Sachgütern, welche die Fertigung einer immensen Anzahl derselben Einheit nur zustande bringen, indem für jeden Teilschritt eine andere Hilfsperson beigezogen und geschult wird, offenbarten ein Problem: Schleicht sich bei einem Teilschritt oder einer Schnittstelle der Produktion ein Fehler ein, kann ein Dritter durch **fehlerhafte Produkte** zu Schaden kommen. Wer für den Fehler verantwortlich ist, mag sich dem Geschädigten nicht mehr so einfach erschliessen,[337] wie dies bei

334 JÄGGI, 754 ff.

335 GILLIARD, 296.

336 BGE 90 II 86 E. 3.c.

337 KÄSTLI, 88 ff.

Kleinbetrieben noch der Fall ist. Das Urteil belegte nach Ansicht von JÄGGI die Notwendigkeit einer Gesetzesrevision.[338]

Den Überlegungen zugutezuhalten ist die Analyse der Schadensursache: Die moderne Unternehmung ist eine Einheit von Menschen und Sachmitteln. Was früher in Handarbeit durch kleine Betriebe ausgeführt wurde, wird heute von durchorganisierten Unternehmen mit einer Vielzahl von Arbeitskräften und mordenden Werkzeugen gefertigt.[339] Die vorgeschlagene Antwort einer Organisationshaftung, die auf einer Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson basiert, ist hingegen zu kurz gegriffen, was spätere Revisionsbestrebungen verdeutlichen.[340] 90

Die am Schweizerischen Juristentag von 1967 begonnene Diskussion fand ihren zwischenzeitlichen Höhepunkt im *Schachtrahmen*- und *Klappstuhlfall*. Der Produzent von Sachgütern muss beweisen, dass er eine Endkontrolle vorgenommen hat, die ermöglicht, Produktfehler auszuschliessen, oder, wenn diese Kontrolle nicht zumutbar ist, dass er eine Herstellungsart wählt, die Fehler und somit die Gefahr von Schädigungen Dritter unterbindet.[341] Die von JÄGGI formulierten Thesen scheinen in zweierlei Hinsicht in den Urteilen aufgenommen worden zu sein. Wenn jeder Schadensfall die objektive Unsorgfalt im Betrieb manifestiert, ist der Beweis des Organisationsmangels gleich mitgeliefert.[342] Der Gedanke der Organisationshaftung äusserte sich in einem derart strengen Sorgfaltsmassstab, dass die Lehre von der Abschaffung des Entlastungsbeweises sprach.[343] Dennoch zeigen die Erwägungen auch, dass eine **genauere Analyse der Organisation** erforderlich ist. Wenn Fehler der Hilfspersonen im Fertigungsprozess nicht zuverlässig durch die klassischen curae vermieden werden können, muss dem Schädigungsrisiko organisatorisch begegnet werden. Nehmen wir die vom Geschäftsherrn gewählte Organisationsform in den Fokus, sehen wir, dass mit zunehmender Komplexität der 91

338 JÄGGI, 757.

339 JÄGGI, 754 ff.; NATER, Entwicklung, 36.

340 Vgl. dazu die Ausführungen in § 4 N 93 ff.

341 WIDMER/WESSNER, 124; BGE 110 II 456; BGer, C.564/1984, 14.5.1985, in: JdT 1986, 571 ff., 573; vgl. auch § 10 N 276 ff.

342 WAESPI, Organisationshaftung, 252; SCHWEIGHAUSER, 97; MATUSCHE-BECKMANN, 71.

343 WIDMER, Schachtrahmen, 55; BERNASCONI-MAMIE, Standortbestimmung, 8; WAESPI, Organisationshaftung, 248 ff.

arbeitsteiligen Prozesse auch das Risiko organisationsbedingter Fehlleistungen steigt.[344]

92 Der Vollständigkeit halber muss hinzugefügt werden, dass das regulatorische Umfeld – europäischer Angleichungsdruck und ein fehlendes Produkthaftungsgesetz – solche Urteile provozierte.[345] Lassen wir den Umstand der Regulierungslücke – wie dies bereits bei der fehlenden Motorfahrzeughalterhaftung der Fall war – beiseite, sehen wir, dass die Entwicklung durchaus zu begrüssen ist. Die Haftung muss in einem Organisationsverschulden begründet sein, genauer gesagt, in der **Verletzung der Organisationspflichten**.

4.3 Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, OR 2020 und Ansichten in der neueren Lehre

93 Im Jahr 1988 hat das BJ die *Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts* eingesetzt und sie beauftragt, die noch nicht erfassten technischen und organisatorischen Risiken sowie die Einführung einer allfälligen Organisationshaftung zu prüfen.[346] Der Vorschlag der Studienkommission orientierte sich an der bereits bestehenden Konzeption von Art. 55 OR: Die Organisation soll nur dann verantwortlich sein, wenn der verursachte Schaden auf einen Mangel oder Fehler im Betrieb zurückzuführen ist. Ein Ersatzanspruch setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung voraus.[347] Die Gesamtrevision kam jedoch nicht über das Stadium eines Postulats hinaus.[348] Auch der Vorentwurf von WIDMER/WESSNER *zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* orientierte sich an der Vorlage der Studienkommission.[349] Inhaltlich kodifizierte und verallgemeinerte der Vorentwurf die Tendenzen der Rechtsprechung, indem er die Haftung für die Herstellung und Verteilung von Gütern auf Dienstleistungen von Unternehmungen

344 JAUN, ratio legis, 590.

345 FELLMANN, Produzentenhaftung, 204; NATER, Entwicklung, 391; SCHWEIGHAUSER, 97; WIDMER, Konzept, 105; BERNASCONI-MAMIE, Standortbestimmung, 3.

346 BJ, 1.

347 BJ, 69 ff.

348 WIDMER/WESSNER, 126.

349 Im Jahr 2000 schickte der Bundesrat den Expertenentwurf in die Vernehmlassung. Kritische Reaktionen führten dazu, dass die Idee 2009 ad acta gelegt wurde (HOFSTETTER, 322).

ausdehnte. Demnach sollte der Geschäftsherr, der sich einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, für den Schaden haften, «*der im Rahmen dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie* [der Geschäftsherr] *beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten*».[350] Der Organisationsmangel könne auch technische Fehler einer Anlage betreffen, wenn die Anlage hergestellt oder in der Herstellung von Gütern verwendet werde.[351] Ein vorläufig letzter Anlauf zur Revision wurde im Rahmen *der Totalrevision des Allgemeinen Teils des OR* angestrebt. Auch hier lehnen sich die relevanten Normen stark am Vorentwurf und somit letztlich am Entwurf der Studienkommission an. Die Autoren verdeutlichten nochmals, dass die Organisationsgefahr nicht äquivalent zur «Betriebsgefahr» bei der Gefährdungshaftung sei. Daher wird zusätzlich das Tatbestandsmerkmal des Fehlers oder Mangels im Betriebsablauf verlangt.[352]

Alle Vorstösse verdeutlichen, dass eine Gefährdungshaftung nicht gewollt ist.[353] 94
Der Beizug von Hilfspersonen stellt keine derartige Gefahr gar, die eine scharfe Kausalhaftung rechtfertigen würde.[354] Ist weder dem Geschäftsherrn noch den Hilfspersonen ein Fehlverhalten vorzuwerfen, ist die Haftung schwer nachvollziehbar.[355] Der Produzent von Autos, Haushaltsgeräten, Messern und dergleichen begründet Gefahren für die Benutzer und die Allgemeinheit.[356] Dennoch wäre eine solche Haftung überzogen, denn mehr, als seinen Betrieb so aufzustellen, dass kein fehlerhaftes Produkt in Verkehr gesetzt wird, kann von niemandem verlangt werden.[357] Es entstünde der Nachteil, dass gefährdete Personen ohne Anreiz wären, ihrerseits Vorsicht walten zu lassen oder sich unnötigen Gefahren auszusetzen.[358] Eine solche Haftung würde dazu führen, den kausalen Charakter der Haftung zu

350 WIDMER/WESSNER, 129.

351 WIDMER/WESSNER, 132.

352 OR 2020-FELLMANN/MÜLLER/WERRO, Art. 59 N 5.

353 JAUN, ratio legis, 590.

354 BJ, 70; WIDMER/WESSNER, 124; HOFSTETTER, 323 f.; WAESPI, Organisationshaftung, 267.

355 ROBERTO, Verschulden, 147.

356 Vgl. dazu etwa LARENZ/CANARIS, 364; ROBERTO, Verschulden, 148.

357 JAUN, ratio legis, 589; MÜLLER-CHEN, 10; vgl. dazu bereits § 4 N 71 ff. Gleiches gilt im Übrigen für die vermeintliche Kausalhaftung im PrHG, die eine Fehlerhaftigkeit des Produktes verlangt.

358 Sogenannte *moral hazards*; vgl. HOFSTETTER, 324.

verabsolutieren,[359] anstelle die tatsächlich zu beherrschenden Gefahren flexibel zu erfassen.[360]

95 Auch die neuere Lehre versucht das Problem der haftungsrechtlichen Erfassung der Organisation zu umgehen. Sie soll als Haftung für fremdes Verhalten ausgestaltet werden. Der Vorschlag entspricht der angloamerikanischen Haftungsfigur der «*respondeat superior*».[361] Vertreter der **Erfolgsunrechtslehre** wollen dabei vollends auf ein Verschulden des Geschäftsherrn oder der Hilfsperson verzichten. Wesentlich soll die Feststellung sein, dass das haftungsbegründende Fehlverhalten *der Hilfsperson* nicht notwendigerweise ein schuldhaftes sein muss, objektive Unsorgfalt vielmehr genügen soll.[362] Der Geschädigte hätte somit bloss den Nachweis zu erbringen, dass «*im Betrieb durch irgendwen eine objektive Unsorgfalt begangen wurde*».[363] Dabei handelt es sich – aufgrund der mangelnden Innensicht des Geschädigten – zwangsläufig um einen diffusen Vorwurf, gegen welchen dem Geschäftsherrn kein probates Gegenmittel zur Verfügung steht. Ist die objektive Unsorgfalt etwa in der Organisation des Betriebs zu sehen, müsste diese als Pflichtverletzung der Hilfsperson formuliert werden, um die Haftung zu begründen. Selbst wenn ein substanziierter Vorwurf vorgetragen werden könnte, ist eine «*sorgfältige Pflichtwidrigkeit*» der Hilfsperson nur schwer vorstellbar.[364] Die Folge wäre, dass die *Pflichten des Geschäftsherrn der Hilfsperson aufgebürdet werden*, was das Risiko einer ungewollten Haftungsausweitung zulasten der Hilfsperson mit sich bringen würde. Problematisch ist eine derart gestaltete Geschäftsherrenhaftung auch in Bezug auf die Organhaftung: Setzen wir uns nicht näher mit der Natur der Organisationspflichten auseinander, müsste auch auf eine Pflichtverletzung des Organs geschlossen werden, würde erst einmal die Haftung des

359 CHAUDET, 569.

360 SPINDLER, 1026.

361 MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 4; JAUN, ratio legis, 529, mit weiteren Hinweisen; HOFSTETTER, FN 18.

362 JAUN, ratio legis, 593.

363 JÄGGI, 756; JAUN, ratio legis, 593.

364 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 07.10; vgl. VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 229, und KÖTZ/WAGNER, 56. Das Ergebnis trägt letztlich nur zur Komplexität des Deliktsaufbaus bei.

Geschäftsherrn feststehen. Im Ergebnis würde dies auch bei den Organen auf eine Haftungsausweitung hinauslaufen.[365]

Vertreter des **Verhaltensunrechts** sehen in der Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson den unbedingten Haftungsgrund des Geschäftsherrn. Ohne den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung könne es zum Ergebnis kommen, dass der Geschäftsherr für sorgfältiges Verhalten der Hilfsperson haftet. Im umgekehrten Fall würde verhindert, dass sich auch bei einem Fehlverhalten der Hilfsperson der Geschäftsherr entlasten kann.[366] Sie erkennen, dass die Aufspaltung des Vorwurfs in einen objektiven und subjektiven Teil der Unsorgfalt – wie dies von den Vertretern der Erfolgsunrechtslehre vorgeschlagen wird – nicht zielführend ist. Hingegen wird ausser Acht gelassen, dass eine Schädigung nicht zwangsläufig auf die Sorgfaltspflichtverletzung einer Hilfsperson zurückzuführen ist, wenn etwa das Verhalten durch mangelhafte Organisation oder schlecht geplante oder koordinierte arbeitsteilige Prozesse fehlgeleitet wird.[367] Wie bereits erwähnt, ist die Hilfsperson nicht Adressat der Organisationspflichten. Kann ihr keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, stünde der Geschädigte im Ergebnis schlechter da.[368] In solchen Fällen sei es angemessen, den Geschäftsherrn auf Grundlage von Art. 41 OR haften zu lassen.[369] Doch auch diese Haftungsaufspaltung führt zu Folgeproblemen, für die keine Lösung geboten wird: Die juristische Person kann – ohne Umweg über die Organhaftung – kein Haftungssubjekt nach Art. 41 OR sein.[370] Um die Haftung zu begründen, müssten *die Pflichten des Geschäftsherrn als solche der Organe formuliert werden*, was einer Haftungsauswei- 96

365 So etwa bei SPITZ, Organhaftung, 167 ff., der sich nicht näher mit der Natur der Organisationspflichten auseinandersetzt und eine Organaussenhaftung für das Organisationsverschulden propagiert.

366 PETRIN, 59.

367 Dazu SCHÖNENBERGER, 10.

368 In der Lehre begrüssen diverse Autoren die arbeitsrechtliche Einschränkung der Hilfspersonenhaftung im Innenverhältnis. Die Begründung findet sich zumeist im Umstand, dass der Hilfsperson aufgrund mangelhafter Organisation (meist unter dem Thema des besonderen Berufsrisikos nach Art. 321e OR behandelt) keine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Im Aussenverhältnis soll wiederum ihre Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung dienen. Dieselbe Argumentation führt je nach Innen- oder Aussensicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, was abzulehnen ist. Vgl. dazu die Ausführungen in § 14 N 371 ff.

369 So etwa PETRIN, 58; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.41.

370 Vgl. dazu § 5 N 108 ff.; SPINDLER, 1051 ff.

tung gleichkäme.[371] Ausserdem wird der Geschädigte bei einem Abstellen auf Art. 41 OR hinsichtlich des Beweisthemas der Organisation der so dringend benötigten Beweislastumkehr beraubt. Es führt kein Weg daran vorbei, an der bestehenden und revisionsresistenten Konzeption von Art. 55 OR festzuhalten. Dazu ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Organisation nötig, die auch Gegenstand des Entlastungsbeweises sein muss.

97 Ist das *Knecht-und-Meister-Verhältnis* nicht mehr *state of the art*, so kann auch ein Sorgfaltsbeweis nicht in diesem Stadium stecken bleiben.[372] Das Subordinationsverhältnis hat sich in tatsächlicher Weise weiterentwickelt.[373] Die Möglichkeit des Geschäftsherrn, die Sorgfaltspflichten persönlich zu erfüllen, stösst in modernen Betrieben schnell an Grenzen.[374] Wir müssen uns daher vom Gedanken verabschieden, dass es sich bei den klassischen curae um die Kardinalstugenden des Geschäftsherrn handelt. Auch wenn die Zahl kleiner Betriebe heute nicht unterschätzt werden darf, ist die grosse Mehrheit der Erwerbstätigen und damit potenzieller «Hilfspersonen» in Betrieben mit zehn und mehr Angestellten tätig.[375] Nicht ohne Grund wird von der neueren Lehre vertreten, dass die **zweckmässige Organisation eine weitaus wichtigere Rolle** spielt.[376] Da Art. 55 OR als Generalklausel abgefasst ist, kann die Entwicklung von der Rechtsprechung nachgebildet werden.

98 Vergleichen wir frühere Strukturen mit heute geläufigen, hochtechnisierten Unternehmen, haben die koordinierte Arbeitsteilung in verschiedene Teilprozesse, die Spezialisierung der Tätigkeit, die räumliche und zeitliche Verteilung von Personal- und Sachmitteln, die technologische Infrastruktur und die Institutionalisierung von Regeln für die Kooperation zugenommen.[377] Mit steigender organisatorischer Komplexität wird das Unternehmen schwieriger zu koordinieren und zu

---

371 Zum Problem bereits ROBERTO/PETRIN, 74 f. Zur Abgrenzung zur Organaussenhaftung siehe in § 5 N 113 ff.

372 WAESPI, Organisationshaftung, 248.

373 ESSER/WEYERS, 213; NATER, Entwicklung, 36.

374 BK-BREHM, Art. 55 N 52; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 12; KELLER/GABI/GABI, 172; WERRO, responsabilité, § 2 N 509 FF.

375 BfS, Statistik der Unternehmensstruktur STATENT, Stand der Daten: 28.8.2020, abgerufen unter: https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/kmu.html.

376 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.16; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.25.

377 Zum Ganzen RÜEGG-STÜRM/GRAND, 174 ff.; NATER, Entwicklung, 48.

kontrollieren.[378] Daher muss der Geschäftsherr – wie es im erläuternden Bericht von WIDMER/WESSNER heisst – zur Entlastung nachweisen, dass die vertikale und horizontale Arbeitsteilung rationell ist, dass ein allgemeines und, wenn nötig, sektorielles Informationssystem für das Personal angewendet wird, dass der Herstellungs- oder Verteilungsvorgang von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen ein Höchstmass von Sicherheit aufweist oder, wenn dies nicht der Fall ist, eine Endkontrolle stattfindet, kurz, dass alle Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens getroffen wurden.[379]

4.4 Organisationsbezogene Verhaltenspflichten

Die Autoren sämtlicher Vorstösse erkannten, dass neben den Personal- und Sachgefahren auch ein **organisatorischer Mangel** als solcher eine Gefahr darstellen kann und deswegen vertiefte Aufmerksamkeit verdient. Ausgehend von der Haftungskonzeption von Art. 55 OR ist unter der Organisation ein hierarchisches Gebilde zu verstehen, das sich aus dem Unterordnungsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson ergibt.[380] Der Geschäftsherr zieht Hilfspersonen aus ökonomischen Beweggründen bei. Die Arbeitstätigkeit, die von einem Einmannbetrieb erfüllt werden würde, wird an die Hilfspersonen delegiert. Mit der Delegation der Tätigkeit wandelt sich die ursprüngliche deliktische Verhaltenspflicht (Art. 41 OR) in eine Organisationspflicht um (Art. 55 OR). 99

Der ganzheitlich gedachte Unternehmensprozess wird arbeitsteilig in einzelne, formale Teilprozesse unterteilt und von den Hilfspersonen erbracht. Die resultierende **horizontale Arbeitsteilung** führt zur Spezialisierung der Hilfspersonen. Die einzelne Hilfsperson wird nicht mehr abschätzen können, wie sich ihr Fehlverhalten in der Betriebsorganisation auswirkt.[381] Die Übersicht hat der Geschäftsherr, der mögliche Risiken erkennen und organisatorische Massnahmen im Ablaufprozess vorsehen kann. So ist es dem Geschäftsherrn überlassen, ob er bei der Produktion von Gütern die Tätigkeit der Hilfspersonen überwacht oder, wenn dies nicht zum gewünschten Ergebnis führt, die fertigen Produkte einer Qualitätsprü- 100

378 BJ, 163.

379 WIDMER/WESSNER, 132

380 SPINDLER, 14.

381 WAESPI, Organisationshaftung, 223.

fung unterzieht. Die Überwachung sämtlicher Gefahrenquellen und die Einhaltung der Vorgaben äussern sich in einer *Aufsichtsorganisation*.

101 Mit zunehmender Grösse des Betriebs wird der Geschäftsherr seine Sorgfaltspflichten nicht mehr selbst erbringen können, weshalb Aufgaben auch **vertikal** in Leitungs- und Ausführungsaufgaben aufgeteilt werden. Dies mündet in komplexere, mehrstufige Subordinationsverhältnisse. Mit jeder Aufgabendelegation müssen die Hilfspersonen mit den nötigen Rechten und Kompetenzen ausgestattet werden, um die delegierte Tätigkeit erfüllen zu können. Die Leit- und Kontrolltätigkeit der übergeordneten Hilfsperson lässt sich nur durch das Einräumen von Weisungs- und Aufsichtsrechten gegenüber untergeordneten Hilfspersonen bewerkstelligen. Um die interne Arbeitsteilung festzulegen, wird ein hierarchisches Gerüst definiert, das festhält, welche Aufgaben durch welche organisatorischen Einheiten nach Massgabe welcher Kompetenzen erbracht werden. Die einzelnen Teilschritte werden in zeitlicher und örtlicher Reihenfolge zu einer Ablauforganisation verkettet. Damit werden die Ressourcen und Informationen bei der richtigen Organisationseinheit alloziert. Die formale Betrachtung findet ihren besonderen Ausdruck einerseits in einer **Aufbauorganisation** der Unternehmung als Gebilde und Beziehungszusammenhang, anderseits in der **Ablauforganisation** des Geschehens in der Unternehmung als Arbeitsprozess.[382]

102 Es lassen sich eine Reihe mehr oder weniger tätigkeitsunabhängiger Organisationsrisiken identifizieren, die bereits bestehende objekt- oder verhaltensbezogene Gefahren mindern oder verstärken können. Denkbar sind Fälle einer ungeeigneten Verteilung der personellen Ressourcen, indem zu wenige Hilfspersonen für Tätigkeiten eingeteilt werden, eine übermässige Arbeitsbelastung zur Überlastung oder Übermüdung führt, Tätigkeiten aufgrund fehlender Stellvertreterregelungen unterbleiben oder falsche Anreizsysteme ein unsorgfältiges Verhalten fördern.[383] Auch eine falsche Allokation von Sachmitteln kann zu Risiken führen, wenn etwa die nötigen Hilfsmittel fehlen oder ungeeignetes Material eingesetzt wird, sodass die gefahrlose Ausübung der Betriebstätigkeit nicht gewährleistet ist.[384] Doch auch eine fehlende oder falsche Kompetenzordnung kann Aufbaumängel in Form von widersprüchlichen Weisungen offenbaren.[385] Werden essenzielle Informationen nicht an betroffene Organisationseinheiten übermittelt, ist die Ablauforgani-

382 KOSIOL, 32 ff.; Compliance-OBERMAYR, § 44 N 112.

383 Vgl. § 7.

384 Vgl. § 11.

385 Vgl. § 8.

sation mangelhaft.[386] Die fehlende Qualitätskontrolle zeitigt Gefahren bei Produkten und Dienstleistungen.[387] Die Beseitigung dieser organisatorischen Risiken ist Gegenstand der **organisationsbezogenen Verhaltenspflichten**.

5. Synthese: Organisatorische Sorgfalt als Steuerung des Gefahrenniveaus der Betriebstätigkeit

Die Organisationspflichten betreffen alle Gefahren, deren Anlass die Betrauung von Hilfspersonen mit den dem Geschäftsherrn obliegenden Verhaltenspflichten ist.[388] Er führt Personal- und Sachmittel in der von ihm gewünschten arbeitsteiligen Organisation zusammen. Das Suborganisationsverhältnis erlaubt es ihm, sowohl Ort, Zeit und Mittel, mit denen die Hilfsperson die Tätigkeit zu verrichten hat, als auch die Arbeitsabläufe, in denen sie sich wiederfindet, vorzugeben.[389] Organisatorische Gestaltungsmöglichkeit hat die Hilfsperson nicht; vielmehr fügt sie sich in die Organisation des Geschäftsherrn ein.[390] Folglich steuert der Geschäftsherr das betriebliche Risiko und somit gleichzeitig jenes des Dritten, unfreiwillig oder bloss zufällig geschädigt zu werden.[391] Daher hat er auch organisatorisch dafür Sorge zu tragen, dass sich die von seinem Betrieb ausgehenden Gefahren nicht realisieren. Es handelt sich um eine **Haftung für eigene Unsorgfalt**, die eine Einstandspflicht für die Auswirkung fremder, vom Geschäftsherrn gesteuerter Handlungen bewirkt.[392] 103

Mit der Hinzunahme von Hilfspersonen hat er dreierlei Gefahren im Auge zu behalten: Erstens die *Personalgefahr*, die sich in Form von schädigendem Verhalten seiner Hilfspersonen äussern kann, zweitens die *Objektgefahren jener Dinge*, die im Rahmen der Betriebstätigkeit verwendet oder hergestellt werden und eines sorgfältigen Umgangs bedürfen, sowie drittens die *organisatorische Gefahr*, die aus einer fehlgesteuerten Koordination entstehen kann. In den wenigsten Fällen 104

386 Vgl. § 9.

387 Vgl. § 10.

388 VON BAR, Verkehrspflichten, 270.

389 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55.

390 Vgl. BGE 58 II 29 E. 2.

391 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; WEBER, Schädigung, 274.

392 SCHÖNENBERGER, 10 f.

wird eine der Gefahren die singuläre Ursache für Schäden sein. Je nach unternehmerischer Tätigkeit wird das «Mischverhältnis» der **Personal-, Objekt- und Organisationsgefahren** anders ausfallen. Auch werden die Gefahren eine andere Intensität annehmen. Werden aufgrund eines fehlerhaften Einsatzplans zu wenige qualifizierte Hilfspersonen für eine Tätigkeit eingeteilt, führt dies im Gastgewerbe allenfalls zu längeren Wartezeiten und Beschwerden, kann aber im Bereich von Notfalloperationen katastrophale Konsequenzen zeitigen.[393] Wie die Organisation auszusehen hat, um den betriebstypischen Gefahren zu begegnen, schreibt das Gesetz nicht vor. So verschieden jede Unternehmung strukturiert ist, so verschieden können die Organisationspflichten ausfallen.

105 Die Lehre beschränkt sich seit jeher auf die klassischen, aus dem römischen Recht gewonnenen Sorgfaltspflichten der richtigen Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfspersonen.[394] Daneben werden einige Schlagwörter wie Ausstattung, Endkontrolle und letzten Endes die zweckmässige Organisation des Betriebs als zusätzliche Pflichten aufgezählt. Ein Teil der Lehre sieht diese zusätzlichen Pflichten in der Auswahl, Instruktion und Überwachung beinhaltet.[395] Nach hier vertretener Auffassung stellt vielmehr ihr Funktionieren Teil einer ordnungsgemässen Organisation dar.[396] Mittlerweile ist klar, dass die zweckmässige Organisation nicht eine zusätzliche Pflicht darstellt, sondern umgekehrt die **klassischen Sorgfaltspflichten Teil einer zweckmässigen Organisation**, d.h. Teil der Organisationspflichten sind.[397] Weder in der Lehre noch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird eine Orientierungshilfe bereitgehalten, die die beschriebene Entwicklung mitberücksichtigt und aus den losen Urteilen ein System von Organisationspflichten bildet. Die Analyse der Gefahrenlage zeigt jedoch, dass besondere Verhaltenspflichten mit Blick auf *Personal* und *Sachmittel* sowie auf die organisatorischen Bereiche *Aufbau*, *Ablauf* und *Aufsicht* zu erwarten sind.

393 Ähnlich WAESPI, Organisationshaftung, 266.

394 WIDMER, Konzept, 103.

395 So etwa DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 54, oder KELLER/GABI/GABI, 174.

396 MATUSCHE-BECKMANN, 395.

397 Vgl. dazu etwa MATUSCHE-BECKMANN, 395; ähnlicher Ansicht auch SPIRO, 83; GAYLER, 106 f.; OFK OR-FISCHER, Art. 55 N 31.

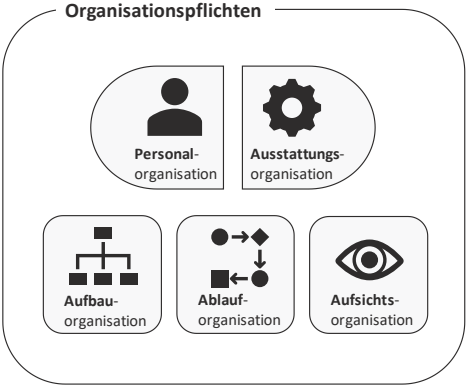

Abbildung: Modell der Organisationspflichten nach Art. 55 OR

Eine Gesetzesrevision ist nicht erforderlich, um die Entwicklung nachzubilden. Formuliert als Generalklausel bietet Art. 55 OR bereits **alle wesentlichen Tatbestandselemente** ab, um die Organisation als Haftungsgrund zu erfassen. Der Textbaustein des Bundesgerichts muss den Sprung in die heutigen, tatsächlichen Verhältnisse machen: Zu prüfen ist, ob der Beklagte den ihm obliegenden Entlastungsbeweis erbracht hat. An diesen sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Geschäftsherr hat darzutun, dass er alle objektiv gebotenen Massnahmen vorgekehrt hat. Dazu gehört der Nachweis, dass *die Organisation des Betriebs geeignet war,* um einen Schaden der eingetretenen Art abzuwenden. 106

Der **Sorgfaltsmassstab der Organisationspflichten** bemisst sich nach denselben Kriterien wie auch bei anderen Verhaltenspflichten.[398] Allen drei Gefahrengruppen gemeinsam ist eine laufende Erhöhung der Verhaltensstandards, die auf eine erhöhte Sicherheitserwartung der Allgemeinheit zurückzuführen ist.[399] Was vor einigen Jahren von der Rechtsprechung noch als unbedenklich angesehen wurde, kann heute Gegenstand umfangreicher Pflichten sein.[400] Besondere Beachtung bei Organisationspflichtverletzungen verdienen die *Vorhersehbarkeit* der Schädigung und die *Zumutbarkeit von Massnahmen*.[401] Es scheint gerade bei mittelbaren Ver- 107

398 Vgl. dazu § 2 N 20 ff.

399 FELLMANN, Objektivierung, 96; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 293.

400 NATER, Entwicklung, 37; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.96.

401 MATUSCHE-BECKMANN, 397.

letzungshandlungen symptomatisch zu sein, dass Gerichte für jeden Schadensverlauf im Nachhinein entsprechende organisatorische Massnahmen benennen können, die den Schadenseintritt verhindert hätten.[402] Die Rechtsprechung unterlag in einigen Urteilen Rückschaufehlern, indem die Vorhersehbarkeit (*ex post* und nicht, wie es sein sollte, *ex ante*) der Schädigung und damit einhergehend die Notwendigkeit ebenjener Massnahmen falsch eingeschätzt wurden.[403] Dabei wird vergessen, dass die Betriebstätigkeit im Spannungsfeld zwischen Sorgfalt und Wirtschaftlichkeit steht. Neigt ein Gericht dazu, die Voraussehbarkeit des Schadensverlaufs zu überschätzen, wird auch die Zumutbarkeit der gebotenen Massnahmen mit einem übertriebenen Massstab bewertet. Das Ergebnis ist ein unerfüllbarer Sorgfaltsnachweis.

402 MATUSCHE-BECKMANN, 395.

403 WAESPI, Organisationshaftung, 362 f.

§ 5 Abgrenzung zu anderen ausservertraglichen Haftungsnormen

1. Haftung der juristischen Person nach Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB

Nach OFTINGER/STARK soll die Produzentenhaftung – die als Teilmenge der Organisationspflichten verstanden werden kann – in der Praxis häufig eine Haftpflicht aus **Organverschulden** sein, wenn nicht Art. 55 OR zur Anwendung gelangt.[404] Ähnlich äussert sich auch GAUCH, gemäss dem die Produzentenpflichten unabhängig davon bestehen, ob Hilfspersonen beigezogen werden, und daher unter Art. 41 OR zu subsumieren sind.[405] Kommt es aufgrund eines defekten Produktes zum Schadensfall, liesse sich demnach die Haftung des Geschäftsherrn ausservertraglich nicht nur aus Art. 55 OR ableiten. Sie könnte sich auch aus der Organhaftung ergeben (Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB).[406] 108

Jedes Handeln der Organe gilt unmittelbar als Handeln der juristischen Person selbst (Realitätstheorie).[407] Die Organe verpflichten die juristische Person nicht nur im rechtsgeschäftlichen Bereich, sondern auch durch ihr «*sonstiges Verhalten*».[408] Die juristische Person haftet ohne Exkulpationsmöglichkeit[409] für unerlaubte Handlungen (z.B. OR 41), welche ihre Organe im Rahmen ihrer Befug- 109

404 Vgl. den *Anilin-* (BGE 49 I 465) und den *Steiggurtfall* (BGE 64 II 258); OFTINGER/STARK, § 16 N 394; so auch SHK PrHG-HESS, 20.

405 GAUCH, Schachtrahmenfall, 68; KÄSTLI, 87; NATER, Entwicklung, 30, spricht von einem Verhalten des Geschäftsherrn, das eine zusätzliche Ursache schafft und unter Art. 41 OR zu würdigen wäre. Dennoch spricht er sich im Sinne eines «*erweiterten Anwendungsbereiches*» für die Anwendbarkeit von Art. 55 OR aus. Anderer Ansicht BK-BREHM, Art. 55 N 97, der z.B. bei widerrechtlicher Weisung des Geschäftsherrn eine Haftung nach Art. 41 OR befürwortet. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.41, spricht sich dafür aus, dass die Produzentenhaftung aufgrund ihrer «*Entpersonalisierung*» wohl eher zu Art. 41 OR zu zählen sei.

406 Zu dieser Frage bereits WAESPI, Organisationshaftung, 312.

407 Vgl. STEINBRÜCHEL, 20 ff.; BK-RIEMER, Art. 54/55 N 56; ROBERTO/PETRIN, 71 ff.

408 BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 27, mit weiteren Hinweisen.

409 Weil das Verhalten des obersten Exekutivorgans selbst die Schädigung verursacht, kommt auch keine übergeordnete Stelle in Betracht, die den Exkulpationsbeweis führen könnte, wie er in Art. 55 OR verankert ist (PORTMANN, Hilfsperson, 39).

nisse, d.h. in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen, verursachen.[410] Art. 55 ZGB ist als Zurechnungsnorm zu verstehen, die den Schuldbeitritt der juristischen Person bewirkt und zur Verbreiterung des Haftungssubstrates führt.[411] Wird nun angenommen, dass die juristische Person ihre Hilfspersonen nicht selbst unsorgfältig auswählt, instruiert, überwacht oder eine unzweckmässige Organisation im Betrieb implementiert, müsste immer auch eine Pflichtverletzung eines Organs vorliegen, welche der juristischen Person zugerechnet werden könnte.[412] Steht die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR einmal fest, müsste auch die Pflichtverletzung des organisierenden Organs bejaht werden, für welche es persönlich haftet (Art. 55 Abs. 3 ZGB). Der Sorgfaltsbeweis, wie er in Art. 55 OR beschrieben ist, stellt denn auch typischerweise eine Aufgabe des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung dar (Art. 716a OR). ROBERTO/PETRIN verweisen darauf, dass dieses Verständnis der Organhaftung im Kontext von Organisationspflichten zu einer ungewollten **Doppelhaftung** von juristischer Person und persönlicher Haftung der Organe führen würde.[413]

110 Freilich spielt die Frage der Anwendbarkeit von Art. 41 OR in Bezug auf die *Haftung des Produzenten* keine Rolle, wenn sich die Haftung bereits aus Art. 55 OR ergibt. Ein Produzent, der sich keiner Hilfsperson für die Güterproduktion bedient, dürfte die Ausnahme sein. Als *lex specialis* schliesst die Geschäftsherrenhaftung bei Beizug von Hilfspersonen die Anwendbarkeit von Art. 41 OR aus; [414] die mangelnde Organisationssorgfalt bzw. das Organisationsverschulden des Geschäftsherrn ist ausschliesslicher Haftungsgrund nach Art. 55 OR.[415] Ohnehin wäre es widersinnig, den Anspruch auf Art. 41 OR zu stützen, weil Art. 55 OR gerade die **Unzulänglichkeiten der Generalklausel** zu beseitigen versucht: Die Durchsetzungsdefizite, die sich aus der Intransparenz der Organisation für aussenstehende Dritte ergeben, sollen mittels Beweislastumkehr entschärft werden.[416]

---

410 BGE 121 III 176 E. 4; OFK ZGB-SCHERRER, Art. 55 N 1.

411 KELLER, 138; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 10; anderer Ansicht WAESPI, Organisationshaftung, 47.

412 ROBERTO/PETRIN, 78; HANDSCHIN/TRUNIGER, 309 f.

413 ROBERTO/PETRIN, 78. Vertieft diskutiert wurde die Thematik in der deutschen Literatur und Rechtsprechung (MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 112, mit weiteren Hinweisen).

414 BGE 115 II 237 E. 2.a; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 2; KELLER/GABI/GABI, 178.

415 Zu den klassischen curae BGE 77 II 243 E. 2; BGE 80 II 247 E. 4.a.

416 SPITZ, Produkthaftung, 220; vgl. dazu bereits § 2 N 30.

Zieht der Geschäftsherr keine Hilfspersonen bei, ist Art. 55 OR nicht anwendbar. Eine solche Konstellation kann sich bei einer gesellschaftsrechtlich zulässigen Einpersonengesellschaft in Form einer AG mit nur einem Geschäftsführer ergeben, sodass einzig Art. 41 OR als Haftungsnorm in Frage kommt. Die Haftung der juristischen Person ergibt sich nach herrschendem Recht zwangsläufig über die Zurechnung einer Sorgfaltspflichtverletzung der Organe (Art. 55 Abs. 2 ZGB).[417] Die Sorgfaltspflicht, die das Organ dann jedoch verletzt, ist keine Organisationspflicht: Mangels Organisation im Sinne eines Beizugs von Hilfspersonen, um daraus Gewinn zu erzielen,[418] kann das Organ per se keine Organisationspflicht verletzen.[419] Die Organisationspflichten sind in Art. 55 OR beheimatet.[420] Ein gleichzeitiger (konkurrierender) Anspruch auf Grundlage von Art. 41 und 55 OR gegen die juristische Person ist – was die Organisationspflichten betrifft – nicht möglich.[421] Für den Geschädigten entsteht kein Nachteil, da er sich alternativ auf die eine oder andere Norm berufen kann. 111

Beispiel: Stellt eine Einpersonengesellschaft in Form einer AG Güter in Eigenproduktion her, hat der Geschäftsführer dafür zu sorgen, dass Dritte nicht durch seine Güter geschädigt werden. Es handelt sich um eine deliktische Verhaltenspflicht, die er persönlich (und somit für die juristische Person) zu erfüllen hat (Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB).[422] Eine gleichzeitige Haftung der juristischen Person und des Geschäftsführers ist in diesem Fall nicht problematisch: Es besteht weitestgehend Identität zwischen ihnen. Die in einem Unternehmen handelnde natürliche Person soll nicht bessergestellt sein als ein Dritter.[423] Daher soll sich das Organ nicht hinter der juristischen Person verschanzen können.[424] Setzt die juristische Person Hilfspersonen in einem arbeitsteiligen Gefüge ein, erfüllt sie die Verhaltenspflicht nicht mehr selbst; sie delegiert die Verhaltenspflicht an ihre Hilfspersonen. Die 112

417 REY/WILDHABER, § 8 N 1140 ff.

418 BRÜGGEMEIER, Gefährdungshaftung, 100; in der Umschreibung der Organisation ähnlich ROBERTO/SCHISTER, 383.

419 SPINDLER, 846 ff.

420 Dies zeigt sich auch in der Rechtsprechung, die in keinem Fall die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn auf Grundlage von Art. 41 OR bejahte.

421 CHK-MÜLLER, Art. 55 N 31 ff.: Handelt das Organ durch eine Hilfsperson, was als mittelbare Verletzungshandlung typisch für Organisationspflichten ist, ist eine Anspruchskonkurrenz ausgeschlossen. KELLER/GABI/GABI, 178; REY/WILDHABER, § 8 N 1140.

422 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.25; dazu auch der *Anilinfall* (BGE 49 I 465).

423 ROBERTO/PETRIN, 84.

424 BK-RIEMER, Art. 54/55 N 63.

juristische Person muss infolge der Delegation die Einhaltung der Verhaltenspflicht organisatorisch sicherstellen (Art. 55 OR).[425]

2. Organaussenhaftung nach Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 3 ZGB

2.1 Organaussenhaftung für Organisationspflichtverletzungen

113 Die Möglichkeit, die Organe der juristischen Person einzuklagen, kann für Geschädigte attraktiv sein, um das Haftungssubstrat im Konkursfall zu verbreitern.[426] Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung haben sich noch kaum mit den Organisationspflichten und demnach auch nicht mit der Frage der **Organaussenhaftung** für die Verletzung eben dieser Pflichten auseinandergesetzt.[427] Noch ungeklärt ist, ob Organe überhaupt als Adressat von Organisationspflichten in Betracht kommen und deren Verletzung eine Organaussenhaftung zur Folge haben kann.[428] Die wenigen Fundstellen in der hiesigen Literatur, die sich mit der Organaussenhaftung für Organisationspflichtverletzungen auseinandersetzen, beziehen sich auf den deutschen *Baustofffall* aus dem Jahr 1989: Der BGH erblickte darin eine durch den Geschäftsführer einer *insolventen* GmbH begangene Organisationspflichtverletzung, indem Mitarbeiter der GmbH von einem Baustoffhändler unter verlängertem Eigentumsvorbehalt bezogene Waren abredewidrig verbauten und hierdurch das Vorbehaltseigentum erlosch. Der Geschäftsführer hatte keine organisatorischen Massnahmen ergriffen, um dies zu verhindern, weshalb er auch persönlich für den Schaden einzustehen hatte.[429] Diese Entscheidung hat in der deutschen Literatur überwiegend Kritik hervorgerufen, weil sie – gewollt oder ungewollt – den Grundsatz der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft unter-

425 Zu den Organisationspflichten siehe § 5 ff. BK-Brehm, Art. 55 N 87.

426 Kuhlen, 166 f.; Spitz, Organhaftung, 166; Roberto/Petrin, 86 f.

427 Vgl. dazu Spitz, Organhaftung, 168. Neuerdings wird die Organisationshaftung – verstanden als Haftung für Organisationspflichtverletzungen – im Kontext der Spitalhaftung beleuchtet (Stehle/Reichle, 60; Landolt, Organisationshaftung, 320; Sidiropoulos, Spitalhaftung, 91; Olah, 114).

428 Vgl. Spitz, Organhaftung, 167 ff.; Handschin/Truniger, 309 f.; Roberto/Petrin, 83.

429 BGH, VI ZR 335/88, 5.12.1989.

laufe.[430] Die schweizerische Literatur befürchtet, dass eine ähnliche Rechtsprechung auch in der Schweiz drohe.[431] Diese Befürchtung ist jedoch nach hier vertretener Auffassung unbegründet.

Die Rechtslage ist in Deutschland eine andere: Die Haftung des Geschäftsherrn für die Verletzung von Organisationspflichten hat ihren Ursprung in § 831 BGB.[432] Der Gesetzestext zählt *abschliessend* die Organisationspflichten auf, die der Geschäftsherr zu beachten hat. Es handelt sich um die gehörige Auswahl und Instruktion der Hilfspersonen sowie die Beschaffung der erforderlichen Gerätschaften. Schon früh erweiterte die Rechtsprechung die Pflichten des Geschäftsherrn um jene der Überwachung, indem sie eine *fortlaufende* Sorgfalt in der Auswahl der Hilfspersonen statuierte.[433] Anders als in der Schweiz kann sich der Geschäftsherr von der Haftung mit dem Nachweis befreien, dass er die Sorgfalt in Bezug auf seine Kaderleute hat walten lassen, die für die Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfspersonen zuständig sind. Es handelt sich um den sogenannten *dezentralen Entlastungsbeweis*.[434] Die Pflichtverletzung der Kaderleute wird dem Geschäftsherrn nicht angerechnet.[435] Um dieses Defizit zu beseitigen und den Pflichtenkatalog im Tenor der technischen Entwicklung zu erweitern,[436] wurde die Haftung kurzerhand auf Grundlage von § 823 BGB gestützt.[437] Der Entlastungsbeweis entfiel und der Pflichtenkatalog konnte mittels Generalklausel erweitert werden. Um die Geschäftsherrenhaftung nach dem Vorbild von § 831 BGB zu vollenden, wurde im berühmten *Hühnerpestfall* die *Beweislast zulasten des Ge-* 114

---

430 MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 112, mit weiteren Hinweisen; MüKo GmbHG-FLEISCHER, § 43 N 384c, mit weiteren Hinweisen; Hölters AktG-HÖLTERS, § 93 N 368, mit weiteren Hinweisen; umfassend zur Problematik KLEINDIEK, 466 ff.; genauso umfassend SPINDLER, 846 ff.; KÖTZ/WAGNER, 129; KUHLEN, 163 ff.

431 SPITZ, Organhaftung, 169 ff.; HANDSCHIN/TRUNIGER, 309 f.; ROBERTO/PETRIN, 85.

432 MATUSCHE-BECKMANN, 14 ff.

433 Statt vieler KLEINDIEK, 288.

434 Staudinger BGB-KRAUSE, § 823 Anh II 61; KÖTZ/WAGNER, 121, mit weiteren Hinweisen.

435 SPIRO, 405.

436 KLEINDIEK, 290 f., bezeichnet das Konzept von § 831 BGB als pointillistisch, das die Produktionsprozesse nicht in ihrer Gesamtheit erfasse.

437 LOOSCHELDERS, 545; KÖTZ/WAGNER, 128; MATUSCHE-BECKMANN, 102; ESSER/WEYERS, 213 ff.; MEDICUS/LORENZ, 496; Soergel BGB-KRAUSE, Anh II § 823 N 58 ff.; Staudinger BGB-BERNAU, § 831 N 11 ff.; MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 121.

schäftsherrn umgekehrt.[438] Analog der schweizerischen Lehre muss jedoch die Pflichtverletzung des Organs der juristischen Person angelastet werden, um die Haftung zu begründen (§ 823 i.V.m. § 31 BGB).[439] Erst der mühsame Umzug der Geschäftsherrenhaftung von § 831 BGB hin zu § 823 BGB öffnete Tür und Tor für die Diskussion einer persönlichen Organaussenhaftung für Organisationspflichtverletzungen.[440]

115 Eine solche Umstellung war in der Schweiz nicht geboten. Art. 55 OR sieht keine abschliessende Aufzählung der Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn vor.[441] Die Organisationspflichten konnten mit der technischen Entwicklung mithalten, indem die Rechtsprechung den Pflichtenkatalog am konkreten Sachverhalt erweitert («*alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt*»).[442] Ein dezentraler Entlastungsbeweis ist dem OR ebenfalls fremd.[443] Der «Kunstgriff», d.h. die **Verdoppelung der Organisationspflichten** zulasten der Organe, wie er in Deutschland als erforderlich angesehen wird, musste in der Schweiz nie vollzogen werden. Insoweit handelt es sich bei Art. 55 OR um eine Generalklausel für die Haftung des Geschäftsherrn. Eine Verschiebung der Haftung nach Art. 41 OR unter Inkaufnahme der ungewollten Nebenwirkung der Organaussenhaftung ist nicht angezeigt. Organmitglieder haften für ihre innergesellschaftlichen Organpflichten nur gegenüber der Gesellschaft selbst.[444] Die Pflicht zur ordnungsmässigen Geschäftsführung (Art. 716a OR) ist keine deliktische Verhaltenspflicht mit Schutzwirkung für

438 LARENZ, Schuldrecht, 86; MEDICUS/LORENZ, 495; MATUSCHE-BECKMANN, 220.

439 Statt vieler MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 119 ff.

440 Überwiegend nimmt die Literatur an, dass nur in Ausnahmefällen – wenn «persönlich» durch eigene Aktivität Gefahrenquellen geschaffen werden – eine Aussenhaftung in Frage kommt. Dies dürfte bei Organisationspflichten als mittelbarer Verletzungshandlung nicht der Fall sein. Doch werden auch Meinungen vertreten, die eine Organaussenhaftung konsequent fordern oder gänzlich ablehnen (zum Meinungsstand vgl. KG, 5 U 30/12, 13.11.2012, E. 5, in: NZG 2013, 586 ff.; KUHLEN, 164).

441 Bereits in § 3 N 51 ff.

442 JAUN, Sorgfaltspflicht, 31; dazu der Pflichtenkatalog in § 6.

443 PETRIN, 38 f.; BK-BREHM, Art. 55 N 52 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 787; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.18.

444 Hölters AktG-HÖLTERS, § 93 N 368; im Grundsatz auch HANDSCHIN/TRUNIGER, 309.

aussenstehende Dritte.[445] Das Organ haftet nicht für Organisationspflichtverletzungen, weil es nicht Adressat derselben ist.[446]

Eine Haftung gegenüber Aussenstehenden aus Organisationspflichtverletzungen ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen: «Verkehrseröffner» ist die juristische Person.[447] Sie führt Arbeitsmittel und Hilfspersonen in ein stimmiges Gesamtgefüge, um den Tätigkeitsbereich auszuweiten und davon zu profitieren. Sie setzt die Risiken und kann sie durch Organisation und Kontrolle steuern und begrenzen.[448] Dieses Haftungsrisiko für Organisationspflichtverletzungen – Haftung für den organisierten Einsatz von Menschen und Material – dem Organ aufzubürden, stünde in keinem Verhältnis zum Entgelt.[449] Die Organe haften im Innenverhältnis für ihre vertraglichen Pflichtverletzungen gegenüber der juristischen Person und folglich im Konkursfall auch gegenüber bestimmten geschädigten Dritten.[450] Warum das Organ auch bei aufrechtstehender Gesellschaft haften soll, leuchtet nicht ein. Das dargelegte Verständnis der Organisationspflichten als Umwandlung der deliktischen Verhaltenspflicht des Unternehmens legt ebenfalls den Schluss nahe, dass sie nicht den Organen obliegen.[451] Sie ergeben sich nicht aus der *Addition der an die Individuen innerhalb des Unternehmens adressierten Sorgfaltspflichten*, sondern gehen darüber hinaus. Die Organisationspflicht orientiert sich am Gefahrenpotenzial des Unternehmens und nicht an demjenigen einzelner Organe und Mitarbeiter.[452] Ähnliche Überlegungen erfolgen unter dem Thema der Wissenszurechnung: Einem Organ wird im Rahmen der persönlichen Haftung nicht das Wissen der juristischen Person, anderer Organe oder Hilfspersonen zugerechnet.[453] 116

---

445 Dies trifft für die in der vorliegenden Arbeit relevanten ausservertraglichen Schädigungen Dritter zu. BÖCKLI, § 18 N 377 f.; KÄLIN, 141 f.; ROBERTO/PETRIN, 70.

446 MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 126; KLEINDIEK, 127 ff.; SPINDLER, 857 ff.; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 64; VON BAR, Struktur, 286; Soergel BGB-KRAUSE, § 823 Anh II N 66.

447 FURGLER, 106 f.; SPITZ, Produkthaftung, 275; BRÜGGEMEIER, Unternehmenshaftung, 163.

448 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Gefährdungshaftung, 100.

449 Ähnlich bereits im Verhältnis Geschäftsherr und Hilfsperson § 2 N 29. SPINDLER, 896.

450 Vgl. Art. 754 ff. OR.

451 Vgl. dazu die Ausführungen in § 5 N 108 ff.

452 Sehr zutreffend MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 126 mit weiteren Hinweisen; ausführlicher SPINDLER, 857 ff. mit weiteren Hinweisen.

453 Umfassend dazu ABEGGLEN, 39 ff.; WAESPI, Organisationshaftung, 48; ROBERTO/PETRIN, 88 f.

Auch die Rechtsprechung deutet darauf hin, dass die Verdoppelung des Pflichtenkatalogs zulasten der Organe nicht gewollt ist. Die klassischen curae, die nichts anderes darstellen als die simpelsten und zugleich ältesten Organisationspflichten,[454] werden allein dem Geschäftsherrn zum Vorwurf gemacht. Keiner käme auf die Idee, das Organ auf Grundlage von Art. 41 OR für die fehlerhafte Auswahl, Instruktion oder Überwachung von Hilfspersonen haftbar zu machen.[455] Die schweizerische Rechtsprechung geht mit der Verankerung in Art. 55 OR implizit vom Verständnis aus, dass die juristische Person Trägerin der Organisationspflichten ist.[456] Dem ist beizupflichten. Diese Überlegungen verdeutlichen, dass eine Übernahme der deutschen Rechtsprechung nicht angezeigt ist, ja unnötig und sogar schädlich wäre. Zum selben Ergebnis kämen auch deutsche Rechtstheoretiker, stünden sie vor derselben rechtlichen Ausgangslage wie die Schweiz.[457]

2.2 Organaussenhaftung für eigene Verhaltenspflichtverletzungen

117 Die Aussenhaftung der Organe wird darüber hinaus nicht eingeschränkt. Sie haften weiterhin für ihr eigenes, sorgfaltswidriges Verhalten nach Art. 41 OR. Wer durch eigene Aktivität eine Quelle erhöhter Gefahr für Dritte hervorruft oder andauern lässt, hat dafür zu sorgen, dass sich die Gefahr nicht realisiert.[458] Zwischen den persönlichen Verhaltenspflichten des Organs und den Organisationspflichten der juristischen Person dürfte eine beachtliche Schnittmenge existieren. Dies gilt im Übrigen nicht nur für die Verhaltenspflichten der Organe, sondern auch für die

454 ESSER/WEYERS, 213; auch PETRIN, 54, NATER, Entwicklung, 37; WIDMER/WESSNER, 125.

455 Die in der Literatur gelegentlich vorzufindende Unterscheidung, wonach es sich bei den klassischen curae um eine Unterlassung, hingegen bei den übrigen Organisationspflichten um ein Tun handeln (OFTINGER/STARK, § 20 N 113 ff.) und deswegen zum Vorwurf an das Organ gereichen soll, ist unter dem Titel der Verhaltensunrechtstheorie nicht aufrechtzuerhalten. Vgl. dazu SPITZ, Organhaftung, 168; Soergel BGB-KRAUSE, § 823 Anh II N 67.

456 SPITZ, Organhaftung, 170.

457 Aus den Ausführungen in Staudinger BGB-BERNAU, § 831 N 12, zu entnehmen; HELM, 298; CANARIS, 82; ESSER/WEYERS, 214; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 60; MATUSCHE-BECKMANN, 287; SPIRO, 405 f.

458 KLEINDIEK, 200; SPITZ, Organhaftung, 169.

der Hilfspersonen. Die natürliche Person bleibt verantwortlich für die ihr obliegenden Objekt- und Verhaltensgefahren.

Beispiel: Beauftragt das Organ eine übermüdete Hilfsperson, eine weitere Lieferung auszuführen, und kommt es infolge der Übermüdung zu einem Verkehrsunfall, wird dem Organ, der Hilfsperson sowie der juristischen Person als Geschäftsherrn eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sein.[459] 118

Die an den Geschäftsherrn und damit an die Gesamtheit der Personal- und Sachmittel gerichteten Organisationspflichten unterscheiden sich jedoch von den an die Einzelperson gerichteten Pflichten.[460] Die Pflichten müssen auseinandergehalten werden, um eine Pflichtenverdoppelung und damit eine allseitige Haftung der Unternehmensangehörigen für Pflichten des Geschäftsherrn zu vermeiden.[461] 119

2.3 Strafrechtliche Tendenzen in der Organaussenhaftung

Eine beunruhigende Tendenz zeigt sich in der **strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung**. Das Bundesgericht bestätigte im *Von Roll-Urteil* (1996) den Schuldspruch gegen einen Konzernchef wegen Verletzung des KMG, weil er keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen hatte, um die Umgehungen der Ausfuhrbestimmungen zu verhindern.[462] Ebenso wurde der Importeur im *Hebebühnenfall* (1995) wegen fahrlässiger Tötung schuldig gesprochen, weil er es unterlassen hatte, die verkaufte Hebebühne vor der Lieferung auf Mängel hin zu überprüfen.[463] Im *Hebebühnenfall* hat das Bundesgericht, ohne näher darauf einzugehen, unternehmensbezogene Pflichten den Organpersonen zugerechnet.[464] Kurzerhand wurden zivilrechtliche Grundsätze, «*die zur Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR entwickelt wurden*», für die Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Unternehmen herangezogen.[465] Das alte KMG kannte in Art. 19 Abs. 3 zumindest eine Zurechnung der Verfehlungen einer Unternehmung an die Organe (in einer Art umgekehrtem Art. 55 ZGB). Dass damit eine gefähr- 120

459 Vgl. zum Sachverhalt BGE 58 II 29 B.

460 SPITZ, Produkthaftung, 194; SPINDLER, 857 ff.; MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 126.

461 SPINDLER, 881 f.

462 BGE 122 IV 103 E. VI.1; ähnlich auch im *Bührlefall* von 1970 (BGE 96 IV 155).

463 BGE 121 IV 10 E. 3; GLESS, 55, zur Haftung für Entwicklungsrisiken; HANDSCHIN/TRUNIGER, 310.

464 SPITZ, Produkthaftung, 249.

465 BGE 121 IV 10 E. 3.a.

liche Vermengung von Pflichten vollzogen wurde, die unterschiedliche Adressaten trafen, wurde nur vereinzelt in der Lehre angesprochen und kritisiert.[466]

121 HAUSHEER/KOCHER/JAUN bemerken, dass die **undifferenzierte Übernahme zivilrechtlicher Betrachtungsweisen ins Strafrecht** zu weit gehe. Nur im Bereich der Deckungsgleichheit von Straf- und Zivilrecht lässt sich ein solcher Vergleich anstellen.[467] Ziehen wir die zivilrechtliche Rechtsprechung heran, die aufgrund einer Haftungslücke im Bereich der Produkthaftung einen «Ausschlag» in der Strenge des Sorgfaltsmassstabes mit sich brachte, wird nicht mehr das Verhalten des Geschäftsherrn gesteuert. Überträgt man diesen Mechanismus ins vom Täterprinzip beherrschte Strafrecht,[468] verlieren die Unternehmenspflichten die Funktion der Haftungsverteilung und dienen nunmehr als Grundlage für einen überhöhten Unrechtsvorwurf an das Organ.[469] Der Zivilrechtler, auf der Suche nach Begründungshilfen, greift wiederum auf die im Strafrecht nunmehr bereitliegenden Pflichtenprogramme zurück, um Verhaltenspflichten der Organe und deren Haftung zu fundieren.[470] Es resultiert die Gefahr des gegenseitigen «*Hochschaukelns von Privat- und Strafrecht*».[471]

122 Es lässt sich festhalten, dass auch Organe – ohne Zweifel – Adressat von Verhaltenspflichten sind. Diese sind nicht völlig deckungsgleich mit den umfassenderen Organisationspflichten des Geschäftsherrn. Es ist darauf zu achten, dass die Notwendigkeit der Individualzurechnung im Strafrecht bei Unternehmenssachverhalten nicht dazu führt, dass Organe mit einem Umweg über das Strafrecht zum eigentlichen Adressaten der Organisationspflichten gemacht werden.[472]

---

466 SCHULTZ, 405.

467 HAUSHEER/KOCHER/JAUN, 445; gleicher Ansicht SPITZ, Produkthaftung, 55; SCHULTZ, 405.

468 EICKER/FRANK/ACKERMANN, 260: Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung will im Sinne des Täterprinzips durch die Unternehmung auf die natürliche Person durchgreifen.

469 Ähnlich auch SPINDLER, 881; KLEINDIEK, 200.

470 SPINDLER, 880.

471 HAUSHEER/KOCHER/JAUN, 445; zum Konflikt zwischen Zivil- und Strafrecht KUHLEN, 167 ff.

472 SPINDLER, 1017 ff.

3. Produkthaftpflichtgesetz

Das PrHG stellt inhaltlich weitgehend eine Übernahme der EG-Produkthaftungsrichtlinie vom 25. Juli 1985 dar. Mit der Einführung sollte zum einen der Konsumentenschutz gestärkt und zum anderen eine Angleichung verschiedener nationaler Gesetzgebungen erreicht und damit Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden.[473] Zumindest was den Konsumentenschutz betrifft, konnte das Ziel nicht erreicht werden. Höchstrichterliche Rechtsprechung ist spärlich, was vor allem daran liegen dürfte, dass sie nicht die erste Wahl unter den verschiedenen Anspruchsgrundlagen ist.[474] Nach Art. 11 Abs. 2 PrHG werden Schadenersatzansprüche auf Grundlage des OR nicht ausgeschlossen; es besteht Anspruchskonkurrenz.[475] 123

Das PrHG setzt für die **Begründung eines Anspruchs** voraus, dass ein fehlerhaftes Produkt des Herstellers eine Rechtsgutverletzung beim Geschädigten in adäquat kausaler Weise verursacht. Der Begriff des *Herstellers* umfasst zunächst den tatsächlichen Hersteller, d.h. die Person, die Endprodukte, Grundstoffe oder auch Teilprodukte herstellt (Art. 2 Abs. 1 lit. a PrHG). Daneben haftet auch der Quasihersteller, der im Verkehr als Hersteller auftritt, indem er seinen Namen oder sein Warenzeichen auf dem Produkt anbringt (lit. b). Dem Hersteller gleichgestellt ist auch der Importeur, der das Produkt in die Schweiz einführt (lit. c). Ein Zwischenhändler haftet nur, wenn er den Hersteller oder seinen eigenen Lieferanten nicht innert angemessener Frist nennt (Abs. 2). Als *Produkt* gilt jede bewegliche Sache, die das Ergebnis menschlicher Tätigkeit – ob hergestellt oder gewonnen – ist.[476] Es bleibt ein Produkt, auch wenn es Teil einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache bildet[477] oder in den menschlichen Körper implantiert wird.[478] Dagegen sind reine Dienstleistungen keine Produkte. Werden Produkte im Zusammenhang mit einer Dienstleistung unmittelbar angewendet, verliert das Produkt 124

---

473 Zum Ganzen FELLMANN/VON BÜREN-VON MOSS, N 492; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 53.30 ff.

474 Eingehend MÜLLER, Produktehaftung, 129 ff., der wichtige Fälle der Rechtsprechung zusammenträgt; SHK PrHG-HESS, 30; REY/WILDHABER, § 8 N 1117.

475 Statt vieler FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1115.

476 BSK OR I-FELLMANN, Art. 3 N 1 PrHG; ROLLAND, 102.

477 FELLMANN/VON BÜREN-VON MOSS, 137; SHK PrHG-HESS, Art. 3 N 7 ff., mit weiteren Einzelheiten.

478 Dazu der *Hüftprothesenfall* (BGE 137 III 226 E. 2.3).

die Produkteigenschaft nicht.[479] So gelten Blut und Organe als Produkte[480] im Sinne des Gesetzes, weshalb die Übertragung eines fehlerhaften Blutserums auch in den Anwendungsbereich des PrHG fallen kann.[481] Ein Produkt ist *fehlerhaft*, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist. Dabei spielen insbesondere die Art und Weise, in der es dem Publikum präsentiert wird, der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann, und der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde, eine wesentliche Rolle (Art. 4 PrHG).

125 Der Geschädigte hat die **Fehlerhaftigkeit** zu beweisen. Der Fehlerbegriff stellt die Vermutung auf, dass irgendwo im Planungs- oder Fertigungsprozess – bei dem der Produzent oder seine Hilfspersonen irgendwie mitgewirkt haben – etwas schiefgelaufen ist.[482] Dem Hersteller steht der Gegenbeweis offen: Er kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass das Produkt zum Zeitpunkt der Inverkehrbringung fehlerfrei war (Art. 5 Abs. 1 lit. b).[483] Hat er die gebotenen Sicherheitsmassnahmen und Informationspflichten beachtet, ist er nicht haftbar.[484] Dem Prinzip nach liegt eine Haftung für die *Verletzung gesetzlich besonders ge-*

---

479 SHK PrHG-Hess, Art. 3 N 24 f.; Fellmann/Kottmann, § 5 N 1132; BGE 137 III 226 E. 2.3.

480 Schwenzer/Fountoulakis, N 53.35; Honsell/Isenring/Kessler, § 21 N 29; Roberto, Haftpflichtrecht, N 09.08.

481 PrHHdb-Graf von Westphalen, § 47 N 14; Rolland, 112.

482 Widmer, Konzept, 108; Roberto, Haftpflichtrecht, N 09.03; PrHHdb-Graf von Westphalen, § 48 N 4.

483 Fellmann/von Büren-von Moss, 108 f.; Müller, Produktehaftpflicht, 141; BGE 133 III 81 E. 4.2.2 f.

484 Es handelt sich um den Nachweis, dass das Produkt bei Inverkehrbringung fehlerfrei war oder erst später fehlerhaft wurde (Rolland, 58). So auch in BGE 137 III 226 E. 4.1 f., wenn die Haftung verneint wird, weil der Stand der Wissenschaft und Technik noch nicht gestattete, die Fehlerhaftigkeit des Produkts zu erkennen. Das Gericht hätte auch genauso gut entscheiden können, dass die Prognose bzw. Abklärungen nicht hinreichend gründlich vorgenommen wurden (Widmer, Konzept, 112 f.). Roberto, Haftpflichtrecht, N 09.21; vgl. dazu BGer, 4A_319/2010, 4.10.2010.

regelter Sorgfaltspflichten vor.[485] Die Sorgfaltspflichten des Produzenten nach Art. 55 OR entsprechen auch weitgehend jenen des Herstellers gemäss PrHG.[486]

Konkurrierende Ansprüche gestützt auf Art. 55 OR und auf das PrHG dürften aufgrund des gleichartigen Aufbaus der Haftungsnormen die Regel sein. Dies gilt bei Sachverhalten betreffend fehlerhafte Produkte. Bei fehlerhaften Dienstleistungen, die von Art. 55 OR abgedeckt sind, sind die Anwendbarkeit des PrHG und folglich konkurrierende Ansprüche die Ausnahme. 126

Zum **ersatzfähigen Schaden**: Der Hersteller haftet, wenn eine Person getötet oder verletzt wird (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG). Schäden an Sachen sind nur erfasst, die ihrer Art nach gewöhnlich zum *privaten* Gebrauch oder Verbrauch bestimmt sind oder vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet werden. Nicht erfasst sind folglich Schäden an einer *beruflich oder gewerblich* genutzten Sache (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG). Der Geschädigte hat bei Sachschäden einen *Selbstbehalt* von CHF 900.00 zu tragen (Art. 6 Abs. 1 PrHG). Für Schäden *am fehlerhaften Produkt* selbst wird ebenfalls nicht gehaftet (Art. 1 Abs. 2 PrHG). Auch führen Reparaturen, Wartungsarbeiten und Teilauswechslungen nicht dazu, dass die Sache zu einem neuen Produkt wird.[487] In Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinie wurden somit auch Haftungslücken übernommen, die dazu führen, dass Produkthaftungsfälle auch heute noch primär auf Grundlage des OR geprüft werden.[488] 127

---

485 ROBERTO, Kausalhaftung, 1324; so auch LOOSCHELDERS, § 63 N 14 ff.; KÖTZ/WAGNER, 250, verweisen darauf, dass die Sorgfaltspflichtverletzung in die Fehlerprüfung verlagert wird. Ob ein Produkt einen Fehler hat oder der Hersteller ein Produkt fehlerhaft (fahrlässig) produziert, ist (dem Sinne nach) der gleiche Gedanke. Die Rechtsnatur der Haftung wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt (FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1079; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 3; KESSLER, 362).

486 Vgl. dazu § 12; KLEES, 94; MATUSCHE-BECKMANN, 216 f.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 09.33.

487 SHK PrHG-HESS, Art. 3 N 23, mit weiteren Hinweisen. Die Pflichten des Herstellers erschöpfen sich – im Gegensatz zur Produzentenhaftung – mit Markteinführung des Produktes. Mit Einführung des PrSG hat der Gesetzgeber Nachmarktpflichten statuiert, wie sie auch in der Produzentenhaftung bereits bekannt sind (HaftpflichtKomm-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 8 PrSG N 6). Vgl. dazu auch § 12 N 345 ff.

488 MÜLLER, Produktehaftung, 129. Auch in Deutschland und Österreich, wo das Gesetz schon länger in Kraft ist, spielt die Deliktshaftung eine weit wichtigere Rolle (HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 25).

128 Eine **Stärkung der Konsumentenrechte** ist lediglich in der Erweiterung der Haftpflichtigen um Importeure und Lieferanten,[489] im Ausschluss von Freizeichnungsmöglichkeiten[490] und in der Haftung für «Ausreisser» zu erblicken.[491] Da bei grossen Produktionsmengen Fehler statistisch gesehen nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, führt die Haftung für Ausreisser zur Durchbrechung des Prinzips einer Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung. Das PrHG statuiert (begrenzt) für diesen Bereich eine Gefährdungshaftung[492] und geht damit weiter als die Produzentenhaftung nach Art. 55 OR. Davon abgesehen bietet das PrHG keine Vorteile, die gegen das Anrufen der Produzentenhaftung sprechen würden.

489 Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Rechtsprechung im *Klappstuhlfall* (BGer, C.564/1984, 14.5.1985, in: JdT 1986 I, S. 571 ff., 573), die ebenfalls eine Haftung des Importeurs nach Art. 55 OR vorsah, nach Einführung des PrHG nicht nochmals ergehen würde. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.21; NATER, Produktehaftpflicht, 392; KuKo OR-SCHÖNENBERGER, Art. 55 N 12; BGE 49 I 465 E. 3: «*Dem Zwischenhändler kann wohl kaum zugemutet werden, dass er jede seiner Waren prüfe oder prüfen lasse.*»

490 Dies bedingt jedoch, dass gleichzeitig ein Vertragsverhältnis besteht.

491 Mit der Revision des Verjährungsrechts nach Art. 60 OR dürfte auch der Vorteil der längeren relativen Verjährungsfrist nach Art. 9 PrHG keine Rolle mehr spielen. Vgl. dazu VERDE, Verjährungsrecht, 173.

492 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 09.03; LOOSCHELDERS, § 63 N 14 ff.

Teil 3: Fallgruppen

§ 6 Kategorisierung des Sorgfaltsbeweises

Zur Konkretisierung der Organisationspflichten werden in den folgenden Paragrafen Fallgruppen aus der Rechtsprechung gebildet. Das dafür gewählte Vorgehen wird vorab im vorliegenden Kapitel behandelt. Zunächst wird dabei zusammengefasst, welche aus den theoretischen Ausführungen erarbeiteten Grundsätze für die Fallgruppenbildung zu beachten sind. Es wird abgesteckt, welche Rechtsprechung sich für die Konkretisierung der Organisationspflichten anbietet. Zuletzt wird erläutert, welche Fallgruppen zu bilden sind und in welcher Form die Rechtsprechungsanalyse zu erfolgen hat. 129

1. Eckpunkte aus den theoretischen Erwägungen für die Fallgruppenbildung

Auf Grundlage der Verhaltensunrechtstheorie wird auf eine Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen verzichtet. Eine solche Unterteilung lässt sich ohnehin nicht stringent durchsetzen, denn jedes fahrlässige Tun lässt sich als Unterlassen der gebotenen Sorgfalt verstehen.[493] Richtigerweise ist danach zu fragen, ob ein **Verstoss gegen eine rechtlich anerkannte Verhaltenspflicht** vorliegt, welche Schädigungen der eingetretenen Art verhindern will (Schutzzweck).[494] Am Ergebnis der Haftpflicht ändert sich freilich nichts, doch werden Ungereimtheiten und Doppelprüfungen von Haftungstatbeständen verhindert sowie der Haftungsaufbau vereinfacht.[495] 130

Wie dargelegt, handelt es sich bei der Geschäftsherrenhaftung nach hier vertretener Ansicht um eine Haftung für *eigene Sorgfaltspflichtverletzungen,* die eine Einstandspflicht für die Auswirkungen fremder Handlungen bewirkt. Gemäss der gesetzlichen Konzeption wird vermutet, dass der Geschäftsherr die Realisierung seiner Personal-, Objekt- und Organisationsgefahren nicht hinreichend verhinderte.[496] Ihm steht jedoch der Befreiungsbeweis offen, der sich nunmehr nicht auf die klassischen Sorgfaltspflichten fokussiert, sondern die Organisationspflichten 131

493 Vgl. § 2 N 15 f.

494 Vgl. § 2 N 20 ff.

495 Vgl. § 2 N 36.

496 Vgl. § 4 N 103 ff.

in den Vordergrund stellt.[497] Die in der Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten sind es, die als **spezifische Verhaltenspflichten des Geschäftsherrn** verstanden werden können. Diese gilt es in Form von Fallgruppen zu verallgemeinern, soweit es die jeweiligen Sachverhaltskonstellationen erlauben.

132 Bei der Rechtsprechungsanalyse zu beachten ist, dass der Sorgfaltsmassstab nicht nur durch die allgemeinen Kriterien, die das Vorliegen einer Verhaltenspflicht und damit auch deren Intensität definieren, determiniert ist. Da die ältere und neue Rechtsprechung zu bearbeiten ist, gilt es der **zeitlichen Komponente** Rechnung zu tragen. Das bedeutet zum einen, dass bei neueren Urteilen aufgrund erhöhter Verkehrserwartungen von einem strengeren Massstab auszugehen ist. Diese Entwicklung ist folgerichtig und soll nicht durch Verweis auf vermeintlich lockerere, ältere Rechtsprechung aufgeweicht werden. Andererseits ist zu beachten, dass besonders strenge Rechtsprechung bzw. «Ausschläge» oftmals ihre Ursache in Regulierungslücken haben. Bewerkstelligt wird dies durch Anwendung einer *ex post-Betrachtung*, die aus der Kenntnis des Schadensverlaufs im Nachhinein entsprechende Massnahmen erfindet, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten. Um eine verlässliche Leitplanke zu geben, sind die Umstände solcher Urteile zu berücksichtigen.[498]

2. Rechtsquellen für Organisationspflichten

133 Die nach Art. 55 OR relevanten Organisationspflichten sind deliktischer Natur. Daher ist im Rahmen der Fallgruppen schwergewichtig auf deliktische Rechtsprechung einzugehen (Art. 41 OR, Art. 55 OR sowie betreffend PrHG). Daneben bieten sich weitere Sachverhaltskonstellationen und Lebensbereiche an, die einen Beitrag zu den Organisationspflichten leisten können: Es handelt sich um Rechtsprechung des *Vertrags-, des Staatshaftungs-, des Straf- und des Verfahrensrechts*. Inwieweit sich diese Rechtsprechung eignet, soll im Folgenden erläutert werden.

---

497 Vgl. § 4 N 59 ff.

498 Vgl. § 4 N 107; MATUSCHE-BECKMANN, 71; RACK, Organisationspflichten, 191.

2.1 Vertragliche Rechtsprechung im Kontext der Spitalhaftung

Die Rechtsprechung im Kontext der Spitalhaftung ist von besonderer Relevanz für die Konkretisierung der Organisationspflichten.[499] Je grösser die Zahl der an Diagnosen und Therapien beteiligten Hilfspersonen, je komplizierter das arbeitsteilige Geschehen im Betrieb ist, desto mehr Umsicht ist in der Planung, Koordination und Kontrolle der klinischen Abläufe erforderlich.[500] Das Risiko, dass ein geringfügiger Fehler eines am Arbeitsprozess Beteiligten weitreichende Folgen haben kann, steigt, je unsorgfältiger die Organisation ausfällt.[501] 134

Nun eignet sich nicht sämtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Spitalhaftung, um die Organisationspflichten zu präzisieren. Beim Organisationsverschulden handelt es sich um den Vorwurf einer deliktischen Sorgfaltspflichtverletzung.[502] Typischerweise sind Spitalhaftungsentscheide je nach Trägerschaft des Spitals dem Staatshaftungs- oder dem Vertragsrecht zuzuweisen: Ist der Spitalträger öffentlich-rechtlich, wie beim Kantonsspital, ist kantonales Recht anwendbar. Handelt es sich um eine private Klinik, wird in aller Regel ein Behandlungsvertrag vorliegen und somit Vertragsrecht anwendbar sein.[503] 135

Will der **vertragsrechtlichen Rechtsprechung** etwas abgewonnen werden, muss dem Spitalträger direkt ein Vorwurf angelastet werden können. Der Behandlungsvertrag sieht sowohl *Hauptpflichten*, wie die Erbringung der vereinbarten Behandlung nach den Regeln der medizinischen Kunst,[504] als auch vertragliche *Nebenpflichten* vor, namentlich Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit des Partners zu wahren. Ein Spital hat demnach Schutzmassnahmen zu ergreifen, um Schädigungen der Patienten und Benutzer durch seine Hilfspersonen zu verhindern,[505] was 136

---

499 In Deutschland erfuhr der Begriff des Organisationsverschuldens gerade wegen der Fülle an Entscheiden eine intensive Weiterentwicklung (MATUSCHE-BECKMANN, 143); vgl. auch MANNSDORFER, 110.

500 KERN, 60.

501 Vgl. BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, wonach eine Assistenzärztin der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen wurde, weil sie die Blutgruppe nicht abglich. LANDOLT, Organisationshaftung, 312.

502 Vgl. BGE 110 II 456.

503 JÄGER/SCHWEITER, 44.

504 SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 81; AEBI-MÜLLER et al., § 2 N 68 ff.; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, § 7 N 597; BGer, 4A_266/2011, 19.8.2011, E. 2.1; BGE 129 II 353 E. 4.7.

505 OGer ZH, HG060225-O, 22.1.2013, E. V.1.3.2.

die Organisation des Betriebs miteinschliesst.[506] Diese vertraglichen Nebenpflichten scheint das Bundesgericht denn auch identisch den deliktischen Pflichten anzuwenden und auszulegen.[507] Folglich kann jene Rechtsprechung für die Konkretisierung des Organisationsverschuldens fruchtbar gemacht werden, bei welcher entweder die Verletzung einer vertraglichen Hauptpflicht durch einen Organisationsfehler hervorgerufen wurde[508] oder die Schadensursache grundsätzlich in der Organisation im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht zu suchen ist.[509] Der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn würde in einem solchen Fall scheitern, wenn der Sachverhalt unter Würdigung von Art. 55 OR behandelt wird.[510]

137 Gleiches gilt für das Heranziehen der **Rechtsprechung im Staatshaftungsrecht**.[511] Ein Entlastungsbeweis ist nicht vorgesehen, weshalb jede Sorgfaltspflichtverletzung der Beamten dem Spitalträger angerechnet wird. Dabei sind nicht die individuellen Sorgfaltspflichtverletzungen der Hilfspersonen aufschlussreich.[512] Vielmehr ist die Verletzung von Pflichten erkenntnisbringend, welche die Organisation des Spitalbetriebes betreffen und direkt dem Geschäftsherrn zum

---

506 SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 81; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Sorgfaltspflicht, 110; BGer, 4C.32/2003, 19.5.2003, E. 3; vgl. zur Unterscheidung der vertraglichen und ausservertraglichen Pflichten bei Bauunfällen SCHUMACHER, 84 ff.

507 So bereits KOLLER, positive Vertragsverletzung, 1490 ff. Anschaulich dazu die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 130 III 193 E. 2.2: Ob die Haftung letztlich auf einer vertraglichen Nebenpflichtverletzung, einer Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 58 OR begründet wird, spielt keine Rolle. «*Auf welcher Grundlage sich die vorliegende Klage auch immer stützt, interessiert einzig, ob die Skipiste, auf welcher der Kläger verunfallte, den massgebenden Sicherheitsanforderungen entsprach.*» Vgl. auch BGE 113 II 246 E. 3. Genauso gut kann die Haftung auch mit der Geschäftsherrenhaftung begründet werden (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.55). Das Bundesgericht scheint denn auch deliktische Schutzpflichten und vertragliche Nebenpflichten bei Anspruchskonkurrenz tendenziell unter einheitlichen Gesichtspunkten zu untersuchen (WAESPI, Organisationshaftung, 327). Kritisch FELLMANN, Integration, 106 f.

508 CR CO I-THÉVENOZ, Art. 101 N 38; STÖCKLI, 48; WAESPI, Organisationshaftung, 64, der von organisatorischer Unsorgfalt als Vertragsverletzung spricht. Vgl. auch OLAH, 90 f., da eine sorgfältige Behandlung stets auch die Organisation sämtlicher Abläufe und des gesamten Behandlungsgeschehens voraussetzt.

509 WAESPI, Organisationshaftung, 327; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 99; EMMENEGGER/JEGHER/GRAF, 178 f.

510 NATER, Entwicklung, 30.

511 Vgl. § 2 N 17.

512 AEBI-MÜLLER et al., § 7 N 138; GROSS, 284 f.; BGE 115 Ib 175 E. 2.b; BGer, 4C.378/1999, 23.11.2004, E. 3.2.

Vorwurf gereichen, womit auch die Entlastung nach Art. 55 OR scheitern würde. Erst dann lässt sich ein Mehrwert aus der staatshaftungsrechtlichen Rechtsprechung für das Organisationsverschulden herausarbeiten.[513]

2.2 Straf- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung im Kontext von Arbeitsunfällen

Die Rechtsprechung zu Arbeitsunfällen stellt, wie bereits die Rechtsprechung zur Spitalhaftung, ein wichtiges Feld zur Konkretisierung des Organisationsverschuldens dar. So ist bspw. das Bauwesen durch eine besonders stark verästelte Arbeitsteilung charakterisiert.[514] Arbeitsteilige Strukturen, die der Geschäftsherr mittels organisatorischer Mittel zu koordinieren hat, können daher auch Gegenstand eines *Straf- oder arbeitsrechtlichen Verfahrens* sein. 138

a. Strafrecht

Nimmt der Geschäftsherr seine Organisationspflichten nicht wahr, können Arbeitnehmer oder Dritte in ihrer körperlichen Integrität verletzt werden. Im Strafprozess ist zwar nicht die juristische Person Beschuldigte, sondern die für sie handelnden Organe und Hilfspersonen.[515] Doch auch im Zivilrecht nimmt die juristische Person ihre Pflichten nicht selbst wahr, sondern verteilt sie auf ihre Organe und Hilfspersonen (arbeitsteilige Erbringung). Ist ihnen eine strafrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen, kann diese unter zivilrechtlicher Betrachtung dem Geschäftsherrn zum Vorwurf gereichen. Deshalb sind Strafurteile dann unter dem Gesichtspunkt des ausservertraglichen Haftungsrechts aufschlussreich. Des Weiteren kann gestützt auf die strafrechtlichen Ermittlungen ein Zivilverfahren gegen den Geschäftsherrn angestrebt werden, gerade wenn es sich um eine juristische Person handelt.[516] 139

---

513 Das Vorliegen eines Vertrages ist für die Beurteilung der Pflichtverletzung von untergeordneter Bedeutung: Die faktische Übernahme einer Behandlung löst Schutzpflichten des Arztes im Hinblick auf die Rechtsgüter des Patienten aus (JANDA, 314).

514 Vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, 155.

515 Vgl. bereits in § 5 N 120 ff.; WIPRÄCHTIGER, 754; TRECHSEL/FISCHER/NOLL, 149 f.; DONATSCH/BLOCHER, 52 f.

516 Durch das Strafverfahren können beweisrechtliche Probleme bis zu einem gewissen Grad entschärft werden (dazu NATER, Entwicklung, 65 ff.).

140 Zu bedenken gilt es, dass Adressat der (umfassenderen) zivilrechtlichen Organisationspflichten der Geschäftsherr ist. Der Geltungsbereich ist nicht deckungsgleich zu (partiellen) Verhaltenspflichten der Organe und Hilfspersonen.[517] Die Überführung strafrechtlicher Sachverhalte ins Zivilrecht, um Handlungen der Organe und Hilfspersonen dem Geschäftsherrn anzurechnen, ist daher unproblematisch. Werden hingegen zivilrechtliche, dem Geschäftsherrn obliegende Organisationspflichten ins Strafrecht übertragen und aufgrund des **Täterprinzips** direkt und unreflektiert dem Organ angelastet, mündete dies in einen überhöhten Unrechtsvorwurf an das Organ. Noch problematischer ist es, wenn diese Strafrechtsurteile wieder ins Zivilrecht zurückgeführt werden, um eine Haftung der Organe für Organisationspflichtverletzungen zu begründen. Auf die Gefahr wurde bereits in § 5 N 113 ff. hingewiesen.

b. Arbeitsrecht

141 Wechselt das Verfahren vom Strafrecht ins Zivilrecht, wird für einen geschädigten Dritten das ausservertragliche Haftungsrecht, bei geschädigten Mitarbeitern das Arbeitsrecht primär von Bedeutung sein. Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung bleibt für die vorliegende Arbeit nicht ohne Relevanz. Sowohl die **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers als *vertragliche Nebenpflicht*[518] als auch die Organisationspflicht des Geschäftsherrn statuieren – was die zweckmässige Organisation des Betriebs betrifft – identische Pflichten, bei deren Verletzung der Vorwurf direkt an den Arbeitgeber bzw. Geschäftsherrn gerichtet wird.[519] Art. 328 OR verpflichtet den Arbeitgeber, geeignetes Gerät und Maschinen zur Verfügung zu stellen, Arbeitsabläufe möglichst gefahrlos zu gestalten, Schutzvorrichtungen vorzusehen und für deren Gebrauch zu sorgen, die Arbeitnehmer auf Gefahren hinzuweisen und zu instruieren und sie nur für solche Tätigkeiten vorzusehen, denen sie gewachsen sind.[520] Dies deckt sich mit den deliktischen Pflichten des Geschäftsherrn. Auch sehen beide Normen für die Erbringung der Sorgfaltspflicht eine Umkehr der Beweislast vor; der Entlastungsbeweis ist durch den Schädiger

---

517 Die Organisationspflichten ergeben sich denn auch nicht aus der Addition der an die Individuen innerhalb des Unternehmens adressierten Sorgfaltspflichten, sondern gehen darüber hinaus (MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 107 ff.).

518 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 N 1; KuKo OR-PIETRUSZAK, Art. 328 N 2.

519 WAESPI, Organisationshaftung, 327; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 99; EMMENEGGER/JEGHER/GRAF, 178 f.; PRIBNOW/SOTO, 117 f.

520 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 N 17, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

zu erbringen.[521] Im Übrigen nimmt die Rechtsprechung ohnehin Konkurrenz zwischen den Normen an.[522] Ist folglich die Organisation im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht ursächlich für die Schädigung, kann auch die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Konkretisierung des Organisationsverschuldens beitragen.[523]

2.3 Verfahrensrechtliche Rechtsprechung in Bezug auf Fristenwiederherstellungen

Das Organisationsverschulden hat auch in prozessrechtliche Fragestellungen Eingang gefunden, insbesondere im Hinblick auf **Fristenwiederherstellungsgesuche**. Voraussetzung der Wiederherstellung ist, dass die säumige Partei kein Verschulden trifft. Unter der Geltung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 bestand eine gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Handlungen der Hilfspersonen den Anwälten strikt angerechnet wurden (analog Art. 101 OR). Diese Praxis wurde in der Lehre stark kritisiert und es besteht heute keine Einigkeit darüber, ob die Praxis auch unter Art. 148 ZPO Anwendung finden soll.[524] Vertreten wird die Ansicht, dass das Verhalten der Hilfsperson dem Rechtsvertreter angerechnet werden soll, wenn er, in analoger Anwendung von Art. 55 OR, nicht die gehörige Sorgfalt in Auswahl, Instruktion, Überwachung und der zweckmässigen Organisation des Kanzleibetriebes nachweisen kann. Zu- 142

---

521 Nach herrschender Lehre soll sich der Exkulpationsbeweis nach Art. 97 OR vom Exzeptionsbeweis nach Art. 55 OR unterscheiden. Letzterer sei schwerer zu erbringen, denn es werde nicht nur die durchschnittliche Sorgfalt verlangt, wie beim Exkulpationsbeweis, sondern der Nachweis aller nach den konkreten Umständen objektiv gebotenen Sorgfalt (HONSELL/ISENRING/KESSLER, 150). Die Unterscheidung sei jedoch gekünstelt: Zwischen «*alle … Sorgfalt*» und «*diejenige Sorgfalt*» bestehe kein Unterschied (HONSELL, 787). Die Bezeichnung als Exzeptionsbeweis als solche sei ohnehin in der Praxis kaum spürbar (PETRIN, 8, mit zahlreichen Literaturverweisen).

522 Vgl. dazu etwa BGE 72 II 255 E. 2 und 3; BGE 137 III 202 E. 2.2.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 19; BK-BREHM, Art. 55 N 102; OFTINGER/STARK, § 20 N 27; WAESPI, Organisationshaftung, 41.

523 KOLLER, positive Vertragsverletzung, 1490 ff. Das Bundesgericht scheint denn auch deliktische Schutzpflichten und vertragliche Nebenpflichten bei Anspruchskonkurrenz tendenziell unter einheitlichen Gesichtspunkten zu untersuchen (WAESPI, Organisationshaftung, 327). Kritisch FELLMANN, Integration, 106 f.

524 Vgl. dazu ERNST/OBERHOLZER, 113 f., mit weiteren Hinweisen.

mindest muss die Delegation zulässig sein, damit die Exkulpation offensteht.[525] Dies trifft regelmässig bei vorbereitenden oder ausführenden Handlungen zu.[526]

143 Die Befürwortung einer Exkulpationsmöglichkeit fusst darauf, dass sie in einigen Kantonen noch immer der Praxis öffentlich-rechtlicher Verfahrensgesetze entspricht und den zivilrechtlichen kantonalen Verfahrensgesetzen entsprach, die immerhin zu den Vorläufern der eidgenössischen ZPO zählen.[527] Ob die von der Lehre vorgeschlagene Handhabung zu befürworten ist, stellt eine prozessrechtliche Frage dar. Für die vorliegende Arbeit ist lediglich die Rechtsprechung relevant, die das Rechtsinstitut des Organisationsverschuldens weiter konkretisiert, wie dies bereits in einigen Urteilen der Fall war.[528]

3. Methodik der Fallgruppenbildung

144 Die Vielzahl denkbarer und durch die Rechtsprechung statuierter Organisationspflichten macht eine neue bzw. erweiterte Fallgruppenbildung zwecks Übersichtlichkeit erforderlich.[529] Die klassische **Organisationslehre** bietet Anhaltspunkte, an welchen thematischen Schwerpunkten sich die Fallgruppen orientieren sollen: (§ 7) *Personal*- und Sachmittel werden organisatorisch zu einem Betrieb zusam-

---

525 ZPO Komm-STAEHELIN, Art. 148 N 9; KuKo ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 148 N 8.

526 BSK ZPO-GOZZI, Art. 148 N 16 f.

527 ERNST/OBERHOLZER, 113 f.; STAEHELIN et al., § 17 N 14; VerwGer ZH, VB.2014.00578, 26.11.2014, E. 2.2; OGer ZH, ZR 107/2008, 22.11.2007, in: ZR 2008, 211; VerwGer BS, 702/2000, 16.3.2000, in: BJM 2004, 55.

528 Vgl. dazu insbesondere den *Kanzleifall* (BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008). Eine analoge Bearbeitung bei Wiedereinsetzungsgesuchen lässt sich auch in der deutschen Rechtsprechung beobachten (exemplarisch dazu BGH, III ZB 55/14, 26.2.2015; BGH, IX ZB 110/16, 13.7.2017; BFH, 2 K 961/15, 18.5.2017; MATUSCHE-BECKMANN, 329, mit weiteren Hinweisen).

529 Zum Erfordernis der Fallgruppenbildung KATZENMEIER, 354; den Präjudizien kommt eine entscheidende Funktion bei der schrittweisen Konkretisierung des Befreiungsbeweises zu. Aus bereits entschiedenen Sachverhalten lassen sich kennzeichnende Merkmale abstrahieren, die wiederum bei gleichgelagerten Sachverhalten als Orientierung herangezogen werden können (WEBER, Generalklausel, 516 ff.; OHLY, 2; VOGEL, 145 ff.). Die Fallgruppenbildung ist wünschenswert, da die Vorhersehbarkeit und die rechtsgleiche Behandlung des Rechtsanwenders gestärkt werden (LARENZ, Entwicklungstendenzen, 106; MÖLLERS, § 8 N 2 ff.).

mengeführt. Dazu wird jedem Betrieb eine (§ 8) *Aufbauorganisation* gegeben, welche im Sinne eines hierarchischen Gerüsts Rechte und Pflichten der Hilfspersonen festlegt. Der gesamte Arbeitsprozess, der in Teilschritte aufgeteilt und an Hilfspersonen delegiert wird, gestaltet sich in einer (§ 9) *Ablauforganisation*.[530] Der Geschäftsherr (§ 10) *beaufsichtigt und kontrolliert* dabei sowohl Hilfspersonen, Arbeitsschritte und -erzeugnisse als auch Sachgefahren laufend und führt Anpassungen durch, wo solche erforderlich sind. Nötige technische Apparate und Materialien müssen bereitgestellt werden, welche die andere Hälfte der (§ 11) Personal- und *Sachmittel* darstellen. Sämtliche vom Bundesgericht aufgestellten Organisationspflichten lassen sich in einen dieser Bereiche einordnen. Darum werden die Urteile in Fallgruppen zusammengeführt und thematisch in folgende Bereiche geordnet: Personal-, Aufbau-, Ablauf-, Aufsichts-, Ausstattungsorganisation.[531] Beendet wird die Analyse mit der (§ 12) *Produktionsorganisation* – den Organisationspflichten des Warenherstellers –, die als konkretisierte Anwendung der Organisationspflichten im produzierenden Kontext zu betrachten ist.

Die Bundesgerichtsurteile, welche zur Annahme neuer Pflichten und Fallgruppen führen, werden im Stil von **Urteilsbesprechungen** analysiert und gewürdigt. Die klassischen Sorgfaltspflichten werden hingegen aktualisiert und in die neue Ordnung von Organisationspflichten eingegliedert. Werden bereits behandelte Bundesgerichtsurteile in späteren Kapiteln nochmals zur Verdeutlichung herangezogen, werden die relevanten Passagen als Einschübe integriert. Einschlägige kantonale und ausländische Urteile sind in Form von Verweisen berücksichtigt. Das Ergebnis stellt keinesfalls einen vollständigen Katalog dar, sondern vielmehr einen systematischen Überblick der nach heutigem Stand bestehenden Organisationspflichten. Neue Fälle können zu neuen Fallgruppen führen. 145

[530] Vgl. zur klassischen Organisationstheorie KOSIOL, 32; Compliance-OBERMAYR, § 44 N 122.

[531] Vergleichbare thematische Unterteilungen der Organisationspflichten finden sich in der deutschen Literatur, etwa in HK AKM-HART, Kz 3948 N 9; GROSS/KUCHARZ, 148 ff.

§ 7 Personalorganisation

146 Die Personalorganisation betrifft in erster Linie das Vorsehen von Hilfspersonen in hinreichender «Qualität und Quantität». Hilfspersonen müssen die erforderlichen Qualifikationen vorweisen, welche für die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung verlangt werden. Gleichzeitig ist eine genügende Anzahl von Hilfspersonen für eine Tätigkeit vorzusehen. Diese Pflicht ist jederzeit zu erfüllen, weshalb Lücken oder Engpässe im Personalbestand zu vermeiden sind. Der Geschäftsherr hat für eine Arbeitsumgebung zu sorgen, die Ausfällen vorbeugt, insbesondere psychische und physische Überbelastungen verhindert. Kommt es zu Ausfällen im Personalbestand, müssen organisatorische Massnahmen Lücken schliessen. Neben Ausfällen können implementierte Anreizsysteme für Hilfspersonen falsche Impulse setzt, die Fehlverhalten fördern. Das Bundesgericht hatte in älteren und neueren Urteilen Gelegenheit, sich über Pflichten bei der Personalorganisation zu äussern.

1. Mangelnde Qualifikation der Hilfspersonen

147 Erste und wichtigste Pflicht ist die Qualifikation der Hilfsperson. Zieht der Geschäftsherr Hilfspersonen bei, müssen sie aufgrund ihrer Ausbildung, Erfahrung,[532] Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage sein, die ihnen übertragene Arbeit *lege artis* auszuführen.[533] Der Geschäftsherr hat die richtige Hilfsperson mit der Tätigkeit zu betrauen,[534] sodass er eine gefahrlose Erbringung erwarten kann.[535] Die bei der Auswahl gebotene Sorgfalt (klassisch: *cura in eligendo*) hängt massgeblich vom Schädigungspotenzial der übertragenen Arbeit ab.[536] Je anspruchsvoller die Arbeit und je grösser das Schädigungsrisiko ist, desto sorgfältiger hat der Geschäftsherr vorzugehen.[537] Dabei ist die Eignung nicht nur im Hinblick auf

532 BGE 96 II 27 E. 2.

533 CHK OR-Müller, Art. 55 N 20; Landolt, Delegation, 352.

534 Gayler, 106: «*the right man on the right place*»; Oftinger/Stark, § 20 N 134.

535 BGH, VI ZR 182/01, 8.10.2002, E. 2.a, in: NJW 2003, 288.

536 Keller/Gabi/Gabi, 173.

537 Nater, Entwicklung, 26; Kötz/Wagner, N 294.

die übliche Arbeitsabwicklung zu beschränken, sondern auch das Auftreten unerwarteter Schwierigkeiten miteinzubeziehen.[538]

Der Geschäftsherr hat seiner Sorgfalt durch Einfordern von Arbeitszeugnissen, Referenzen früherer Arbeitgeber sowie amtlicher Bescheinigungen nachzukommen, wenn nötig auch weitere Auskünfte einzuholen. Reichen die Informationen nicht aus, drängt sich eine Probezeit oder ein Eignungstest auf.[539] Einige Berufe erfordern neben technischen Kenntnissen auch besondere persönliche Eigenschaften, sodass sich der Geschäftsherr nicht mit Bescheinigungen bestandener Fähigkeitsprüfungen begnügen darf. In solchen Fällen sind zusätzliche Massnahmen, wie Erkundigungen über den Leumund[540] oder die Durchführung ärztlicher Untersuchungen, erforderlich.[541] Die mehrjährige, schadenfreie Ausübung derselben Tätigkeit im Dienst des Geschäftsherrn darf als gewichtiges Indiz der Eignung der Hilfsperson gewertet werden. Gleiches gilt, wenn sich die Hilfsperson im gleichen Tätigkeitsgebiet bei einem früheren Arbeitgeber bewährt hat.[542] 148

Die Sorgfalt wird nicht nur im Zeitpunkt der Neuanstellungen verlangt, sondern auch wenn Hilfspersonen neue Funktionen zugeteilt werden. Ausserdem trifft den Geschäftsherrn im Sinne einer **kontinuierlichen Eignung** der Hilfsperson die Pflicht, für eine fortlaufende Aus- und Weiterbildung des Personals zu sorgen, sodass Kenntnisse und Fähigkeiten dem aktuellen Stand entsprechen.[543] Führt der Geschäftsherr neue Apparaturen im Betrieb ein, sind entsprechende Schulungen für das bedienende Personal durchzuführen.[544] Entscheidend ist, ob die Hilfsperson im *Zeitpunkt der Schädigung* für die ausgeführte Arbeit sorgfältig ausgewählt war.[545] Dieser Pflicht wird der Geschäftsherr nur nachkommen können, wenn er 149

538 BK-Brehm, Art. 55 N 56.

539 BGE 46 II 126 E. 3; HaftpflichtKomm-Fischer/Iten, Art. 55 N 25.

540 Rey/Wildhaber, § 8 N 1092.

541 Kleindiek, 287.

542 Oftinger/Stark, § 20 N 133.

543 Landolt, Organisationshaftung, 320; Matusche-Beckmann, 117.

544 Olah, 119.

545 MüKo BGB-Wagner, § 831 N 36.

organisatorische Vorkehrungen trifft, die ihm die Überwachung der Leistung seiner Hilfspersonen erlauben.[546]

150 So wurde die Arbeitgeberin im *Gabelstaplerfall* (2008) für haftpflichtig erklärt, weil sie es duldete, dass ihr Angestellter A. einem Dritten aushalf. A. übernahm die Aufgabe, eine Palette anzuheben und umzuplatzieren, die mit einer schweren, voluminösen und empfindlichen Maschine beladen war. Die Maschine fiel beim Verladen vom Gabelstapler und wurde unbrauchbar. A. verfügte über eine Ausbildung zur Bedienung eines Gabelstaplers und war über zehn Jahre lang unfallfrei für die Arbeitgeberin tätig gewesen. Das Bundesgericht liess den Sorgfaltsbeweis der Arbeitgeberin dennoch scheitern, weil die Aufgabe nicht zum üblichen Tätigkeitsbereich von A. gehörte. Für die aussergewöhnliche Aufgabe wäre eine Zusatzausbildung notwendig gewesen, um die Qualifikation der Hilfsperson gewährleisten zu können.[547]

151 Das Bundesgericht hat mit dem *Gabelstaplerfall* die Anforderungen an die Ausbildung von Hilfspersonen sehr hoch angesetzt. Wird eine zuverlässige und gut ausgebildete Hilfsperson mit einer aussergewöhnlichen Aufgabe betraut – was für den Geschäftsherrn wohl nicht immer leicht zu erkennen ist –, muss er für eine nachweisbare zusätzliche Ausbildung sorgen oder andere Massnahmen vorsehen, ansonsten die Geschäftsherrenhaftung droht.[548]

152 Zu beachten ist, dass die Qualifikation der Hilfsperson nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern im **organisatorischen Gesamtgebilde** einzuordnen ist. So ist einem *ausbildenden Betrieb* wie bspw. einem Krankenhaus nicht die mangelnde Qualifikation des in Ausbildung befindlichen Assistenzarztes für die Betreuung einer Geburt vorzuwerfen, solange organisatorisch sichergestellt ist, dass bei Komplikationen der beaufsichtigende Oberarzt innert nützlicher Frist verfügbar ist.[549] Eine gewisse «Nachlässigkeit» bei der Qualifikation der Hilfsperson lässt sich folglich mit anderen organisatorischen Massnahmen korrigieren.[550]

---

546 So versteht die deutsche Rechtsprechung die Überwachungspflicht als die fortlaufende Eignungsaufsicht (KLEINDIEK, 287). In der vorliegenden Arbeit wird die Überprüfung der Hilfspersonentätigkeit in § 10 behandelt.

547 Urteil des BGer, 4A_326/2008, 16.12.2008, E. 5.

548 Vgl. dazu die Anmerkungen zum Urteil bei KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 588.

549 Weiterführend auch die aus dem *Hebammenfall* (BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010) abgeleiteten Organisationspflichten in § 8 N 217 ff.

550 GAYLER, 107; OFTINGER/STARK, § 20 N 139; KELLER/GABI/GABI, 174.

2. Zuweisung einer ungenügenden Anzahl Hilfspersonen

Neben Pflichten hinsichtlich der Qualifikation bestehen weitere Pflichten, die den Personalbestand in quantitativer Weise betreffen. Zunächst ist die grundlegende Pflicht zu nennen, eine genügende Anzahl Hilfspersonen zu bestellen,[551] um eine möglichst gefahrlose Ausführung der Arbeiten sicherzustellen.[552] Die nachfolgenden Bundesgerichtsentscheide zeigen auf, dass für die Betätigung gefährlicher Maschinen oder die Ausübung gefährlicher Tätigkeiten eine ungenügende Anzahl Hilfspersonen zur Schädigung führen kann. 153

2.1 Fahrerfall I (1897) und Fahrerfall II (1924)

a. Sachverhalt und Erwägung

Der Geschäftsherr beschäftigte einen erfahrenen und tüchtigen Fuhrmann, den er mit einem ungewöhnlich langen Fuhrwerk über eine abschüssige Strecke schickte. Als der Fuhrmann den stark frequentierten Streckenabschnitt erreichte, nahm das Fuhrwerk aufgrund des Gefälles Fahrt auf. Der Fuhrmann sah sich gezwungen, von den Pferden weg zur hinten befindlichen Bremse zu klettern, um diese anzuziehen. Ein gleichzeitiges Führen der Pferde und Bedienen der Bremse war aufgrund der Beschaffenheit des Fuhrwerkes nicht möglich. In der Folge brachen die führerlosen Pferde aus und erfassten zwei Kinder; eines davon verstarb.[553] 154

Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts hatte der Geschäftsherr die klassischen Pflichten der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Fuhrmannes beachtet;[554] auch das Fuhrwerk war mangelfrei.[555] Hingegen gelangte das Gericht zum Schluss, dass der Unfall höchstwahrscheinlich vermieden worden wäre, wenn 155

---

551 Oftinger/Stark, § 20 N 114; BK-Brehm, Art. 55 N 79; Fellmann/Kottmann, § 5 N 802; Huguenin, § 24 N 2039; Werro, responsabilité civile, § 2 N 534; Stöckli, 39 f.; Sidiropoulos, Spitalhaftung, 91; vgl. für den Warenhersteller in der deutschen Lehre PrHHdb-Foerste, § 24 N 396.

552 Matusche-Beckmann, 115.

553 BGE 23 I b31 E. 1.

554 BGE 23 I b31 E. 6.

555 So ausdrücklich in BGE 23 I b31 E. 5.

der Geschäftsherr dem Fuhrmann eine zweite Hilfsperson zur Handhabung der Bremse mitgegeben hätte.[556]

156 Ähnliche Überlegungen machte das Bundesgericht, als ein Lastwagen quer auf einer Strasse zum Stehen kam, sodass der Fahrer ein Stück zurücksetzen musste, um anschliessend wieder weiterfahren zu können. In der Rückwärtsbewegung erfasste der Lastwagen ein Kind, welches daraufhin verstarb.[557] Der Unfall ereignete sich während einer Dienstfahrt, sodass gegen den Geschäftsherrn geklagt wurde.[558]

157 Der Geschäftsherr trat im *Fahrerfall II* den Entlastungsbeweis nicht an. Folgendes wurde vom Gericht in genereller Weise festgestellt: «*Es war Sache des Geschäftsherrn, den Chauffeur hierüber in zweckdienlicher Weise aufzuklären, ihm die nötigen Instruktionen zu erteilen und ihn namentlich auch in den Stand zu setzen, den Weisungen nachzukommen, was am besten dadurch geschehen konnte, dass er ihm bei Fahrten durch das Stadtinnere, wo mit erhöhten Gefahren notwendig gerechnet werden musste, einen Begleiter beigab, welcher durch Absteigen vom Wagen in wirksamer Weise dafür zu sorgen hatte, dass während der Ausführung des Manövers kein Passant sich in gefährlicher Weise dem Automobil näherte.*» Das Bundesgericht bejahte die Haftung des Geschäftsherrn.[559]

b. Würdigung

158 In beiden Fällen wurden Fahrzeuge im Verkehr eingesetzt.[560] Es handelt sich beim Betrieb eines Fahrzeuges zwar um ein erlaubtes Risiko, jedoch lag in beiden Sachverhalten eine *überdurchschnittliche Verkehrsbelastung* vor, was das zu erwar-

---

556 Nichtsdestotrotz musste das Bundesgericht – mit Blick auf die verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz – eine Haftung des Geschäftsherrn verneinen. Es erachtete die Frage, ob die Führung des Fuhrwerkes mit einem einzigen Mann eine Gefahr für das Publikum in sich geschaffen habe, sowohl als Rechtsanwendung als auch als Feststellung tatsächlicher Verhältnisse. So sah es sich an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden und verneinte im Ergebnis die Haftung (BGE 23 I b31 E. 6).

557 BGE 50 II 489 A.

558 BGE 50 II 489 C.

559 BGE 50 II 489 E. 3.

560 Folglich wurde im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit eine objektbezogene Gefahrenquelle für Leib und Leben Dritter geschaffen.

tende Mass an Sorgfalt zusätzlich erhöhte.[561] Die Fahrzeuge waren in tauglichem Zustand und entsprachen dem technischen Stand der Dinge. Weder an der richtigen Auswahl, Instruktion noch Überwachung des Kutschers mangelte es. Gleiches galt für die Auswahl und Überwachung des Lastwagenfahrers; selbst wenn die Instruktion des Lastwagenfahrers in gehöriger Weise erfolgt wäre, wäre eine weitere Hilfsperson nötig gewesen, um der Instruktion nachkommen zu können. Hätte sich das Bundesgericht auf die Prüfung der klassischen Sorgfaltspflichten beschränkt, wäre die Haftung des Geschäftsherrn mit Erbringung des Entlastungsbeweises abzuweisen gewesen. Ein solches Ergebnis wäre stossend, ist dem Geschäftsherrn doch eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen. Das Bundesgericht hielt denn auch in beiden Fällen fest, dass bei der Führung der Fahrzeuge ein *hinreichendes personelles Dispositiv* erforderlich war, um die effektive Gefahrensteuerung zu erbringen.

159 Die Gefahrensteuerung lag in der Verantwortung des Geschäftsherrn: Er bestimmte das Fuhrwerk, die Route und die Anzahl Hilfspersonen und somit das Gefahrenniveau, das er einzugehen bereit war. Deshalb sah das Bundesgericht das Fehlen einer weiteren Hilfsperson an den schadenträchtigen Stellen als ein haftungsbegründendes Element an. Wenn auch nicht ausdrücklich angesprochen, verankern die *Fahrerfälle I* und *II* die organisatorische Pflicht, eine **genügende Anzahl Hilfspersonen für den Betrieb von Fahrzeugen** vorzusehen. Unterlässt der Geschäftsherr dies, kann auch der klassische Sorgfaltsbeweis ihn nicht von der Haftung befreien. Dieser allgemeine Grundsatz beschränkt sich nicht auf Fahrzeuge[562] und kann ohne Weiteres auf andere Sachverhalte wie den Betrieb anderer *gefährlicher Maschinen*[563] *oder die Ausübung gefährlicher Tätigkeiten* angewendet werden.

561 Vgl. BGE 23 I b31 E. 1; BGE 50 II 489 E. 3: Das Gericht hielt es für erstellt, dass der Fahrer in einer verkehrsreichen Strasse bei Anbruch der Dunkelheit mit dem schwerfälligen Lastwagen ein gefährliches Manöver ausgeführt hatte, ohne jegliche Vorsichtsmassnahmen einzuhalten.

562 OFTINGER/STARK, § 20 FN 11.

563 Vgl. dazu sogleich den nachfolgenden *Motorseilwindenfall* (BGE 77 II 308); zur Bedienung einer Dampfdreschmaschine BGE 27 II 496.

2.2 Motorseilwindenfall (1951)

a. Sachverhalt und Erwägung

160 Über die Gefährdung Dritter durch den Betrieb einer gefährlichen Maschine hatte das Bundesgericht zu urteilen, als eine Gemeinde eine Motorseilwinde samt Bedienungsmann für Pflugarbeiten gegen Entgelt zur Verfügung stellte. Das Grundstück, auf dem die Maschine zum Einsatz kam, war umzäunt. Gegen Abend griff ein junger Knabe bei einem Botengang durch den Lattenzaun an das Drahtseil der sich in Betrieb befindlichen Motorseilwinde, geriet mit der Hand in die Richtrolle und verlor mehrere Finger.[564]

161 Gemäss Erwägungen des Gerichts war die Motorseilwinde korrekt aufgestellt, befestigt und bedient worden. Durch einen Zaun um das zu pflügende Gelände wurde für den Schutz Aussenstehender gesorgt. Das Bundesgericht hielt fest, dass nicht «*gegenständliche Sicherungen und zugleich noch deren Bewachung*» verlangt werden konnten. Vielmehr sei eine genügende «*anlagemässige Schutzeinrichtung*» gerade dazu bestimmt, den mit dem Betrieb befassten Bedienungsmann zu entlasten und ihm zu erlauben, seine Aufmerksamkeit dem eigentlichen Arbeitsvorgang zu widmen. Das Bundesgericht betrachtete den Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn für erbracht.[565]

b. Würdigung

162 Wenngleich auch vorliegend die Gefahr vom Betrieb einer Maschine ausging, wurde eine weitere Hilfsperson für die Bewachung als nicht erforderlich erachtet, obwohl die Verletzung des Knaben von «*einer momentanen Unaufmerksamkeit oder Ablenkung*»[566] des Bedienungsmannes herrührte. Wiederum hat die Erfüllung der Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson die Gefahrenlage nicht entschärft, weil sich eine *momentane Unaufmerksamkeit* nicht durch die klassischen Pflichten verhindern lässt. Hingegen wäre das Hineingreifen des Knaben durch eine weitere, mit der Bewachung der Motorseilwinde beauftragte Hilfsperson nahezu ausgeschlossen gewesen. Dennoch gelangte das Gericht nicht zum Schluss, dass eine Hilfsperson fehlte. Auf eine beaufsichtigende Hilfsperson konnte zugunsten einer *gegenständlichen Sicherung* in Form eines Zauns

564 BGE 77 II 308 A.

565 BGE 77 II 308 E. 3.

566 BGE 77 II 308 E. 3.

verzichtet werden. Mit dem Hereingreifen eines Passanten durch den Zaun sei in den ländlichen Verhältnissen nicht zu rechnen und damit die Schädigung nicht vorhersehbar gewesen. Folglich reichten die getroffenen Schutzmassnahmen aus. Eine Sicherungspflicht gegen ein willentliches Hineingreifen bestünde nicht.[567]

Der *Motorseilwindenfall* sowie auch die *Fahrerfälle I* und *II* verdeutlichen, dass sich insbesondere objektbezogene Gefahren nicht immer durch die Erfüllung der klassischen Pflichten bannen lassen. Weiter wird ersichtlich, dass nicht in jedem Fall, wenn eine Schädigung Dritter durch die Anwesenheit einer weiteren Hilfsperson verhindert werden kann, die fehlende Bestellung zur Haftung des Geschäftsherrn führt. Die organisatorische Pflicht, eine genügende Anzahl Hilfspersonen vorzusehen, wurde dahingehend präzisiert, dass die Gefahrensteuerung sowohl durch eine **gegenständliche Sicherung als auch durch eine Bewachung** möglich ist. Typischerweise verlangen Unfallverhütungsvorschriften im Baubereich[568] oder beim Pistenbetrieb für den Wintersport eine technische bzw. gegenständliche Sicherung von Gefahrenquellen durch Absperrungen, Ausschilderungen, Verbote und Signalisierungen. Die gegenständliche Sicherung stellt meist die kostengünstigere Lösung dar, weshalb die Zumutbarkeit solcher Massnahmen wohl eher gegeben sein wird. Jedoch kann bei akuter Gefährdung von Rechtsgütern wie Leib und Leben auch die Bewachung geeignet und zumutbar sein.[569] Die deliktische Pflicht der zweckmässigen Organisation auferlegt dem Geschäftsherrn die Aufgabe, die Realisierung der Gefahr zu verhindern, schreibt ihm aber nicht vor, wie er den Betrieb konkret zu organisieren hat.[570] 163

---

567 BGE 77 II 308 E. 2: Das Bundesgericht erachtete die Sicherheitsvorkehrungen auch dann für ausreichend, wenn wie in den *Fahrerfällen I* und *II* mit erhöhtem Verkehr hätte gerechnet werden müssen, denn der «*Lattenzaun machte nun jede zufällige Kollision vorübergehender Personen* […] *unmöglich*».

568 Vgl. GEISSELER, 28 ff., mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; siehe dazu auch § 7 N 154 ff. und den *Kellertreppenfall* (BGE 95 II 93).

569 Zur Abwägung der Zumutbarkeit von Lohnkosten vgl. den *Kliniksuizid*- (BGE 112 Ib 322) und *Fenstersturzfall* (BGE 130 I 337).

570 STÖCKLI, 31; MATUSCHE-BECKMANN, 10.

2.3 Strassengrabenfall (1908)

a. Sachverhalt und Erwägung

164 Vergleichbare Überlegungen zur gegenständlichen Sicherung machte das Bundesgericht im *Strassengrabenfall*, in welchem ein Gefahrenzustand länger als nötig bestand, weil zu wenige Hilfspersonen für die Verrichtung der Arbeiten vorgesehen waren. Arbeiter einer Bauunternehmung waren abends auf einer unbeleuchteten Baustelle tätig und huben einen 80 cm tiefen Graben aus, der weder abgesperrt noch beleuchtet wurde. In der Folge fiel ein Passant in den Graben und verletzte sich.[571]

165 Das Bundesgericht verwies darauf, dass der Direktor die Arbeiter angewiesen hatte, bei eintretender Dunkelheit noch nicht wieder aufgefüllte Gräben mit einer Laterne zu versehen, sofern die öffentliche Beleuchtung nicht ausreichte. Die Arbeiter waren sich denn auch der geschaffenen Gefahr bewusst; sie warnten Passanten durch Achtungsrufe, den Kläger jedoch zu spät. Der Direktor erklärte selbst, dass am Tag des Unfalls in später Nachmittagsstunde Arbeiter von besagter Baustelle abgezogen wurden, sodass die Arbeiten bis in die Dunkelheit andauerten. Der Entlastungsbeweis scheiterte.[572]

b. Würdigung

166 Die Gefahr für Passanten bestand diesmal im Unterhalt einer Baustelle. Mit der Möglichkeit, dass die Arbeiten bei Abzug von Hilfspersonen an der fraglichen Stelle bis zum Einbruch der Dunkelheit andauern würden, habe der Direktor rechnen müssen, zumal er eine halbe Stunde vor dem Unfall zugegen war. Dem Geschäftsherrn kam deshalb die Pflicht zu, eine Schädigung von Passanten zu verhindern. Was dem Geschäftsherrn implizit vorgeworfen wurde, war insoweit eine schlechte Organisation seines Betriebs, als entweder *zu wenige Arbeiter auf der fraglichen Baustelle vorgesehen waren* und folglich die Arbeiten bis in die Dunkelheit andauerten oder er für eine *genügende Beleuchtung* hätte sorgen müssen.[573] Der Geschäftsherr hatte wiederum die Wahl zwischen der Bestellung einer genü-

571 BGE 34 II 266 E. 1.

572 BGE 34 II 266 E. 4.

573 BGE 34 II 266 E. 5; dazu auch die Ausführungen von NATER, Entwicklung, 32; ROBERTO/PETRIN, FN 36.

genden Anzahl Hilfspersonen und einer gegenständlichen Sicherung, um die Gefahrenverwirklichung zu verhindern.[574]

Der Unterschied zu den *Fahrerfällen I* und *II* und zum *Motorseilwindenfall* liegt darin, dass die ungenügende Anzahl Hilfspersonen erst zur Gefahr führte, die es mittels Absperrungen oder Beleuchtung abzuwenden galt. Damit verankerte das Bundesgericht die Pflicht, genügend Arbeitskräfte vorzusehen, um anfallende **Arbeiten angemessen ausführen und abschliessen** zu können,[575] bevor daraus eine Gefahrenquelle entsteht. Besondere Bedeutung hat dieser Grundsatz im personalintensiven Dienstleistungsbereich erlangt. Im Krankenhausbetrieb resultiert aus einem mangelnden Personalbestand eine direkte Gefahr für Leib und Leben der Patienten, weil das Leistungsspektrum nicht mehr ordnungsgemäss abgedeckt werden kann.[576] Der Geschäftsherr hat daher durch geeignete organisatorische Massnahmen dafür zu sorgen, dass ein hinreichender Personalbestand gesichert ist.[577] Anhand einer sorgfältigen Dienstplanung für Schicht- und Bereitschaftsdienste kann sichergestellt werden, dass die erforderlichen Kapazitäten verfügbar sind.[578] Sofern dennoch eine Gefahrenquelle geschaffen oder unterhalten wird, muss zumindest eine effektive gegenständliche Sicherung oder Bewachung gewährleistet sein. 167

2.4 Zwischenfazit

Geht von der unternehmerischen Tätigkeit eine Gefahr aus, weil Hilfspersonen gefährliche Maschinen bedienen, Baustellen unterhalten oder durch andere Handlungen eine Gefährdung schaffen,[579] hat der Geschäftsherr alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen zu ergreifen, um eine Schädigung Dritter zu verhin- 168

574 Vgl. den soeben behandelten *Motorseilwindenfall* (§ 7 N 162 ff.).

575 HUGUENIN, § 24 N 2039; SHK PrHG-HESS, 34.

576 OLAH, 114; LANDOLT, Organisationsverschulden, 320 ff.

577 Beispielhaft in der deutschen Rechtsprechung ist das Urteil des OLG Stuttgart, 14 U 3/92, 20.8.1992, in: NJW 1993, 2384 ff.: Die Besetzung für 88 Betten in drei Abteilungen mit lediglich zwei Nachtschwestern verstösst gegen die Pflicht, für ausreichend fachkundiges nichtärztliches Personal zu sorgen. Vgl. für eine personelle Unterbesetzung aufgrund von Ferienabwesenheit OLG Hamm, 3 U 283/91, 16.9.1992, in: NJW 2387 ff.

578 LANDOLT, Organisationsverschulden, 323, mit weiteren Hinweisen.

579 FURGLER, 92, bezeichnet den Arztberuf als gefahrenträchtige Tätigkeit. So auch BGer, 6B_1031/2016, 23.3.2017, E. 6.1; vgl. zu den Verhaltensgefahren § 4 N 77 ff.

dern.[580] Wie die Fälle dokumentieren, kann eine Gefahr nicht immer durch die klassischen Sorgfaltspflichten haftungsbefreiend eingedämmt werden. Lässt der Geschäftsherr gefährliche Tätigkeiten ausführen, delegiert aber zu wenige Hilfspersonen ab, schafft oder erhöht er das Risiko von Schädigungen. Angesichts der aufgeführten Entscheide ist folgende Einschränkung zu machen: Es steht dem Geschäftsherrn frei, sich für eine *gegenständliche bzw. technische Lösung zu entscheiden, wenn er auf eine weitere Hilfsperson an der schadenträchtigen Stelle verzichtet*, solange es die Gefahrensteuerung in gehöriger Weise ermöglicht.[581]

3. Überanstrengung und Übermüdung

169 Ein weiteres Risiko besteht in der physischen und psychischen Belastung der Hilfspersonen. Latente Überanstrengung und Übermüdung führen zu Fehlverhalten und gefährden damit Hilfspersonen und Dritte gleichermassen.[582] Einige Branchen sind besonders von langen Arbeitszeiten geprägt, welche ermüdungsbedingte Fehler wahrscheinlicher machen.[583] Die Arbeitsbelastung wird vom Geschäftsherrn vorgegeben. Folglich trifft ihn die Pflicht, Hilfspersonen nicht in der Weise mit Arbeit zu überlasten, sodass Fehler begangen werden. Die nachfolgenden Bundesgerichtsentscheide veranschaulichen, wie die vom Geschäftsherrn implementierte Personalorganisation ursächlich für ermüdungsbedingtes Fehlverhalten sein kann.

3.1 Fahrerfall III (1930) und Fahrerfall IV (1932)

a. Sachverhalt und Erwägung

170 Das Bundesgericht hatte im *Fahrerfall III* über die Haftung des Geschäftsherrn zu entscheiden, der seinen Fahrer beauftragte, den Nachtdienst zu übernehmen und

---

580 Statt vieler ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 10.20.

581 Vgl. für die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema der Selbstschädigung in Krankenhäusern den *Kliniksuizid-* (BGE 112 Ib 322) und den *Fenstersturzfall* (BGE 130 I 337).

582 STÖHR/BÜCHNER/GÜMMER, 281 f.

583 Für den Krankenhausbetrieb BÜCHNER/STÖHR, 487; gfs.bern (Hrsg.), Verändertes Arbeitsumfeld und Einstellung zu neuen Finanzierungsmodellen, Begleitstudie im Auftrag der FMH, Bern 2018, abrufbar unter https://www.fmh.ch.

in diesem Zusammenhang Fahrten auszuführen, obwohl sein Arbeitstag bereits um 07:00 Uhr begonnen hatte. Es kam um 03:00 Uhr zu einem Verkehrsunfall.[584]

Das Gericht erwog, dass sich der Unfall aller Wahrscheinlichkeit nach nicht ereignet hätte, wenn der Geschäftsherr die Arbeit einem ausgeruhten Fahrer übertragen hätte. Es führte die Unfallursache auf die Müdigkeit des Fahrers zurück. Demnach hatte der Fahrer gegen 03:00 Uhr der Strasse nicht mehr die gebührende Aufmerksamkeit zuwenden können, sodass es an der elementarsten Vorsicht mangelte. Die Haftung des Geschäftsherrn wurde bejaht: «*En surmenant de la sorte leur employé, ils ont manqué de la diligence exigée par l'art. 55 pour leur libération*.»[585] 171

Im *Fahrerfall IV* kehrte der Fahrer, nachdem er morgens um 06:00 Uhr mit seinem 2-Tonnen-Lastautomobil losgefahren war und eine Adresse in Zürich und eine in Basel anzusteuern hatte, abends wieder ins Geschäft nach Zürich zurück. Die Fahrt war gemäss Feststellungen des Gerichts anstrengend: Auf dem Rückweg legte er einen Stopp ein, um eine Viertelstunde zu schlafen, da er vor Ermüdung «*die Augen kaum noch offen halten konnte*».[586] In Zürich eingetroffen, beauftragte ihn der Geschäftsherr, eine weitere Lieferung auszuführen. Um etwa 18:30 Uhr erfasste der Fahrer zwei Kinder, die sich auf der Strasse aufhielten. Sie verstarben auf der Stelle. Die Eltern klagten unter anderem gegen den Geschäftsherrn.[587] 172

Das Bundesgericht führte aus, dass der Geschäftsherr nach Art. 55 OR für den von seinem Angestellten in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung verursachten Schaden hafte. Um den Schaden dieser Art zu verhüten, wäre es notwendig gewesen, die Unglücksfahrt «*in Anbetracht der Überanstrengung und Ermüdung*» überhaupt nicht mehr zu veranlassen. Wer als Geschäftsherr in Kenntnis der mit dem Ermüdungszustand verbundenen Gefahr einen Fahrer erneut in den Verkehr schickt und nicht eine angemessene Ruhezeit gewährt, könne sich nicht darauf berufen, die erforderliche Sorgfalt angewendet zu haben.[588] 173

b. Würdigung

Der Einsatz von Fahrzeugen stellt keine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Das erlaubte Mass des Risikos wird jedoch überschritten, wenn mangelhafte Fahr- 174

584 BGE 56 II 289.

585 BGE 56 II 289, 290.

586 BGE 58 II 29 A.

587 BGE 58 II 29 B.

588 BGE 58 II 29 E. 2.

zeuge[589] oder ungeeignete Fahrer eingesetzt werden.[590] In beiden Fällen führten lange und anstrengende Arbeitstage zur Ermüdung der Fahrer, welche die erforderliche Vorsicht im Strassenverkehr nicht mehr aufzubringen vermochten. Zwar wird in den genannten Fällen auch eine persönliche Sorgfaltspflichtverletzung der Fahrer zu bejahen sein,[591] doch entbindet dies den Geschäftsherrn nicht von der Erbringung seiner Sorgfaltspflichten. Daraus folgt, dass sich der Geschäftsherr nicht darauf verlassen darf, dass übermüdete Fahrer eine Fahrt ablehnen bzw. sich den Weisungen des Geschäftsherrn widersetzen: Beide Fälle zeigen, dass sich die übermüdeten Hilfspersonen den Weisungen des Geschäftsherrn fügten.[592] Die Ablehnung der Arbeitszuweisung kann das persönliche Verhältnis zum Geschäftsherrn belasten. Auch können den Hilfspersonen Rechtskenntnisse fehlen, wann eine Arbeitszuweisung verweigert werden darf.[593] Der Geschäftsherr hat daher die Organisation so zu wählen, dass **eine übermässige Belastung der Hilfspersonen erkannt und vermieden wird**. Ein Fehlverhalten der Hilfsperson entlastet ihn nicht, insbesondere wenn die Organisation des Betriebs ursächlich für das Fehlverhalten ist.[594] Pflichtwidrig handelt der Geschäftsherr folglich, wenn er den zum Schaden führenden Geschehensablauf – die übermässige Belastung – voraussieht oder voraussehen muss und weiterhin Arbeit an übermüdete Hilfspersonen zuteilt.[595] Zielvereinbarungen, Zeiterfassungen, Rapporte und Protokolle ermögli-

---

589 Der Entlastungsbeweis wird dann als Sorgfalt in der Ausstattung mit geeigneten Hilfsmitteln geführt. Vgl. dazu § 11 sowie auch BGE 58 II 29 E. 2; BGH, VI ZR 113/77, 20.5.1978, in: VersR 1978, 722 ff.

590 Vgl. den *Motorseilwinden-* und *Werkstattwächterfall* (BGE 43 II 181).

591 So ausdrücklich in BGE 58 II 29 E. 1.

592 BGE 56 II 289, 290; BGE 58 II 29 E. 2: «*Ein solches Auftreten gegenüber dem Dienstherrn erforderte freilich Mut und ist nicht ohne persönliches Risiko für den Angestellten.*» Es dürfte sich um ein seltenes Phänomen handeln, dass Arbeitnehmer Aufträge verweigern, was die Erfüllung der Sorgfaltspflichten für den Geschäftsherrn erschwert.

593 Vgl. explizit zur Arzthaftung BÜCHNER/STÖHR, 489.

594 PORTMANN, Stresshaftungsklagen, 7 ff.; STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, 734; SHK CO-DUNAND, Art. 328 N 28; BVerwGer, A_4147/2016, 4.8.2017, E. 7.4.2. So auch in einem Urteil der AG Köln, 613 Ls 3/12, 16.5.2012, in welchem die Länge der konkreten Dienstzeit einer Ärztin im Hinblick auf eine vorhersehbare Patientengefährdung als fahrlässig bemessen wurde. Sie hatte nach einer 62-Stunden-Woche und einem 24-Stunden-Dauerdienst Blutkonserven verwechselt. Das Gericht verurteilte sie wegen fahrlässiger Tötung, sah aber von einer Strafe ab, weil der Klinik aufgrund der Behandlungsumstände ein *grobes Organisationsverschulden* zur Last gelegt wurde.

595 JAUN, Gefahrensatz, FN 50; VERDE, Schutznorm, 145; STEIGER-SACKMANN, Arbeitsbedingungen, 494.

chen dem Geschäftsherrn, Einsatzzeiten zu überprüfen und nötigenfalls präventiv einzugreifen.

In keinem der beiden Fälle wurden die klassischen curae ausdrücklich erwähnt oder geprüft. Dies verdeutlicht, dass es sich bei den klassischen Pflichten nur um eine Teilmenge der Organisationspflichten handelt. In einem ähnlichen Fall äusserte sich das Bundesgericht diesbezüglich differenzierter: Eine Pflichtverletzung in der Auswahl, Instruktion oder Überwachung des erfahrenen Chauffeurs konnte nicht nachgewiesen werden. «*Ferner hat er* [der Geschäftsherr] *ihm auch nicht zu viel Arbeit aufgebürdet,* […] *sodass der Chauffeur* […] *genötigt war, rasch und unvorsichtig zu fahren oder sich zu ermüden.*»[596] Das Bundesgericht hat schon früh erkannt, dass die klassische Pflichtentriage nicht die Summe aller Pflichten sein kann.[597] Diese Ansicht steht im Einklang mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung, die den Sachverhalt der Ermüdung unter dem Oberbegriff des Organisationsverschuldens subsumieren.[598] 175

3.2 Betonplattenfall (1964)

a. Sachverhalt und Erwägung

Das Unternehmen Aubert et Pitteloud fertigte und verlegte beim Bau eines Tunnels unter dem Flughafen Genf Betonplatten. Dabei wurden 3 Meter lange, 1,7 Meter hohe und über 700 kg schwere Platten auf einem eigens dafür konstruierten Wagen transportiert. Um die Platten auf den Wagen hieven zu können, wurden die Platten senkrecht aufgestellt und abwechselnd von zwei Arbeitern an jedem Ende um 40 cm angehoben. An den Seiten stabilisierten jeweils zwei bis drei weitere Arbeiter die Platten durch reine Muskelkraft, um ein Umkippen der Platte zu verhindern. Beim Versuch, eine Platte auf den Wagen aufzuladen, kippte diese und verletzte einen Arbeiter schwer.[599] Der Arbeiter reichte Strafanzeige ein, wo- 176

596 BGE 56 II 283 E. 2.

597 So auch die herrschende Lehre in der Schweiz: BK-Brehm, Art. 55 N 78; Honsell/Isenring/Kessler, § 13 N 29; Huguenin, § 24 N 2039; Rey/Wildhaber, § 8 N 1103.

598 Vgl. dazu PrHHdb-Foerste, § 24 N 389, mit weiteren Hinweisen; Matusche-Beckmann, 116; Ensthaler/Füssler/Nuissl, 37; BGH, VI ZR 85/84, 29.10.1985, in: NJW 1986, 776: Der Krankenhausträger hat sicherzustellen, dass kein übermüdeter Arzt zu Operationen eingeteilt wird, andernfalls ein Organisationsverschulden vorliegt.

599 BGE 90 IV 8 A.

raufhin die Vorinstanz den Inhaber wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung schuldig sprach.[600]

177 Zwar ist es nicht möglich, alle Gefahren auf einer Baustelle zu beseitigen. Sorgfaltswidrig ist hingegen der Verzicht auf Massnahmen, die ohne unverhältnismässige Kosten getroffen werden könnten, um die Sicherheit der Arbeiter zu gewährleisten. So räumte der Beschuldigte selbst ein, dass es möglich gewesen wäre, die Platten in zwei Teilen zu giessen und die beiden Hälften erst nach dem Transport zu verbinden und zu befestigen. Der Beschuldigte brachte vor, dass sich die Arbeiter nicht über die Arbeit beschwert hätten. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich Arbeitnehmer eines Risikos bewusst sein könnten, ohne sich zu beschweren. Sie könnten sich auch hinsichtlich der zu ergreifenden Sicherheitsmassnahmen irren, indem sie bestimmte Risiken unterschätzen oder Gefahren befürchten, vor denen sie bereits wirksam geschützt sind. Die Meinung der Arbeitnehmer sei nicht entscheidend. Folglich mussten zusätzliche Vorsichtsmassnahmen getroffen werden, um die von der Handhabung schwerer und unhandlicher Betonplatten ausgehende Gefahr zu beseitigen. Dies sei unterlassen worden, weshalb das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz bestätigte.[601]

b. Würdigung

178 Es handelt sich vorliegend um einen Strafrechtsfall, doch bietet sich der Sachverhalt für eine zivilrechtliche Analyse an, zumal die strafrechtlichen Pflichten betreffend Betriebsorganisation sowie die arbeitsrechtlichen Schutzpflichten weitestgehend identisch zu denen im Deliktsrecht sind.[602] Das Bundesgericht bezeichnete die Handhabung schwerer und unhandlicher Betonplatten als ernste Gefahr für die Hilfspersonen. Dazu hielt es fest, dass das *Einverständnis von Aufsichts- und Kontrollstellen* die mangelnde Vorsicht des Geschäftsherrn nicht notwendigerweise ausschliesse. Behördliche Genehmigungen können aber Indizwirkung für sorgfältiges Verhalten haben.[603] Als öffentlich-rechtliche Minimalanforderungen gehen diese allerdings regelmässig weniger weit als bspw. die

---

600 BGE 90 IV 8 B.

601 BGE 90 IV 8 E. 2.

602 Vgl. dazu die Ausführungen in § 6 N 141; siehe auch den *Lawinenfall* (BGE 125 IV 9); BGE 90 IV 8 E. 1, in welchem die Sicherungsmassnahmen des Arbeitgebers geprüft wurden.

603 REY/WILDHABER, § 7 N 1038; KELLER, 439 f.; OFTINGER/STARK, § 19 N 76, mit weiteren Hinweisen; SPITZ, Produkthaftung, 384 f.; BGE 91 II 201 E. 3.d.

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die deliktischen Pflichten des Geschäftsherrn,[604] sodass die getroffenen Massnahmen im Einzelfall ausschlaggebend für die Beurteilung der Sorgfaltspflicht sind.

Der Geschäftsherr konnte aus der Einschätzung der Hilfspersonen über die Risikolage nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dem ist beizupflichten. Das Argument gewinnt zusätzlich an Gewicht, wenn Hilfspersonen aufgrund komplexerer Arbeitsabläufe nicht mehr abschätzen können, wie sich ihr Fehlverhalten innerhalb der Betriebsorganisation auswirkt. Daher ist es sachadäquat, wenn den Geschäftsherrn bei Überschreitung des erlaubten Risikos die Haftung trifft.[605] 179

Das Verletzungsrisiko war vorliegend für ihn vorhersehbar. Die gewählte Transportart durch reine Muskelkraft führte zur Überanstrengung resp. Überforderung der Hilfspersonen. Die Teilung der Platten hätte den Unfall wahrscheinlich vermieden. Das Gericht nannte die Massnahmen als beispielhaft; auch andere angemessene Vorkehrungen wären vorstellbar gewesen.[606] Der Geschäftsherr schuldet jedoch die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt,[607] ob der Überanstrengung nun durch die Teilung der Platten oder durch den Einsatz eines Krans vorgebeugt worden wäre. Die Organisationspflicht verlangt hiernach keine bestimmte Organisation, wie dies etwa im Gesellschaftsrecht der Fall ist.[608] Die Organisation ist jedoch ungenügend, wenn sie völlig unpraktisch ist und den Sorgfaltsbeweis von vornherein ausschliesst. 180

Werden die Erkenntnisse zusammengesetzt, lässt sich die organisatorische Pflicht des Geschäftsherrn ableiten, **die Hilfspersonen nicht in einer Weise mit Arbeit zu überlasten,** die Ermüdung, Überanstrengung oder Unaufmerksamkeit wahrscheinlich macht, sodass eine konkrete Gefahrenlage entsteht.[609] 181

---

604 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.40; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 53.26; ZK OR-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 328 N 52.

605 JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

606 BGE 90 IV 8 E. 1 f.; WEBER, Schädigung, 274; zum erlaubten Risiko FREI, 101.

607 KESSLER, 177.

608 So wird die Organisation der AG in Art. 698 ff. OR und die dem Verwaltungsrat obliegende Pflicht der Organisation der Gesellschaft in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR normiert. Vgl. für die gesetzlichen Vorgaben der Organisationsgestaltung FISCHER, 276 ff.

609 MATUSCHE-BECKMANN, 116; HONSELL/ISENRING/SCHMID, § 13 N 29; BK-BREHM, Art. 55 N 78. Vgl. namentlich die berühmten deutschen *Mineralwasserflaschenfälle I* und *II*: Die Haftung des Herstellers von Mineralflaschen wurde bejaht, der von einer Hilfsperson die Kontrolle von 2'500 Flaschen pro Stunde verlangte. Bei dieser Ar-

3.3 Kanzleifall (2008)

a. Sachverhalt und Erwägung

182 In einem Organhaftungsprozess verpflichtete das Amtsgericht Solothurn den Klienten eines Anwaltes zu einer Schadenersatzzahlung. Mit Schreiben vom 23. April 2007 – einen Tag zu spät – erklärte der Anwalt namens seines Klienten Appellation an das Obergericht Solothurn. Nachdem das Obergericht den Anwalt aufgefordert hatte, die rechtzeitige Übergabe der Sendung an die Post zu belegen, stellte der Anwalt ein Wiedereinsetzungsgesuch. Das Obergericht lehnte den Antrag ab und trat auf die Appellation nicht ein. Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte der Anwalt ans Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil sei aufzuheben und das Wiedereinsetzungsgesuch gutzuheissen.[610]

183 Das Obergericht führte aus, dass nach solothurnischer Zivilprozessordnung das Fehlverhalten einer Hilfsperson dem Geschäftsherrn nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werde. Dies solle aber nicht dazu führen, dass die Schuld am Versäumnis allzu leicht auf Hilfspersonen verschoben werden könne. Vorliegend sei das Unterbleiben des Versands auf eine ganze Reihe gravierender Mängel in der Betriebsorganisation zurückzuführen gewesen: «*unklare Regelung der Zuständigkeit für den Postdienst, Belastung des Praktikanten mit einem besonders umfangreichen und zeitlich dringlichen Auftrag, als er den Postdienst hätte besorgen sollen, und damit Hinderung an der Erfüllung des Postdienstes durch die Anwaltskanzlei selbst sowie häufig vorkommende Postgänge durch die Sachbearbeiter mit den von ihnen bearbeiteten Rechtsschriften*».[611]

184 Das Bundesgericht war der Ansicht, dass die Feststellung der Vorinstanz, wonach «*die Organisation des Postdienstes insofern ungenügend sei, als an den Halbtagen, an denen mehrere Kürzel im Plan für den Postdienst eingetragen sind, nicht von vornherein Klarheit darüber bestehe, wer zuständig sei*», nicht zu beanstanden war. Auch sind Personen, die mit Postdienst beauftragt wurden, in keiner

---

beitsbelastung seien Ermüdung und Unaufmerksamkeit geradezu wahrscheinlich gewesen. Der Hersteller sei verpflichtet, die rechtzeitige Abwechslung der Hilfspersonen durch eine adäquate Zeitplanung sicherzustellen (LG Hanau, 2 O 117/53, 28.2.1955, in: VersR 1956, 785). Wenn die Hilfsperson die Kontrolle von vier Flaschen pro Sekunde zu bewerkstelligen hätte, sei dies als organisatorischer Fehler zu werten (BGH, VI ZR 158/94, 9.5.1995, in: NJW 1995, 2162).

610 BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, B und C; FELLMANN, Haftung aus Vertrag, 519 f.

611 BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 3.

Weise von ihren sonstigen Aufgaben entlastet worden. Der Praktikant hatte noch am gleichen Tag eine umfangreiche Rechtsschrift auszuarbeiten. Dies verunmögliche es, wie üblich den Postdienst um 17:30 zu besorgen. Der Versand der Post habe somit häufig dem mit einer Rechtsschrift befassten Sachbearbeiter selbst oblegen. Dies führte zu Missverständnissen und Unklarheiten und sei ursächlich für das Vergessengehen der restlichen Post gewesen. Das Bundesgericht stützte den vorinstanzlichen Entscheid.[612]

b. Würdigung

Im vorliegenden Fall kann von keiner Gefährdung im herkömmlichen Sinne gesprochen werden, da eine Verletzung der körperlichen Integrität oder des Eigentums fehlte.[613] An den Sorgfaltsbeweis wurden dennoch strenge Anforderungen gestellt, sodass die Rechtsprechung vergleichbar mit ausservertraglichen Sachverhalten ist.[614] Der zuverlässigen Organisation des Postdienstes in einer grösseren Anwaltskanzlei kommt eine zentrale Bedeutung zu.[615] Ohne einen funktionierenden Postbetrieb wird das sorgfältige Führen einer Kanzlei nicht möglich sein. Der Postdienst kann als *Schlüsseltätigkeit* bezeichnet werden und muss demnach zu jedem Zeitpunkt reibungslos funktionieren. 185

Es liegt in der Disposition des Geschäftsherrn, mittels klarer Anweisungen die Zuständigkeiten für den Postdienst verbindlich festzulegen.[616] Zwar eignet sich ein Plan zur Organisation des Postdienstes, doch ist dieser eindeutig und nachvollziehbar auszugestalten. Gemäss Plan kamen gleich mehrere Personen für den Postdienst in Frage. Wer den Postdienst hätte besorgen sollen, blieb unklar, zumal eine hauptverantwortliche Hilfsperson fehlte.[617] Der zutage getretene Zuständigkeitskonflikt offenbarte die Unzulänglichkeit des Plans und zugleich den Organisationsmangel. Nach Ansicht des Geschäftsherrn war der Praktikant verantwortlich, 186

612 BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 4.3 ff.

613 Vgl. zu den geschützten Rechtsgütern ROBERTO, Haftpflichtrecht, § 5 N 1 ff.

614 So wird in der Literatur der *Kanzleifall* regelmässig als Beispiel für die Organisationspflichten des Geschäftsherrn aufgeführt (HUGUENIN, § 24 N 2039; REY/WILDHABER, § 8 N 1104; FELLMANN, Anwaltspraxis, 519 f.).

615 BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 4.5.

616 Für die Spitalhaftung SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 198; MANNSDORFER, 112; vgl. auch den *Hebammen-* (BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010) und den *Spezialistenfall* (BGer, 4A_66/2015, 22.9.2015).

617 Zu diesem Ergebnis kommen auch HEIERLI et al., 100 f.

was sich allerdings nicht aus dem Plan ergab. Die gleichzeitigen Zuständigkeiten für ein und dieselbe Tätigkeit führten dazu, dass im Vertrauen, «jemand anders werde sich darum kümmern», der Praktikant den Postdienst unterliess.[618] Die Arbeitsbelastung verunmöglichte es dem Praktikanten ohnehin, den Postdienst zur regulären Zeit zu erfüllen.[619] Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Zuständigkeit des Praktikanten gegeben war, wäre ein Organisationsmangel anzunehmen gewesen, wenn *eine mit der Schlüsselfunktion betraute Hilfsperson nicht von sonstigen Aufgaben entlastet* wird.[620] Das Bundesgericht sah die Sorgfaltspflichtverletzung denn auch in der Organisation des Betriebs, nicht etwa in der klassischen Pflichtentriage.

187 Verallgemeinert gesprochen hat der Geschäftsherr demnach die nötigen Voraussetzungen zu schaffen, sodass sich Hilfspersonen Schlüsseltätigkeiten widmen können. Häufig führen erst ungewöhnliche Vorkommnisse – wie vorliegend eine ausserordentliche Auslastung der Hilfspersonen – zum «*Systemversagen*».[621] Erschwerend kommen vielfältige Faktoren hinzu, die Fehlverhalten fördern können: starker Lärm, ermüdende Tätigkeiten, Zeitdruck, unklare Anweisungen oder Belästigungen von Mitarbeitern und Vorgesetzten.[622] Neben der Organisationspflicht, die Hilfspersonen nicht mit Arbeit zu überlasten, sind **Entlastungsmechanismen vorzusehen, damit Schlüsseltätigkeiten ausgeführt werden können**. Klare Zuständigkeiten und Kompetenzordnungen verhindern ein Akkumulieren von Aufgaben.[623] Werden Hilfspersonen mit mehreren Tätigkeiten betraut, ist zu priorisieren, welche Tätigkeiten vor anderen zu erfüllen sind. Reichen diese Mass-

---

618 Auch «Verantwortungsdiffusion» genannt. Ein weiteres Beispiel für Zuständigkeitskonflikte bietet das Urteil des KGer SZ, KG 175/01 SK, 23.7.2002, E. 5.c.

619 BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 3.3 und 4.5.

620 Dies deckt sich mit den Ausführungen des Bundesgerichts zum anschliessenden *Lawinenfall* (BGE 125 IV 9), die keine Unterbrechung der sicherheitsrelevanten Schlüsseltätigkeiten des Betriebs erlauben.

621 BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 137.

622 STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, 730, identifiziert verschiedene Stressoren im Kontext der Arbeitgeberhaftung gegenüber Arbeitnehmern und Versicherungen. Sind diese Stressoren kausal für ein Fehlverhalten, das zur Schädigung von Arbeitnehmern oder Dritten führt, kommt auch die ausservertragliche Haftung als Grundlage in Frage. Vgl. dazu BVerwGer, A-4147/2016, 4.8.2017, wobei die Geschädigte eine unzweckmässige Arbeitsorganisation bemängelte, die zur Arbeitsunfähigkeit und Invalidität führte.

623 Vgl. dazu § 8 N 225 ff.

nahmen nicht aus, sind genügend weitere Hilfspersonen oder Stellvertreter[624] vorzusehen, die den reibungslosen Betrieb gewährleisten.

3.4 Zwischenfazit

Eine übermässige Arbeitsbelastung kann Gefahren schaffen oder verschärfen. Die Überlastung kann eine andauernde sein, die erst über längere Zeit zu Fehlern führt, oder kann in einer akuten Überforderung liegen, die ganz plötzlich den Organisationsmangel offenbart. Der Geschäftsherr hat seinen Betrieb so zu organisieren, dass Hilfspersonen nicht in einer Weise mit Arbeit überlastet werden, die Ermüdung, Überanstrengung oder Unaufmerksamkeit wahrscheinlich macht und dadurch Gefahrenpotenzial fördert. Für Schlüsseltätigkeiten, meist in Form von sicherheitsrelevanten Tätigkeiten, die gerade Schädigungen Dritter zu vermeiden suchen, sind Entlastungsmechanismen vorzusehen, sodass bei einer Verhinderung der betrauten Hilfsperson die Tätigkeit nahtlos fortgeführt werden kann. Persönlich vorwerfbares Fehlverhalten der Hilfspersonen, etwa das Bedienen schwerer Maschinen in übermüdetem Zustand, befreit den Geschäftsherrn nicht von seiner Haftung. 188

4. Fehlende Stellvertreterregelungen

Die Beaufsichtigung einer Gefahrenquelle, die auch nur zeitweise unterbleibt, stellt eine Sicherheitslücke dar.[625] Arbeitnehmer können ausfallen, sei es krankheits- oder unfallbedingt, aufgrund von Ferienbezug oder Kündigung. Die Abwesenheit von Personen, die für sicherheitsrelevante Aufgaben vorgesehen sind, ist zu organisieren.[626] Das nachfolgende Urteil zeigt exemplarisch auf, dass die Geschäftsherrenhaftung droht, wenn Sicherheitslücken nicht geschlossen werden. 189

624 Zur Stellvertretung eines Rechtsvertreters BVerwGer, B-7293/2018, 4.7.2019, E. 3.1 ff.

625 Vgl. OFK StGB-Donatsch, Art. 11 N 14 f., für Hinweise auf einzuhaltende Sorgfaltspflichten in Bezug auf den Pistenbetrieb.

626 BK-Brehm, Art. 55 N 79.

4.1 Lawinenfall (1998)

a. Sachverhalt und Erwägung

190 Am 18. April 1994 verunfallten sechs Skifahrer auf einer von der Rothornbahn AG betriebenen Skipiste, als sich während der Abfahrt eine Lawine löste und einige der Skifahrer erfasste. Ein Skifahrer verstarb. Der Direktor der Rothornbahn AG, der als solcher auch verantwortlich für den Pistendienst war und in Bezug auf die Schliessung der Piste das letzte Wort hatte, war aufgrund eines Spitalaufenthaltes ab dem 16. April 1994 und somit am Unfalltag nicht anwesend. In Bezug auf die Schliessung der Piste sei in der Regel im Team, bestehend aus dem Direktor, dem Pistenchef und allenfalls einem erfahrenen Mitarbeiter, entschieden worden. In Abwesenheit des Direktors seien der Pisten-, der Rettungschef und allenfalls ein erfahrener Mitarbeiter für die Entscheidung zuständig gewesen. Am Unfalltag nahm der Pistenchef nach einer einwöchigen Abwesenheit seine Arbeit wieder auf. Für den 16. und 17. April 1994 waren keine Stellvertreter für die Abwesenheit beider Personen bestellt worden. «*Stattdessen vertraute der Beschwerdeführer* [Direktor] *auf die Eigeninitiative der Untergebenen.*»[627] Der Direktor wurde unter anderem wegen fahrlässiger Tötung schuldig gesprochen.

191 Fest stand, dass sich die Lawine wegen eines Wetterumschwungs und erheblicher Niederschläge am 14. und 15. April 1994 löste. An den Vortagen wurden von einem Helikopter herab Streckenabschnitte zwecks Lawinenverhütung gesprengt; am Unglücksort wurde wegen schlechtem Flugwetter keine Sprengung durchgeführt. Zudem stellte der Direktor trotz der unsicheren Wetterlage nicht sicher, dass während seiner Abwesenheit die täglich anfallenden Informationen für die Beurteilung der Lawinengefahr aufgezeichnet und weitergeleitet wurden. Der Pistenchef, der seine Arbeit am Morgen des Unfalltages nach Abwesenheit wieder aufnahm, erhielt von seinen Mitarbeitern nur unvollständige Auskünfte. Es fehlten deshalb wichtige Anhaltspunkte, die für die Beurteilung der Lawinensituation von Bedeutung gewesen wären. Die Vorinstanz kam zum Schluss: Hätte der Direktor eine «*klare und straffe Organisation*» aufgezogen und die Weitergabe der anfallenden Informationen sichergestellt, hätte der Pistenchef am Unfalltag die Pisten nicht geöffnet.[628] Aufgrund der mangelnden Organisation und fehlenden Verant-

627 BGE 125 IV 9 E. 1.a und b.

628 BGE 125 IV 9 E. 1.c bis e.

wortlichkeitsregelung sei es schliesslich zum Lawinenunfall gekommen. Der Kassationshof bestätigte die vorinstanzlichen Überlegungen.[629]

b. Würdigung

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit orientiert sich bisweilen an zivilrechtlichen Prinzipien der Risikozuweisung, wie sie auch für die Geschäftsherrenhaftung gelten und durch die Verweise im Urteil verdeutlicht werden.[630] Zivilrechtlich betrachtet trifft den Geschäftsherrn als Pistenbetreiber die Pflicht, schadensverhütende Massnahmen vorzusehen, wenn er einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält.[631] Dazu gehört unter anderem die Implementierung eines Sicherheitskonzepts, welches die nötigen Vorkehrungen bei Lawinengefahr festhält.[632] Unerheblich für Geschädigte ist, aus welcher Norm die Schutzpflicht abgeleitet wird. Sowohl vertragliche als auch ausservertragliche Bestimmungen statuieren die Pflicht, dass eine Piste den massgebenden Sicherheitsanforderungen entspricht.[633] Der Geschäftsherr muss die Pflicht nicht persönlich erfüllen, hat aber dafür einzustehen, dass sein Kader die gebotene Sorgfalt aufwendet. Kann der Geschäftsherr die Sicherheitsmassnahmen nicht persönlich wahrnehmen, ist er sogar verpflichtet, die einzelnen **Aufgaben an Hilfspersonen zu delegieren**.[634] 192

Der Kassationshof forderte, dass für vorhersehbare Betriebsrisiken eine Person bestimmt werden müsse, welche für die Sicherheit verantwortlich sei. Hauptverantwortlicher war der Direktor als Organ des Geschäftsherrn. Im Fall seiner Ab- 193

---

629 BGE 125 IV 9 E. 2.a.

630 Siehe die kritischen Ausführungen in § 5 N 120 ff. BGE 125 IV 9 E. 2.a, mit Verweis auf den *Hebebühnenfall* (BGE 122 IV 103) und den *Von Roll-Fall* (BGE 121 IV 10); KOLLER, Organisationshaftung, 410 f.; kritisch dazu HAUSHEER/JAUN, 580 f.; REY/WILDHABER, § 8 N 1106.

631 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.82.

632 Vgl. BGer, 6B_518/2011, 14.5.2012, E. 4.4.1, mit Verweis auf die SKUS-Richtlinien der Schweizerischen Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten (Hrsg.), Schneesportanlagen, Richtlinien für Anlage, Betrieb und Unterhalt von Schneesportabfahrten, aktuelle Ausgabe abrufbar unter http://www.skus.ch.

633 Exemplarisch BGE 130 III 193 E. 2.2; BGE 113 II 246 E. 3; BGE 121 III 358 E. 4.a. Werden Sicherheitsmassnahmen durch Hilfspersonen erbracht, kommt auch Art. 55 OR als Haftungsnorm zur Anwendung (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.55).

634 Vgl. zur Aufgabenteilung und damit zusammenhängend zur Delegation von Tätigkeiten § 8 N 209 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 788; PETRIN, 37 ff.; DONATSCH/BLOCHER, 58 f.

wesenheit wurde die Verantwortung auf den Pistenchef übertragen. Soweit nach den Umständen des Einzelfalles betriebstypische Gefahren durch die Delegation in vorhersehbarer und vermeidbarer Weise das erlaubte Mass übersteigen, ist die Delegation sorgfaltswidrig.[635] Da der Pistenchef bereits seit einigen Tagen abwesend war, lag es in der Verantwortung des Geschäftsherrn, einen Stellvertreter für seine Hilfsperson vorzusehen, der die erforderlichen Daten zusammenträgt.[636] Ohne Belang ist die subjektive Situation des Direktors. Sein Ausfall, bedingt durch den Krankenhausaufenthalt, entbindet den Geschäftsherrn nicht davon, die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten zu erfüllen.[637] Auch der Umstand, dass neben ihm gleichzeitig der Pistenchef fehlen würde, lag nicht ausserhalb des Denkbaren. Für den 16. und 17. April 1994, an welchen Tagen erhebliche Mengen Neuschnee fielen, war keine verantwortliche Person anwesend, weshalb im Ergebnis überhaupt keine Massnahmen betreffend Pistensicherheit ergriffen wurden. Pflichtwidrigkeit liegt daher vor, wenn weder der Geschäftsherr noch der Delegationsempfänger der Sicherungspflicht nachkommen und eine Stellvertreterregelung fehlt.[638] Eine solche kann schon angezeigt sein, wenn verantwortliche Personen nicht erreichbar[639] oder übermüdet sind.[640] Daher hätte bereits die **mangelnde Stellvertreterregelung** ausgereicht, um in einem Zivilprozess das Organisationsverschulden zu belegen.[641]

194 Zu bedenken ist, dass es sich bei den Stellvertretern typischerweise um Hilfspersonen handelt, die *nicht dieselbe Übung wie die Hauptverantwortlichen* vorweisen

635 So auch im *Hebammenfall* (BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010); vgl. auch DONATSCH/BLOCHER, 58 f.

636 Ähnlich lag der Sachverhalt in einem Urteil des KGer SZ, in welchem ein Stellvertreter ernannt worden war, dieser aber entgegen dem Dienstplan, und ohne seinen Vorgesetzten zu informieren, seinen Dienst mit einem untergeordneten Patrouillier abtauschte, mit der Folge, dass kein Verantwortlicher zum Unfallzeitpunkt zugegen war. Auch nach der Strafuntersuchung konnte nicht mehr festgestellt werden, auf wessen Anweisung die Piste geöffnet wurde. Das Gericht äusserte Zweifel am Genügen eines Sicherheitsdispositivs, welches einen derartigen Abtausch ohne Rücksprache mit dem Vorgesetzten zulässt (KGer SZ, KG 175/01 SK, 23.7.2002, E. 5.c).

637 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 783; OFTINGER/STARK, § 20 N 125; KOLLER, Erfüllungsgehilfe, 155.

638 SHK PrSG-HESS, Art. 22 N 163.

639 Siehe dazu auch den *Hebammen-* (BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010) und den *Spezialistenfall* (BGer, 4A_66/2015, 22.9.2015).

640 Vgl. dazu § 7 N 174 ff.

641 So in KGer SZ, KG 175/01 SK, 23.7.2002, E. 5.

können.[642] Folglich muss mit Komplikationen gerechnet werden, sei es, dass der Stellvertreter die Arbeit langsamer bewältigt oder zusätzliche Instruktionen und Kompetenzen benötigt.[643]

Selbst bei Implementierung einer Stellvertreterregelung fehlten mangels Aufzeichnung, Sammlung, Auswertung und Weitergabe die für die Beurteilung der Risikolage notwendigen Informationen, insbesondere «*über die Orte, an denen Sprengungen vorgenommen oder solche unterlassen worden waren*».[644] Hätten diese Informationen vorgelegen, hätte gemäss Erwägungen des Gerichts der Pistenchef die Piste wohl nicht geöffnet. So wie der Geschäftsherr seine Hilfspersonen mit den nötigen Sachmitteln auszustatten hat, hat er auch die notwendigen Informationen zu beschaffen und für den Informationsfluss an die massgeblichen Stellen innerhalb des Betriebs zu sorgen.[645] Diese **mangelhafte Informationsorganisation** stellte die zweite organisatorische Pflichtverletzung dar, die für sich allein genommen schon zur Haftung des Geschäftsherrn geführt hätte.[646] 195

Das Urteil auferlegt dem Geschäftsherrn folgende Pflichten, die für ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv sprechen und der zweckmässigen Organisation des Betriebs genügen: Für eine lückenlose Überwachung von Gefahrenquellen und Verantwortlichkeitsregelungen sind **Stellvertreterregelungen**[647] und **ein Informations- und Dokumentationsmanagement**[648] zu implementieren, um insbesondere bei Abwesenheit verantwortlicher Personen angemessene Prozessabläufe sicherzustellen. 196

4.2 Zwischenfazit

Erfahrungsgemäss kann es zu Ausfällen im Personalbestand kommen. Der Geschäftsherr hat ein Konzept zu implementieren, das die Erbringung von Schlüssel- 197

642 Vgl. den *Chlorkastenfall* (BGE 31 II 697).

643 Vgl. dazu den *Sprengstofffall* (BGE 103 IV 152); SHK PrSG-Hess, Art. 22 N 163.

644 BGE 125 IV 9 E. 1.c.

645 Für die Organisationspflichten des Produzenten Matusche-Beckmann, 217.

646 Vgl. dazu ausführlich § 9 N 248 ff.

647 Bachmann, 96; Eicker, 688; PraxisKomm StGB-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 12 N 45; für die deutsche Rechtsprechung PrHHdb-Foerste, § 24 N 396 ff.

648 Livschitz, 164; Hausheer/Jaun, 580 f.; Nosetti, 81.

tätigkeiten, die zu jeder Zeit erbracht werden müssen, gewährleistet.[649] Einzig die Zuordnung der Verantwortung reicht nicht aus. Erfüllt der Geschäftsherr die für die Sorgfalt erforderliche Tätigkeit selbst bzw. durch ein Organ, ist eine Stellvertretung vorzusehen. Gleiches gilt bei der Delegation der Tätigkeit an Hilfspersonen. Wird die Aufgabe delegiert, sind die Voraussetzungen zu schaffen, damit Hilfspersonen die Tätigkeit erbringen können.

5. Falsche Anreizmodelle

198 Zunehmend steht die Leistungserbringung im Spannungsfeld zwischen Sorgfalt und Wirtschaftlichkeit. Der Druck, Ressourcen effizient zu nutzen oder Renditeziele zu erreichen, birgt Gefahren von sorgfaltswidrigem oder gar missbräuchlichem Verhalten der Hilfspersonen. Eine falsche Anreizpolitik stellt eine zusätzliche organisatorische Herausforderung dar, Fehlverhalten frühzeitig zu entdecken und zu korrigieren. Das nachfolgende Bundesgerichtsurteil zeigt beispielhaft auf, wie ein Anreizsystem Haftungsrisiken verursachen oder erhöhen kann.

5.1 Bankdirektorfall (2009)

a. Sachverhalt und Erwägungen

199 Y. trat mit A., «*directeur adjoint des équipements et des immeubles à la succursale genevoise de Banque X*», in Kontakt. A. erklärte, dass für eine Kontoeröffnung ein Mindestvermögen von CHF 1 Mio. erforderlich sei. Er könnte aber kleinere Beträge auf sein eigenes Konto einzahlen, wo er das Vermögen mehrerer Kleinsparer zusammenlegte, um von den Dienstleistungen der Bank zu profitieren. Y. nahm das Angebot an. Im Mai 2001 überschritt ihr Vermögen die Mindestgrenze, sodass sie ein Konto in eigenem Namen eröffnen wollte. Es stellte sich heraus, dass A. nicht in der Lage war, die Beträge zurückzuzahlen. Ein eingeleitetes Strafverfahren ergab, dass A. die Gelder in Casinos verspielt hatte. Y. reichte Klage gegen die Bank ein.[650]

200 Y. hatte ihr Vermögen formell nicht der Bank, sondern A. anvertraut, damit er es auf das auf seinen Namen lautende Konto anlege. Erstellt war, dass A. für die

[649] Dazu gehören sowohl sicherheitsrelevante Tätigkeiten als auch andere wichtige Prozesse, wie der Postdienst in einer Anwaltskanzlei (vgl. BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008).

[650] BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, A.

Verwaltung der Gebäude und Ausrüstung der Bank zuständig war, nicht für die Verwaltung von Vermögen. Gegenüber Y. trat. A. – wenn auch weisungswidrig – als Bankdirektor auf. Mit einem Bonusprogramm, von dem offenbar auch A. profitierte, hatte die Bank 1998 alle ihre Mitarbeiter ermutigt, Kunden für die Bank anzuwerben.[651] Die Bank hatte ihren Mitarbeiter jedoch nicht mit der gebotenen Sorgfalt überwacht. Es wurde festgestellt, dass A. seine eigenen Kunden regelmässig in den Geschäftsräumen der Bank empfing und dass die Zahl seiner Termine zunahm, obwohl in seiner Funktion kein Kundenkontakt vorgesehen war. Das Bundesgericht hielt fest: «*Une banque doit toujours compter avec le risque qu'un employé utilise les locaux et le papier à son en-tête pour se livrer à des opérations de type bancaire à son seul profit et à l'insu de la banque; il lui incombe donc de prendre les mesures de surveillance que l'on peut raisonnablement exiger.*» Die Haftung der Bank wurde nach Art. 55 OR i.V.m. Art. 146 StGB bejaht.[652]

b. Würdigung

Der Sachverhalt liegt auch zwei weiteren Bundesgerichtsurteilen zugrunde. Es handelte sich um einen grossen Betrugsfall in einer Genfer Niederlassung einer englischen Bank. Der als Bankdirektor auftretende A. führte über zehn Jahre betrügerische Handlungen gegen 29 Personen mit einer Deliktssumme von über CHF 12 Mio. aus.[653] Fraglich war zunächst, ob die vorsätzlich begangene Straftat der Bank zugerechnet werden konnte. Dafür muss zwischen der schädigenden Handlung und der auszuführenden Verrichtung ein funktioneller Zusammenhang bestehen.[654] Aufgrund seiner Position hatte A. ein grosses Büro in der Filiale, die Dienste einer Sekretärin, Visitenkarten und war im Handelsregister eingetragen.[655] Die Bank führte zusätzlich ein Bonussystem für Mitarbeiter ein, die der Bank neue Kunden zuführten. Diese Tätigkeit war fakultativ, doch gehörte sie zu den Aufgaben, die A. im Rahmen seiner Arbeit ausführen konnte.[656] Animiert die Bank ihre Angestellten, die ihnen *angestammte Tätigkeit auszuweiten*, kann sie sich auch nicht beschweren, wenn die Bankgeschäfte ihrer Hilfspersonen als geschäftliche 201

651 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.4.

652 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.5.

653 Dazu die Urteilsanalyse von BETTSCHART, 390.

654 Vgl. § 3 N 46 ff.

655 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, A.

656 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.4.

Verrichtung qualifiziert werden.[657] Dieses Element soll die sachgerechte Risikozuweisung sicherstellen. Da der Geschäftsherr von der Tätigkeit der Hilfsperson profitiert, ist der *funktionale Zusammenhang weit auszulegen*.[658] Demnach ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es die Handlungen von A. der Bank anrechnete.

202 Bei der Prüfung des Sorgfaltsbeweises wurde das Augenmerk insbesondere auf die Überwachung gerichtet. Nachdem die Handlungen von A. aufgeflogen waren, stellte eine interne Ermittlung einige Verdachtsmomente fest: Dem Empfangspersonal hätte auffallen müssen, dass eine steigende Anzahl Kunden A. aufsuchte, obwohl Kundenkontakt nicht zu seinen Aufgaben gehörte. Das Empfangspersonal war mit der Kontrolle – wer das Bankgebäude betrat und warum – beauftragt. Es meldete die zahlreihen Besuche jedoch nicht. Es war sogar einem Vorgesetzten bekannt, dass A. Kunden empfing.[659] Gewisse Vorsichtsmassnahmen waren zumindest auf dem Papier angeordnet, wurden aber nicht umgesetzt. Aufgrund fehlenden Überblicks wurden die aus verschiedenen Bereichen stammenden Informationen nie in ihrer Gesamtheit betrachtet:[660] «*Mon rapport a mis en évidence des défauts d'organisation graves, des procédures qui n'étaient pas adéquates et qui ne correspondaient pas aux risques*.»[661] Das interne Kontrollsystem (IKS) versagte.[662]

203 Im Bankenbereich bestehen Anreize für Angestellte, mit unzulässigen Geschäften private Gewinne zu generieren. Falsche Anreizsysteme verstärken Tendenzen unsorgfältigen Verhaltens.[663] Es wäre zwar falsch, daraus zu schliessen, dass sorgfaltswidriges oder straffälliges Verhalten unausweichlich ist. Jedoch zeigen andere Urteile Risiken auf – provisionsgetriebener Verkauf oder Vermittlung von Finanz-

---

657 Ausführlich in der Urteilsbesprechung von KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 596; anders die Situation im Urteil des BGer, 4A_54/2008, 29.4.2008, E. 4: Das Delikt des Mitarbeiters wurde im Rahmen eines privaten Kunsthandels begangen, der ausserhalb der ihm obliegenden Vermögensverwaltung lag, weshalb es am funktionalen Zusammenhang mangelte.

658 CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 13; OFTINGER/STARK, § 20 N 96.

659 BGer, 4A_48/2009, 26.3.2009, B.

660 Zum Informationsfluss bereits der *Lawinenfall* (§ 7 N 192 ff.).

661 BGer, 4A_48/2009, 26.3.2009, B.

662 Vgl. dazu KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 597 f.

663 So können Vergütungssysteme mit Fallpauschalen Anreize für Krankenhäuser setzen, möglichst viele Behandlungen mit möglichst geringen Personal- und Sachkosten durchzuführen (THOMAS et al., 145).

produkten, welche die unqualifizierte Hilfsperson selbst nicht versteht –, die zu Schäden führen können:

Im *Optionenfall* (1999) bewog die Angestellte einer Anlageberatungsunternehmung einen Kunden zu Investitionen in Termingeschäfte, welche zu erheblichen Verlusten führten. Festgestellt wurde, dass das Personal des beklagten Unternehmens, insbesondere die für den Kläger zuständige Mitarbeiterin, fachlich sehr schlecht qualifiziert war. Aus diesem Grund habe das beklagte Unternehmen den Kläger gar nicht fachgerecht und kompetent beraten können. Das Bundesgericht entschied, das beklagte Unternehmen sei seiner Sorgfaltspflicht, zum einen für eine den Gepflogenheiten des Finanzmarktes entsprechende Organisation und zum anderen für kompetente und fachbezogene Beratung seiner Kundschaft besorgt zu sein, in keiner Art und Weise nachgekommen, was als «*Missorganisationsverschulden*» im Finanzbereich bezeichnet wurde.[664] 204

Im Grunde wird dem Geschäftsherrn im Finanzbereich die Pflicht aufgebürdet, Angestellten mit einem *gewissen Misstrauen* zu begegnen und sie eng zu überwachen.[665] Der Tendenz unsorgfältigen Verhaltens muss durch korrespondierende Massnahmen entgegengewirkt werden. Vom Geschäftsherrn wird ohnehin die Wahrnehmung von organisatorischen Pflichten aus der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung erwartet.[666] Ein Finanzinstitut kommt nicht umhin, ein IKS zu implementieren, will es Verfehlungen der Bankangestellten feststellen.[667] Ein mangelhaftes IKS ist nicht automatisch als Organisationspflichtverletzung zu werten, stellt aber immerhin ein starkes Indiz dar. Ein IKS muss im Übrigen hinreichend ausgestattet sein: Wird es absichtlich personell schwach ausgestattet, um mehr oder minder die Augen vor Verfehlungen zu verschliessen, be- 205

664 BGE 124 III 155 E. 3.

665 Vgl. auch KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 598.

666 Wobei sich diese Pflichten nicht ins zivilrechtliche Haftungsrecht übertragen lassen. Zwar geht die herrschende Lehre davon aus, dass Art. 305bis StGB Schutznormcharakter zukommt (BSK StGB II-PIETH, Art. 305bis N 3; vgl. BGE 133 III 323). Dieser Ansicht wird vorliegend widersprochen, weil der Individualschutz lediglich eine Reflexwirkung darstellt (so auch ROBERTO/RICKENBACH, FN 17; ACKERMANN, 52; CERUTTI, 94). Entsprechend fehlt es auch bei Art. 305ter StGB sowie den Bestimmungen des GwG und der VSB am Schutznormcharakter (KommKV-KO-ACKERMANN/ZEHNDER, § 11 N 99; zum GwG ausdrücklich BGE 134 III 529 E. 4.3). Selbst wenn vom Schutznormcharakter ausgegangen wird, stellen die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen und die Selbstregulierung des Finanzsektors keine verallgemeinerungsfähigen Organisationspflichten dar.

667 Ein IKS wird aufsichts- und gesellschaftsrechtlich statuiert.

steht zwar formell ein IKS, jedoch stellt derlei organisatorisch eine Pflichtverletzung dar.[668]

206 Wie im Zivilverfahren mit **nachträglichen Massnahmen** des Geschäftsherrn umgegangen wird, stellt ein weiteres Praxisproblem dar: Die Bank entliess A. sowie zwei Vorgesetzte und verschärfte die Weisungen an das Empfangspersonal. Daraus leitete das Bundesgericht ab, die Bank sei sich der mangelnden Überwachung bewusst gewesen.[669] Ähnlich beurteilte das Bundesgericht im *Schachtrahmenfall* die angepasste Produktionsweise nach dem Schadenereignis und schloss auf eine Sorgfaltspflichtverletzung.[670] Richtigerweise wäre die Vorhersehbarkeit zum Zeitpunkt des Schadenseintrittes zu beurteilen. Sieht ein Gericht die Notwendigkeit einer sichernden Massnahme *erst im Nachgang einer Schädigung als unausweichlich* an, unterläuft dem Gericht ein Rückschaufehler.[671] Nachträgliche Massnahmen sollten daher mit Vorsicht in der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen beigezogen werden.

5.2 Zwischenfazit

207 Anreizsysteme können Umsätze ankurbeln, aber auch unsorgfältiges Verhalten fördern. Der Tätigkeitsbereich der Hilfspersonen kann durch ein Bonusprogramm faktisch ausgeweitet werden, sodass der funktionelle Zusammenhang gegeben ist. Die daraus resultierende Risikoerhöhung muss mit geeigneten Massnahmen überblickt und mit erforderlichem Nachdruck durchgesetzt werden. IKS eignen sich dafür, doch sind diese wirksam aufzugleisen. In gewissen Branchen sieht das Bundesgericht die Tugend in einer gesunden Portion Misstrauen, vor allem dort, wo das Schädigungspotenzial gross und das Risiko der fehlbaren Hilfsperson, entdeckt zu werden, klein ist.

668 Auch «*Willful Blindness*» genannt; vgl. dazu STRASSER, 161.

669 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.5.

670 BGE 110 II 456 E. 3.b.

671 ROBERTO/GRECHENIG, 5 ff.

§ 8 Aufbauorganisation

Mit dem Beizug von Hilfspersonen ist die Form der Zusammenarbeit zu gestalten. Die Struktur wird durch die Aufbauorganisation bestimmt.[672] Die Arbeitsteilung erfolgt in vertikaler und horizontaler Richtung: Aufgaben werden *vertikal* in Leitungs- und Ausführungsaufgaben aufgeteilt, wobei Weisungsketten und die Weisungsgebundenheit kennzeichnend sind.[673] Durch Spezialisierung wird eine *horizontale* Arbeitsteilung erreicht. Sie ist geprägt von fachlichen Kompetenzbereichen.[674] Beide Arten von Arbeitsteilung führen zu mehr Wirtschaftlichkeit in der Aufgabenerfüllung, bergen aber gleichzeitig koordinative Schwierigkeiten. Bei zunehmender Anzahl beteiligter Hilfspersonen und zunehmendem Grad der Arbeitsteilung erhöht sich das Risiko von Delegationsfehlern und Kompetenzkonflikten,[675] was Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist. 208

1. Unsorgfältige Aufgabendelegation

Der Geschäftsherr ist frei in der Wahl der Betriebsorganisation, hat aber die reibungslose Erbringung der Tätigkeit zu gewährleisten.[676] Daher finden sich im Haftungsrecht keine ausdrücklichen Vorgaben hinsichtlich der Aufgabendelegation. Die nachfolgenden Urteile zeigen Problemfelder auf, die sich bei der vertikalen und horizontalen Arbeitsteilung ergeben können: die mehrstufige Aufgabendelegation von Kadern an Hilfspersonen, von qualifizierten Hilfspersonen an weniger qualifizierte sowie Aufgabendelegation unter gleichgestellten Hilfspersonen. 209

1.1 Chlorkastenfall (1905)

a. Sachverhalt und Erwägungen

Der Kanton Luzern klagte auf Schadenersatz gegen eine Fabrik, die Chlorrückstände in die Reuss einleitete. Die Beklagte leitete üblicherweise verunreinigtes 210

672 Grundlegend dazu KOSIOL, 32 ff.

673 Siehe für die Krankenhausorganisation PFLÜGER, 12; LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, 357.

674 MANNSDORFER, 115 ff.; ArztR Hdb-KERN/REHBORN, § 99 N 9 ff.

675 ArztR Hdb-KERN/REHBORN, § 99 N 18 ff.

676 JANDA, 326.

Wasser erst in Kästen ab, um Rückstände von Chlor auszuschöpfen, bevor es gereinigt wieder in Gewässer eingeleitet wurde. Zu diesem Zweck wurden an den Kästen Zapföffnungen angebracht, die das Ausschöpfen ermöglichten, um anschliessend mit Entfernen des Zapfens das gereinigte Wasser in den Fabrikkanal abzuleiten. Der Werkführer hatte den seit über 20 Jahren angestellten Vorarbeiter mit der Reinigung an den Chlorkästen beauftragt. Der Vorarbeiter hatte üblicherweise nicht an den Chlorkästen tätige Arbeiter beigezogen. Statt die festen Bestandteile des Chlors erst auszuschöpfen, hatte der Vorarbeiter die Arbeiter angewiesen, die Zapfen am Boden der unteren Chlorkästen auszuziehen. So gelangte Chlor in das Gewässer.[677]

211 Das Bundesgericht erwog, dass die Chlorkasteneinrichtung einwandfrei war; erst durch die unrichtige Benutzung wurde sie schädigend. Dies sei aber kein Mangel der Einrichtung, sondern des Betriebes gewesen. Zum einen habe eine allgemeine Instruktion gefehlt, die die Hilfsarbeiter auf die Gefährlichkeit ihrer Tätigkeit hingewiesen hätte. Zum anderen bestand der Organisationsmangel *«darin, dass keine Personen bezeichnet waren, welche regelmässig die Reinigung der Kasten vorzunehmen hatten und so mit dieser Arbeit vertraut waren, sondern dass die betreffenden Arbeiter vielfach wechselten und Leute dazu berufen wurden, die mit der Sache nur ganz ausnahmsweise zu tun hatten*».[678]

b. Würdigung

212 Die Fabrik betrieb eine für die Gewässer gefährliche Tätigkeit und unterhielt somit eine Gefahrenquelle. Es oblag dem Geschäftsherrn, Schutzvorkehrungen zu treffen, um eine mögliche Verunreinigung der Gewässer zu verhindern. Die Beklagte kam ihrer deliktischen Pflicht mithilfe ihrer Chlorkasteneinrichtung nach.[679] Wie den arbeitsteiligen Betrieben inhärent ist, wurden Aufgaben delegiert: Das Ablaugen in den Chlorkästen wurde von der Direktion an den Werkführer, dann an den

---

677 BGE 31 II 697 E. 1. Zu bemerken ist, dass der Sachverhalt heute unter den Haftungstatbestand des USG fallen würde. Nichtsdestotrotz sind die Ausführungen zur zweckmässigen Organisation des Betriebs wegweisend.

678 BGE 31 II 697 E. 4; siehe dazu auch NATER, Entwicklung, 32.

679 Eine *«derartige Einrichtung war auch für den Betrieb der Fabrik unumgänglich und es ist auch nicht ersichtlich, in welch anderer Weise die Chlorrückstände zweckmässig hätten entfernt werden können»* (BGE 31 II 697 E. 4). CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 23, verweist dabei auf das zusätzliche Erfordernis, einen geeigneten Maschinenpark anzuschaffen. Siehe auch die Organisationspflicht der Ausstattung mit geeigneten Hilfsmitteln in § 11.

Vorarbeiter und schliesslich an die Arbeiter auf unterster hierarchischer Stufe delegiert. Dennoch bleibt der Geschäftsherr als hierarchische Spitze dafür verantwortlich, dass sein Kader die gebotene Sorgfalt, etwa bei der Instruktion der Hilfspersonen, aufwendet.[680] So sah sich das Gericht veranlasst, die Organisation des Betriebes als mangelhaft zu bewerten.

213 Im theoretischen Idealfall wäre mittels Weisungsketten die richtige Instruktion der Hilfspersonen gewährleistet gewesen. Damit werden aber alle Faktoren wie koordinative Schwierigkeiten, Unkenntnis oder Nachlässigkeiten ausgeblendet, die in der Realität die Gefahrensteuerung beeinträchtigen. Die richtige Instruktion der ausführenden Hilfspersonen kann daran scheitern, dass der Vorarbeiter pflichtwidrig falsche Weisungen erteilt oder Weisungen ganz unterlässt,[681] sodass den Arbeitern relevante Informationen fehlen. Gleichzeitig können dem Vorarbeiter Informationen über die Kenntnisse der Arbeiter fehlen, sodass unklar ist, ob die Arbeiter für die Tätigkeit geeignet sind. Zu prüfen ist dann, ob nicht vielmehr eine unzureichende Organisation des Betriebs ursächlich für das Fehlverhalten ist.[682] Die Gefahr der Schädigung durch eine mangelhafte Instruktion wurde nämlich dadurch signifikant erhöht, dass häufig *wechselnde Arbeiter* mit der Tätigkeit betraut wurden, die nicht mit der Tätigkeit vertraut waren.[683] Je **mehr vertikale Stufen** in der Aufbauorganisation vorgesehen sind, desto höher ist die Gefahr von **Delegationsfehlern**. Der Geschäftsherr hat *zuverlässige Strukturen zu schaffen, wenn mit Fehlern im Gefahrenumgang gerechnet werden muss*.[684] Der arbeitsteiligen Gefahrenerhöhung hätte im konkreten Fall dadurch gehörig entgegengetreten werden können, indem die Tätigkeit an dieselben Arbeiter delegiert worden wäre,[685] wodurch eine einmalige Instruktion die Gefahr höchstwahrscheinlich gebannt hätte, oder aber ein allgemeines Weisungswesen installiert worden wäre, welches unterlassenen oder falschen Instruktionen vorgebeugt hätte.

---

680 PETRIN, 37 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.18; BK-BREHM, Art. 55 N 52, mit Verweisen auf die Rechtsprechung; NATER, Entwicklung, 25; OFTINGER/STARK, § 20 N 122; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 788.

681 Vgl. dazu § 8 N 212 ff.

682 SCHUBARTH, 38 ff.

683 BGE 110 II 456 E. 3.a; GEISSELER, 32.

684 Siehe zur Frage eines hinreichenden Sicherheitsdispositivs als Ursache für Schädigungen SCHUBARTH, 38 ff.

685 Im Umkehrschluss der Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 31 II 697 E. 4; JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

214 Im Übrigen wurde der Vorwurf der mangelnden Organisation ebenso an die Direktion adressiert: Auch sie treffe ein Verschulden, für das der Geschäftsherr hafte. Die Schadenersatzforderung wurde auf Grundlage von Art. 62 aOR geprüft, sodass die Frage einer Organhaftung nicht weiter behandelt wurde. Die nebensächliche Bemerkung des Bundesgerichts bleibt problematisch, weil Organe für unerlaubte Handlungen persönlich haften.[686] Wie bereits in § 5 erläutert wurde, ist nicht das Organ Adressat der Organisationspflichten. Zwar kann eine Schnittmenge zwischen Organisationspflichten des Geschäftsherrn und Verhaltenspflichten der Organe bestehen. Dass jedoch das Bundesgericht vorliegend eine *Organaussenhaftung für Organisationspflichten* statuieren wollte, bleibt zu bezweifeln.[687]

1.2 Hebammenfall (2010)

a. Sachverhalt und Erwägungen

215 Eine schwangere Frau gebar im Kantonsspital Freiburg ein Kind, das eine irreversible Hirnschädigung infolge eines Sauerstoffmangels und Minderdurchblutung aufwies. Die Mutter warf dem Kantonsspital vor, dass die Schädigung auf ärztliche Kunst- und Behandlungsfehler bei der Betreuung der Geburt zurückzuführen wäre. Nach eingehender Beweiswürdigung wurden dem Kantonsspital mehrere teilweise schwere Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Überwachung und Betreuung des Geburtsvorganges angelastet, unter anderem auch Fehler in der Organisation.[688]

216 Die Vorinstanz erwog, dass spätestens ab 02:45 Uhr ein abklärungsbedürftiges CTG vorlag,[689] welches vom geburtsbetreuenden Assistenzarzt nicht allein quali-

686 Art. 55 Abs. 3 ZGB.

687 Die Organaussenhaftung für Organisationspflichten wird nach hier vertretener Auffassung abgelehnt. Vgl. dazu § 5 N 113 ff.; siehe auch ROBERTO/PETRIN, 78 f. Die Sorgfaltspflichten des Unternehmens ergeben sich denn auch nicht aus der Addition der an die Individuen innerhalb des Unternehmens adressierten Sorgfaltspflichten, sondern gehen darüber hinaus (MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 107 ff.).

688 BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010, E. 6.2; vgl. dazu auch die Ausführungen bei STEHLE/REICHLE, 54, die den Begriff des «*Organisationsfehlers*» verwenden.

689 Abkürzung für Kardiotokogramm; laufende apparative Aufzeichnung der fetalen Herzfrequenz und gleichzeitig der mütterlichen Wehentätigkeit (BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010, E. 6.2).

fiziert werden konnte. Der vorgesetzte Oberarzt war mit einer anderen Geburt beschäftigt. Um eine Zweitmeinung einzuholen, musste der Assistenzarzt den Geburtssaal um 03:17 Uhr verlassen, und er kehrte nach Konsultation des Chefarztes um 03:45 Uhr zurück, sodass während dieser Zeit keine Überwachung stattfand. Der Patientin wurde anschliessend ein wehenhemmendes Mittel verabreicht. Gemäss Vorinstanz sei ein abwartendes Verhalten aber nicht mehr vertretbar gewesen. Weil auch «*ab 04.45 bis gegen 06.00 Uhr kein Arzt der Gynäkologie bei der Beschwerdegegnerin 2 im Gebärsaal anwesend war, um den Verlauf zu beurteilen und die nötigen Entscheidungen zu treffen, sondern nur eine Hebamme, die gleichzeitig noch eine andere Geburt zu betreuen hatte*», habe der Entschluss zum Kaiserschnitt nicht gefällt werden können.[690] Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzlichen Erwägungen, sodass die Haftung des Kantonsspitals bejaht wurde.[691]

b. Würdigung

Die Klage stützte sich auf kantonales öffentliches Haftungsrecht, doch ergeben sich bezüglich der anzuwendenden Sorgfalt keine Unterschiede zur ausservertraglichen Haftung.[692] Die zweckmässige Organisation ist Sache des Spitalbetreibers. Weil es sich beim Spitalbetrieb um eine komplexe Arbeitsteilung handelt, bei der es eine grosse Anzahl Hilfspersonen zu koordinieren gilt, wird die fachliche Organisation an ausgebildete Chef- und Oberärzte delegiert. Die Gesamtverantwortung trägt dennoch der Geschäftsherr. Die Erwägungen des Gerichts weisen *nicht* darauf hin, dass die *generelle Delegation der Geburtsbetreuung an einen Assistenzarzt oder eine Hebamme sorgfaltswidrig war*. Erst die aufgetretenen Geburtskomplikationen führten dazu, dass die anwesenden Hilfspersonen der Aufgabe fachlich nicht mehr gewachsen waren und unter Zeitdruck Fachexpertise einholen mussten. Zum einen wurde dadurch die Überwachung der Patientin unterbrochen und zum anderen die Diagnose erheblich verzögert. Daraus lässt sich ableiten, dass die Betreuung an Assistenzärzte und Hebammen *unter bestimmten Voraussetzungen delegiert werden darf*. Die Zulässigkeit der Delegation ist im Einzelfall zu prüfen. Da ein Assistenzarzt oder eine Hebamme die Qualifikationen für die Betreuung einer komplikationslosen Geburt mitbringen können, ist dem Geschäfts- 217

690 BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010, E. 6.3.4.

691 BGer, 4A_48/2010, 9.7.2010, E. 6.3.4.

692 Vgl. dazu § 6 N 137.

herrn so lange kein Vorwurf der mangelnden Qualifikation der Hilfspersonen zu machen, als keine Komplikationen auftreten.[693]

218 Übersteigen auftretende Komplikationen die Fähigkeiten oder Kompetenzen der Hilfspersonen, muss dem Risiko einer gefahrenerhöhenden Delegation **an weniger qualifiziertes Personal** mittels organisatorischer Mittel entgegengewirkt werden.[694] Dies trifft insbesondere auf den Spitalbetrieb zu, weil aus Kostengründen nicht jede Behandlung durch einen Chef- oder Oberarzt[695] vorgenommen werden kann und Komplikationen von vornherein nicht auszuschliessen sind. Gleiches gilt bei vorhersehbaren personellen Engpässen.[696] Handelt es sich bei der delegierten Tätigkeit um einen *wiederkehrenden Prozess,* wie dies bei der Geburtsbetreuung der Fall ist, liegt es daher in der Hand des Geschäftsherrn, *mittels klarer Anweisungen die Kompetenzen und Eskalationsstufen verbindlich zu regeln*.[697] Wenn Fachexpertise eingeholt werden muss oder der zu fällende Entscheid die Befugnis der Hilfsperson überschreitet, ist die Verfügbarkeit und Erreichbarkeit des Vorgesetzten zu gewährleisten.[698] Eine adäquate Einsatzplanung verhindert zeitliche Überschneidungen und Doppelbesetzungen.[699]

1.3 Spezialistenfall (2015)

a. Sachverhalt und Erwägungen

219 Das Bundesgericht hatte sich im vorliegenden Fall mit der Delegation der postoperativen Nachbehandlung durch den Operateur an einen Anästhesisten zu befassen. Der Patient unterzog sich nach einer Sportverletzung einem operativen

---

693 Vgl. etwa in der deutschen Rechtsprechung die Betreuung einer Risikogeburt durch eine Hebamme (OLG Oldenburg, 5 U 149/89, 24.7.1990, in: VersR 1992, 453) oder die CTG-Überwachung und -Auswertung durch eine nicht qualifizierte Nachtschwester/Hebamme (OLG Oldenburg, 5U 17/95, 16.1.1996, in: VersR 1997, 1236).

694 GAYLER, 107; OFTINGER/STARK, § 20 N 139; KELLER/GABI/GABI, 174.

695 Vgl. dazu BGE 56 II 199.

696 Vgl. § 7 N 169 ff.

697 SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 198; MANNSDORFER, 112.

698 Vgl. dazu auch die Ausführungen von SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 197. Im deutschen Recht besteht grundsätzlich die Verpflichtung des Krankenhausträgers, qualifiziertes ärztliches sowie nichtärztliches medizinisches Personal in ausreichender Zahl zur Verfügung zu stellen (SPICKHOFF/SEIBL, 472).

699 MANNSDORFER, 116, spricht von «*temporaler*» Organisation.

Eingriff am linken Knie. Nach der Operation beschwerte sich der Patient über heftige Schmerzen und Gefühlslosigkeit. Tage später wurde eine Quetschung des Ischiasnervs im Bereich der Kniekehle diagnostiziert. Der Patient konnte seiner früheren beruflichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen. Es wurde festgestellt, dass bei der postoperativen Nachbehandlung Komplikationen auftraten, was ursächlich für die Schädigung gewesen sei. Der Geschädigte klagte gegen die Ärzte.

Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der Operateur, wenn er die Nachbetreuung selbst durchgeführt hätte, das Vorliegen von Komplikationen innert nützlicher Frist festgestellt hätte, d.h. zu einem Zeitpunkt, als die Schäden noch reversibel waren. Bestätigt wurde auch die Sorgfaltspflichtverletzung des Anästhesisten, weil er den Operateur über die Komplikationen hätte informieren müssen, was einen operativen Eingriff ermöglicht hätte.[700] Der Anästhesist suchte den Operateur erst mehr als 24 Stunden nach dem Eingriff auf. Die Komplikationen hätten aber frühzeitig entdeckt werden müssen. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Delegation der Nachsorge sorgfaltswidrig war, soweit der Anästhesist die chirurgisch-postoperativen Komplikationen nicht erkennen konnte.[701] 220

b. Würdigung

Die den Ärzten vorgeworfenen Verfehlungen wurden auf vertraglicher Basis geprüft. Die Klage hätte sich jedoch ohne Weiteres gegen die Klinik richten können (Art. 55 OR).[702] Das Gericht sah es als erstellt an, dass der Anästhesist für die Nachbetreuung ungeeignet war und selbige nur vom Operateur *lege artis* erbracht werden konnte. Fraglich ist, ob damit bereits eine Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn konstatiert ist. Eine mangelhafte Auswahl und Instruktion fällt ausser Betracht, wenn der Anästhesist nicht für Nachbetreuungen vorgesehen ist,[703] diese jedoch unvorhergesehen übernimmt.[704] Nach einem klassisch verstan- 221

700 BGer, 4A_66/2015, 22.9.2015, E. 3.1.

701 BGer, 4A_66/2015, 22.9.2015, E. 5.1.

702 Beispielhaft OGer ZH, HG060225-O, 22.1.2013, E. V.1.3.2.

703 Vgl. BGE 43 II 181 E. 5, wonach dem Geschäftsherrn keine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden kann, wenn ein eifriger Mechaniker, der nicht für Fahrten mit Fahrzeugen vorgesehen ist, die Tätigkeit dennoch weisungswidrig ausführt.

704 In der Lehre und Rechtsprechung ist die Frage der Anwendung von Art. 55 OR bei Kompetenzüberschreitungen umstritten (BK-Brehm, Art. 55 N 25; Oftinger/Stark, § 20 N 93 und 96; Deschenaux/Tercier, § 9 N 46; Petrin, 110 f.). Massgebend für

denen Sorgfaltsbeweis wäre dem Geschäftsherrn wohl keine Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen gewesen, zumindest nicht, ohne die Anforderungen überspitzt zu formulieren. So bemängelte das Gericht denn auch explizit die Organisation der Zusammenarbeit: «*La cour cantonale constate d'ailleurs que cette pratique résulte plutôt d'une mauvaise organisation entre spécialistes et on peut en inférer qu'un chirurgien raisonnable placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas délégué le suivi opératoire à un anesthésiste*.»[705]

222 Anders als bei vertikaler Arbeitsteilung, die auf den Weisungs- und Aufsichtsverhältnissen innerhalb der Abteilung beruht, vollzieht sich die Zusammenarbeit zwischen Ärzten verschiedener Fachrichtungen auf einer *Ebene der Gleichordnung*.[706] Der Geschäftsherr hat daher eine klare Abgrenzung der Aufgaben- und Verantwortlichkeitsbereiche vorzunehmen.[707] Er hat verbindlich festzulegen, welche Aufgaben durch welche Abteilungen zu erbringen sind, um Behandlungen durch **unqualifiziertes Personal zu unterbinden**. Mittels eines umfassenden Weisungswesens ist zu klären, ob Delegationen zulässig sind, damit eigenmächtige Handlungen der Hilfspersonen unterbleiben. Wie der vorliegende Fall zeigt, ist die Organisation der einzelnen Abteilungen in sich, aber auch zwischen ihnen betroffen.[708] Die mangelhafte Organisation hätte auch die Haftung der Klinik begründet, weil sie für die Schädigung der Patientin kausal war: «*Dazu ist regelmässig erforderlich, dass der organisatorische Mangel dazu geführt hat, dass zur Verhinderung einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands gebotene konkrete*

---

die Haftung muss nach der hier vertretenen Ansicht der Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung an den Geschäftsherrn sein. Ist eine Kompetenzüberschreitung vorhersehbar, weil bereits entsprechendes Verhalten der Hilfsperson zu beobachten war, hat der Geschäftsherr Massnahmen zu ergreifen, die eine Kompetenzüberschreitung verhindern. Unterlässt er dies, kann ihm eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden. Ihn für sämtliche Kompetenzüberschreitungen haftbar zu machen, käme allerdings einer überzogenen Überwachungspflicht gleich, die den Sorgfaltsbeweis gänzlich aushebelt und im Ergebnis eine scharfe Kausalhaftung statuieren würde. Ähnlicher Ansicht auch WAESPI, Organisationshaftung, 253. So verweisen auch OFTINGER/STARK, § 20 N 96, darauf, dass der Geschäftsherr nicht schlechthin für alle durch eine Hilfsperson verursachten Schäden haften soll, sondern nur, wenn ihr Versagen einen «*Mangel im Betriebe*» darstellt.

705 BGer, 4A_66/2015, 22.9.2015, E. 5.2.

706 PFLÜGER, 154 ff., mit weiteren Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung; DEUTSCH, 1746 ff.

707 So auch SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 197.

708 SPITZ, Produkthaftung, 64.

Abklärungen oder Massnahmen unterlassen wurden oder eine bestimmte fehlerhafte Behandlung erfolgte.»[709]

Wiederum zeigt sich wie im *Chlorkasten*- und *Hebammenfall*, dass klare Dienstanweisungen in wiederkehrenden Prozessen verbindlich festzulegen sind, insbesondere wenn eine flächendeckende Kontrolle nicht möglich ist. So kann sichergestellt werden, dass die **fachlich geeignete Hilfsperson der richtigen Abteilung die ihr angedachte Tätigkeit** ausübt. Soll eine Delegation möglich sein, sind die Voraussetzungen zu klären, um den Organisationspflichten gehörig nachzukommen.[710] Mittels eines geeigneten Informationssystems ist die Erreichbarkeit der qualifizierten Hilfsperson zu gewährleisten.[711] Ist eine Delegation nicht angezeigt, sind Delegationsverbote zu erlassen. 223

1.4 Zwischenfazit

Die Rechtsprechung zeigt, dass eine Delegationskette theoretisch einwandfrei funktionieren, in der Praxis aber auch scheitern kann. Vernachlässigt werden Fehlerquellen oder aussergewöhnliche Ereignisse, die in der Realität gefahrenerhöhend wirken können. Diese Gefahren gilt es mittels organisatorischer Massnahmen zu entschärfen. Die Delegation muss geordnet ablaufen. Soll eine Tätigkeit nicht delegierbar sein, ist dies mittels Weisungen zu verbieten. Ist eine Delegation möglich oder erwünscht, müssen die Bedingungen und Befugnisse festgelegt werden: Welche Tätigkeit darf in welchem Ausmass an wen delegiert werden? Die Frage gilt es in vertikaler und horizontaler Weise zu klären. Handelt es sich bei der delegierten Tätigkeit um einen wiederkehrenden Prozess, sind Eskalationsstufen verbindlich zu regeln. Kommt es zu einer Eskalation, ist die Verfügbarkeit und Erreichbarkeit der zuständigen, fachlich qualifizierten Hilfsperson sicherzustellen. 224

2. Fehlende oder unstimmige Kompetenzordnung

Jede Übertragung einer Aufgabe muss mit der Einräumung der notwendigen Kompetenzen und Befugnisse einhergehen. Die Arbeitsteilung bringt es mit sich, dass 225

---

709 So ausdrücklich präzisiert in BGer, 4A_679/2010, 11.4.2011, E. 6.6.1.

710 SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 197, mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung.

711 Vgl. dazu auch die Ausführungen von SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 197; SPICKHOFF/SEIBL, 472.

Aufgaben geteilt und an spezialisierte Hilfspersonen übertragen werden. Werden bspw. dem Sicherheitsbeauftragten nicht die nötigen Kompetenzen übertragen, fehlen ihm Eingriffsmöglichkeiten. Werden die Kompetenzen übertragen, jedoch nicht mit anderen Stellen koordiniert, kann eine untergeordnete Hilfsperson mehreren übergeordneten Stellen gegenüberstehen. Schlimmstenfalls kann es zu Kompetenzkonflikten kommen – bspw. zwischen Management und Sicherheitsbeauftragten[712] –, sodass Hilfspersonen mit widersprüchlichen und unklaren Anweisungen konfrontiert sind. Die nachfolgenden Bundesgerichtsentscheide zeigen auf, dass der Geschäftsherr eine stimmige Kompetenzordnung vorzusehen hat, damit die Erfüllung von Aufgaben nicht unterbleibt.

2.1 Werkstattwächterfall (1907)

a. Sachverhalt und Erwägungen

226 Eigentümer Dalmorès übergab sein Automobil in eine Werkstatt zur Reparatur. Nach Abschluss der Arbeiten liess Dalmorès das Automobil durch seinen Bediensteten Serex abholen. Serex wies die Garage an, um einen Fahrer für den längeren Rücktransport des Automobils besorgt zu sein. Für den Rücktransport wurde Fahrer Lutz vorgesehen. Als Serex zur vereinbarten Zeit in der Werkstatt erschien, war Fahrer Lutz noch nicht zugegen; er fand den Werkstattwächter Loup vor, welcher versicherte, dass Fahrer Lutz noch eintreffen würde. Der ebenfalls anwesende Mechaniker Bassoto bot Serex an, die Fahrt zu übernehmen, und wies den Werkstattwächter Loup an, das Automobil zu betanken. Serex willigte ein. Bassoto war des Fahrens nicht kundig und besass auch keinen Führerausweis. Dennoch verliessen Serex und Bassoto gemeinsam die Werkstatt. Das Automobil kam von der Fahrbahn ab und wurde aus der Kurve geschleudert; Serex verstarb, Bassoto wurde schwer verletzt.[713] Die Witwe Serex klagte gegen die Garage auf Schadenersatz (Art. 55 OR).[714]

227 Zunächst prüfte das Bundesgericht den Entlastungsbeweis betreffend Mechaniker Bassoto: Der Geschäftsherr konnte nachweisen, dass er seinen klassischen Sorgfaltspflichten nachgekommen war, indem er unautorisierte Fahrten untersagte. Hingegen verneinte es den Entlastungsbeweis in Bezug auf den Werkstattwächter

712 Vgl. TPF, SK.2007.21, 16.5.2008, E. 5.1.2.d.

713 BGE 43 II 181 A.

714 BGE 43 II 181 C.

Loup, der bei der Abfahrt anwesend war. In diesem Zusammenhang wurde dem Geschäftsherrn eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen, weil die Kontrolle ausfahrender Automobile in den Zuständigkeitsbereich des Werkstattwächters Loup fiel und dieser das Automobil wegfahren liess, obwohl er wusste, dass Mechaniker Bassoto nicht als Fahrer angestellt war: «*cette faute de Loup provenant d'un défaut de précision dans la détermination de ses compétences, et par conséquent d'un manque d'organisation du garage*». Der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn scheiterte.[715]

b. Würdigung

228 Das Bundesgericht sah die Sorgfalt bezüglich des unfallverursachenden Mechanikers als erbracht an. Der Geschäftsherr konnte nachweisen, dass Mechaniker Bassoto nicht für Fahrten eingestellt und vorgesehen war. Auch hängte er Plakate in der Werkstatt auf, die es den Angestellten unter Androhung einer fristlosen Kündigung untersagten, «*de mettre les voitures en marche, de les essayer ou de les utiliser sans ordre formel du bureau*».[716] Aus den ergriffenen Massnahmen ist ersichtlich, dass der Geschäftsherr die Gefahr eines fahruntüchtigen Lenkers erkannte. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht darin, dass allein die Verletzung von Weisungen durch Hilfspersonen noch keine mangelnde Sorgfalt des Geschäftsherrn beweist. Vielmehr ist zu prüfen, ob eine Verletzung vorhersehbar ist[717] und wie die Einhaltung der Weisungen überwacht und durchgesetzt wird.[718] Da der Geschäftsherr bereits Sanktionen aussprach, er also mit weisungswidrigen Handlungen rechnen musste, drängte sich eine Kontrolle für ein- und ausfahrende Fahrzeuge auf.

229 Die Verantwortung für die Kontrolle wurde dem Werkstattwächter Loup übertragen, der die Ausfahrt verhindern sollte. Der Geschäftsherr versuchte sich dadurch

---

715 BGE 43 II 181 E. 5.

716 BGE 43 II 181 E. 5.

717 Der Sachverhalt ist massgebend, wie er sich ex ante präsentiert. Vgl. exemplarisch BGE 130 I 337 E. 5.3; BGE 110 II 456 E. 5.a.; BGE 58 II 22 E. 3. Vgl. auch BGer, 4A_249/2013, 19.8.2013, E. 3.1, wonach das weisungswidrige Verhalten einer Arbeitnehmerin nicht vorhersehbar war und entsprechend eine Haftung des Arbeitgebers entfiel. Dazu auch RUSCH, Wichtige Urteile, 209; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.71, zu den Rückschaufehlern; BK-BREHM, Art. 55 N 49; OFTINGER/STARK, § 20 N 120; WAES-PI, Ellen, 276 f.

718 WAESPI, Organisationshaftung, 251.

von der Haftung zu befreien, dass der Bedienstete Serex vertraglich berechtigt gewesen sei, den Abtransport des Automobils zu verlangen. Der Werkstattwächter habe das Verlassen der Garage nicht verhindern können. Das Bundesgericht sah es allerdings als massgeblich an, dass auf Grundlage des geschlossenen Vertrages die Garage auch für den Rücktransport verantwortlich war. Ursächlich für die Schädigung war demnach die **mangelnde Präzision bei der Bestimmung der Aufgaben und Kompetenzen** des Werkstattwächters. Zum einen hätte er den eifrigen Mechaniker,[719] der über seinen vorgesehenen Tätigkeitsbereich hinaus handeln wollte, kontrollieren sollen. Zum anderen war es seine Aufgabe und nicht die des Bediensteten Serex, den Fahrer zu bestimmen. Das Gericht schloss aus der mangelnden Kompetenzordnung auf die mangelhafte Organisation der Garage.[720]

230 Es obliegt dem Geschäftsherrn, die Inverkehrsetzung von mangelhaften Fahrzeugen[721] oder den Einsatz von fahruntüchtigen Fahrern[722] zu verhindern. Mit Hinzunahme von Hilfspersonen hat er die verschiedenen Rollen – im vorliegenden Fall Fahrer, Mechaniker und Werkstattwächter – zu definieren und die Tätigkeiten aufeinander abzustimmen. Er muss ausserdem die nötigen Voraussetzungen zur Erfüllung der Überwachungspflicht schaffen, wenn er diese an Hilfspersonen delegiert.[723] Dazu gehört die **Implementierung einer klaren, widerspruchsfreien**

---

719 BK-Brehm, Art. 55 N 22.

720 BGE 43 II 181 E. 5. Vgl. dazu OFK OR-Fischer, Art. 55 N 31, wonach sich Mängel in der Auswahl, Anweisung und Überwachung bei komplexeren Betrieben der arbeitsteiligen Wirtschaft als Organisationsmangel herausstellen können. Spitz, Produkthaftung, 100, wonach der Beitrag des einzelnen Arbeitnehmers bei komplexen Arbeitsabläufen in Grossbetrieben in den Hintergrund tritt. Deshalb trete dort die Pflicht zur zweckmässigen Organisation gegenüber den übrigen Pflichten in den Vordergrund. BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102 N 8.

721 Der Entlastungsbeweis wird dann als Sorgfalt in der Ausrüstung mit geeigneten Hilfsmitteln geführt. Vgl. dazu BGE 58 II 29 E. 2; BGH, VI ZR 113/77, 20.5.1978, in: VersR 1978, 722 ff.

722 Übermüdeter Fahrer in BGE 58 II 29 E. 2; BGE 48 II 122 E. 3: «[…] *er hatte also dafür zu sorgen, dass dessen Führung einem fähigen Chauffeur übertragen werde, und nicht einem Soldaten, der sich als diplomierten Chauffeur ausgab, in Wirklichkeit aber weder einen Fähigkeitsausweis noch eine Fahrbewilligung, noch überhaupt nennenswerte Erfahrung als Automobilführer besass.*»

723 Fellmann/Kottmann, § 5 N 788; Petrin, 37 ff.; Roberto, Haftpflichtrecht, N 08.18; BK-Brehm, Art. 55 N 52.

Kompetenzordnung und -abgrenzung,[724] damit die jeweiligen Weisungsbefugnisse zwischen den Rollen und gegenüber betriebsfremden Dritten definiert sind.[725] Ein Mangel kann insbesondere bei sicherheitsrelevanten Aufgaben zur Haftung führen, wenn *der Aufgabenbereich einer damit befassten Hilfsperson nicht exakt und nachvollziehbar beschrieben ist*, sodass die erforderlichen Überwachungshandlungen unterbleiben.[726]

2.2 Sprengstofffall (1977)

a. Sachverhalt und Erwägungen

Chemiker S. erprobte für die Sprengstofffabrik AG ein Verfahren zur Herstellung von Sprengstoff und verfasste die Betriebsvorschrift für die industrielle Produktion. Während der Produktion der ersten beiden Chargen zeigten sich in der Produktionsabteilung 1, die unter Leitung des Abteilungsleiters B. stand, unerwünschte Nebenerscheinungen. Der Betriebsleiter M. änderte in den folgenden Chargen nach Rücksprache mit Chemiker S. das Verfahren ab: Das Eis sollte anders, als in der Betriebsvorschrift vorgesehen, zugegeben werden. Abteilungsleiter B. wurde später über die Änderung orientiert. Bei der fünften Charge überschäumte plötzlich nach begonnener Eiszugabe der Inhalt des Rührkessels, was bei fünf Arbeitern zu Verätzungen der Haut und Vergiftung der Atmungsorgane führte, an deren Folgen einer der Arbeiter verstarb.[727] 231

Die Vorinstanz hielt fest, dass das angewendete Verfahren von der Betriebsvorschrift abwich und den Unfall verursachte. Zwar war die Änderung durch den Betriebsleiter M. angeordnet worden. Es stand jedoch fest, dass Abteilungsleiter B. nach der dritten oder vierten Charge über die Änderung orientiert wurde. Abteilungsleiter B. wurde vorgeworfen, dass er sich nicht mit dem Hinweis der Absprache habe begnügen dürfen. Vielmehr hätte er die Produktion anhalten und direkt 232

---

724 JAUN, Sorgfaltspflichtverletzung, 382; SHK PrHG-HESS, Art. 41 N 113; ARTER/GUT, 38; GEISSELER, 32; MANNSDORFER, 110; STÖCKLI, 40; BK-BREHM, Art. 55 N 78; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 802; REY/WILDHABER, § 8 N 1103.

725 BK-BREHM, Art. 55 N 78; SPITZ, Produkthaftung, 99; zur Koordination und Kommunikation mit betriebsexternen Dritten SPITZ, Produkthaftung, 64.

726 SHK PrSG-HESS, Art. 22 N 168; GEIGER, 103.

727 BGE 103 IV 152 A.

mit dem Chemiker S. den Sachverhalt besprechen müssen, denn die Betriebsvorschrift sei für Abteilungsleiter B. und Betriebsleiter M. verbindlich gewesen.[728]

233 Gemäss Bundesgericht hatte die Vorinstanz festgestellt, dass Chemiker S. keine Einwendungen gegen die Abänderung erhob. Darin war eine grundsätzliche Genehmigung des gegenüber der Betriebsvorschrift veränderten Verfahrens zu sehen. Das Versäumnis einer Besprechung wäre nur von Belang, wenn gewisse Vorkehrungen zu treffen gewesen wären, deren Unterlassung als pflichtwidrig erschiene. Dies wurde nicht festgestellt. Die Beschwerde von Abteilungsleiter B. wurde gutgeheissen und das Urteil aufgehoben.[729]

b. Würdigung

234 Vorliegend ist die Organisation des Betriebs von besonderem Interesse, weil sie zur Verneinung einer strafrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung und zur Aufhebung des Urteils der Vorinstanz führte. Die Arbeit mit gefährlichen Stoffen auferlegt dem Geschäftsherrn die Pflicht, alle Massnahmen zu treffen, um Schädigungen Dritter zu verhüten.[730] Dies gilt auch für ungewöhnliche Ereignisse, wie etwa Nebenerscheinungen in der Produktion.[731] Kann Betriebsleiter M. keine Spezialkenntnisse in chemischen Belangen vorweisen, ist der Geschäftsherr verpflichtet, die **nötigen Fachkenntnisse in den Betrieb einzubringen**, nötigenfalls eine genügende Anzahl an spezialisierten Hilfspersonen beizuziehen.[732] Dieser Pflicht kam er nach, indem er Chemiker S. für sicherheitsrelevante Aufgaben im Gefahrenstoffumgang beschäftigte, der eine allgemeingültige Betriebsvorschrift für die Produktion ausarbeitete. Diese richtete sich an über- und untergeordnete Stellen.

---

728 BGE 103 IV 152 E. I.1.

729 Das Verfahren gegen Betriebsleiter M. war bereits eingestellt worden. Ob Chemiker S. eine strafrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden konnte, war nicht Prozessgegenstand (BGE 103 IV 152 E. I.2, 3 und 5).

730 Dies gilt insbesondere für Chemikalien und wie vorliegend das Endprodukt des Sprengstoffs. Das Urteil erging noch vor Inkrafttreten der Sprengstoffgesetzgebung per 1.6.1980, die dem Hersteller eine Reihe von Pflichten auferlegt und in Art. 27 SprstG eine spezialgesetzliche Gefährdungshaftung verankert.

731 OFTINGER/STARK, § 20 N 141.

732 Dies zeigte sich bereits im *Hebammen-* und *Spezialistenfall*. Vgl. dazu BGE 106 IV 264 E. 2.a; BK-BREHM, Art. 55 N 72; OFTINGER/STARK, § 20 N 137; Planerverträge-RIEDO/RIKLIN, § 21 N 129.

Die Kompetenz, Produktionsprozesse abzuändern, kam dem Betriebsleiter zu. Eine Abänderung, die ein Abweichen von der Betriebsvorschrift darstellt und gleichzeitig die Sicherheit der Arbeitnehmer gefährdet, durfte nur mit zusätzlicher Genehmigung des Chemikers S. vorgenommen werden. Die Kompetenz wurde hierarchisch Betriebsleiter M. und fachlich Chemiker S. eingeräumt.[733] Die Weisung betreffend Abänderung des Verfahrens wurde widerspruchsfrei an Abteilungsleiter B. erteilt, sodass er sich danach richten konnte.[734] Sie widersprach jedoch der allgemeinen Betriebsvorschrift. Mit der Genehmigung durch Chemiker S., die das Bundesgericht feststellte, konnte Abteilungsleiter B. kein Vorwurf gemacht werden. Mit den ergriffenen organisatorischen Massnahmen – dem Erlass einer Betriebsvorschrift und der Etablierung einer klaren Kompetenzordnung,[735] die eine unautorisierte Änderung des Produktionsprozesses verhinderte – erfüllte der Geschäftsherr seine organisatorische Sorgfalt. Die aus dem Urteil gewonnenen Überlegungen bestätigen die Ergebnisse aus dem *Werkstattwächterfall*: *Die Notwendigkeit der Aufgabenteilung – vorliegend aufgrund des Beizugs von Fachwissen – verpflichtet den Geschäftsherrn, die verschiedenen Tätigkeiten aufeinander abzustimmen und Kompetenzen abzugrenzen*, um das ursprüngliche Risiko einer Schädigung nicht weiter zu verschärfen.[736] 235

Die vorinstanzlichen Erwägungen zeigen, dass für ein Gericht ein Fehler in der Organisation nachvollziehbarer ist, als ein konkretes fachliches Verhalten einer Hilfsperson zu beurteilen. So stützten sich die vorinstanzlichen Überlegungen auf die nach ihrer Ansicht fehlerhafte Organisation, namentlich die vermeintlich unautorisierte Änderung des Produktionsprozesses. Ob im abgeänderten Prozess eine Sorgfaltspflichtverletzung gesehen werden konnte, wurde in tatsächlicher Weise nicht festgestellt, weil teilweise besonderes Fachwissen erforderlich war. Das Bundesgericht hielt bei der Aufhebung des Urteils denn auch fest: «*Der Beizug* 236

733 Vgl. dazu auch PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 410.

734 BK-BREHM, Art. 55 N 78; SPITZ, Produkthaftung, 99.

735 JAUN, Sorgfaltspflichtverletzung, 382; SHK PrHG-HESS, Art. 41 N 113; ARTER/GUT, 38; GEISSELER, 32; MANNSDORFER, 110; STÖCKLI, 40; BK-BREHM, Art. 55 N 78; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 802; REY/WILDHABER, § 8 N 1103.

736 SCHMID, 176, wonach Leitungsorgane die Unternehmensaktivität sinnvoll zu organisieren und koordinieren haben. Bei der Organisation und Koordination des Unternehmens ist vor allem der bekannten Tendenz, dass durch die Arbeits- und Funktionsteilung das Gefahrenpotenzial erhöht werde, entgegenzuwirken. SHK PrSG-HESS, Art. 22 N 168; JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

eines Experten dürfte sich daher als unumgänglich erweisen.»[737] Es zeigt sich, dass beweisbare, organisatorische Massnahmen, welche der Schadensverhütung dienen, die Haftung des Geschäftsherrn verhindern können. Fehlen solche, wird ein Richter geneigt sein, einen Fehler in der Organisation zu suchen, da ihm Spezialkenntnisse zur Beurteilung eines falschen Umgangs mit Gefahrenstoffen fehlen. Dass ein Richter nicht in jedem Fall von Beginn weg einen Sachverständigen beizieht, zeigt das vorliegende Urteil.

2.3 Kellertreppenfall (1969)

a. Sachverhalt und Erwägungen

237 Generalunternehmer F. setzte R. als Bauleiter für den Bau eines Einfamilienhauses ein. Am Unfalltag waren Arbeiter und Hilfspersonen einer Bauschreinerei mit dem Hineintragen verschiedener Möbelstücke beschäftigt. Beim Hineintragen fiel der Geschädigte B., Hilfsperson der Bauschreinerei, die Kellertreppe hinunter und verletzte sich schwer; es stand fest, dass die Absperrung entfernt worden war, was mitursächlich für den Sturz war. Sowohl der Gipsermeister als auch der Bodenleger mussten jeweils für ihre Arbeiten die Abschrankungen entfernen. Am Unfalltag fehlte die Abschrankung, ohne dass man feststellen konnte, an welchem Tag und durch wen sie entfernt und nicht wieder angebracht worden war. Der Geschädigte B. klagte unter anderen gegen den Generalunternehmer F.[738]

238 Das Bundesgericht erwog, dass die fehlende Abschrankung eine Gefahr für Personen schuf, die im Haus arbeiteten oder ein- und auszugehen hatten. Wer eine solche Gefahr schaffe, sei verpflichtet, die zur Vermeidung des Schadens erforderlichen Massnahmen zu treffen.[739] Wer die Absperrung entfernte, sei für die Haftung aus Art. 55 OR nicht von Belang. Es «*genüge der Nachweis, dass die Abschrankung im Zeitpunkt des Unfalles fehlte und dass René* […] *als Bauleiter und Hilfsperson des Beklagten gegen diesen rechtswidrigen Zustand nicht eingeschritten war*».[740] Die Absperrung war bestimmt, alle am Bau Beteiligten vor einem Sturz zu bewahren, gleichgültig auf welcher rechtlichen Grundlage ihre Ar-

737 BGE 103 IV 152 E. I.4.

738 BGE 95 II 93 A.

739 BGE 95 II 93 E. I.2.

740 BGE 95 II 93 E. I.3.

beit beruhte.[741] Der Umstand, dass der Geschäftsherr Bauleiter R. nicht mit der nötigen Sorgfalt über das Anbringen von Abschrankungen zur Verhütung von Bauunfällen unterrichtet hatte, liess den Entlastungsbeweis scheitern.[742]

b. Würdigung

Die ungesicherte Kellertreppe stellte eine objektbezogene Gefahr dar. Unterhalten wurde der Gefahrenzustand vom Geschäftsherrn, weshalb auch ihn die Pflicht traf, alle zumutbaren unfallverhütenden Massnahmen vorzusehen. Wie im *Motorseilwindenfall* dargelegt, eignen sich für die Gefahrensteuerung sowohl eine Sicherung durch Bewachung als auch eine gegenständliche Sicherung. Typischerweise verlangen verschiedene Unfallverhütungsvorschriften[743] eine gegenständliche Sicherung, welche im konkreten Fall auch die praktikablere Lösung darstellte.[744] 239

Der Geschäftsherr musste damit rechnen, dass sich ein Arbeiter bei fehlender Abschrankung verletzen könnte. Bereits mehrfach hielt das Bundesgericht in anderen Urteilen fest, dass jeder, der bei der Leitung oder Ausführung eines Bauvorhabens mitwirkt, verantwortlich für die in seinen *Aufgaben- und Verantwortungsbereich fallenden Sicherheitsvorkehrungen* ist.[745] Die Aufteilung in verschiedene Verantwortlichkeitsbereiche ist eine Folge der beim Bau unumgänglichen Arbeitsteilung. Die einzelnen Tätigkeiten lassen sich häufig nicht scharf voneinander abgrenzen, sodass die Verantwortung oft mehrere Personen gleichzeitig trifft.[746] Ist jeder verantwortlich, zeichnet sich wie im *Kanzleifall* die Tendenz ab, dass «keiner mehr verantwortlich» ist oder «man darauf vertraut, dass der andere es machen 240

741 BGE 95 II 93 E. I.5.

742 BGE 95 II 93 E. I.4.

743 GEISSELER, 28 f.; § 7 N 160 ff.

744 Vgl. BGE 95 II 93 E. II.3: «*Die Auffassung des Klägers, der Beklagte hätte persönlich in den Neubau vorausgehen sollen, um die Lage abzuklären, ist lebensfremd, zumal keine Anhaltspunkte namhaft gemacht werden, aus denen der Beklagte hätte schliessen müssen, dass der Generalunternehmer Fritz Schärer und sein Bauleiter ihre Pflicht nicht getan hatten.*»

745 Vgl. Planerverträge-RIEDO/RIKLIN, § 21 N 122; SCHUMACHER, 106 ff., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; BSK StGB II-ROELLI, Art. 229 N 9.

746 BGer, 6B_516/2009, 3.11.2009, E. 1.3.2; BGer, 6P.58/2003, 3.8.2004, E. 6.1; BGer, 6B_1016/2009, 11.2.2010, E. 5.5; BGer, 6B_543/2012, 11.4.2013, E. 1.1.3; KONOPATSCH, 15; SCHUMACHER, 104; Planerverträge-RIEDO/RIKLIN, § 21 N 128.

würde».[747] Diese Tendenz verstärkt sich, wenn betriebsfremde Hilfspersonen, etwa in Form von vertraglich engagierten Subunternehmen, beigezogen werden. Selbst wenn die Instruktion, die nötigen Sicherheitsvorkehrungen anzuwenden und einzuhalten, auf vertraglicher Basis an Subunternehmen erfolgt, entbindet dies den Geschäftsherrn nicht von seiner deliktischen Sorgfalt.[748] Der Geschäftsherr, der ein wirtschaftliches Interesse am Unterhalt einer Gefahrenquelle hat, muss sich – nötigenfalls durch Delegation der Überwachung an eine eigene Hilfsperson – vergewissern, dass die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen erfüllt werden.[749]

241 Das Gericht legte den Fokus nicht darauf, wer die Absperrung entfernt und nicht wieder angebracht hatte. Dies liess sich nicht mehr ermitteln. Die einzelne schadenverursachende Handlung rückt in den Hintergrund; das Funktionieren der Organisation des Geschäftsherrn wird zum Beweisthema, was eine erhebliche prozessuale Erleichterung für den Geschädigten darstellt.[750] Soll der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn nicht von vornherein scheitern, muss er folglich auch die Aufgaben betriebsfremder Subunternehmer definieren, um wiederum für seine Hilfspersonen den Sorgfaltsbeweis erbringen zu können. Dies zeigte sich bereits dezidiert im *Werkstattwächterfall*, bei welchem unklar war, wie mit Weisungen betriebsfremder Dritter umzugehen ist. Diese Pflicht der Etablierung einer Kompetenzordnung im eigenen Betrieb wird um eine **Pflicht der zweckmässigen**

---

747 Ähnlich in einem Fall des KGer SZ, in welchem ein Stellvertreter für die Pistensicherheit ernannt worden war, dieser aber entgegen dem Dienstplan, und ohne seinen Vorgesetzten zu informieren, seinen Dienst mit einem untergeordneten Patrouillier abtauschte, mit der Folge, dass kein Verantwortlicher zum Unfallzeitpunkt zugegen war. (KGer SZ, KG 175/01 SK, 23.7.2002, E. 5.c). Vgl. auch BGer, 4A_36/2008, 18.2.2008, E. 4.3 ff.: Zum Mangel der unklaren Zuständigkeit führte das Gericht aus, dass gemäss dem Plan für den Postdienst rund zehn Personen in Betracht kamen. Diese Parallelität der Zuständigkeiten sei ursächlich für das Vergessengehen der restlichen Post gewesen, was zu Missverständnissen bzw. Unklarheiten führte. Das Bundesgericht bejahte einen Organisationsmangel. Vgl. auch DONATSCH/BLOCHER, 58 f.

748 FURGLER, 112 f.: Dem Geschädigten soll kein Nachteil aus der vertraglichen Delegation an einen Dritten erwachsen. KOLLER, Haftung, 14 ff.; BGer, 4C.296/1999, 28.1.2000, E. 1 f.

749 JAUN, ratio legis, 595; BGE 96 II 33 E. 4: Vom Geschäftsherrn wurde gefordert, dass mit Fehlern bei der mitwirkenden Unternehmung gerechnet werden und daher der eigene Kranmonteur besonders darauf aufmerksam gemacht werden müsse.

750 Im Umkehrschluss führt dies zu erheblichen Beweisproblemen für den Geschäftsherrn in einem etwaigen Regressprozess gegen seine Subunternehmer oder Hilfspersonen.

Organisation, unter Einbindung betriebsfremder Subunternehmer und Dritter, erweitert.[751] Der Geschäftsherr hat zu koordinieren, welcher Betrieb für welche Tätigkeit verantwortlich ist und wer die Sicherungspflichten zu erfüllen hat. Er hat durch zweckmässige Intervention die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften zu veranlassen und so das Risiko auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.[752] Delegiert er die Unfallverhütung an einen Bauleiter, sind seine Kompetenzen gegenüber Hilfspersonen und beteiligten Dritten abzustecken. Eine Kontrolle durch den Bauleiter ist nur dann zielführend, wenn der Geschäftsherr den Bauleiter mit den Rechten ausstattet, die ihm eine effektive Kontrolle ermöglichen. Nötigenfalls ist er zu ermächtigen, Sanktionen anzudrohen und durchzusetzen, was einer vertraglichen Grundlage mit den Subunternehmern bedarf.[753]

2.4 Zwischenfazit

Die Urteile zeigen, dass der Geschäftsherr die nötigen Voraussetzungen zu schaffen hat, damit Aufsichtstätigkeiten wahrgenommen werden können. Dazu sind die verschiedenen Tätigkeiten aufeinander abzustimmen. Besonders bei Betrieben, die sowohl hierarchische als auch fachliche Strukturen aufweisen, Hilfspersonen folglich von mehreren übergeordneten Stellen Weisungen erhalten können, sind die Weisungsbefugnisse mittels Kompetenzordnung in ein stimmiges Gesamtgefüge zu bringen. Kommt dem Geschäftsherrn die Herrschaft über einen Gefahrenzustand zu, ist nicht nur die Aufgaben- und Kompetenzteilung in Bezug auf die eigenen Angestellten vorzunehmen. Er kann auch einer deliktischen Haftung unterliegen, wenn Dritte oder beigezogene Subunternehmer in seinen Organisationsbereich eingreifen. Diesfalls muss der Geschäftsherr die Durchsetzung der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen gewährleisten und nötigenfalls Sanktionsmechanismen vorsehen. 242

751 Damit wird nicht etwa eine Haftung für selbstständige Hilfspersonen statuiert, sondern die Gefahrenprävention im eigenen Organisationsbereich verlangt. Für die Verfehlungen der eigenen Hilfspersonen haftet der Sicherungspflichtige bzw. der Geschäftsherr (ähnlich MEDICUS/LORENZ, § 151 N 1353).

752 Vgl. BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015, E. 3.4.

753 BGE 43 II 181 E. 5; OFTINGER/STARK, § 20 N 138.

§ 9 Ablauforganisation

243 Die im Rahmen der Aufbauorganisation definierten Einzelaufgaben werden in der Ablauforganisation in eine sinnvolle örtliche und zeitliche Reihenfolge gebracht. Der Geschäftsherr führt damit Personal- und Sachmittel in gewünschter Form zusammen. Er legt die Arbeits- und Informationsprozesse fest. Sorgfältiges Verhalten – sei es bei der Strukturierung selbst oder bei der Bewältigung der Arbeitsprozesse – bedingt, dass Entscheidungen aufgrund angemessener Informationen getroffen werden. Dazu ist erforderlich, dass Informationen beschafft, an die richtige Stelle übermittelt und verarbeitet werden. Zur Ablauforganisation gehört folglich eine Informationsorganisation. Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit, sich zu Fehlern in diesem Themenbereich zu äussern.

1. Mangelnde Anweisung der Hilfspersonen

244 Der Geschäftsherr hat die Hilfspersonen im Hinblick auf ihre Tätigkeit sorgfältig zu instruieren und bei Auftreten neuer Probleme die notwendigen Anweisungen zu erteilen (klassisch: *cura in instruendo*).[754] Dies betrifft zum einen allgemeine Vorschriften: Charakteristisch handelt es sich etwa um Hinweise zu elementaren Ge- und Verboten[755], zu Sicherheits- und Schutzvorschriften[756] sowie zu Ausnahme- und Notfallsituationen.[757] Zum anderen sind es spezifische Anweisungen an Hilfspersonen für die ihnen angedachten Aufgaben und Tätigkeiten.[758]

245 Inhalt und Detaillierungsgrad der Weisungen hängen massgeblich von Einzelumständen, insbesondere der Qualifikation, Erfahrung und Zuverlässigkeit der Hilfsperson, sowie auch von der übertragenen Arbeit ab.[759] Unter Umständen besteht für einfache und routinemässige Arbeiten keine spezifische Instruktionspflicht,

---

754 Statt vieler KELLER/GABI/GABI, 173.

755 BeckOK BGB-FÖRSTER, § 831 N 57 und 69; STARK, § 7 N 561; BK-BREHM, Art. 55 N 65.

756 HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 27; HUGUENIN, § 24 N 2039; REY/WILDHABER, § 8 N 1103.

757 Bspw. verbindliche Vorgaben bei Ausfällen von Mitarbeitern oder von Sicherungssystemen; HUGUENIN, § 24 N 2039.

758 Statt vieler STARK, § 7 N 561.

759 CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 21; BK-BREHM, Art. 55 N 65.

insbesondere nicht, wenn die Hilfspersonen zuverlässig und erprobt sind.[760] Gleiches gilt, wenn Arbeiten an qualifizierte Spezialisten übertragen werden, die sich auf die Tätigkeit besser verstehen als der Geschäftsherr.[761] Handelt es sich dagegen um eine gefährliche oder besonders schwierige Tätigkeit, mit der die Hilfspersonen nicht vertraut sind, sind detaillierte Instruktionen zu erteilen.[762] Die Instruktionspflicht erstreckt sich nicht nur auf naheliegende Komplikationen, sondern auch auf weitergehende Konsequenzen.[763] Bei gegebener Sachlage muss sogar mit Fehlhandlungen Dritter gerechnet werden.[764] Die Kenntnisse des Geschäftsherrn von Faktoren, die für Gefahren und deren Beherrschung bedeutsam sind, müssen an Hilfspersonen weitergegeben werden.[765]

246 Die fehlende Vermittlung des Gefahrenwissens wurde auch im *Chlorkastenfall* bemängelt: Der Werkführer musste um die Verunreinigung von Abwasser wissen, gab jedoch das Wissen nicht an die übrigen Hilfspersonen weiter, sodass gefahrenbringende Handlungen begünstigt wurden.[766] Die Instruktionspflicht richtet sich allerdings nach dem, was vernünftigerweise verlangt werden kann.[767] Im *Motorseilwindenfall* wurde die Gefahr, welche aus dem Anfassen des Drahtseils herrührte, als für jedermann offenkundig bezeichnet, was jede Warnung überflüssig machte.[768]

247 Schriftliche Unterlagen ermöglichen es den Hilfspersonen, einschlägige Instruktionen nachzulesen.[769] Sind komplexere Arbeiten auszuführen, empfiehlt es sich, Formulare und Checklisten zur Verfügung zu stellen oder die Ausarbeitung von Aufgabenberichten und -protokollen anzuordnen, die neben der Überwachung auch die Selbstkontrolle der Hilfspersonen vereinfachen.[770] Mittels Notfallplänen können Ausnahmesituationen bedacht und geregelt werden, damit Hilfspersonen

760 BGE 110 II 456 E. 2.b; BGer, 4A_326/2008, 16.12.2008, E. 5.3; BGE 68 II 287 E. 4; BGE 80 II 247 E. 4.a.

761 OFTINGER/STARK, § 20 N 136.

762 Dazu die Ausführungen zum *Chlorkastenfall* (§ 8 N 212 ff.).

763 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 797.

764 BGE 96 II 27 E. 4.

765 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 401 ff.

766 Vgl. BGE 31 II 687 E. 4.

767 BGer, 4A_326/2008, 16.12.2008, E. 5.3.

768 BGE 77 II 308 E. 3; so auch BK-BREHM, Art. 55 N 65.

769 STEINDORFF, 114 f.

770 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 404.

erste Sofortmassnahmen ergreifen können.[771] Dies ermöglicht dem Geschäftsherrn im Schadensfall zugleich den Nachweis, Anweisungen erteilt und die nötige Sorgfalt angewendet zu haben.

2. Fehlende Informations- und Kommunikationsorganisation

248 Der Geschäftsherr – will er sich ein angemessenes Gesamtbild über mögliche Gefahren machen – hat sich zunächst über die vorliegenden Verhältnisse zu erkundigen, bevor Tätigkeiten delegiert und Hilfspersonen eingewiesen werden.[772] Es ist eine Frage der Organisation, wie Informationen gesammelt, zugänglich gemacht und weitergeleitet werden. Die nachfolgenden Bundesgerichtsentscheide zeigen, dass Informationen in geeigneter Weise abrufbar sein und Informationsflüsse zwischen den Abteilungen und Hilfspersonen auf sachgerechten Kommunikationswegen erfolgen müssen.

2.1 Kabelbruchfall (1971)

a. Sachverhalt und Erwägungen

249 Der Geschäftsherr wurde beauftragt, einen Graben auszuheben, um Wasserleitungen zu verlegen. Er erkundigte sich, ob er auf bereits bestehende Leitungen und Kabel stossen könnte. Ihm wurde ein Plan ausgehändigt, welcher jedoch ungenau war. Zugleich wurde er angewiesen, durch Sondierungsschlitze die Lage der Elektrokabel zu ermitteln und ohne Maschinen zu arbeiten. Der Geschäftsherr liess die Grabarbeiten von seinen Hilfspersonen ausführen, ohne entsprechende Weisungen zu erteilen, sodass eine Hilfsperson mit einem Presslufthammer ein Kabel durchtrennte. Dadurch fiel der Strom auf dem anliegenden Betrieb aus und verursachte einen Schaden von CHF 143'946.50. Die Geschädigte klagte gegen den Geschäftsherrn.[773]

---

771 HUGUENIN, § 24 N 2039.

772 BK-BREHM, Art. 55 N 65; vgl. zur Informationsbeschaffung schon den *Lawinenfall* (§ 7 N 192 ff.) sowie für die Aus- und Belastung des Personals (§ 7 N 169 ff.).

773 BGE 97 II 221 A. Haftungsgrundlage war Art. 55 OR i.V.m. Art. 239 StGB als Schutznorm (NEF/ROBERTO, 295).

Der Schaden trat ein, weil Kabel im Plan nicht an eingezeichneter Stelle lagen. Es war fraglich, ob weitere Massnahmen geboten waren, um einen Schaden dieser Art zu verhüten.[774] Gemäss Bundesgericht war der Plan ungenau und unzuverlässig. Ein sorgfältiger Baumeister hätte sich nicht darauf verlassen, zumal ohne Aufwand weitere schadensverhütende Massnahmen möglich waren, wie etwa die Nachforschung nach einem genauen Plan. Weiter hätte durch Freilegen der Kabelschächte ermittelt werden können, wo sie im Gelände zu liegen kamen. Auch hätten Sondierungsschlitze erstellt werden können, um die Lage zu ermitteln. Zumindest hätte ein sorgfältiger Baumeister seine Hilfspersonen darauf aufmerksam gemacht, dass sie beim Graben auf Kabel stossen könnten und daher vorsichtig vorzugehen hätten, insbesondere den Presslufthammer nur dann zu verwenden, wenn es unumgänglich wäre.[775] Die Beklagte wurde für schadenersatzpflichtig erklärt. 250

b. Würdigung

Grabarbeiten bergen unweigerlich die Gefahr, bestehende Infrastruktur zu beschädigen. Die Aufgabe des Geschäftsherrn ist es, die durch den Unterhalt einer Baustelle geschaffene Gefahr auf ein erlaubtes Mass zu senken. Die Schädigung der Leitungen wurde durch die fehlgeleitete Hilfsperson verursacht. Nach Ansicht des Bundesgerichtes wurde die Hilfsperson nicht in gebotener Weise instruiert. Um jedoch die Anweisungen überhaupt erteilen zu können, muss der Geschäftsherr zunächst die gegenwärtigen Gegebenheiten ermitteln.[776] Ihn trifft die Pflicht, eine **angemessene Informationsgrundlage für seine Entscheidungen** zu schaffen, um erforderliche Handlungen anordnen zu können.[777] Die mangelhafte Informationsbeschaffung, sei dies durch interne oder externe Quellen, kann kausal für das Ausbleiben gebotener Handlungen oder das Treffen falscher Entscheidungen sein. 251

Dem Geschäftsherrn lag ein Plan vor, jedoch eignete sich dieser nicht dazu, um Grabarbeiten anzuleiten. Es handelte sich um eine Vergrösserung eines Originalplans grösseren Massstabes, der keine Zahlen oder Fixpunkte enthielt. Die Position der Kabel konnte anhand des Plans nicht genau ermittelt werden. Das Gericht 252

774 BGE 97 II 221 E. 2.

775 BGE 97 II 221 E. 3.

776 BK-Brehm, Art. 55 N 65.

777 von Bar, Verkehrspflichten, 97 f., zu den Erkundigungs- und Benachrichtigungspflichten allgemein und insbesondere im Bereich des Tiefbaus. Siehe zur angemessenen Information in aktienrechtlichem Kontext Fischer, BJR, 35 f.

hielt daher fest, dass auf Basis dieses Plans keine sorgfältigen Entscheidungen getroffen werden konnten. Vom Geschäftsherrn wurde die **Überprüfung der ihm vorliegenden Informationen** erwartet.[778] Weil der Plan als Entscheidungsgrundlage nicht ausreichte – was einem bewandten Baumeister ins Auge springen muss –, waren alsdann weitere Informationen zu beschaffen. Die Formulierung «*ohne grossen Aufwand*»[779] signalisiert, dass die **Informationsbeschaffungspflicht** allerdings Grenzen hat: Sie ist umso umfassender, je weitreichender die Folgen einer Entscheidung sein können. Jedoch kann nicht verlangt werden, was technisch oder rechtlich nicht möglich oder finanziell – im Sinne einer Abwägung von Kosten und Nutzen – unzumutbar ist.[780] Um der Sorgfaltspflicht nachzukommen, führte das Bundesgericht weitere Massnahmen an, die eine Schädigung dieser Art verhindert hätten. Es drängte sich die Beschaffung weiterer Informationen bei zuverlässigeren Quellen wie dem Elektrizitätswerk oder der Geschädigten auf, die die Leitungen erstellten und denen sie dienten. Aber auch die selbstständige Beschaffung von Informationen mittels baulicher Massnahmen war denkbar. Damit wird klar, dass erst die richtige und vollständige Informationslage die Ausgestaltung des Projektes und damit zusammenhängend die Instruktion der Hilfspersonen zuliess.[781]

253 Schon der *Lawinenfall* hat deutlich aufgezeigt, dass die Pistensicherheit nur gewährleistet werden kann, wenn die Informationsorganisation funktioniert. Damit die verantwortliche Person prüfen konnte, ob die Piste für den Verkehr geöffnet werden durfte, mussten Informationen laufend aufgezeichnet, gesammelt, ausgewertet und weitergegeben werden. Zum einen handelte es sich um Wetterdaten, zum anderen um Arbeitsrapporte über bereits durchgeführte Hangsprengungen. Weil die Sicherheit der Pistennutzer betroffen war, wurde eine «*klare und straffe Organisation*»[782] verlangt. Ohne die relevanten Informationen konnte

778 BGE 97 II 221 E. 3.a. Ähnlich auch die Überlegungen beim Rechtsinstitut der *Business Judgment Rule* in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die eine angemessene Informationsgrundlage als Teil eines formell sorgfältigen Geschäftsentscheides vorsieht (GAUCH, BJR, 54 ff.). GERICKE/WALLER, 301, die eine Selektion der Informationen als notwendig erachten.

779 BGE 97 II 221 E. 3.a.

780 ABEGGLEN, 195 f.; OFTINGER/STARK, § 20 N 143, mit weiteren Hinweisen; FISCHER, BJR, 192.

781 BGE 97 II 221 E. 3.

782 BGE 125 IV 9 E. 1.e.

auch keine Risikoabwägung vorgenommen werden, weshalb die Piste nicht hätte geöffnet werden dürfen.[783]

Handelt es sich nun beim Geschäftsherrn um eine juristische Person, folglich um eine arbeitsteilige Organisation, treten weitere Schwierigkeiten auf: Mit zunehmender Grösse und Komplexität der Zusammenarbeit verteilen sich die relevanten Informationen auf zahlreiche Hilfspersonen.[784] Ob der Geschäftsherr oder seine Organe über sämtliche Informationen auch tatsächlich verfügen, ist nicht relevant, weil sie *wissen müssen*.[785] Die Pflicht zur Informationsbeschaffung wird zur **Informationsorganisationspflicht**. Wer eine organisationsbedingte Gefahrenquelle schafft, indem er sich für die arbeitsteilige Ausweitung seiner Betriebstätigkeit entscheidet, muss auch die damit verbundenen Nachteile der *Wissensaufspaltung* tragen und die Gefahr folglich durch eine Informationsorganisation beherrschen.[786] 254

Dass der Informationsfluss auch in einer horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung funktionieren muss, mithin Informationen von verschiedenen Hilfspersonen zusammenzutragen sind, zeigt der *Bankdirektorfall*: Verschiedene Indizien liessen darauf schliessen, dass die Hilfsperson strafrechtliches Fehlverhalten an den Tag legte. Nur wurden die Informationen nie ganzheitlich betrachtet, sodass schärfere Überwachungsmassnahmen unterblieben. Das IKS hatte versagt und die Haftung des Geschäftsherrn wurde bejaht.[787] 255

2.2 Blutkonservenfall (2013)

a. Sachverhalt und Erwägungen

Während einer Operation wurde eine Bluttransfusion durchgeführt, für welche die Assistenzärztin die benötigten Blutkonserven aus dem Labor holte. Vor der Transfusion wollte sie sich vergewissern, dass es sich um die richtigen Konserven han- 256

783 Vgl. auch § 7 N 192 ff.

784 ABEGGLEN, 142 f., der auf organisationsbedingte Wissenszurechnung der Informationen vom Organ zur juristischen Person eingeht. BUCK-HEEB, 18.

785 Die gebotene Sorgfalt orientiert sich danach, ob alle Vorkehrungen, die nach objektiven Kriterien und den konkreten Umständen notwendig sind, getroffen werden (CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 18).

786 VON DER CRONE/REICHMUTH, 412; GUSKI, 368 ff., der im Übrigen die «*Wissensorganisationspflichten*» als Verkehrssicherungspflicht sieht.

787 BGer, 4A_48/2009, 26.3.2009, B.

delte, indem sie die Angaben auf dem gelben Begleitschein[788] (anstelle der Blutgruppenkarte) mit denjenigen auf dem Blutbeutel verglich. Abklärungen ergaben, dass die Blutgruppe infolge eines Pipettierfehlers im Labor falsch ermittelt und an das Laborinformationssystem übermittelt wurde. Die früher korrekt eingetragene Blutgruppe wurde automatisch und ohne Warnanzeige überschrieben. Die Patientin verstarb infolge eines allergischen Schocks. Der Assistenzärztin wurde vorgeworfen, sie habe als verantwortliche Person – entgegen der Handlungsanweisung des Spitals und den gängigen Standards –, den Blutbeutel nicht mit der Blutgruppenkarte der Patientin verglichen, wodurch eine inkompatible Blutgruppe verabreicht wurde.[789]

257 Obwohl festgestellt wurde, «*dass der Informationsfluss und die organisatorischen Abläufe im Spital nicht optimal waren und die Beschwerdeführerin nicht genügend instruiert wurde* […]», habe die Assistenzärztin wissen müssen, dass die Blutgruppenkarte der Patientin für die Kontrolle zwingend war. Die auf einer Unverträglichkeit zwischen Spender- und Empfängerblut basierende Transfusionsreaktion sei in den meisten Fällen auf eine Verwechslung der Blutkonserven zurückzuführen.[790] Ein Fehler des Labors hätte durch die ärztliche Letztkontrolle im Operationssaal erkannt und vermieden werden müssen. Die Assistenzärztin wurde wegen fahrlässiger Tötung schuldig gesprochen.[791]

b. Würdigung

258 Bei arbeitsteilig erbrachten medizinischen Dienstleistungen können geringfügige Fehler weitreichende Folgen haben.[792] Je mehr Hilfspersonen beteiligt sind und je komplexer deren Organisation ausfällt, desto höher ist das Schadensrisiko infolge

---

788 Es handelt sich dabei um eine organisatorische Massnahme: Der Begleitschein soll die Kontrolle ermöglichen, dass die im System gespeicherten Patientendaten mit den herausgegebenen Blutkonserven kongruent sind (vgl. dazu BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 3.3). Zur Unterscheidung der Transfusions- und Blutgruppenkarte sogleich in der Würdigung.

789 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, A.

790 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 3.3.4.

791 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 3.4.4.

792 LANDOLT, Organisationshaftung, 312, zum erhöhten Schadensrisiko durch horizontale und vertikale Aufgabenteilung im Spital.

Organisationsmängel.[793] Informationen als wesentliche Entscheidungsgrundlage für sorgfältiges Handeln[794] werden aufgrund der Arbeitsteilung in verschiedenen Abteilungen erhoben. Informationen müssen unter den Hilfspersonen ausgetauscht werden, was deren Dokumentation und Verwaltung erfordert. Die Dokumentation erlaubt es, Informationen von natürlichen Personen loszulösen, sodass Informationslücken aufgrund ausgefallener Hilfspersonen verhindert werden. Durch die Verwaltung der behandlungsrelevanten Daten wird sichergestellt, dass Informationen sinnvoll gebündelt und an den richtigen Stellen abrufbar sind.[795] Die **Informationsallokation** erfordert einen reibungslosen Informationsaustausch.[796] Der Einsatz eines Informationssystems im Spitalbereich, typischerweise in elektronischer Form, wird mit Erreichen einer gewissen Organisationsgrösse unausweichlich.[797] Elektronische Systeme sind deliktsrechtlich nicht vorgeschrieben; die Sicherheitserwartungen sind jedoch kaum anders zu erfüllen.[798] Wird ein elektronisches System gewählt, müssen die Einträge von behandlungsrelevanten Patientendaten datiert, unabänderbar gespeichert und jederzeit abrufbar sein,[799] ansonsten die Patientensicherheit gefährdet ist.

Vorliegend kam ein Informationssystem im Rahmen der Bluttransfusion zum Ein- 259
satz. Die Blutkonserven wurden vom Labor vorbereitet: Die Laborantin druckte die weisse Blutgruppenkarte mit der richtigen Blutgruppe aus. Danach wurden die Blutproben zur Bestimmung der Blutgruppe getestet. Aufgrund eines Pipettierfehlers wurde beim Test die falsche Blutgruppe bestimmt, im Computersystem eingespeist und die richtige Blutgruppe durch die falsche überschrieben. Anschliessend wurde der gelbe Begleitschein ausgedruckt, der mit den Daten der ausgehändigten Blutkonserven übereinstimmte. Die für den Abgleich erforderliche weisse Blutgruppenkarte wurde gefaltet und unachtsam in einem der Begleit-

---

793 Mehr Umsicht und Einsatz erfordern die Planung, Koordination und Kontrolle der klinischen Abläufe (KERN, 60). JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

794 Dazu gerade der *Kabelbruchfall* (§ 9 N 251 ff.); PFLÜGER, 206; MATUSCHE-BECKMANN, 158.

795 OLAH, 132, mit weiteren Hinweisen zur Information und Kommunikation im Krankenhausbetrieb.

796 Vgl. sogleich den *Funkerfall* (BGE 126 IV 13).

797 BUCK-HEEB, 18; so bereits im *Bankdirektorfall* betreffend IKS (§ 7 N 201 ff.) oder die elektronische Verarbeitung von Wetterdaten im *Lawinenfall* (§ 7 N 192 ff.).

798 FONTANA/RIGAMONTI, 92, zur Vermeidung von Transfusionsfehlern. Ein Sicherheitskonzept wird auch andere ergänzende Massnahmen beinhalten.

799 LANDOLT, Dokumentation, 16.

scheine beigelegt, sodass «*die Blutgruppenkarte* […] *unentdeckt* […]» blieb.[800] Zwei organisatorische Mängel fallen ins Gewicht: Erstens konnte das Informationssystem ohne Weiteres mit falschen Patientendaten gespeist werden; für Hilfspersonen, die an der Erhebung der Befunde nicht beteiligt sind, ist ein solcher Fehler nur schwer erkennbar. Unzweifelhaft begünstigte die Überschreibung der Patientendaten ohne Warnzeichen[801] die Fehltransfusion.[802] Teil der zweckmässigen Informationsverwaltung muss die **Erteilung der Zugriffs- und Bearbeitungsrechte** sein. Hilfspersonen sollten nur auf solche Daten zugreifen und diese bearbeiten dürfen, die für ihre Tätigkeit relevant sind.[803] Zweitens war es das «Wie» der Übermittlung, das Mängel aufwies: mehrere Karten mit unterschiedlichen Informationen und zusätzliche Angaben auf den Blutkonserven. Werden Hilfspersonen in der Art der Kommunikation nicht eingewiesen, bleibt für sie unklar, welche Informationen relevant bzw. richtig sind. Wichtige Informationen müssen standardisiert und verständlich weitergegeben sowie nötigenfalls hervorgehoben werden. Die falsch ermittelte Blutgruppe und die unsorgfältige Weitergabe der Informationen erhöhten die Gefahr einer falschen Bluttransfusion ganz erheblich. Die deutsche Rechtsprechung ging in einem vergleichbaren Fall von einem «*gravierenden Organisationsverschulden*» der Krankenhausverwaltung aus.[804]

260 Unklar blieb, ob die Ärztin in der Kontrolle bzw. in den Handlungsanweisungen des Spitals unterwiesen wurde. Das Bundesgericht erachtete die fehlende Letztkontrolle als sorgfaltswidrig, denn jedes System müsse der guten ärztlichen Praxis genügen.[805] Auch wenn der Informationsfluss und die Abläufe im Spital mangel-

---

800 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 2.3.3.

801 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, A.c.

802 VON DER CRONE/REICHMUTH, 413. Von der Beklagten wurde die Frage aufgeworfen, warum ein Überschreiben möglich war (BYLAND URS, Warum die Assistenzärztin in die Falle tappte, Aargauer Zeitung vom 21.10.2011, abgerufen unter https://www.aargauerzeitung.ch).

803 MÜLLER, Digitalization, 47, zur Information Governance als Ganzes.

804 AG Köln, 613 Ls 3/12, 16.5.2012, E. II: Das Labor gab mehrere Beutel für verschiedene Patienten gleichzeitig heraus, ohne genau nachvollziehen zu können, welcher Beutel bzw. Blutgruppe für welchen Patienten bestimmt war. Im Übrigen wurde die handelnde Laborantin im *Blutkonservenfall* ebenfalls der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen (HUBACHER MARKUS, Falsches Blut – Bundesgericht bestätigt Urteil gegen Langenthaler Ärztin, BZ vom 11.10.2013, abgerufen unter https://www.bernerzeitung.ch).

805 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 3.3.4.

haft waren, hätte die Assistenzärztin theoretisch wissen müssen, dass eine Kontrolle der Blutgruppenkarte zwingend ist. Doch die Anordnung einer Letztkontrolle und deren konsequente Durchsetzung obliegen auch dem Geschäftsherrn,[806] sodass der Spitalbetreiber theoretisch die Gefährdung voraussehen und Massnahmen ergreifen musste: Im *Chlorkastenfall* wurde auf die Problematik hingewiesen, dass Gefahrenwissen vermittelt werden muss;[807] der *Hebammen-* und der *Spezialistenfall* machten deutlich, dass bei wiederkehrenden Prozessen mittels schriftlicher Checklisten die Wahrscheinlichkeit eines Fehlverhaltens minimiert werden kann.[808] Wird nun einer in Ausbildung befindlichen Assistenzärztin eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt – die wohl kaum Einfluss auf bestehende Abläufe hat –, muss erst recht eine Organisationspflichtverletzung des Spitalbetreibers angenommen werden.

2.3 Funkerfall (1999)

a. Sachverhalt und Erwägungen

Auf einer Baustelle kam es zu einer Streifkollision eines Schnellzuges mit einem drehbaren Schienenkran. Der Schienenkran ragte bei seinen Schwenkmanövern in das Gleis, weshalb es jeweils gesperrt wurde. Um die Sperrung zu veranlassen, musste die Anfrage über eine Befehlskette von vier Stationen via Funk übermittelt werden. Die Bestätigung der Sperrung wurde auf gleichem Wege zurück an die Hilfsperson vor Ort gesendet, bevor die Manöver ausgeführt werden durften. Der Verbindungsmann in der Befehlskette vergewisserte sich nicht, ob die Hilfsperson vor Ort die Funkantwort empfangen und verstanden hatte, sodass es zu einem Missverständnis kam. Das Bundesgericht verurteilte den Verbindungsmann unter anderem wegen mehrfacher fahrlässiger Tötung.[809] 261

Im SBB-Reglement wurden die Pflichten der Hilfspersonen bei Arbeiten an Gleisen umschrieben: Der Empfang von Meldungen ist zu quittieren. Der Verbindungsmann hätte sich vergewissern müssen, dass die Meldung verstanden wurde, andernfalls der Halt des Zuges zu veranlassen gewesen wäre. Ihm wurde eine 262

806 Vgl. zur Durchsetzung von Überwachungsmassnahmen § 10 N 268 ff. sowie auch den *Schachtrahmenfall* (BGE 110 II 456).

807 Vgl. dazu § 8 N 212 ff.

808 Vgl. § 8 N 217 ff.

809 BGE 126 IV 13 A.

Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen, weil er die Sprechdisziplin verletzte.[810] In allgemeiner Weise wurde festgestellt, dass jenes Gleis nur für die Dauer der einzelnen Schwenkmanöver gesperrt wurde. Ausserhalb dieser Sperrzeit blieb das Gleis für den Zugverkehr unbeschränkt offen, was mit erheblichen Risiken verbunden war. «*Hinzu kam die Art und Weise, wie die Anfragen übermittelt wurden: Befehlskette, mündlich, per Funk, über mehrere Stationen.*» Darin lag eine besondere Gefahr für Übermittlungsfehler. Ein solches Sicherheitskonzept war für die ausgesprochen gefährliche Situation nur schwer nachvollziehbar. Es wäre ein zweckmässiges Sicherheitskonzept erforderlich gewesen, das einen derartigen Unfall von vornherein ausgeschlossen hätte.[811]

b. Würdigung

263 Was den klassischen Sorgfaltsbeweis betrifft, lässt das Urteil keine Zweifel zu, dass die Hilfspersonen geeignet waren und hinreichend instruiert wurden. Anzeichen eines Überwachungsfehlers des Geschäftsherrn lassen sich nicht finden, zumal eine permanente Überwachung ohnehin nicht zumutbar ist.[812] Fraglich ist, ob unabhängig davon das Sicherheitsdispositiv zeitgemäss war. Der Sachverhalt verdeutlicht zunächst, dass ein umständlicher Arbeitsablauf theoretisch funktionieren sollte, wenn sich jedermann an die Vorschriften hält. Lässt man jedoch zu, dass der Geschäftsherr einen **gefährlichen Arbeitsablauf** vorgibt und sich leichthin mit dem Verweis der Instruktion befreien könnte, würde die Schadensursache nicht rechtsgenügend gewürdigt.[813] Wer als Arbeitsablauf sinnbildlich ein Kartenhaus aufstellt, das durch den kleinsten Windstoss zusammenfällt, haftet, auch wenn er den Windstoss nicht verschuldet, da er durch das labile Konstrukt das Risiko einer Schädigung erheblich erhöht.[814] Konkret schaffte der Geschäftsherr die Vorbedingungen, dass es bei einem geringfügigen menschlichen Versagen, sei es auch nur eine kurze Unaufmerksamkeit, zu einem Unglück kommen würde.[815] Der Geschäftsherr handelt demnach sorgfaltswidrig, wenn er den Betrieb schlecht

---

810 BGE 126 IV 13 E. 7.a/bb.

811 BGE 126 IV 13 E. 7.a/aa.

812 BGE 47 II 334 E. 2; REY/WILDHABER, § 8 N 1096; vgl. auch sogleich § 10 N 268 ff.

813 Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen zum *Chlorkastenfall* (§ 8 N 212 ff.).

814 OFK StGB-DONATSCH, Art. 11 N 14 f.; GEIGER, 100; KOZIOL, D.3. N 10.

815 Vgl. dazu SCHUBARTH, 38 f.; DONATSCH/BLOCHER, 56 f.; WIPRÄCHTIGER, 759.

organisiert und dadurch eine sonst vermeidbare Gefährdung fremder Personen hervorruft.[816]

Für die strafrechtliche Fragestellung musste die Zweckmässigkeit des Sicherheitsdispositives nicht abschliessend beurteilt werden. Für die Beurteilung der Organisationspflichten sind das Sicherheitsdispositiv und die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts jedoch von erheblicher Relevanz.[817] Wie in den *Spitalhaftungsfällen*[818] handelt es sich bei Arbeiten an Gleisen um wiederkehrende Prozesse.[819] Dies prägt insbesondere die Vorhersehbarkeit von Schädigungen: Die Tätigkeit wurde bereits mehrfach ausgeführt, was eine Einschätzung der zu erwartenden Risiken erlaubt. So wurde versucht, das Risiko einer Streifkollision mittels allgemeiner Weisungen im Reglement zu bannen. Ein Sicherheitsdispositiv, das erkennbare Betriebsrisiken[820] nicht in hinreichender Weise eindämmt – wobei bei Nachlässigkeiten sogar von vornherein mit Schädigungen zu rechnen ist –, genügt der Sorgfalt der zweckmässigen Organisation nicht.[821] Die Rechtsprechung fordert ein sachadäquates Informationsmanagement, um angemessene Prozessabläufe sicherzustellen.[822] Die Übermittlung der Anfrage über mindestens vier Stationen und wieder zurück ist fehleranfällig. Die gewählte Übermittlungsform mündlich, via Funk verschärfte das Risiko noch weiter. Der Geschäftsherr hätte **kürzere Kommunikationswege und sachadäquate Kommunikationsmittel implementieren** müssen, um gewährleisten zu können, dass die erforderlichen Informationen («*wenn dä Zug dure isch, chasch schwänke*»)[823] rechtzeitig und zuverlässig an der entsprechenden Stelle vorlagen.[824] Ist eine solche Informationsallokation nicht möglich oder zumutbar, wäre der Gleisabschnitt für den Zugverkehr gänzlich zu sperren gewesen. 264

816 KOZIOL, D.3. N 10.

817 Vgl. zum Sicherheitsdispositiv auch OGer ZH, SU140008, 9.7.2014, E. 3, wonach im Straf- sowie auch Zivilrecht analoge Überlegungen in Bezug auf die zweckmässige Organisation gemacht werden.

818 Vgl. den *Hebammen*- und den *Spezialistenfall* (§ 8 N 217 ff.).

819 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55.

820 Zum Begriff des betriebstypischen Gefahrenbereichs RYSER, 96.

821 Ähnlich auch SPIRO, 418 ff.

822 LIVSCHITZ, 164; PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 401 f.; so bereits im *Blutkonservenfall* (§ 9 N 258 ff.).

823 BGE 126 IV 13 E. 6.a.

824 NOSETTI, 81; OLAH, 139.

265 Vergleichbare Überlegungen stellte das Bundesgericht auch im *Transformatorfall* (1903) an, in welchem es zu entscheiden hatte, ob der Geschäftsherr für die tödliche Verletzung eines betriebsfremden Maurers hafte, der ein Transformatorhäuschen auszubessern hatte. Der Strom wurde vom Geschäftsherrn von 08:00 bis 12:00 Uhr abgestellt und dem Maurer ein erfahrener Monteur des Geschäftsherrn zur Seite gestellt, der die Arbeiten überwachen sollte. Der Maurer befand sich um 12:00 noch immer im Transformatorhäuschen, sodass er vom Strom erfasst und getötet wurde. Offensichtlich erfüllte der Monteur seine Überwachungspflicht nicht energisch genug. Das Bundesgericht erwog, dass ein «*Rückmeldesystem*», mit welchem die Rückmeldung des Monteurs hätte abgewartet werden können, bevor der Storm wieder eingeschaltet wurde, die Sicherheit erhöht und den Unfall vermieden hätte.[825]

2.4 Zwischenfazit

266 Der Geschäftsherr hat seine Entscheidungen auf einer hinreichenden Informationsbasis zu treffen. Erst danach können Arbeitsabläufe organisiert und Hilfspersonen mit Tätigkeiten betraut werden. In vielen Fällen wird bereits für die Instruktion der Hilfspersonen eine Informationsbeschaffungspflicht zu bejahen sein. Je komplexer die Arbeitsteilung im Betrieb ausfällt, desto intensiver wird die Informationsbeschaffungs- zur Informationsorganisationspflicht. Elektronische Informationssysteme sind in zahlreichen Betrieben unerlässlich, um dieser Pflicht nachzukommen. Das System muss gewährleisten, dass Informationen an der entsprechenden Stelle verfügbar und abrufbar sind. Dies betrifft auch die Kommunikation im Betrieb. Eine ohnehin schon gefährliche Tätigkeit darf nicht durch eine unzweckmässige Organisation im Risiko gesteigert werden. Daher hat das gewählte System – sofern möglich und zumutbar – den technischen Stand der Dinge zu erfüllen.

825 BGE 29 II 60 E. 5: Obwohl nach allgemeiner Übung Rückmeldesysteme in vergleichbaren Betrieben bestanden, soll keine Rechtspflicht die Implementierung vorgeschrieben haben, sodass im Ergebnis die Haftung des Geschäftsherrn verneint wurde.

§ 10 Aufsichts- und Kontrollorganisation

Damit der Geschäftsherr prüfen kann, ob die von ihm vorgesehene Organisation umgesetzt wird und sich bewährt, muss er die Aufsicht über seine Hilfspersonen ausüben. Vielfach wird dies nicht ausreichen, sodass auch Arbeitsergebnisse – bei Produkten oder Dienstleistungen gleichermassen – kontrolliert werden müssen. Doch auch die sachliche Gefahrenkontrolle ist Teil einer Aufsichtsorganisation.[826] Sofern betriebstypische Gefahren bestehen, weil die Betriebstätigkeit solche schafft oder unterhält, sind auch diese zu überwachen. Wie die Aufsichts- und Kontrolltätigkeit auszuführen ist, ist Thema des nachfolgenden Kapitels. 267

1. Mangelnde Überwachung der Hilfspersonen

Der Geschäftsherr bedient sich der Hilfspersonen, um seine deliktischen Pflichten zu erfüllen. Er hat sich laufend über die ordnungsgemässe Dienstausübung zu vergewissern: Ist die Hilfsperson auch tatsächlich der Erfüllung der ihr zugeteilten Aufgabe gewachsen,[827] befolgt sie die erteilten Anweisungen,[828] geht sie bei der Arbeit richtig vor und verhält sie sich diszipliniert?[829] 268

Die bei der Überwachung (klassisch: *cura in custodiendo*) anzuwendende Sorgfalt und Intensität wird massgebend von zwei Faktoren bestimmt: den Eigenschaften der Hilfsperson und der Art der ihr übertragenen Arbeit.[830] Handelt es sich bei der Arbeit um einfache, routinemässige Tätigkeiten und weist die Hilfsperson die nötigen Qualifikationen vor, kann sich der Geschäftsherr auf eine sporadische Kontrolle beschränken.[831] Der Geschäftsherr darf sich auf zuverlässige, langjährige 269

826 VON BAR, Verkehrspflichten, 94, zu den Gefahrenkontrollpflichten als Aufsichtspflicht über Sachgefahren.

827 Im Rahmen der Qualifikation der Hilfsperson wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine fortlaufende Eignung erforderlich ist (KLEINDIEK, 288). Dies macht es unerlässlich, dass sich der Geschäftsherr ein Bild über die verrichtete Arbeit seiner Hilfspersonen macht.

828 STARK, § 7 N 570, spricht von Durchsetzung der Anweisungen.

829 PORTMANN, Hilfsperson, 71.

830 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 798 f.; CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 22; KELLER/GABI/GABI, 173 f.

831 BGE 68 II 287 E. 4; BGE 77 II 308 E. 3; BGE 80 II 247 E. 4.b; BK-BREHM, Art. 55 N 70.

Arbeiter verlassen, ohne sie ständig zu ermahnen und zu überwachen.[832] Prinzipiell ist aber eine Überwachung der Hilfspersonen unerlässlich, denn ein gänzlicher Verzicht begünstigt unsorgfältiges Verhalten.[833] Sind Arbeiten im Gange, die Dritte gefährden können, oder sind Hilfspersonen unerfahren oder unzuverlässig, muss die Überwachung intensiviert werden.[834] Auch hochqualifiziertes Personal kann für ungewöhnliche Arbeiten, insbesondere bei Gefahr für Dritte, einer Überwachung bedürfen.[835] Fehlen dem Geschäftsherrn die Fachkenntnisse, ist unter Umständen die Einschaltung einer weiteren hochqualifizierten Hilfsperson zur Überwachung erforderlich.[836] Es dürfen jedoch keine praxisfernen Anforderungen an die Überwachungspflicht gestellt werden: Eine permanente Überwachung der Hilfspersonen kann nicht zugemutet werden.[837] Dies trifft insbesondere für Hilfspersonen zu, die ihre Tätigkeit nicht im Betrieb des Geschäftsherrn, sondern vor Ort verrichten.[838]

270 Wie die Überwachung zu gestalten ist, hängt von der Eigenart des Unternehmens und dessen Organisation ab.[839] Typischerweise wird sie mittels Kontrollen erfolgen, indem sichergestellt wird, dass Arbeitsschritte korrekt von den Hilfspersonen durchgeführt werden. Insbesondere bei der Produzentenhaftung spielt die Kontrolle der hergestellten Güter eine wesentliche Rolle.[840] Bei Krankenhausbetrieben werden dagegen Visiten durch das übergeordnete Kader die Kontrolltätigkeit erfüllen.[841] Zur Verhinderung von Verstössen sind stichprobenartige,[842] überraschende Prüfungen erforderlich, womit den Hilfspersonen vermittelt wird, dass Verstösse entdeckt werden können.[843] Wer gefährliche Arbeitspraktiken, Übertre-

832 BGE 110 II 456 E. 2.b.

833 BGE 72 II 255 E. 1.c: «*Denn der fähigste und bestausgewiesene Angestellte hat natürlicherweise die Tendenz, sich hier und dort einmal gehen zu lassen, wenn er sich gänzlich frei und unbeobachtet fühlt.*»

834 BGer, 4A_319/2012, 28.1.2013, E. 5.3.2; BK-Brehm, Art. 55 N 70.

835 Oftinger/Stark, § 20 N 136.

836 Rey/Wildhaber, § 8 N 1096.

837 BGE 47 II 334 E. 2; Rey/Wildhaber, § 8 N 1096.

838 BGE 90 II 86 E. 3.c.

839 BGE 72 II 255 E. 1.c; BSK OR I-Kessler, Art. 55 N 20.

840 Vgl. dazu § 12.

841 Kern, 66.

842 BGE 110 II 456 E. 2.a.

843 BGE 72 II 255 E. 1.c.

tungen von Verboten und Weisungen duldet, verletzt seine Sorgfaltspflicht.[844] Will der Geschäftsherr seiner Sorgfaltspflicht nachkommen, wird er Verstösse ahnden und gegebenenfalls seine Überwachungspflicht mit Sanktionen – so etwa durch eine Kündigungsandrohung[845] – durchsetzen müssen.[846]

Im *Maschinistenfall* (2015) kam es zu einem Arbeitsunfall im Betrieb des Geschäftsherrn. Eine Hilfsperson verletzte sich schwer, als die Maschine bei Manipulationen unerwartet startete und ihn einklemmte. Es zeigte sich, dass die Schutzvorrichtungen an der fraglichen Maschine und auch an anderen überbrückt waren. Ein schriftliches Sicherheitskonzept bestand, wurde jedoch nicht umgesetzt. Gemäss Urteil wäre der Unfall vermeidbar gewesen, wäre der Geschäftsherr seinen Aufsichts- und Kontrollpflichten nachgekommen und hätte er die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften durchgesetzt. Diese Pflicht hatte der Geschäftsherr jahrelang nicht wahrgenommen.[847] 271

Verständlicherweise wurde die Überwachung der Hilfspersonen in früherer Rechtsprechung als Überwachung im Sinne eines «auf die Finger schauen» aufgefasst.[848] Dies kann auch heute für kleine Betriebe mit flachen Strukturen zutreffen. Hingegen verlangt die zugenommene Komplexität der Organisationen und der Aufgabenteilung nach einer «*organisierten Kontrolle*».[849] Die Gefahrenursache und das schadensverursachende Verhalten können in Grossbetrieben auseinanderfallen. Den zusätzlich eingegangenen Risiken arbeitsteiliger Aktivität[850] muss mit einem korrespondierenden Überwachungssystem begegnet werden. Daher wird die Überwachung eines Gesellen im Handwerksbetrieb anders gestaltet sein als das IKS im *Bankdirektorfall*.[851] 272

844 Vgl. dazu BGE 31 II 127; BGE 72 II 255 E. 1.b; BGE 102 II 18 E. 1; OFTINGER/STARK, § 20 N 139.

845 Vgl. dazu den *Werkstattwächterfall* (§ 8 N 228 ff.).

846 STARK, § 7 N 570; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 27.

847 BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015, A, E. 3.2 und 3.4.

848 KELLER, 176 f.: Der *Meister* darf seine Leute nicht einfach gewähren und den Dingen ihren Lauf lassen. Es ist klar, dass in Kleinbetrieben die Sorgfalt vom Inhaber ausgeht.

849 Ausdrücklich in BGE 72 II 255 E. 1.c.

850 JAUN, Sorgfaltspflicht, 381 f.

851 Vgl. dazu § 7 N 201 ff.

2. Fehlende Endkontrollen

273 Die Organisationspflichten auferlegen es dem Geschäftsherrn, die Aufsicht über seinen Betrieb auszuüben und Rahmenbedingungen für die Optimierung der Sicherheit zu schaffen. Dies setzt voraus, dass Gefahrenquellen erfasst und Massnahmen ergriffen werden.[852] Die Qualitätssicherung und -kontrolle hat sich insbesondere bei der Produktesicherheit als ausserordentlich wichtige Pflicht herausgestellt, wie der nachfolgende Leitentscheid signalisiert. Die Pflichten begrenzen sich allerdings nicht auf den Produktionsbereich.

2.1 Schachtrahmenfall (1984)

a. Sachverhalt und Erwägungen

274 Der Angestellte einer Baufirma erlitt einen Unfall bei Arbeiten mit einem schweren Schachtrahmen. Während des Anhebens riss die einbetonierte Aufhängeschlaufe infolge eines Fabrikationsfehlers und fiel auf den Fuss des Angestellten. Er klagte gegen die Herstellerin des Schachtrahmens auf Schadenersatz.

275 Das Bundesgericht hielt fest, dass der Herstellerin kein Vorwurf in der Auswahl und Überwachung der mit der Herstellung betrauten Hilfspersonen gemacht werden konnte: Die Arbeiter waren erfahren und zuverlässig, der Herstellungsvorgang einfach und die Überwachung durch Stichproben nicht ungenügend. Auch die explizite Instruktion an die Arbeiter, dass geringfügige Fehler beim Anbringen der Aufhängeschlaufen die Funktionsfähigkeit beeinträchtigen können, hätte den auf eine Unachtsamkeit zurückzuführenden Unfall nicht verhindert.[853] Mit Verweis auf den *Fritteusen-*, *Chlorkasten- und Steiggurtfall* verlangte das Bundesgericht allerdings die zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls die Endkontrolle der Produkte, wenn damit Schädigungen Dritter verhindert werden können. Überhaupt müsse derjenige, der gefährliche Zustände schaffe oder unterhalte, die nötigen Schutzmassnahmen ergreifen.[854] Der Herstellerin musste bewusst sein, dass eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben bestand und die Angestellten der Baufirma darauf vertrauen mussten, dass die Schlaufen halten würden. Weil auch mit einer anderen Organisation des Herstellvorgangs der Fehler nicht hätte

---

852 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 408.

853 BGE 110 II 456 E. 2.

854 Als Hinweis auf eine überspitzte Anweisungspflicht des Geschäftsherrn BGE 110 II 456 E. 3.a.

vermieden werden können, drängte sich eine Endkontrolle auf. Die Herstellerin sei verpflichtet gewesen, «*entweder durch eine Nachkontrolle allfällige Fehler bei der Produktion aufzuspüren, oder, wenn sie eine solche Kontrolle nicht vornehmen wollte oder konnte, eine sicherere Konstruktion zu wählen*».[855]

b. Würdigung

Basierend auf dem vorliegenden *Schachtrahmenfall* verankerte das Bundesgericht die Produzentenhaftung: die Organisationspflichten des Warenherstellers.[856] Das Urteil wurde in der Lehre rege diskutiert, wobei verschiedene Aspekte begrüsst, andere kritisiert wurden.[857] Die Erwägungen des Bundesgerichts müssen allerdings vor dem rechtlichen Hintergrund des Urteilszeitpunktes gesehen werden. Politischer Angleichungsdruck aus Europa und die Forderung nach einer verschärften Haftung führten zur Anwendung eines äusserst strengen Sorgfaltsmassstabs.[858] Das PrHG trat erst zehn Jahre nach dem Urteil in Kraft. Davor wurden Produkthaftfälle fast ausschliesslich über Art. 55 OR gelöst.[859] Wie die Erwägungen nach Einführung des PrHG auszulegen sind, bleibt bis heute strittig,[860] zumal nur wenige Urteile folgten, die eine diesbezügliche Einschätzung erlauben. 276

Der allgemeine Grundsatz des Haftpflichtrechts, der zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet, gilt sowohl für die Generalklausel in Art. 41 OR als auch für Art. 55 OR: Wer den Nutzen aus dem Unterhalt der Gefahrenquelle hat und sich Hilfspersonen zur Herstellung der Produkte bedient,[861] soll auch das Risiko einer Schädigung Dritter tragen. Angestrebt wird bei einer arbeitsteiligen 277

855 BGE 110 II 456 E. 3.b und c.

856 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.25.

857 Weitere Ausführungen in FELLMANN, Produzentenhaftung, 204; NATER, Entwicklung, 391; SCHWEIGHAUSER, 97.

858 WIDMER, Konzept, 105; BERNASCONI-MAMIE, Standortbestimmung, 3.

859 Insgesamt ist die Situation vergleichbar mit der Regulierungslücke, wie dies bis 1932 für die Motorfahrzeughalterhaftung der Fall war. Entsprechend wurden die Schrauben beim Sorgfaltsbeweis angezogen (JAUN, Sorgfaltspflicht, 28). Zwar ist auch Art. 41 OR als Haftungsgrundlage denkbar (so etwa in BGE 49 I 465), doch überwiegen die Vorteile von Art. 55 OR.

860 So geht KuKo OR-SCHÖNENBERGER, Art. 55 N 12, davon aus, dass das Organisationsverschulden seit Einführung des PrHG keine besondere Rolle mehr spielt. Dagegen gehen ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.16, und SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.25, von einer erheblichen Relevanz aus.

861 BK-BREHM, Art. 55 N 83; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 812.

wirtschaftlichen Tätigkeit die sachgerechte Risikozuweisung.[862] Mit zunehmender Komplexität der Arbeitsorganisation tritt die Frage, ob ein individuelles Fehlverhalten der Hilfsperson hätte verhindert werden können, in den Hintergrund. Jedes Produkt lässt sich als Ergebnis der organisatorischen Gesamtleistung eines Unternehmens qualifizieren.[863] Wichtiger ist die Frage, ob der Betrieb so organisiert wurde, dass keine fehlerhaften Produkte das Unternehmen verlassen. Daraus leitete das Bundesgericht die Pflicht ab, eine **Endkontrolle für produzierte Güter** vorzusehen, weil die Produktsicherheit nicht allein durch die Aufsicht über die Hilfspersonen erreicht wird. Unklar blieb, wie eine zweckmässige, vom Aufwand her zumutbare und technisch realisierbare Endkontrolle auszusehen hat. Das Bundesgericht tat sich schwer mit der Frage und liess sie letztlich ungelöst. Fehlt es an einer Endkontrolle, muss eine sicherere Konstruktionsart gewählt werden, die Fehler mit «*an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*» ausschliesst.[864]

278 Wie bereits im *Bankdirektorfall* wurde auch hier der Beklagten ein Strick daraus gedreht, dass sie den Produktionsprozess anpasste: drei Aufhängeschlaufen mit Widerhaken, um den Halt im Beton zu verstärken.[865] Dass die neuere Konstruktion sicherer war als die alte, ist wohl unbestreitbar. Ob jedoch die alte Konstruktionsweise unsicher, die neue im Sinne von Art. 55 OR sogar geboten war, wurde nicht beurteilt. Offenbar wurden seit mehr als 20 Jahren Schachtrahmen produziert, ohne dass nennenswerte Vorkommnisse Eingang in das Urteil gefunden hätten. Bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass das Bundesgericht vom Schadensverlauf auf die Unsicherheit des Schachtrahmens schloss: eine *ex post*-Betrachtung.[866] Bei einer solchen ist es ohne Weiteres möglich, auf gebotene Schutzmassnahmen zu schliessen, obwohl sie sich vor dem Schadenseintritt nicht aufdrängten.[867] Es ist jedoch die Vorhersehbarkeit – die ex ante-Perspektive – einer Schädigung, die beschreibt, welches Handeln sorgfaltswidrig ist.[868] Hier rührt die Kritik in der Lehre daher, der Sorgfaltsbeweis nach Art. 55 OR sei mit

862 KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 575.

863 MATUSCHE-BECKMANN, 206; in diesem Sinne auch KÄSTLI, 88.

864 BGE 110 II 456 E. 3.b.

865 WIDMER, Schachtrahmen, 51; vgl. für den *Bankdirektorfall* § 7 N 199 ff.

866 Gleicher Ansicht auch WAESPI, Organisationshaftung, 252; SCHWEIGHAUSER, 97. Vgl. dazu auch die Ausführungen in BGer, 4A_635/2020, 5.5.2021, E. 4.4.

867 In den theoretischen Erwägungen verwies das Bundesgericht noch auf die genannte Problematik, liess sie in der konkreten Würdigung jedoch unbeachtet. Siehe dazu auch MATUSCHE-BECKMANN, 71; HAUSHEER/KOCHER/JAUN, 441.

868 ARZT, 205.

einem nicht zu erfüllenden Massstab abgeschafft und eine verschuldensunabhängige Haftung für Produkte eingeführt worden.[869] Während der Sorgfaltsmassstab Fragen aufwarf, wurde das Erfordernis einer Endkontrolle von einigen Stimmen sogar begrüsst.[870]

279 Diese Diskussion gipfelte noch einmal im *Klappstuhlfall* (1986), in welchem die Erwägungen des Bundesgerichts aufgegriffen wurden. Aufgrund schwacher Nieten brach ein Klappstuhl in einem Behandlungszimmer eines Genfer Zahnarztes zusammen, wodurch sich der Geschädigte an der Wirbelsäule verletzte. Weil der Stuhl in Italien hergestellt wurde, richtete sich die Klage gegen den schweizerischen Importeur. Das Bundesgericht schloss auf ein Organisationsverschulden: Die Endkontrolle der Produkte treffe auch den Importeur, der fremde Produkte vertreibe, insbesondere wenn es sich um ein neues Produkt handle.[871] Da es prozessual um die Rückweisung an die Vorinstanz zwecks genauerer Abklärung der Erkennbarkeit der Fehlkonstruktion ging,[872] kann kein zuverlässiger Rückschluss auf die Strenge des Massstabes gemacht werden. Das unpublizierte Urteil erging jedoch vor der Einführung des PrHG und würde heute wohl nicht mehr in gleicher Weise gefällt werden.[873]

280 Keinesfalls kann der nicht zu erbringende Sorgfaltsmassstab als «ständige Praxis» bezeichnet werden. Vielmehr ist es die ständige Kommentierung und Wiedergabe der Leitsätze in der Literatur, die den Anschein erweckt, der Sorgfaltsbeweis sei mit dem *Schachtrahmenfall* abgeschafft worden.[874] Was nämlich den totgesagten Sorgfaltsbeweis anbelangt, zeigt die neuere Rechtsprechung, dass es das Bundesgericht mit der Entlastungsmöglichkeit ernster nimmt.[875]

281 Im *Futterraufenfall* (2006) kaufte ein Pferdezüchter eine Rundballenraufe. Ein Stutenfohlen brach sich beim Fressen an der Futterraufe das Genick. Ob ein Konstruktionsfehler vorlag, ist gemäss Erwägungen im Rahmen von Art. 55 OR *ex ante* zu beurteilen. Aus den nach dem Schadenseintritt gewonnenen Erfahrungen darf nicht zwingend auf die Verletzung einer Sorgfaltspflicht geschlossen werden. Auch später verbesserte, in den Verkehr

---

869 CR CO I-Werro, Art. 55 N 26.

870 KuKo OR-Schönenberger, Art. 55 N 12; Widmer, Schachtrahmen, 56; Fellmann/von Büren-von Moss, N 492.

871 BGer, C.564/1984, 14.5.1985, in: JdT 1986, 571 ff., 573.

872 Bernasconi-Mamie, Standortbestimmung, 8.

873 Roberto, Haftpflichtrecht, N 08.21. Vgl. auch BGE 49 I 465 E. 3: «*Dem Zwischenhändler kann wohl kaum zugemutet werden, dass er jede seiner Waren prüfe oder prüfen lasse.*» Siehe zur Gefahr immer schärferer Pflichten durch Überführung zivilrechtlicher Organisationspflichten ins Strafrecht und wieder zurück (§ 5 N 120 ff.).

874 Bernasconi-Mamie, Standortbestimmung, 8.

875 Gleicher Ansicht auch Waespi, Organisationshaftung, 36.

gebrachte Produkte führen nicht zur Annahme eines Konstruktionsfehlers. Das Bundesgericht hielt fest, dass «*die Abschaffung des Sorgfaltsbeweises*» eine allzu radikale Lesart des *Schachtrahmenfalls* sei. Der Grund für den strengen Sorgfaltsmassstab lag darin, dass ein Mangel in der Produktion zu einer direkten Gefahr für Leib und Leben führte. Die Haftung entfiel.[876]

282 Dass dem Kriterium der Vorhersehbarkeit in der neueren Rechtsprechung vermehrt Beachtung geschenkt wird, zeigt auch das nachfolgende Urteil.

283 Im *Baulärmfall* (2011) erlitt ein Passant einen Gehörschaden aufgrund eines kurzen, aber äusserst lauten und hochfrequentierten Lärms. Der Geschädigte berief sich auf den *Schachtrahmenfall*. Das Bundesgericht stellte fest, dass keine Anhaltspunkte vorlagen, dass das Material bzw. deren Maschinen mangelhaft gewesen wären; ebenso wenig wurde auf der Baustelle in einer unsachgemässen Weise gearbeitet. Das Ereignis war unvorhersehbar, mit welchem eben nicht gerechnet werden musste, womit auch die Pflichtwidrigkeit verneint wurde.[877]

284 Die Pflicht zur Endkontrolle wird bei grossen Produktionszahlen zwangsläufig nur stichprobenartig zumutbar sein, weshalb für Ausreisser – wenn bei einer richtig eingestellten Maschine ein fehlerhaftes Produkt hergestellt wird[878] – die Produzentenhaftung keine Anwendung finden dürfte.[879]

285 Ob sich die Endkontrolle auch auf versteckte Mängel bei fremdproduzierten Teilen und Produkten erstreckt, kann nicht abschliessend beantwortet werden. Allerdings würde die Bejahung dieser Frage die Haftung nach Art. 55 OR auf eine betriebsfremde Sphäre erstrecken, während der Wortlaut ein Subordinationsverhältnis verlangt. Solche Prüfpflichten können, wenn überhaupt, nur bei klar vorhersehbaren und akuten Gefahren für Leib und Leben und gleichzeitiger Zumutbarkeit angenommen werden.[880] Andernfalls würden sie gegen den Wortlaut von

876 BGer, 4C.307/2005, 25.1.2006, E. 3 und 4.

877 BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011, E. 3 und 4.

878 OFTINGER/STARK, § 16 N 396 ff.

879 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.32. BGE 110 II 456 E. 3.a: «*Diese Überlegungen können nicht ohne weiteres*» auf grosse Produktionsbetriebe übertragen werden.

880 Vgl. dazu den *Hebebühnenfall* (BGE 121 IV 10), der in den Ausführungen in diese Richtung deutet. Keinesfalls kann aber eine generelle zivilrechtliche Prüfpflicht des Geschäftsherrn statuiert werden. Vgl. auch KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 579.

Art. 55 OR verstossen und im Ergebnis strengere Pflichten als die vertragliche Hilfspersonenhaftung statuieren.[881]

Die Pflicht zur Endkontrolle beschränkt sich nicht nur auf Produkte. Eine **Endkontrolle kann auch bei Dienstleistungen** geboten sein.[882] So wurden im *Blutkonservenfall* die Transfusionsbeutel durch die Laborantin vertauscht und wurde deshalb während der Operation von der Assistenzärztin inkompatibles Blut verabreicht. Das Bundesgericht hielt fest, dass es sich um einen bekannten Kunstfehler handle. Damit war klar, dass eine Kontrolle der Blutgruppenkarte klinisch zwingend notwendig war.[883] Die Vorhersehbarkeit der Schädigung war gegeben. Die Anordnung einer Letztkontrolle und deren konsequente Durchsetzung im klinischen Ablauf obliegen dem Geschäftsherrn.[884] Die Anwendbarkeit findet jedoch ihre Grenzen beim Schutz reiner Vermögensschäden, wie etwa bei Finanzdienstleistungen. Dennoch könnte bei Vorliegen einer Schutznorm, bspw. im Bankenbereich, eine Endkontrolle unautorisierte Auszahlungen verhindern.[885] 286

2.2 Zwischenfazit

Den Geschäftsherrn, der durch fehlerhafte Produkte eine Gefahr für Leib und Leben Dritter schafft, treffen Pflichten zur Risikominimierung. Endkontrollen dürften in den meisten Fällen ein probates Mittel darstellen, um die Inverkehrbringung fehlerhafter Produkte zu verhindern. Ist eine solche nicht möglich oder unzumutbar, muss eine sicherere Konstruktionsart gewählt werden. Für Dienstleistungen sieht die Rechtsprechung ähnliche Pflichten vor, wenn bei einem vorgegebenen Ablauf eine Gefährdung droht und durch eine Letztkontrolle die Sicherheit gestärkt werden kann. Während die Beurteilung einer Pflichtverletzung aus der ex 287

881 Die Exkulpation ist nach Art. 97 OR möglich, wenn der Schuldner ein nicht zurechenbares Drittverschulden nachweisen kann (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 42). Ebenfalls ist ein vertraglicher Haftungsausschluss denkbar, der bei der deliktischen Produzentenhaftung aufgrund des Zufallskontaktes von Produkt und Geschädigten kaum zu bewerkstelligen wäre. Bei einer exzessiven Auslegung von Art. 55 OR würde aus dem Drittverschulden ein Eigenverschulden und daraus die Haftung resultieren.

882 KOCH, 42. MANNSDORFER, 110, erklärt, dass die Pflicht sich in den Spitalkontext übertragen lasse.

883 Vgl. den *Blutkonservenfall* (§ 9 N 258 ff.).

884 Vgl. zur Durchsetzung von Überwachungsmassnahmen (§ 10 N 268 ff.).

885 RUSCH/BORNHAUSER, 1233; vgl. auch den *Bankdirektor- und Optionenfall* (§ 7 N 201 ff.).

post-Perspektive in einen kaum zu erfüllenden Sorgfaltsbeweis mündete, zeigen neuere Urteile, dass die Kritik der Lehre Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat.

3. Mangelnde Überwachung betriebstypischer Gefahren

288 Wer seine Infrastruktur für den Verkehr öffnet, schafft betriebstypische Sach- oder Verhaltensgefahren.[886] Werkbezogene Sachgefahren werden in der Regel von Verkehrssicherungspflichten erfasst.[887] Sie stellen jedoch lediglich eine Unterfallgruppe der deliktischen Verhaltenspflichten dar und können genauso Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung sein.[888] Bei diesen Verhaltenspflichten handelt es sich typischerweise um allgemeine Schutzpflichten, die ein Einwirken auf den Gefahrenherd verlangen und gewissermassen eine Gefahrenkontrollpflicht statuieren. Die nachfolgenden Bundesgerichtsurteile zeigen auf, dass auch Schutzpflichten arbeitsteilig erbracht werden. Eine besondere Rolle kommt dem Attribut der «betriebstypischen Gefahr» zu, die bei Spruchkörpern zu unsachlichen Erwägungen führen kann.

3.1 Skipistenfall (2003)

a. Sachverhalt und Erwägungen

289 Der Kläger verbrachte seine Ferien auf den Skipisten der Beklagten. Er stürzte auf einem steilen Pistenabschnitt und verlor mit aller Wahrscheinlichkeit beim Aufprall auf dem gefrorenen Untergrund das Bewusstsein. In der Folge rutschte er unkontrolliert über den Pistenrand in einen 12 Meter tiefen Geländeeinschnitt und

886 DEUTSCH/AHRENS, § 17 N 330 ff.

887 LARENZ/CANARIS, 488; vgl. auch § 4 N 65 ff.

888 VON BAR, Verkehrspflichten, 114. Organisations- und Verkehrssicherungspflichten stellen eine Teilmenge der deliktischen Verhaltenspflichten dar, wobei es sich bei den Organisationspflichten um die Verhaltenspflichten des Geschäftsherrn und bei den Verkehrssicherungspflichten typischerweise um die Verhaltenspflichten des Werkeigentümers handelt. Da der Geschäftsherr auch gleichzeitig Werkeigentümer sein kann, kann es folglich zu Überschneidungen der Pflichten kommen (MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 11).

zog sich einen offenen Schädelbruch zu. Der Kläger machte geltend, die Sicherung der Unfallstelle sei erforderlich und zumutbar gewesen.[889]

Gemäss Bundesgericht interessierte einzig, ob die Skipiste den massgebenden Si- 290
cherheitsanforderungen entsprach.[890] Die Schutzpflicht verlangte, dass Pistenbenützer zum einen vor nicht ohne Weiteres erkennbaren und zum anderen vor nicht vermeidbaren Gefahren geschützt werden.[891] Grenze der Verkehrssicherungspflicht war die Zumutbarkeit und die Selbstverantwortung der Pistenbenutzer, ihr Verhalten den Gegebenheiten anzupassen. Da in alpinem Gelände überall mit Absturzgefahren gerechnet werden muss und vorliegend keine besonders grosse oder atypische Gefahr drohte, waren zusätzliche Sicherungsvorkehrungen 12 Meter abseits der Piste weder erforderlich noch zumutbar. Eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten wurde verneint.[892]

b. Würdigung

Zunächst zeigen die Erwägungen, dass sowohl dem Art. 41 OR als auch der Ge- 291
schäftsherren- und der Werkeigentümerhaftung eines gemeinsam ist: Allesamt verlangen sie die **Verletzung einer deliktischen Sorgfaltspflicht**.[893] Auch wenn die herrschende Lehre davon ausgeht, dass es sich bei den Haftungsnormen nach Art. 55 oder Art. 58 OR um Kausalhaftungen handelt, wird die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht sanktioniert. Während bei Art. 55 OR geprüft wird, ob die Einhaltung der allgemeinen Sorgfaltspflicht durch eine zweckmässige Organisation gewährleistet ist,[894] ist es bei Art. 58 OR die Prüfung, ob das Werk mangelhaft erstellt wurde oder unterhalten wird. So spielte es im Ergebnis keine Rolle,

---

889 BGE 130 III 193 A ff.

890 BGE 130 III 193 E. 2.2.

891 BGE 130 III 193 E. 2.3.

892 BGE 130 III 193 E. 2.5.

893 Beispielhaft HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 4, und PETRIN, 6 ff., für die Geschäftsherrenhaftung. So auch die Ansicht in Deutschland und Österreich (VON BAR, Verkehrspflichten, 241 ff.; KLEINDIEK, 293 ff.; PraxisKomm ABGB-HARRER/WAGNER, § 1315 N 1). Für die Werkeigentümerhaftung ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 10.20; LARENZ/CANARIS, 488. Ähnlich auch das Bundesgericht: «*Doch wird die Sicherung von Verkehrsanlagen gegenüber natürlichen Gefahrenherden in der Werkeigentümerhaftung praxisgemäss an den Kriterien der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit gemessen* […], *was die Kausalhaftung zumindest mit einem Verschuldenselement kombiniert*» (BGE 130 III 193 E. 2.2).

894 Vgl. dazu § 4 N 59 ff.

ob der Pistenbetreiber bei fehlender Sicherheit nach Art. 41, Art. 55 oder Art. 58 OR haftet.[895] Was als Kausalhaftung verstanden wird, ist die beweisrechtliche Erleichterung des Geschädigten, die Sorgfaltspflichtverletzung nicht beweisen zu müssen. Der Sorgfaltsbeweis obliegt dem Geschäftsherrn bzw. dem Werkeigentümer, worin auch der wesentliche Unterschied zu Art. 41 OR zu sehen ist.

292 Der Gleichlauf der Überlegungen zeigt sich im *Duschkopffall* (2000), in welchem die Klägerin an einem Segeltörn teilnahm und im Hafen der Beklagten landete. Sie erhielt vom Hafenmeister den Schlüssel zur Dusche. Beim Duschen zog sie sich Verbrennungen zu, welche eine ärztliche Behandlung erforderten und bleibende Narben hinterliessen. Sie klagte auf Grundlage von Art. 58 und 55 OR. Das Bundesgericht urteilte, dass der Werkeigentümer mit einem vernünftigen Verhalten der Benutzer des Werkes rechnen dürfe. Eine Begrenzung des Mischreglers sei nicht angezeigt gewesen, weshalb ein Werkmangel verneint wurde. Die Frage, ob ein gefährlicher Zustand vorlag, sei auch unter der Geschäftsherrenhaftung gleich zu beurteilen. Weil weder für den Geschäftsherrn noch für die Hilfsperson eine akute Gefährdung erkennbar war, lag auch kein Organisationsmangel vor.[896]

293 Bei der Bestimmung der erwarteten Sorgfalt spielten zwei Aspekte eine wesentliche Rolle: zum einen der Zweck der Anlage und damit einhergehend die *Verkehrserwartung an die Sicherheit*, zum anderen das *Nutzerverhalten*.[897]

294 Die Praxis zeigt, dass als charakteristisches Risiko beim Betrieb von Skisportanlagen Abstürze,[898] Naturgefahren[899] und wie im vorliegenden Fall Kollisionen von Skisportlern mit Hindernissen[900] anzusehen sind. Der Benutzer durfte im Rahmen der zweckmässigen Nutzung auf die Abwesenheit solcher Gefahren vertrauen.[901] Dieses **berechtigte Vertrauen** ist zu schützen, indem nicht erkennbare Risiken mittels Ausschilderung und Absperrungen entschärft[902] und, wenn dies nicht ausreicht, Hindernisse ausgepolstert werden. Das Vertrauen gilt jedoch nicht unbe-

---

895 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.54.

896 BGer, 4C.119/2000, 2.10.2000, E. 1.b und 2.c.

897 FURGLER, 121 ff.; OFTINGER/STARK, § 16 N 31 ff.; REY/WILDHABER, § 7 N 1030; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 10.11.

898 BGE 122 IV 193; BGE 130 III 193.

899 BGE 138 IV 124; BGE 125 IV 9; BGE 130 III 193.

900 BGE 121 III 358; BGE 111 IV 15; BGer, 4A_206/2014, 18.9.2014; BGer, 6B_405/2013, 19.5.2014.

901 BGE 121 III 358 E. 4.a.

902 Vgl. § 4 N 71 ff. zu den Warn- und Instruktionspflichten bei Objektmängeln. VON BAR, Verkehrspflichten, 84; Geigel Haftpflichtprozess-WELLNER, Kap. 14 N 12.

grenzt. Der Unfall trug sich 12 Meter abseits der Skipiste und somit ausserhalb des nach den SBS-Richtlinien zu sichernden Randbereichs zu. Die konkreten Umstände – vorliegend keine besonders grosse oder *atypische Gefahr* – verlangten nicht, dass auch die Unfallstelle hätte ausgepolstert werden müssen. Eine solche Sicherung wurde als unverhältnismässig und unzumutbar bewertet.

Dass das Bundesgericht im Hinblick auf das Nutzerverhalten den Umfang der Si- 295
cherungspflicht anders bewerten kann, zeigt ein ähnliches Urteil: Als *atypische Gefahr* wurde eine 15 Meter entfernte Geländemulde bezeichnet, bei welcher der Geschäftsherr wusste, dass an dieser Stelle immer wieder Schneesportler von der Piste abzweigen, und dennoch unterliess er es, eine entsprechende Ausschilderung anzubringen.[903] Der Geschäftsherr durfte zwar mit einem vernünftigen und dem allgemeinen Durchschnitt entsprechend vorsichtigen Verhalten der Nutzer rechnen.[904] Das **beobachtbare Nutzerverhalten** war jedoch ein massgebliches Kriterium, welches weitergehende Sicherungspflichten auferlegte.

Im *Baumstrunkfall* (1995) stellte ein Streckenabschnitt keine besonderen Anforderungen 296
an das fahrerische Können. Dieser führte aber zu einem aufsteigenden Abschnitt hin, welcher Skifahrer erfahrungsgemäss dazu verleitete, mit erhöhter Geschwindigkeit hinunterzufahren, um den Schwung mitzunehmen. Ein Skifahrer verunfallte, als er mit einem auf der Piste befindlichen Baumstrunk kollidierte. Das Bundesgericht erwog, dass auch gut sichtbare Hindernisse unter diesen Umständen zu einem erhöhten Risiko führten, weshalb sie zu polstern seien.[905]

Im *Wildpistenfall* (2004) entschied das Bundesgericht, dass keine Sorgfaltspflichtverlet- 297
zung vorlag, als eine Skifahrerin abseits der offiziellen Piste verunfallte. Wilde Pisten, also solche, die im freien Gelände durch häufiges Befahren entstehen, gehören nicht zur Anlage. Sie müssen daher weder markiert, hergerichtet, kontrolliert noch gesichert werden. Ein diesbezügliches Nutzervertrauen wäre verfehlt, weshalb wilde Pisten auf eigenes Risiko

903 BGE 122 IV 193 E. 2.b ff.

904 Im *Motorseilwindenfall* wurde vom Bundesgericht festgehalten, dass «*die Gefahr, welche das Anfassen des ziehenden Drahtseils* […] *bedeutet*, […] *für jedermann offenkundig war*» (BGE 77 II 208 E. 2 und 3). Eingeschränkte Anwendung findet dieses Prinzip bei Kindern, älteren Menschen und Behinderten, da die Fähigkeit, sich auf bestimmte Risiken einzustellen, eingeschränkt sein kann (vgl. dazu BGE 116 II 422; VON BAR, Verkehrspflichten, 119 ff.). Im Übrigen stellen sich analoge Fragen bei der Produzentenhaftung, woraus den Geschäftsherrn auch Beobachtungspflichten treffen (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.37).

905 BGE 121 III 358 E. 4.b.

befahren werden. Vom Geschäftsherrn wird aber erwartet, dass Abzweigungen zu den wilden Pisten mit Warntafeln oder Wimpelschnüren signalisiert werden.[906]

298 Die beschriebene deliktische Sorgfaltspflicht erfüllt der Geschäftsherr arbeitsteilig. Sie definiert die Organisationspflichten, die der Geschäftsherr zu erfüllen hat: Er muss ein organisatorisches Gerüst installieren, das die Pflichterfüllung sicherstellt.[907] Dazu gehört ein **Risikomanagement,** das den zu erwartenden Risiken entspricht, das Verhalten der Nutzer mitberücksichtigt und bestehende Richtlinien erfüllt. Die Überwachung sowohl von Sachgefahren als auch der Hilfspersonentätigkeit erfordert eine Kontrollorganisation.[908] Fällt bei der Gefahrenüberwachung auf, dass sich Nutzer vermehrt unerwartet verhalten, ist darauf mit Verboten, Signalisierungen, Sperrungen und ähnlichen Massnahmen zu reagieren.

3.2 Kliniksuizidfall (1984)

a. Sachverhalt und Erwägungen

299 Das Bundesgericht musste sich bereits mehrfach mit Fehlern bei der Überwachung gefährdeter Patienten befassen.[909] Es hatte im vorliegenden Fall eines Kliniksuizids die Haftung des Gemeinwesens als Träger der Klinik zu beurteilen. Geprüft wurde eine ungenügende Überwachung des Patienten bzw. eine ungenügende Sicherung der geschlossenen Abteilung. Es galt als erwiesen, dass der Patient über den Personallift die geschlossene Abteilung verlassen und Suizid begehen konnte, indem er das Eintreffen des Liftes auf dem Stockwerk abwartete, um dann einzusteigen und aus der Klinik zu entweichen. Die Problematik eines möglichen

---

906 BGer, 4C.54/2004, 1.6.2004, E. 2.4.2 ff. Ähnlich auch in BGE 126 III 113: Die Tochter des Geschädigten stürzte vom Lift und rutschte den Hang hinunter. Der Geschädigte versuchte seine Tochter zu fassen, verliess den Lift, fuhr entlang der Skiliftspur hinunter, kollidierte mit einem ungepolsterten Mast und zog sich schwere Verletzungen zu. Damit benutzte er die Anlage auf eine ungebräuchliche und bestimmungswidrige Art, mit der der Pistenbetreiber nicht rechnen musste. Eine Sorgfaltspflichtverletzung der Betreiberin wurde verneint. Weitergehend BGE 115 IV 189 E. 3.a; BGE 122 IV 193 E. 2.b.

907 MATUSCHE-BECKMANN, 93.

908 MARTINEK, 154.

909 STEHLE/REICHLE, 61, die von «*Organisationsfehlern*» als Sorgfaltspflichtverletzung sprechen.

Entweichens war bekannt. Aus therapeutischen Gründen wurde jedoch auf eine vollumfängliche Verriegelung der Abteilung verzichtet.[910]

Das Gericht beurteilte die ungenügende Sicherung der Liftanlage als pflichtwidrig, zumal angesichts des bekannten Risikos in personeller Hinsicht Gewähr dafür hätte geboten werden müssen, dass die Sicherheit einer geschlossenen Abteilung nicht auf diesem Weg unterlaufen werden konnte. Dies wäre ohne Weiteres möglich gewesen, sei es durch Sicherstellung der ständigen Besetzung des Stationszimmers oder durch Kontrolle der Eingangshalle bis zur Schliessung der Eingangstüre. Der damit verbundene personelle Aufwand erschien für eine Klinik mit einem Pflegepersonal von 120–130 Personen als zumutbar.[911] Das Gemeinwesen wurde für haftpflichtig erklärt. 300

b. Würdigung

Zunächst fällt auf, dass nicht eine unsorgfältige medizinische oder therapeutische Behandlung als Pflichtverletzung verfing: Das Gericht kam zum Ergebnis, «*dass die* […] *konkret getroffenen Anordnungen weder einem Beamten der Klinik zum Verschulden gereichen noch als objektiv pflichtwidrig und damit widerrechtlich zu betrachten sind*».[912] Vielmehr hatte der Vorwurf der ungenügenden Sicherung des Patienten Bestand. Wie im Staatshaftungsrecht kann auch im Zivilrecht allein ein Organisationsverschulden – unabhängig von individuell einer Person zurechenbaren Pflichtverletzungen – zur Haftung führen.[913] 301

Ein für psychiatrische Kliniken charakteristisches Risiko besteht darin, dass sich suizidgefährdete Patienten selbst schädigen.[914] Daher sind besondere Massnahmen hinsichtlich des Patientenschutzes zu prüfen: Durchsuchung und Überwachung der Patienten, Sicherung von Ausgängen, Türen und Fenstern etc.[915] Ein Gericht wird bei verwirklichtem Risiko – das als **betriebstypisch** und demnach als «*be-* 302

---

910 BGE 112 Ib 322 A. bis C.

911 BGE 112 Ib 322 E. 4.

912 BGE 112 Ib 322 E. 4.d.

913 So auch in BGer, 4A_679/2010, 11.4.2011, E. 6.6.1; BGE 130 I 337 E. 5.3; siehe auch LANDOLT, Organisationshaftung, 327; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 76; vgl. auch § 6 N 137.

914 WAESPI, Organisationshaftung, 351; KERN, 64; LANDOLT, Organisationshaftung, 327 ff.

915 MATUSCHE-BECKMANN, 166; vgl. zur ungenügenden Sicherung von Fenstern BGE 123 III 204 E. 1 und BGE 56 II 199.

kannt»[916] erachtet wird – geneigt sein, die Voraussehbarkeit eher zu bejahen.[917] Dies kann zur Anwendung eines besonders strengen Massstabs führen.[918] So wurde auch der vorliegende Geschehensablauf als vorhersehbar und demnach vermeidbar erachtet.

303 Im Gegensatz dazu steht der *Suizidimpulsfall* (2000), in welchem sich ein Patient verletzte, als er sich bei einem Sprung aus dem ersten Stock schwere Schädelverletzungen zuzog. Die bestehende Fenstersicherung konnte durch einen kräftigen Mann nur mit «*grossem Kraftaufwand*» überwunden werden. Gemäss Erwägungen des Gerichts musste nicht mit dem beim Kläger plötzlich einschiessenden heftigen Suizidimpuls mit starker Kraftentfaltung gerechnet werden. Die Haftung der Klinik entfiel.[919]

304 Die Möglichkeiten einer gegenständlichen Sicherung, die ein Entweichen verhindert hätte, waren aufgrund therapeutischer Erwägungen begrenzt: Nicht alle Ausgänge auf dem Stockwerk konnten verriegelt werden.[920] Daher prüfte das Gericht für die adäquate Gefahrensteuerung die personelle Massnahme einer Sitzwache, ob nun im Stationszimmer oder im Eingangsbereich der Klinik. Illustrativ an den Ausführungen des Gerichts ist die explizite Nennung der **Zumutbarkeit** der Massnahmen, ohne das Kriterium näher auszuführen. Dazu hielt es fest, dass bei einem Personalbestand von 120–130 eine Überwachung zumutbar war.[921]

3.3 Fenstersturzfall (2004)

a. Sachverhalt und Erwägungen

305 Eine ähnliche Frage stellte sich im vorliegenden Fall, in dem der Patient für einen Herzeingriff in einem Spital aufgenommen wurde. Die Krankengeschichte zeigte, dass der Patient an einem als «postoperatives Delir» bezeichneten Verwirrungszustand litt, was nach herzchirurgischen Eingriffen ein nahezu alltägliches Problem darstellt. Kurz nach Mitternacht sprang der Patient vom Balkon des Nachbarzim-

916 BGE 112 Ib 322 E. 4.d.

917 Vgl. dazu etwa ROBERTO/GRECHENIK, 12 ff., die darauf hinweisen, dass Rückschaufehler bei der Beurteilung eines negativen Krankheitsverlaufes dazu verleiten können, eine Sorgfaltspflichtverletzung anzunehmen.

918 STEHLE/REICHLE, 60.

919 BGer, 4C.53/2000, 13.6.2000, E. 4.d.

920 BGE 130 I 337 E. 5.1.1.

921 BGE 112 Ib 322 E. 4.d.

mers in den Tod. Die Hinterbliebenen klagten auf Schadenersatz und Genugtuung. Unbestritten war, dass der Verwirrungszustand zum Todessturz führte. Deshalb sei die Balkontür im Zimmer des Patienten verriegelt worden.[922]

306 Das Gericht prüfte eine Sorgfaltspflichtverletzung in der mangelnden Sitzwache. Es führte aus, dass das Spital mit der Verriegelung des Fensters und der Balkontür im Zimmer des Patienten das Todessturzrisiko und – mit der Beschränkung auf die genannten Massnahmen – auch dessen Fortbestand erkannt hatte.[923] Mangels Sitzwache konnte der Patient das Zimmer verlassen und sich das Selbstgefährdungsrisiko verwirklichen. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Todessturz im Spektrum typischer Verhaltensformen lag, die sich gerade durch ihre Unvorhersehbarkeit charakterisieren. Die Anordnung einer Sitzwache hätte das Risiko mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindert.[924] Wiederum wurde sodann die finanzielle Zumutbarkeit im Rahmen der Widerrechtlichkeit geprüft. Gemäss Bundesgericht «*ergeben sich pro Delirfall Kosten von Fr. 1'680.– und für alle Delirfälle zusammen jährliche Kosten von Fr. 369'600.– bis Fr. 655'200.–. Diese Kosten erscheinen als finanziell ohne weiteres zumutbar, insbesondere wenn sie mit den weit höheren Kosten der Operationen selbst verglichen werden, die an solchen Patienten vorgenommen werden.*»[925] Die Widerrechtlichkeit wurde bejaht.

b. Würdigung

307 Das durch den Eingriff entstandene postoperative Delir, dem es mittels zweckmässiger Organisation entgegenzuwirken galt, resultierte aus der Betriebstätigkeit.[926] Es oblag dem Spital, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, um die Realisierung der geschaffenen Gefahr – der Selbstschädigung infolge des Delirs – zu verhindern.[927]

---

922 BGE 130 I 337 E. 5.1.1.

923 BGE 130 I 337 E. 5.2.

924 BGE 130 I 337 E. 5.3.

925 BGer, 4P.244/2005, 6.2.2006, E. 4.3.

926 Bestätigt in BGer, 4A_679/2010, 11.4.2011, E. 6.6.1; OGer ZH, HG060225-O, 22.1.2013, E. V.1.3.2; LANDOLT, Organisationshaftung, 328; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 83.

927 Einen ähnlich gelagerten Fall hatte der BGH zu beurteilen: Ein sedierter Patient verliess das Krankenhaus und verunglückte in einem Verkehrsunfall tödlich. Das Gericht statuierte eine Fürsorgepflicht des Spitals damit, dass eine Gefahrenquelle durch die Sedierung geschaffen wurde, die eine Überwachung oder Sicherung des Patienten er-

308 Aus der Analyse geht hervor, dass die Abgrenzung des individuellen ärztlichen bzw. pflegerischen Fehlverhaltens zur Verletzung organisatorischer Pflichten des Spitalträgers fliessend ist. Dies zeigt sich an den *vorgeworfenen* und ineinander übergreifenden Pflichtverletzungen: Eine fehlende adäquate Diagnose des Delirs verhinderte eine hinreichende medikamentöse Therapie. Da aber zumindest abstrakt das Risiko einer Selbstgefährdung erkannt wurde, wurde der Vorwurf der ungenügenden Sicherung des Patienten vom Bundesgericht *bestätigt*.[928] Es stellte unabhängig von der spezifischen Behandlung fest, dass sich das «*Personal*» über die Gefahrenlage im Klaren war, sodass adäquate Massnahmen zu ergreifen gewesen wären.[929] Zwar wird im Kontext der Spitalhaftung meist eine individuelle Pflichtverletzung geprüft und der Fokus nicht auf **organisatorische Fehlleistungen** gelegt.[930] Bereits der *Kliniksuizidfall* legte aber dar, dass ein Organisationsverschulden kumulativ oder alternativ zu individuellen Pflichtverletzungen von Hilfspersonen die Haftung begründen kann.[931]

309 Eine gegenständliche Sicherung war abermals nur begrenzt möglich.[932] Daher prüfte das Gericht die adäquate Gefahrensteuerung mittels Personaleinsatzes in Form einer Sitzwache. Gemäss den Erwägungen ist die Anordnung einer Sitzwache oder die Rückverlegung des Patienten auf die Intensivpflegestation angezeigt, wenn aus dem Zustand des Patienten herrührende negative oder gar fatale Auswirkungen verhindert werden können.[933] Die **finanzielle Zumutbarkeit** wurde im Gegensatz zum *Kliniksuizidfall* denn auch anhand einer konkreten Rechnung eruiert und bei Kosten einer einwöchigen Sitzwache von CHF 1'680.00 als gegeben

---

forderte. Diese wurde daraus abgeleitet, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schaffe, auch verpflichtet sei, die nötigen Vorkehrungen zum Schutz des Gefährdeten zu treffen (BGH, VI ZR 265/02, 8.4.2003, E. 1, in: NJW 2003, 2309 ff.). Vgl. auch FURGLER, 92 ff.

928 BGer, 4P.244/2005, 6.2.2006, C. und E. 2.2.

929 Vgl. dazu BGE 130 I 337 E. 5.3.

930 Zum gleichen Ergebnis kommt LANDOLT, Organisationshaftung, 327, der im Übrigen generell bei Stürzen aus dem Fenster einen haftungsbegründenden Organisationsmangel erblickt.

931 So in BGE 112 Ib 322 E. 4.d; BGer, 4A_679/2010, 11.4.2011, E. 6.6.1; siehe auch SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 76.

932 BGE 130 I 337 E. 5.1.1.

933 BGE 130 I 337 E. 5.3.

erachtet.[934] Eine solche Berechnung wurde in den bereits vorgestellten Fällen[935] nicht durchgeführt, obwohl auch dort Personalkosten als Kostenfaktor in Frage kamen. Der vorliegende *Fenstersturzfall* verfeinert den Begriff der Zumutbarkeit. Die finanzielle Zumutbarkeit wurde durch Abwägung der möglicherweise «*negativen oder gar fatalen Auswirkungen*»[936] und der Kosten der Dienstleistung bzw. der Kosten der sichernden Massnahme evaluiert.

Das Charakteristikum der betriebstypischen Gefahr spielt auch bei der Zumutbarkeit sichernder Massnahmen eine vielleicht unbemerkte, aber prägende Rolle: Die «*negativen* […] *Auswirkungen*» setzten sich zusammen aus der erwarteten Schadensgrösse und der ex ante betrachteten **Schadenseintrittswahrscheinlichkeit**. Wie die Voraussehbarkeit bei betriebstypischen Gefahren eher bejaht werden dürfte,[937] so wird auch die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit höher bewertet werden.[938] Eine kostenintensive Massnahme wird diesfalls eher als zumutbar angesehen, was bei Betrieben mit hohem Kostendruck oder knappen Mitteln eine Herausforderung darstellen kann. Die Zumutbarkeit orientiert sich nämlich nicht an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Geschäftsherrn.[939] 310

3.4 Zwischenfazit

Sach- und Verhaltensgefahren sind zu überwachen. Öffnet der Geschäftsherr seine Infrastruktur für den Verkehr, sind der Zweck der Infrastruktur und das Nutzerverhalten massgebend für die Organisationspflichten. Die Verkehrsteilnehmer erwarten, im Rahmen der zweckmässigen Nutzung vor betriebstypischen Gefahren geschützt zu werden. Zeigt die Gefahrenüberwachung, dass das Nutzerverhalten vom erwarteten Verhalten abweicht, kann dies zu einer Erweiterung der Siche- 311

---

934 Die konkrete Berechnung wurde in der Lehre kritisiert: Bei Grenzkosten-Grenznutzen-Analysen seien die Kosten der Sicherungsmassnahmen mit dem ex ante-Erwartungswert des Schadens zu vergleichen. Im vorliegenden Fall seien aber die Grenzkosten der Massnahme mit dem potenziellen oder bereits eingetretenen Schaden verglichen worden, was der ex ante-Betrachtungsweise und einem risikobasierten Ansatz widersprechen würde (SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 234; KUHN, 1016).

935 Weder in den *Fahrerfällen I* und *II* noch im *Motorseilwinden-* oder *Strassengrabenfall.*

936 BGE 130 I 337 E. 5.3.

937 Zur Voraussehbarkeit bei «*betriebstypischen Gefahren*» siehe den *Kliniksuizidfall* (§ 10 N 301 ff.).

938 In diesem Sinne ROBERTO/GRECHENIK, 12 ff.

939 So auch WAESPI, Organisationsverschulden, 356 f.

rungspflichten führen. Verwirklicht sich eine vermeintlich betriebstypische Gefahr, werden Gerichte geneigt sein, die Voraussehbarkeit und die Zumutbarkeit der gebotenen Massnahmen mit einem strengeren Massstab zu bewerten. Wann von betriebstypischen Gefahren gesprochen wird, liegt im Ermessen des Gerichts.[940]

[940] Zur betriebstypischen Gefahr RYSER, 96.

§ 11 Ausstattungsorganisation

Die sachliche Organisationssphäre des Geschäftsherrn ist um eine weitere von der Lehre und Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe zu ergänzen:[941] die Ausstattung der Hilfspersonen mit geeigneten Hilfsmitteln. Welche Hilfsmittel eingesetzt werden und in welchem Zustand sie sich befinden, wird massgeblich von der Geschäftstätigkeit definiert.[942] Der nachfolgende Leitentscheid gibt die Stossrichtung vor, die um weitere Urteile ergänzt wird. 312

1. Mangelnde Ausstattung – Steiggurtfall (1938)

1.1 Sachverhalt und Erwägungen

Ein Freileitungsmonteur verletzte sich bei einem Sturz schwer, nachdem sein um den Strommast geschlungener Steiggurt gerissen war. Der Steiggurt wurde einige Wochen zuvor von der beklagten Sattlerfirma repariert, die Reparatur jedoch nur mangelhaft ausgeführt. Der Freileitungsmonteur warf der Sattlerfirma sowohl hinsichtlich des verwendeten Materials als auch der unsachgemässen Reparatur eine Sorgfaltspflichtverletzung vor.[943] 313

Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts wurden durch die mangelhafte Reparatur des Gurtes die Rechtsgüter des Benutzers gefährdet. Es sei «*ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung, dass Leib und Leben* […] *Dritter nicht unnötig in Gefahr gebracht werden dürfen*».[944] Durch die mangelhafte «*Herstellung oder Reparatur*» verletzte die Beklagte dieses allgemeine Gebot. Die Beklagte hätte für die Verwendung geeigneten Materials und für die gewissenhafte Arbeit besorgt sein müssen. Die Beklagte sei im Übrigen «*für die Verwendung ungeeigneten* 314

941 ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; VON BAR, Deliktsrecht, § 2 N 206 ff.

942 LANDOLT, Organisationshaftung, 319, der die Ausstattung mit Personal und Geräten als «*primäre Organisationspflicht*» des Dienstleistungsunternehmens bezeichnet.

943 BGE 64 II 258 A und B. Weil er die Prüf- und Rügeobliegenheit nicht eingehalten hatte, wurde ein vertraglicher Schadenersatzanspruch abgelehnt, weshalb ausservertragliches Haftungsrecht zur Anwendung gelangte (BGE 64 II 258 E. I.3).

944 BGE 64 II 258 E. II.1.a.

Materials selber direkt verantwortlich» gewesen, zumal wissentlich nicht erstklassiges Leder verwendet wurde.[945] Der Sorgfaltsbeweis scheiterte.

1.2 Würdigung

315 Der *Steiggurtfall* präzisiert frühere Urteile, die eine Ausweitung der klassischen curae hinsichtlich Hilfsmitteleinsatzes mit sich brachten.[946] Da der mangelhafte Steiggurt in die Organisationssphäre des Geschäftsherrn fiel, resultierte eine Gefährdung Dritter.[947] Damit legte das Urteil den Grundstein für die später folgende **Produzentenhaftung**,[948] obwohl es sich noch nicht um eine serienmässige Grossproduktion handelte.

316 Das Bundesgericht hielt fest, dass keine Instruktion oder Überwachung stattfand und die Beklagte den Entlastungsbeweis erst gar nicht antrat. Die Erwägung verleitet zum Schluss, dass mit Anwendung der klassischen curae der Unfall vermieden worden wäre. Dem ist nicht so, denn bereits der *Fahrerfall II* hat gezeigt, dass die Hilfsperson *in den Stand versetzt werden muss, den erteilten Instruktionen folgen zu können*: Eine weitere Hilfsperson wäre für das gefahrlose Manövrieren des Lastwagens in der Innenstadt erforderlich gewesen.[949] Gleiches gilt für den *Strassengrabenfall*, in welchem es der Direktor versäumte, den Hilfspersonen eine Laterne für die Ausleuchtung des ausgehobenen Grabens mitzugeben, die für die gehörige Gefahrensteuerung benötigt wurde.[950] Genauso verhält es sich auch im vorliegenden *Steiggurtfall*. Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, war das Leder nicht mangelhaft. Es eignete sich aber nicht für die Reparatur des Steiggurtes. Ohne taugliches Leder fehlt die Voraussetzung, den Nachweis der klassischen curae überhaupt antreten zu können.[951]

317 Die sich daraus ableitende Organisationspflicht betrifft nicht die personelle Organisationssphäre, sondern die sachliche: **Ausstattung mit Material und Werk-**

---

945 BGE 64 II 258 E. II.1.c.

946 Vgl. dazu die Ausführungen im *Fahrerfall I* (§ 7 N 158 ff.) und im *Chlorkastenfall* (§ 8 N 212 ff.).

947 KLETT/MÜLLER, 440.

948 WOHLFAHRT, 53 f.; insbesondere für den *Schachtrahmenfall* (BGE 110 II 456).

949 Vgl. die Ausführungen zum *Fahrerfall II* (§ 7 N 158 ff.).

950 Vgl. die Ausführungen zum *Strassengrabenfall* (§ 7 N 166 ff.).

951 Gleicher Ansicht auch STÖCKLI, 38.

zeug.[952] Die Rechtsprechung zeigt, dass das Begriffspaar weit zu verstehen ist und Werkstoffe,[953] Kutschen,[954] motorisierte Fahrzeuge,[955] Dreschmaschinen,[956] Beleuchtungen,[957] Schutzvorrichtungen[958] etc. miteinschliesst. Der Geschäftsherr hat seine Hilfspersonen üblicherweise mit denjenigen Hilfsmitteln auszustatten, welche für die Erfüllung der ihnen übertragenen Tätigkeiten benötigt werden.[959] Die Hilfsmittel müssen in *quantitativer* Hinsicht ausreichend zur Verfügung gestellt werden.[960] Darüber hinaus hat er die Hilfspersonen mit *geeigneten Hilfsmitteln* auszustatten, damit nicht infolge der Verwendung untauglicher oder zweckfremder Hilfsmittel Schäden entstehen.[961]

So bejahte das Bundesgericht im *Schleifradfall* (1931) die Haftung des Geschäftsherrn, der seine Hilfsperson anwies, ein Schleifrad mit einem zu grossen Motor zu betreiben, sodass es zerbarst und einen Arbeiter verletzte.[962] Im *Dreschmaschinenfall* (1901) kam eine Dreschmaschine zum Einsatz, die für den angedachten Zweck untauglich war. Um die Maschine vernünftig bedienen zu können, mussten die Schutzvorrichtungen entfernt werden. Eine Hilfsperson verletzte sich in der Folge schwer. Das Bundesgericht hielt fest, dass in der Bereitstellung eines fehlerhaften Werkzeugs nicht die Anwendung aller Sorgfalt zu sehen sei.[963] 318

---

952 LANDOLT, Organisationshaftung, 319; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 91; BAUER et al., 176; JANDA, 328.

953 BGE 46 II 122 A.: «*Die Reparatur der Bremsen wurde von Weissenborn mit Leder, statt mit Kamelhaar ausgeführt, wie es hätte geschehen sollen, weil solches in der Garage nicht vorhanden war.*»

954 *Fahrerfall I* (§ 7 N 158 ff.); BGE 30 II 429; BGE 31 II 130; BGE 37 II 433.

955 *Fahrerfall IV* (§ 7 N 174 ff.); BGE 25 II 315; BGE 37 II 365; BGE 46 II 122.

956 BGE 27 II 496.

957 BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015.

958 BGE 49 II 89; BGer, 6B_287/2014, 30.3.2015.

959 Staudinger BGB-BERNAU, § 831 N 160; vgl. auch BGE 31 II 120. Die Rechtsprechung thematisierte die Tauglichkeit des Werkzeuges meist nicht, wenn keine besonderen Werkzeuge erforderlich waren (BK-BREHM, Art. 55 N 90).

960 JANDA, 328.

961 PORTMANN, Hilfsperson, 72; BeckOK BGB-FÖRSTER, § 831 N 71.

962 BGE 57 II 61; vgl. auch KUT/VASELLA, 640.

963 BGE 27 II 496 E. 5: «*Die Beklagten haben danach eine Maschine* [Dampfdreschmaschine] *vermietet, die zu dem bestimmten Zweck nicht völlig tauglich war, und in diesem Liefern eines fehlerhaften Werkzeuges liegt ebenfalls nicht die Anwendung aller erforderlichen Sorgfalt.*»

319 Untauglich ist ein Hilfsmittel nicht bereits dann, wenn es nicht die Vorteile der neuesten Technik aufweist. Der Geschäftsherr muss jedoch dafür Gewähr leisten, dass die Verwendung der Hilfsmittel sicher ist.[964] Er ist daher im Rahmen des **Zumutbaren** verpflichtet, dem *Stand der Technik* entsprechende Hilfsmittel anzuschaffen und wenn nötig Prozesse *maschinell* ausführen zu lassen.[965]

320 Zur Automatisierung äusserte sich das Bundesgericht im *Holzbottichfall* (1946), in dem eine neuartige Maschine zur Anwendung gelangte. In Holzbottichen wurde Rohwürze durch Beimischung von Kalksteinmehl neutralisiert. Als der Geschädigte mit Reinigungsarbeiten beschäftigt war, quoll plötzlich heisse Würze aus und verbrühte ihn, woraufhin er verstarb. Ein Manipulationsfehler führte dazu, dass Kalksteinmehl in das ausgeschaltete Rührwerk gegeben wurde. Als das Rührwerk in Betrieb gesetzt wurde, wurde neues Mehl hinzugegeben. Dies führte zur Überreaktion im Rührwerk. Gemäss Bundesgericht hätten die Zufuhr von Chemikalien und die Inbetriebnahme des Rührwerks maschinell gekoppelt werden müssen, um Manipulationsfehler der Hilfspersonen zu vermeiden. «*Deshalb erscheint der Verzicht auf eine automatisierte Lösung als eine schwerwiegende Unterlassung»,* sodass die Beklagte haftpflichtig erklärt wurde.[966]

321 Ähnlich beurteilt das Bundesgericht auch den Einsatz von Hilfsmitteln, die nicht **ordnungsgemäss gewartet oder repariert** wurden.[967] Eine Schädigung infolge reparaturbedürftiger Hilfsmittel führt selbst bei Erfüllung der klassischen curae zur Haftung des Geschäftsherrn. Den erläuterten Konstellationen gemeinsam ist, dass eine dem Geschäftsherrn zurechenbare Gefahrenerhöhung vorliegt, wenn er Hilfspersonen nur unzulänglich ausrüstet.[968]

---

964 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 406.

965 Für die Produzentenhaftung illustrativ der deutsche *Hühnerpestfall*: Wo immer möglich sind Impfstoffe nicht manuell, sondern maschinell abzufüllen, um bakterielle Verunreinigungen zu verhindern (BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, in: NJW 1969, 269 ff., 275). Vgl. auch SCHUBARTH, 38 ff.

966 Vgl. BGE 72 II 311: Geprüft wurden auch die Mangelhaftigkeit der Anlage nach Art. 58 OR und die Verletzung arbeitsrechtlicher Bestimmungen (Art. 339 aOR). Wie der *Skipistenfall* (§ 10 N 289 ff.) gezeigt hat, ist die Haftungsgrundlage zweitrangig. Die Sicherheit der Maschine hing von der gleichzeitigen Inbetriebnahme und Zugabe der Chemikalien ab, ansonsten das Mischverhältnis nicht eingehalten werden und es zu Unfällen kommen konnte. Der Geschäftsherr hatte sich auf die Zuverlässigkeit der Belegschaft verlassen, menschliches Versagen oder mechanische Defekte liess er völlig ausser Acht. Gemäss Bundesgericht war kein *«störungsfreien Produktionsablauf zu erwarten».*

967 Der LKW befand sich in reparaturbedürftigem Zustand (BGE 57 II 367).

968 VON BAR, Verkehrspflichten, 23.

Davon zu unterscheiden ist der Einsatz von Hilfsmitteln mit **Fehlern oder Defekten**, die für sich allein noch keinen Haftungsgrund darstellen. Denn erforderlich ist eine Pflichtverletzung des Geschäftsherrn, um ihm eine Schädigung zuzurechnen. Eine solche wird zu bejahen sein, wenn vom Geschäftsherrn die laufende Inspektion, Wartung und Instandsetzung der Hilfsmittel erwartet wird oder sich erkennbare Mängel ergeben, die behoben werden müssen.[969] Erst der Einsatz der mangelhaften Hilfsmittel und die mangelnde Kontrolle – gleichgültig, ob an eine Hilfsperson delegiert – führen zur Haftung des Geschäftsherrn. 322

2. Zwischenfazit

Die Hilfspersonen sind mit Hilfsmitteln in ausreichender Zahl und Qualität auszustatten, die für eine gefahrlose Ausübung der an sie delegierten Tätigkeit geeignet sind. Das in der Lehre verwendete Begriffspaar «Material und Werkzeug» ist bei wörtlicher Auslegung zu eng gefasst. Es umfasst weitere Aspekte; die Organisationspflicht muss daher auf «Ausstattung mit geeigneten Hilfsmitteln» lauten. 323

Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist hingegen bei der Verwendung von an sich geeigneten, aber defekten Hilfsmitteln differenzierter zu betrachten. Erwartet die Verkehrsanschauung eine fortlaufende Kontrolle und Wartung der Hilfsmittel und hätte folglich ein Defekt erkannt werden müssen, liegt gegebenenfalls eine Sorgfaltspflichtverletzung vor. Wäre auch eine zumutbare Kontrolle untauglich gewesen, Defekte zu erkennen, fehlt es an der Sorgfaltspflichtverletzung und folglich an der Haftung des Geschäftsherrn. 324

969 WIDMER, Gerätefehler, 10; SIDIROPOULOS, Haftung für Gerätefehler, 52 f.; NATER, Produktehaftpflicht, 392. Vgl. BGE 96 II 27 E. 4: «*Ma la convenuta, sapendo che il contrappeso era eseguito dall'impresa Garzoni, doveva prevedere la possibilità di un'esecuzione diffettosa del suo disegno e, conseguentemente, rendersi conto che, in tal caso, il montaggio eseguito in condizioni anormali poteva presentare difficoltà, per le quali il montatore non era preparato.*»

§ 12 Produktionsorganisation

325 Der Geschäftsherr schafft durch die Inverkehrbringung fehlerhafter Produkte eine Gefahr für Rechtsgüter Dritter.[970] Er zieht Hilfspersonen für die Produktion bei und hat daher die personellen und sachlichen Betriebsmittel zu organisieren. Die deliktische Pflicht wird folglich arbeitsteilig erbracht. Die Produzentenhaftung nach Art. 55 OR stellt daher eine Haftung für Organisationsmängel dar.[971]

326 Die Sorgfaltspflicht des Warenherstellers verlangt, dass alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen werden, um Schädigungen durch seine fehlerhaften Produkte zu verhindern. Die Praxis ist dazu übergegangen, die Sorgfaltspflichten des Produzenten anhand der Produktionsstadien in typische Fehlergruppen zu unterteilen.[972] In den einzelnen Bereichen ist eine Beurteilung hinsichtlich Entstehung und Erfüllung der Verhaltenspflichten möglich,[973] an welchen in der Folge auch die Organisationspflichten anknüpfen.[974] Differenziert wird zwischen Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Beobachtungsfehlern,[975] welche in den nachfolgenden Kapiteln beleuchtet und zu welchen die dazugehörigen Organisationspflichten herausgearbeitet werden.

---

970 Statt vieler FUCHS, 534.

971 Vgl. dazu bereits in § 5 N 108 ff. So auch ROLLAND, 326: Das Deliktsrecht knüpft nicht an den Fehlerbegriff an, da das Handlungsunrecht nicht auf einen solchen angewiesen ist. Vielmehr ist die Verkehrspflicht – alles Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um keine fehlerhaften Produkte in den Verkehr zu bringen – zu erfüllen. Daraus folgt, dass die Haftung im Deliktsrecht eine Haftung für Organisationsmängel darstellt. So auch bereits im *Schachtrahmenfall*, in welchem die organisatorische Massnahme einer Endkontrolle verlangt wurde und nicht etwa das fehlerhafte Produkt die Sorgfaltspflichtverletzung darstellte (BGE 110 II 456). Vgl. auch Erman BGB-WILHELMI, § 823 N 108; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 09.03; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 406.

972 FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, 80. Die Verletzung einer auf den Schutz Dritter bezogenen Verhaltenspflicht ist das zentrale Element der deliktischen Produzentenhaftung. Der Fehler beschreibt lediglich die Verletzung der Verhaltenspflicht (BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 340).

973 Statt vieler KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 7.

974 MATUSCHE-BECKMANN, 210.

975 KÖTZ/WAGNER, 251 ff.

1. Konstruktionsfehler

Die erste Fehlerkategorie des Herstellers betrifft die **mangelhafte Konzeption und Entwicklung** eines Produktes. Die grundlegende Pflicht in dieser Phase lautet, dass nur solche Produkte für den Vertrieb hergestellt werden, die für den zugedachten Verwendungszweck geeignet und unter tatsächlichen Einsatzbedingungen betriebssicher sind.[976] Werden diese Pflichten verletzt, ist von einem Konstruktionsfehler die Rede.[977] Das Produkt weist demnach Eigenschaften auf, die es für den bestimmungsgemässen Gebrauch untauglich oder gefährlich machen, sodass es die gebotenen Sicherheitsmassstäbe nicht erfüllt.[978] Charakteristisch für Konstruktionsfehler ist, dass nicht nur eine Einheit, sondern die ganze Produktionsserie betroffen ist. Dadurch stellt der Konstruktionsfehler ein erhöhtes Schadensrisiko für den Hersteller dar,[979] währenddessen die Kosten der Beseitigung noch vergleichsweise tief sind.[980] 327

Der anwendbare **Sicherheitsmassstab** bestimmt sich – neben dem allgemeinen Kriterium der Art und Schwere der drohenden Gefahr[981] – nach dem jeweiligen *Stand der Technik zum Zeitpunkt der Inverkehrbringung* des Produktes[982] sowie der *Verkehrserwartung* der Verbraucher. 328

Der Produzent muss durch seine betriebliche Organisation gewährleisten, dass der massgebende **Stand der Technik** angewendet wird. Sowohl einschlägige gesetzliche Vorschriften – etwa das PrSG oder andere Erlasse – als auch technische Normen wie DIN-, ISO- oder SIA-Standards sind zu beachten.[983] Ferner müssen ein- 329

---

976 Treffend KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 8 f.

977 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.27.

978 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 32; PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 71. Von der Sicherheitserwartung des Benutzerkreises kann ein Produkt auch abweichen, wenn es die zweckbestimmende Schutzfunktion nicht aufweist und damit für seinen Benutzer eine Gefahr verursacht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich dazu der *Steiggurtfall* (§ 11 N 315 ff.) und auch betreffend die funktionsunfähigen Feuerlöscher BGE 139 II 534 E. 4.4.

979 REY/WILDHABER, § 8 N 1120 ff.

980 So werden die Kosten einer umfassenden Rückrufaktion diejenigen einer Korrektur des Prototyps bei weitem übersteigen.

981 Vgl. dazu die Erwägungen des Bundesgerichts im *Schachtrahmen-* und *Futterraufenfall* (§ 10 N 176 ff.).

982 Siehe dazu auch sogleich die Produktbeobachtungspflichten (§ 12 N 345 ff.).

983 FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, 106 f.

schlägige wissenschaftliche Publikationen und Studien berücksichtigt werden. Zur Absicherung der eigenen Einschätzung oder der Beseitigung von Unsicherheiten sind gegebenenfalls Gutachten unabhängiger Sachverständiger oder Institute einzuholen.[984]

330 Die **Sicherheitserwartung** an das Produkt orientiert sich am Durchschnittsverhalten des jeweiligen Abnehmerkreises,[985] sodass sich unterschiedliche Sicherheitsstandards ergeben können, je nachdem, ob das Produkt allein für Fachleute bestimmt ist oder auch an Laien abgegeben wird.[986] So richtet sich die Stabilität der Aufhängung eines Schachtrahmens nach der Verkehrserwartung der Arbeiter, die ebendiesen auszurichten haben.[987] Absolute Sicherheit wird nicht vorausgesetzt, weil nicht alle denkbaren Produktgefahren vermieden werden können und müssen. Jedoch wird erwartet, dass alle zumutbaren Sicherungsmassnahmen ergriffen werden.[988]

331 Die Pflichten des Herstellers reichen von der Konzeption über die Prüfung der Bestandteile und Stoffe, die richtige Materialauswahl, die Anweisung für Herstellung und Zusammenbau bis hin zur richtigen Abfüllung[989] und Verpackung.[990] Zur richtigen Konzeption müssen die Einsatzbedingungen abgeklärt und

---

984 LACH/POLLY, 67 f. Vgl. dazu auch die Ausführungen im *Kabelbruchfall*: Die Entscheidungsgrundlage muss hinreichend geklärt sein, ansonsten die Sorgfaltspflichten nicht eingehalten sind (§ 9 N 251 ff.).

985 LOOSCHELDERS, § 63 N 9.

986 MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 954.

987 Vgl. den *Schachtrahmenfall*, E. 3.b: «*Die Arbeiter, die sich vor allem beim Ausrichten des Rahmens auf dem Schachtrohr im direkten Gefahrenbereich des Rahmens befinden, müssen darauf vertrauen können, dass die Aufhängeschlaufen unter allen Umständen der Belastung standhalten.*»

988 Die Sorgfaltspflichten des Herstellers sind besonders intensiv, wenn schwerwiegende Schäden, insbesondere an Leben, Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit drohen (MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 952), so etwa bei Feuerlöschern, Herzschrittmachern, Schwimmwesten und Ähnlichem (HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 32). KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 2 ff.: Die Verkehrserwartung wird auch durch den Preis gesteuert. So wird die Sicherheitserwartung bei einem teuren Produkt höher liegen als bei einem günstigen.

989 Für die Produzentenhaftung illustrativ der deutsche *Hühnerpestfall*: Wo immer möglich sind Impfstoffe nicht manuell, sondern maschinell abzufüllen, um bakterielle Verunreinigungen zu verhindern (BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, in: NJW 1969, 269 ff., 275).

990 MATUSCHE-BECKMANN, 211; KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 9.

muss das Produkt unter den zu erwartenden Bedingungen erprobt werden.[991] Weiter muss gefragt werden, ob ein naheliegender Fehlgebrauch des Produkts erwartet werden muss, vor welchem zu warnen wäre.[992] Der Eigenart des Produkts entsprechende Test- und Prüfverfahren in ausreichendem zeitlichem und sachlichem Umfang sind erforderlich, um auch über das Langzeitverhalten Aussagen treffen zu können. Die richtige Materialwahl berücksichtigt die Eigenschaften der Materialart, sei es die Druckfestigkeit, die Reiss- und Berstfestigkeit, Splittergefahren, die Belastbarkeit, die Verschleisszeit[993] oder auch gefährliche Eigenschaften, wie Feuergefahren oder Toxizität.[994]

Der bereits behandelte *Dreschmaschinenfall* (1901) zeigte, dass die Maschine für den bestimmten Zweck nicht die gebotene Sicherheit aufwies. Um die Maschine vernünftig bedienen zu können, mussten die Schutzvorrichtungen entfernt werden. Die sichere Bedienung der Maschine wurde durch die Konstruktionsart erheblich erschwert.[995] Auch im *Holzbottichfall* (1946), in dem eine neuartige Maschine zur Anwendung gelangte, erwies sich «*der Verzicht auf eine automatisierte Lösung als eine schwerwiegende Unterlassung*», um Manipulationsfehler zu vermeiden.[996] Im *Kaffeekannenfall* (2006) verletzte sich ein Konsument, weil die Kaffeekanne beim Kontakt mit einer kalten Oberfläche zerbarst. Das Bundesgericht nahm einen Konstruktionsfehler an, wenn ein Glasgefäss, welches auf kaltem oder nassem Untergrund abgestellt wird, explodiert.[997] Die richtige Materialwahl hätte eine sichere Alternative geboten. 332

991 DEUTSCH/AHRENS, 134.

992 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 89 ff.

993 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 131.

994 KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 19.

995 BGE 27 II 496 E. 5: «*Die Beklagten haben danach eine Maschine* [Dampfdreschmaschine] *vermietet, die zu dem bestimmten Zweck nicht völlig tauglich war, und in diesem Liefern eines fehlerhaften Werkzeuges liegt ebenfalls nicht die Anwendung aller erforderlichen Sorgfalt.*» Vgl. auch ROLLAND, 328.

996 Der Geschäftsherr hatte sich auf die Zuverlässigkeit der Belegschaft verlassen, menschliches Versagen oder mechanische Defekte liess er völlig ausser Acht. Gemäss Bundesgericht war kein *«störungsfreie*[r] *Produktionsablauf zu erwarten»*.

997 BGE 133 III 81 E. 4.1 und 5. Ein aktuelles Strafurteil aus Deutschland zeigt, dass auch technisch ausgefeilte Produkte eine Gefahr für Konsumenten bergen bzw. ihnen ein Konstruktionsfehler anhaften kann: Im *Teslafall* verunfallte ein Fahrer, weil er den in der Mittelkonsole installierten Berührungsbildschirm bediente, um den Scheibenwischer zu regeln. Er kam von der Fahrbahn ab und kollidierte mit mehreren Bäumen (OLG Karlsruhe, 1 Rb 36 Ss 832/19, 27.3.2020, I). Der Schluss liegt nahe, dass es sich um ein unsicheres Bedienungssystem für die Steuerung wesentlicher Funktionen handelt. Ein Gerät muss eine Konstruktion aufweisen, die eine sichere Bedienung ermög-

333 Der Konstruktionsfehler wird meist auf **Organisationsmängel** zurückzuführen sein.[998] Zur Erfüllung seiner Pflichten wird der Produzent auf qualifizierte Hilfspersonen zurückgreifen müssen, welche die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten mitbringen, um die ihr übertragene Arbeit *lege artis* auszuführen.[999] Fortlaufende Aus- und Weiterbildung sind nötig, damit die Kenntnisse auf aktuellem Stand gehalten werden.[1000] Der Informationsfluss an massgebliche Stellen muss funktionieren, der Betriebsablauf so organisiert sein, dass Ausreifung und Erprobung vor Fertigung stattfinden und technische Normen eingehalten werden. Der Geschäftsherr legt die Zahl und Intensität der Testreihen und klinischen Versuche fest.[1001] Prüfgeräte müssen dem aktuellen Stand entsprechen und Hilfspersonen in der Handhabung richtig eingewiesen sein.[1002] Es zeigt sich, dass es sich im Grunde um dieselben Pflichten handelt, die auch in nicht produzierenden Betrieben vorgegeben sind. Einziger Unterschied in der Produzentenhaftung ist die Justierung der Pflichten auf einen produzierenden Betrieb.[1003]

334 Bei einem Produkt, das nach allen Regeln der Kunst entwickelt und erprobt wurde, sich aber nach Inverkehrbringung aufgrund neuester Erkenntnisse als gefährlich erweist, liegt ein **Entwicklungsfehler** vor. Es handelt sich um eine Unterart des Konstruktionsfehlers.[1004] Die mangelnde Erkennbarkeit des Fehlers zum Zeitpunkt der Inverkehrbringung stellt auch hauptsächliches Unterscheidungskriterium zwischen Konstruktions- und Entwicklungsfehler dar. Es besteht kein ökonomisches Interesse an der Sanktionierung eines Entwicklungsfehlers, zumal aus ex ante-Betrachtung keine erkennbaren oder vermeidbaren Risiken vorliegen und daher keine disziplinierende Präventivwirkung erzielt werden kann.[1005] Liegt ein

---

licht. Hier lag sogar eine bestimmungsgemässe und vorhersehbare Bedienung des Berührungsbildschirmes vor. Der Einbau eines für die Benutzung sicheren Systems war sicherlich zumutbar (RUSCH, Urteilsbesprechung, 1336 f.).

998 ROLLAND, 328.

999 CHK OR-MÜLLER, Art. 55 N 20; LANDOLT, Delegation, 352.

1000 Vgl. § 7 N 147 ff.

1001 KLEES, 140.

1002 Vgl. dazu den *Steiggurtfall* (§ 11 N 315 ff.).

1003 KLEES, 94; MATUSCHE-BECKMANN, 216 f.

1004 FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, 81; vgl. BGer, 4C.307/2005, 25.1.2006, E. 3.1.

1005 Versteht man die Verletzung einer Organisationspflicht als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, ist aus der Warte der ökonomischen Analyse des Rechts auch kein ökonomischer Grund erkennbar, warum ein solches Verhalten sanktioniert werden sollte. Die Produktgattung der Medikamente, bei welcher sich am häufigsten Ent-

Konstruktionsfehler vor, besteht die Möglichkeit des Geschäftsherrn nachzuweisen, dass es sich um einen Entwicklungsfehler handelte, den er nicht zu verschulden hat.[1006] Der Dokumentation kommt sowohl beim Konstruktions- als auch beim Entwicklungsfehler eine erhebliche beweisrechtliche Bedeutung zu. Vorbehalten bleiben Massnahmen, die sich aufgrund einer Produktbeobachtungspflicht ergeben.[1007]

2. Fabrikationsfehler

Die Pflicht zur ordnungsgemässen Fabrikation umfasst die gesamte Planung und Überwachung des Produktionsablaufs.[1008] Um einen Fabrikationsfehler handelt es sich daher, wenn die Konstruktion des Produktes fehlerfrei, die Fertigung jedoch mangelhaft ist.[1009] Der Produktionsprozess erfüllt das Sicherheitsniveau nicht, das bei planmässiger Herstellung der Konstruktion möglich wäre. Verschiedene Ursachen kommen in Frage, doch liegen sie zumeist am Versagen der herstellenden Hilfspersonen[1010] oder Anlagen,[1011] in jedem Fall aber an der mangelhaften Produktendkontrolle.[1012] Typischerweise sind nicht ganze Serien von Fabrikationsfehlern betroffen,[1013] sondern diejenigen Produkte, die während des personellen oder maschinellen Versagens hergestellt werden.[1014] 335

Der Produktionsablauf muss so gestaltet sein, dass **personelle und maschinelle** Leistungsgrenzen des Betriebs, die Fehlleistungen geradezu provozieren, nicht überschritten werden. Was Fehler auf *personeller Seite* anbelangt, können manu- 336

wicklungsfehler verwirklichen, unterliegt ohnehin spezialgesetzlichen Zulassungserfordernissen (KÖTZ/WAGNER, 254).

1006 LOOSCHELDERS, § 63 N 9 ff.

1007 Vgl. dazu § 12 N 345 ff.

1008 BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 344.

1009 Statt vieler FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, 80.

1010 BÜHLER, Produktfehler, 1428 f.

1011 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 48.

1012 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.30; vgl. den *Schachtrahmenfall*.

1013 Der berühmte *Hühnerpestfall* aus Deutschland zeigt jedoch deutlich, dass die falsche Abfüllmethode auch zu kompletten Serienfehlern führen kann (BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, in: NJW 1969, 269 ff., 275).

1014 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 177; KÖTZ/WAGNER, 256.

elle Ungeschicklichkeiten oder Unachtsamkeit von an sich qualifizierten Hilfspersonen,[1015] eine mangelhafte Instruktion oder Überwachung der Hilfspersonen im Produktionsprozess,[1016] fehlende dokumentierende Arbeitsanweisungen wie Checklisten und Pflichtenhefte,[1017] eine mangelhafte Anzahl kontrollierender Hilfspersonen in sicherheitsrelevanten Produktionsbereichen[1018] oder schlicht die Übermüdung oder Überforderung der Hilfspersonen in der Produktion zu Fabrikationsfehlern führen.[1019] Auf *sachlicher Seite* können es etwa fehlende Geräte oder Maschinen, fehlendes Material,[1020] der Verschleiss an Maschinen, die unsachgemässe Bedienung und Wartung oder der veraltete technische Stand sein, die zu Fehlern in der Produktion führen.

337 Fabrikationsfehler können vermieden werden*, indem im Herstellungsprozess menschliches oder technisches Versagen verhindert wird* und, wenn dies nicht möglich ist, *durch eine wirksame Endkontrolle der resultierenden Erzeugnisse Fehler erkannt werden*.[1021] Neben traditionellen Organisationspflichten, wie sie oben beschrieben wurden, kommt in der Produzentenhaftung der **Qualitäts- und Endkontrolle** eine herausragende Rolle zu. Wie die Endkontrolle auszugestalten ist, hängt massgeblich von der Produktart, der Fabrikationsweise, der Schwere der

---

1015 Vgl. dazu den *Motorseilwindenfall* (§ 7 N 162 ff.): Die Verletzung des Knaben rührte von «*einer momentanen Unaufmerksamkeit oder Ablenkung*» des Bedienungsmannes her. So auch im *Schachtrahmenfall* (§ 10 N 276 ff.): «*Ursache für die ungenügende Haftung zwischen der ausgerissenen Schlaufe und dem Beton war nach der Aussage des Gutachters eine Unachtsamkeit bei der Herstellung.*»

1016 Vgl. dazu den *Chlorkastenfall* (§ 8 N 212 ff.) und den *Schleifradfall* (§ 11 N 318). Interessant ist die Meinung des Bundesgerichts zur Überwachung in BGE 72 II 262 E. 1.c: «*Allein das blosse Bewusstsein, unter aktiver, wenn auch nur gelegentlich in Erscheinung tretender Aufsicht zu stehen, pflegt erfahrungsgemäss das Pflichtgefühl des Angestellten ständig wach zu halten.*»

1017 Zu wiederkehrenden Arbeitsschritten, die typisch für Produktionsbetriebe sind, siehe den *Spezialistenfall* (§ 8 N 221 ff.).

1018 Vgl. die Ausführungen zum *Bankdirektor-* und *Lawinenfall* (§ 7 N 192 ff.).

1019 Vgl. die deutschen *Mineralwasserflaschenfälle I* und *II*: Die Haftung des Herstellers von Mineralwasserflaschen, der von einer Hilfsperson die Kontrolle von 2'500 Flaschen pro Stunde verlangte, wurde bejaht. Bei dieser Arbeitsbelastung seien Ermüdung und Unaufmerksamkeit geradezu wahrscheinlich gewesen. Der Hersteller sei verpflichtet, die rechtzeitige Abwechslung der Hilfspersonen durch eine adäquate Zeitplanung sicherzustellen (LG Hanau, 2 O 117/53, 28.2.1955, in: VersR 1956, 785).

1020 Vgl. den *Steiggurtfall* (§ 11 N 315 ff.) oder BGE 46 II 122 A.

1021 Treffend KULLMANN, 37.

Gefahr und der Effektivität der kontrollierenden Massnahmen ab.[1022] Die Erkennbarkeit des Fehlers determiniert, wann die Kontrolle zu erfolgen hat. Ist eine Kontrolle bei vollständiger Fertigstellung nicht zielführend, drängt sich eine Kontrolle während des Fertigungsablaufs auf.[1023] Wird ein Produkt aus verschiedenen Einzelteilen zusammengefügt, kann eine Prüfung der jeweiligen Einzelteile effektiver sein als die des vollendeten Produkts. Das Spektrum der Prüfmethoden und -mittel reicht von einer Sichtprüfung bis hin zu aufwendigen Labortests. Während bei geringen Stückzahlen die Kontrolle sämtlicher Produkte eher zumutbar ist, wird bei Massenproduktionen die Stichprobenkontrolle genügen müssen.[1024] Letztlich hängt die Prüfungsintensität von den Umständen des Einzelfalls ab. Zur Strenge des Sorgfaltsmassstabes und der Kasuistik des Bundesgerichts wird auf die Würdigung des *Schachtrahmenfalls* verwiesen.[1025]

Hohe Relevanz hat die Frage der sogenannten «Haftung für Ausreisser». Als **Ausreisser** wird ein Einzelstück bezeichnet, dessen Mängel trotz sorgfältiger und bisher immer ausreichender Kontrolle unentdeckt blieben.[1026] Die Feststellung von Ausreissern kann definitionsgemäss nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich gemacht werden.[1027] Die deliktische Haftung nach Art. 55 OR setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung voraus, an der es bei Ausreissern fehlt, zumal eine Fehlerquote von «null» nicht geschuldet ist und auch nicht garantiert werden kann.[1028] Daher wird vorliegend die Haftung für Ausreisser – wie auch von einem überwiegenden Teil der Lehre – abgelehnt, insbesondere wenn aufgrund hoher Produktionsmengen nur Stichproben gemacht werden können.[1029] 338

1022 PrHHdb-Foerste, § 24 N 203.

1023 Kullmann/Pfister, Kz 1520, 39 f.

1024 *Schachtrahmenfall*, E. 3.a. Unzulänglich wird eine Stichprobenkontrolle bei Fabrikationsfehlern sein, die eine akute Gefahr für Leib und Leben darstellen.

1025 Vgl. § 10 N 276 ff.

1026 Widmer, Produktehaftung, 18.

1027 Schweighauser, 97; Oftinger/Stark, § 16 N 396 ff.

1028 MüKo BGB-Wagner, § 823 N 976; Roberto, Haftpflichtrecht, N 08.32; Kästli, FN 15.

1029 Oftinger/Stark, § 16 N 396; Rey/Wildhaber, § 8 N 1123; Roberto, Haftpflichtrecht, N 08.32; BK-Brehm, Art. 55 N 87; Rolland, 332; Jauernig BGB-Teichmann, § 823 N 134. Widmer, Schachtrahmenfall, 55, und Fellmann/von Büren-von Moos, 81, die davon ausgehen, dass durch den äusserst strengen Massstab des Bundesgerichts faktisch auch die Haftung für Ausreisser eingeführt wurde.

3. Instruktionsfehler

339 Die deliktische Sicherheitserwartung an ein Produkt ist nicht grenzenlos. Ein Produkt kann fehlerfrei konstruiert und hergestellt sein, jedoch trotzdem gefährliche, in der Natur der Sache liegende und damit unvermeidbare Eigenschaften aufweisen.[1030] Dort, wo die Verpflichtung zur sicheren Konstruktion und Fabrikation eine Gefahr für Rechtsgüter Dritter nicht vollständig ausschliessen kann, beginnt die Pflicht zur Instruktion.[1031] Den Produzenten trifft daher die Pflicht, auf Produkteigenschaften und **besondere Gefahren hinzuweisen**[1032] sowie durch Gebrauchsanweisungen, Anleitungen oder Warnungen aufzuzeigen, wie eine gefahrlose Benutzung des Produkts möglich ist.[1033]

340 Bereits im *Anilinfall* (1923) wurde vom Bundesgericht festgehalten, dass die Öffentlichkeit sich darauf verlassen darf, dass angebotene Ware gesundheitlichen Anforderungen entspricht und jedenfalls von der Gebrauchsanweisung begleitet sein muss, durch deren Befolgung eine Gesundheitsschädigung vermieden werden kann. Der Produzent, der mit anilinhaltiger Schuhschwärze behandelte Schuhe in Verkehr brachte, darf diese erst nach dem Trocknen herausgeben oder muss Kunden warnen, die Schuhe erst nach dem Trocknen zu tragen, um Gesundheitsschädigungen zu verhindern.[1034]

341 Die Instruktionspflicht beschränkt sich nicht nur auf den bestimmungsgemässen Gebrauch eines Produktes. Der Produzent muss in seiner Risikoeinschätzung mit *voraussehbarem und üblichem Fehlgebrauch* rechnen,[1035] der nach den Umständen naheliegt.[1036] Hingegen ist der Produzent nicht gehalten, vor eindeutig durch Missbrauch des Produktes entstehenden Risiken zu warnen.[1037]

1030 BÜHLER, Produktfehler, 1429.

1031 KÖTZ/WAGNER, 258 f.

1032 REY/WILDHABER, § 8 N 1124; ROLLAND, 332.

1033 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 51; SCHUCHT, 3683.

1034 BGE 49 I 465 B und E. 3; WOHLFAHRT, 52.

1035 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1160.

1036 KÖTZ/WAGNER, 261.

1037 D.h., der offenkundig ausserhalb seiner allgemeinen Zweckbestimmung liegt (NHK BGB-STAUDINGER, § 823 N 175). In der deutschen Literatur findet sich häufig der Verweis auf den *Sniffingfall* (BGH, VI ZR 62/80, 7.7.1981, in: NJW 1981, 2514 ff.): Die Verantwortlichkeit des Herstellers eines technischen Lösungsmittels haftet nicht für dessen Missbrauch durch Inhalieren zum Zwecke der Berauschung.

Ob und in welcher **Intensität** eine Instruktionspflicht besteht, hängt – wie auch bei den Konstruktionspflichten – davon ab, inwieweit ein gefahrloser Umgang vom durchschnittlichen Benutzerkreis erwartet werden darf.[1038] Richtet sich ein Produkt ausschliesslich an Fachleute, die qualifizierte Kenntnisse mitbringen und folglich Risiken genauer einschätzen können, dürfen Warnungen und Anweisungen in reduziertem Mass erfolgen. Muss hingegen damit gerechnet werden, dass auch Laien oder Kinder das Produkt in die Hände bekommen könnten, ist eine erhöhte Instruktionspflicht anwendbar.[1039] Die Information hat umso deutlicher auszufallen, je umfangreicher das Schädigungspotenzial und je versteckter die Gefahr ist. Birgt der Gebrauch eines Produktes besondere und akute Gefahren, kann es sogar geboten sein, auf dem Produkt selbst eine Warnung anzubringen.[1040] Ist aufgrund allgemeinen Erfahrungswissens oder des Erscheinungsbilds eines Produktes die Gefahr für jedermann erkennbar, müssen keine ausführlichen Erläuterungen gemacht oder Warnungen angebracht werden.[1041] Dies dürfte bei Produkten des täglichen Gebrauchs oder bei offensichtlichen Gefahren der Fall sein.[1042] Die Instruktion hat in geeigneter Weise, d.h. in deutlicher und verständlicher Sprache, zu erfolgen.[1043] 342

Im *Gasolinfall* (1970) erwarb die Geschädigte feuergefährliche Reinigungsmittel, die als solche gekennzeichnet waren. Sie liess bei der Anwendung jegliche Sorgfalt ausser Acht, sodass sich durch Funken der Waschmaschine Dämpfe entzündeten und die daraus ausgelöste Explosion das Haus zerstörte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Beklagte nicht auch noch darauf hinweisen müsse, dass Dämpfe durch Haushaltsgeräte entzündet werden könnten. Auf solche abstrakten Gefahren muss nicht aufmerksam gemacht werden, genauso wie der Autoverkäufer nicht verpflichtet ist, den Käufer auf die Gefahren des Strassenver- 343

1038 BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, 347.

1039 MüKo BGB-WAGNER, ProdHaftG § 3 N 47 f. Vgl. dazu auch die Erwägungen des Bundesgerichts in BGer, 4A_365/2014, 5.1.2015, E. 9.2: Eine jugendliche Patientin erlitt schwere gesundheitliche Schäden als Nebenwirkung des Verhütungsmittels «Yasmin». Das Bundesgericht entschied, dass kein Instruktionsfehler über mögliche Nebenwirkungen vorlag. Wird ein verschreibungspflichtiges Medikament von Ärzten an Patienten verschrieben, könne nicht allein auf die Patienteninformation abgestellt werden. Vielmehr sei auch das Wissen des Arztes einzubeziehen. Dieser müsse die Chancen und Risiken der verschiedenen Medikamente abwägen und mit der Patientin respektive dem Patienten diskutieren.

1040 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1156.

1041 PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 246; vgl. KLEES, 96.

1042 ROLLAND, 332 f.; DEUTSCH/AHRENS, 134.

1043 BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 414.

kehrs aufmerksam zu machen, oder der Büchsenmacher, den Käufer einer Schusswaffe auf die Gefahren des falschen Umgangs mit ihr hinzuweisen.[1044] Im *Bügeleisenfall* (2010) zog sich die Geschädigte Verbrühungen zu, als sie den Wassertank ihrer Bügelstation leeren wollte. Sie schaltete die Bügelfunktion aus und nahm an, dass das Gerät geleert werden konnte. Die Gebrauchsanweisung gab nicht an, dass vor dem Entleeren das Gerät abkühlen muss. Die Herstellerin wurde für haftpflichtig erklärt.[1045]

344 Zum Verhältnis der Instruktions- zu den Konstruktions- und Fabrikationspflichten lässt sich Folgendes sagen: Besteht ein Konstruktionsfehler, kann dieser nicht dadurch beseitigt werden, dass der Produzent den Benutzer auf den Fehler hinweist. Der gebotene Sicherheitsmassstab lässt sich nicht durch die Instruktionspflicht herabsetzen bzw. der Produzent sich von Konstruktionsfehlern freizeichnen. Folglich verdienen die Konstruktions- und Fabrikationspflichten Vorrang vor der Instruktionspflicht.[1046] Die Organisationspflichten des Produzenten, die Instruktionsfehler verhindern sollen, knüpfen nahtlos an die Pflichten der gehörigen Konstruktion und Fabrikation an: Die Entscheidung, Produkte in Verkehr zu setzen, muss auf einer hinreichenden Informationsgrundlage erfolgen.[1047] Ein nach Konstruktion und Fabrikation bestehendes Restrisiko muss durch eine gehörige Instruktion ausgeschaltet werden. Jegliche Informationen, die im Verlauf der Entwicklung und Fertigung gewonnen werden und für die Risikoeinschätzung an Benutzer weitergegeben werden müssen, sind an eine zuständige Stelle im Betrieb zu übermitteln. Daher kommt dem Informationssystem – auch für die Beobachtungspflicht nach Inverkehrsetzung des Produkts – eine besondere Bedeutung zu.[1048] Aufgabenbereiche, Kommunikationswege und die Zuständigkeit für sicherheitsrelevante Informationen müssen vorzugsweise zentral in einer Stelle definiert und konzentriert werden.[1049] Der Produzent hat, wenn in seinem Betrieb die nöti-

---

1044 BGE 96 II 108 A und E. 6.

1045 BGer 4A_319/2010, 4.10.2010, A bis D; vgl. auch MÜLLER, Produktehaftpflicht, 136 f.

1046 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 51; MüKo BGB-WAGNER, ProdHaftG § 3 N 47 f.; ROLLAND, 334; KÖTZ/WAGNER, 258 f.

1047 Dazu beispielhaft der *Kabelbruchfall* (§ 9 N 251 ff.).

1048 Vgl. dazu bereits § 9 N 248 ff.; MATUSCHE-BECKMANN, 218; KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 71.

1049 Vgl. zum Sicherheitsmonitoring LACH/POLLY, 69 f.; siehe auch den *Hebammen-* und *Spezialistenfall* (§ 8 N 217 ff.).

gen Sachkenntnisse fehlen, die Pflicht, für die Beurteilung der Eigenschaften und Risiken seines Produkts die nötige Fachexpertise einzuholen.[1050]

4. Beobachtungsfehler

Die obengenannten Sorgfaltspflichten beziehen sich auf den Zeitpunkt der Inverkehrbringung des Produktes. Nun kann der Fall eintreten, dass zum besagten Zeitpunkt das Produkt als fehlerfrei bezeichnet werden kann, sich aber später Fehler offenbaren.[1051] Den Produzenten trifft daher die Pflicht, *seine Produkte insbesondere dahingehend zu beobachten, ob sich Risiken erkennbar machen, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennbar waren*.[1052] Er hat systematisch zu prüfen, ob sich die Produkte in der Praxis bewähren, und hat möglichen Auffälligkeiten oder gefährlichen Entwicklungen nachzugehen. Dies gilt im Rahmen der Zumutbarkeit auch für den Fehlgebrauch des Produktes. Die Beobachtungspflicht kann sich sogar auf Produkte anderer Produzenten erstrecken, die in Kombination mit dem eigenen eine Gefahr bergen können.[1053] 345

Im *Heizkesselfall* (2006) vertrieb die Beklagte mangelhafte Heizungsanlagen, was zu einer übermässigen Konzentration von CO_2 führte und im Tod einer Frau resultierte. Zuvor war es bereits zu Ereignissen gekommen, die auf die Mangelhaftigkeit schliessen liessen: «*Spätestens nachdem es zu den ersten Vorfällen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei Menschen und dem Tod eines Tieres gekommen war, hätte die Beklagte* […] *im Rahmen der ihr obliegenden Produktbeobachtungspflicht* […] *abklären müssen, ob der Kessel für einen Einsatz mit Bodenheizung die notwendige Sicherheit aufweist*.» Das Bundesgericht schloss auf eine Sorgfaltspflichtverletzung, weil angezeigte Abklärungen nicht vorgenommen wurden.[1054] 346

1050 BGE 49 II 465 E. 3; BGE 121 IV 10 E. 3.a; vgl. auch den *Sprengstofffall* (§ 8 N 234 ff.).

1051 KÖTZ/WAGNER, 262.

1052 BGer, 4C.307/2005, 25.1.2006, E. 3.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.37; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1161 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 44; REY/WILDHABER, § 8 N 1125; BGH, VI ZR 286/78, 17.3.1981, in: NJW 1981, 1606 ff.

1053 SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 54; PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 375. Dazu der aufsehenerregende Fall des BGHZ, VI ZR 65/86, 9.12.1986, in: NJW, 1987, 1009: Der Motorradhersteller Honda wurde zu Schadenersatz verurteilt, weil nicht rechtzeitig erkannt wurde, dass aus der Verwendung von drittproduzierten Lenkerverkleidungen Gefahren ausgingen. StuKomm-KROPHOLLER, § 823 N 46.

1054 BGer, 4C.139/2005, 29.3.2006, E. 2.4; vgl. dazu auch KOLLER/REY, 35, zum Urteil des BGer, 6S.449/2004, 21.9.2005.

347 Die **Intensität** der Beobachtungspflicht richtet sich nach den allgemeinen Kriterien.[1055] Je grösser die Gefahr, desto umfangreicher fallen die Beobachtungsmassnahmen aus, insbesondere bei hohen Produktionszahlen.[1056] Der Produzent hat organisatorische Massnahmen zu treffen, um rechtzeitig und umfassend über die Bewährung des Produktes unterrichtet zu werden:[1057] Es muss sichergestellt sein, dass Kundenbewertungen und -reklamationen, Schadensmeldungen und Meldungen über die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen direkt oder vom Endabnehmer über Vertriebspartner zum Produzenten fliessen. Testberichte über die Verwendung des Produkts und neue wissenschaftliche Erkenntnisse müssen gesammelt und in einer zentralen Stelle ausgewertet werden.[1058] Gegebenenfalls ist zu prüfen, wie Konkurrenten Produktgefahren zu vermeiden versuchen, denn deren Verbesserungen können Hinweise auf einen Fehlerverdacht der eigenen Produkte verdichten.[1059] Die Erfüllung dieser Produktionsorganisation setzt voraus, dass die Produktrückverfolgbarkeit gegeben ist, d.h., dass nachvollziehbar ist, welche Produkte vom erkannten Mangel betroffen sind, bspw. durch Markierungen, Seriennummern und eine hinreichende Produktdokumentation.[1060] Geeignete EDV-Lösungen gewährleisten den Zugriff auf die Daten über die Dauer der Beobachtungspflicht.[1061]

348 Im *Feuerlöscherfall* (2013) brachte die Beklagte mangelhafte Feuerlöscher in Verkehr. Vom Defekt betroffen waren Produkte mit Herstellungszeitraum zwischen Januar 2007 und Oktober 2008. Eine veröffentlichte Produktwarnung wurde von den Behörden als ungenügend bezeichnet, weil das Herstellungsdatum vorschriftswidrig nicht auf den Feuerlöschern

---

1055 Dazu bereits in den übrigen Sorgfaltspflichten des Produzenten.

1056 SHK PrHG-Hess, Art. 4 N 54; PrHHdb-Foerste, § 24 N 378.

1057 Brüggemeier, Haftungsrecht, 417; Kullmann/Pfister, Kz 1520, 71.

1058 Matusche-Beckmann, 219; SHK PrHG-Hess, Art. 4 N 54; Roberto, Haftpflichtrecht, N 08.38.

1059 PrHHdb-Foerste, § 24 N 385.

1060 Im Grunde ist der gesamte Produktionsprozess, wie Rohstoffeingänge, Fertigungsabläufe, Kontrollen, Verpackungen, Lagerung, Absatzräume und Zeitpunkte der Inverkehrsetzung, zu dokumentieren, um mögliche Mängel einer Produktionscharge zuordnen und allenfalls Massnahmen ergreifen zu können (Röthlisberger, 59 ff.).

1061 Vgl. zur Eignung eines Informationssystems den *Lawinen-* (§ 7 N 192 ff.) und *Blutkonservenfall* (§ 9 N 258 ff.).

angebracht wurde. Daher wurde die Beklagte mittels Verfügung verpflichtet, einen Rückruf aller Geräte, welche ab Januar 2007 verkauft wurden, zu veröffentlichen.[1062]

Da sich die Pflicht auf die zeitliche Periode nach Inverkehrbringung richtet, stellt sich unweigerlich die Frage nach ihrer **zeitlichen Dauer**. Eine gefestigte Rechtsprechung fehlt; die Meinungen im Schrifttum gehen auseinander.[1063] Soweit ersichtlich wird zwischen der Beobachtungspflicht und der «Reaktionspflicht» unterschieden: Die Beobachtungspflicht erfordert eine Organisation, die die Fehlererkennung erlaubt, währenddessen die Reaktionspflicht schadensverhindernde Massnahmen verlangt.[1064] Die Beobachtungspflicht besteht nach der hier vertretenen Ansicht und aus Gründen der Zumutbarkeit während der üblichen oder vernünftigerweise zu erwartenden Lebensdauer des Produktes.[1065] Dazu ist allerdings, will sich der Produzent keinen Instruktionsfehler entgegenhalten lassen, der Benutzer über die Lebensdauer zu instruieren. Folglich besteht für Verbrauchsprodukte eine kürzere Beobachtungspflicht, bei langlebigen Produkten wie etwa Automobilen eine bedeutend längere. 349

Für einen möglichen Schadenersatzanspruch ist massgebend, dass der Produzent eine Gefahr erkennt und keine Massnahmen ergreift, um die Gefahr zu bannen. Die Verletzung der Beobachtungspflicht allein verursacht keine Schäden.[1066] Voraussetzung ist demnach, dass die **Reaktionspflicht** während der noch laufenden Beobachtungspflicht verletzt wird.[1067] Die Lehre spricht von Warn- und Rück- 350

[1062] Einzig der Umstand, dass Feuerlöscher periodisch überprüft werden, bewahrte die Beklagte vor der teuren Rückrufaktion. Das Bundesgericht hielt fest, dass infolge des seitherigen Zeitablaufs ein Rückruf unverhältnismässig sei (BGE 139 II 534 E. 3 ff.).

[1063] Dies gilt für die schweizerische und die deutsche Rechtsprechung, wobei anzumerken ist, dass im schweizerischen Rechtsraum die Frage kaum Beachtung findet (SHK PrHG-Hess, Art. 4 N 54, Schwenzer/Schmidt, 244).

[1064] Brüggemeier, Haftungsrecht, 418; auch Schwenzer/Schmidt, 247; Kötz/Wagner, 263; Röthlisberger, 148 f.; Rolland, 339 ff.

[1065] So auch Röthlisberger, 53 und 149; gleich in Art. 8 PrSG; Fornage, 217. Vgl. dazu auch die Botschaft zum PrSG, 7442, jedoch ungenau, da eine Unterscheidung zwischen Produktbeobachtung und Reaktion nicht getroffen wird.

[1066] MüKo BGB-Wagner, § 823 N 992.

[1067] Nur solange eine Produktbeobachtungspflicht besteht, ist eine Reaktionspflicht des Produzenten anzunehmen. Endet die Produktbeobachtungspflicht, wäre die Annahme einer Reaktionspflicht unsinnig, denn die Haftung nach Art. 55 OR setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung voraus. Eine solche fehlt, wenn der Produzent nicht mehr angehalten ist, seine Produkte auf dem Markt zu beobachten. Verletzt er seine Beobachtungspflicht und erlangt deshalb keine Kenntnis über die Gefahrensituation, wird er im

rufpflichten.[1068] Der Produzent muss die Benutzer vor den bekanntgewordenen Gefahren schützen. Die Warnung ist dabei die schwächste und zugleich günstigste Form der Reaktion: Es wird davon abgeraten, das Produkt in einer bestimmten Weise zu nutzen.[1069] Denkbar ist auch eine nachträgliche Instruktion über den Umgang mit dem Produkt, welcher den Mangel ganz beseitigen oder den gefahrlosen Umgang ermöglichen soll.[1070] Mit welchen Mitteln, auf welche Weise und in welchem Umfang gewarnt bzw. instruiert werden muss, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Besteht das Risiko, dass neben dem Produkterwerber auch Dritte gefährdet sind, kann es sogar angezeigt sein, die Öffentlichkeit zu warnen.[1071] Die darüberhinausgehende Rückrufpflicht ist umstritten. Der Rückruf zwecks Reparatur, Ausbesserung oder Ersatz durch ein fehlerfreies Produkt wird, wenn überhaupt, nur in Extremfällen als *ultima ratio* akzeptiert.[1072] Unabhängig davon, welche Massnahme auch immer im Einzelfall sachadäquat ist, muss organisatorisch sichergestellt werden, dass vorsorglich ein Notfallplan den Produzenten in die Lage versetzt, kurzfristig auf erkannte Gefahren reagieren und Instruktionen, Warnungen oder Rückrufaktionen veranlassen zu können.[1073]

Schadensfall haften, da eine Reaktion unterbleibt, es sei denn, die Beobachtungspflicht ist abgelaufen, sodass er sich auf das rechtmässige Alternativverhalten als Entlastungsgrund stützen könnte.

[1068] ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.39; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 44; REY/WILDHABER, § 8 N 1125; SCHWENZER/SCHMIDT, 246.

[1069] VON BAR, Verkehrspflichten, 85: Jedoch zu beachten ist, dass Warnungen regelmässig «*in den Wind geschlagen werden*». RÖTHLISBERGER, 70.

[1070] RÖTHLISBERGER, 71.

[1071] ROLLAND, 341.

[1072] Vgl. dazu etwa BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, 418; SCHWENZER/SCHMIDT, 258, bejahend für Personenschäden; gleicher Ansicht RÖTHLISBERGER, 164. Zum Meinungsstand in der deutschen Lehre und Rechtsprechung PrHHdb-FOERSTE, § 24 N 378, mit weiteren Hinweisen und MüKo BGB-WAGNER, § 823 N 1000 ff. In Art. 8 PrSG ist eine Rückrufpflicht nach öffentlichem Recht statuiert, jedoch erst nach Anordnung des zuständigen Vollzugsorgans.

[1073] FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 1255; KULLMANN/PFISTER, Kz 1520, 71; HUGUENIN, § 24 N 2039.

Teil 4: Weiterführende Fragen

§ 13 Beweisfragen

Der Geschädigte sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass er keine Einsicht in die Organisation des Geschäftsherrn hat. Sie präsentiert sich als «Black Box», deren Inhalt – die unternehmensinternen Abläufe im Vorfeld des Schadensereignisses – dem Geschädigten nicht zugänglich ist.[1074] Den Nachweis zu erbringen, welche Pflichtverletzung des Geschäftsherrn zum schädigenden Hilfspersonenverhalten geführt hat, ist für den Geschädigten ausgeschlossen. Daher gehört es auch zum klassischen Haftungskonzept der Geschäftsherrenhaftung, dass die Pflichtverletzung des Geschäftsherrn vermutet wird. Er kann sich mit Erbringung des Entlastungsbeweises vom Vorwurf befreien, hat er doch die Innensicht und Zugang zum Beweisstoff. Das Beweisproblem ist damit jedoch nicht gelöst, denn die Beweislastumkehr betreffend Pflichtverletzung befreit den Geschädigten nicht vom Nachweis der übrigen Haftungsvoraussetzungen. Der Beweis dieser Haftungsvoraussetzungen erfordert ebenfalls eine gewisse Kenntnis der Innensicht, sodass ein strikter Beweis in den wenigsten Fällen verlangt werden kann. 351

1. Beweislastverteilung nach klassischer Konzeption der Geschäftsherrenhaftung

Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.[1075] Die Geschäftsherrenhaftung weicht von dieser allgemeinen Regelung ab. Der Geschädigte hat die **positiven Haftungsvoraussetzungen** zu beweisen, namentlich dass eine Hilfsperson des Geschäftsherrn in Ausführung der geschäftlichen Verrichtung eine Rechtsgutverletzung verursacht hat.[1076] Der Wortlaut des Gesetzes spricht von «verursachen», weshalb eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson keine Rolle spielt. Das Verhalten der Hilfsperson muss jedoch in kausalem Zusammenhang mit der Rechtsgutverletzung stehen. Zu bedenken ist, dass mittelbar die Verlet- 352

[1074] JAUN, Sorgfaltspflicht, 382.

[1075] Statt vieler BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 45.

[1076] Ähnlich WOHLFAHRT, 89; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.03.

zung der Organisationspflicht des Geschäftsherrn die haftungsbegründende Ursache für das Schadensereignis bildet.[1077]

353 Will der Geschäftsherr die Haftung abwenden, hat er das Fehlen der **negativen Haftungsvoraussetzungen** zu beweisen. Unter den *allgemeinen Entlastungsgründen* werden Gründe wie höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden verstanden, die den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Hilfsperson und der Rechtsgutverletzung unterbrechen.[1078] Daneben umschreibt Art. 55 OR zwei *besondere Befreiungsgründe*. Der Geschäftsherr haftet nicht, wenn er nachweist, «*dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um den Schaden dieser Art zu verhüten*» oder «*dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre*». Die Konzeption von Art. 55 OR stellt daher bei Vorliegen der positiven Voraussetzungen zweierlei Vermutungen auf: zum einen die «Rechtswidrigkeitsvermutung» (vermutete Verletzung der Organisationspflichten) und zum anderen die «Kausalitätsvermutung».[1079] Die Bestimmung beruht folglich darauf, dass die Organisationspflichtverletzung tatsächlich Ursache der Rechtsgutverletzung gewesen sein muss.[1080] Der zweite Befreiungsbeweis spielt in der Praxis eine untergeordnete Rolle, weil sich der Nachweis des *rechtmässigen Alternativverhaltens* bereits aus den allgemeinen Kausalitätsüberlegungen ergibt.[1081]

1077 Die deutsche Lehre unterscheidet zwischen unmittelbarer (haftungsbegründender) und mittelbarer (haftungsausfüllender) Kausalität (ROLLAND, 366; NHK BGB-STAUDINGER, § 831 N 10 ff.). Eine solche Unterscheidung ist dem hiesigen Recht fremd. Ob die Rechtsgutverletzung unmittelbar oder mittelbar durch das Verhalten des Schädigers verursacht wird, spielt keine Rolle, solange sie in adäquatem Kausalzusammenhang steht (BK-BREHM, Art. 41 N 72).

1078 OFTINGER/STARK, § 20 N 106; NATER, Entwicklung, 17. So auch im Urteil des BGer, 4A_616/2019, 17.4.2020, E. 4 ff., in welchem das Verhalten der Geschädigten so schwer wog, dass der adäquate Kausalzusammenhang verneint wurde.

1079 MATUSCHE-BECKMANN, 32; OFTINGER/STARK, § 20 N 107 ff.; FUNDEL, 179.

1080 KELLER/GABI/GABI, 174; HaftpflichtKomm-FISCHER/ITEN, Art. 55 N 31.

1081 Vgl. dazu § 3 N 56; CHK-MÜLLER, Art. 55 N 24; OFTINGER/STARK, § 20 N 146 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 807 ff.; REY/WILDHABER, § 8 N 1109 ff.

2. Fehlende Innensicht des Geschädigten hinsichtlich der positiven Haftungsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen und somit auch die Beweislastverteilung orientieren sich noch immer stark an der klassischen Sorgfaltstriage und damit an einem nicht mehr zeitgemässen Verständnis der Geschäftsherrenhaftung. Die Vorstellung beruht auf einer vom Geschäftsherrn fehlgeleiteten, unmittelbar wahrnehmbaren Handlung der Hilfspersonen, die zur Rechtsgutverletzung führt.[1082] Die vom Geschäftsherrn gesetzten Objekt-, Verhaltens- und Organisationsgefahren müssen jedoch keinesfalls immer in eine solche vom Geschädigten beobachtbare Manifestation der Unsorgfalt münden. 354

Typisch für die Schaffung von *Objektgefahren* ist eben gerade, dass keiner Hilfsperson eine unmittelbar wahrnehmbare Handlungsbeteiligung nachzuweisen sein wird. Ob es nun eine ungesicherte Kellertreppe ist, bei welcher unklar bleibt, wer die Abschrankung entfernte,[1083] eine Skipiste nicht hinlänglich abgesichert wurde[1084] oder ein in Verkehr gesetztes Produkt, bei welchem nicht mehr erstellbar ist, wer den Fabrikationsfehler verursachte:[1085] Alle diese Fälle stellen den Geschädigten vor ein identisches Problem: Es ist praktisch ausgeschlossen, den Beweis zu erbringen, ob eine bzw. welche Hilfsperson die Rechtsgutverletzung verursachte. Ähnliche Problemstellungen können sich auch bei *Verhaltensgefahren* ergeben, wenn etwa dem Personal bei fehlender Überwachung von Patienten ein Vorwurf gemacht wird[1086] oder der von einer Baustelle herrührende Lärm bei einem Dritten eine Hörschädigung verursacht.[1087] Demzufolge ist es auch meist nicht möglich, sämtliche positiven Haftungsvoraussetzungen strikt nachzuweisen. 355

[1082] Charakteristisch für die Betriebsorganisation bei Einführung der Haftungsnorm waren übersichtliche Verhältnisse mit flachen Hierarchien. Der Geschäftsherr nahm seine Pflichten mehrheitlich selbstständig wahr. Siehe dazu § 4 N 85 ff.

[1083] BGE 95 II 93 E. I.3.

[1084] BGE 130 III 193 E. 2.2.

[1085] Vgl. dazu die Ausführungen zum *Schachtrahmenfall* (§ 10 N 276 ff.).

[1086] BGE 112 Ib 322 E. 4.d; so auch in BGer, 4A_679/2010, 11.4.2011, E. 6.6.1; BGE 130 I 337 E. 5.3; siehe auch LANDOLT, Organisationshaftung, 327; SIDIROPOULOS, Spitalhaftung, 76.

[1087] BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011, E. 3 und 4.

356 Mit Blick auf die tatsächlichen Entwicklungen, d.h. eine wachsende Anzahl Hilfspersonen, zunehmende Arbeitsteilung und immer komplexere Organisationsstrukturen, spitzt sich dieses Problem zu. Zu Recht wird von einem Teil der Lehre vertreten, dass der Geschädigte – wenn keiner konkreten Hilfsperson eine Handlungsbeteiligung nachgewiesen werden kann – lediglich beweisen muss, dass *irgendeine Hilfsperson des Geschäftsherrn den Schaden verursacht haben muss*.[1088] Die gleiche Konsequenz muss auch für die übrigen positiven Haftungsvoraussetzungen von Art. 55 OR gelten.[1089] Wenn der örtliche, zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der Schadensursache und der Betriebstätigkeit, die üblicherweise von Hilfspersonen erbracht wird,[1090] geknüpft werden kann, darf daraus das Vorliegen der positiven Haftungsvoraussetzungen abgeleitet werden.[1091] Dem Geschädigten wird aufgrund der fehlenden Innensicht und der daraus resultierenden Beweisnot eine **Beweiserleichterung** gewährt.[1092] Wann der Beweis als erbracht gilt, hängt massgeblich vom anzuwendenden Beweismass im Einzelfall ab. Im Übrigen steht dem Geschäftsherrn der Gegenbeweis offen.[1093]

1088 BK-BREHM, Art. 55 N 20; NATER, Entwicklung, 34; PORTMANN, Hilfsperson, 67; BGE 59 II 150 E. 4. Gemäss OFTINGER/STARK, § 20 N 109, sei dies Folge der Präsumtion der Sorgfaltspflichtverletzung. Der Beweis, welche Hilfsperson vom Geschäftsherrn falsch ausgewählt, instruiert oder überwacht wurde, wäre in grösseren Betrieben kaum durch den Geschädigten zu erbringen. Es sei Sache des Geschäftsherrn, die Hilfsperson ausfindig zu machen und in Bezug auf diese Hilfsperson den Sorgfaltsbeweis anzutreten.

1089 Dies gilt jedoch nicht für die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen der Rechtsgutverletzung und des adäquaten Kausalzusammenhanges (§ 3 N 38).

1090 Dies dürfte meist durch Indizien beigebracht werden (WAESPI, Organisationshaftung, 23; GAYLER, 87; OFTINGER/STARK, § 20 N 144).

1091 Um dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, wird regelmässig das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt. Danach gilt der Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptungen nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (MÜLLER, 132; FELLMANN, Nachweis, 162 ff.).

1092 FELLMANN, Nachweis, 163.

1093 STAEHELIN et al., 298.

3. Welcher Beweis kann vom Geschädigten erwartet werden?

Im Sinne einer gerechten Risikozuweisung ist die Frage, ob sich eine Verhaltens- oder Objektgefahr realisiert und die Rechtsgutverletzung verursacht hat, die vom Geschäftsherrn zu vermeiden war, von besonderer Bedeutung.[1094] Die positiven Haftungsvoraussetzungen belegen im Grunde, dass die Schadensursache dem **Organisations- und Gefahrenbereich** des Geschäftsherrn zuzuordnen ist.[1095] Aufgrund der fehlenden Innensicht des Geschädigten kann nicht das interne Betriebsgeschehen Beweisthema sein, sondern der aus einer Aussensicht wahrnehmbare Geschehensablauf. Die Beweisführung des Geschädigten, die die Ursache der Schädigung dem Organisations- und Geschäftsbereich des Geschäftsherrn zuweist, hat sich daher auf das letzte, objektiv feststellbare Glied des Geschehensablaufs zu stützen.[1096] 357

Stellt das letzte Glied ein **unmittelbar feststellbares** Fehlverhalten der Hilfspersonen als Schadensursache dar, ist zu zeigen, dass die Tätigkeit nicht so ausgeübt wurde, wie sie vom Verkehr erwartet wird.[1097] Beispiele aus den Fallgruppen sind fehlerhafte Diagnosen,[1098] die Durchführung von Bluttransfusionen mit unverträglichen Blutgruppen,[1099] die unsachgemässe Verwendung von Arbeitsmaterial[1100] oder die Verursachung von Verkehrsunfällen.[1101] Die Zuordnung zum Gefahrenbereich des Geschäftsherrn wird in der Regel kein Problem darstellen. Ist das Fehlverhalten der konkreten Hilfsperson hingegen **nicht unmittelbar feststellbar**, wenn etwa nahegelegenes Eigentum wegen Bohrarbeiten beschädigt,[1102] Gewäs- 358

1094 ROLLAND, 371, mit weiteren Hinweisen.

1095 LORENZ, 378, zur Sphärentheorie; MUSIELAK, 482, zur Gefahrenbereichstheorie im Deliktsrecht; PrHHdb-FOERSTE, § 30 N 43; Geigel Haftpflichtprozess-SCHMIDT, Kap. 36 N 100, mit weiteren Verweisen; SCHÄFER/OTT, 360; BGH, VI ZR 212/66, 26.11.1968, E. III.3.a.bb.

1096 BGE 133 III 81 E. 4.2.2; MÜLLER, 132; FELLMANN, Nachweis, 164.

1097 LOOSCHELDERS, 480; vgl. auch § 4 N 77 ff.

1098 Dazu der *Spezialistenfall* (§ 8 N 221 ff.).

1099 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, A.

1100 Vgl. dazu § 11.

1101 Dazu die Ausführungen zu den *Fahrerfällen I* bis *IV* (§ 7 N 158 ff. und 174 ff.).

1102 BGE 97 II 221 A.

ser durch Ableiten von Chemikalien verunreinigt[1103] oder Hörschäden durch nahegelegenen Baustellenlärm verursacht werden,[1104] kann der Geschädigte in Beweisnot geraten. Ihm ist diesfalls mittels Beweiserleichterung zu helfen, indem er die Betriebstätigkeit als Schadensursache nachweist, die zum Organisationsbereich des Geschäftsherrn gehört. Gelingt ihm dieser Nachweis, darf abgeleitet werden, dass die Verrichtung durch die Hilfspersonen durchgeführt wurde.

359 Nach den gleichen Prinzipien beurteilt das Bundesgericht auch Objektgefahren. Im Fall von *schadensgeneigten Objekten* hat der Geschädigte zu belegen, dass sich das charakteristische Risiko realisiert hat.[1105] Ob die Rechtsgutverletzung durch die Gefahrenquelle bewirkt wurde, lässt sich im Allgemeinen ohne Weiteres beantworten.[1106] Dagegen kann bei *Objektmängeln* nicht von einem charakteristischen Risiko gesprochen werden. Vielmehr muss der Geschädigte den Mangel bzw. das Sicherheitsdefizit nachweisen, auf dessen Abwesenheit der Verkehr vertrauen durfte.[1107] Dabei kann es sich um die explodierte Kaffeekanne,[1108] den gerissenen Gurt,[1109] die instabile Aufhängung des Schachtrahmens,[1110] die ungesicherte Piste[1111] oder die unbeleuchtete Grube handeln,[1112] die ursächlich für die Rechtsgutverletzung wurden. Nachzuweisen ist, dass der Objektmangel aus dem **Verantwortungsbereich** des Geschäftsherrn stammt. Bei im Geschäftsbetrieb genutzten Objekten ist der Geschäftsherr als Sachhalter zu identifizieren, bei in Verkehr gesetzten Produkten die Herstellereigenschaft. Kann die Gefahrenquelle (bei schadensgeneigten Objekten) oder der Objektmangel dem Organisations- und Ge-

---

1103 BGE 31 II 697 E. 1.

1104 BGer, 4A_321/2011, 3.10.2011, E. 3 und 4.

1105 Vgl. dazu § 4 N 69 ff.

1106 Zu den schadensgeneigten Objekten ausführlich JAUN, Sorgfaltspflicht, 363 ff.

1107 Allein der Umstand, dass das Objekt bei der Entstehung des Schadens eine Rolle gespielt hat, belegt noch nicht die Fehlerhaftigkeit. Damit würde fälschlicherweise vom Schadenseintritt auf einen Mangel geschlossen. Nicht zu belegen ist hingegen die Ursache des Produktmangels als Beweisthema des Geschäftsherrn (BGer, 4A_635/2020, 5.5.2021, E. 4.2 und 4.4).

1108 BGE 133 III 81 E. 4.1 und 5.

1109 BGE 64 II 258 A und B.

1110 Vgl. dazu den Sachverhalt in BGE 110 II 456.

1111 BGE 130 III 193 A ff.

1112 BGE 34 II 266 E. 1.

fahrenbereich des Geschäftsherrn zugeordnet werden, ist auch erstellt, dass *irgendeine Hilfsperson des Geschäftsherrn den Schaden verursacht haben muss*.[1113]

4. Welcher Beweis kann vom Geschäftsherrn erwartet werden?

4.1 Zu den positiven Haftungsvoraussetzungen

Es ist Sache des Geschädigten, die Schadensursache dem Organisations- und Gefahrenbereich des Geschäftsherrn zuzuordnen.[1114] Dem Geschäftsherrn steht nach Art. 8 ZGB der Gegenbeweis für die positiven Haftungsvoraussetzungen offen. Er kann die richterliche Überzeugung erschüttern, indem er etwa nachweist, dass mehrere Geschäftsherren als Verursacher in Frage kommen. Lässt sich nicht erstellen, wer von ihnen die Schadensursache setzte, liegt alternative Kausalität vor. Eine Haftung scheidet aus. Denkbar sind Fälle von Gewässerverschmutzungen durch mehrere Fabriken oder Baustellen, auf denen mehrere Unternehmen tätig waren.[1115] Er kann auch den funktionellen Zusammenhang widerlegen, weil etwa die Hilfsperson unvorhergesehen von Weisungen abgewichen ist.[1116] 360

4.2 Zu den besonderen Befreiungsgründen

Sind die positiven Haftungsvoraussetzungen erstellt, hat der Geschäftsherr die in Art. 55 OR geregelten Befreiungsbeweise anzutreten, will er die Haftung abwenden. Die verschiedenen aus Lehre und Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten wurden bereits hinlänglich in den Fallgruppen bearbeitet. In der Lehre ist hingegen strittig, welche Organisationspflichten der Geschäftsherr als erfüllt nachzuweisen hat. Es bestehen eine Vielzahl von Organisationspflichten und eine Vielzahl von beschäftigten Hilfspersonen, die als Schadensursache in Frage kommen. 361

1113 BK-Brehm, Art. 55 N 20; Nater, Entwicklung, 34; Portmann, Hilfsperson, 67; BGE 59 II 150 E. 4; Oftinger/Stark, § 20 N 109; Matusche-Beckmann, 31.

1114 Siehe die vorherigen Ausführungen in § 13 N 357 ff.

1115 Waespi, Organisationshaftung, 23; BK-Brehm, Art. 55 N 20.

1116 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.5; vgl. auch die Ausführungen zu den *Spezialisten-* und *Werkstattwächterfällen* (§ 8 N 221 ff. und 228 ff.).

362 BREHM vertritt die Meinung, dass alle von der Lehre herausgearbeiteten Sorgfaltspflichten kumulativ erfüllt sein müssen, damit sich der Geschäftsherr von der Haftung befreien kann.[1117] Der Auffassung liegt die Überlegung zugrunde, dass der Befreiungsbeweis schwergewichtig die klassischen curae zum Inhalt hat. In diesem Sinn mag es zutreffen, dass die (klassischen) Sorgfaltspflichten sich gegenseitig bedingen und deshalb kumulativ zu erfüllen sind.[1118] Doch die Sorgfalt der «zweckmässigen Organisation» zeigt auf, dass der Pflichtenkatalog nicht abschliessend definiert ist, folglich eine Vielzahl weiterer – für den Schadensverlauf relevanter und auch irrelevanter – Pflichten bestehen. Die Pflichten leiten sich aus der Geschäftstätigkeit und den damit verbundenen Gefahren ab. Daher kann es kaum der Sinn der Bestimmung sein, die Einhaltung von für den Schadensverlauf unbedeutenden Pflichten beweisen zu müssen. Der zweite Befreiungsbeweis schreibt unmissverständlich fest, dass dem Geschäftsherrn die Beweislast für den mangelnden Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und der Rechtsgutverletzung obliegt.[1119] FELLMANN/KOTTMANN vertreten daher zu Recht die Auffassung, dass nur die Einhaltung solcher Pflichten zu belegen sei, die auch als Ursache für die Rechtsgutverletzung taugen.[1120]

363 Was die Hilfspersonen anbelangt, obliegt es dem Geschäftsherrn, entweder den Befreiungsbeweis hinsichtlich des **Funktionierens seiner Organisation** und somit der potenziell verantwortlichen Hilfsperson zu führen oder aber – bei gegebener Sachlage – den tatsächlich Verantwortlichen zu individualisieren, um mit Rücksicht auf diese konkrete Person die gehörige Erfüllung der Organisationspflichten nachzuweisen.[1121]

4.3 Prozessuale Stolpersteine aus der Rechtsprechungsanalyse

364 Wie bereits in den Urteilen zu sehen war, ergeben sich einige prozessuale Stolpersteine für den Geschäftsherrn. Die Sorgfalt wird häufig mittels Indizien nachzuweisen sein, die der freien Beweiswürdigung des Richters unterliegen.[1122] So wur-

[1117] BK-BREHM, Art. 55 N 48.

[1118] Dazu auch GAYLER, 107.

[1119] GAYLER, 113; OFTINGER/STARK, § 20 N 111.

[1120] Näheres dazu bei FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 803 ff.

[1121] MüKo BGB-WAGNER, § 831 N 56; OFTINGER/STARK, § 20 N 109; MATUSCHE-BECKMANN, 132.

[1122] FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 805; OFTINGER/STARK, § 20 N 144.

den Massnahmen wie die Entlassung von Hilfspersonen[1123] oder die Verbesserung eines Produktionsprozesses[1124] nach einem Schadensfall als **Indiz** für die zuvor mangelhafte Organisation gewertet. Der Schluss ist problematisch, kann doch der Geschäftsherr mit Anpassungen auch über das objektiv geforderte Mass an Sorgfalt hinausgehen. In keinem der behandelten Fälle war dieser Gedanke zu erkennen.[1125] Es ist wohl am Geschäftsherrn, die massgebende ex ante-Perspektive einzubringen und aufzuzeigen, dass die Sorgfalt auch vor der Anpassung hinreichend war.

Auf ähnliche Schwierigkeiten wie im *Betonplattenfall* kann der Geschäftsherr stossen, wenn er auf die **Risikoeinschätzung der Hilfspersonen** abstellt. Die Hilfspersonen können sich der Gefahren bewusst sein, ohne sich zu beschweren. Aufgrund der fehlenden Gesamtübersicht über die Betriebsprozesse können sie sich auch hinsichtlich der zu ergreifenden Sicherheitsmassnahmen irren, indem sie bestimmte Risiken unterschätzen oder Gefahren befürchten, für die bereits Schutzmassnahmen getroffen wurden. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass «*l'opinion des ouvriers n'est donc pas décisive*».[1126] 365

Ein weiterer Stolperstein ist darin zu sehen, dass ein Richter geneigt sein kann, einen **Fehler in der Organisation** zu suchen, da ihm Spezialkenntnisse zur Beurteilung eines falschen Umgangs mit Gefahrenstoffen fehlen. Dass ein Richter nicht in jedem Fall von Beginn weg einen Sachverständigen beizieht, zeigte der *Sprengstofffall*.[1127] Der Geschäftsherr konnte die Haftung jedoch abwenden, weil die sorgfältige Produktionsorganisation mittels *schriftlicher Betriebsvorschrift* belegt werden konnte. 366

Als wohl wichtigstes Element in einem Prozess gelten daher **aussagekräftige Unterlagen**, die die gesamte Aufbau- und Ablauforganisation dokumentieren.[1128] Der Geschäftsherr erhöht seine Chance für die Erbringung des Sorgfaltsbeweises, indem er schriftlich Stellenbeschreibungen, Funktions- und Leistungsprofile,[1129] Ar- 367

1123 BGer, 4A_544/2008, 10.02.2009, E. 2.5.

1124 BGE 110 II 456 E. 3.b.

1125 KOLLER/KRAUSKOPF/SCHWANDER, 597; FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 805; OFTINGER/STARK, 20 N 144.

1126 BGE 90 IV 8 E. 2.

1127 BGE 103 IV 152 E. I.4.

1128 Vgl. ausführlich SHK PrSG-HESS, Art. 22 N 177 ff.; WAESPI, Organisationshaftung, 29.

1129 Vgl. § 7 N 147 ff.

beitsrapporte und Einsatzpläne festhält,[1130] Verantwortungsbereiche zuordnet,[1131] Kompetenzordnungen[1132] und Stellvertreterregelungen[1133] erstellt, Betriebsvorschriften,[1134] Richtlinien[1135] und Anweisungen[1136] bereithält, Eskalationsstufen verbindlich festlegt[1137] und die Durchsetzung von Kontrollmassnahmen belegt.[1138] Fehlt es an der Dokumentation, wird ein Beweis der Sorgfalt kaum zu erbringen sein.

368 Die Lehre diskutiert in diesem Zusammenhang die rechtliche Aussagekraft von **zertifizierten Qualitätsmanagementsystemen** (z.B. ISO-Normen), die vor allem in der industriellen Produktion, aber auch im Dienstleistungssektor in neuerer Zeit an Bedeutung gewannen.[1139] Einerseits wird vertreten, dass eine Zertifizierung beweisrechtlich nahelegt, dass eine organisatorische Qualität angewendet wurde, die dem Stand der Technik entspricht.[1140] Andere Meinungen sehen darin aber die Gefahr eines erhöhten Vertrauens des Publikums, was sich haftungsverschärfend auswirken könnte.[1141] Zu bedenken gilt es, dass eine Zertifizierung gerade *nicht die individuelle Schadensursache* im Auge hat,[1142] mithin eben nicht die «übliche» Sorgfalt verlangt wird. Nichtsdestotrotz wird eine Zertifizierung den Befreiungsbeweis vereinfachen, weil verschiedene Dokumentationspflichten bestehen, die in einem Prozess den Nachweis der Sorgfalt ermöglichen.[1143]

1130 Vgl. § 7 N 174 ff.

1131 Vgl. § 7 N 185 ff.

1132 Vgl. § 8 N 225 ff.

1133 BGE 125 IV 9 E. 1.a und b; dazu auch § 7 N 192 ff.

1134 BGE 103 IV 152 E. I.4.

1135 Dazu § 8 N 217 ff.

1136 BGer, 6B_174/2013, 20.6.2013, E. 3.3.4.

1137 Vgl. § 8 N 217 ff.

1138 BGE 43 II 181 E. 5.

1139 MOSER, 181 ff.; MATUSCHE-BECKMANN, 360 ff.; WAESPI, Organisationshaftung, 29 ff.

1140 MATUSCHE-BECKMANN, 366; WAESPI, Organisationshaftung, 30.

1141 MOSER, 187.

1142 SHK PrSG-HESS, Art. 22 N 154.

1143 So auch WAESPI, Organisationshaftung, 31.

§ 14 Rückgriff und Hilfspersonenhaftung

Das Deliktsrecht bietet dem Geschädigten die Wahl, den ihm entstandenen Schaden gegen die Hilfsperson (Art. 41 OR) oder gegen den für sie verantwortlichen Geschäftsherrn (Art. 55 OR) geltend zu machen (zwischen den Klagen besteht Anspruchskonkurrenz). In der überwiegenden Zahl an Fällen wird der Geschädigte seine Schadenersatzansprüche an den Geschäftsherrn richten, zumal der Geschäftsherr in der Regel solventer ist, die Beweislastverteilung höhere Erfolgschancen verspricht und überdies die Identifizierung einer verantwortlichen Hilfsperson Schwierigkeiten bereiten dürfte.[1144] 369

1. Rückgriff nach den allgemeinen Regressregeln

Befriedigt der Geschäftsherr den Anspruch des Geschädigten, kann er im **Innenverhältnis** auf die Hilfsperson insoweit Rückgriff nehmen, als diese «selbst schadenersatzpflichtig ist» (Art. 55 Abs. 2 OR). Der Rückgriff stützt sich auf die Ansprüche, die der Geschädigte gegen die Hilfsperson besessen hat und nunmehr vom Geschäftsherrn befriedigt wurden.[1145] Die Lehre ist überwiegend der Auffassung, dass die Regelung in Art. 55 Abs. 2 OR überflüssig sei, da sie gegenüber Art. 51 Abs. 2 OR keine Sondervorschrift schaffe.[1146] Ist sowohl dem Geschäftsherrn als auch der Hilfsperson eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen, so gilt Art. 51 Abs. 2 OR analog. Der Richter kann sein Ermessen innerhalb der Grenzen von Art. 4 ZGB einfliessen lassen.[1147] 370

1144 ROBERTO, Gedanken, 92; PETRIN, 130. Dazu bereits die Ausführungen in § 2 N 26 ff.

1145 Es findet eine Subrogation aufgrund der Solidarität statt (OFTINGER/STARK, § 20 N 154; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 41).

1146 FELLMANN/KOTTMANN, § 5 N 815; OFTINGER/STARK, § 20 N 154; WERRO, responsabilité, § 2 N 575 ff.; BK-BREHM, Art. 55 N 104 ff.: Art. 55 Abs. 2 OR scheint weiterzugehen als die allgemeine Regressbestimmung. Die Diskrepanz sei dadurch zu erklären, dass Art. 55 Abs. 2 OR von den Räten bereits abgesegnet war, bevor die allgemeine Bestimmung im Verlauf der Debatten behandelt wurde.

1147 Entgegen der herrschenden Lehre, wonach es sich bei der Geschäftsherrenhaftung um eine milde Kausalhaftung handelt und folglich die im Gesetz statuierte Kaskadenordnung eine stärkere Rolle spielen würde. BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 25 f., für den Regress bei gleichartigen Haftungsarten; REY/WILDHABER, § 8 N 1131; PETRIN, 133 f.; BK-BREHM, Art. 55 N 107a.

2. Arbeitsrechtliche Haftung der Hilfsperson

371 Dessen ungeachtet besteht zumeist ein **Arbeitsverhältnis** zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson, das den Regressbestimmungen des Haftpflichtrechts vorgeht.[1148] Die Hilfsperson ist nach Art. 321e Abs. 1 OR für den Schaden verantwortlich, den sie «*absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt*». Die herrschende Auffassung vertritt, dass die Hilfsperson in der Regel für jedes Verschulden haftet, und nimmt dabei eine Dreiteilung der Fahrlässigkeit vor: leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit .[1149] Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich gemäss Art. 321 Abs. 2 OR nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades und der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeit und Eigenschaft des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Dem Gesetz nicht zu entnehmen ist, wie sich die Kriterien konkret auf die Haftung der Hilfsperson auswirken sollen.[1150] Denkbar ist, die Kriterien bei den Haftungsvoraussetzungen oder den Haftungsfolgen zu berücksichtigen. Richtiger Ansicht nach müssen sie sowohl bei der Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt (Haftungsvoraussetzungen) als auch bei möglichen Reduktionsgründen (Haftungsfolgen) berücksichtigt werden.[1151]

372 Differenzierte Ausführungen in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung finden sich zum Kriterium des **besonderen Berufsrisikos**. Der überwiegende Teil der Lehre verortet das Kriterium bei der Schadensbemessung und vertritt, dass die Haftung der Hilfsperson für leichte Fahrlässigkeit gänzlich entfällt, wenn die von

---

[1148] ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.44 ff. Der Grund wird im relativ zwingenden Charakter von Art. 321e OR gesehen, da die Schädigung Dritter als Verletzung der dem Geschäftsherrn geschuldeten Sorgfaltspflicht betrachtet wird (ROBERTO, Gedanken, 94). Gemäss einem anderen Teil der Lehre kann wahlweise zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen entschieden werden. Der Anspruch werde aber meist auf vertraglicher Ebene geltend gemacht, weil die Verjährung und die Verschuldenspräsumtion (umstritten beim Arbeitsvertrag) Vorteile böten (ZK-STAEHELIN, Art. 321e N 2; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 13 N 42; BK-BREHM, Art. 55 N 109; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 24; GUHL et al., § 26 N 22; PETRIN, 134 f., mit zahlreichen Hinweisen zur Lehre).

[1149] Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 2 f., mit zahlreichen Hinweisen.

[1150] PETRIN, 136.

[1151] BGer, 4C.103/2005, 1.6.2005, E. 1.1; BGE 110 II 344 E. 6.b; GEISER, 789; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 19; ROBERTO/SCHISTER, 395.

ihr zu verrichtende Tätigkeit mit einem besonderen Berufsrisiko verbunden ist. Der zugrunde liegende Gedanke ist der, dass die Hilfspersonentätigkeit vom Geschäftsherrn veranlasst und daher als Betriebsrisiko anzusehen ist, was eine haftungsrechtliche Privilegierung rechtfertige.[1152] Bei mittlerer und grober Fahrlässigkeit soll die Haftung reduziert werden können. Keinerlei Reduktion erfolgt bei absichtlicher Schädigung.[1153] Die Lehre bekundet allerdings Mühe, das Kriterium des Berufsrisikos derart zu definieren, dass schadensgeneigte von übrigen Arbeiten sachgerecht abgegrenzt werden können.[1154] Einzelne Lehrmeinungen verstehen darunter Arbeiten, bei welchen auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer mit erheblicher Wahrscheinlichkeit gelegentlich Fehler unterlaufen.[1155] Es solle sich zwar um vermeidbare Fehler handeln, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit erfahrungsgemäss gerechnet werden müsse.[1156] Das besondere Berufsrisiko könne sich aus der Natur der Tätigkeit, der Arbeitstechnik und -methode, den besonderen Arbeitsanforderungen oder den Eigenheiten des Arbeitsablaufs ergeben.[1157] Abzustellen sei nicht auf die allgemeine Gefährlichkeit eines Berufs, sondern auf die konkrete Gefahrenlage,[1158] was die Abgrenzungsproblematik nicht gerade vereinfacht.[1159]

Was der Geschäftsherr jedoch an Sorgfalt erwarten kann, hängt massgeblich von 373
der Organisation seines Betriebs ab. Er steuert mit weitreichenden Weisungsbefugnissen das Verhalten der Hilfspersonen, das Betriebsrisiko und somit gleichzeitig jenes des Dritten, unfreiwillig oder bloss zufällig geschädigt zu werden.[1160] Die den Dritten drohende Gefahr besteht darin, dass die Betriebsaktivität, wie sie

---

[1152] Zu weiteren Ausführungen vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 3; ROBERTO, Gedanken, 98.

[1153] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 2.

[1154] In Anlehnung an einen Grundsatzentscheid des BGH und des BAG postuliert ROBERTO, Gedanken, 101, zu Recht, dass der Begriff der gefahrengeneigten Arbeit hin zur «*betrieblich veranlassten Tätigkeit*» zu erweitern sei, da «*letztlich jeder Schadenseintritt bei Verrichtung der Arbeit die Verwirklichung des Betriebsrisikos bedeutet*». So auch PETRIN, 143 f.

[1155] PORTMANN/WILDHABER, 58 f.

[1156] ZK OR-STAEHELIN, Art. 321e N 25.

[1157] EGLI, 54, mit weiteren Beispielen und Hinweisen.

[1158] ZK OR-STAEHELIN, Art. 321e N 25; HaftpflichtKomm-HUGENTOBLER, Art. 321e N 12.

[1159] ROBERTO, Gedanken, 100.

[1160] ROBERTO/SCHISTER, 383; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, 55; WEBER, Schädigung, 274.

vom Geschäftsherrn gesteuert wird, genauso fehlgesteuert werden kann.[1161] Nicht verwunderlich ist es daher, dass die genannten Fälle besonderer Berufsrisiken im Grunde organisatorische Fragen betreffen, die dem **Verantwortlichkeitsbereich des Geschäftsherrn** zugeordnet werden (Organisationspflichten). Für diese Betriebsgefahr hat der Geschäftsherr aufzukommen und darf diese nicht auf die Hilfsperson abwälzen.[1162] Daher gehört das Berufsrisiko *zwingend bei den Haftungsvoraussetzungen mitberücksichtigt.*[1163] Die daraus resultierende Gleichbehandlung organisatorischer Risiken im Innen- und Aussenverhältnis ist zu begrüssen.[1164]

374 Folglich hat der Geschäftsherr auf Stufe der **Haftungsvoraussetzungen** zunächst den Umfang der geschuldeten Sorgfalt darzutun,[1165] insbesondere, inwiefern die vermeintliche Sorgfaltswidrigkeit der Hilfsperson gerade nicht auf seine Organisationspflichtverletzung zurückzuführen ist.[1166] Bildungsgrade, Fachkenntnisse, Fähigkeiten sowie Eigenschaften der Hilfsperson sind Kriterien, die der Geschäftsherr im Rahmen der zweckmässigen Organisation zu prüfen und dem Profil entsprechend der Arbeit zuzuweisen hat.[1167] Ein Versäumnis des Geschäftsherrn wirkt sich auf die erwartbare Sorgfalt der Hilfsperson aus. Führt die Organisation des Geschäftsherrn zu einer konkreten Gefahrenlage, weil etwa der Ablauf derart gestaltet ist, dass Hilfspersonen überdurchschnittlich stark beansprucht werden und es früher oder später zu einem Schadensfall kommen muss, sollte dem Geschäftsherrn kein Rückgriff zustehen. Es kann keinesfalls Aufgabe der Hilfsperson sein, organisatorische Versäumnisse des Geschäftsherrn korrigieren zu müs-

---

1161 JAUN, Gefahrensatz, FN 50.

1162 Vgl. § 2 N 26 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 26.

1163 Namentlich von GEISER, 789, und ROBERTO/SCHISTER, 395, vertreten.

1164 Vgl. dazu § 4 N 95 ff.

1165 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 13; ROBERTO, Gedanken, 104. MEIER, 54 ff.: Die Hilfsperson wird bei zunehmender Arbeitsteilung genauso Mühe haben, die unternehmerischen Prozesse zu überblicken. Daher wird aus der Sphärentheorie heraus argumentiert, dass dem Geschäftsherrn die Beweislast für die zu erwartende Sorgfalt obliege. Anderer Ansicht BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 17.

1166 Die Organisation ist Beweisthema des Geschäftsherrn, nicht der Hilfsperson. Vgl. dazu bereits § 13; ähnlich auch ROBERTO, Gedanken, 103 f., mit weiteren Hinweisen; MEIER, 51 ff.

1167 Dazu bereits in den § 7 N 147 ff.

sen.[1168] Kann auch von einer umsichtigen Hilfsperson in der gegebenen Situation keine grössere Sorgfalt verlangt werden, liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung vor.[1169]

375 Ist eine Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson dennoch zu bejahen, sind die **Haftungsfolgen** zu prüfen. Die in Art. 321e Abs. 2 OR aufgezählten Kriterien sind bei der Schadenersatzbemessung erneut zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass die Aufzählung in Art. 321e Abs. 2 OR nicht vollständig ist; daneben finden auch die allgemeinen Grundsätze nach Art. 99 i.V.m. Art. 43 f. OR Anwendung.[1170] Insbesondere kommen Pflichtverletzungen des Geschäftsherrn als Mitverschulden in Betracht.[1171] Betreffend Verschulden wird je nach Lehrmeinung vertreten, dass die Hilfsperson bei leichter Fahrlässigkeit gar nicht oder stark reduziert, bei mittlerer Fahrlässigkeit hälftig mit dem Geschäftsherrn haften oder auch bei grober Fahrlässigkeit die Haftung der Hilfsperson entfallen solle.[1172] Solche Fälle der Fahrlässigkeit werden ohnehin meist von Berufshaftpflichtversicherungen abgedeckt.[1173] Entscheidet sich der Geschäftsherr gegen eine Versicherung, muss dies zu seinen Lasten gehen und nicht etwa zulasten der Hilfsperson. Der Regress würde damit auf den Vorsatz eingeschränkt.[1174]

3. Freistellungsanspruch

376 Belangt der Geschädigte wider Erwarten direkt die Hilfsperson, stellt sich die Frage, ob die arbeitsrechtliche Haftungsbeschränkung auch im deliktischen Bereich greifen soll. Die Lehre anerkennt unter Berücksichtigung des Grundge-

---

[1168] Adressat der Organisationspflichten, die das Betriebsrisiko auf ein vertretbares Mass reduzieren sollen, ist der Geschäftsherr, nicht die Hilfsperson. Ähnlich auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, 158, die sich jedoch noch auf die klassischen curae beziehen.

[1169] Treffend dazu ROBERTO/SCHISTER, 399.

[1170] BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 19 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 3.

[1171] EGLI, 58, mit weiteren Hinweisen.

[1172] Vgl. zum Meinungsstand in der Literatur PETRIN, 136 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 3; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.46.

[1173] REY/WILDHABER, § 8 N 1133; HONSELL/ISENRING/KESSLER, 158.

[1174] ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.46; ROBERTO/SCHISTER, 398 f., zur Versicherungssituation.

dankens der Geschäftsherrenhaftung[1175] und des Rechtsgrunds der Haftungsbeschränkung im Sinne einer sachgerechten Risikozuweisung für fremdbestimmte Arbeitserbringung einen **Freistellungsanspruch** der Hilfsperson.[1176] Die Hilfsperson hat diesfalls Anspruch darauf, dass der Geschäftsherr sie von den Ansprüchen des Dritten freihält, soweit die Hilfsperson für den Schaden nicht nach den Grundsätzen des Art. 321e OR selbst aufzukommen hat.[1177] Hat die Hilfsperson bereits geleistet, steht ihr ein Anspruch auf Ersatzleistung zu.[1178] Voraussetzung ist, dass die Schädigung in Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten erfolgte. Ungeklärt bleibt, was betreffend Freistellungsanspruch im Falle der Insolvenz des Geschäftsherrn gelten soll. Kann der Geschäftsherr nicht leisten, liegt es wohl nahe, das Risiko der Hilfsperson und nicht dem Geschädigten zuzuweisen. Mag es auch hart erscheinen, dass jemand durch ein kleines Versehen sich einer weitgehenden Ersatzpflicht ausgesetzt sieht, «*so ist es auf der anderen Seite noch viel härter, dem überhaupt keine Schuld treffenden Geschädigten die Tragung eines Teils des Schadens aufzubürden*».[1179]

1175 Siehe dazu § 2 N 26 ff.

1176 HaftpflichtKomm-HUGENTOBLER, Art. 321e N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 5; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.47; PETRIN, 138; MEIER, 63 ff., zur dogmatischen Begründung des Freistellungsanspruchs; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 26; HONSELL/ISENRING/KESSLER, 158.

1177 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321e N 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e N 5.

1178 PETRIN, 138.

1179 ROBERTO, Gedanken, 95; ausführlicher und mit weiteren Hinweisen ROBERTO, Schadensrecht, 253 f.

Teil 5: Schlussbetrachtung

§ 15 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Erfolgsunrechtslehre führt zur Verkomplizierung der Tatbestandsvoraussetzungen, ohne einen signifikanten Mehrwert zu schaffen. Insbesondere bei mittelbaren Verletzungshandlungen, wie diese typisch für die Geschäftsherrenhaftung sind, führt sie oft zu irritierenden Ergebnissen. Deshalb ist der Verhaltensunrechtslehre der Vorzug einzuräumen. Kernelement der Haftung ist die Rechtswidrigkeit. Sie ergibt sich aus der Verletzung einer Verhaltenspflicht, die sich aus Schutzgesetzen und der allgemeinen Sorgfaltspflicht ableitet.[1180] 377

Zwei wesentliche Gedanken beschreiben die Funktionsweise der Geschäftsherrenhaftung: Zum einen ist es der Vorteilsausgleich, der darin besteht, dass der Geschäftsherr, der eine Besorgung zu seinem Nutzen durch seine Hilfspersonen verrichten lässt, auch das Risiko von Schädigungen Dritter tragen soll. Zum anderen ist es das Unterordnungsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson. Es erlaubt dem Geschäftsherrn, das Verhalten der Hilfsperson und somit gleichzeitig das Schädigungsrisiko Dritter zu steuern. Mit Einräumung eines Befreiungsbeweises wird dem Geschäftsherrn der Nachweis ermöglicht, vorwurfsfrei gehandelt zu haben. Insofern ist die Geschäftsherrenhaftung als gesetzlich konkretisierter Sondertatbestand der Verschuldenshaftung anzusehen. Sanktioniert wird die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn, die eine Einstandspflicht für das von ihm gesteuerte Hilfspersonenverhalten begründet. Ob der Hilfsperson eine eigene Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann, spielt für die Haftung nach Art. 55 OR keine Rolle.[1181] 378

Die Gedanken finden sich in den Haftungsvoraussetzungen wieder. Geschäftsherr kann eine juristische Person sein, was im Alltag wohl die bedeutendste Form einer Organisation darstellt. Das Subordinationsverhältnis als Befugnis, die Hilfsperson in die eigene ökonomisch-organisatorische Struktur einzugliedern, beschneidet deren Entscheidungsspielraum. Demzufolge fehlt es an der Subordination, wenn es sich um selbstständige Hilfspersonen handelt. Gezeigt wurde, dass auch der funktionelle Zusammenhang eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. Kompetenzüberschreitungen und generell weisungswidriges Hilfspersonenverhalten befreien den Geschäftsherrn nicht per se von der Haftung nach Art. 55 OR. Ist das Fehlverhalten voraussehbar, sind Kontrollmechanismen vorzusehen. Zieht der Ge- 379

[1180] § 2 N 10 ff.

[1181] § 2 N 32 ff.

schäftsherr eine Organisation auf, die Hilfspersonen zu Fehlverhalten verleitet, ist die resultierende Schädigung seinem Organisationsbereich zuzuordnen.[1182]

380 Der anzuwendende Sorgfaltsmassstab war in der Lehre bereits mehrfach Gegenstand hitziger Diskussionen. Regulierungslücken führten zu sehr strengen Urteilen, sodass der Befreiungsbeweis von mehreren Literaturstimmen als abgeschafft betrachtet wurde. Dass dem nicht so ist, mithin das Bundesgericht es mit der ex ante-Betrachtung möglicher Pflichtverletzungen ernster nimmt, zeigten neuere Urteile. Die extremen Ausschläge sind im Interesse der Rechtssicherheit zu glätten. Zwei Faktoren dürften jedoch zu einer tatsächlich strengeren Haftung geführt haben. Wird der Befreiungsbeweis nicht nur als die Summe der klassischen curae, sondern auch als eine weitergehende organisatorische Pflicht verstanden, sind auch vielfältigere Lebenssachverhalte von Art. 55 OR erfasst. Lücken, die das Moment der Organisationsgefahr nicht berücksichtigten, werden geschlossen. Verstärkt wird der Effekt durch die sich erhöhende Verkehrserwartung. Sie stellt jedoch keine Eigenheit der Geschäftsherrenhaftung dar, sondern eine allgemeine haftungsrechtliche Tendenz.[1183]

381 Die Organisation ist eine Komposition aus Personal- und Sachmitteln, die in der vom Geschäftsherrn gewünschten Form zusammengeführt werden. Daraus leiten sich die Personal-, Objekt- und Organisationsgefahren ab, die der Geschäftsherr zu entschärfen hat. Was die Organisation von der natürlichen Person unterscheidet, ist der Umstand, dass die deliktischen Pflichten nicht persönlich, sondern arbeitsteilig erbracht werden. Mit der Aufgabendelegation im Betrieb wird die den Geschäftsherrn treffende deliktische Verhaltenspflicht von seinen Hilfspersonen erfüllt. Der Geschäftsherr hat die Erfüllung der Verhaltenspflicht organisatorisch zu gewährleisten. Aus der primären, den Geschäftsherrn treffenden Verhaltenspflicht wird fortan eine Organisationspflicht. Hier zeigt sich, dass eine Beschränkung auf die klassischen Sorgfaltspflichten eine Reihe von Gefahren nicht abdeckt. Sie bilden lediglich einen Bestandteil der zweckmässigen Organisation, lassen aber besondere Verhaltenspflichten im Bereich des Personals, der Sachmittel sowie der organisatorischen Felder Aufbau, Ablauf und Aufsicht aussen vor. Die Umformulierung des Befreiungsbeweises als Nachweis, die Organisations-

[1182] § 3 N 38 ff.

[1183] § 3 N 53 ff.

pflichten erfüllt zu haben, löst dieses Problem. Sie sind für das ausservertragliche Haftungsrecht ausschliesslich in Art. 55 OR beheimatet.[1184]

382 Der gelegentlich in der Lehre unterbreitete Vorschlag, alle über die klassischen curae hinausgehenden Pflichten Art. 41 OR zuzuordnen, wird vorliegend abgelehnt. Damit wird vermieden, Organisationspflichten ohne Grund unterschiedlich zu beurteilen und den Geschädigten einem Beweisproblem auszusetzen. Des Weiteren wird eine unerwünschte Ausdehnung der Haftung auf die Organe verhindert. Die Haftung der juristischen Person nach Art. 41 OR lässt sich nur über die Zurechnung des Organverhaltens bewerkstelligen (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Damit müsste die Verantwortlichkeit der Organe für die deliktischen Organisationspflichten statuiert werden, um sie wiederum der juristischen Person zuzurechnen. Die an die Gesamtheit der Personal- und Sachmittel gerichteten Organisationspflichten unterscheiden sich jedoch von jenen an die Einzelperson gerichteten Pflichten. Die Pflichten müssen auseinandergehalten werden, um eine Pflichtenverdoppelung und damit eine allseitige Haftung der Unternehmensangehörigen für Pflichten des Geschäftsherrn zu vermeiden. Die rechtliche Ausgangslage – eine Generalklausel in Art. 55 OR – erlaubt es, Tendenzen des deutschen Rechts nicht in die Schweiz überführen zu müssen. Die Organaussenhaftung und weitergehende strafrechtliche Konsequenzen stellen in Deutschland ein notwendiges Übel dar, weil die Organisationspflichten nicht einheitlich in § 831 BGB gebündelt werden können.[1185]

383 Um die deliktsrechtliche Rechtsprechung zu ergänzen und einen verdichteten Pflichtenkatalog erstellen zu können, sind Urteile verwandter Rechtsgebiete heranzuziehen, die demselben Haftungsmechanismus folgen. Wie für die Staatshaftung gezeigt wurde, haftet der Spitalträger nicht ohne den Nachweis einer Dienst- oder Sorgfaltspflichtverletzung. Für die vertragsrechtliche Haftung sind es die vertraglichen Neben- und Schutzpflichten, die vom Bundesgericht unter denselben Gesichtspunkten beurteilt werden wie die deliktischen Schutzpflichten. Dies gilt für das Auftragsrecht im Kontext medizinischer Behandlungen oder auch im Arbeitsrecht für die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die strafrechtliche Rechtsprechung zu Arbeitsunfällen auferlegt vergleichbare Pflichten, wie sie deliktsrechtlich vom Geschäftsherrn erwartet werden. Sämtliche Rechtsgebiete bieten Sachverhalte, die zur Konkretisierung der Organisationspflichten ausgeschöpft werden können. Die Neuordnung des Befreiungsbeweises muss den wirtschaftli-

[1184] § 4 N 103 ff.

[1185] § 5 N 108 ff.

chen Wandel mitberücksichtigen. Ökonomische Organisationstheorien, die längst zur Tatsache geworden sind, bieten Orientierungspunkte für eine Fallgruppenbildung. Angelehnt an den Organisationsbegriff sind es die Personal-, Aufbau-, Ablauf-, Aufsichts-, Ausstattungsorganisation:[1186]

384 • Die Personalorganisation betrifft das Vorsehen von Hilfspersonen in hinreichender Qualität und Quantität. Die Qualität wird durch weitreichende Pflichten in der Eignung und Schulung der Hilfspersonen erreicht. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass nicht zu wenige Hilfspersonen für Tätigkeiten vorgesehen werden. Auch Ausfälle können zu Lücken im Personalbestand führen und sind durch entsprechende Massnahmen zu kompensieren. Ermüdung, Überanstrengung oder Unaufmerksamkeit aufgrund übermässiger Arbeitsbelastung sind organisatorisch zu vermeiden. Stellvertreterregelungen sind elementar für eine zweckmässige Organisation des Betriebs. Für Schlüsseltätigkeiten – meist in Form von sicherheitsrelevanten Tätigkeiten, die zu jeder Zeit erbracht werden müssen – sind Entlastungsmechanismen vorzusehen. Anreizsysteme, die eine Effizienzsteigerung zum Ziel haben, dürfen nicht Fehlverhalten begünstigen.[1187]

385 • Die Aufbauorganisation regelt die vertikale und horizontale Aufgabenteilung und damit einhergehend die Verteilung von Rechten und Pflichten. Mehrstufige Delegationen sind fehleranfällig und müssen daher geordnet ablaufen. Zu klären ist insbesondere, welche Aufgaben delegiert werden dürfen und an wen. Bei wiederkehrenden Prozessen sind Eskalationsstufen zu bestimmen und die Verfügbarkeit sowie die Erreichbarkeit der übergeordneten Stellen zu garantieren. Kompetenzordnungen sind widerspruchsfrei zu implementieren, sodass keine positiven oder negativen Kompetenzkonflikte resultieren.[1188]

386 • Die reibungslose Koordination der einzelnen Betriebsschritte ist Gegenstand der Ablauforganisation. Die Hilfspersonen müssen in der ihnen angedachten Tätigkeit eingeführt werden. Entscheidungen sind auf einer hinreichenden Informationsgrundlage zu treffen. Dies beinhaltet eine Informationsbeschaffungs- und Informationsorganisationspflicht des Geschäftsherrn. Die richtige Informationsallokation bedingt zweckmässige Kommunikationswege. Häufig dürften elektronische Hilfssysteme unumgänglich sein.[1189]

[1186] § 6 N 129 ff.

[1187] § 7 N 146 ff.

[1188] § 8 N 208 ff.

[1189] § 9 N 243 ff.

- Die Aufsichts- und Kontrollorganisation des Geschäftsherrn beschränkt sich nicht nur auf sein Personal. Sie betrifft genauso sachliche oder andere betriebstypische Gefahrenquellen. Endkontrollen sind ein probates Mittel, um sowohl aus fehlerhaften Produkten als auch aus fehlerhaften Dienstleistungen herrührende Schäden zu vermeiden. Je nach Art der Betriebstätigkeit sind die Schwerpunkte anders zu setzen. In ihrer Gesamtheit betrachtet statuieren die verschiedenen Pflichten eine Art Gefahrenüberwachungspflicht.[1190] 387
- Speziell die sachliche Organisationssphäre ist von der Ausstattungsorganisation erfasst. Die Hilfspersonen sind mit genügenden und geeigneten Hilfsmitteln auszustatten, die eine gefahrlose Ausübung der Tätigkeit erlauben. Dies kann so weit gehen, dass eine fortlaufende Überprüfung und Instandhaltung der Hilfsmittel vom Geschäftsherrn erwartet werden kann.[1191] 388
- Die aus der Produzentenhaftung stammende Unterteilung der Fehlerquellen orientiert sich am jeweiligen Produktionsstadium. Die abgeleiteten Pflichten stellen jedoch nichts anderes dar als die Organisationspflichten des Warenherstellers. Da der Geschäftsherr bei der Produktion von Gütern Personal- und Sachmittel in der von ihm gewünschten Form zusammenführt, stellt die Produzentenhaftung eine Spielart der Haftung für Organisationsmängel dar. Sie ist in Art. 55 OR anzusiedeln.[1192] 389

Wird Art. 55 OR als Haftung für die Verletzung der Organisationspflichten verstanden, die die modernen Probleme der Arbeitsteilung erfassen soll, müssen die Erwartungen an die Beweisführung überdenkt werden. Vom Geschädigten kann aufgrund der fehlenden Innensicht nicht mehr erwartet werden, als die Schadensursache dem Organisations- und Gefahrenbereich des Geschäftsherrn zuzuordnen. Dies wirkt sich auf das erforderliche Beweismass aus. Der Geschäftsherr hingegen verfügt über den Beweisstoff. Folglich hat er nachzuweisen, dass die Organisation des Betriebs geeignet war, um einen Schaden der eingetretenen Art abzuwenden.[1193] 390

Angesichts des zumeist arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnisses spielt der haftungsrechtliche Regress des Geschäftsherrn eine untergeordnete Rolle. Allgemein erforderlich ist eine Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson. Was der Ge- 391

[1190] § 10 N 267 ff.

[1191] § 11 N 312 ff.

[1192] § 12 N 325 ff.

[1193] § 13 N 351 ff.

schäftsherr jedoch an Sorgfalt erwarten kann, hängt massgeblich von der Organisation seines Betriebs ab. Er hat auf Stufe der Haftungsvoraussetzungen zunächst den Umfang der geschuldeten Sorgfalt darzutun, insbesondere, inwiefern die vermeintliche Sorgfaltswidrigkeit der Hilfsperson gerade nicht auf sein Organisationsverschulden zurückzuführen ist. Für den Fall der direkten Inanspruchnahme der Hilfsperson durch den Geschädigten ist ihr ein Freistellungsanspruch einzuräumen, soweit sie für den Schaden nicht nach den Grundsätzen des Art. 321e OR selbst aufzukommen hat.[1194]

[1194] § 14 N 369 ff.

Lebenslauf

Persönliche Angaben

Schweizer, geboren am 24. Juni 1991, ledig

Ausbildung und berufliche Erfahrungen

seit 2021	Partner bei Novalex Rechtsanwälte AG, Teufen AR
seit 2019	Tutor für Privat- und Gesellschaftsrecht an der Universität St.Gallen
2019 – 2022	Doktorand an der Universität St.Gallen
2019 – 2021	Wissenschaftlicher Assistent an der Universität St.Gallen, Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis (IRP-HSG)
2019	Erlangen des Anwaltspatents, St.Gallen
2017 – 2018	Auditor am Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden
2016 – 2017	Substitut in einer Anwaltskanzlei in St.Gallen
2014 – 2016	Universität St.Gallen (M.A. HSG in Law and Economics)
2011 – 2014	Universität St.Gallen (B.A. HSG in Law and Economics)