

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	22 (1903)
<b>Artikel:</b>	Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht
<b>Autor:</b>	Burckhardt, C.C.
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896596">https://doi.org/10.5169/seals-896596</a>

#### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

#### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

#### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 07.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Verhandlungen**

## **des schweizerischen Juristenvereins**

### **XLI. Jahresversammlung in Lausanne.**

---

#### **Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht.**

Referat

von Prof. Dr. C. Chr. BURCKHARDT in Basel.

---

Für freie rechtsschaffende Tätigkeit ist, wo eidgenössische Gesetze in die bevorstehende Gesamtkodifikation des Privatrechtes einzureihen sind, weniger Raum, als wo kantonale Normen durch gemeinschweizerische ersetzt werden sollen. Auch hier zwar lässt sich nicht ungebunden „richtiges Recht“ gestalten; beachtenswerte und bedauerliche Realitäten, wohl und übel angebrachte Pietät spielen auch im Personen-, Familien- und Erbrecht ihre Rolle und erzwingen direkte Beachtung oder doch Kompromisse. Im ganzen aber ist in diesen Materien, gerade wegen der Buntscheckigkeit der bisherigen Ordnungen, die Gestaltungsfreiheit weit grösser, als bei Rechts-teilen wie dem Obligationenrechte, dessen geltende Normierung durch mehr als zwanzigjährige Praxis zum festen gemeinsamen Besitze geworden ist. Hier stehen, um vom Wunsche nach baldiger Erreichung der Rechtseinheit ganz abzusehen, der Verwirklichung des denkbar Besten drei Faktoren entgegen, deren Gewicht nicht hoch genug angeschlagen werden kann: die Interessen der Rechtskontinuität, der Rechtssicherheit, der Rechtseindrücklichkeit. Wo Dutzende von Ordnungen durch eine einzige zu ersetzen sind, geht es nicht ab ohne vielfachen Bruch mit der Vergangenheit und schwere neue Gewöhnung. Ist aber geltendes einheitliches Recht zu revidieren, so mahnen jene

Postulate zu schonendem Vorgehen und, wo nicht zwingende Gründe Änderungen erheischen, zum Beibehalten des Beste-henden. Diese Ueberzeugung beherrscht die vorliegende Arbeit. Ihretwegen muss sie mitunter schweigen, dulden, ja rechtfertigen, wo ihr Verfasser sich und andern zu Dank vielleicht lieber ge-redet, bekämpft, Kritik geübt hätte. Es stehen eben nicht rein wissenschaftliche Fragen, sondern in erster Linie legislativ politische Aufgaben zur Erwägung. Da ist das Bessere oft des Guten Feind und das Erreichbare das zunächst Erstrebens-werte. Wir haben nicht freie Hand und reinen Tisch; wir müssen damit rechnen, dass man beim Heim, in das man eingelebt ist, sich ungern zu Neubauten oder auch nur durch-greifenden Umbauten entschliesst. Darum werden hier keine kühnen Umwälzungen des Schadensersatzrechtes verlangt werden, sondern unter tunlicher Wahrung des Besitzstandes blass Einzelverbesserungen und Weiterbildungen. Die Fülle der für unsere Materie in Betracht fallenden Faktoren, die zu Kompromissen eigentlich zwingt, die Ueberzeugung, dass nur die allseitige Abwägung der unzähligen oft widerstreitenden Momente zum Ziele führen kann, schliesst einfache Lösungen mit souveränen Formeln von vornherein aus. Zudem lässt sich im raschen Flusse der Entwicklung zwar diese und jene Strömung erkennen, fördern und benützen, die schliessliche Richtung, wo all das hinaus will, aber nicht vorhersehen und meistern. Wenn irgendwo müssen wir uns hier bescheiden, für unsere Zeit und nicht für alle Zeiten zu sorgen.

Jenes konservative Memento gilt zunächst für System und Sprache des Gesetzes.

Man kann rückhaltloser Anhänger der neuerdings vielfach verfochtenen Einheit des Schadensersatzrechtes sein, wie sie schon der Basler Civilgesetzentwurf von 1865 vorbildlich verwirklicht hat, und demnach die Spaltung in ein vertragliches und ein ausservertragliches Gebiet, die unser Gesetz dem Code civil und dieser dem römischen Rechte entnommen hat, beklagen, eine Spaltung, die doch wesentlich nur als ge-schichtliches Ergebnis eines Rechtes erklärlich ist, das blass scharf umgrenzte Einzeldeliktstypen, nicht wie wir ein gene-

relles Deliktshaftungsprinzip aufwies; man kann für jene Einheit und gegen die Differenzierung einerseits das formale Interesse der Sparsamkeit und des klaren Zusammenschlusses, andererseits den materiellen Uebelstand anführen, dass die Zweispurigkeit bei uns wie im französischen Rechte zu einer oft unerwünscht tiefen inneren Verschiedenheit des kontraktlichen und des ausserkontraktlichen Schadensrechtes geführt hat; und man kann trotzdem sehr wohl nur einem häufigen materiellen, nicht aber einem formellen Ausgleiche das Wort reden, aus dem nüchternen Grunde, dass sich ein Schadensersatzcodex dem gegebenen Aufbau allzu schwer einfügen liesse. Wichtiger als tadellose Systematik ist innere Geschlossenheit des Gesetzes; Sache der Doktrin ist es dann, die zerstreuten Glieder zum lebendigen Ganzen zu vereinigen, und auch die Praxis wird, wenn wir jener Anforderung genügen, ob der äusserlichen Trennung die sachliche Einheit nicht erkennen und ohne Mühe das Zusammengehörige in verschiedenen Räumen suchen und finden. So schicken wir uns auch darein, dass die Scheidung des ersten Titels in Entstehung der Obligation aus Vertrag, Delikt, Bereicherung und variae causarum figurae wissenschaftlich mangelhaft und romanistisch abgestanden sein mag: praktisch hat sie zu keinen Unzuträglichkeiten geführt. Wir können uns ferner dazu verstehen, unter den „Unerlaubten Handlungen“ nicht nur die Notwehr, sondern noch manches andere zu belassen, ja neu unterzubringen, wozu das Delikt nicht einmal die Denkform, die Krücke abgeben kann, wie z. B. rechtmässige zum Schadensersatze verpflichtende Handlungen; warum sollte nicht zur Vermeidung von Weitläufigkeiten der Aelteste und Stärkste der Gesellschaft sich als ihr Sprecher in den Vordergrund stellen dürfen? Und so hinunter bis zur Reihenfolge der einzelnen Artikel. Sie liegen in Art. 50 ff. kunterbunt durcheinander, und doch mögen sie bleiben, wo sie sind, mit Ausnahme von Art. 55, der nur durch Verpfanzung zu den Persönlichkeitsrechten völlig geklärt werden und Luft und Licht zu kräftigerem Gedeihen bekommen kann. Im übrigen ist die jetzige Anordnung nur ein Schönheitsfehler, der, soweit

er zu Zweifeln über den Charakter Anlass gab, der Hauptsache nach längst in seiner Bedeutungslosigkeit erkannt worden ist. Und wenn endlich ein sparsamer Hausvater eine Reihe überflüssiger Einzelanwendungen von Art. 110 streichen möchte, so stimmen wir für Belassung, weil einem Gesetze, das nicht bloss zum Juristen, sondern auch zum Laien sprechen will, allzu konzentriertes Kondensieren mehr schadet, als Ueberfluss.

Jene selbe Schontendenz vertreten wir auch für die sprachliche Revision. Unsere Gesetzesfassung will nicht in erster Linie technisch vollkommen, sondern möglichst schlicht und gemeinverständlich sein. Wie weit Präcision und Volks-tümlichkeit sich vereinigen lassen, darüber kann man ja rechten; jener Charakter lässt sich nun aber einmal nicht im ganzen ändern, und einzelne neue Lappen aufs alte einheitliche Kleid zu flicken, geht höchstens an, wo es grobe Fehler aufweist. Auch gegenüber der Sprache plädieren wir also für Schonung. Denn in seiner Verkörperung tritt uns das Gesetz zunächst entgegen und prägt es sich uns ein. Nicht nur der Laie beurteilt es zuvörderst nach diesem Aeussern, auch Juristen begegnet es, mehr am Worte zu haften, als Sinn und Geist zu erfassen, und so laufen Aenderungen, die bloss den bisherigen Gedanken besser ausdrücken sollen, leicht Gefahr, zu Trägern eines neuen Inhalts missdeutet zu werden. Wir tun darum besser, wo nicht irreführende Unklarheiten vorliegen, trotz ungeschicktem Ausdrucke keine Korrekturen vorzunehmen, falls der Inhalt derselbe bleiben soll. Mag es z. B. klarer sein, in Art. 50 von „Vermögensschaden“ zu reden, und mag es Rensing zutreffend als Ineleganz bezeichnen, dass dort von „Absicht und Fahrlässigkeit,“ in Art. 110 von „Verschulden“ gesprochen wird, so lassen wir es doch beim Alten; denn jener Sinn ist der Praxis klar geworden, und diese nur äusserlich verschiedene Ausdrucksweise hat ihr nie zu schaffen gegeben. Verzichten wir auf Katalogisierung weiterer kleiner Defekte. Bei den Beratungen der Expertenkommission zum Civilgesetzbuche hat sich wiederholt gezeigt, wie beharrlich die hergebrachten Redaktionen gegenüber neuen, vielleicht tadellosen, das Feld behaupteten. Dass einem der alte Freund

im neumodisch korrekten Rocke fremd ist und man ihn im gewohnten Kleide lieber sieht, darin steckt doch nicht nur träge Bequemlichkeit, mit der man ja schliesslich ebenfalls rechnen muss, sondern auch ein gutes Stück echter Treue. Wenden wir uns, ohne hier einlässlich noch von der besseren Konkordanz der deutschen und der französischen Fassung zu reden, die schon Rossel, Soldan u. a. empfohlen haben, lieber zu Wichtigerem, zum Inhalte des Schadensersatzrechtes.

### I. Der Schadensbegriff.

Von „Schaden“ redet die Sprache des täglichen Lebens überall, wo ein anormales Ereignis ein Lebensgut wertstörend trifft, mag die Einbusse materieller oder geistiger Art sein. So bemisst auch das öffentliche Recht in Strafpflege und Verwaltung den Wert eines Gutes allgemein nach seiner Fähigkeit, menschlichen Bedürfnissen zu dienen. Im Privatrechte aber hat es harte Kämpfe gekostet, bis sich der Blick über den engen Kreis der ökonomischen Interessen und des Schadens, der im Geld sein volles adäquates Aequivalent findet, hinausweitete. Interesse und Schaden waren hier lange eins mit Vermögensinteresse und ökonomischer Einbusse. Davon weist auch unser Gesetz noch Spuren auf. Einmal im sprachlichen Ausdruck. Art. 50, der dem Art. 55 nicht über-, sondern nebengeordnet ist, versteht unter „Schaden“ nur Vermögensschaden und hat mit „Ersatz“ nur seinen Ausgleich im Auge; ebenso Art. 51 bis 53; erst von Art. 56 an kommt der Sprachgebrauch unter dem Einfluss der Art. 54 und 55 ins Wanken, obschon diese selber die Verwendung jener Ausdrücke vermeiden; ob aus Scheu vor jenem alten Monopol, ob aus einem feinen Gefühle, dass hier und dort doch etwas innerlich verschiedenes vorliege, lassen wir zunächst dahin gestellt; sie stellen die von ihnen bezeichneten Verletzungen und die dafür fakultativ auszuwerfende „angemessene Geldsumme“ in bestimmten Gegensatz zum „Ersatz erweislichen Schadens, Vermögensschadens“. Aber nicht bloss sprachlich, auch sachlich nach Ausdehnung und Intensität, unterscheidet sich die Neue-

rung vom früher herrschenden Prinzip. Jene Identifizierung von Interesse und Vermögensinteresse hat zwar in unserem Gesetze einer privatrechtlichen Anerkennung auch solcher Güter Platz gemacht, für die Geld kein restlos äquivalenter Wertmesser ist, aber die ideale Unversehrtheit hat keine Gleichberechtigung mit der ökonomischen errungen. Im Deliktsgebiete wird beim Angriffe gegen nicht ökonomische Güter die Reparationspflicht abhängig gemacht nicht nur von einer erheblichen Intensität der Verletzung, sondern ausserdem allgemein vom freisten Ermessen des Richters, während die kleinste ökonomische Schädigung Anspruch auf Ersatz gibt; dort ist ferner nur ein Abhilfmittel geboten: Geld, während hier der Richter in der Wahl der Ausgleichsmittel frei ist; vor allem aber haben wir uns im Vertragsrechte zwar hinsichtlich der Entstehung der Obligation vom Erfordernisse des Vermögenswertes der Leistung emancipiert, bei Verletzung der Leistungspflicht aber scheuen wir vor den Konsequenzen und schützen nur die ökonomischen Interessen, im Anschlusse an die überwiegende Meinung der französischen Judikatur; *de lege lata* kaum mit Unrecht, wenn wir uns streng an den Sprachgebrauch der Art. 110 und 116 verglichen mit Art. 50 halten; ob angesichts des Zwecks und des Gesamtzusammenhangs, und ob *de lege ferenda* mit Recht, bleibe vorerst unerörtert. Da und dort also ein verschieden weitgehender Schutz, im Gebiete immaterieller Güter ein unfertiges Ergebnis, man möchte fast sagen, ein versuchsweises Provisorium. Wie soll sich die Revision hiezu stellen? Soll sie auf der erreichten Etappe stehen bleiben oder auf Grund der gemachten Erfahrungen einen vollen oder teilweisen Rückzug antreten oder umgekehrt auf noch weiter gehenden Ausgleich hinarbeiten? Uns dünkt, die innere Triebkraft des partiell anerkannten Gedankens drängt zur letztgenannten Alternative. Im Deliktsgebiete haben wir unter unserem allgemeinen Prinzip nicht gelitten; wir haben es keineswegs, wie M. Rümelin meint, als „reines Würfelspiel“ empfunden, und so kann hier weder eine gänzliche Abschaffung, noch auch nur eine Enumerativbeschränkung, wie sie B. G. B. vorgenommen hat und wobei z. B. Verfüh-

rung von Kindern und üble Nachrede gegen Verstorbene privatrechtlich schutzlos bleibt, für uns in Betracht fallen. Im Gegenteil, wir tun gut, auch im Kontraktsrechte unser Prinzip nicht wie bisher bei Seite zu schieben. Eine eingehendere Erörterung dieses „immateriellen Schadens“ scheint uns gerechtfertigt; die Windscheid'sche Behauptung, einschlägige Forderungsrechte seien von verschwindender praktischer Bedeutung, klingt dem Kenner unserer Praxis seltsam.

Gewiss, einem feinen ethischen Empfinden wird ein Recht, das körperlichen Schmerz oder gar seelisches Leid durch Geld aufzuwägen versucht, Missbehagen verursachen. Es wird Normen, welche zwei anscheinend so inkommensurable Größen als vertretbar betrachtet, nicht nur für die eigene Person als toten Buchstaben betrachten, sondern auch für andere als demoralisierend zu bekämpfen geneigt sein. Das altständische Preussen spiegelt sich im Satze seines Landrechts, der das Schmerzengeld der Carolina nur Beschädigten aus dem Bauern- und gemeinen Bürgerstand zubilligte, den Personen höherer Stände dagegen versagte. Das wollte heissen: mit den in jenen Kreisen vorhandenen und nicht anders zu erwartenden Ehrbegriffen ist Aufwägen von Geld und Empfinden verträglich, für die herrschenden Klassen aber ist die aristokratische Ge- sinnung, die ihnen ziemt, zum rechtlichen kategorischen Imperativ zu erheben. Für unseren Gesetzgeber sind nun natür- lich diese Unterscheidungen unverwendbar; ob auch für unseren Richter, darüber wird noch zu reden sein. Ebensowenig aber als einer gesetzgeberischen Unterscheidung zwischen ethi- schen NATUREN erster und zweiter Güte lässt sich einer all- gemeinen gesetzlichen Sanktionierung einer Ansicht das Wort reden, die geläuterte eigene Lebensprinzipien in unserer Frage als Richtschnur für alle anerkannt wissen möchte. Wenn Alfred Martin und Zeerleider die Auffassung von O. R. Art. 55 als durch und durch materialistisch, als Symptom und Werk- zeug eines Rückschrittes des sittlichen Gesamtbewusstseins befehdten, wenn Gustav Hartmann ausruft: „Dem deutschen Sinn widerstrebt es, die heiligsten Gefühle in schnödem Mammon abzumessen und jede schuldhafte Kränkung derselben durch

eine Geldleistung aufwägen zu lassen," wenn Max Rümelin hervorhebt, das deutsche Rechtsbewusstsein empfinde einzelne Konsequenzen dieses allzu allgemeinen Prinzips als einen Schlag ins Gesicht, wenn ein anderer Schriftsteller meint, das Schmerzengeld habe einen kläglichen und wehleidigen, ja verächtlichen Beigeschmack, und wenn endlich Brüstlein mit aristophanischem Spott den Mann geächtet hat, der den Riss im Kleide seiner Ehre unter Beihilfe des Richters mit einigen Banknoten überklebt, so wird mancher auch abgesehen vom Interesse an all dieser unbewussten Selbstcharakterisierung Beifall zu spenden geneigt sein. Und doch ist das schliesslich nur ein sermocinari tamquam ex vinculis des eigenen Empfindens, das vergisst, wie unvermerkt Ueberzeugungen durch Faktoren, die anderswo leicht fehlen, beeinflusst werden, auf wie unendlich wechselnden Stufen sich das moralische Empfinden notwendig bewegt und wie verschieden schwer dieselbe ethische Forderung wiegen kann je nach Person und Lage dessen, an den sie gestellt wird. Nicht nur versetzen sich jene Urteile zu wenig in anders geartetes Empfinden; sie prüfen auch die Frage nicht allseitig genug und forschen nicht, ob sich ihre Bejahung nicht zum mindesten sub specie des kleineren Uebels rechtfertigen liesse. Ueberall, wo Schadenstragung und -abwälzung in Betracht stehn, wollen sie von drei Interessen aus abgewogen sein, von denen zwei jedenfalls sich widerstreiten: vom Interesse des Schadensbetroffenen, des eventuell Uebernahmepflichtigen und der Gesamtheit. Rücksichten auf den Beschädiger sind nun im vorliegenden Falle selten ins Feld geführt worden. Er erweckt wenig Sympathien; haftet er für Vermögensschaden aus jeder Culpa, so ist auch in unserem Gebiete gegen einen Repressivschutz im selben Umfang, der zugleich präventiv wirkt, nichts einzuwenden, umso mehr als ja leichter Schaden hier überhaupt nicht ausgeglichen wird. Und da diese Haftung doch überwiegend nur das wirkliche Unrecht trifft, darf man ihr nicht entgegenhalten, sie gefährde allzu sehr das freie Wort und die öffentliche Erörterung von Misständen, sie rufe leichtfertiger Behelligung mit Prozessen und so schliesslich dem Nachteil, der allzuscharfem Schadens-

ersatzrechte leicht auf den Fersen folgt: der Passivität, da Aktivwerden ruinös gefährden könnte. Es mag ja vorkommen, dass ein ungeschickter Richter innert der weiten Linien des Gesetzes das ihm anvertraute freie Ermessen unrichtig handhabt und schützt oder zu kräftig schützt, wo er abweisen oder die Missbilligung nur markieren sollte. Aber dem Gesetze fällt dies nicht zur Last. Es muss hier wie überall mit guten Richtern rechnen, und gerade im Schadensersatzrechte muss es behufs richtiger Individualisierung die Aufgabe, dem Einzelfalle sein Recht zu finden, mitunter mehr als anderswo auf sie abwälzen in der Erwartung, dass sie Besseres als blosse Rechtsautomaten und blindwütige Prinzipienreiter sind. Unserem höchsten Gerichte jedenfalls werden wir bezeugen dürfen, dass es den Art. 55 und seine Genossen im ganzen massvoll und vorsichtig angewendet hat. Der Weg, den es weist, wird doch mehr und mehr auch für die kantonale Rechtsprechung zur Marschroute werden. Hegen wir aber keine Scheu, unserem Richter grosses Vertrauen zu schenken, so lassen wir auch den Einwand nicht gelten, die Aufgabe, einen idealen Schaden ziffermäßig zu schätzen, sei unlösbar und müsse zu Willkür führen. Ist die Schwierigkeit im Gebiete des ökonomischen Schadens weniger gross, wenn z. B. die Folgen einer Kreditschädigung, einer Körperverletzung, einer Enteignung zu taxieren sind? Ist sie kleiner bei der Geldbusse und innerhalb der andern oft unendlich elastischen Rahmen der Strafgesetze? Und sollte sich der Wert ideeller Güter unmöglich ermitteln lassen, während z. B. der Wert von Hinterlassenschaftsstücken, die keinen Verkaufswert oder neben ihm einen Affektionswert haben, durch Versteigerung zwischen den Miterben oder anderswie vom Richter bestimmt werden kann? Aber nicht nur gegenüber dem Beklagten, sondern auch vom Standpunkte der Allgemeininteressen und der Bedürfnisse der Schadensbetroffenen ist diese privatrechtliche Reaktion gegen das Unrecht überwiegend gerechtfertigt. Wenn sie zum Bedürfnisse ward, so lag das zu einem guten Teile an der mehr noch durch die Judikatur als die Gesetze verschuldeten demoralisierenden Unzulänglichkeit des den immateriellen Lebens-

gütern gewährten Strafschutzes. Daneben mochte bei ihrer Ausbildung das richtige Empfinden mitwirken, die Strafrechtsordnung und -pflege müsse entlastet werden, sie büsse an Ernst und Nachdruck ein, wenn sie allzuviel in ihren Geltungsbereich ziehe. Es liess sich behaupten, die durchgängige einfache Abschaffung der Privatstrafen statt ihrer Umbildung, ihre ersatzlose Streichung sei vielmehr ein Rückschritt als ein Fortschritt der Rechtsbildung gewesen. Und man mochte nicht ohne jede Berechtigung sagen, der einseitige Idealismus, der privatrechtlichen Ersatz nur für Vermögensschaden gewährt, führe im Effekte gerade zum andern Extrem einer Ueberschätzung materieller und einer Minderachtung ideeller Güter. Mit etwas mehr Reserve dagegen dürfte v. Liszts Erwartung zu acceptieren sein, eine vermehrte Verwendung dieser privatrechtlichen Hilfstruppen im Kampfe gegen das Unrecht werde eine Reform der Geldstrafe und ein Verschwinden der nutzlosen kurzzeitigen Freiheitsstrafen und der Privatklagen bewirken. Das würde eine bessere Sicherung der Zwangsexekution von Schadensersatzansprüchen voraussetzen, als wir sie heute besitzen, wo nur noch Vermögenshaftung und keine persönliche Haftung des Schuldners besteht, weil unbekümmert um den Entstehungsgrund des Anspruchs und sein grösseres oder geringeres Gewicht für die Existenz des Gläubigers durchweg nur ein Exekutionsobjekt anerkannt wird, das oft unzureichend ist, oft gänzlich fehlt, ein Uebelstand, den zu nennen ketzerisch erscheinen mag, der aber eine richtige Arbeitsteilung zwischen Privat- und Strafrecht im gemeinsamen Kampf gegen das Unrecht sehr erschwert. Aber wo das Exekutionsobjekt vorliegt, mag jene Erwartung zutreffen. Der Einwendungh sodann, der Ersatz für physisches und psychisches Leid züchte und prämiere Empfindlichkeit und Begehrlichkeit, lässt sich entgegenhalten: nein, sie anerkennt bloss als eine Zeiterscheinung, was nicht ignoriert werden darf. Je entwickelter die Kultur, desto mehr weitet sich der Kreis der Interessen und vermehren sich die Reibungsflächen. Die Schädigungsgefahr wächst mit dem Wegfall enger Verhältnisse, in denen Sitte und öffentliche Meinung Hüterin und Voll-

streckerin ethischer Gebote waren; die Tragweite des Schadens erhöht sich mit den modernen Verkehrserrungenschaften, die Verletzungen der Persönlichkeit schlagen im Innern der Betroffenen und nach aussen höhere Wellen. Eins allerdings muss der Gesetzgeber zur Vermeidung übertriebener Nervosität und unangemessener Gier vorkehren: er darf die Klage nicht bei jeder noch so geringfügigen Störung zulassen, sondern nur bei ernstlicher Verletzung physischen und psychischen Wohlbehagens, und er muss der richterlichen Würdigung des Einzelfalls breitesten Spielraum verschaffen. Das erkannte schon der römische Praetor, wenn er, abgesehen von bestimmten eklatanten Tatbeständen, die *actio injuriarum* nur nach Prüfung der konkreten Sachlage erteilte; ähnlich mit vollem Recht unser Gesetz; in der Umschreibung der Voraussetzungen des Anspruches und in dem bedeutungsvollen Wörtchen „kann“ zieht es Schranken, für deren Beibehaltung wir aus voller Ueberzeugung eintreten. Was der Richter aus diesem „kann“ herauszulesen habe, darüber bald des näheren; eins ist klar, jene Grenzen dämmen, wenn innegehalten, die Gefahr einer Hypertrophie gewinnsüchtig egoistischer Interessen wirksam ein. Wendet man aber endlich ein, ein nicht ökonomischer Schaden könne naturgemäß durch eine Geldleistung nicht ausgeglichen werden, das erstrebte Ziel werde damit gar nicht erreicht und obendrein werde noch das sittliche Empfinden des Empfängers demoralisiert, so ist ja zunächst wahr, dass die Ausgleichsfunktion hier keine so direkte und restlose ist wie beim Vermögensschaden. Aber gegen eine allgemeine Verwendung direkt äquivalenter, also idealer Reparationsmittel spricht die Tendenz der modernen Rechtsentwicklung hier so gut wie bei Art. 111 und 112; diese Einsicht ging nur darin zu weit, dass sie bei Art. 54 und 55 ideale Rechtsmittel und Naturalrestitution, die wir doch bei Art. 50 zulassen, völlig ausschloss und den Ausgleich durchgehends auf Geldersatzmittel beschränkte. Wollte man dem aber auch abhelfen, so würde immerhin der Geldersatz hier so gut wie bei Art. 50 immer die Hauptrolle spielen, und da ist für seine Gutheissung eben die Erwägung ausschlaggebend,

dass ein unvollkommenes Ersatzmittel besser ist als gar kein Ersatz. Man über lasse es dem Betroffenen, ob er diese Unvollkommenheit derart empfindet, dass er auf jeden Anspruch verzichtet. Daneben aber stelle man wie gesagt der richterlichen Prüfung anheim, ob die Sachlage eine allzu schreiende Divergenz zwischen der Schädigung und der möglichen Rechtsfolge begründet. Der Richter muss sich bewusst sein, dass nicht für alle Menschen dasselbe gelten kann, nicht für alle Kläger und nicht für alle Beklagte. Ob die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eine ernstliche und die Zusprechung einer Geldsumme, wenn ja, in welcher Höhe, angemessen sei, lässt sich weit weniger an sich prüfen, als an dem konkreten ethischen Empfinden und den ökonomischen Verhältnissen der Beteiligten. Wenn vorhin gesagt wurde, die Kastenregeln des Preussischen Landrechts seien für unseren Gesetzgeber unverwendbar, so schliesst das nicht aus, dass für das richterliche Befinden, ob die Voraussetzungen der Art. 54 Abs. 2 und 55 vorliegen, und für die Bemessung ihrer Folgen auch bei uns ein freier gehandhabtes „noblesse oblige“ oft und mit gutem Rechte, wenn auch mehr intuitiv als bewusst überlegt und ausdrücklich geäussert in Betracht fällt und wohl noch öfters in Betracht fallen sollte, wenn man Aergernis vermeiden will. Andererseits über sehe man nicht, dass weite Kreise die Diskrepanz idealer und materieller Güter nicht oder nicht in dem Masse spüren wie die Gegner unserer Norm, und zwar von ihren Verhältnissen, ihrer Bildung und äusseren Lage aus vorwurfsfrei. Breiten Schichten steckt heute noch unausrottbar im Blut, was Ihering als Charakteristicum der Kulturanfänge vindiziert hat: die Empfindung jeder Rechtsverletzung als Verletzung der Persönlichkeit, umso mehr je frivoler sie ist. Was sie sind und was sie haben, steht ihnen auf einer Stufe, für sie ist das „Vermögen“ wirklich ein beide Güterkategorien umfassendes Ganzes; und gerade sie werden, je weniger gesichert und unabhängig ihre Stellung ist, desto schwerer im Kern ihrer Existenz nach innen und aussen von allen Schädigungen betroffen. Hier demoralisiert nicht die Anwendung, sondern die Versagung privatrechtlicher Hilfe;

sie schädigt das Rechtsgefühl, das Empfinden als Glied der Rechtsgemeinschaft. Das Mittel aber, das unsere Rechtsordnung hier bietet, ist auch für sie von ungleich anderer Fülle und Kraft als bei denen, welchen es vorhandener Güter oder sonst fest begründeten Daseins wegen äusserlich und innerlich nicht dieselbe unbemessene Menge möglicher und erstrebenswerter Existenzverbesserungen zu vermitteln vermag. Das-selbe gilt nach entgegengesetzter Richtung vom Haftbaren; auch ihm gegenüber ist nicht nur nach Tat und Folgen und Verschulden, sondern nach seiner persönlichen Lage zu individualisieren. Sagen wir es offen: zu der Würdigung aller Umstände, die hier so gut wie in Art. 51 angezeigt ist, gehört ganz eminent auch die Tragfähigkeit der Beteiligten. Der Satz, dass Arm und Reich keine Rechtskategorien sind, gilt, wenn irgendwo im Schadensrechte, so hier nicht uneingeschränkt, und Don Quixotes Mahnung: „Die Tränen der Armen sollen bei dir Mitleid, aber nicht mehr Achtung finden als das Recht des Reichen,“ will, wenn schon in der Zeit sozialer Phrase wahrlich nicht inhaltlos, doch mit freiem Blick gewürdigt sein. „Reich und arm“ verstehen wir hier aber nicht nur im ökonomischen, sondern auch im ideellen Sinn. Will man dies alles mit Stammler dahin zusammenfassen, es habe „im Sinne des sozialen Ideals tunlichste Ausgleichung der geschehenen Kränkung unter den beteiligten Privaten stattzufinden, nach ihren besonderen Verhältnissen sei die Ersatzsumme so anzusetzen, dass der Ersatzpflichtige soweit benachteiligt, der Geschädigte soweit begünstigt werde, dass der Gedanke einer Gemeinschaft von Menschen, die sich in ihren objektiv berechtigten Zwecken gegenseitig und ebenmässig achten, nach der früheren konkreten Missachtung wieder hergestellt erscheine,“ so stünde dem nichts entgegen, als die Furcht, Rätsel durch Fragen zu lösen. Dieses Gebot eingehender Individualisierung und die Tatsache, dass ideellem Schaden gegenüber das Geld jedenfalls nicht so reines Aequivalent ist wie bei ausschliesslich ökonomischem Schaden, zwingt nun aber notwendig zur Prüfung, ob Schaden und Ersatz hier und dort wirklich gleiche Grösse seien. In der bisherigen Erörterung

sind absichtlich die gangbaren Ausdrucksmittel verwendet worden. Sehen wir zu, ob mit Recht. Die Ansicht, die in Art. 55 und ähnlichen Bestimmungen eine *actio injuriarum*, eine moderne Privatstrafe erblickt, hat gegenüber dem Axiom, Privatstrafen seien ein überwundener Standpunkt, wenig Glück gehabt; in der Tat widerstrebt es uns, Private zum Träger eines sie bereichernden Strafanspruches zu machen. So haben denn Doktrin und Praxis überwiegend die Schadensersatz-natur jener Normen betont, zumal nach Wächters Ausführungen über die Busse, und vielen Anklang hat der Satz Windscheids gefunden: „Auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen wird.“ Windscheid hat damit sichtlich Aequivalenz (nur eine indirekter funktionierende) und nicht die von Ihering sogen. Satisfaktionsfunktion im Auge, und ganz in seinem Sinne liegen die Formulierung Ungers: „Geld ist allgemeines Genussmittel, also zum allgemeinen Entschädigungsmittel geeignet,“ und die näheren Erläuterungen, die Schmidt u. A. gegeben haben, wenn sie von einem Ausgleiche des inneren Schadens mittelst der Beschaffung von Genüssen sprechen, die für Geld zu haben sind; als Entschädigung haben auch Rossel und Prélaz, sowie Stooss und van Muyden an unserer Jahresversammlung vor 17 Jahren die nach Art. 54 und 55 geschuldeten Leistungen bezeichnet, und neuerdings ist Dorville in einer Pariser Dissertation, von seiner Satisfaktionsauffassung aus allerdings etwas gequält, für sie eingetreten. Unvermerkt aber haben manche diesen Boden verlassen, wenn sie von Ausgleich des durch die erlittene Kränkung erweckten Unlustgefühls oder von Schaffung eines Lustgefühls als Gegengewicht gesprochen haben; freilich, gestand man offen ein, es handle sich um ein Drittes, ein Mittelding zwischen Strafe und Ersatz, so erhielt man unklare Vermengung zweier absolut verschiedener Grössen vorgeworfen; Ersatz mit Straffunktion sei ein Unding; es sei die beste Errungenschaft, dass wir die Trennung jener Begriffe aus dem früheren Chaos klar herausgearbeitet hätten. Bei Besprechung des Umfanges des Schadensersatzes wird zu

erörtern sein, ob dies wahr und zutreffend sei. Hier, in unserer Frage, dürfte jedenfalls Degenkolbs Hinweis zur rechten Zeit gekommen sein, dass wir auf falschem Wege sind, dass es sich nicht um Strafe oder um Ersatz handelt, sondern um ein Drittes, das Spuren von beiden, aber auch eigene Züge trägt, um Satisfaktion, d. h. psychologische Genugtuung mittelst eines realistischen Erfolgs, um „Ergetzung,“ wie die Carolina treffend sagt, um „Besänftigungsgelder“ nach Bindings Ausdruck, um einen Versuch, „in die verletzte Seele ein Gefühl des Wohlbefindens zu bringen,“ wie Kohler formuliert, und das gestörte „innere Behagen an unserem Dasein,“ wie Goethe es nennt, zu balancieren. Die Auffassung als Schadensersatz war ein typisches Beispiel dafür, wie sich Fortschritte der Rechtsentwicklung zu vollziehen pflegen; auch sie stehen unter dem Gesetze der juristischen Oekonomie; das Neue sucht man je und je mit den alten Mitteln zu erreichen, wenn man positives Recht und neue Gerechtigkeitspostulate in Einklang bringen will; man knüpft an und subsumiert mit gewaltsamer Streckung geläufiger Grössen, was innerlich wesensverschieden demnächst eigene gleichberechtigte Existenz führen wird. Ward früher die Versagung einer Vergütung für nicht pekuniäre Interessen damit motiviert, nur ökonomischer Schaden sei Gegenstand des Schadensersatzes, so war es erklärlich, dass der Kampf für den privatrechtlichen Schutz idealer Güter mit einer Ausweitung des Schadensbegriffs einsetzen zu müssen glaubte, um so den Begriff des Schadensersatzes zu dehnen und mit ihm das Ziel zu erreichen. Nun, wo der Versuch gelungen ist, soll man eingestehen, dass der Weg vielleicht der durch die Umstände gebotene, aber nicht der nächste war. Ökonomischer Schaden, mag er noch so weit zurückliegen, ist und bleibt ein offenes Loch im Vermögen, bis es zugeschüttet wird; vergangener Schmerz aber ist etwas gewesenes, nicht mehr Vorhandenes, und für verschwundenen Schaden ist jedenfalls kein Ersatz zu leisten. Vor allem aber: erlittenen Schmerz kann man zwar vergüten, aber nicht ersetzen; wirklich ersetzbar ist nur Vermögensschaden, ideeller Schaden und Geld stehen in keinem Wertverhältnis; Seng übersah dies,

wenn er überall und nur da eine Geldvergütung für ideelle Verletzungen zulassen wollte, wo diese durch Gewährung eines Geldvorteils an den Verletzten wirklich wieder gut zu machen seien; beim ideellen Schaden ist keine Reparatur möglich; hier kann nur Schaffung eines Gegengewichtes in Frage kommen, nicht Aufhebung des Unlustgefühls, sondern nur künstliche Schaffung eines neuen, anders als das zerstörte gestalteten Lustgefühles behufs möglichster Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts des Subjekts. Satisfaktion des Verletzten kann bei Bestrafung und bei Verurteilung des Täters zum Ersatze des materiellen Schadens zwar auch nebenher gehen, aber nur als der Rechtsordnung gleichgiltige sekundäre Reflexwirkung; primär soll dort eine Wunde geschlagen, hier eine geheilt werden; bei der ideellen Schädigung dagegen ist Genugtuung das von der Rechtsordnung direkt Erstrebte und die „angemessene Geldsumme“ bloss Mittel zum Zweck. Hier soll für eine Wunde getröstet werden, meist so, dass dem Gegner eine geschlagen wird; aber die Konstatierung und die Missbilligung des Unrechtes stehen vorne an, Auferlegung und Zusprechung der Geldsumme sind bloss die plastische Gestalt, in der sie sich verwirklichen; was der Verletzte damit beginnt, ob er sie edel oder unedel, zur Beschaffung feiner oder grober Genüsse, für andere oder für sich verwendet, ob er sie überhaupt verwendet oder ob er sie, mit der durch das Urteil erhaltenen Satisfaktion zufrieden, wegwirft oder nicht einfordert, ist seine Sache. Wenn van Muyden Klagabweisung fordert, falls Kläger von vornherein Verwendung für fremde, z. B. gemeinnützige Zwecke in Aussicht stellt, so vermag das vom Satisfaktionsstandpunkt aus so wenig einzuleuchten als es bei gewöhnlichen vermögensrechtlichen Ansprüchen z. B. aus Art. 50 plausibel wäre. So trifft man also das Eigenartige unseres Anspruchs nicht genügend, wenn man ihn, wie das Bundesgericht getan hat, als Schadensersatz mit etwelcher Straffunktion bezeichnet; für den Schadensersatz der Art. 50, 51 Abs. 1, 116 Abs. 3 ist dies zutreffend, hier nicht.

Bei diesem Charakter scheint uns kein Grund zur Verweigerung der Rechtshilfe vorzuliegen, wenn der Verletzte

den Anspruch aus Art. 55 mit einer Leistungsklage so kleinen Umfangs geltend macht, dass tatsächlich daraus eine Feststellungsklage wird. Wie in Frankreich gerade von solchen auf einen Franken geklagt wird, die in erster Linie den Zweck im Auge haben, ihn ideeller auffassen und das Mittel nur soweit unentbehrlich verwenden wollen, und wie in England als nominal damages ein Geldstück zugesprochen wird, „das einen Namen hat, aber quantitativ ausser Betracht fällt“ und so wenig als die Präjudicialsponsionssumme eingefordert wird, wie hier ferner im Kontraktsrecht bei Verletzung nichtökonomischer Vertragsinteressen 40 Schillinge zugebilligt werden, „als blosser Pflock um Konstatierung des Unrechts und Kostenfolge daran zu hängen,“ so sollte dies auch bei uns und zwar nicht nur mit, sondern auch entgegen dem Willen des Klägers der Fall sein können. Mit seinem Willen: sowenig eine wahre Ersatzklage bloss weil zu niedrig bemessen abgewiesen werden darf, sowenig darf der Richter eine Klage aus Art. 55 wegen zu niedriger Forderung ablehnen, etwa mit der Motivierung, sie zeige, dass Kläger selber sich nicht ernstlich verletzt fühle, oder: die Summe sei nicht angemessen. Gegen den Willen des Klägers: die konkrete Sachlage kann so liegen, dass nicht nur vom Standpunkte des Beklagten aus ein blosses Markieren genügt, sondern auch nach den merita causae des Klägers, wegen eigener unehrenhafter oder verdächtiger Gesinnung oder Gebahrens, das doch keine volle Abweisung rechtfertigt, „contemptuous damages“ im Sinne des englischen Rechts indiziert sind. Ist unsere Auffassung richtig, so ergibt sich ferner, dass die Obligation hier mit der Person des Gläubigers enger verknüpft ist als mit der des Schuldners. Sie kann gegen den Täter geltend gemacht werden, auch wenn er inzwischen geisteskrank geworden ist, passiv geht sie auf die Erben über wie andere Schulden, und ihrer Tilgung durch einen Dritten steht nichts im Wege. Sie ist also keine Strafverpflichtung. Aktiv aber zeigt sie sich als ein höchst persönlicher Anspruch, als ein Stück der Persönlichkeit, soweit nicht wenigstens vorbereitende Schritte zu ihrer Realisierung, zu ihrer Ueberleitung in einen Vermögensanspruch getan sind.

Ihre Vererbung und ihre Vermögenszugehörigkeit bei Konkurs und Pfändung ist ausgeschlossen, so lange nicht durch Anerkennung des Schuldners oder klare Kundgebung des Gläubigers, den Anspruch zu erheben, jener Wechsel vollzogen oder inszeniert ist. Unseres Erachtens sollte wie bei der *querela inofficiosi testamenti* nicht bloss Betreibung und Klage, sondern schon jene Präparation, z. B. Auftrag an den Rechtsanwalt, aber auch Abtretung ausreichen (womit also diese und eine ihretwegen erfolgende Anfechtung wegen Veräusserung zum Schaden der Gläubiger zulässig erscheint) und Kenntnis des Schuldners von dieser Vorbereitung nicht nötig sein; bei der Abtretung erhält der Gläubiger die Satisfaktion durch den mittelst der Cession erwirkten Erfolg. Gegen eine aktive Vererbung vor jenem Stadium spricht, dass dann eben keine Sicherheit besteht, der Verstorbene habe Satisfaktion gewünscht, dass es keine Succession in Schmerzen gibt, und dass der Erbe selber, vom Falle des Art. 54 abgesehen, keine körperlichen oder seelischen Schmerzen zu leiden gehabt hat; gegen die Behandlung als Exekutionsobjekt oder als Anfechtungsobjekt bei etwaigem Verzicht ist zu erinnern, dass Persönlichkeitsrechte fremdem Zugriffe nicht offen stehen; so wenig die Gläubiger auf das Recht, unsere Schöpfungen zu veröffentlichen, greifen können, so wenig auf diese Ansprüche. In diesem Sinne möchten wir die Beschlüsse der Expertenkommission zu Art. 113 des Civilgesetzvorentwurfs korrigiert wissen, wenn nicht, was sich verteidigen lässt, die Lösung dieser Fragen lieber der Praxis überlassen wird.

Ziehen wir die Nutzanwendung für die Revision unseres Gesetzes.

Art. 55 muss seine Stellung bei den Persönlichkeitsrechten, nicht im Schadensersatzrechte finden. Mit feinem Takte hat er, wie früher erwähnt, sich von diesem schon jetzt in seiner Fassung isoliert. Aber seine Umgebung hat doch ihre Schatten auf ihn geworfen. Und so begrüssen wir es, dass der Vorentwurf des Civilgesetzbuches unter der Rubrik „Der Schutz der Persönlichkeit“ in Art. 26 — wir citieren die Fassung der Expertenkommission — vorschlägt: „Wer in seinen per-

söhnlichen Verhältnissen unbefugterweise angegriffen wird, ist berechtigt, auf Beseitigung der Störung, sowie bei Verschulden auf Schadenersatz und unter Umständen auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung zu klagen.“ Nicht als ob alles befriedigte. Richtig ist die Charakterisierung des Anspruchs und die Weglassung des unklaren „auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens“, richtig vor allem die Stellung im System, unrichtig dagegen das verschwommene „unter Umständen“, das an Stelle der geforderten Ernstlichkeit der Verletzung und der klaren Einräumung richterlichen Arbitriums im „kann“ tritt, während die Erwähnung des Schadensersatzes, der schon durch O. R. 50 und 110 f. gedeckt ist, unschädlich ist; wir möchten auch lieber die Bedeutung der Höhe des Schuld-moments exemplifikativ beigefügt sehen und von „Genugtuung mittelst Leistung einer Geldsumme“ reden, um so den Zweck dem Mittel voranzustellen. Diese Aussetzungen, denen im Vorentwurfe anderswo (27. 113) zum Teil schon Rechnung getragen ist, lassen sich leicht berücksichtigen, wenn nicht zum Schaden des Werkes Eile als erste Bürgerpflicht erscheint. Die schon getroffenen Änderungen aber, die wir vorhin freudig begrüssten, vor allem die systematische Versetzung, sind hochwichtig.

Einmal kommt so Art. 55 aus unrichtiger in die passende Umgebung und zwar inhaltlich abgeklärt. Seine wenig glückliche Ausdrucksweise und der nicht von vornherein klare Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ haben zu den bekannten Kontroversen geführt, in denen man Rossel und das Bundesgericht auf der einen, Stooss auf der andern Seite sieht. Aus den Worten „auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens,“ „auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens“ schloss Rossel, Art. 54 und 55 deckten sowohl physisches und psychisches Schmerzengeld als auch plausibel aber nach Existenz und Höhe nicht strikt erwiesenen Vermögensschaden, während Stooss sie nur auf ideelle Verletzungen beziehen wollte und jene Worte dahin verstand „ausser einem nach Art. 50 und 61 fg. oder den engern Spezialbestimmungen der Art. 52. 53 zu ersetzenen Vermögensschaden, sowie wenn

ein solcher fehlt.“ De lege ferenda jedenfalls sind die Argumente von Stooss durchschlagend; auch de lege lata ist ihnen die Praxis vielfach gefolgt. Seine Ansicht ermöglicht allein eine reinliche Trennung: dort Vermögensschaden, hier Verletzung ideeller Güter; Rossels Meinung läuft bei Art. 55 auf eine Beweiserleichterungsvorschrift hinaus, deren Rechtfertigung schwer und deren Notwendigkeit gegenüber dem freien Ermessen, das beim Schadennachweis waltet, unerfindlich ist. Aber auch für Art. 54 möchten wir die Stooss'sche Ansicht de lege ferenda acceptieren, wenn schon Rossel de lege lata in der Entstehungsgeschichte des Urbildes dieser Bestimmung, des Art. 7 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, eine feste Stütze finden dürfte. Für die von ihm geschützten Schadensfälle bietet dieses Gesetz wie die Art. 52 und 53 nicht allgemein, sondern nur hinsichtlich bestimmter Schadenskategorien vermögensrechtlichen Ersatz, eine Beschränkung, die mit der bisherigen Entwicklung übereinstimmt, und wie man Angesichts der bei bloss mittelbar Geschädigten sehr problematischen Schätzungs faktoren wird zugeben müssen, durchaus berechtigt ist. Nur eins scheint uns beiläufig bemerklt unrichtig: die Beschränkung der Ansprüche der Angehörigen nach Art. 54 auf den Fall der Tötung, ihr Ausschluss bei der Körperverletzung, der ja auch im französischen Texte nicht vorliegt. Während nun das Vorbild jenes Spezialgesetzes, das deutsche Haftpflichtgesetz, weitergehende landesrechtliche Ersatzbestimmungen vorbehieilt, wollte bei uns diese Zersplitterung vermieden aber in Art. 7 ausreichender Ersatz dafür geboten werden; soweit wir sehen, hat aber die Praxis dieser Meinung der bundesarblichen Botschaft meist nicht Rechnung getragen, sondern Art. 7 in der Regel bloss auf Verletzung idealer Güter angewendet (anders z. B. B. G. 20 S. 94 Erw. 4 a. E.), und ähnlich verhielt es sich meistens mit der Auslegung von Art. 54 (entgegengesetzte beiläufige Bemerkung B. G. 20 S. 209), wobei freilich zuzugeben ist, dass die Grenze zwischen den beiden Arten von Schaden in praxi sich nicht immer scharf ziehen lässt. Im Zusammenhange mit der eben bekämpften Auslegung steht die über tort moral hinausreichende Interpretation, welche

das Bundesgericht den in Art. 55 erwähnten „persönlichen Verhältnissen“ hat zu Teil werden lassen. Vor allem hat es im Falle Weisflog c. Zürcher Kantonalbank und anderswo auch die Kreditschädigung darunter subsumiert. Unseres Erachtens mit Unrecht. Kredit ist die ökonomische Ehre; ihre Verletzung bringt in erster Linie ökonomischen Nachteil; nur soweit eine Erschütterung der Persönlichkeitsrechte nebenher geht, handelt es sich nicht mehr um Schädigung ökonomischer, sondern persönlicher Ehre; persönlicher im Gegensatz zu den ökonomischen Verhältnissen. In jener ersten Richtung deckt aber Art. 50 alle Bedürfnisse, und die Beweisschwierigkeiten, die das Bundesgericht 11 S. 204 geltend macht, entheben den Richter hier so wenig als anderswo der Pflicht, einen plausibeln aber nicht strikt erwiesenen und nicht ziffermäßig belegten Schaden als solchen anzuerkennen und ex aequo et bono zu arbitrieren. Die bezügliche Praxis verdankt ihre Entstehung doch wesentlich der Lage des Einzelfalls: es stand in Frage die Verletzung der Interessen einer juristischen Person, ob diese in ihrer Ehre verletzt werden könne wie eine physische Person; in dem Dilemma zwischen dem Wunsche einer Gutheissung der Klage und der Befangenheit im Dogma, die juristische Person sei Rechtssubjekt nur soweit Vermögensrechte in Betracht kämen, ward dieser Ausweg gewählt. Eine richtige Anwendung von Art. 71 unseres Vorentwurfs dürfte gestatten, auch juristische Personen des Schutzes von Art. 26 teilhaftig werden zu lassen, wie dies z. B. die französische Judikatur tut; es ist notwendig, will man nicht zu unerträglicher Schutzlosigkeit kommen, denn eine indirekte Antastung der Persönlichkeit ihrer physischen Organe lässt sich, wie Gierke wiederholt gezeigt hat, aus solchen Verletzungen nicht immer herauslesen und das Leben versteht die bisher in der deutschen Praxis gebräuchliche Sonderbehandlung dieses einen Persönlichkeitsrechtes nicht, während Stand, Rang, Name, Zeichen-, Urheber- und Erfinderrechte der juristischen Person so gut zugänglich sind als der physischen.

Aber nicht nur eine Klärung des Art. 55 bringt seine Umstellung ins Personenrecht, sie gestattet und fordert auch

die Anwendung derselben Grundsätze auf Verletzung immaterieller Güter im bestehenden Kontraktsverhältnisse. Sie ist seltsam genug noch nicht durchgedrungen, weder in Deutschland noch in Frankreich, und auch England kennt sie wie gesagt nur in nominellem Betrag als Voraussetzung der Verurteilung zu den freilich dort recht spürbaren Prozesskosten. Dem praktischen und logischen Sinn der Franzosen ist das Unbefriedigende der Differenzierung freilich nicht entgangen; sie haben ein Heilmittel in einer Ungesetzlichkeit gesucht, indem sie das System der astreintes pénales et comminatoires ausbildeten, eine richterlich aufdiktierte Privatstrafe zu Gunsten des Verletzten bei Nichtrealerfüllung. Nun versagt aber dieses Mittel, wenn die Vertragserfüllung durch Schuld des Schuldners unmöglich geworden ist, und so ist denn jene Verweigerung einer Vergütung auch in der französischen Judikatur nicht unwidersprochen geblieben. In Deutschland dagegen haben die Motive zum B. G. B. in einer von jeder Kenntnis des Lebens unangekränkelten Weise auf die Möglichkeit verwiesen, sich durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe zu schützen, als ob die Annahme dieses Misstrauensvotums vom Gläubiger beim Kontraktsschluss erzwungen werden könnte und seine allgemeinere Verbreitung wünschenswert wäre. Auch bei uns ist man gegen groben Kontraktsbruch und peinigendste Lässigkeit des Schuldners, gegen frivole Ableugnung seiner Vertragspflichten und trölerisches Prozessieren nicht geschützt, da wir als „grosse Errungenschaft“ die Abschaffung der *poenæ temere litigantium* zu verzeichnen haben; wenn unsere Dienstboten, eine Amme, ein Lehrer kontraktbrüchig fortlaufen und Aushilfe nur schwer zu beschaffen ist, wenn uns Ballmusik und Traiteur am Feste im Stich lassen, so dass wir vor den Gästen lächerlich werden, wenn die vereinbarte Unterkunft uns bei Ankunft im Hotel verweigert wird, so dass wir in einer Herberge oder auf der Strasse übernachten müssen, wenn der Nachbar des Schwerkranken trotz seines Unterlassungsversprechens Klavier spielt, der Schauspieler die zugesagte Rolle nicht erhält und unser Gemälde an der Ausstellung haushoch statt wie uns versprochen günstig gehängt wird, wenn der

Dienstherr sich nicht um die vereinbarte Freizeit kümmert, ist für Vergütungspflicht, wenn kein materieller Schaden und kein Deliktstatbestand dargetan wird, kein Raum, und wenn ein Dieb meine Kassette fortträgt und die darin gefundenen Briefe meiner Braut verbrennt, kann ich aus Art. 55 auf Genugtuung klagen, nicht aber gegen den Depositär, der sie grob fahrlässig aufbewahrt, so dass sie zu Grunde gehen. Und für Ersatz des Affektionswertes ist vollends nirgends Raum. Man hat hier zwar wie bei der Frage, ob die Vertragsbegründung ein Vermögensinteresse erfordere, mit einer Ausweitung des Vermögensbegriffs helfen wollen, so Kohler, Dernburg und Endemann; wieder jenes Zerren alter Grössen bis zur Unkenntlichmachung, um neuen Grössen Bürgerrecht zu geben; richtiger wäre es, und durch Art. 26 wird es möglich, mit dem Satisfaktionsanspruche, der hier einzig passt, zu helfen. Erst wenn dies geschieht, wird, was bisher anomales Stückwerk war, zum einheitlich anwendbaren Prinzip. Die Rechtsentwicklung ist doch oft seltsam konservativ in ihren Launen. Beim Verlöbnisbruche hat sie vielfach verwirklicht was wir hier fordern; im Uebrigen verneint sie es ohne ersichtlichen Grund. Würden wir einen Laien fragen, er würde sich eher fürs Gegenteil, für Schutz idealer Interessen im Vertragsverhältnisse, Schutzlosigkeit ausserhalb desselben entscheiden, mit der Begründung, jenes erzeuge spezielle und gesteigerte Verpflichtungen, weitergehende Berechtigungen als sie an und für sich bestehen.

## II. Art und Umfang des Schadensersatzes.

Vom „was“ des Schadens treten wir an das „wie“ und das „wieviel“ seines Ausgleichs bei der Abwälzung vom Erstbetroffenen auf Andere.

1. Mit welchen Mitteln kann und muss der Haftbare den Ausgleich beschaffen? Im Gegensatze zum französischen und englischen Rechte haben in deutschen Landen Doctrin und Gesetzgebung vielfach die Naturalwiederherstellung als das Natürliche und Vollkommene in den Vordergrund, den Geld-

ersatz als künstliches Surrogat erst in zweite Linie gestellt, meist ohne die beidseitigen Geltungsgebiete klar abzugrenzen, so in den Pandektenlehrbüchern, oder, wie in Preussen und Oesterreich, mit Unterscheidungen, die dem Richter ziemlich freie Hand lassen; Oesterreich speziell eröffnet ein Hinterpförtchen von Scheunentorgrösse, wenn es sagt, wo Naturalrestitution „nicht tunlich“ sei, müsse der Schätzungswert vergütet werden. In der Tat ist in Dogma und Gesetz einerseits, in der Praxis andererseits, das Verhältnis von Regel und Ausnahme das stracks entgegengesetzte. Und wenn nun wieder B. G. B. in Art. 249—251 mit jener naturrechtlichen Theorie bitteren Ernst gemacht und seine allerdings weitgehenden Ausnahmen in starre Formeln gegossen hat, kann man zweifeln, ob es den Bedürfnissen des Lebens gerecht wird. Es ist schon sprachlich inkorrekt, wenn es, und so auch O. R. 51, mit „Schadensersatz“, im Gegensatz zum täglichen Gebrauch, der hierunter nur Geldersatz begreift, jeden irgendwie gearteten Schadensausgleich zusammenfasst, und die ältere Praxis unserer deutschschweizerischen Gerichte war, wenn sie auch dem Willen des Gesetzes nicht gerecht wurde, doch von einem feinen Sprachgefühl beherrscht, wenn sie mit Stooss den Ausdruck „Art des Schadenersatzes“ auf den Gegensatz von Aversalsumme oder Rente beschränken zu müssen glaubte; hat doch die Unterbringung der Urteilspublikation in der Presse unter jenen Ausdruck noch dem Bundesgerichte einige Mühe verursacht (22 S. 164 Erw. 3). Der französische Text ist hier korrekter; er vermeidet in Art. 51 Abs. 1 die „dommages et intérêts“ und spricht farbloser von „indemnité“; vielleicht wäre im Anschluss an Art. 50 a. E. „réparation“ noch besser gewesen. Dass der Gegensatz zwischen Geldersatz und andern Schadensbeseitigungsmitteln, vorab Naturalwiederherstellung, tiefer geht, als ihre Zusammenfassung zu einer Kategorie vermuten lässt, nämlich auf eine Verschiedenheit des aufzuhebenden Schadens, dass nur der Geldersatz den Schaden auch rückwärts zu beseitigen, Naturalwiederherstellung bloss sein Weiterlaufen zu verhindern, ihn zu begrenzen vermag, und dass ihre Vermengung zu einer um

so gefährlicheren Verwischung der notwendigen Grenzen zwischen Schadensersatzklagen und andern Klagen führt, in je umfassenderem Masse eine Schadensersatzpflicht statuiert wird, so dass jene allmählich die innerlich verschiedensten andern Rechtsmittel und schliesslich das ganze Klagensystem gefrässig zu absorbieren und die verschiedenartigsten Funktionen der einzelnen *actio* zu verschwemmen drohen, das alles hat Degenkolb überzeugend dargetan; auch aus unserer Praxis liessen sich dafür Beispiele zitieren. Praktisch wird der Geldersatz schon deswegen immer überwiegen, weil sich an Naturalwiederherstellung, wo sie überhaupt beschaffbar ist, erfahrungsgemäss endlose neue Streitigkeiten knüpfen und weil flicken plus Geldersatz gar keinen vollen Ausgleich beschafft, weil ferner Naturalreparation für den Verletzten wie den Haftbaren oft eine unbillige Zumutung enthält. So hat unser Gesetz das Richtige getroffen, wenn es die angemessene Art des Schadensausgleichs durchaus als Frage des Einzelfalls auffasst und demgemäß ihre Beantwortung schlechthin dem Ermessen des Richters zuweist. Es ist dabei ein feiner Zug, dass neben allen andern massgeblichen Momenten auch die Höhe des Verschuldens des Haftbaren in Betracht gezogen wird; das Vertrauen, zu dem man den Verletzten ihm gegenüber mit Anordnung der Naturalrestitution zwingt, wird meist im umgekehrten Verhältnis zu der Schuld des Beschädigers stehen; je grösser diese, je gereizter und schwerer zu befriedigen der Verletzte. Im Falle des Art. 53 aber wird die Anordnung der Naturalreparation mit gutem Bedacht ausgeschlossen; bei Körperverletzung soll bei uns wie in B. G. B. das Opfer nicht genötigt werden können, sich vom Täter oder seinen Beauftragten in *natura* heilen zu lassen. Am häufigsten dürfte beim ausserkontraktlichen Vermögensschaden neben dem Geldersatze wohl die Urteilspublikation in der Presse als Ausgleichsmittel in Betracht fallen, speziell bei Kreditschädigung, und ganz eminent wäre ihre Zulassung auch bei ausserkontraktlichem immateriellen Schaden, wo sie bisher versagt ward und nach der Fassung des Gesetzes versagt werden musste (B. G. 15 S. 446 Erw. 8), angezeigt, wenn die ernst-

liche Verletzung der persönlichen Verhältnisse ihre Kreise in die Aussenwelt gezogen hat. Aber auch bei Kontraktsverletzung sollte sie nach richterlichem Ermessen Platz greifen können. Hier verlässt unser Gesetz das in Art. 51 eröffnete weite Feld der verschiedensten Ausgleichsmittel; es lässt bei den in Art. 110 bis 112 normierten Tatbeständen in der Regel nur eines zu: Geld. Unser deutsches Wort „Schadensersatz“ (oder wie unser Gesetz konsequent sagt, Schadenersatz) ist im französischen Texte der Art. 110 fg. stets mit „dommages et intérêts“ wiedergegeben, nicht mit „indemnité“ oder „réparation,“ wie in Art. 51 und 50, ein sicherer Beweis, dass Naturalwiederherstellung oder andere Ausgleichsmittel als Geld hier ausgeschlossen sind und jenes Wort hier in seinem von Degenkolb vertretenen Sinne gebraucht sein will. Präzisieren wir näher. Der Grundsatz, dass nur auf *condemnatione pecuniaria* geklagt und verurteilt werden könne, gilt nicht allgemein. So lange die Naturalerfüllung objektiv ganz oder teilweise möglich oder nur vorübergehend unmöglich ist, kann auf sie geklagt, verurteilt und soweit das kantonale Prozessrecht dies zulässt, auch exequiert werden. Anders, wenn nach dem Vertragsschluss die Naturalerfüllung sachlich, gänzlich und voraussichtlich dauernd unmöglich wird, ohne dass der Schuldner sich nach Massgabe des für ihn geltenden Prästationsmaßstabes zu exculpieren vermag. Natürlich wäre hier Verurteilung zur Realleistung ein Unding, aber auch Klage und Verurteilung zum Naturalausgleich des entstandenen Schadens ist nach Art. 110 ausgeschlossen und nur Geldersatz geschuldet; Anerbieten des Naturalausgleichs ist Anerbieten eines Surrogats, das sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen braucht. Für *obligationes faciendi* aber (Tun Art. 111, Dulden und Unterlassen Art. 112) bestehen besondere umfassendere Bestimmungen. Dort, in Art. 111 stets materielle Verwandlung in eine Geldersatzschuld, wenn das Nichttun dem Schuldner zur Last fällt, mag ihm nachträgliche Beschaffung des Tuns noch möglich sein oder nicht; Leistungsklage und -urteil können nur auf Geld gehen, es ermächtigte denn der Richter nach freiestem Ermessen den Gläubiger, dem

ein bezüglicher Anspruch nicht zusteht, die Handlung auf Kosten des Schuldners andersweitig beschaffen zu lassen, was von vornherein nur bei vertretbarem Tun möglich und auch hier nicht immer angemessen sein wird. Im Falle des Art. 277 Abs. 2 ist die Reparatur durch den Vermieter sogar nur eine ihm zustehende facultas alternativa, nur in solutione, nie in obligatione, nicht klagbar; einen Rechtsanspruch hat der Mieter nur auf Rücktritt und Geldersatz (cour civile Genf in Revue Gerichtspraxis XIV S. 36 gegen die redaktionelle Kritik) und so auch im umgekehrten Falle des Art. 283 cf. 282 Abs. 2. Aehnlich wie bei Art. 111 im Falle des Art. 112; die Erwähnung der Exculpationsmöglichkeit ist, wie B.G. 28<sup>2</sup> S. 253 Erw. 6 richtig, aber mit unrichtiger Behauptung, Art. 111 und 112 seien nur spezielle Anwendungsfälle von Art. 110, annimmt, nur versehentlich unterblieben; entsprechend Art. 111 sollte aber auch hier die Alternative: Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und Ermächtigung des Gläubigers, sie auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen, nur ausnahmsweise kraft freien richterlichen Ermessens zugelassen werden, während die jetzige Fassung einen gleichberechtigten Alternativanspruch des Gläubigers anzuerkennen scheint. Die materiell-rechtliche Natur dieser Bestimmungen ist, wir haben es schon früher angedeutet, vielfach missachtet worden. Unseres Erachtens hat man sich unnötig zu Gunsten der kantonalen Exekutionsbestimmungen ereifert und von Uebergriffen in dieses Gebiet gesprochen. Realexecution setzt Realerfüllungsanspruch und -urteil voraus, und diese sind hier in der Regel versagt. Friedmann hat dies in der Zeitschrift für Schweiz. R. 19 S. 54 fg. aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte überzeugend dargetan. Die Tendenz, bei obligationes faciendi den Naturalerfüllungsanspruch zu beschränken, ist in den späteren Entwürfen stets schärfer verwirklicht worden und schliesslich ist man fast wörtlich zu der Normierung des französischen Rechtes gekommen, das im Interesse der persönlichen Freiheit in diesem Gebiete den Satz durchführt: *nemo personaliter ad faciendum cogi potest*; also zur scharfen Scheidung zwischen obligationes dandi und faciendi. Nun hat freilich die fran-

zösische Praxis und mit ihr das Reichsgericht I S. 412 fg. wie auch ein Teil der Doktrin bei obl. faciendi nicht nur die Erfüllungsklage, sondern auch ein Erfüllungsurteil mit Verstärkung durch astreintes pénales et comminatoires zugelassen, aber Beides direkt gegen den klaren Gesetzeswillen. Wer den Unsegen schrankenloser Naturalerfüllungsklagen, -urteile und -exekutionen und die glatte rasche Lösung des Zwistes durch Geldersatz kennt, wird dieser Normierung des Kontraktsrechts Anerkennung zollen. Er wird es auch billigen, dass bei Mängelansprüchen aus Kauf (249 fg.) Naturalreparation ausgeschlossen und nur beim Gattungskauf von Fungibilien in Art. 252 dem Käufer, und beim Platzkauf auch dem Verkäufer Forderung und Lieferung währschafter Ware alternativ zugestanden ist, dass ferner bei Entwehrung Naturalersatz nicht vorgesehen ist (241) und bei mangelhaft hergestelltem Werk nur dem Besteller, nie dem Unternehmer, jenem aber auch nur wenn dieser dadurch nicht unbillig belastet wird, Anspruch auf Reparatur neben Preisminderungsklage und Schadensersatzforderung zusteht (358). Wir treten für Beibehaltung dieser Mannigfaltigkeit und der anscheinenden Discrepanz zwischen ausservertraglichem und vertraglichem Gebiete um so eher ein, als ja doch praktisch die Naturalbeseitigung ganz zurücktritt und die Fälle, wo sie im Kontraktsrecht zugelassen ist, die Bedürfnisse decken dürften. Für eine Ermöglichung der Publikation des Kontraktsurteils in der Presse aber, um auf unsern Ausgangspunkt zurückzukommen, hoffen wir bei Art. 116 Raum schaffen zu können.

2. „Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn.“ Mit diesen Worten hat B. G. B. das Prinzip schrankenlosen durchgängigen Ersatzes des vollen Schadens im Anschluss an eine Meinung der Theorie proklamiert; nur durch richtige Handhabung der Kausalzusammenhangsgesetze lässt sich eine Grenze finden. Diese mechanische starr einförmige Bemessung des Interesses betrachtet das Problem nur vom Standpunkte des Verletzten, sie hat ein Auge nur für ihn. Den ältern Rechten: dem gemeinen des usus modernus Pandectarum, wenigstens fürs Kontraktsrecht, dem

preussischen, österreichischen, französischen und englischen Rechte allgemein war solch' einseitige Gradlinigkeit fremd; sie bekundeten wenn auch mitunter mit etwas hölzernen Masstäben ein ernsteres Streben nach vermittelnder und den Einzelfall würdigender Gerechtigkeit; sie trugen auch dem Verletzer Rechnung. Im Zürcher Gesetzbuch, im Basler Entwurf und in unserem Gesetze hat sich diese gesunde Individualisierungstendenz jener naturrechtlerischen Uniformität gegenüber wieder durchgesetzt, und nun mehren sich jenseits des Rheins die Stimmen (z. B. Hartmann, Rümelin, Baron, Degenkolb, von Liszt) die unser Vorgehen als das einzige richtige bezeichnen und das Obl. Recht rühmen, weil es, unangekränkelt von blasser Theorie, die gegen alle Abstufungen als eine Vermengung von Strafe und Schadensersatz zu Felde zieht (z. B. Binding, Sjögren, Rott, Stooss, Chausson), im ausserkontraktlichen Gebiete die Bestimmung des Umfangs des Schadensausgleichs allseitig dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben hat. Mag es auf den ersten Blick hart erscheinen, wenn der Beschädigte einen Teil des ihm zugefügten Schadens selber tragen soll: für den Beschädiger ist es, wie Pfaff bemerkt, noch viel härter, wenn er einen kleinen Fehl vielleicht mit seinem ganzen Vermögen büßen muss. Vom Standpunkt des Verletzten aus ist die Abstufung nach dem Culpamomente psychologisch berechtigt, ein aus leichtem Versehen zugefügter Schaden wird meist leichter empfunden als ein dolos oder grob fahrlässig zugefügter; aber auch pädagogisch und als Mittel im Kampf gegen das Unrecht ist die Berücksichtigung der Grade des Verschuldens am Platz; so sehr Strafe und Schadensersatz verschieden sind, so praktisch verfehlt wäre es, diesen Gegensatz auch in der Gesetzgebung in voller Schärfe durchzuführen; dies würde nur einen Mangel in der Erfassung des Problems bekunden. Aber nicht nur auf die Qualität der subjektiven Willensrichtung des Täters weist Art. 51 den Richter hin, sondern allgemein auf die Würdigung aller Umstände, so dass also Manches, was oben unter I und II 1 gesagt ward, auch hier Geltung haben muss. Uebrigens schafft Art. 51 nicht allein Recht, neben ihm finden wir noch

Spezialnormen. Von ihnen bleibt Art. 674 im Rahmen, wenn er bei dolus Ersatz „für allen Schaden“ zubilligt; der ungeschickte Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 28, 33, 471 stehen durchaus unter jener Regel, und auch der Normierung des Art. 623, wonach, wer vor Eintragung einer Aktiengesellschaft Aktien ausgibt, für „allen“ durch die Ausgabe den Besitzern verursachten Schaden haftet, ist angesichts des französischen Textes, der das „allen“ weglässt, keine weitergehende Bedeutung beizumessen; seltsam berührt aber, dass Art. 23 und 48 den Schadensersatz auf das negative Vertragsinteresse beschränken sollen, obschon sie selber davon kein Wort sagen. Art. 23 mildert das Prinzip unseres Rechtes, wonach der wesentliche Irrtum vom Irrenden ohne Rücksicht auf seine Qualität, auf Verschulden oder Nichtverschulden, zur Infirmierung des Vertrags benutzt werden kann, damit, dass er Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo statuiert, eine Vermittlung, über deren Angemessenheit wir nicht mit von Tuhr streiten wollen; diesen Schadensersatz beschränken aber Theorie und Praxis, z. T. doch wohl unter Jherings Bann, auf das, was der Gegner durch die leichtsinnig geführten Vertragsunterhandlungen verloren hat; was er durch Zustandekommen und Erfüllung des Vertrags bekommen hätte, falle ausser Betracht. Ist aber Art. 23 nichts als eine Einzelanwendung von Art. 50, so ist diese Beschränkung umsoweniger einzusehen, als sie ja gar keine quantitative zu sein braucht; das negative Vertragsinteresse kann das Erfüllungsinteresse übersteigen, und dann wird man ex æquo doch zu Art. 51 greifen müssen. Auch den Pseudostellvertreter, den falsus procurator, will das Bundesgericht aus Art. 48 bloss fürs negative Vertragsinteresse haften machen, im Gegensatz zu dem, der als Kontraktsgegner erfolglos die Leistung eines Dritten verspricht (Art. 127, nach Art. 116 zu beurteilen): „il y a lieu de replacer le tiers dans la situation où il se serait trouvé si le contrat nul n'avait pas été conclu“ (27<sup>2</sup> S. 208 fg. Erw. 5). Die Motivierung (25<sup>2</sup> S. 855 fg. Erw. 8) ist eigentümlich; die ältern Entwürfe gaben zuerst Erfüllungs- oder Schadensersatz- d. h. doch wohl Erfüllungsinteresse-Anspruch, dann nur letztern; statt nun an-

zunehmen, damit sei nur jene erste Alternative weggefallen, wird argumentiert, eben dieser Wegfall müsse eine Änderung der zweiten Alternative zur Folge gehabt haben, sonst wäre jener Wegfall unerklärlich, und an die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrags sei sowohl wegen Art. 127 als wegen des Schlussatzes von Art. 48 nicht zu denken. Wieso ist unverständlich, doch geben wir gerne diese faule Fiktion des Garantievertrages preis; sie passt gar nicht zu einer Causalhaftpflicht, wie sie hier vorliegt, und was in aller Welt rechtfertigt angesichts unseres Art. 50 den Schluss: „Danach haftet der vollmachtlose Stellvertreter, da somit seine Haftung nicht auf Vertrag gestützt wird und folgerichtig (?) das Erfüllungsinteresse nicht verlangt werden kann, nur für das negative Vertragsinteresse.“ Der Fall ist übrigens ein lehrreiches Beispiel dafür, wie leicht diese Schätzung schwieriger und willkürlicher ist als die des positiven Interesses.

Anders als im ausserkontraktlichen Gebiet ist die Frage des Umfanges des Schadensersatzes im kontraktlichen durch Art. 116 geordnet. Sein zweiter Absatz stimmt zunächst freilich fast wörtlich mit Art. 51 überein; in den Worten „den Betrag des Schadens stellt der Richter nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände fest“ hat das Bundesgericht 15 S. 358 mit Unrecht nur einen Grundsatz des Beweisrechts, keinen dem Absatz 1 koordinierten materiellen Rechtssatz finden wollen; die Betrachtung des Vorbilds dieser Bestimmung, Zürich 999, hätte es davor sichern sollen; es war besser beraten, als es 26<sup>2</sup> S. 63 betonte, auch nach dieser Norm seien die Grösse des Verschuldens und die ökonomischen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. Fügen wir bei: neben vielem Anderem auch der Umstand, „dass der Ersatz des vollen Schadens in keinem Verhältnis zu dem Vorteile stünde, den der Ersatzpflichtige aus dem Vertrage hätte ziehen können, oder dass das Verhältnis, aus dem der Schaden erwuchs, ausschliesslich zu Gunsten des Beschädigten bestand“ (Basler Entwurf 671). Immerhin, so frei wie bei Art. 51 ist der Richter hier doch nicht, denn in erster Linie wird als Massstab aufgestellt ob, nicht vom individuellen Schuldner, son-

dern von einem diligens pater familias, bei Eingehung des Vertrages der Eintritt des Schadens (nicht seine Höhe) als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung vorhergesehen werden konnte; wenn ja, so ist in der Regel jedenfalls dieser Schaden zu ersetzen, weitergehender nach Abs. 3 nur bei schwerem Verschulden und nach freiem Ermessen des Richters. So ist die im wesentlichen vom französischen Kontraktsrechte (Code civil 1150) hergenommene in der französischen Praxis aber auch fürs ausserkontraktliche Gebiet verwendete Abwägung in unserem Kontraktsrechte unfreier, schablonenhafter gestaltet als im ausserkontraktlichen Gebiet; warum? dafür ist ein innerer Grund nicht zu finden, und wenn wir sehen, wie unsere Praxis sich innert der gesetzlichen Schranken mit den verschwimmenden Massstäben des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens abgequält hat, können wir uns der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass hier völlige Uebereinstimmung mit Art. 51 erwünscht wäre. So werden die vom Gesetze aufgestellten Gegensätze, die freier gehandhabt auf Kipps Formulierung hinauslaufen: „Nicht gehaftet wird für einen Schaden, der das Mass übersteigt, das äussersten Falls nach Treu und Glauben als die von den Parteien intendierte Grenze der Haftung angesehen werden kann.“ und so wird auch der wohl begründete, vom französischen und schweizerischen Recht nicht hervorgehobene, dagegen vom österreichischen und preussischen Rechte durchgeführte Unterschied in der Behandlung von *damnum emergens* und *lucrum cessans* am besten individuelle Berücksichtigung finden. Bluntschlis Bemerkung trifft auch für das Kontraktsrecht zu: „es ist bedenklich, die Schätzung des Schadens durch abstrakte Regeln genau normieren zu wollen; es kommt sehr viel auch auf die moralischen Umstände an, je schwerer die Verschuldung, umso ausgedehnter die Ersatzpflicht; überdies sind eine Menge von Umständen und Beziehungen zu erwägen, wie die Mannigfaltigkeit des Lebens sie darbietet, deren richtige Würdigung nur durch freies Ermessen eines verständigen unparteiischen Mannes möglich wird.“ Der Vorhersehbarkeit des Schadens dürfte besser Rechnung getragen

werden, wenn sie auf die Person des Geschädigten verlegt wird, d. h. wenn zu Art. 51 Abs. 2, der die Berücksichtigung des Selbst- und Mitverschuldens des Verletzten als Abweisungs- oder Reduktionsgrund dem Richter anheim gibt (unsere Praxis hat ihn mit Recht auch auf kontraktliche Haftung ausgedehnt), in Anlehnung an B. G. B. 254 Abs. 2 ein Zusatz etwa folgenden Inhaltes gemacht würde: „ebenso wenn der Beschädigte ein erhöhtes Risiko geschaffen oder den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen oder den Schaden abzuwenden oder zu mindern gegen die gute Treue unterlassen hat.“ Ein Verschulden des Beschädigten liegt in solchen Fällen oft nicht vor; der Ladenbesitzer hat vorwurfsfrei wertvolle Montrescheiben und stellt vorwurfsfrei kostbare Gegenstände in ihnen aus, gefährdet damit aber in erhöhtem Mass den Strassenverkehr, bei dem es ohne Beschädigungen nicht abgeht; die Dame, der in Gesellschaft Sauce über das kostbare Seidenkleid gegossen wird, und der Eigentümer des kostbaren chinesischen Seidenpinschers, der auf der Strasse von einem Köter tot gebissen wird, war nicht in culpa; wer durch seinen Dienstboten ein Wertpaket vertragen lässt, begeht nicht notwendig ein Selbstverschulden, wenn er ihm den Wert nicht kundgibt, und wie weit dem Verletzten Verhütung und Begrenzung des Schadens obliege, ist vom Verschuldensstandpunkte aus oft schwer zu entscheiden; aber dort heischt die Erwägung: aussergewöhnliche Gefährdung eigene Gefahr, hier die richtige Forderung, man solle nicht die Hände im Schoss dem Ablaufen des Kausalzusammenhangs zusehen, Berücksichtigung. Wir kommen eben auch bei den Befreiungs- und Reduktionsgründen mit dem Culpa-prinzip, so sehr wir den Begriff mit den Römern strecken mögen, so wenig durchgängig aus, als bei den Haftungsgründen. Wir können überhaupt die Lehre von der Culpakompensation, wo nicht ein Abbrechen des Kausalzusammenhangs in Frage steht, gar nicht auf allgemeine Regeln, sondern nur auf Rücksichten der Billigkeit und Gerechtigkeit, auf Treu und Glauben, Anstand und Sitte des Lebens zurückführen; „hanc esse quæstionem de bono et æquo.“ So wird auch neben den vor-

geschlagenen Sätzen noch in einer generalis clausula Wendts Anregung, die blosse Selbstverursachung, selbst die durch Zurechnungsunfähige, zum mindesten wo Kausalhaftung in Frage steht, zu berücksichtigen, verwirklicht werden müssen; am besten wird davon bei Art. 58 zu reden sein; während Wendts Ansicht, das Motiv der Handlung müsse für die Frage des Selbstverschuldens stets ausser Betracht fallen, hier so wenig als auf Schuldnerseite bei der Frage von Existenz und Umfang der Haftung allgemein gebilligt werden kann. Ist doch auch bei Haftung aus unlauterem Wettbewerb durch die Praxis das gegen gute Sitte verstossende Motiv und Mittel der Handlung als widerrechtlich und verschuldet behandelt worden. Neben der generellen Norm des Art. 116 weist unser Gesetz dann noch eine Reihe einschlägiger Spezialbestimmungen auf, z. B. beschränkte Haftungen wie die des Abtretenden Frachtführers Wirts 194, 457, 458, 486; Minimaltaxen wie beim Rücktritt von Miete und Pacht aus wichtigen Gründen 292, 310; reformbedürftig scheinen uns nur drei: die Wandlungsklage 253, wo 116 allgemein vorbehalten werden sollte, die vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrages, wo 346 Abs. 3 mit Unrecht durchgängig „vollen“ Schadenersatz zubilligt, und der Untergang des Werks infolge Verschuldens des Bestellers 368, wo der letzte Satz überflüssig ist. Dagegen dürfte beim einseitigen Rücktritte des Bestellers vom noch nicht erfüllten Werkvertrage die von Art. 369 statuierte volle Schadensersatzpflicht passend sein. Dass endlich nach Art. 121 ausser den Verzugszinsen, die mit 5 % schon recht hoch bemessen sind und die ja auch bei unverschuldetem Verzug und Fehlen jeden Schadens erwachsen, noch ein allfälliges Schadensplus zu vergüten ist, sobald der Gläubiger ein Verschulden des Säumigen dartut, scheint uns allerdings weder in dieser manchesterlich uneingeschränkten Fassung noch an sich glücklich, umso mehr als Art. 119 Abs. 2 und 3 in Einzelfällen noch höhere Zinssätze massgebend erklärt; immerhin glauben wir, dass in praxi die Sache harmloser ist, da der Richter anstandslos Art. 116 zur Auslegung beziehen, dagegen umso mehr Anstand nehmen wird, solchen Schadensbeweisen leicht

zu glauben. Darum mag es beim geltenden Rechte bleiben; an sich richtiger dürften allerdings die Gesetze handeln, die es bei jenem abstrakten Interessesurrogat bewenden lassen, wie das römische, das französische, das österreichische und das preussische, das wenigstens nur bei grobem Verschulden höhergehende Interessenliquidation zuließ, während das gemeine Recht auf Grund des Reichsdeputationsabschiedes von 1600 § 139 dem Gläubiger die Wahl zwischen Verzugszins oder Interesseliquidation, nicht aber eine Vermengung beider zur Verfügung stellte. Mit Recht hat Bähr jene Beschränkung als gesund bezeichnet; wenn der Gläubiger nicht mit dem Beweise gequält werde, dass er das entehrte Geld nutzbar gemacht hätte (und setzen wir hinzu, wenn er sogar trotz Gegenbeweis Verzugszinsen fordern könne), so sei es billig, dass auch der Schuldner nicht mit übertriebener Berechnung einer solchen Nutzbarmachung heimgesucht werde; Sätze, wie der von Art. 121 und B. G. B 288 Abs. 2 laden zum Aufstellen phantastischer Zahlenreihen in der Art des Lafontaineschen Milchmädchen und damit zu Prozessen geradezu ein.

### III. Haftungsgründe.

Unter dem Eindruck der neuerdings stets häufigeren Erweiterung der Schadensausgleichsgründe und beeinflusst durch den oder jenen eclatanten Schadensfall, dem die geltenden Schadensersatzbestimmungen nicht gerecht werden, hat sich in weiten Volkskreisen mehr und mehr die Ansicht eingenistet, wo ein Schaden eingetreten sei, müsse auch ein rechtlicher Ausgleich sich finden, bei jedem Schaden sei Abhilfe und Haftbarkeit geboten und selbstverständlich, ihre Versagung sei anormal und ungerecht. Diese Ansicht steht einseitig auf dem Standpunkte des Verletzten; sie stellt sich nicht auf den des Haftbaren, wohl deswegen, weil gerade bei den eindrücklichsten Grossschäden Spezialhaftungen potenter Vermögenshaber in Betracht zu fallen pflegen. Würde die öffentliche Meinung gerecht abwägend urteilen, so müsste ihr klar werden, dass Schädigung die erste, aber nicht die einzige

Voraussetzung der Schadensabwälzung ist, dass Schadenshaftung noch einen weiteren Haftungsgrund voraussetzt, dass nur wenn er vorliegt, der, bei dem das schadenstiftende Ereignis zunächst eingeschlagen hat, die Last ganz oder teilweise einem anderen überbürden kann, und dass die Rechtsordnung den Schaden auf dem Opfer sitzen lassen muss, wenn ein solcher Haftungsgrund fehlt. Diese Negative, mehr nicht, will der unrömische und schon fürs römische Recht allzu enge Satz besagen „casus a nullo praestantur.“ Er verkörpert bloss die keineswegs nur zu unserer heutigen Güterordnung passende Resignation, dass eine lückenlos gerechte Verteilung der Lebensgüter stets an der Unvollkommenheit menschlichen Erkennens scheitern wird. Er ist kein positives Prinzip; mag jene Schutzlosigkeit auch oft praeventiv wirken, indem sie als Ansporn dient, alle Kräfte zur Schadensvermeidung aufzubieten, so ist dies doch nimmermehr, wie Mataja meinte, überlegt tendenziöses Motiv zur Aufstellung jenes Satzes gewesen; nur allzu oft versagen ja, wie jener Autor selbst hervorhebt, jene Kräfte individuell nicht nur, vielleicht gerade bei denen, die der Schaden am härtesten trifft, sondern bei unabwendbaren Zufällen sogar schlechthin. Auf die Frage aber, wann denn positiv ein Haftungsgrund vorliege, ist noch keine einheitliche Antwort gefunden worden und wird sich auch trotz allem heissen Bemühen schwerlich je eine finden lassen, weil des Lebens unendlich reiche Mannigfaltigkeit nicht unter eine starre Regel gebeugt werden kann. Die so viel geforderte Einheit wäre eine das Leben vergewaltigende Einförmigkeit. Entwickelten Rechten sind je und je verschiedene Haftungsgründe eigen gewesen, und so bedarf es auch zur Bemeisterung jener wachsenden Komplizierung der Lebensverhältnisse nicht sowohl einer Vereinfachung als einer stets vielgestaltigeren Ausbildung der Haftungsgründe. In einem Spitäle, in den so verschiedene Kranke kommen, sind grobschlachtige Procrustesmanieren nicht am Platze, eines schickt sich nicht für alle. Und wenn uns die reiche Schadensersatzliteratur der letzten Jahrzehnte eine köstliche Frucht gereift hat, so war es nicht die der Entdeckung eines allumfassenden Ausgleichsgrundes,

sondern die Erkenntnis, dass wir Juristen an den töricht exklusiven Feldgeschreien: „Hie Kausalhaftung, Verursachungsprinzip, objektiver Masstab“ und „hie Culpahhaftung, Verschuldungsprinzip, subjektiver Masstab“ keinen Teil haben, vielmehr keines allein, sondern nach Voraussetzungen, deren Beherrschung wir zu erringen trachten, bald dieses bald jenes, rein oder kombiniert und verschieden ausgestaltet, durchführen sollen. Die Frage, wo und wie der oder jener Haftungsgrund anzubringen sei, stellt sich vorliegendenfalls übrigens nur für einen Ausschnitt aus unserem Problem. Wir reden nicht von den Fällen, wo Schaden auf Grund von Gefahrengemeinschaft verteilt wird, wie bei der Gesellschaft (537) und in der gegenseitigen Versicherung; ebenso wenig von Schadenshaftung auf Grund speziell übernommener Verpflichtung, wo uns neben den privatwirtschaftlichen Versicherungsverträgen, die schliesslich alle auf jene Distribution von Gefahr und Schaden hinauslaufen, vorab die Garantieverträge und die rechtsgeschäftliche Praestationssteigerung über das gesetzliche Mass hinaus entgegentreten. Nur eins: herabsetzen und völlig ausschliessen lässt sich letzteres bei uns nur mit gewichtigen Vorbehalten; das ungültige pactum ne dolus praestetur umfasst im Gegensatz zum B. G. B. auch die culpa lata, ja selbst ein pactum ne levis culpa praestetur kann unter bestimmten Voraussetzungen nach richterlichem Ermessen als unwirksam behandelt werden (114. 115). Dagegen steigern lässt sich der gesetzliche Massstab durch Privatwillensbestimmung ausdrücklich oder concludent (so im röm. Recht z. B. durch Hingabe einer Sache zu vereinbartem Taxwerte) beliebig bis zur Uebernahme aller Risiken, soweit nicht die allgemeine Schranke guter Sitte und das Gebot der Vertragsauslegung nach Treu und Glauben Halt und schonende Durchführung erheischen; ein so weit wir sehen heute allgemein anerkannter Satz, der aber doch wohl angesichts jenes Gegenstücks näherer Untersuchung wert wäre; die Unterscheidung der älteren Theorie zwischen casus soliti und insoliti, die der Garant übernehme, und den beim Vertragsschluss schlechterdings unvoraussehbaren und nicht in Betracht gezogenen casus insolitissimi, die er trotz jener gene-

rellen Zusage nicht übernehme, war vielleicht nicht ganz ungerechtfertigt.

Für uns stellt sich jene Frage nach den Haftungsgründen nur da, wo das Gesetz die Haftung für Schadensstiftungen zu erwägen hat, die herrühren, sei es von Nichterfüllung, mangelhafter oder verzögerter Erfüllung vertraglicher und vertragsähnlicher Verpflichtungen, sei es von ausserkontraktlichem Gebahren.

1. In jenem ersten Gebiete herrscht das Verschuldungsprinzip viel unumstrittener als im zweiten; das „im allgemeinen haftet der Schuldner für jede Fahrlässigkeit“ des Art. 113 erfreut sich eines gesicherteren Besitzstandes als das „wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet“ des Art. 50. Dort verlangt niemand allgemeine Erfolgshaftung, wohl aber einzelne hier. Die Verschiedenheit der Beweislast hier und dort mag u. a. zu dieser verschiedenen materiellen Wertung beitragen; in der Tat hat die Beweislastregelung zur Folge, dass bei der Deliktshaftung, wo in der Regel der Ansprecher das Verschulden des Gegners darzutun hat, mitunter Fälle, in denen gehaftet werden sollte, der Haftung entschlüpfen, weil der Beweis nicht erbracht werden kann, während umgekehrt bei der Kontraktshaftung, wo der in Anspruch genommene sich zu exculpieren hat, aus demselben Grunde vielleicht Erfolgshaftung eintreten kann. Dagegen wäre es falsch, die Zustimmung zu unserem Kontraktsrechte des ferneren darauf stützen zu wollen, es könne in ihm nach Art. 113 Abs. 2 im Einzelfalle Erfolgshaftung statuiert werden, die normale Haftung für abstraktes leichtes Verschulden sei in Art. 113 Abs. 1 nicht als Maximum aufgestellt, sondern die Worte von Abs. 2 „die Haftung ist eine mehr oder minder ausgedehnte je nach der besonderen Natur des Geschäftes“ sähen Abweichungen nicht nur unter jenen Maßstab hinunter, sondern auch über ihn hinaus vor. Die Unrichtigkeit dieser Behauptungen resultiert aus Art. 110, wonach der Schuldner stets frei wird, wenn er beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt; Einzelbestimmungen

vorbehalten. Nun ist aber doch fraglich, ob die Erfolgshaftung nicht in bestimmten Einzeltatbeständen angezeigt sei. In Betracht fällt zunächst das Mandat. Ob der Auftraggeber nur für Verluste hafte, die dem Beauftragten infolge Verschuldens des Mandanten erwachsen, oder auch für zufällige, und wenn ja, ob stets oder innert welcher Grenzen, ist ja seit den Tagen des römischen Rechtes bis heute umstritten. Während sich die ältere gemeinrechtliche Theorie unter Verzicht auf Africans Culpastreckung in der zweiten Richtung entschied und auch inhaltlich über ihn hinausging, ward im 19. Jahrhundert unter der Reaktion der historischen Rechtsschule, die römischer als Rom und rezeptions-fanatischer als die Rezeptionszeit manche gute einheimische Entwicklung geknickt und die übertriebenen Gegenvorstösse deutschtümelnden Uebereifers wahrlich selbst-verschuldet hat, das Culpaprinzip bis in die letzten Jahrzehnte auch hier herrschend, mehr vielleicht als Paulus gewollt hätte; erst Jhering nahm den Kampf wieder auf, und ebenso oppositionell fielen alle die einlässlichen Untersuchungen aus, die von Mommsen, Unger, Eisele und so vielen anderen über die Frage ergingen. Auch die gesetzgeberischen Regelungen der Materie tragen die Signatur ihrer Entstehungszeit; der Code civil 2000 mit seiner Kausalhaftung für alle Verluste, die der Mandatar à l'occasion de la gestion erlitten hat, steht auf dem Boden der Glosse und eines Cujaz; das österreichische G. B. 1014. 1015 mit seiner Unterscheidung des mit Erfüllung des Auftrages entstandenen schlechthin zu ersetzenen und des nur bei Gelegenheit derselben erlittenen bloss bei Verschulden des Mandanten zu vergütenden Schadens erfasst African feiner; und umgekehrt steht unser in den letzten Stadien der Culpa-Alleinerrschaft entstandenes O. R. auf dem Boden eines Paulus, wenn es (400) bestimmt, dass zwar Auslagen und Verwendungen, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags (präziser: „pour l'exécution“ d. h. zum Zweck derselben; doch wohl nur, wenn den Umständen nach angemessen) gemacht hat, ihm schlechthin zu ersetzen sind, dass ihm aber für Schaden, der ihm aus dem Auftrag erwachsen ist, der Mandant nur haftet, wenn er seine Schuldlosigkeit nicht darzutun

vermag. Hier ist schon das bedenklich, dass die Trennung der zwei verschieden behandelten Grössen praktisch recht schwierig sein kann. Das haben sich denn auch die Gegner der Culpahhaftung, z. B. Schneider und Haberstich, zu Nutze gemacht; sie suchen die Schadensfälle so viel wie möglich als Verwendungen darzustellen, um sie der weiteren Haftung teilhaft zu machen. Auf dieselbe Idee sind auch deutsche Autoren verfallen, um in B. G. B. 670 Raum für Kausalhaftung zu schaffen, Brückmann z. B. in seiner Monographie über die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag sagt, Schaden erlitten in Ausführung des Auftrags sei eine zum Zwecke der Auftragserfüllung gemachte Aufwendung, während Isay und die Mehrzahl der Autoren den Ausdruck „Aufwendungen“ enger auslegt und blosse Culpahhaftung aus jener Bestimmung herausliest, so dass nun drüben die alte Kontroverse zur Freude der Dogmatiker unerledigt weiterlebt. Bei uns war ihre Lösung ursprünglich im entgegengesetzten Sinne versucht worden; die brüske Aenderung zum heutigen berechtigte Ansprüche unberücksichtigt lassenden System mag durch die Schwierigkeit, die unerlässliche Begrenzung richtig vorzunehmen, verursacht worden sein. Denn über die Negative war die revisionslustige neuere Wissenschaft ja einig, dass an eine allgemeine Haftung für jeden aus Anlass des Mandates irgendwie zufällig erlittenen Schaden nicht zu denken sei; dagegen differierte man über die positive Begrenzung. Sollte Haftung nur eintreten, wenn der Schaden ex causa mandati (unmittelbar aus auftragsgemäßem Handeln und durch das aufgetragene Geschäft), nicht aber, wenn er ex occasione mandati (bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags und aus einer ausserhalb des Mandats liegenden Ursache) entsprang, wie Jhering und Unger wollten? Oder sollte man mit Mommsen Haftung statuieren, wenn der Schaden seinen Grund im bestimmten Inhalt des Auftrags hatte, keine Haftung, wenn er daraus resultierte, dass der Beauftragte bei freier Marschroute den Auftrag in bestimmter Weise ausführte, während er ihn auch anders hätte ausführen können? Und sollte man mit Eisele die Fälle von der zweiten Alternative ausnehmen, wo die Ausführungs-

weise die übliche war? Alle diese Merkmale treffen die inneren *merita causae* nicht. Vielmehr dürfte frei nach Brückmann zu sagen sein: nur sofern zum Zweck der Ausführung des Mandates vorwurfsfrei als zweckdienlich gehaltene Handlungen von erhöhter Gefährdung vom Mandatar vorgenommen wurden, die den Eintritt eines Schadens begünstigten, ist ihm dessen Ersatz zuzubilligen. Freilich unseres Erachtens nicht schlechthin, sondern nur nach richterlichem Ermessen. Während also gewöhnliche Risiken den Beauftragten treffen, können erhöhte dem Auftraggeber belastet werden, wenn ihre Uebernahme bei der gegebenen Sachlage von einem sorgfältigen Mandatar als zum Gelingen des Mandats erforderlich angesehen worden wäre. Dieser Satz wird sich am besten dem jetzigen Art. 400 anfügen lassen; die Sachlage kann so am ehesten nach Billigkeit gewürdigt und u. a. auch der nicht unerhebliche Umstand berücksichtigt werden, ob der Beauftragte unentgeltlich oder gegen Vergütung tätig wurde. Das gleiche Vorgehen empfiehlt sich bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (472). Hier fällt natürlich die Analogie zu Art. 400 Abs. 2 weg, von einem Verschulden des Geschäftsherrn kann hier keine Rede sein; im Uebrigen besteht kein Grund, in unserer Frage die *negotiorum gestio* hinter den Auftrag zurückzusetzen und sie scheel anzusehen; die Schranke des Interesses des Geschäftsherrn ist stark genug, um missbräuchliche Belastung auszuschliessen. Der gegenwärtige Zustand ist doch wahrlich nicht gerecht, wo wer sich bei Rettung eines Menschenlebens verletzt, dies als Handeln auf eigene Gefahr muss taxieren lassen. „Es ist billig, dass niemandem die Erfüllung einer Pflicht, die er altruistisch und nicht eigenen Vorteils wegen übernommen hat, nachteilig sei.“ In einer anderen Richtung ist mit Recht durchgängige objektive Haftung statuiert: beim unbeauftragten Geschäftsführer, der gegen den ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Geschäftsherrn handelt (470 Abs. 2; natürlich nur, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, soweit der Kausalzusammenhang adaequat ist). Die Einschränkung, dass jene Weigerung keine unsittliche oder rechtswidrige sein dürfe, die B. G. B. 679

allzu eng formuliert, unser Gesetz aber überhaupt nicht berücksichtigt (ein Fall, in dem die Auffassung, der Geschäftsführer sei mit seinem Handeln gegen Verbot ipso facto im Verschulden, entfällt), wird zwar von einem seiner Aufgabe gewachsenen Richter von Gottes und der Gerechtigkeit Gnaden vorgenommen werden können, dürfte aber im Hinblick auf allzu ängstliche Ausleger besser Aufnahme im Gesetze selber finden, sonst könnte, wer bei Selbstmordversuchen rettend beispringt, Arzt, Droschke und Medikamente definitiv aus eigener Tasche zahlen müssen. Missbrauch ist nicht zu fürchten; ihm steuern Selbstsucht und Scheu, sich in Sachen anderer einzumischen, zur Genüge. Auch bei Beschädigungen, die dem Depositär ohne eigenes Verschulden durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache verursacht wurden, dürfte, wenn die Gefährdung eine gesteigerte war, Kausalhaftung nach richterlichem Ermessen ausdrücklich vorbehalten werden, während Art. 477 nur Culpahhaftung anerkennt, wieder im Gegensatz zum freilich allzu weiten Schutz des Code civil 1947; dem Deponenten können gefährdende Fehler und Zustände der hinterlegten Sache vorwurfsfrei unbekannt sein, während doch billiger ihm als dem Depositär die Vertretung ihrer Folgen obliegt. Auch der Rückgabeanspruch des Kommodanten dürfte mit ausschliesslicher Culpahhaftung, wie sie Art. 322 Abs. 1 und 2 indirekt normieren, zu eng begrenzt sein; man darf hier die Kehrseite des Schlussatzes von Art. 113 betonen: wer aus Vertrag unentgeltlich erhält, haftet strenger; das tritt schon im römischen Rechte bei der Leih zu Tage (D. 13. 6. 5 § 2. 3 und 18 pr.). Während also in all diesen Fällen einem fakultativen Vorstoss der Kausalhaftung das Wort zu reden ist, weil besondere Billigkeitswägungen den Culpamasstab als nicht völlig zureichend erscheinen lassen, empfiehlt sich u. E. umgekehrt bei der Haftung des Frachtführers etwelche Abschwächung. Das alte deutsche Handelsgesetzbuch allerdings hatte jeden gewerbsmässigen Frachtführer den Rezeptumsbestimmungen unterstellt, die in Rom nur für den Wassertransport galten und unser O. R. 457. 458 hat dann diese scharfe Haftpflicht auf jeden

auch bloss gelegentlichen Frachtführer ausgedehnt, was viel zu weit geht; B. G. B. lässt den nicht gewerbsmässigen Frachtführer wie jeden anderen Werkvertragsunternehmer bei Exculpation frei werden, und das neue deutsche Handelsgesetzbuch 429 behält die Haftung bis zur höheren Gewalt bloss für die Eisenbahnen bei, die übrigen gewerbsmässigen Frachtführer lässt es bloss für Sorgfalt haften, nicht so zwar, dass jeder Nachweis des Fehlens einer Verschuldung genügte, aber so, dass sie frei werden, wenn sie die konkrete Ursache von Verlust oder Beschädigung und die Unmöglichkeit dartun, dieses Ereignis oder seine Wirkungen durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers abzuwenden, eine Normierung, die bereits im Binnenschiffahrtsgesetze von 1895 § 58 getroffen worden war, und die den vielumstrittenen hart angefochtenen und überall, wo er angebracht ward, Verwirrung stiftenden Begriff der höheren Gewalt in diesem Gebiete wenigstens glücklich beseitigt. Dieser Standpunkt dürfte auch für unser Gesetz, ohne Unterscheidung zwischen gewerbsmässiger und gelegentlicher Betätigung als Frachtführer, da letztere ja selten sein wird, empfohlen werden; in der Tat, warum sollte hierfür Betriebsgefahren strenger gehaftet werden als bei vielen anderen Betrieben, wo es bei den allgemeinen Grundsätzen bewendet? Eine erhöhte Haftbarkeit ist nur bei den Eisenbahnen angezeigt, die tatsächlich ein Beförderungsmonopol besitzen und zugleich so leistungsfähig sind, dass ihnen die Tragung aller Betriebsgefahren ohne Unbilligkeit zugemutet werden kann. Neben der Beschränkung auf den Sachwert dürfte ferner im Hinblick auf das früher über Erhöhung des Risikos durch den Geschädigten Gesagte auch die Einschränkung der Haftbarkeit bei nicht deklarierten Wertsachen, die jene Gesetze vornehmen, nachahmenswert sein; für ein Plus ist die Transportversicherung da. Bei der vom O. R. nach Vorgang des österreichischen und französischen Rechtes systematisch unpassend, aber sachlich unschädlich zum Hinterlegungsverträge gestellten Haftung der Gast- und Stallwirte (486 fg.), die sich regelmässig an einen Beherbergungs- oder Fracht- oder Werkvertrag anschliessen wird, wäre an sich

dasselbe zu erinnern; die Gleichstellung der Gross- und Kleinbetriebe ist unbefriedigend, das Bedürfnis könnte, soweit nicht die allgemeinen Grundsätze ausreichen, durch die moderne Reiseschadensversicherung gedeckt werden; fast scheint es, die Haftung sei zum Teil mit der bekannten *vis inertiae* beibehalten worden, weil sie schon in Rom bestand. Wenn wir trotzdem nur etwelche Erleichterung des *jus singulare* und nicht seine Beseitigung vorschlagen, geschieht es, weil hier durchweg Gewerbsmässigkeit vorliegt, weil ferner scharfe Haftungen, an die sich die Betroffenen gewöhnt haben, gegen die sie sich versichern und deren Kosten sie leicht auf ihre Kunden abwälzen können, beibehalten werden sollten, weil sodann diese Bestimmung die Sorgfalt der Wirte gegenüber Personal und Dritten erhöht, weil ferner der rasche Wechsel der Besucher die Entdeckung der Schuldigen leicht vereitelt, vor allem aber auch, weil die Beteiligten bei uns ein Mehreres als die hier vorgeschlagene Abschwächung selber kaum wünschen dürften; sie wissen, dass die praktisch für sie nicht sehr empfindliche Haftpflicht ihre Attraktionskraft und Konkurrenzfähigkeit erhöht; bestände sie nicht zu Recht, so ist kaum fraglich, dass sie bei uns, wie wohl einst in Rom, von den Wirten im eigenen Interesse freiwillig zugesichert würde; verdankt doch heute schon die Haftpflicht in den meisten Fällen mehr der geschäftlichen Coulanz als ihrer Existenz ihre Durchführung: wie oft würde sie scheitern, wenn der Wirt den Nachweis des Einbringens forderte. In unserem Rechte ist die Haftung zwar eine weit mildere als im deutschen Recht hinsichtlich des Ersatzumfangs; Art. 486 will nur den Sachwert, nicht das Interesse ersetzt wissen, im Gegensatz zur allgemeinen Norm des Art. 50 und 116, was vielleicht noch deutlicher gesagt werden dürfte (immerhin ohne die Anwendbarkeit jener weitergehenden Normen auszuschliessen); auch so aber wären drei dem B. G. B. entnommene Korrekturen auch bei uns empfehlenswert. Erstens die, dem Exceptionstatbestand „*Verschulden des Gastes selbst oder seiner Begleiter und Dienstleute*“ und fügen wir bei: „oder anderer Personen, die er, es wäre denn auf Wunsch des Wirtes, bei

sich aufgenommen hat“ die blosse Verursachung zu substituieren, zweitens die, statt des nicht immer zutreffenden Beispiels, ein Selbstverschulden sei namentlich anzunehmen, wenn der Gast unterlassen habe, grössere Geldsummen oder andere Sachen von bedeutendem Wert dem Wirte zur Aufbewahrung zu übergeben, ein ziffermässiges Maximalrisiko (und zwar pro Kopf berechnet) für Wertsachen, die der Reisende nicht übungsgemäss und angemessen bei sich behält, aufzustellen, Uebernahme zur Aufbewahrung oder Ablehnung derselben oder Verschulden des Wirts und seiner Leute vorbehalten. Endlich wäre sub poena paeclusi Anzeige an den Wirt sofort nach Entdeckung des Schadens zu fordern, damit er den Tatbestand noch re integra untersuchen kann. Damit dürften die beidseitigen Interessen gerecht abgewogen sein. Diese weitgehende kontraktliche Verantwortlichkeit für Verschulden nicht nur sondern jede Kausalität beliebiger Dritter, ja eine noch weitergehende, da höhere Gewalt nicht vorbehalten ist, zeigt sich übrigens auch bei subjektiver Unmöglichkeit der Erfüllung einer Gattungsschuld (145. 204) und beim Schuldnerverzug (118), der Zufallshaftung zur Folge hat. Die zahlreicheren Fälle der kontraktlichen Verantwortlichkeit bloss für bestimmte Dritte, nämlich Vertreter und Hilfspersonen, wo individuelle Beziehungen des haftenden Schuldners zum handelnden Dritten die Verantwortlichkeit begründen (spez. Art. 115), behandeln wir besser in anderem Zusammenhange und schliessen, bevor wir die Erörterung unserer Frage fürs Kontraktsgebiet verlassen und zu dem umstritteneren Felde der Handlungen übergehen, die ausserhalb Kontrakts zu Schadensersatz verpflichten, nur noch folgende Einzelheiten an. In den objektiv lautenden Tatbeständen der Art. 408. 411. 433 (in letzterem ist allerdings „Versäumnis“ mit dem subjektiven „négligence“ wiedergegeben) folgt die Zulässigkeit des nicht erwähnten Exculpationsbeweises aus den allgemeinen Kontraktshaftungsregeln; umgekehrt soll der Verfrachter bei vermeidlicher Verletzung seiner Interessen anlässlich der Ausübung des dem Frachtführer (454. 455) gegebenen Selbsthilfeverkaufsrechts Ersatzansprüche nur dann erheben können,

wenn er Verschulden des Gegners dartut (456), eine richtige Beweislastverteilung, da ja hier vorab ein Eigenrecht des Frachtführers in Frage steht. Billigenswert ist auch, dass bei Normierung der Verzugszinsen die Schuldfrage gänzlich eliminiert wird; damit werden Streitigkeiten abgeschnitten (119). Dagegen dürfte behufs Vereinheitlichung der Beweislast einen den Exculpationsbeweis vorbehaltenden Zusatz erhalten Art. 860, der teils dem Delikts- teils dem Kontraktsrecht angehört. Diese Bestimmung, dass, wer zur Bewirkung eines Handelsregistereintrages verpflichtet sie unterlässt, allen infolge dessen Geschädigten auf Ersatz haftet, redet zwar sehr vorbehaltlos und sieht äusserlich nach Kausalhaftung aus, enthält jedoch innerlich keinen zureichenden Grund dafür.

2. Die **ausserkontraktliche Schadenshaftung** der Art. 50 fg. hat zwei Voraussetzungen; ausnahmslos objektiv widerrechtliche Schadenszufügung, in der Regel subjektive Verschuldung des Täters; in einzelnen Fällen freilich führt die Beweislastverteilung dazu, dass, wenn das Hintertürchen des Exculpationsbeweises nicht geöffnet werden kann, strengere Haftung eintreten kann (61. 62. 65), und wieder in andern vereinzelten Ausnahmefällen besteht materiell objektive Haftung, so in Art. 48. 67. Dagegen untersteht Art. 876 Abs. 2 wohl der Regel des Art. 50 und dürfte Art. 33 angesichts der deutschen Fassung „verleitet“ das nur auf dolus geht, trotz dem objektivierenden französischen Text nicht hieher zu zählen sein.

A) Zunächst das Erfordernis der Widerrechtlichkeit, aber nicht im ganzen Umfang. Es soll hier nicht wiederholt werden, was W. Burckhardt in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 15 S. 237 treffend ausgeführt hat, einmal, dass es sich dabei um kein positives, sondern um ein negatives Tatbestandsmoment handelt, d. h. dass nicht der Verletzte zur Begründung seines Anspruchs die Widerrechtlichkeit, sondern der Täter zu seiner Entlastung seine Berechtigung zur Schadenszufügung zu erweisen hat, und ferner, dass die Praxis längst in der Judikatur über unlautern Wettbewerb, oft freilich mit etwas gequälter Motivierung, aber mit Fug und Recht das

Handeln gegen Treu und Glauben und gegen die gute Sitte als gleichwertig mit und inbegriffen im widerrechtlichen Handeln betrachtet hat, freilich vorerst nur, soweit ein dolus in Frage stand, also ähnlich wie B. G. B. 826; doch möchten wir diese Grenzlinie nicht gesetzgeberisch festlegen und so dem Richter die Möglichkeit abschneiden, auch bei Fahrlässigkeit diesen Schutz eintreten zu lassen; eine Einfügung der Worte „oder gegen die gute Sitte“ scheint uns bei jener Wendung der Praxis überflüssig. Zu besprechen sind hier nur zwei Fälle, wo Mangels Widerrechtlichkeit keine Schadensersatzpflicht besteht und sodann die Frage, ob nicht trotz mangelnder Widerrechtlichkeit eine solche bestehen kann.

a) Das Gesetz bestimmt nichts über den Einfluss der Einwilligung des Verletzten auf die Entstehung der Ersatzverbindlichkeit. Liesse sich eine durchschlagende Lösung finden, so wäre beim Streite der Meinungen ein Ausfüllen der Lücke zu wünschen. Eine solche Abhilfe bietet sich aber nicht. Allerdings, einfach wäre es, wenn jene Zustimmung die Rechtswidrigkeit stets ausschlösse, wenn man (mit W. Burckhardt S. 245 fg., B. G. 25<sup>2</sup> S. 624 Erw. 3 und B. G. B. Entw. I 706) die civilistische Allgemeingültigkeit des Satzes „volenti non fit injuria“ gegenüber den mittelbar und unmittelbar Geschädigten verfechten dürfte. Das Einfachste ist aber hier wieder einmal nicht auch das Beste. Gewiss, in den verschiedenen Rechtsdisciplinen braucht die Antwort nicht durchweg einheitlich zu lauten und für ihre Lösung im Gebiete des Civilrechts sind wir nicht an die positiven Satzungen des Strafrechts gebunden. Aber sollte die in seinem Gebiete so mühsam erkämpfte Errungenschaft, dass nicht alles über denselben Leist zu schlagen sei, sondern über Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung entscheiden müsse die abstrakt und konkret, nach seinem Wert einmal an sich dann aber auch angesichts des Einzelfalls zu bemessende Veräußerlichkeit oder Unveräußerlichkeit des in Frage stehenden Rechtsgutes, das Mass also, in dem seinem Träger allgemein wie in Betracht des Einzelfalls die Verfügungsgewalt darüber eingeräumt oder versagt ist — sollte diese fürs Strafrecht

erreichte Einsicht wirklich für das privatrechtliche Gebiet unverwertbar und unfruchtbar sein? Man wende nicht ein, nichts verwehre, allgemein auf Schadensersatzansprüche zu verzichten. Nachträglich, nach Entstehung des Anspruchs, ja, aber doch nur, soweit eine Erklärung des Berechtigten über seinen und seiner Rechtsnachfolger Anspruch in Frage steht; auf Ansprüche selbständiger Drittberechtigter können nur diese selber verzichten. Von vornherein dagegen, vor Entstehung des Ersatzanspruchs lässt sich nur innert bestimmter Schranken auf ihn verzichten, wie sie z. B. von Art. 17. 114. 115 O. R. gezogen sind, welche die Ungültigkeit nicht nur eines für eine unbestimmte Mehrzahl von Fällen sondern auch eines für den Spezialfall vereinbarten Haftungsverzichts anordnen. Dieselben Erwägungen, die hier zu einem Schutz des Einzelnen gegen seine eigenen Verfügungen geführt haben, weisen auch der Beantwortung unserer Frage die Richtung. Nur soweit sich ohne Verletzung bestimmter Rechtsnormen oder der guten Sitte durch Rechtsgeschäft über die eigene Rechtssphäre verfügen lässt, reicht auch im Schadensersatzrecht der Einfluss der Einwilligung des Beschädigten auf die Rechtswidrigkeit. So einfach nun aber dieses Prinzip klingt, so schwierig ist seine praktische Durchführung. Und mit jenem Satze allein ist die Frage nicht erledigt. Auch wo sie die Rechtswidrigkeit nicht aufhebt, kann die Einwilligung doch in anderer Richtung bedeutsam sein; sie kann im Täter einen Irrtum erregen, der ein Verschulden ausschliesst, sie kann als Selbstverschulden oder nach Art. 51 Abs. 2 als Mitverschulden des Beklagten die Ersatzpflicht aufheben oder mindern, sie kann ferner als ein bei Bemessung der Grösse des Ersatzes nach Art. 51 Abs. 1 zu würdigender „Umstand“ individualisierend in Betracht gezogen werden. Endlich bietet noch die Frage Schwierigkeiten, ob eine wirksame Einwilligung des unmittelbar Verletzten den Ersatzansprüchen nicht oder nicht wirksam einwilligender mittelbar Verletzter entgegengehalten werden könne, eine Frage, die sich zwar schwerlich für das Gebiet des Art. 50 aufwerfen lässt, der jene Unterscheidung nicht kennt, wohl aber vielleicht für die Sondervorschriften der Art. 52 und 54

mit ihren beschränkten weil zum Teil auf sehr problematischer Grundlage aufgebauten Schadenskategorien. Die hier anerkannten Drittansprüche, lässt sich behaupten, sind nur Nebenwirkungen der gegen den unmittelbar Verletzten begangenen unerlaubten Handlung, nicht direkte Wirkungen eines gegen die anspruchsberechtigten Dritten verübten Delikts, daher davon abhängig, dass dem unmittelbar Verletzten gegenüber eine unerlaubte Handlung vorliegt; es sind also Widerrechtlichkeit und Verschulden des Schädigers, letzteres nach Dasein und Intensität, sowie die Wirkungen eines Verschuldens des unmittelbar Verletzten nach diesem Gesichtspunkt zu beurteilen. Dies zu entwirren, ist nicht Aufgabe vorliegender Ausführungen; es kam hier einzig darauf an, zu zeigen, dass unsere Frage zur Lösung durch eine einfache Norm ungeeignet ist und dass der Gesetzgeber sich daher besser beim bisherigen Schweigen resigniert und damit auf Wissenschaft und richterlichen Takt verweist.

Ist hier der verwinkelten Sachlage wegen mit Recht eine Einzelbestimmung unterblieben, so ist dagegen eine solche in Art. 56 bei klarer Sachlage unnötigerweise getroffen worden. Dass bei Notwehrschädigung keine Ersatzpflicht besteht, brauchte nur dann besonders gesagt zu werden, wenn das Gesetz nicht bloss bei widerrechtlicher, sondern in dem oder jenem Umfange prinzipiell auch bei rechtmässiger Schädigung Ersatz auferlegt hätte. So aber folgt die Ersatzfreiheit schon aus Art. 50. Sie besteht nicht, wie die deutsche Fassung von Art. 56 im Gegensatz zur französischen theoretisierend (oder sollte es sich um eine Beweislastvorschrift handeln?) andeutet, deswegen, weil die Notwehrhandlung an sich widerrechtlich wäre, aber der menschlichen Unvollkommenheit in Gnaden verziehen würde, sondern sie ist als rechtsgemäss anerkannt, weil sie gegenüber dem widerrechtlichen Angreifer der Bewährung des Rechts und damit der Rechtsordnung selber dient, und weil sie in häufigen Fällen, nicht nur als Nothilfe, sondern oft auch zur Selbsterhaltung in dem was man ist und hat, vom Sittengebot direkt zur Pflicht erhoben sein kann. Schwerer als dieses Bedenken gegen Art. 56 dürfte Manchem

die praktische Befürchtung wiegen, jene Fassung könnte einen nicht ganz sattelfesten Richter zur irriegen Ausdehnung der Ersatzfreiheit auf die strafrechtlich entschuldigten Fälle der Notwehrüberschreitung verleiten, während doch hier eine objektive Rechtswidrigkeit vorliegt, deren normale Wirkung blos in Folge eines subjektiven Strafausschliessungsgrundes gehemmt wird. Hält man Art. 56 nicht für entbehrlich, so fasse man ihn also besser etwa der Art: „für eine durch Notwehr erlaubte Schädigung des Angreifers besteht keine Ersatzpflicht.“

b) Ueber den Notstand trifft unser Gesetz keine Bestimmung; ein Antrag, ihn zu erwähnen, soll mit der Begründung abgelehnt worden sein, er sei in der Notwehr mit inbegriffen. Demnach wären Notstandshandlungen ersatzfrei; ob alle, oder innert welcher Schranken? Nun sind aber doch beide Begriffe ganz verschiedene Grössen; jene Meinung, die im Gesetze selbst keine Verkörperung gefunden hat, ist daher unerheblich; aus dem Schweigen des Gesetzes ist vielmehr der Schluss zu ziehen, dass Ersatzpflicht besteht, wenn die Notstandshandlung zwar straffrei aber unrechtmässig ist; wie aber wenn sie rechtmässig ist? dass es solche Fälle gibt, haben uns von Tuhr, Unger, Merkel, M. Rümelin u. A. erwiesen; und hier würde nach geltendem Recht Ersatzfreiheit bestehen. Das ist nicht durchweg zu billigen; die berechtigte Geltendmachung des eigenen Interesses wird bei richtiger Abwägung mitunter doch nur gegen Ersatzpflicht als ihren Preis gestattet werden dürfen; er wird hier Schadensersatzpflicht trotz Fehlen der Widerrechtlichkeit einzutreten haben; wegen des überwiegenden Interesses des Gegners soll der Geschädigte zwar vorläufig, aber eben nicht definitiv den Schaden auf sich nehmen müssen, es hätte denn der Verlust ihn betroffen, „weil seine Sachen (ohne dass der Gegner die Gefahr verschuldet hat) in eine Lage gebracht worden sind, in denen sie dem Gegner Schaden bringen, sobald er sich nicht verteidigt.“ Nun möchte ja allerdings eingewendet werden, das ganze Kapitel des Notstandes sei zwar theoretisch hochinteressant, aber die Fälle wirklich unverschuldeten Notstandes

seien sehr selten, wenn man es mit der Exculpation streng nehme, und so bestehe kein praktisches Bedürfnis, die Frage zu regeln. Und gewiss schmecken manche landläufige Beispiele sehr nach der Schule. Mag aber auch jene Prämissen zutreffen, so doch nicht die Folgerung; diese seltenen Fälle sind meist wichtig genug. Uns scheint, die Abwägung der collidierenden Interessen, die B. G. B. für den defensiven wie den aggressiven Notstand in Art. 228. 904 schöpferisch vorgenommen hat, dürfte auch für uns im Prinzip vorbildlich sein. Das heisst: keine Rechtswidrigkeit und keine Schadensersatzpflicht, wenn ich fremde Sachen beschädige, um eine durch sie drohende Gefahr von mir oder einem Andern abzuwenden, aber dies nur unter der doppelten Voraussetzung, dass die Beschädigung zur Abwendung der Gefahr notwendig war und der Schaden nicht ausser Verhältnis zur Gefahr stund; Schadensersatzpflicht, wenn ich diese Gefahr verschuldet habe oder wenn eine jener Prämissen fehlt. Daneben aber auch der weitergehende Nothilfesatz: Einwirkung auf fremde Sachen ist rechtmässig, wenn sie zur Abwendung gegenwärtiger Gefahr notwendig, Abhilfe mit eigenen Mitteln also nicht möglich ist, und wenn der drohende Schaden unverhältnismässig grösser wäre als der durch die Einwirkung zugefügte, hier aber nur gegen Ersatzpflicht des Nothelfers (nicht des an der Notstandshandlung Interessierten, Bereicherungsansprüche vorbehalten). Nur dürfte bei der Nothilfe das Temperament geboten sein, dass die Gefahr unverschuldet sein muss und die Nothilfe nicht der guten Sitte widerstreiten darf, soll sie nicht missbilligenswerten Eingriffen in fremde Privatrechte rufen; es wird ferner Aufgabe der Revisionsredaktoren sein, jene beiden in B. G. B. zu Unrecht getrennten Sätze zu verschmelzen. Andern Fällen der Ersatzpflicht für rechtmässige Schadenszufügung nachzuforschen wäre verlockend (man vergl. z. B. die von v. Tuhr in Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. 16 S. 28 f. besprochene Aberration der richtig abgegebenen Erklärung), aber der beschränkte Raum befiehlt zur Frage überzugehen, die Manche wichtiger dünken mag, als die bisher erörterten, zu den andern Voraussetzungen deliktischer Haftung.

B. Das Culpaprinzip hat nie und nirgends allein geherrscht. Dagegen hat es im entwickelten römischen Recht und in den neuern Gesetzgebungen die Vorherrschaft gehabt, in diesen infolge Wegfalls einiger römischer Einrichtungen zum Teil noch mehr als dort; die Fälle objektiver Haftung, mögen sie in neuerer Zeit noch so sehr vermehrt worden sein, bilden ihm gegenüber zur Zeit noch die Minderzahl und insofern die Ausnahme. So auch bei uns. An der Spitze (Art. 50) steht die Regel der Verantwortlichkeit für jedes Verschulden, eine allgemeine *actio culpæ*; sie kehrt auch in mannigfachen Einzelanwendungen wieder (z. B. Art. 5, 23, 33; im Aktienrecht etc.). Art. 61, 62, 65 gehen weiter. Indem sie bei Schaden, den bestimmte Dritte, Menschen oder Tiere, anrichten, dem Verantwortlichen den Entlastungsbeweis auferlegen, treffen sie einen Kompromiss zwischen objektiver und subjektiver Haftung; prinzipiell objektive Haftung, aber mit Vorbehalt des Exceptionsbeweises der Bewährung bestimmter Diligenz. Endlich in Art. 67 für Schaden, den ein fehlerhaftes Werk anrichtet, Haftung des Eigentümers schlechthin ohne Möglichkeit der *Exculpation*, und ebenso richtiger Ansicht nach beim Scheitern des mit dem Pseudostellvertreter geschlossenen Vertrages (Art. 48, noch weitergehend Art. 821), um bloss aus dem O. R. ohne Berücksichtigung der einschlägigen Spezialgesetze Belege zu geben. Es fragt sich nun: soll es bei jener Vorherrschaft des subjektiven Haftungsmaßstabes verbleiben oder sind die casuistischen Fälle der objektiven Haftung zu vermehren? ist etwa gar im Gesetze selbst neben jenes Prinzip dieses oder jenes generelle objektive Haftungsprinzip oder vollends an Stelle der heutigen Regel eine einheitliche objektive Haftungsnorm zu setzen? Fassen wir den herrschenden Maßstab ins Auge. Er deckt bei der objektivierenden Bedeutung, die das römische Recht dem Culpabegriff gegeben hat, eine Fülle von Bedürfnissen. Ein Maßstab allerdings, bei welchem dem auf Schadensersatz Belangten individuelle Fahrlässigkeit, das heißt Nichtbetätigung von Kräften, die er seiner konkreten Anlage und Ausbildung nach zu prästieren fähig gewesen wäre, nachgewiesen werden müsste, wäre unprakti-

kabel; mit so unendlichen Mannigfaltigkeiten liesse sich nicht rechnen und messen. Aber es gilt ein Durchschnittsmasstab. In dem Typus des mit Unrecht so oft verspotteten diligens paterfamilias, wahrlich nicht eines Philisters noch eines Musterknaben, sondern eines tüchtigen Mannes, der Kopf und Herz am rechten Fleck hat, nichts unternimmt, dem er nicht gewachsen ist und in schwierigen Situationen klares Auge und ruhige Hand behält (der „good business man“ der Engländer ist zu spezifisch aufs kaufmännische zugeschnitten), in diesem abstrakten Typus, der doch keineswegs überall starr gleichmäßig derselbe ist, vielmehr je nach der Kategorie von Menschen, die man vor sich hat, und der Lage des Einzelfalls sich modifiziert, ist ein Begriff geschaffen, der Festigkeit und Schmiegsamkeit glücklich vereinigt. In der Regel soll es genügen, dass man diejenige Sorgfalt aufwendet, welche, wo sich verschiedene Interessensphären berühren, gesunder und normaler Weise betätigt und gefordert wird. Wer diesen Ansprüchen nach Intelligenz oder Kenntnissen oder Willensbestimmtheit nicht gewachsen ist, lasse die Hand vom Spiele; vorübergehende oder habituelle Zerstreutheit, wo Willenskonzentration nötig war, Mangel an technischen Fertigkeiten und Wissen, wo es dieser bedurfte, und momentane oder dauernde geistige Inferiorität, wenn sie nur nicht unter die Limite der Zurechnungsfähigkeit fällt, entschuldigen nicht; umgekehrt wird aber auch nicht ungewöhnliche Anspannung und überängstliches Bedenken, die bloss die erwünschte Aktivität hindern würden, gefordert. Nicht auf mehr noch weniger als ein gewisses normales Verhalten seiner Mitmenschen durfte der Verletzte zählen; blieb es aus, so kümmert das Warum das Civilrecht in der Regel nicht. Gerade dies verkennt der oft gehörte Vorwurf, es moralisiere mit seinem Culpaprinzip; nein, moralisches Werturteil und Durchschnittsmasstab wären unverträglich, die moralische Verantwortung kann im Gegensatz zur juristischen nur eine von Individuum zu Individuum und Moment zu Moment wechselnde sein. Bei der civilistischen Culpa aber ist der anscheinend so subjektive Begriff wegen des abstrakten Masstabes in Wahrheit relativ stark versach-

licht und ausgeglichen, so sehr, dass er dem Einzelnen gegenüber mitunter fatalistisch wirken kann; aber er stellt eben doch ab auf eine innere Causalität, mag sie auch eine Normalcausalität sein, und hebt damit den Menschen als vernunftbegabt aus der Sphäre der äussern Causalität anderer Naturgeschehnisse heraus; der Mensch kann oder soll wollen und wissen, und darum kann er haften, das ist Trost und Rechtfertigung; wollten wir uns ihrer zu Gunsten des Determinismus begeben, wozu dann noch das Recht mit seinem Appell an Motive? Die Schuld des Täters begründet eine plausible persönliche Beziehung zwischen Schaden und Haftung; die schwer erkämpfte Errungenschaft, die in der Hervorhebung des Schuld-moments liegt, ist, das hoffen wir, unverlierbar. Gewiss gibt es aussergewöhnliche Betätigungen und starke Wagnisse, die ihres überwiegenden Interesses wegen trotz ihrer gesteigerten Gefährdung fremder Güter erlaubt und vorwurfsfrei betrieben werden — *navigare necesse est, vivere non necesse est* — hier mag ein Mehreres verlangt werden, ein Herrscherblick und eine Treffsicherheit, die etwas genial Intuitives an sich tragen; fehlen sie oder gehen sie fehl, so mag Erfolgshaftung angezeigt sein; aber was dem Aussergewöhnlichen ansteht, passt nicht für die Regel des Lebens, das Gewöhnliche; hier ist die Haftung nach dem Culpamasstabe zutreffend zugeschnitten *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*, wie das Gesetz es nach Theophrasts Ausspruch sein soll.

Die Regel ist aber eben nicht allein mächtig, und wo sie übermächtig war, hat sie sich jenes Strecken und Zerren bis zum Krachen gefallen lassen müssen, das nach Carlyles Worten die traurigste Aufgabe der Uebergangszeiten ist. Schon die römischen Juristen haben kein Bedenken getragen, die Culpa mitunter zur blossen Fiktion zu verflüchtigen. Meister in derselben Kunst sind die Franzosen, die, wo Haftung nach Art. 1382 angezeigt erscheint, nie um eine „faute“ verlegen sind, und auf demselben Wege haben sich von den berühmten Münchner Eisenbahnenentscheiden und Jherings Culpa in contrahendo an so manche neue Haftungsgründe durchgerungen. Unter den Versuchen, ein einheitliches

allgemein gültiges Prinzip zu finden, steht das Postulat der Verursachungshaftung vorne an. Von ihm wie von andern Formulierungen gilt aber, was Feder richtig gesagt hat; das Alterprobte zeigt Mängel, gilt es aber Ersatz zu schaffen, so fallen Grössen, deren Brauchbarkeit noch nicht erprobt ist, in Betracht, und so ist es leichter, Prinzipien der Verantwortlichkeit umzustossen als aufzustellen. Gerade die Causalitätshaftung nun ist zwar häufig citiert aber selten begründet und noch seltener definiert worden. Bezeichnend ist, dass ihre beste Rechtfertigung die Waffen von der bekämpften Haftung für Schuld selbst hernimmt; der vom Schaden Betroffene sei doch noch weit unschuldiger als der Schadensstifter; wahrlich ein Verzicht darauf, auf eigenen Füssen zu stehen. Die historische Motivierung, sie sei im Gegensatz zum romanistischen Schuldprinzip deutsch-vaterländisches Recht, ist nicht nur nach den Quellen keineswegs unzweifelhaft, sie verschlägt vor Allem als sentimentale Begründung gar nichts in der Frage nach der besten Reglung unserer Bedürfnisse. Die Tatsache, dass eine Causalhaftung in höherem Masse als die Culpahhaftung eine positive Lösung des schwierigen Causalitätsproblems erfordert, ist trotz der Bestreitung von Unger, Kahane und G. Rümelin eben doch zuzugeben; aber beschränken wir auch die Causalität auf die adäquate Verursachung, so wird doch ihre unvermittelte Verbindung mit Schadensersatzpflicht nicht ohne Weiteres einleuchten, man wird immer wieder nach einem weitern Grund dieser Folge fragen, eine engere persönliche Beziehung des Täters zum Schaden suchen, und ein solcher Grund kann nur in dem so oder so gearteten Zweck dieser Verbindung zwischen Schaden und Haftung gefunden werden. So werden also in letzter Linie die hiebei ermittelten Grundsätze für die schärfere Haftung massgebend sein; ihr Produkt, das zu Erklärende dagegen ist nicht der Ursprung selber und treibendes Prinzip, es lässt sich nicht aus sich selber motivieren. Jene Haftungsgrundsätze nun, die neben das Schuldprinzip oder an seine Stelle treten sollen, sind in neuester Zeit Gegenstand mancher eingehenden und wertvollen Erörterungen gewesen. Der geistvoll ausgeführten These A. Merkels „jeder

hat die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen zu tragen“ hat Unger die Formulierung „eigenes Interesse eigene Gefahr, fremdes Interesse fremde Gefahr“ gegeben, während nach R. Merkels Prinzip des aktiven Interesses jeder für den Schaden aufzukommen hat, den er in Wahrnehmung eigener Interessen durch eine generell voraussehbare Verletzung fremder Interessen herbeiführte; M. Rümelin endlich hat unter oft treffender Kritik jener Formulierungen eine Gefährdungshaftung postuliert für Schädigungen, die sich ereignen bei Verfolgung solcher Interessen, die nur unter gesteigerter Gefährdung anderer verwirklicht werden können. So fruchtbbringend auch diese Versuche waren, erschöpfende und rechtlich allgemein massgebende Prinzipien haben sie doch nicht gefördert; G. Rümelin, Stammler, Mitteis u. A. haben dies dargetan. Stammler hat ihnen mit Recht entgegengehalten, sie wollten Leitmotive für Auslegung und analoge Anwendung bestehender Rechtsregeln und zugleich sachliche Rechtfertigung und Begründung jener Satzungen sein, sie schrieben sich also die Doppelfunktion zu, eine formale Zusammenfassung von geschichtlich gegebenem Rechtsinhalte zu liefern und gleichzeitig eine sachliche Begründung des so Zusammengefassten zu ermöglichen; ein Verfahren, das erinnere an die Auffassung der Romantik, wonach „der Volksgeist mit gespenstischer Kraft in wissenschaftlich unerforschbarem Walten gewisse Ueberzeugungen von dem was Recht ist im Volksbewusstsein hervorruft“, so dass dem Gesetzgeber lediglich die Aufgabe zukomme, dieses schon bestehende Naturrecht möglichst gut zu formulieren. Es ist aber auch zu einem „ex jure quod est regula fiat“ noch zu früh; zuerst gilt es das jus quod est zu schaffen. Bevor allgemeine Gründe der Verantwortlichkeit gewonnen werden können, wenn dies überhaupt möglich sein sollte, sind die einzelnen Fälle individualisierend in Rücksicht auf die Haftung von der Fülle der oft divergierenden juristischen und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte aus zu untersuchen, wobei sich ergeben wird, dass ohne Kompromisse und weitestes Ermessen nicht auszukommen ist; nur so lassen sich, wie Mitteis bemerkt, die für die Einzelfälle passen-

den Rechtssätze finden, und erst dann ist vielleicht die und jene Zusammenfassung möglich. Die Ausführungen, in denen Feder in seiner Preisschrift über die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden S. 5 fg. die vorbeugende und verteilende Doppelaufgabe des Schadensrechtes bespricht, verdienen hiebei volle Beachtung. Auch wir müssen uns, wie das B. G. B. es getan hat, noch bescheiden, lieber praktisch prinzipiös als unpraktisch prinzipiell zu verfahren; eine einfache Lösung des verwickelten Problems wäre, wenn sie, was wir bezweifeln, überhaupt möglich sein sollte, z. Zt. notwendig noch eine unreife. So kann es sich für uns nur darum handeln, die einzelnen Bestimmungen des bestehenden Rechtes, soweit revisionsbedürftig, zu prüfen und zu untersuchen, ob da und dort abweichende oder neue Haftungsprinzipien am Platze sind.

a) *Art. 57.*

Art. 57 lautet zu allgemein. Der, welcher infolge unmässiger geistiger oder körperlicher Ueberanstrengung vorübergehend geistes- oder fieberkrank oder Nachtwandler wird, der, welcher sich durch ausschweifenden Lebenswandel in ähnliche zeitweise Not versetzt hat, der, welcher sich bis zum Verluste der Motivationsfähigkeit berauschte und der, welcher sich als Medium zum Werkzeug fremden Willens degradieren liess, sie alle werden, wenn sie in dieser Phase der Zurechnungsunfähigkeit Schaden anrichten, gleichermassen haftbar erklärt. Bei dieser generellen Fassung fragt man sich: wozu dann die Unterscheidung zwischen vorübergehenden und bleibenden Zuständen? Praktisch besteht doch ein Haftungsbedürfnis bloss für die eklatanten Kausalzusammenhänge der zwei letzten Fälle, vorab des vorletzten; im Uebrigen soll Unverantwortlichkeit unter Vorbehalt des Ausnahme-Artikels 58 bestehen; sonst wälzen wir die Verschuldung und ihre Folgen allzuweit nach hinten und in alle Zukunft und urteilen auf Grund zweifelhafter Faktoren. Schränken wir also ein: „durch geistige Getränke oder andere Reizmittel oder durch Hypnose.“ Und reden wir im Anschluss an den Civilgesetzentwurf lieber von „natürlicher Handlungsunfähigkeit,“

statt, was ja nur pars pro toto ist, von „Bewusstlosigkeit.“ Auch ist der Culpabeweis nicht dem Geschädigten aufzubürden wie unsere Fassung es tut, vielmehr ist vom Täter Exculpation zu fordern, so dass die Beweislast so verteilt ist: wer durch eine prima facie schuldhafte Handlung den Schaden verursacht hat, muss der Klage gegenüber den seine Haftbarkeit ausschliessenden Zustand vorübergehender Zurechnungsunfähigkeit beweisen; tut dann Kläger dar, dass Beklagter diesen Zustand selbst herbeigeführt hat oder hat herbeiführen lassen, so wird Beklagter verurteilt, wenn er nicht beweist, dass er nicht im Verschulden war. Zutreffend dagegen und im Gegensatz zum B. G. B. hat O. R. nicht durchgängig Verantwortung bloss für Fahrlässigkeit statuiert. Es überlässt dem Richter, die für den Ersatzumfang wichtige Vorfrage zu lösen, ob die actio libera in causa als leicht, grob oder bewusst verschuldet zu taxieren ist; kein Zweifel, dass man Absicht annehmen darf und muss, wenn der Täter sich zum geplanten Mord bis zur Vernichtung aller Hemmnismotive Mut angetrunken hat.

*b) Art. 58.*

Die singuläre Ausnahmehaftung des zurechnungsunfähigen Schädigers, die nach richterlichem Ermessen ganz oder teilweise statuiert werden kann, wenn besondere Rücksichten der Billigkeit es erheischen, ist bekanntlich dem römischen und französischen Rechte fremd, aber von der Naturrechtsdoktrin des 18. Jahrhunderts aus ins preussische und österreichische Recht eingedrungen; diese Gesetzbücher haben, wie Pfaff nachwies, nichts neues damit erfunden, sondern gegenteils das von der Theorie und den Redaktoren prinzipiell als richtig anerkannte verklausuliert und abgeschwächt. Auch das Zürcher Recht und nun das B. G. B. haben diesen Satz, der freilich überall wieder im einzelnen modifiziert ist, aufgenommen. Sein Grund und seine Tragweite sind umstritten. Es ist bedeutsam, dass die Naturrechtsdoktrin hier, wie ja oft anderwärts, mit ihren aprioristischen Deduktionen bloss positiv germanische Rechtsgedanken gegenüber positiv römischen deckte. Ward doch in altdeutschen

Rechten vielfach der Schaden als objektiver Erfolg und direktes Ergebnis der Tat ohne weiteres dem Täter aufgebürdet, und zwar mit solch absoluter Indifferenz gegen innere Umstände und mangelnde Rechtswidrigkeit, dass auch dem Notwehrhandelnden und dem Zurechnungsunfähigen Ersatzpflicht oblag. Dieser historische Zusammenhang ist aber keine Erklärung, und bei der prinzipiell veränderten Stellungnahme jener Rechte zu den Haftungsregeln, d. h. angesichts der Vorherrschaft des Verschuldungsprinzips, erlitt ja auch unsere Ausnahmehaftung eine wichtige Modifikation. Das Einzige nämlich, was hier vom Culpaprinzip nachgelassen wird, ist die Zurechnungsfähigkeit. Die Handlung muss Delikt sein, wenn der Täter als zurechnungsfähig gedacht würde; es muss also gegeben sein einmal die Rechtswidrigkeit der Tat, dann bei Unterlassungen eine Pflicht zum Tun und vor allem eine Sachlage, die ein gleiches Gebahren eines Zurechnungsfähigen als verschuldet charakterisieren würde. Dies letztere ist besonders hervorzuheben, es gilt auch für unser Gesetz, obschon es darin keinen präzisen Ausdruck gefunden hat. Wenn es auch von Schaden spricht, den eine nicht zurechnungsfähige Person verursacht hat, so will es sie doch nicht stärker, sondern höchstens ebenso stark wie den Zurechnungsfähigen haftbar erklären; es verwendet den Ausdruck „verschuldet“ bloss deshalb nicht, weil Mangels Zurechnungsfähigkeit die innere Zurechenbarkeit von vornherein ausser Betracht fällt. Der Unzurechnungsfähige kann nie haftbar gemacht werden, wenn der Schaden, zu dem er Anlass gab, sich für einen Zurechnungsfähigen als unverschuldet darstellen würde. Wenn ein Kind auf der Strasse ausgleitet, in eine Montrescheibe fällt und die ausgestellten Waren beschädigt, wenn ein Geisteskranker, der normal um eine Strassenecke geht, von einem daherspringenden Kind angerannt wird, so dass dieses zu Fall kommt und sich verletzt, oder wenn ein Idiot im Schrecken über eine plötzliche Detonation eine Reflexbewegung macht und so an eine Eierfrau stösst, dass der Inhalt ihres Korbes in Trümmer geht, sind sie so wenig haftbar als ein Zurechnungsfähiger es wäre. Sie haften nicht schlechthin für Causalität, auch sie-

haften nur für Culpa unter Fiktion der Zurechnungsfähigkeit. Diese Feststellung wird uns von Wert sein bei Erörterung der Meinung, Art. 58 dränge weiter zu einer Statuierung der Verantwortlichkeit Zurechnungsfähiger bei mangelndem Verschulden wegen mangelnder konkreter Zurechenbarkeit; vorgängig ist aber nach den Gründen dieses Einbruchs ins Prinzip zu forschen, dass zur Verantwortung für eigenes Tun und Lassen Zurechnungsfähigkeit erforderlich sei, eines Prinzips, das ja auch bei Causalhaftung gleicherweise aufgestellt werden könnte. Bluntschli hat im Anschluss ans österreichische Gesetzbuch den Satz mit dem „richesse oblige“ motiviert in der nicht eben glücklichen Wendung, für den Staat bestehe ein soziales Gebot, die wirtschaftlich Schwachen zu schützen; dieses Gebot sei auch im Privatrecht durchzuführen. Warum dann auf Kosten des Täters? Wäre es dann nicht, wie M. Rümelin bemerkt, noch viel mehr angezeigt, den Betroffenen von staatswegen voll zu entschädigen und die Mittel hiefür durch Steuern aufzubringen? Es hat der Einsicht in die Ratio unserer Bestimmung nur geschadet, dass immer wieder mit krassen Beispielen operiert wird. Wenn Gierke die Empörung des allgemeinen Rechtsgefühls geltend macht, falls keine Schadensersatzpflicht bestünde für den Millionär, der in einem Wahnsinnsanfall oder einem nicht selbstverschuldeten Rausch die Habe einer armen Familie zerstört, oder für den reichen Knaben, der ohne Einsicht in die Gefährlichkeit der Schiesswaffen auf die Jagd geht und einen Holzhauer verwundet, so kann man erwidern, dass das Rechtsgefühl selten in den Fall kommen wird, sich über derlei zu empören, weil es selten genug vorkommen, und wenn geschehen, noch seltener zu Streit führen wird, so dass man, handelte es sich nur um dergleichen Extreme, wahrlich sagen könnte: quae semel aut bis accidunt *παραβαινούσιν οἱ νομοθέται*, ganz abgesehen davon, dass, wie Unger bemerkt, das Rechtsgefühl ein dunkles Element und das von ihm diktierte Urteil leicht ein anticipated Urteil, eine Judikatur des Unbewussten ist. Gewiss spielt die Tragfähigkeit mit eine Rolle; zunächst ist sie aber doch nur Schadensverteilungs- (Art. 51), nicht oder doch nicht allein

(Art. 55) ausreichender Schadenshaftungsgrund. Unger selbst, der früher diese Haftung abgelehnt hatte und blos einem allfälligen gesetzlichen Vertreter des Zurechnungsunfähigen den Ausgleich eines solchen Schadens als Pietäts- und Humanitätspflicht gestatten wollte (wobei also nicht vertretene Täter besser weggekommen wären!), hat später allzu ausschliesslich jene Erklärung vertreten und den Satz formuliert, Armut und Reichtum seien hier gewissermassen zu Rechtskategorien erhoben. Zum Teil ja, aber nicht allein. Andere haben sich hiebei mit Recht nicht beruhigt. So hat Jung den Gesichtspunkt hervorgehoben, als Correlat des Vorzugsrechts, dass bei Zurechnungsunfähigen trotz Fehlens eines rechtserwerbenden und rechtsbehauptenden Willens subjektive Rechte erworben werden könnten und als vorhanden angenommen und geschützt würden, müsse dieser Rechtskreis, den andere nicht verletzen dürfen, auch verantwortlich gemacht werden für die Verletzungen, die andere Rechtskreise durch ihn erleiden; er hat darum die Verweisung dieser Haftung zu den Regeln über Zurechnungsfähigkeit postuliert. Dieser Anwendung des Zusammenhangs von *commodum* und *periculum* liegt aber doch eine Verwischung von Rechts- und Handlungsfähigkeit zu Grunde. Mehr Gewicht hat die Erklärung Sjörgrens vom Gesichtspunkt der Interessenabwägung und Gefährdungshaftung aus: für das Kind und den Geisteskranken sei es von Vorteil, nicht so intensiv der Freiheit beraubt zu werden, dass jede Schadensstiftung ausgeschlossen sei; die Gefährdung Dritter, welche diese Berücksichtigung ihres Interesses an relativer Bewegungsfreiheit zur Folge habe, müssten sie als Kosten der Geltendmachung ihres Interesses tragen. Nur scheitert diese Erklärung an den Fällen plötzlich ausbrechender Geisteskrankheit oder vorübergehender unverschuldeter Sinnesstörungen, wo ein vorheriges Unschädlichmachen durch Einsperren ja nicht möglich gewesen wäre. Richtig aber ist die Hervorhebung des Gefährdungsmoments. Und nicht ohne Gewicht, wenn auch fatalistisch — aber ist nicht auch der civilrechtliche Culpabegriff für den Haftbaren mitunter ein Fatum? — ist Strohals und M. Rümelins Bemerkung, es sei ein Grundgesetz

des menschlichen Daseins, dass jeder das Individuum sei, das er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Daseins, dass jeder von dem Nutzen und Leiden trage, was Ausfluss seiner Individualität sei; wenn jeder hafte für seine Bosheit, seinen Leichtsinn, seine Unerfahrenheit, seine unzureichende Intelligenz und sein Ungeschick, warum sollte es dann schlecht-hin unstatthaft sein, jemanden auch für den Schaden haftbar zu machen, den er einem andern vermöge der sonstigen An-lage seiner Individualität zugefügt habe, warum sollte die beim Zurechnungsunfähigen ebenfalls vorhandene Abweichung vom Typus des diligens paterfamilias nicht auch zum Haf-tungsgrund erhoben werden? Wenn G. Rümelin dagegen gel-tend macht: das Recht nehme die Tatsache, dass sich auf seinem Gebiete aus der Beschaffenheit des Einzelnen Vor- und Nachteile ergeben, mehr hin als dass sie wie hier durch speziellen Rechtssatz herbeiführe, vielmehr stehe eine Aus-dehnung des Culpabegriffs hier in Frage, so dass völlig des Bewusstseins entbehrende Zurechnungsunfähige nie haftbar ge-macht werden könnten, so schränkt er damit das Gesetz un-zutreffend ein und trägt er der Tatsache nicht Rechnung, dass auch mit Aufstellung des Culpabegriffs das Recht jene Unter-schiede zu rechtlich relevanten macht. Stammler endlich be-tont nicht ohne Anklang an Ungers frühern Standpunkt, die Ersatzpflicht sei hier darum und soweit angemessen, als der Zurechnungsunfähige sie anerkennen würde, wenn er objektiv richtig, im Sinne des sozialen Ideals, die Sachlage überschaute und beurteilte. Aber wenn dem ethisch Denkenden jede na-turalis zur civilis obligatio wird, soll sich dann das Recht für alle Rechtsgenossen auf diesen Standpunkt stellen? Genug, wir haben diese Haftung und niemand wird ihre Beseitigung verlangen, eben weil wir empfinden, dass solche Zustände Dritte sehr erheblich gefährden können, ohne dass doch in der Regel des Lebens mit dieser Gefahr gerechnet zu werden braucht. Auch ist gewiss richtig, dass sie nach Dasein und Umfang ins weiteste richterliche Ermessen gestellt ist. Die Billigkeit, auf die O. R. abstellt, liegt z. B. dann vor, wenn das verletzte Interesse ein erhebliches ist, wenn ferner der Ver-

letzte nicht anderweitig, wäre dies auch sonst res inter alios acta und eine Vorteilsanrechnung seitens des Haftbaren ausgeschlossen, Ersatz des Schadens erlangt oder erlangen kann z. B. durch Versicherung oder seitens des Aufsichtspflichtigen (B. G. 26<sup>2</sup> S. 326 fg.); sie entfällt, wenn der Verletzte, etwa die benachteiligte Versicherungsgesellschaft, mit der Eventualität des Schadens rechnen musste und bloss sein Ausbleiben erhoffte; sie ist gegeben, das hebt das österreichische Recht besonders hervor, wenn der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterliess, und endlich liegt sie nicht oder nicht voll vor, wenn die Haftung den Täter besonders schwer treffen würde, während der Verletzte unter ihrem Wegfall weniger schwer leidet, ein Faktor, den jenes Urteil des B. G. und auch B. G. B. wohl zu einseitig hervorhebt.

Verfolgt man nun Art. 58 in seine Konsequenzen, so wird vorab eine Erörterung der früher schon aufgeworfenen Frage notwendig, ob eine Berufung auf Selbst- oder Mitverschulden des Verletzten nicht unter Umständen und wo die Billigkeit es erheischt, auch dann zuzulassen ist, wenn abgesehen von der mangelnden Zurechnungsfähigkeit des Verletzten jener Tatbestand gegeben wäre? Art. 51 Abs. 2 gestattet dies nicht. Er muss aber logischerweise eine Erweiterung im Sinne des Art. 58 erfahren. Ein Fuhrwerk fährt in zu schnellem Tempo oder nachts ohne Laterne über die Strasse und verkarrt ein Kind, das unvorsichtig um die Ecke rennt, oder einen schuldlos Betrunkenen, der die Strasse für sein Bett gehalten hat; ein Geisteskranker entspringt aus der Anstalt, legt sich nachts auf die Schienen und wird vom Zug zerschnitten. Die deutsche Praxis verneint die Haftbefreiung; bekanntlich ist die Frage fürs Eisenbahnhaftpflichtgesetz häufig wichtig gewesen; hier haben auch unsere Gerichte ähnlich entschieden. Diese Ansicht mag vielleicht noch erträglich erscheinen, wo die Haftung auf Culpa beruht; wo objektive Haftung in Frage steht, ist sie unbillig; mit dem bedenklichen Auskunftsmittel der höheren Gewalt ist in der Regel nicht auszukommen. Und so wäre Art. 51 Abs. 2 durch eine Bestimmung etwa des Inhaltes zu ergänzen: „Aus Rücksichten der Billigkeit kann in gleicher

Weise behandelt werden ein Verhalten eines zurechnungsunfähigen Beschädigten, das bei einer zurechnungsfähigen Person ein verschuldetes wäre.“ Nebenbei: kann der Haftbare eine Einrede aus Selbst- oder Mitverschulden eines Dritten, z. B. eines fehlbaren Aufsichtspflichtigen herleiten? Nach Art. 51 Abs. 2 nicht. Wenn ein kleines Kind unbeaufsichtigt über die Strasse läuft und von einem Pferd geschlagen wird oder in des Nachbars Jauchegrube fällt, wenn es, weil seine Eltern nicht aufpassen, sich im Tram die Finger klemmt, kann nach manchen keine Einrede *e culpa tertii* erhoben werden. Auch dies ist, wo objektive Haftung besteht, hart. Die englische Praxis identifiziert beide Teile, ihr gilt die Schuld des Aufsichtspflichtigen als Schuld des Aufsichtsbedürftigen, wie sie ja auch die Haftung für diese motiviert: *facit ipse qui facit per alium*. Und unser Bundesgericht ist in einem Fall, wo sogar nur Culpahhaftung in Frage stand, in analoger Anwendung von Art. 51 Abs. 2 und Art. 61 zu einer teilweisen Entlastung des Haftbaren wegen Verschuldens der Mutter des verletzten Kindes gelangt (B. G. 24<sup>2</sup> S. 213 fg.). So dürfte es überflüssig sein, eine besondere bezügliche Norm ins Gesetz aufzunehmen.

Nun aber zu der obenerwähnten Frage: drängt Art. 58 nicht in anderer Richtung weiter? Wenn Entschädigungspflicht eintreten kann, obschon die Zurechnungsunfähigkeit des Täters die Erörterung, ob er verschuldet gehandelt, a limine ausschliesst, muss dann nicht dasselbe gelten, wenn bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit die Zurechenbarkeit in concreto deshalb fehlt, weil dem Urheber nach Lage der Dinge kein Verschulden zur Last fällt? Unger u. a. haben dies bejaht. De lege lata aber ist diese Konsequenz nicht gezogen, diesbezügliche Anträge sind sowohl bei Beratung des O. R. als des B. G. B. abgelehnt worden. Dass sie logisch aus Art. 58 folgern, würde sich höchstens dann behaupten lassen, wenn nur einzelne der vielen dort massgebenden Gründe in Betracht fielen, wie z. B. die Tragfähigkeit, oder wenn man allgemein bloss auf soziale Billigkeits- und Zweckmässigkeitsrücksichten hinzuweisen brauchte, oder das richtige Handeln nach sozialem

Ideal als Norm aufstellen dürfte. Was uns beim Vergleiche fehlt, ist, dass die beim Zurechnungsunfähigen kraft seines Zustandes oft gegebene erhöhte Gefährdung, auf die sich der Verkehr als auf etwas aussergewöhnliches nicht zuschneiden kann, bei der schuldlosen Handlung des Zurechnungsfähigen, weil sie ein Faktor ist, mit dem der Verkehr rechnet, nicht im selben Masse vorliegt. Wo sie vorhanden ist, wird sich zunächst fragen, ob ihr nicht in engerer Begrenzung beizukommen ist, eine Frage, deren Erörterung erst nach Besprechung von Art. 61—68 tunlich sein dürfte. Hat sich bis dahin nichts besseres ergeben, so wird sich vielleicht, trotz der grossen Freiheit richterlichen Ermessens, dann die Fassung des E. II 752 B. G. B. empfehlen: „Wer für einen von ihm verursachten Schaden deshalb nicht verantwortlich ist, weil ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, hat gleichwohl den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert.“ Jedenfalls ist dies prima facie klarer als was Jung ungefähr mit den Worten vorschlägt: „Jeder nicht nur auf Naturereignisse, sondern irgendwie auf Handlungen eines Rechtssubjekts zurückführbare, in der Vermögenssphäre eines anderen Rechtssubjekts verursachte Schaden soll seinen objektiven Ausgleich finden, wenn die persönliche Beziehung jenes Rechtssubjekts zu der Entstehung des Schadens eine derartige ist, dass unter Berücksichtigung menschlicher Fähigkeiten und der Notwendigkeit der Bewegung und des Verkehrs der Erfolg ihm gerechterweise zugerechnet werden kann“ — ein Satz, den ein Kenner der modernen Schadensersatzliteratur verstehen kann, aber sonst niemand. Wie gesagt, vorerst wird zu untersuchen sein, ob sich nicht bestimmte Rechtsgründe für solche Ausnahmehaftung und persönliche Beziehung, die doch nicht Schuld ist, eruieren lassen.

*c) Art. 61—63. 115.*

Nach römischem Rechte stand man prinzipiell nur für eigene Schuld ein, nicht für fremde; fremde Schuld ist für andere Zufall, und für Zufall wird in der Regel nicht gehaftet.

Wo scheinbar Haftung für fremde Schuld eintrat, war es in Wahrheit Haftung für eigene kausale Schuld, ein Einstehen nicht für andere, sondern für sich selbst, für mangelhafte Auswahl, Instruktion, Ueberwachung, Ausrüstung, für unterbliebene oder ungenügende Schadenspräventionsvorkehren, wobei freilich die culpa oft gewaltsam gestreckt wurde. Für eigene Schuld haftete auch, wer bei Auftrag, Dienst- und Werkvertrag, falls persönliche Ausführung vereinbart war, oder wo dies sonst zutreffen mochte, andere substituierte; sein unbedingtes Einstehen für sie entsprang jenem schuldhafthen Verstoss gegen die Abrede. Dieses Einstehen nur für eigene Culpa deckte die damaligen Bedürfnisse um so eher, als man im Betriebe aussergewöhnlich gefährdender Anlagen nach dem Stande der damaligen Technik leicht eine Culpa finden konnte. Zudem aber war in praktisch erheblichen Ausnahmefällen die Haftung eine gesteigerte. Neben dem interdictum quod vi aut clam, dessen Grundsätze die modernen Rechte allzu vorschnell preisgegeben haben, sei namentlich an die alte Regel des Zusammenhangs von Hausherrschaft und Haftung erinnert, wie sie in der cautio damni infecti einerseits, den Noxalhaftungen andererseits verschieden realisiert zu Tage tritt. Wer im Hause herrscht, vertritt es nach aussen und muss, soll er nicht der Herrschaft über den Täter verlustig gehen, den Schaden bessern, den Land, Haus und Hausgenossen Dritten zugefügt haben. Die praktische Tragweite dieser Bestimmung leuchtet ein, wenn man bedenkt, dass Angestellte und Arbeiter zumeist freie oder unfreie Hausuntertänige waren, es wird aber auch klar, welche Lücke hier klaffte, als Justinian die Noxalhaftung für Haussohne abschaffte, vollends aber, als später die Sklaverei in Wegfall kam. Dazu dann die strenge, keine Exculpation und keine noxae datio zulassende Haftung der Schiffer und Wirte und vorab der Publikanen-Associationen, jener Grossunternehmer des Altertums, für Gewalttaten, Sachbeschädigungen und Diebstähle ihrer Sklaven und Angestellten; das gemeine Recht wusste sich leider gerade die letztere so wichtige Bestimmung nicht dienstbar zu machen. Für Sicherheit des

Strassenverkehrs sorgte die *actio de effusis et dejectis* und die Haftung für *posita et suspensa* mit ihrer scharfen Verantwortung des Hausbewohners für Schäden, an denen er völlig unschuldig sein mochte, ja für blosse noch gar nicht in Wirkung getretene Gefährdungen. Im Kontraktsgebiet sodann die Steigerung der Haftung der Wirte, Schiffer und *horearii* gegenüber ihren Kunden, die adjektizische Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden seiner Institutoren und Quasiinstitutoren in Eingehung und Ausführung der im Bereiche ihrer Vollmacht liegenden Geschäfte, endlich die Verantwortung des *conductor operis* für Verschulden seiner Angestellten und Gehilfen in Ausführung der Werkverdingung. Die einzige schöpferische Tat des gemeinen Rechtes gegenüber jenem wahrlich an entwicklungsfähigen Keimen reichen Rechte war die Ausdehnung dieses letzten Satzes auf alle Fälle, wo vertraglich die Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses übernommen wird (Reichsgericht 33 S. 169 fg.), etwa mit dem Notbehelf der Annahme eines stillschweigenden Garantiever sprechens; im übrigen verengte sich mit der Ausbildung der direkten Stellvertretung und den vorhin erwähnten Wandlungen die Haftung für fremdes Verschulden in unerträglicher Weise, unerträglich um so mehr, als die gesteigerte Ausbildung der Technik und des Verkehrs die Schadensfälle stark vermehrte und andererseits die wachsende Komplikation der Betriebe dem Geschädigten den Schuldbeweis erschwerte, dem Haftbaren die Schuldbefreiung erleichterte. Bei den Grossbetrieben, die mehr und mehr in die Hand von Verbandspersonen kamen, gesellten sich die Nachteile der unleidlichen Theorie hinzu, die juristische Person könne nie in *culpa* sein, ihre Organe seien ihre Stellvertreter, culposes Handeln derselben liege nicht im Bereiche ihrer Vollmacht und vermöge so wenig als das der Angestellten und Arbeiter eine Haftbarkeit des Geschäftsherrn zu begründen. Alles Zustände, aus denen sich leicht Haftungsbefreiung gerade da ergab, wo Haftung besonders angezeigt gewesen wäre, und die eine Privilegierung des Grossunternehmers gegenüber dem Kleinunternehmer herbeiführten. Man tut gut, diesen Rückblick

vorzunehmen, will man das seitdem Gewordene verstehen und kritisch beherrschen. Auch hier haben die mannigfachen Momente und Erwägungen einen Tummelplatz gefunden, die in neuerer Zeit für ein Hinausgehen über Culpahhaftung geltend gemacht worden sind, wie: eigenes Interesse, eigene Gefahr; jeder soll die Kosten seiner Unternehmung und die Wahrnehmung seiner Interessen als Betriebspassiva selber tragen; wer den Vorteil hat, muss auch einen von seiner Erlangung unzertrennlichen Nachteil auf sich nehmen; Genuss und Haftung gehen parallel; Interessen, die andere gefährden, dürfen wahrgenommen werden, aber nur gegen Ersatzpflicht für Schaden, der aus den Betriebsgefahren resultiert, und als solche Gefährde stellt sich die Benützung von Hilfspersonen im Betrieb insofern dar, als bei eigenhändiger Vornahme aller Betriebshandlungen die Verletzung fremder Interessen durch Anwendung der erforderlichen Sorgfalt häufig vermieden werden könnte (gewiss, dann wäre eben oft der Betrieb überhaupt nicht möglich), während man seine Gehilfen nicht so in der Hand hat, wie sich selbst; qui facit per alium facit per se u. s. w. Wie viel Schiefes bei solchen allgemeinen Motivierungen unterläuft, braucht nicht betont zu werden; bei der einlässlichen Erörterung unserer Frage am 17. und 18. deutschen Juristentage schon hat Leonhard in seinem skeptisch-negativen Gutachten einiges davon ins richtige Licht gestellt und Otto Mayer fein ausgeführt, wie solche Regeln und Fiktionen weiter führen, als beabsichtigt war, und wie darum, wollen wir nicht, wie die Franzosen, bloss grosse Linien ziehen und ihr Ausfüllen dem Richter überlassen, die Ordnung der Frage in lex generalis und specialis eine casuistisch-komplizierte werden muss. Auch G. Rümelin hat treffend darauf hingewiesen, dass Geltendmachung von Interessen und Gefährdung wahrlich beidseitig in selbem Masse vorliegen können, dass dagegen allerdings der Präventionsgesichtspunkt (und fügen wir bei: der der Tragfähigkeit) in der Ordnung unserer Frage eine entscheidende Rolle spielt.

Während nun das englisch-nordamerikanische und das französische Recht schon lange zu generellen, im kontraktlichen

wie ausserkontraktlichen Verkehr gleichermassen geltenden Haftungsprinzipien für fremde Schadensstiftung gelangt sind, ist in Ländern deutscher Sprache erst in neuerer Zeit eine schärfere Haftung ausgebildet worden und zwar verschieden für die kontraktliche Erfüllung und das ausserkontraktliche Gebiet. So auch in unserem Recht. Bevor wir aber auf diese Regelungen eintreten, ist ein rascher Blick auf die Sonderstellung zu werfen, die es den Juristischen Personen anweist.

Das Bundesgericht wendet die generelle Norm des Art. 50 nur auf physische Personen an, juristische Personen seien, weil deliktsunfähig, nur nach den Spezialartikeln haftbar (10 S. 382 Erw. 3; 16 S. 812). In der Tat geht das Gesetz von der Fiktionstheorie und demgemäß von dieser Ansicht aus: es führt sie aber utilitatis causa nicht konsequent durch. Die juristische Person, die Eigentümerin eines Tieres ist, haftet, ob-schon Art. 65 sie nicht erwähnt, für Schaden, den es anrichtet, wenn sie nicht den Nachweis der erforderlichen Sorgfalt erbringen kann. Nimmt man es mit der Deliktsfähigkeit genau, so würde dieser Gegenbeweis stets scheitern; aus demselben Grunde, aus dem ein Verschulden der juristischen Person ausgeschlossen ist, würde auch eine Diligenz derselben un-denkbar sein; freilich wird die Praxis sich hüten, diese logisch unabweisbare Konsequenz zu ziehen (B. G. 27<sup>2</sup> S. 227 fg.). In Art. 62 und 115 sodann wird die gewerbetreibende juristische Person haftbar erklärt, dort für den Schaden, den ihre Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, hier für das Verschulden ihrer Vertreter (d. h. Organe), Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen, und dort wird ihr ausdrücklich der Entlastungsbeweis offen gehalten, dass sie alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten; dieselbe praktisch unabweisbare logische Inkonsequenz wie oben. Für eine einlässliche Besprechung des viel erörterten Problems der Deliktsfähigkeit juristischer Personen ist nun hier kein Raum. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass neben den Art. 71. 75 des Civilgesetzvorent-

wurfs jene Spezialerwähnung in Art. 62 und 115 nicht mehr bestehen kann. Jener Entwurf steht deutlich auf dem Boden der Organtheorie; die Organe sind nicht Vertreter, sondern Willensbildner und Willensverkünder, Werkzeuge der Willenserklärungen der juristischen Person selber: sobald sie nur als Organ, „in Ausübung ihres Amtes“, nicht als Individuen, rechtsgeschäftlich oder ausserrechtsgeschäftlich handeln, handelt die juristische Person selber. Damit wird Art. 50 auch auf sie anwendbar, und es entfällt der Anlass, über die Haftung für Angestellte, Gehilfen u. s. w. neben den für physische Personen geltenden Regeln noch besonderes zu bestimmen. Art. 62 Abs. 2 und Art. 115 Abs. 1 Satz 2 sind demnach zu streichen.

Fassen wir nun zunächst die Deliktshaftung für fremdes Verschulden, wie Art. 61 und 62 sie normieren, ins Auge. In Abweichung von Art. 50 legen sie nicht dem beschädigten Kläger den Schuldbeweis, sondern, wenn die anderen Haftungsvoraussetzungen feststehen, dem Beklagten den Exculpationsbeweis auf. Beim ersten Blicke scheint es, als ob auch hier reines Schuldprinzip gelte, als ob nur die prozessuale Situation der Parteien verschoben sei, nicht auch die materiellen Voraussetzungen des Anspruchs. Die Umkehr der Beweislast bewirkt aber im Effekt mehr als eine blosse Ermöglichung der Haftbarmachung Schuldiger; sie kann auch zur Verantwortlichkeit Unschuldiger führen. Sie greift auch nicht bloss dann ein, wenn ein Beweisnotstand vorliegt; sie gilt schlechthin, gleichviel, ob Kläger in oder ausser Stande ist, die Schuld zu erweisen. Und so steckt in Wahrheit ein anderes treibendes Prinzip oder mehrere unter der Maske des Schuldprinzips; der Exculpationsbeweis wird zum Exceptionsbeweis, und es wird sich fragen, ob dieser nicht da und dort ganz auszumerzen sei.

*Art. 61* bedarf angesichts der reichen Praxis und Bieders trefflicher Ausführungen keiner Erläuterung. Es ist wohl die Schwierigkeit der Bestimmung, welche Personen der häuslichen Aufsicht bedürfen, gewesen, die den Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuches veranlasst hat, im Familienrechte Art. 359 eine Norm aufzustellen, die Art. 61 z. T. ersetzen

soll. Ihre Beratung ist von der Expertenkommission der Spezialkommission fürs Obligationenrecht zugewiesen worden. Art. 359 erklärt das Familienhaupt, sofern es nicht den Exceptionsbeweis des Art. 61 erbringt, für den Schaden verantwortlich, den ein unmündiger oder entmündigter Hausgenosse verursacht; ebenso für Schaden, der aus dem Zustande eines geisteskranken oder geistesschwachen Hausgenossen ihm selbst oder Dritten Mangels genügender Vorsorge erwächst. Wir vermögen die Notwendigkeit dieses neuen Artikels, soweit Schaden Dritter in Frage steht, nicht einzusehen. Bei der zweiten Kategorie geht die Fassung weiter als beabsichtigt sein dürfte; in der ersten schiesst die generelle Erwähnung aller, gleichviel warum (z. B. wegen Verschwendungen) entmündigten Hausgenossen übers Ziel; andererseits zieht die nähere Präzierung der Personen, für die einzustehen ist, der Würdigung des Einzelfalls zu enge Schranken, ein Bedenken, das auch gegen B. G. B. 832 walten, wenn schon hier nicht so stark als dort. Es lassen sich Fälle denken, wo die Situation eine häusliche Aufsicht auch über nicht entmündigte und nicht geisteskranke Erwachsene erheischt, z. B. über trunksüchtige oder zu sonstigen Excessen geneigte Hausgenossen, Strafgefangene, Kranke, Soldaten in der Kaserne u. dergl.; wir möchten die Möglichkeit, hier auf Art. 61 zu greifen, nicht abschneiden. Andererseits dürfte B. G. B. 832 zu weit gehen, wenn es an jede Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, nicht wie bei uns nur der häuslichen, also z. B. auch an die des Vormunds, Pflegers, Lehrherrn direkte Haftung anknüpft. Das Wort „rechtlich“, mit dem unser deutscher Text die Verpflichtung zur Aufsicht präzisiert, wäre im französischen Text richtig mit „juridiquement“ wiederzugeben; die jetzige Fassung „légale-ment“ ist zu eng; nicht bloss gesetzliche, auch rechtsgeschäftliche Aufsichtspflichten fallen hier in Betracht. Dass der Schaden von dem, für den einzustehen ist, verschuldet sei, ist wie in Deutschland und Frankreich (anders freilich Reichsgericht 10 S. 288 fg.) auch bei uns nicht vorausgesetzt; Bieder hat dies, man sollte meinen, schlagend dargetan und Gysler hat ihn nicht widerlegt. Schon Art. 63 sollte dies ergeben,

der dem Haftpflichtigen den Rückgriff gegen den Täter nur gewährt, soweit dieser für seine Handlungen verantwortlich erklärt werden kann, was doch nicht nur auf den Gegensatz von vorhandener und fehlender Handlungsfähigkeit, sondern auch auf den von Schuld oder Nichtschuld innerhalb bestehender Handlungsfähigkeit hinweist, man vergleiche auch Art. 3 des Eisenbahnhhaftpflichtgesetzes; zudem wird in Art. 61 wie in Art. 62 deutlich von „Verursachen des Schadens,“ dagegen in Art. 115 von „Verschulden“ desselben durch den Dritten gesprochen, ähnlich wie im B. G. B., wo diese Kontroverse nun auch besteht, aber überwiegend in unserem Sinn entschieden wird. Bei wem der Schaden gestiftet sein müsse, damit die Haftung eintrete, sagt Art. 61 so wenig als Art. 62; gemeint kann aber doch nur sein ein Dritten und nicht ein vom Täter sich selbst oder gar dem Haftbaren zugefügter Schaden; diese weitere Auslegung würde zu absurd Konsequenzen führen. Dass endlich der Exculpationsbeweis zugelassen wird, man habe das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet, ist im Prinzip zu billigen; eine Vollhaftung wäre nicht gerechtfertigt, da die häusliche Gewalt nicht mehr die Intensität hat wie in alten Rechten, und schwerlich dürfte auch das Volksbewusstsein mehr fordern. Sogar das französische Recht kennt einen Befreiungsbeweis, freilich einen eng umschriebenen und von der Praxis noch mehr, fast bis zur Verunmöglichung eingeengten: *qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité.* Das Interesse der vorab in Betracht kommenden Personen, der Kinder und Geisteskranken (aber auch für andere trifft es zu) erfordert eine gewisse Bewegungsfreiheit, die leiden müsste, wäre die Haftungsbefreiung der Aufsichtspflichtigen zu sehr erschwert. Auch gegen die Fassung des Exceptionsbeweisthemas ist nichts einzuwenden; mit Recht ist sie eine weitere als bei Art. 62, indem sie auch auf die Uebung, nicht bloss auf das vom Verkehr Erforderte abstellt.

*Art. 62* können wir nicht ebenso uneingeschränkt gutheissen. Allerdings, der schlechthinige Ausschluss jedes Ex-

ceptionsbeweises, die durchgängige Indifferenz von Verschulden oder Nichtverschulden des Haftpflichtigen, die dem Code civil hier eigen sind, gehen zu weit. Zu weit geht auch B. G. B. 831, das prinzipiell auf unserem Boden fusst, aber bedenklich generalisierend von solchen spricht, die andere zu einer Verrichtung bestellen, während unser Art. 62 wie das französische Recht („les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés“) umgrenzt, aber nur noch weit enger als es, wenn er sagt: „ein Geschäftsherr (maître ou patron) haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter (ouvriers ou employés) verursacht haben.“ Die deutsche Generalisierung führt Haftungen herbei, wo solche sich nicht einmal unter Vorbehalt eines Exculpationsbeweises rechtfertigen (so z. B. des Fahrgastes für den Droschkenkutscher, des Kaufmanns für den Kommissionär, des Klienten für seinen Rechtsanwalt). Unser Recht dagegen hat den Kreis der Haftbaren und der Personen, für die sie haften, stark beschränkt; es setzt eine berufliche Tätigkeit in Handel, Industrie oder Gewerbe voraus, jedenfalls also eine Tätigkeit innerhalb eines bestimmten Organismus, nicht eine bloss vorübergehende individuelle Beziehung. Das zeigt auch Abs. 2, der für juristische Personen gewiss kein Privileg schaffen, sondern lediglich dasselbe bestimmen soll, wenn es sagt, die gleiche Verantwortlichkeit, wie die in Abs. 1 genannten Geschäftsherrn, treffe auch sie, wenn sie ein Gewerbe betreiben. Der Ausdruck „Geschäftsherr“ ist also bei uns nicht in dem untechnischen Sinne verstanden, in dem ihn die neuere deutsche Rechtssprache bei B. G. B. 831 verwendet, und auch nicht in der weiten Bedeutung, wie die französische Praxis „maître“ und „commettant“ auslegt; ebenso sind auch „seine Angestellten oder Arbeiter“ in des Wortes technischer Tragweite gemeint und nicht alle Hilfspersonen oder zu irgend einer Verrichtung bestellte darin inbegriffen, wie im „préposé“ des französischen Rechts, sondern in Frage steht eine Subordinationsstellung im Geschäftsorganismus. Dieses Ergebnis hat, um einen praktischen Punkt hervorzuheben, vor allem im Gegensatz zum deutschen und französischen Rechte

zur Folge, dass der Dienstherr für seine Dienstboten bei uns nicht einzustehen hat, sie wären denn seine Angestellten oder Arbeiter in einem Geschäftsbetrieb, und dann auch nur so weit, als sie in dieser Qualität tätig geworden sind. Denn dass man für seine Dienstboten nach Art. 61 hafte, d. h. dass man verpflichtet sei, die häusliche Aufsicht über sie auszuüben, wird sich der Regel nach heutzutage so wenig behaupten lassen, als gegenüber Gesellen und Arbeitern, die beim Meister wohnen; das frühere Herrschaftsverhältnis hat sich viel zu sehr zum Dienstvertrag zwischen gleichberechtigten Kontrahenten gelockert. Immerhin dürfte fraglich sein, ob wir mit der Vernachlässigung gerade dieses praktisch nicht unwichtigen Falles nicht zu weit gegangen sind. Es stünde wohl kein plausibles Bedenken entgegen, diesem immerhin relativ auf Dauer und Zusammenleben in derselben Hausgemeinschaft gegründeten Verhältnis, bei dem die tägliche und stündliche Berührung doch eine nicht unbeträchtliche Kenntnis- und Einflussnahme gestattet, in Art. 62 Berücksichtigung zu schenken und so der Haftung für den Organismus des Geschäftsbetriebes in Art. 61 und 62 zusammen das Einstehen für den Organismus des Hausbetriebs zur Seite zu setzen. Nicht dass wir, hätten wir freie Hand, beide gleich behandeln wollten. Für Dienstboten, die nicht Geschäftangestellte sind, sollte allerdings über die in Art. 62 normierte Haftung nicht hinausgegangen werden. Dagegen sei mit Nachdruck betont, dass sie für die im jetzigen Art. 62 normierten Kategorien zum Teil zu eng ist. Zum Teil, nicht immer. Je kleiner der Geschäftsbetrieb ist, desto intensiver kann der Geschäftsherr seine Angestellten prüfen, überwachen, instruieren, desto strengere Anforderungen werden also auch an den Exceptionsbeweis gestellt werden und desto eher wird die Haftung, wenn nicht alles in Ordnung ist, eintreten. Je grösser aber der Geschäftsbetrieb, desto mehr muss man, das hat uns die Praxis wiederholt gezeigt, die Culpa zerren und mit Fiktionen arbeiten, um zu einer Verantwortung des tragfähigen Geschäftsherrn zu gelangen (B. G. 23 S. 853 fg., 24<sup>2</sup> S. 872 fg. Erw. 5), wenn man nicht zu Klagabweisungen kommen will, bei denen einem

nicht wohl ist (B. G. 23 S. 1131 fg.). Denn hier kann man der Natur der Sache nach nicht so intensive Prüfung Beaufsichtigung Einflussnahme walten lassen wie dort. Je grösser der Betrieb und je gefährdender, desto strenger sollte die Haftung für Angestellte sein (cf. Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 3), soll nicht der kleine schwache Betrieb ungünstiger gestellt werden als der grosse starke, und soll nicht der Geschädigte gerade da Kosten fremder Unternehmungen zahlen müssen, wo sie vielleicht in erhöhtem Masse entstehen und als Geschäftsspesen gebucht werden könnten. Freilich, fordert man eine gesetzliche Formulierung unserer Unterscheidung, so erklären wir uns hiezu ausser Stande. Den unter Spezialhaftpflicht stehenden Gewerben diese strenge Haftung aufzuerlegen, oder sie an eine Minimalzahl durchschnittlich verwendeter Arbeiter zu knüpfen, oder einzelne Branchen aufzuzählen — das alles wäre roh und groblinig, während wir das volkswirtschaftliche Bedenken zu grosser Belastung nicht gelten lassen; sie fällt neben der Haftung zu Gunsten der beim Betrieb Beteiligten kaum als nennenswertes Plus in Betracht. Einer formulierten Festlegung stehen aber auch dieselben Bedenken entgegen, die uns bei der Haftung für Tierschaden wieder begegnen werden, und so werden wir am Schlusse der Besprechung des Art. 67 erst Mittel und Wege vorschlagen können, die mitunter eine Steigerung der Haftung auch im Gebiete des Art. 62 ermöglichen. — Von den übrigen Fragen, die er bietet, ist vor allem die der Handlungssphäre des Dritten, für den eingestanden wird, wichtig, subjektiv und objektiv. Hier gibt Art. 62 zu keinen Bedenken Anlass. Eine uneingeschränkte Haftung für alle Handlungen ist hier undenkbar, das gestehen auch die zu, welche sie bei Art. 115 befürworten, und das zeigt uns überwältigend die französische Praxis, soweit sie das „*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*“ als „*à l'occasion des fonctions*“ aufgefasst und sich dann hier mit blosser zeitlicher Coincidenz begnügt hat. „In Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen, dans l'accomplissement de leur travail“ sagt Art. 62 (B. G. B. 31: in Ausführung der Verrichtung), d. h. die schädigende Handlung

muss in den Kreis der Massnahmen fallen, welche die Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen darstellen oder ermöglichen — sei es nach Meinung des Angestellten, sei es objektiv. Gewiss macht die Durchführung dieser Schranken im Einzelfall leicht grosse Schwierigkeiten; es sind ähnliche, wie sie der Ausdruck „beim Betrieb“ in den Haftpflichtgesetzen schafft. Soll man aber einstehen, so muss der andere als Glied unseres Organismus gehandelt haben, nicht in anderer Funktion. In Art. 61 wäre diese Unterscheidung unmöglich, in Art. 62 ist sie notwendig. Was dann die subjektive Seite der Tat betrifft, so verneinen wir auch hier das Erfordernis eines Verschuldens auf Seite des Täters. Das Bundesgericht, das 23<sup>2</sup> S. 1676 auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht, ist, wo es der Frage ausweichen konnte, mit Recht neutral geblieben (z. B. 27<sup>2</sup> S. 500 oben). Die letzte Frage, ob die Art. 62 und 61 Handlungsfähigkeit des Geschäftsherrn voraussetzen, verneinen wir auf Grund der Fassung des Exceptionsbeweises im Gegensatz zu v. Liszt. Nicht Abwesenheit von culpa, sondern ein Positives wird erfordert; warum dieses nicht prästiert worden sei, ist dem Gesetze gleichgültig; und nicht Art. 58, sondern Art. 61 und 62 werden also hier zur Anwendung kommen. Wer in ihnen blosse Fälle von Culpahhaftung findet und im Schlussatz blosse Beweislastregelung ohne materielle Bedeutung, wird freilich zur Bejahung jener Frage gelangen.

*Art. 63* möchten wir am liebsten streichen. Warum hier eine Spezialregel, während Art. 60 — Solidarhaft und Regress nach richterlichem Ermessen — ausreichen würde? Es ist auch nicht zu billigen, dass ein Regress nur zulässig sein soll, so weit der Täter verantwortlich erklärt werden kann. Das sieht aus, als sollte Regress aus Art. 58 ausgeschlossen sein.

Und nun zur Kontraktshaftung und zwar zunächst aus Art. 115. Seine Fassung erschwert die Feststellung seiner Tragweite, und die Praxis hat die Zweifel nicht gelöst. Leonhard hat schon mit Befremden für die ältere deutsche Judikatur hervorgehoben, und es ist bei uns nicht anders: publizierte Entscheidungen, also doch wohl auch Prozesse über Vertragshaftung für fremde Schuld sind ausnehmend selten; warum, ist

schwer festzustellen; wahrscheinlich ist dies Einstehen des Vertragsschuldners für Schuld seiner Leute uns so selbstverständlich und erledigt die Coulanz des Geschäftsverkehrs hier so viele an sich vorhandene Kontroversen, dass zu gerichtlichen Erörterungen weit weniger Anlass ist als bei ausserkontraktlicher Haftung. Und doch lässt Art. 115 vieles dunkel. „Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter.“ Zunächst die Person des Haftbaren und derer, für die er haftet. Haftbar ist jeder Obligationsschuldner, scheint es im Gegensatz zu Art. 62, wenn wir nur an den zwei ersten Worten haften. Dem steht aber zweierlei entgegen: die Umgrenzung der Personen, für die gehaftet wird, und der zweite Satz: „ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.“ Der Vergleich mit Art. 62 wie dieser Wortlaut zeigt, dass die juristischen Personen den physischen bezüglich der Verantwortung gleichgestellt, dass sie nicht etwa besser behandelt werden; ein Grund dafür wäre nicht einzusehen. Andrerseits weist die Benennung des Personenkreises, für den einzustehen ist, einen deutlichen Parallelismus auf zu den in Art. 61, 62 genannten (die seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seine Angestellten und Arbeiter), und nichts gibt uns das Recht, speziell diese letzteren Ausdrücke in weiterem Sinne aufzufassen als in Art. 62. So kommen wir zum Schluss, dass Art. 115 keine allgemeine Haftung des Kontraktschuldners für Hilfspersonen aufstellt, sondern, was die Personen des Haftbaren und dessen, für den gehaftet wird, betrifft, nur im selben beschränkten Umfang wie bei der Deliktshaftung. Ja, wir mögen entgegen dem Willen des Gesetzes die Bezeichnung der Personen, für die einzustehen ist, noch so sehr pressen, wir kommen nie zu einer generellen Haftung für das Verschulden der Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient, wie sie B. G. B. 278 festsetzt. Und doch führt unsere Einschränkung zu seltsamen Konsequenzen: bitte ich meinen sonst sorgfäl-

tigen Freund, das Buch, das ich entliehen, zurückzubringen, und er verliert oder beschädigt es schuldhaft, so hafte ich nicht, während ich hafte, wenn der Ueberbringer mein Laufbursche ist; ich hafte nicht, wenn mein Kutscher oder mein erwachsener Sohn das von mir verkauft und an anderem Erfüllungsort zu übergebende Pferd beim Ueberbringen schuldhaft mit dem Tram hat in Kollision geraten lassen, dagegen der Pferdehändler, dessen Knecht dies begegnet, haftet; der Bandweber, dem vom Fabrikherrn Seide übersandt worden ist, geht frei aus, wenn er sich ohne Verschulden von seiner Frau helfen lässt und hiebei durch deren Schuld ein Schaden am Gewebe entsteht, während er haftet, wenn ihm ein bezahlter Gehilfe hilft; der Weinhändler haftet, wenn das dem Käufer ins Domizil zu liefernde Fass Wein aus Verschulden seines Angestellten beim Abladen zertrümmert, nicht aber, wenn er sich vorwurfsfrei von einem gefälligen Passanten helfen lässt und diesem ein Ungeschick begegnet. Lasse ich mein Telephon durch einen Besucher oder den Mieter eines andern Stocks oder meine Dienstboten benutzen und sie beschädigen es durch unverständige Handhabung, so bin ich nicht verantwortlich (abgesehen von etwaigen *leges contractus*), wohl aber, wenn ich es von meinem Angestellten für seine geschäftlichen Verrichtungen (nicht etwa für seine Privatzwecke) benützen lasse. Fraglich ist dann auch, ob die Uebereinstimmung mit Art. 61 eine vollständige ist. Bei der ausserkontraktlichen Haftung vermögen wir eine Bejahung oder Verneinung je nach der Funktion des zur Verrichtung für einen andern bestellten Täters zu verstehen, nicht aber die Unterscheidung innerhalb der Kontraktshaftung. Ob meine Köchin das entlehnte Geschirr beim Zurückbringen fallen lässt und beim Füllen der Lampe die Petrolkanne auf den Boden der Mietwohnung verschüttet, oder ob dies die Köchin des Restaurateurs tut, sollte doch gleichgültig sein. So meinen wir, Art. 115 müsse im Sinne einer Haftung für alle Hilfspersonen umgestaltet werden. Dagegen ist in ihm über die Haftung für Verschulden der zum Abschluss von Verträgen verwendeten bevollmächtigten oder gesetzlichen Stellvertreter nichts zu sagen; sie regelt sich

nach Art. 36 ff., wobei sich fragen wird, ob und wie weit Willens- und Wissensmängel des Vertreters, die für die Folgen der Willenserklärung wichtig sind, oder rechtswidrige Schädigung der Gegenpartei seitens des Vertreters durch Abschluss des Rechtsgeschäftes oder bei Anlass desselben für den Vertretenen relevant sind und eine Haftung begründen. Dagegen, wird der Vertreter zur Erfüllung zugezogen, dann fällt er eben allerdings nach Art. 115 in Betracht, nur dürfte der gesetzliche Vertreter in Art. 115 noch speziell genannt werden.

Und nun die zweite Frage: Für welches Verschulden jener Personen haftet der Schuldner dem Gläubiger? und für welche Verpflichtungen? Man möchte nach dem Wortlaut glauben, er werde für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der ihm obliegenden obligationsmässigen Verpflichtung stets und schlechthin verantwortlich erklärt, wenn der Grund des Ausbleibens oder Mangels der Leistung in irgend einem schuldhaften Verhalten eines der Genannten lag, mag ihm auch selbst kein Verschulden zur Last fallen. Der Architekt z. B., der die auf einen bestimmten Tag versprochenen Baupläne nicht liefern kann, weil ihn sein ungeratener Sohn körperlich verletzt und arbeitsunfähig gemacht hat, der Schriftsteller, dessen Manuskript von der dummen Magd als Anfeuerungsmaterial verwendet worden ist, wären dem Gläubiger für Verzug oder Unmöglichkeit der Leistung schadensersatzpflichtig. Das kann, weil absurd, nicht die Meinung sein. Wie aber in folgendem Fall? Ein Buchbinder hat ein Buch für die Universitätsbibliothek gebunden; ohne sein Wissen und gegen seinen Willen trägt es sein Ausläufer ohne schützende Umhüllung im Regen zurück, so dass es verdorben wird; ein Kaufmann hat ein Bureau gemietet; während seiner Abwesenheit nimmt ohne sein Wissen und Wollen einer der Bureauangestellten darin eine dem Vermieter nachteilige Änderung vor; haften jene aus Art. 115? Ein erwachsener Logierbesuch schlafst bei angezündetem Licht ein und das Zimmer wird durch Brand beschädigt, oder ein fremder Ausläufer, der mir eine gekaufte Sache überbringt, oder ein Glaser, der eine zerbrochene Scheibe ersetzt, stösst mein

Tintenfass vom Tisch herunter oder geht mit Karrensalbe an den Schuhen über die tannenen Böden meiner Mietswohnung; hafte ich dem Vermieter nicht nach Art. 115? Der Zusammenhang von Art. 115 in sich (Satz 1 und 2 von Abs. 1) und mit den vor- und nachgehenden Artikeln und seine ratio fordern folgende Auslegung: Wer eine Obligation zu erfüllen hat und zu diesem Behufe eine oder mehrere jener Personen ganz oder teilweise tätig werden lässt, haftet für Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung als eine Folge ihres Verhaltens, wenn er nicht dartut, dass ihnen kein solches Verschulden zur Last fällt, das er nach dem konkreten Prästationsmasstab, wäre es eigenes, zu vertreten hätte; er haftet für dieses ihr Verschulden in selber Weise wie für eigenes, auch wenn eigenes nicht vorliegt. Die richtige Formulierung dieses Satzes ist freilich nicht leicht, das zeigt uns die peinlich erwogene und doch ungenügende Ausdrucksweise von B. G. B. Art. 278: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.“ Mit Recht ist diese Bestimmung auch auf den Fall ausgedehnt worden, dass der Schuldner, der für die Erhaltung einer Sache aufzukommen hat, sie einer jener Personen zur alleinigen Obhut oder auch nur zu Mitgebrauch und Mitbeaufsichtigung überlässt, wie z. B. bei der Miete. Die Worte „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit,“ über die in Deutschland schon so viel Streit herrscht, sind de lege ferenda jedenfalls extensiv auszulegen; es gilt gleichviel, ob „die schädigende Handlung bei der Erfüllung der Verbindlichkeit, oder bei der Vorbereitung oder Ermöglichung der Erfüllung, oder endlich bei der Ausübung der dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zustehenden Befugnisse erfolgt.“ (Feder.) Vielleicht wäre aber gut, bei der Miete eine Spezialbestimmung aufzunehmen, wonach der Mieter für Verschulden der Personen, die er zum vertragsmässigen Gebrauch der Mietsache ermächtigt, wie für eigenes einsteht. Vertragshaftung für fremde Schuld liegt nach dem Gesagten zwar im obigen Beispiel des Glasers vor, dessen sich der Mieter zur Erfüllung

der ihm obliegenden Reparaturpflicht bedient, nicht aber im Beispiel des Ausläufers, der die gekaufte Sache überbringt; ihm steht zwar der Zugang zur Sache auch offen, aber er ist nicht zur Ausübung der Verpflichtungen des Schuldners zugezogen. Jene Auslegung ergibt aber noch ein weiteres: der Schuldner haftet nicht für die Helfer, die unberufen, ohne sein Wissen und Wollen, für ihn tätig werden, mögen auch die Voraussetzungen einer *actio negotiorum gestorum contraria* trotz mangelnder Ratihabition vorliegen. Muss nun aber die Hilfstätigkeit nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger gegenüber befugt gewesen sein; findet Art. 115 nur dann Anwendung, wenn der Schuldner zur Verwendung von Hilfspersonen verpflichtet oder doch berechtigt ist, während bei unbefugter Verwendung andere Sätze massgebend sind? Müssten wir sagen: ja, ein vom unberechtigt beigezogenen Gehilfen gestifteter Schaden ist ein vom Schuldner selbstverschuldeter Schaden, gleichviel ob jener in Schuld ist oder nicht; Haftung für eigene, nicht Haftung für fremde Schuld steht hier in Frage, denn unbefugter Zuzug Dritter erfolgt nicht in Erfüllung, sondern entgegen der Verbindlichkeit? Als Regel stehen wir nicht an dies zu bejahren. Ist die Verwendung von Hilfspersonen kraft Parteiwillens oder objektiver Natur der Sache nicht oder nur beschränkt gestattet, die Leistung also absolut oder beschränkt unvertretbar, so handelt der Schuldner bei Verwendung von Gehilfen auf eigene Gefahr. Hier kommen nun aber eine Reihe von Spezialfällen und Spezialregeln modifizierend in Betracht. Im allgemeinen zwar ist gleichgültig, ob jenen Personen die Ausführung, sei es der ganzen Leistung, sei es eines selbständigen Teils der Leistung zugewiesen ist (sei es kraft Spezialbefehls, sei es im Rahmen des Kreises ihrer gewöhnlichen Verrichtungen), oder ob sie bloss unterstützend tätig werden, ob sie also als Substituten oder als Gehilfen funktionieren. Der Unterschied kann aber wichtig werden. In Art. 397 (cf. 459) und 351 stehen sich die Gegensätze gegenüber: die Regel, dass Auftrag und Werkvertrag vom Beauftragten oder Unternehmer persönlich (oder letzterer doch unter seiner persönlichen Leitung) auszuführen

sind — und die Ausnahme, dass nach Natur des Geschäfts, Abrede oder Zwang der Umstände (beim Auftrag) Uebertragung an Dritte statthaft ist. Letzterenfalls beim Werkvertrag eine Anwendung der Regel des Art. 115 auf alle Personen, denen die Ausführung übertragen wird, nicht nur auf die in Art. 115 genannten, wenn wir also die oben geforderte Ausdehnung vornehmen namentlich auch auf Unterakkordanten; beim Mandat dagegen, soweit Substituten in Frage stehen („die Besorgung . . . einem Dritten übertragen“), Haftung nur für eigene Schuld in Wahl und Instruktion des Dritten, während für Mithilfe bei eigener Ausführung der strengere Art. 115 anwendbar bleibt. Dagegen, wenn persönliche Ausführung geboten ist, bewendet es beim Mandat im Fall unbefugter Verwendung von Gehilfen bei Art. 113 (nicht 115), für Handlungen unbefugt verwendeter Substituten gilt dasselbe. D. h. Substitution trotz Unvertretbarkeit oder Verwendung eines technisch nicht äquivalenten Substituten bei beschränkter Vertretbarkeit erscheint nicht ohne weiteres als culpa, so dass, wie Rossel meint, nun ohne weiteres Casushaftung einträte. Die Regelung der Afterleihe (Art. 322), wonach der Commodatar, der den Gebrauch einem andern überlässt, auch für den Zufall haftet, wenn er nicht beweist, dass dieser die Sache auch sonst, d. h. auch bei vertragsgemässem Verhalten seinerseits, getroffen hätte, wiederholt sich bei Art. 397 nicht, und doch wäre diese analog der Verzugsregelung gestaltete Haftung hier gewiss auch angemessen. Auch unbefugte Aftermiete und -pacht (für befugte siehe Art. 285, 306), Afterhinterlegung und Werkvertragssubstitution, bei denen einschlägige Bestimmungen fehlen, wären so zu ordnen.

Die dritte Frage ist die nach der äussern und inneren Sphäre der haftungsbegründenden Handlung: Muss diese in und zur Ausführung der geschuldeten Leistung erfolgt sein, oder genügt, dass sie bei Gelegenheit der Ausführung vorgenommen wird — und, was sich damit kreuzt — wird nur für fahrlässige Schädigungen gehaftet oder auch für dolose, wenn letzteres, für alle oder für welche bestimmte? Art. 115 Abs. 1 Satz 2 sagt: „bei

deren geschäftlichen Verrichtungen, dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois," Art. 62 dagegen „in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen, dans l'accomplissement de leur travail.“ Jener Ausdruck gestattet den Schluss, es werde nicht bloss für den Fall gehaftet, dass die geschuldete Leistung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, sondern auch für eine unmittelbar bei Erfüllung der Verbindlichkeit begangene Schadenshandlung. Der Malermeister, der mein Haus anstreicht, haftet also nicht bloss, wenn der Geselle schlecht gemalt hat, sondern auch, wenn er beim Transportieren der Leiter meinen Korridor beschädigt hat oder den Farbtopf in meinen Spiegel hat fallen lassen. Es wird sich nicht leugnen lassen, dass die Sprachfassung bei Art. 115 eine weitere ist als bei Art. 62. Man erhebe nicht etwa den Einwand aus der systematischen Stellung des Art. 115: Art. 110 sage, wann der Schuldner durch nachfolgende Unmöglichkeit der Erfüllung befreit werde, Art. 115 nenne einen Fall, wo er trotz Mangel eigenen Verschuldens nicht frei werde, gemeinsam sei aber beiden Fällen, dass er nur für Erbringen der Leistung aufzukommen habe. Warum sollte nicht so gut als der Haftungsgrund (eigene Schuld — fremde Schuld der Gehilfen) so auch der Haftungsinhalt eine Erweiterung erfahren haben? Bei jener Einschränkung wäre Art. 115 meist illusorisch und unpraktisch. So möchte auch de lege ferenda diese Ausdehnung beizubehalten sein, wie sie auch die Mehrzahl der Autoren für B. G. B. vertritt. Dagegen vermögen wir der von M. Rümelin u. a., freilich einer Minderzahl, vertretenen Ausdehnung der Haftung auf alle anlässlich der Ausführung der Verrichtungen irgendwie gestifteten Schäden nicht zu folgen und den Meister nicht z. B. auch für Diebstähle, die seine Gesellen bei der Arbeit ausführen, haftbar zu machen. Dass die Coulanz mancher Geschäftsleute so weit geht, auch solche Schäden zu decken, und dass der Geschädigte eine opinio necessitatis für diese Haftung hegt, reicht hier ebensowenig zur Kondensierung in einen Rechtssatz aus, als sich ein allgemeines Recht zum Rücktritt von Verträgen auf die Tausende von Fällen basieren liesse, wo der Verkehr ihn anstandslos gestattet. Rühmt man der

Theorie der uneingeschränkten Haftung ihre einfache Handhabung nach, so ist zwar nicht zu bestreiten, dass unsere engere Ansicht oft Anlass zu Zweifeln und schwerem Kopfzerbrechen geben und in den Grenzfällen zu seltsamen Resultaten führen mag; dasselbe gilt auch bezüglich der andern Frage, ob auch für dolose Handlungen, und, da sich das bei dem allgemeinen Ausdruck „Verschulden“ nicht leugnen lässt, für welche dann gehaftet werde, einer Frage, die natürlich bei uneingeschränkter Haftung viel leichter zu beantworten ist als bei der von uns vertretenen beschränkten. Ist aber Einfachheit wirklich notwendig das Beste und äusserste Konsequenz überall geboten, wo es schwer hält, Halt zu sagen? Was bei einer quantitativ beschränkten Haftung, wie es die Noxalhaftung war, noch ertragen werden mag, ist bei unbeschränkter Haftung unerträglich; wer wollte Hilfspersonen zuziehen, wenn er beständig fürchten müsste, von ihnen ruiniert zu werden? Etwas anderes aber, was auffällt, ist, dass während nach Art. 61 unbestritten und nach Art. 62 richtiger Meinung nach eine Haftung nicht bloss für mangelnde subjektive Zurechenbarkeit des Erfolgs, sondern auch für mangelnde Zurechnungsfähigkeit des fremden Täters möglich ist, dies im Kontraktsgebiet ausgeschlossen sein soll. Man wird einwenden, jene Regeln beruhen auf präsumtiver eigener culpa, diese nicht; wie beschränkt ist jenes aber angesichts der Beweislast richtig! Und gerade weil in Art. 115 von eigener Schuld ganz abgesehen wird, liegt auch kein Anlass vor, sie nun wieder auf Seite des Gehilfen zum Erfordernis zu machen. Alle die Gründe, die für die Haftung des Art. 115 zu Recht oder zu Unrecht angeführt werden, wie Gefährde, eigenes Interesse, Obligationserfolg, Prävention, sie widersprechen, wie Feder mit Recht anführt, der Beschränkung und rechtfertigen hier durchaus eine weitergehende Haftung als für Schuld. Nicht dass wir allgemein eine Haftung für Schaden, den ein Gehilfe in Epilepsie, Ohnmacht- oder plötzlichem Wahnsinnsanfall, oder bei Bewusstsein, aber ohne Verschulden verursacht hat, empfehlen möchten. Aber ausnahmsweise, nach Analogie des in Art. 58 bestimmten und des unten sub f. am Schluss zu bringenden Vorschlags,

dürfte sich eine solche Haftung nach richterlichem Ermessen empfehlen.

Die vierte und letzte Frage endlich nach dem Mass der Verantwortlichkeit und dem Umfang der Präsentation dürfte sich nach Art. 116 (bezw. 51) dahin erledigen, dass normal beschränkte, nicht volle Haftung eintritt, indem hiefür das Mass des Verschuldens des Haftbaren in Betracht fällt, sofern nicht andere Umstände für ein mehr sprechen, und dass Art. 113 richtig angewendet Art. 115 temperieren muss. B. G. B. befreit den Schuldner, der selber nur für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz aufzukommen hat, von der Haftung für leichtes Verschulden seiner Gehilfen und lässt ihn für schweres haften, ebenso bei culpa in concreto, ein mechanischer Parallelismus, der hier undurchführbar, dort unbillig und unlogisch ist. Unsers Erachtens sollte das Gesetz, da wir keine festen Prästationsabstufungen haben, die Haftung gänzlich ausschliessen, wenn der Fall des Art. 113 Schlussatz vorliegt, d. h. wenn das Geschäft dem Schuldner keinerlei Vorteil bringt oder aus sonst einem Grund seine Prästationspflicht gemindert ist.

#### *d) Art. 64.*

Die im Privatverkehr Kontraktschuldner gewordenen Personen des öffentlichen Rechts haften „für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen“, als wäre es eigenes Verschulden; sie haben ferner, Exceptionsbeweis vorbehalten, Ersatz zu leisten, wenn sie ein „Gewerbe“ betreiben und einer ihrer Beamten oder Angestellten in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen ausserkontraktlichen Schaden angerichtet hat; in beiden Fällen kommt die öffentliche Person als Privatrechtssubjekt in Frage; daher regelt O. R. diese Fälle, und zwar ausschliesslich; nur bleibt im zweiten Falle die Bundesgesetzgebung vorbehalten (Art. 115 Abs. 1. Art. 64 Abs. 2). Anders wo jene Personen des öffentlichen Rechts als Träger des Imperiums auftreten; hier regelt sich die Entstehung von Schuldverpflichtungen nach öffentlichem Recht, also nicht nach O. R.,

sondern nach andern eidgenössischen oder kantonalen Normen (Art. 76). Vor allem ist also nicht im O. R. zu regeln, ob und wie weit jene Personen für öffentlichrechtliche Amtshandlungen ihrer Beamten und Angestellten ersatzpflichtig werden. Andrerseits die persönliche Haftung dieser Beamten etc. regelt sich, unter Vorbehalt abweichender Bundesgesetze, durchaus nach Art. 50 fg., soweit ihre Tätigkeit in „gewerblichen Verrichtungen“ in Frage steht (Art. 64 Abs. 2). Für ihre Ersatzhaftung aus öffentlichrechtlichen Amtshandlungen dagegen sind Art. 50—69 noch subsidiäreres Recht; sie gelten nur, soweit nicht Bundes- oder Kantonalgesetze ganz oder teilweise und ohne dass in dieser Hinsicht eine Schranke gezogen wäre Abweichendes festsetzen; soweit dies aber nicht der Fall ist, gelten sie schlechthin, gleichviel ob sich diese Verpflichtung als öffentliche oder als privatrechtliche charakterisiere. So das heutige Recht; dass der Vorbehalt ein genereller ist, geht aus Abs. 2 und aus den welschen Texten von Abs. 1 von Art. 64 klar hervor. Daraus folgt aber, dass die Bestimmung an den Schluss gehört, nicht hieher; ihre jetzige Stellung erklärt sich wohl aus Art. 62 Abs. 2, der Anlass gab zu betonen, unter „juristische Personen“ seien auch solche des öffentlichen Rechts verstanden; dies führte dann zu der weitern Frage, ob für amtliche im Gegensatz zu gewerblichen wie anderseits zu privaten Verrichtungen (cf. z.B. B. G. 16 S. 253 und 801 Erw. 3; 19 S. 851; 20 S. 478 fg.; 27<sup>2</sup> S. 299) der öffentlichen Angestellten etc. Art. 50 fg. überhaupt anwendbar seien? und bei der starken Beteiligung öffentlichrechtlicher Faktoren ward hier der beschriebene Mittelweg eingeschlagen.

Ist nun aber dieser Inhalt erwünscht? In seinem Referat von 1888 (Ztschr. f. schweiz. R. N. F. 7, S. 538 fg.) hat Ziegler bedauert, dass O. R. die Art. 50—69 nicht als ausschliessliche Norm für die Haftung öffentlicher Beamter aus ihren öffentlichrechtlichen Verrichtungen aufgestellt habe. Gewiss, die Sachlage wäre durch diese Uniformierung sehr vereinfacht. Aber das kann doch nicht oberster Gesichtspunkt sein, so bequem es für die Rechtssuchenden sein mag. Man darf die enormen Unterschiede in unsren Behördenorganisationen nicht

übersehen. Die Sachlage liegt bei uns nicht wie in Deutschland, wo der öffentliche Dienst Berufsdienst ist, wenigstens ganz überwiegend. Wir haben nicht das berufsmässig geschulte, hierarchisch geordnet aufsteigende Beamtentum wie dort, sondern eine starke Beteiligung der Laien, und wo Amtszwang herrscht, kann für die Verantwortung sehr wohl Anderes statuiert werden als wo er nicht besteht. Die tiefgehenden Unterschiede zwischen Kantonen etwa wie Baselstadt und Graubünden erheischen eine Berücksichtigung des dort und hier in sehr verschiedener Weise Angemessenen. Man bedenke aber auch die Erwägungen, welche sogar in Deutschland dazu geführt haben, die Beamten nicht ohne Weiteres dem gemeinen Recht zu unterstellen. Jede Verletzung einer Dienstplicht lässt sich als Verschulden bezeichnen; bei der Fülle von Dienstvorschriften sind aber Versehen leicht möglich. Der Beamte kann auch nicht wählen, was er unternehmen, was er lassen will. Er hat Tag für Tag eine Menge von Amtspflichten zu erledigen, wird häufig in der Ausführung des einen Geschäftes durch die Notwendigkeit, ein anderes dringendes vorzunehmen, gestört und begeht in der unvermeidlichen Eile und der vielleicht vorhandenen Geschäftsüberhäufung leicht Versehen. Eine allgemeine Haftung würde ihn überängstlich und langsam machen und so das Interesse des Dienstes und des auf denselben angewiesenen Publikums schädigen. Vielfach übt er auch seine Tätigkeit ohne jeden oder doch ohne entsprechenden Entgelt aus. Darum hat B. G. B. 839 die Beamten nur für Verletzung von Amtspflichten, die ihnen Dritten gegenüber obliegen, und zwar bei Fahrlässigkeit nur, wenn anderweitiger Ersatz nicht zu beschaffen ist, haftbar erklärt, und dem Spruchrichter die Sonderstellung eingeräumt, dass er für Versehen bei Fällung des Urteils in einer Rechtssache nur dann ersatzpflichtig werde, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht sei. In der That, wer wollte noch in Untergerichten tätig sein, wenn jedes Versehen haftbar machte? Jedes von der letzten Instanz abgeänderte Urteil ist formell unrichtig, und nicht immer ist das Irren dabei ein vorwurfs-

freies gewesen, was jener Referent wohl selbst bezeugen kann. Ziehen wir nun die oben erwähnten Differenzen unserer Verhältnisse in Betracht, so erscheint uns die Lösung von Art. 64 Abs. 1 eine durchaus glückliche. Dazu kommen noch Bedenken bezüglich der Bundeskompetenz in dieser Materie, die nicht näher ausgeführt werden sollen, weil sie und die Folgen einer Uniformierung klar zu Tage liegen. Aber auch bezüglich der verschiedenen Amtstätigkeiten ist nicht ein und dasselbe am Platz, vielmehr eine Individualisierung nach Lage der konkreten Aufgabe; wir erinnern nur an Grundbuch, Civilstand, Betreibungsbehörden, Telegraphenbeamte, Ehrenämter, Obervormundschaftsbehörden und andere Aufsichtsbehörden u. s. w.; erhöhte oder geringere Gefährdung muss hier neben vielen andern Momenten für ganz verschiedene Regelung in Betracht fallen; unmöglich lässt sich alles über einen Leist schlagen. Auch die viel bekämpfte Sonderstellung, die Art. 64 Abs. 2 der Bundesgesetzgebung einräumt, ist nicht anfechtbar; wie wollte man sie formell ausschliessen? die lex specialis des Bundesrechts muss ja der lex generalis derogieren, und da hier der Rechtskreis ein das ganze Staatsgebiet umfassender ist und die Interessenabwägung also alle trifft, kann auch materiell eine solche Spezialregelung geboten sein. Wenn wir im Gegensatz zu den 1888er Beschlüssen des Juristenvereins Art. 64 belassen wollen und auch weitere Bestimmungen über Haftung von Staat und Gemeinde als er sie trifft ablehnen, so geschieht dies freilich nicht quietistisch, als ob das da und dort Bestehende immer vernünftig wäre; nur ist hier nicht der Ort, es zu ändern, und in diesen Ausführungen nicht am Platze, darüber im Einzelnen zu reden.

*e) Art. 65.*

Die sehr verschiedene Behandlung, welche die Haftung für Tierschaden in der Gesetzgebung je und je erfahren hat, spiegelt sich auch in den Entwürfen zum O. R.; sie haben zwischen absoluter objektiver Haftung und Zulassung des Diligenzexceptionsbeweises des Tierhalters geschwankt (B. G. 26<sup>2</sup> S. 106 fg.). Gewiss sind es vorab Erwägungen sozial-

politischer Art, Bedenken über die Tragfähigkeit der interessierten landwirtschaftlichen und gewerblichen Betriebe gewesen, welche schliesslich für die zweite Alternative den Ausschlag gaben. Dass jene Betriebe in unsren drei grossen Nachbarländern Deutschland, Frankreich, Italien unter der absoluten Haftung gelitten hätten, ist zwar nie konstatiert worden; immerhin ist in Frankreich die Judikatur nicht von jeher auf dem Standpunkt des Gesetzes gestanden, sie nahm früher, wo sie mit Culpapräsumptionen operierte, etwa an, diese seien widerleglich, und in Deutschland, wo Regierungen und Agrarier sich umsonst gegen die Zustandshaftung sperrten, sind die Erfahrungen noch zu kurz, als dass ein Urteil möglich wäre. In der Schweiz hat die strenge Haftung auch da und dort bestanden, was etwa noch in einer übermässigen Erschwerung des Exceptionsbeweises zu Tage tritt (Neuchâtel in Revue der Gerichtspraxis 11 S. 62, 20 S. 18). Die Frage, ob nicht stärkere Objektivierung angemessen wäre (cf. die Fälle Revue 15 S. 24, B. G. 22 S. 1181 fg.), ist an sich aller Beachtung wert; wenn wir sie ungeprüft lassen und hier konservativ verfahren, so geschieht es vorab aus nackten Opportunitätsrücksichten: bei der in jenen Kreisen weithin, sei es zu Recht, sei es zu Unrecht, herrschenden Notlagestimmung würde eine Festsetzung absoluter Haftung als unerträgliche Belastung und Entzug wohlerworbener Rechte empfunden werden und dem Gesetze den Hals brechen, denn die Zahl der Interessenten ist gross. So mag also die Frage unerörtert bleiben, ob die absolute Haftung dem wenig tragfähigen Kleinbetriebe, den manche grössere Interessenten ins Feld zu führen lieben, wirklich gefährlich wäre, ob bei ihm nicht eben die geringe Zahl seiner tierischen Hilfskräfte die Gefährdung verringert und die Beherrschung erleichtert. Jedenfalls hat die jetzige Fassung ihre Gnade weiter walten lassen als an sich beabsichtigt und diskutabel war; sie musste es, sollte den eigentlichen Destinatären der Vorteil zukommen. Wer dem Art. 65 Mangel an Verständnis für individualisierende Behandlung vorwirft, hat ja recht, aber geholfen werden kann, wenn unsere Lösung eine *noli me tangere*

ist, nur für einen Fall. Für andere als Haustiere nämlich, also für gezähmte und wilde, zu denen bekanntlich auch die Bienen gehören, ist eine Zustandshaftung einzuführen, weil hier die Gefährdung eine erhöhte ist und die schärfste Handhabung des Verschuldungsprinzips sich als unzureichend erweisen kann. Das kann aber nicht mit der kleinen Änderung bewerkstelligt werden, dass wir den Exceptionsbeweis nur zulassen „falls es sich um ein Haustier handelt,“ sondern wir müssen auch statuieren, dass die Haftung trotz Besitz- und Eigentumsverlust, der ja beim wilden Tier sehr leicht eintritt, fort dauert, wie es der Code civil 1385 (auch er redet freilich nur vom propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert) mit den Worten tut „soit qu'il fût égaré ou échappé.“ Art. 65 erklärt ja nur den haftbar, der im Zeitpunkt der Schädigung das Tier hält, wie B. G. B., so dass beim wilden Tier nach erfolgreichem Entrinnen nur Haftung aus Art. 50 in Betracht kommen könnte. Fragen wir aber weiter, ob nicht innerhalb der Haustiere weiter zwischen notwendigen und bloss angenehmen, zwischen nützlichen und dem Vergnügen dienenden, und innerhalb jener wieder zwischen im Grossbetrieb und im Kleinbetriebe gehaltenen zu unterscheiden sei, so ist ja wahr, unser Artikel schont der nicht vorhandenen Tragfähigkeit zu lieb auch die vorhandene und gestattet der grössern oder geringern Notwendigkeit des Tieres für den Tierhalter einen Einfluss nur auf den Umfang, nicht aber den Maßstab der Haftung; aber wie jene Unterschiede berücksichtigen? Sollen wir etwa, wie im Fabrikgesetz und im Gewerbehaftpflichtgesetz auf eine Minimalzahl der durchschnittlich verwendeten Arbeiter, so hier, als auf ein Kriterium der Tragfähigkeit, auf eine bestimmte Zahl Tierhäupter nach einer Skala von Wertrelationen unter denselben abstellen, um Gross- und Kleinbetrieb, objektive und subjektive Haftung abzugrenzen? Und da sich für eine sachgemässe Differentialbehandlung notwendiger, nützlicher und bloss dem Vergnügen dienender Tiere keine genügende Formel finden lässt (die des preussischen Landrechts „Tiere, die in ländlichen oder städtischen Haushaltungen gebraucht oder nicht gebraucht werden,“ deckt diesen Gedanken nicht), sollen wir dem Richter

anheimstellen, im Einzelfall zwischen Bedürfnis und Luxus, geschäftlich-beruflicher Notwendigkeit und Sport zu unterscheiden? Beides ist undenkbar, ganz abgesehen von der Schwierigkeit, welche die Grenzfälle bieten würden, und so wird eben nicht zu vermeiden sein, dass für Schaden, der von einem Renommierhund oder dem Pferd eines Turftriebhabers angerichtet wird, prinzipiell ebenso milde Haftung gilt, wie für einen unentbehrlichen Hofhund und Ackergaul. Im übrigen dürfte gegen den Artikel nichts zu erinnern sein; denn es fällt nicht ihm und seiner Fassung zur Last, dass er mitunter irrig nicht nur dann angewendet wird, wenn eine willkürliche Handlung des Tieres den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat, sondern z. B. auch, wenn das vor einen Wagen gespannte Pferd lediglich dem Willen des Kutschers folgte, also nur das Werkzeug in der Hand war, die es unvorsichtig oder ungenügend lenkte (falsch z. B. B. G. 27<sup>2</sup> S. 221 fg., richtig B. G. 24<sup>2</sup> S. 867 fg. Reichsger. bei Seuffert 57 Nr. 121 und 58 Nr. 5 gegen 56 Nr. 223). Dass das Gesetz allgemein von „Schaden“ und nicht wie B. G. B. 833 bloss von Körper- und Sachschädigung spricht, ist korrekt; in Deutschland wird es, wie einst bei der *lex Aquilia*, nur durch extensivste Interpretation gelingen, andere Vermögensschädigungen unter die Norm zu subsumieren, z. B. den Fall, dass des Nachbars Katze meinen Vogelkäfig ohne ihn zu beschädigen umwirft, so dass der Vogel wegfliegt und sein Eigentum mir ohne Beschädigung oder Vernichtung seiner Substanz verloren geht. Endlich aber ist auch hier zu betonen, dass Art. 65 weder auf Culpapräsumtion beruht, noch einen Exculpationsbeweis zulässt, sondern eine Sachhaftung mit einem Exceptionsvorbehalt für nachgewiesene positive Diligenz statuiert. Ein zurechnungsunfähiger Tierhalter kann sich also nicht mit Berufung auf diesen seinen Zustand befreien, denn nicht der Nachweis der Abwesenheit von Verschulden, sondern der Beweis einer positiven Diligenz wird gefordert. Dieser Satz gibt sich als materiellrechtliche Norm, nicht als Beweislastregel. Und mehrere Tierhalter haften, wenn ihnen nicht *Culpa* nachgewiesen wird, nicht nach Art. 60 solidarisch,

sondern partiell, es würde denn Art. 60 ergänzt. Die vom Bundesgerichte durchweg und von der Literatur überwiegend vertretene Ansicht, Art. 65 beruhe auf dem Verschuldungsprinzip, es sei bloss die Beweislast umgekehrt, indem das Gesetz ein Verschulden präsumiere (B. G. 17 S. 639 Erw. 2; 18 S. 331; 26<sup>2</sup> S. 106 fg.), operiert mit Fiktionen und wandelt auf Krücken, die dem Gesetze selbst fremd sind; mögen auch die Redaktoren so gedacht haben und die Entstehungsgeschichte darauf hinweisen, was unerörtert bleiben kann: das Gesetz steht auf eigenen Füssen und kann unter Ablehnung jeder erblichen Belastung sein eigenes Daseinsrecht geltend machen.

Auf Wildschaden bezieht sich Art. 65 so wenig als Art. 66; von Halten der Tiere ist hier keine Rede; auch Art. 67 lässt sich auf Jagdgründe nicht anwenden. So bleibt also nur Art. 50, es besteht von eidgenössischen Rechtes wegen nur Verschuldenshaftung. Offenbar hat unser geringer Wildstand und die Tatsache, dass ein Reviersystem von praktischer Tragweite sich nur im Aargau findet (bei Patentensystem fällt Haftung natürlich ausser Betracht), den Gesetzgeber veranlasst, die Frage als eidgenössische quantité négligeable zu behandeln. Ihre Normierung liegt, soweit privatrechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen, natürlich nicht in der kantonalen Kompetenz; immerhin ist nichts dagegen zu erinnern, wenn die Einwohnergemeinde, die als Vertreterin der jagdberechtigten Grundeigentümer ihrer Gemarkung die Jagd verpachtet, kraft Gesetzes dies nur unter Belastung der Pächter mit der Verpflichtung soll tun können, dass diese für Wildschaden und andern aus dem Jagdbetrieb an Grundeigentum und Kulturen entstehenden Schaden aufzukommen haben; diese leges contractus bilden dann Vereinbarungen zu Gunsten Dritter, aus denen diesen nach Absicht der Parteien ein selbständiger Anspruch erwächst. (Aargau: Gesetz über das Jagdwesen 23. Febr. 1897 § 13 fg. spez. 15; Vollziehungsverordnung 16. Juni 1897 § 3 Abs. 2 § 6 fg. in Ges. Samml., N. F. V S. 27 fg. 33 fg.)

*f) Art. 67.*

Während O. R. die Haftung für Tierschaden milder gestaltet hat als das französische und deutsche Recht, ist es hier in Bezug auf die absolute Haftung im Gegensatz zu B. G. B. 836, das Exculpation zulässt, dem Art. 1386 des Code civil gefolgt, ja in zwei Richtungen ist es über ihn hinausgegangen: nicht nur für „Gebäude,“ sondern auch für „andere Werke“ und zwar für jeden Schaden lässt es haften, den sie infolge ihrer mangelhaften Unterhaltung oder fehlerhaften Anlage oder Herstellung verursacht haben, nicht bloss für den, der durch ihre „ruine“ entstanden ist. Der Haftbare ist hier nicht durch dieselbe Beziehung zur schädigenden Sache gegeben wie beim Tierschaden; nur der Eigentümer haftet, er aber wie gesagt, gleichviel, ob ihn bezüglich der Entstehung oder des unterbliebenen Unschädlichmachens jener Mängel ein Verschulden trifft oder nicht, ja selbst wenn er positive Diligenz oder gar Unmöglichkeit der Verhütung dartun sollte. Eine im Vergleich zu Art. 65 scharfe Verantwortlichkeit, wenn wir zunächst von dem dem Geschädigten anheimfallenden Beweis des vitium absehen. Scharf einmal in Bezug auf die Person des Haftbaren; der Eigentümer, nur er, er aber auch, wenn er nicht besitzt, und infolge dessen vielleicht ausser stande ist, Kenntnis vom Mangel zu haben oder Verhütungsmassregeln zu treffen, während B. G. B. prinzipiell den, der z. Zt. der Schadensstiftung Eigenbesitzer war, haftbar erklärt, in zeitlich beschränktem Masse auch den früheren Eigenbesitzer, neben ihnen gesetzlich oder vertraglich Unterhaltpflichtige, und an Stelle der genannten solche, die auf fremdem Grund und Boden in Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Rechts, z. B. Erbbaurecht oder Pacht, ein Gebäude besitzen; also eine weitgehende, auf Erwägungen der Möglichkeit und Verpflichtung, für die Erhaltung zu sorgen, beruhende Kasuistik, die unser Gesetz mit seiner starren Anknüpfung ausschliesslich ans Eigentum abschneidet. Scharf sodann in Bezug auf die Objekte, für die gehaftet wird; nicht bloss für Bauwerke wie im französischen Recht (in dem allerdings streitig ist, ob der Satz des Art. 1384 „on est responsable des choses.“

que l'on a sous sa garde“ nur auf 1385 und 1386 hinweist, oder über sie hinausgeht) und nicht bloss für Gebäude oder andere mit einem Grundstück verbundene Werke, wie in B. G. B. 836, sondern, wenn auch nicht schlechthin für alle leblosen beweglichen und unbeweglichen Sachen, so doch für Gebäude und für andere Werke schlechthin, gleichviel ob sie immobilisiert sind oder nicht. Was heisst nun „andere Werke?“ Ausgeschlossen ist damit jedenfalls die Haftung für menschlicher Einwirkung unzugängliche reine Naturergebnisse. Das Gesetz will aber wohl auch nicht für alles, was ausser Gebäuden von Menschenhand gemacht und bearbeitet ist, haften lassen. Eine positive Präzisierung der Worte ist freilich kaum möglich. Das Bundesgericht hat für die wiederholt von ihm vertretene nahe Verwandtschaft der „Werke“ im Sinn dieser Bestimmung auf die Zusammenstellung „Gebäude und andere Werke“ verwiesen (22 S. 1154 fg. Erw. 3); es hat „Werk“ restrictiv als gebäudeähnliche Anlage ausgelegt. Hätten wir Art. 67 Satz 1 und Art. 68 allein, so dürften wir entgegnen, es heisse doch nicht „Bauwerke,“ „ähnliche Werke“ u. dergl., jene Zusammenstellung könne auch eine blosse Reminiscenz an den historischen Ausgangspunkt, das französische Recht sein. Aber Zürich hatte in Art. 1885 dieselbe Alternative, und dort waren laut Bluntschlis Kommentar unter „andere Werke“ bautenähnliche Werke verstanden. Immerhin, man könnte sagen, im Gesetze selbst habe diese Einschränkung keinen passenden Ausdruck gefunden und Zürich Art. 1888, das Vorbild unseres Art. 68, habe allgemein von „Sachen“ gesprochen. Ein schlagenderes Argument hätte das Bundesgericht nun aber in Satz 2 von Art. 67 finden können. Er behält, wenn fehlerhafte Anlage oder Herstellung von „Gebäuden oder anderen Werken“ den Schaden verursachte, dem haftbaren Eigentümer den Rückgriff nach Massgabe des Art. 362 (Mängelansprüche des Bestellers beim Werkvertrag verjähren agendo, wenn es sich um ein Bauwerk — der französische Text sagt allerdings construction, nicht bâisse — handelt, in fünf Jahren seit Abnahme) gegen den „Erbauer“ (constructeur) vor. Nicht gegen bestimmte Unternehmer soll hier Rückgriff gegeben werden,

während er gegen andere versagt wird, sondern es soll eben nur für bestimmte leblose Sachen gehaftet werden, wobei freilich der französische Ausdruck weiter geht als der deutsche. Warum nun diese Beschränkung? Die rationelle Begründung, die im citierten Urteil und 27<sup>2</sup> S. 589 oben für Ausdehnung der Haftpflicht auf Werke gegeben wird: „auch bei anderen Werken besteht die gleiche oder eine ähnliche Gefahr der Schädigung durch mangelhafte Anlage oder Unterhaltung wie bei Gebäuden“ ist doch nicht nur innert dieser Begrenzung wahr. Das Bundesgericht ist denn auch in einem Fall in neuerer Zeit weiter gegangen, „il y a lieu d'envisager comme un ouvrage dans le sens de ces dispositions légales, führt 24<sup>2</sup> S. 103 aus, toute construction, toute œuvre corporelle dont la nature défectueuse a pour effet de pouvoir causer directement ou indirectement un dommage“ und das am Schlusse gegebene Beispiel zeigt, wie ernst es mit diesem generellen Satze genommen wird. Zwar war der ganze Inhalt der Erw. 2 dieses Urteils zum Entscheide nicht nötig; wie so oft hat unsere höchste Instanz auch hier dem Drange nicht widerstanden, zu lehren, nicht bloss zu richten, Theorie zu geben statt Praxis, auch eine abstrakte Streitfrage zu lösen, statt nur eine konkrete, ein Hang, der bei jedem Richter erklärlich und bei einem letztinstanzlichen Gericht besonders naheliegend ist, sich auch oft aus einer ungenügenden Unterscheidung der Aufgaben von Referat und Urteil herleiten mag, der aber nicht unbedenklich ist, da er (der konkret geartete Einzelfall schwiebt beim generellen Entscheid doch immer vor) schon oft ein unrichtiges Generalisieren und bedauerliche Selbstknebelung für die Zukunft verschuldet hat. [Mitunter aber wendet sich auch das Unrecht zum Guten; so hier: aus den von der Praxis anerkannten Anwendungsfällen des Art. 67, in denen jene Schranke oft nur mit Mühe innegehalten wird, und wohl namentlich aus dem französischen Text ist hier ein Schluss gezogen, der zum mindesten de lege ferenda richtig ist. In der Tat, warum sollte die Grösse der Dimension oder die Tatsache entscheidend ins Gewicht fallen, dass bestimmte technische Berufsarten die schädigende Sache hergestellt haben?

Warum beim Platzen eines defekten Gasometers, bei Wasserentweichung aus einer ungenügend befestigten, daher verbogenen und gesprungenen Röhre Ersatzpflicht angezeigt sein, dagegen nicht beim Zerspringen eines Gefäßes voll komprimierter Luft, dessen Wand an einer Stelle zu dünn geraten, oder eines Säureballons, einer Korbflasche, die unsichtbar zerfressen, gesprungen waren, eines unrichtig konstruierten Gewehr- oder Geschützlaufes? Warum Haftung, wenn der Feuerschaden aus einer defekten elektrischen Anlage oder einem bei Balken durchgeleiteten Kamin entstund, keine Haftung, wenn er von einer defekten Laterne oder einem fehlerhaft konstruierten heizbaren Petrolofen herrührte; warum eine Verschiedenheit, wenn die Sprosse einer Feuerleiter und wenn ein Stuhlbein morsch ist? Uns scheint, die Fesseln, in denen die Praxis sich abquält, sollten beseitigt, es sollte der Verantwortung für uns unterstellte lebende Schädiger, die aktiv werden (Art. 61—66), eine Haftung für lebloses Werk von Menschenhand, das, wie der deutsche Text in authropomorphisierender Denkweise sich vorstellt, fehlerhaft tätig wird, in Art. 67, 68 entgegengestellt werden. Die Frage der Tragfähigkeit ist ja auch bei der Verhaftung für Gebäudeschaden ausser Betracht geblieben; Hauseigentümer können leicht ökonomisch nichts ihr eigen nennen; so soll jene Erwägung auch nicht gegen eine Ausdehnung der haftbegründenden Produkte von Menschenhand angeführt werden. Auch die *vitia loci* und seiner Naturprodukte sollten beschränkt einbezogen werden (im Gegensatz zu Dig. 39, 2, 24 § 2, 9): dann, wenn die Verwendung zu menschlichen Zwecken sie aus dem Naturzustand herausgehoben und menschlicher Herrschaft dienstbar gemacht hat. Wer auf unsicherem Grunde baut oder Bäume sein eigen nennt, soll insofern wenigstens haften, als die Sicherung dort keine genügende oder der Baum morsch oder nicht gestützt war und daraus Schaden entsteht (B. G. 24<sup>2</sup> S. 103 Erw. 5 a. E); unverständlich wäre diese Haftung nur, wenn die Schadensursache bloss von aussen, nicht oder nicht auch von innen her gewirkt hätte, wenn z. B. ein normal ausgestalteter nicht altersschwacher oder ein richtig gestützter fruchteschwerer Baum vom Sturm

auf fremde Habe geworfen wurde oder ein baugesetzlich tadellos ausgebautes und in gutem Reparaturzustand befindliches Haus (anders ein zu schwach fundamentiertes oder von früher her unterwaschenes) bei Hochwasser zusammenstürzt. Diese wünschbare Ausweitung erheischt einen Ersatz für „Gebäude und andere Werke“; wir schlagen vor „einer durch menschliche Tätigkeit hergestellten oder verwendeten, leblosen Sache.“ Sie erfordert ferner eine Beseitigung des zweiten Satzes. Wir möchten ihn in erster Linie streichen. Sofern er auf Kontraktsbeziehungen zwischen dem Haftbaren und dem Ersteller hinweist, ist er überflüssig und geht er mit seinem Eingriff in Art. 116 zu weit; sofern er Kontraktsbeziehungen zwischen beiden nicht voraussetzen sollte, wie das Appellationsgericht Baselstadt (Revue der Gerichtspraxis 12 Nr. 132) annimmt, ist er ebenfalls überflüssig, weil schon durch Art. 50 gedeckt — allerdings nicht in Bezug auf die Verjährung. Eventuell könnte gesagt werden: „Im letzteren Falle hat er nach Art. 362 den Rückgriff gegen den Ersteller, auch wenn er nicht der Besteller war.“ — Was den Kausalzusammenhang betrifft, so genügt nach Art. 67 ein jeder ganz allgemein; nicht erfordert wird ein auf bestimmtes oder ausschliessliches Tätigwerden des Objekts, wenn man so sagen darf, beschränkter. So auch die Praxis, wie uns im Widerspruch zu Rossels Kritik von B. G. 16 S. 812 fg. scheint, mit gutem Recht; dass die deutsche Fassung, die doch lediglich die französische passive Participlkonstruktion in einen aktiven Relativsatz auflöst, wobei das Gebäude nur etwas stärker als Schadensverursacher hervorgehoben wird (*causé par le défaut d'entretien etc.*, welche dasselbe infolge mangelhafter ... verursacht hat), dagegen sprechen soll, ist nicht einzusehen, „Ursache“ heisst doch nicht einzige Bedingung. Das B. G. ist auch ruhig auf jenem Wege weitergegangen: 28<sup>2</sup> S. 286 fg. spez. 290 Erw. 5 fg. werden Art. 67, 68 auf Lärm und Erschütterung durch den Betrieb eines Walzwerks in einem nicht gehörig fundamentierten Gebäude <sup>1)</sup>), in 27<sup>2</sup> S. 578 fg. auf die

<sup>1)</sup> Hier wie bei Art. 50 hat die Abgrenzung gegenüber Bestimmungen des kantonalen Nachbarrechts erhebliche Schwierigkeiten bereitet, auf die

durch einen Dritten vorgenommene Untersuchung, die eine durch die ungenügende Installation begünstigte Explosion eines Acetylengasapparates herbeiführte, angewendet. Gewiss wird hiebei stets im Auge behalten werden müssen, dass nur ein adäquater Kausalzusammenhang<sup>j</sup> zur Haftung führt. Der Eigentümer des baugesetzlich zu dünn konstruierten Hauses haftet nicht, wenn eine Kugel durchschlägt und einen Mieter verwundet, wohl aber die Schützengesellschaft, wen⁊ der Zeiger infolge unrichtiger Konstruktion des Zeigerhauses oder -grabens von normal einschlagenden oder ricochierenden Kugeln der Schützen verletzt wird. — Ein Gegengewicht gegen diese Schärfe der Haftungsfälle und des Haftungsmassstabes liegt nun aber wie im französischen Recht (Reichsger. 23 S. 313 fg.) in der Beweislastregelung: der Geschädigte hat das vitium darzutun, nicht der Eigentümer sein Fehlen. Oft wird es ja zwar heissen: *res ipsa loquitur*; jene Prämisse wird sich aus dem Schadensereignisse oder der Schadensfolge von selbst ergeben, aber durchaus nicht immer, und so kann die wünschbare Anwendung des Gesetzes an einem Beweisnotstande scheitern.

---

näher einzutreten hier nicht der Ort ist. Unser Civilgesetzentwurf 679 bestimmt: „Wird Jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Verletzung oder Vorkehrung zum Schutze gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.“ Keine nachbarrechtliche Bestimmungen; diese folgen erst in 864; dass Art. 67 hiervon ersetzt werden soll, wird in den Erläuterungen ausdrücklich verneint, er soll dadurch nur ergänzt werden; ein vitium ist nicht vorausgesetzt, die Haftung also insofern viel strenger. Die Prämisse „Ueberschreitung des Eigentums“ ist unklar; wann liegt sie vor? Die Erläuterungen geben keinen genügenden Aufschluss, wenn sie sagen, die Haftung setze ein Verhalten voraus, das wenigstens über das blosse Bestehen des Eigentumsgegenstandes hinausgehe; es könne bestehen in einem positiv schuldhaften Verhalten oder einer Unterlassung der dem Eigentümer obliegenden Pflichten (worin bestehen diese?), oder im Stiften eines Schadens mit dem oder aus dem Eigentum heraus und mit dessen Hilfe, während man den Schaden ohnedies nicht hätte stiften können. Der Satz ist trotz M. Rümelins Kritik und Prof. Reichels Opposition von der Expertenkommision gutgeheissen worden; wir fürchten, es lässt sich damit alles und nichts machen, eine Verbesserung bringt er nicht; die Grenzverwirrung wird ärger als zuvor, und dass für Fahrniseigentum keine Ergänzung von Art. 67 notwendig sei, ist eine problematische Behauptung.

Das gilt ja auch, wo Art. 50 in Frage steht. (Falsch Schaffhausen, Revue Gerichtspraxis 6 Nr. 12, 10 Nr. 83. von dieser Erwähnung aus für Umkehr der Beweislast.) Namentlich wenn das Schadensereignis die lebenden und toten Zeugen des Hergangs und seiner Ursachen beseitigt. In einem Falle, wo eine Pulverfabrik infolge Explosion in die Luft flog, hat das Reichsgericht Vorgänge, die möglicherweise, aber nicht erwiesenmassen kausal waren, als kausal behandelt mit der Motivierung, die Rechtsverfolgung wäre nahezu ausgeschlossen, wollte man in Fällen, wo die unmittelbar wirkende Ursache der Natur der Verhältnisse nach sich nicht ermitteln lasse, ausser dem zur Herbeiführung des Erfolgs geeigneten schuldbaren Verhalten auch noch den Beweis des wirklichen ursächlichen Zusammenhangs fordern; das Bedürfnis, nur den Beweis des möglichen zu fordern, mache sich gerade bei eminent gefahrbringenden Anlagen geltend (10 S. 141 fg. vergl. 8 S. 167 fg.). Man half sich also hier mit einer Streckung des Kausalzusammenhangs wie anderwärts mit einer Zerrung der Culpa. In einem Falle aber, wo durch eine Explosion infolge Brands in einem Feuerwerkslaboratorium ein Stein auf einen Passanten geschleudert wurde, ist zutreffend gegenüber Aubry und Laurent bemerkt worden, dass in Code civil 1382, 1383 und 1386 keine Rechtsvermutung für Schuld oder vitium aufgestellt sei (R. G. 22 S. 382 fg.) Eine durchgängige Änderung in dieser Hinsicht zu treffen geht nun aber durchaus nicht an und auch jenes Auskunftsmittel ist bedenklich.

Wohl aber ist jene Abhilfe nicht durchweg auszuschliessen. Wir glauben allerdings, dass es Fälle gibt, wo nicht einmal eine Umkehrung der Beweislast genügt, sondern eine absolute Beseitigung der Schuldfrage (Schuld in beiden Bedeutungen von culpa und vitium genommen) sich empfiehlt, und zwar bei den generellen wie bei den speziellen Haftungstatbeständen. Nicht, dass wir in der Lage wären, mechanisch bestimmte Kategorien herauszugreifen oder ausreichende feste Formulierungen vorzuschlagen. Eine Ausdehnung der bereits bestehenden Spezialhaftpflicht bestimmter Betriebe und Gewerbe auf alle durch ihren Betrieb und dessen Neben- und Hilfsarbeiten

verursachten Schaden, die auch schon vorgeschlagen wurde, würde auf falscher Generalisierung beruhen; ebenso unzureichend bald und bald zu weitgehend wäre eine Anordnung von Kausalhaftung für alle Fälle, wo der Schaden durch Verwendung starker Elementarkräfte verursacht wird, etwa nach Art des B. Ges. betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 Art. 27 fg.; die Durchführung jener Voraussetzung wäre schwierig: alle oder nur bestimmte Elementarkräfte und dann welche? Die Wasserleitungsröhre birgt so gut eine Elementarkraft als das Millionen von Kubikmetern fassende Reservoir, der Herd so gut als der Kochofen, der Unterschied ist bloss ein quantitativer; für elektrische Stromleitungen werden wir unser Spezialgesetz nicht missen wollen, aber Aehnliches für Feuer und Wasser? Wie schwierig solche Spezialformulierungen sind, hat uns neulich genügend der Kampf um die Automobile und die passende Gestaltung ihrer Haftpflicht gezeigt. Die Analogie der Eisenbahnen war hier nur eine sehr partielle und die Unterstellung unter die Haftpflicht jener Transportanstalten eine gewaltsame; besser wäre ein Automobilspezialgesetz, etwa mit Abstufungen der Haftung nach der möglichen Geschwindigkeit. Vergessen wir bei Erörterung von Haftungsausdehnungen auch nicht die Schwierigkeit, sich gegen uneingegrenzte Gefahren durch Versicherung zu decken und die Mahnung von B.-R. Comtesse an unserem 39. Jahresfeste, man möge sich besinnen, bevor man die schon schweren Lasten, die unsere Industrie trage, zum Schaden ihrer Konkurrenzfähigkeit steigere, und man möge bedenken, dass das Problem auch vom Standpunkt des hypothetisch Verantwortlichen und seiner Tragfähigkeit, nicht bloss des Beschädigten, betrachtet sein wolle. Die Entwicklung unserer Haftpflichtgesetzgebung zeigt ja, dass Fabriken auch bei geringerer Betriebsgefahr eine weitergehende Haftpflicht auferlegt wurde als dem Handwerksbetrieb selbst bei relativ grosser Gefährlichkeit, so wichtig waren Erwägungen der Tragfähigkeit. Unseres Erachtens ist eine Aenderung im System von Art. 50 fg. nur nötig, wo die herrschenden Prinzipien nach Lage des konkreten Falls zu schreienden Ergebnissen

nissen führen würden. Es wird dann zu erwägen sein, ob die für objektive Haftung formulierten Gründe: eklatantes eigenes Interesse, daher eigene Gefahr, erhöhte Gefährdung, gesteigerte Präventionsnotwendigkeit, Beweisnotstand, Tragfähigkeit, sei es vereinzelt aber mit überwiegendem Gewicht, sei es alleamt für jenen Haftungsmasstab sprechen. Ob dies der Fall ist kann nur der Richter untersuchen, und seinem Ermessen wird wie bei Art. 58 zu überlassen sein, ob dann eine Abweichung von der Regel gerechtfertigt ist und wie weit. Möglich, dass sich aus der hiebei gewonnenen Erfahrung mit der Zeit festere Einzelnormierungen herausschälen und Tatbestände verdichten lassen. Wird diese Haftung vom Gesetze als eine ausnahmsweise bezeichnet, so wird sie nur vorsichtig zur Anwendung gebracht werden; gegen Missbrauch schützt ja auch der Instanzenzug, der nach Einführung der Privatrechtseinheit in weit ausgiebigerer Weise als bisher ans Bundesgericht wird ermöglicht werden müssen, wollen wir bei der wenig ins Detail gehenden Art unserer Gesetze auch praktisch zur Rechtseinheit kommen. Die Gefahr, den Richter zum Rechtsschöpfer für den Einzelfall zu bestellen, dürfte dann leichter wiegen, als wenn das Gesetz einen vielleicht nicht in allen Konsequenzen überschaute zu weittragenden Satz festnagelt. Aussergewöhnliche Veranstaltungen, meinen wir, sollen auch aussergewöhnliche Haftung zur Folge haben können (nicht müssen), aussergewöhnliche nicht bezüglich des Umfangs sondern des Grundes; eine mechanische Abstufung in jener Richtung, etwa gesetzliche Reduktion auf die Hälfte bei Zufallshaftung, dürfte anderseits hier so wenig als bei Art. 58 angezeigt sein; Art. 51 Abs. 1, wonach bei Bemessung des Ersatzes auch die Höhe der Schuld in Betracht fällt, wird freilich meist mildernd wirken. Wollen wir ein Hinausgehen über Art. 50, 61 fg. 65 und 67 möglich und die bei Art. 58 besprochene Ausdehnung desselben auf schuldlose Tat Zurechnungsunfähiger überflüssig machen, so liesse sich etwa sagen, dass für Schaden, verursacht durch Werke, Betriebe, Herrschaftsverhältnisse, Vorkehrungen und Verhalten, die erkennbar mit erhöhter aussergewöhnlicher Gefährdung verbunden sind,

ausnahmsweise und nach billigem richterlichem Ermessen eine Haftung des sie Betreibenden statuiert werden kann, auch wenn keine Schuld desselben und kein objektiver Mangel in Betracht fällt. Es wäre dies ein Satz, der seine Probe einige Jahre lang zu machen hätte; bewährt er sich nicht, so ist er rascher beseitigt, als durchgehende Einzelveränderungen; bewährt er sich zum Teil, so ist seine Revision möglich, und Spezialgesetze, die sein Prinzip in der Einzelsachlage präziser aussprechen können, werden mit dieser Fassung nicht verhindert; bewährt er sich ganz, so sind damit vielleicht Bausteine für dereinst mögliche bessere Bildungen gewonnen.

*g) Art. 60.*

Die Bestimmungen über Solidarhaftung mehrerer Haftbarer erheischen eine bessere Berücksichtigung der Fälle, in denen objektive Haftung eintritt. Ueberall, wo mehrere haftbar sind, soll Solidarhaftung eintreten. Nicht bloss Art. 50, 55, 57, 58 sind zu decken, sondern auch die Spezialartikel, das Verhältnis von 61 und 62 zu 58 und 50, wo wir alle die subsidiären Haftungen des B. G. B. nicht kennen, und die generelle Ausnahmscausalhaftung, die vorhin empfohlen wurde. Ferner wäre ein B. G. B. 830 ähnlicher Artikel aufzunehmen. Freilich hat das Bundesgericht schon Art. 60 in diesem Sinn ausgelegt. Aber so wünschbar dies war, dem Gesetze ist hiernach doch Gewalt geschehen; freilich konnte man sich dafür auf illustre Vorbilder in der gemeinrechtlichen und französischen Praxis berufen (Reichsgericht 23 S. 329 fg. vgl. S. 158 fg.; anders R. G. 1 S. 89 fg.). Die Motivierungen, mit denen das Bundesgericht bei Schlägereien und Raufhändeln Teilnehmer solidarisch haftbar erklärte, die vielleicht gar nicht mitgeschlagen hatten, erinnern durchaus an jene Fälle, wo z. B., als die Jugend eines Dorfes sich vereinigte, um die Jungmannschaft des Nachbardorfs zu verbengeln und hiebei einer ein Auge durch einen Steinwurf verlor, das Reichsgericht einen Mittäter, von dem nicht erwiesen war, dass er den verletzenden Stein warf, mit der Begründung verurteilte: Die Verbindung zum gemeinsamen Handeln mit Andern und mit dem Willen, eine

Verletzung zuzufügen und das mit diesem Vorsatz geschehene Werfen von Steinen sind eine unrechte Tat; der eingetretene schwere Erfolg ist dem Beklagten als Culpa anzurechnen; die Beschädigung ist nicht lediglich auf den einzelnen Wurf zurückzuführen, sondern hat ihren ersten Grund in der Verbindung der Mehreren mit dem Vorsatz zu verletzen und in deren gemeinsamen und gleichzeitigen Tätigkeit zu diesem Zwecke; hiedurch hat ein Jeder das Tun des Andern auch zu dem seinigen gemacht und ist verantwortlich, wenn der Täter nicht ermittelt werden kann. In Wahrheit wird der Kausalzusammenhang hier vielleicht etwas stark gestreckt; was man will und was B. G. B. 830 enthält, das ist: einen blossen Teilnehmer, dessen Handlung an der Schadensverursachung vielleicht gar nicht mitgewirkt hat, haftbar erklären wegen seiner bloss persönlichen Beziehung. Jene Urteile operieren mit Fiktionen; eine solche Bestimmung würde diese überflüssig machen.

Zur besseren Uebersicht der Ergebnisse folgen unter Hinweis auf den Platz der jeweiligen Erörterungen formulierte Fassungen der Hauptbestimmungen des O. R. über das Schadensersatzrecht, links die bestehenden Sätze, rechts die vorgeschlagenen Änderungen; wo der Text durchgehend gedruckt ist, soll es unseres Erachtens bei der heutigen Fassung verbleiben.

*Art. 50 (S. 52 fg.).*

Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.

*Art. 51 (S. 23 fg. 63 fg.).*

Art und Grösse des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt, in Würdigung sowohl der Umstände, als der Grösse der Verschuldung.

Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen,

(Abs. 1 und 2 unverändert, dann) ebenso, wenn der Beschädigte ein erhöhtes Risiko geschaffen oder den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen oder den Schaden abzuwenden und zu

so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermässigen oder gänzlich von derselben entbinden.

mindern gegen die gute Treue unterlassen hat.

Aus Rücksichten der Billigkeit kann in gleicher Weise behandelt werden ein Verhalten eines zurechnungsunfähigen Beschädigten, das bei einer zurechnungsfähigen Person ein verschuldetes wäre.

*Art. 52* (S. 20).

Im Falle der Tötung eines Menschen sind die verwendeten Kosten, insbesondere diejenigen der Beerdigung, zu erstatten. Ist der Tod nicht sofort eingetreten, so muss namentlich auch für die Kosten der versuchten Heilung und die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit Entschädigung geleistet werden. Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten.

*Art. 53* (S. 20. 25).

Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten und auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit.

Ueberdies kann der Richter bei einer Verstümmelung oder Entstellung, durch welche das Fortkommen des Verletzten erschwert wird, auch dafür eine Entschädigung zusprechen.

(Ebenso, aber mit dem Zusatze) mit Inbegriff einer Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens.

(Abs. 2 ist zu streichen, weil, soweit in dieser Richtung wirtschaftlicher Nachteil in Frage steht, sein Ausgleich stets erfolgen sollte; im übrigen s. Art. 54. 55.)

*Art. 54* (S. 20).

Bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich in Fällen von Arg-

Bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen bleiben für den Verletzten und für die Angehörigen des Verletzten oder Getöteten die Ansprüche

list oder grober Fahrlässigkeit, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens eine angemessene Geldsumme zugesprechen.

aus Art. 26 (s. unten bei Art. 55) vorbehalten.

*Art. 55 (S. 5—23. 25).*

Ist jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen.

(Civilgesetzbuch Art. 26:) Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugt angegriffen wird, kann auf Beiseitigung der Störung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen. Bei ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse kann der Richter ausserdem unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit, auf Genugtuung durch Zahlung einer angemessenen Geldsumme und wenn nötig durch Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Fehlbaren erkennen.

*Art. 56 (S. 49 fg.).*

Bei einer Schädigung, welche durch Notwehr entschuldigt wird, fällt die Ersatzpflicht weg.

Für eine durch Notwehr erlaubte Schädigung besteht keine Ersatzpflicht. Dasselbe gilt, wenn jemand eine fremde Sache beschädigen muss, um eine ohne seine Schuld durch sie drohende zu jener Beschädigung in keinem Miss-

verhältnis stehende Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden.

Eine zur Abwendung gegenwärtiger unverschuldeter Gefahr notwendige, der guten Sitte nicht widerstreitende Einwirkung auf fremde Sachen ist erlaubt, wenn der drohende Schaden unverhältnismässig grösser ist, als der durch die Einwirkung angerichtete Schaden, verpflichtet aber zu Schadenersatz.

*Art. 57 (S. 57 fg.).*

Wer sich durch eigenes Verschulden in einen vorübergehenden Zustand von Bewusstlosigkeit versetzt und in demselben Schaden anrichtet, ist dafür verantwortlich.

Wer sich durch geistige Getränke oder andere Reizmittel oder durch Hypnose in einen vorübergehenden Zustand natürlicher Handlungsunfähigkeit versetzt und in demselben . . . . verantwortlich, er weise denn nach, dass jener Zustand ohne sein Verschulden eingetreten ist.

*Art. 58 (S. 58 fg.).*

Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen.

Aus Rücksichten . . . . Schaden in einer Weise angerichtet hat, die sich bei einem Zurechnungsfähigen als verschuldet darstellen würde, zu teilweisem . . . . verurteilen.

*Art. 59.*

Bei Beurteilung der in den Artikeln 56, 57 und 58 genannten Fälle ist der Richter weder an die strafrechtlichen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit noch an eine Freisprechung durch das Strafgericht gebunden.

*Art. 60 (S. 102 fg.).*

Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, so haften sie solidarisch für den Ersatz, ohne Unterschied, ob sie als Anstifter, Urheber oder Gehilfen gehandelt haben.

Ob und in welchem Umfange demjenigen, welcher bezahlt hat, ein Regress gegen die Mitschuldigen zustehe, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.

Der Begünstiger haftet nur dann und nur soweit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat.

Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene zum Ersatz verpflichtende Handlung einen Schaden verursacht, so haften sie solidarisch; dasselbe gilt, wenn sich nicht feststellen lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, sowie wenn sonst mehrere für denselben Schaden verantwortlich sind.

Anstifter, Gehilfen, Mittäter stehen sich gleich. Der Begünstiger etc. (Absatz 3).

Ob und in welchem Umfange dem, welcher bezahlt hat, ein Rückgriff gegen die Mit haften zustehe, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.

*Art. 61 (S. 65 fg. spez. 70 fg.)*

Wer rechtlich verpflichtet ist, die häusliche Aufsicht über eine Person zu führen, haftet für den von ihr verursachten Schaden, insofern er nicht darzutun vermag, dass er das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe.

*Art. 62 (S. 65 fg. spez. 72 fg.)*

Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in

Ein Geschäftsherr . . . . verursacht haben, ein Dienstherr für den Schaden, welchen

Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.

Diese Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben.

seine Dienstboten in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er . . . zu verhüten.

Abs. 2 streichen.

*Art. 63* (S. 76).

Dem nach Massgabe der Artikel 61 und 62 Ersatzpflichtigen steht das Rückgriffsrecht gegen den Täter zu, soweit dieser für seine Handlungen verantwortlich erklärt werden kann.

Streichen.

*Art. 64* (S. 85 fg.), nach Art. 68 zu stellen.

Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- oder Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen.

Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Kantonalgesetze nicht geändert werden.

*Art. 65* (S. 88 fg.).

Für Schaden, welchen ein Tier anrichtet, haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe. Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff, wenn

Für Schaden, welchen ein Haustier anrichtet . . . . angewendet habe.

Für Schaden, welchen ein gezähmtes oder ein wildes Tier anrichtet, haftet, wer dasselbe hält, gleichviel, ob es in seinem Gewahrsam steht

das Tier von einem andern oder durch das Tier eines andern gereizt worden ist.

oder aus demselben entkommen ist.

Dem für Tierschaden Haftbaren bleibt der Rückgriff vorbehalten, wenn das Tier . . . . . worden ist.

#### *Art. 66.*

Der Besitzer eines Grundstückes ist berechtigt, Dritten angehörige Tiere, welche auf demselben Schaden anrichten, zur Sicherung seiner Ersatzforderung einzufangen und in seinen Gewahrsam zu nehmen, in schweren Fällen sogar zu töten, wenn er sich ihrer nicht anders erwehren kann.

Er ist jedoch verpflichtet, ohne Verzug dem Eigentümer davon Kenntnis zu geben und, sofern ihm derselbe nicht bekannt ist, zu dessen Ermittelung das Nötige vorzukehren.

#### *Art. 67 (S. 93 fg.).*

Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht. Im letztern Falle bleibt ihm der Rückgriff nach Massgabe des Artikels 362 gegen den Erbauer vorbehalten.

Der Eigentümer einer durch menschliche Tätigkeit hergestellten oder verwendeten leblosen Sache hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dieselbe . . . . . verursacht.

(Schlussatz streichen.)

#### *Art. 68 (S. 93 fg.).*

Wer von dem Gebäude oder dem Werke eines andern mit Schaden bedroht ist, kann von dem Eigentümer verlangen, dass er die erforderlichen Massregeln zur Abwendung der Gefahr treffe. Vorbehalten

Wer von einer durch menschliche Tätigkeit hergestellten oder verwendeten leblosen Sache eines andern mit Schaden bedroht ist, . . . . . Eigentum.

bleiben die Anordnungen der Polizei zum Schutze von Personen und Eigentum.

*Art. 68 a* (S. 99 fg.).

Für Schaden, verursacht durch Werke, Betriebe, Herrschaftsverhältnisse, Vorkehrungen und Verhalten, die erkennbar mit aussergewöhnlicher Gefährdung verbunden sind, kann ausnahmsweise nach billigem richterlichen Ermessen auf Grund der vorhergehenden Artikel auch dann ganze oder teilweise Ersatzpflicht auferlegt werden, wenn der Beschädigte kein Verschulden des Haftbaren und keinen Mangel seiner Sache dartut oder der Haftbare den ihm obliegenden Entlastungsbeweis erbringt.

*Art. 69.*

Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, an welchem der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung und der Person des Täters erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren von dem Tage der Schädigung an gerechnet.

(Ebenso, nur statt „der Person des Täters“: „der Person des Haftbaren.“)

Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Civilanspruch.

*Art. 110 (S. 26).*

Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner Schadenersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt.

*Art. 111 (S. 26 fg.)*

Jede Verbindlichkeit, etwas zu tun, löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf. Jedoch kann der Gläubiger ermächtigt werden, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen.

*Art. 112 (S. 27 fg.).*

Wenn eine Verbindlichkeit darin besteht, etwas nicht zu tun, so wird derjenige, welcher ihr zuwiderhandelt, schon durch das blosse Zuwiderhandeln zum Schadenersatze verpflichtet. Auch kann der Gläubiger die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen, dieselbe auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.

Wenn . . . . . nicht zu tun, so wird der Schuldner, welcher . . . . . verpflichtet, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Jedoch kann der Gläubiger ermächtigt werden, die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes auf Kosten des Schuldners zu verlangen.

*Art. 113 (S. 38 fg.).*

Im allgemeinen haftet der Schuldner für jede Fahrlässigkeit. Die Haftung ist eine mehr oder minder ausgedehnte je nach der besonderen Natur des Geschäftes. Insbesondere wird dieselbe milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

*Art. 114 (S. 37).*

Eine zum voraus getroffene Verabredung, wodurch die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll, ist nichtig.

Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach billigem Ermessen des Richters

als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung in einem Dienstverhältnisse zu dem andern Teile stand oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

*Art. 115 (S. 76 fg.).*

Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.

Die Verantwortlichkeit des Schuldners für das Verschulden der genannten Personen kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden. Steht aber der Verzichtende zu dem andern Teil in einem Dienstverhältnis oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden.

Der Schuldner, welcher die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten oder die Ausübung der ihm kraft des Schuldverhältnisses zustehenden Rechte befugterweise ganz oder zum Teil durch andere vornehmen lässt, ist dem Gläubiger haftbar, wenn infolge ihres Verhaltens die geschuldete Leistung nicht oder nicht gehörig erbracht oder unmittelbar bei jener Vornahme dem Gläubiger ein Schaden zugefügt wird, er weise denn nach, dass jenen Hilfspersonen kein Verschulden zur Last fällt. In gleicher Weise haftet er für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters. Brachte das Geschäft dem Schuldner keinerlei Vorteil, oder ist seine Haftung für eigenes Verschulden aus sonst einem Grunde gemildert, so entfällt jene Verantwortung.

(Abs. 2 unverändert.)

*Art. 115a.*

Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter in Anlehnung an den Art. 68 a den

Schuldner ausnahmsweise auch dann ganz oder teilweise ersatzpflichtig erklären, wenn jenen Personen kein Verschulden zur Last fällt.

*Art. 115 b.*

Ist die Vornahme durch Hilfspersonen nicht oder nur beschränkt gestattet, so handelt der Schuldner bei ihrer Verwendung auf eigene Gefahr, wenn er nicht beweist, dass der Schaden auch sonst eingetreten wäre.

*Art. 116* (S. 21—23. 26. 28. 31 fg.).

Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte.

Den Betrag des Schadens stellt der Richter nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände fest.

Ob bei schwerem Verschulden in einem weiteren Umfange, als im ersten Absatze bestimmt ist, Schadenersatz zu leisten sei, bleibt dem richterlichen Ermessen vorbehalten.

Die Grösse des Schadeneratzes (im übrigen wie bei Art. 51).

Der Richter kann, wo es zum Zwecke des Schadensausgleichs notwendig ist, auch auf Veröffentlichung des Urteils in Kosten des Fehlbaren erkennen.

*Art. 322* (S. 42).

Der Entlehner darf von der geliehenen Sache nur denjenigen Gebrauch machen, welcher sich aus dem Vertrage

oder, wenn darüber nichts vereinbart ist, aus ihrer Beschaffenheit oder Zweckbestimmung ergibt.

Er darf den Gebrauch nicht einem Anderen überlassen.

Handelt der Entlehner diesen Bestimmungen zuwider, so haftet er auch für den Zufall, wenn er nicht beweist, dass dieser die Sache auch sonst getroffen hätte.

Handelt er diesen Bestimmungen gemäss, so haftet er nur für Verschulden. Ausnahmsweise aber kann er aus Rücksichten der Billigkeit nach richterlichem Ermessen auch in diesem Fall für Schaden, der die entlehnte Sache ohne sein Verschulden trifft, ganz oder teilweise haftbar erklärt werden.

*Art. 351. (S. 81 fg.).*

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder doch unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen.

Ausgenommen sind die Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Immerhin haftet der Unternehmer für jedes Verschulden der Personen, welchen er die Ausführung überträgt.

*Art. 397 (S. 81 fg.).*

Hat der Beauftragte die Be- sorgung des Geschäftes unbefugterweise einem Dritten übertragen, so haftet er für die Handlungen desselben wie wenn es seine eigenen wären.

War er zur Uebertragung befugt, so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.

(Abs. 1 und 2 sind ganz zu streichen, event. sind die Grundsätze der Art. 115, 115 a und b hier zu wiederholen.)

*Art. 400. (S. 39 fg.)*

Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, welche dieser in Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und denselben von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.

Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden ist.

Der ..... dieser zum Zweck der Ausführung des Auftrags den Umständen nach angemessen gemacht ..... denselben von den in gleicher Weise eingegangenen ..... befreien.

Auch wenn er diesen Beweis leistet, kann ihm nach richterlichem Ermessen dennoch ganzer oder teilweiser Ersatz eines Schadens auferlegt werden, der durch eine vom Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrags vorgenommene vorwurfsfrei als zweckdienlich erachtete Handlung von erhöhter Gefährdung begünstigt wurde.

*Art. 457. (S. 42 fg.)*

Wenn ein Frachtgut verloren oder zu Grunde gegangen ist, so hat der Frachtführer den vollen Wert desselben zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder Untergang durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch höhere Gewalt oder

Wenn ..... oder Untergang auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Abs. 2 unverändert.

Für Verlust oder Untergang von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapie-

durch ein Verschulden oder eine Anweisung des Absenders beziehungsweise des Empfängers verursacht sei.

Verabredungen, wonach ein den vollen Wert überschreitendes Interesse oder weniger als der volle Wert zu ersetzen ist, bleiben vorbehalten.

ren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Wert des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

*Art. 458* (S. 42 fg.)

Unter den gleichen Voraussetzungen und Vorbehalten haftet der Frachtführer für allen Schaden, welcher aus Verspätung in der Ablieferung oder aus Beschädigung oder aus teilweisem Untergange des Gutes entstanden ist.

Ohne besondere Verabredung kann ein höherer Schadenersatz als für gänzlichen Verlust nicht begehrt werden.

*Art. 470* (S. 41 fg.)

Der Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeit. Jedoch ist seine Haftpflicht milder zu beurteilen, wenn er gehandelt hat, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden.

Hat er die Geschäftsführung entgegen dem ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Geschäftsherrn unternommen, so haftet er auch für den Zufall, sofern er nicht beweist, dass derselbe auch ohne seine Einmischung eingetreten wäre.

Hat er ..... unternommen und war dieses Verbot nicht unsittlich oder rechtswidrig, so haftet er ..... wäre.

*Art. 472* (S. 41)

Wenn die Uebernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer

Wenn ..... Geschäftsbesorgung der Sachlage und richtigem Ermessen nach durch das Interesse ..... befreien.

Abs. 2 unverändert.

alle Verwendungen, welche notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.

Diesen Anspruch hat der Geschäftsführer, welcher mit der gehörigen Sorgfalt handelte, auch dann, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt.

Sind die Verwendungen dem Geschäftsführer nicht zu ersetzen, so hat er das Recht der Wegnahme im Sinne von Artikel 74 Absatz 2.

*Art. 477 (S. 42).*

Der Hinterleger haftet dem Aufbewahrer für den aus der Hinterlegung entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden sei. Auch haftet er ihm für die mit Erfüllung des Vertrages notwendig verbundenen Auslagen.

Für andern Schaden, der ihm unter jenen Voraussetzungen aus der Geschäftsbesorgung erwachsen ist, kann ihm nach richterlichem Ermessen ganzer oder teilweiser Ersatz zugebilligt werden, wenn der Eintritt des Schadens begünstigt wurde durch eine zum Zwecke der Geschäftsbesorgung vorgenommene vorwurfsfrei als zweckdienlich erachtete Handlung von erhöhter Gefährdung.

Absatz 3 unverändert.

Der Hinterleger haftet dem Aufbewahrer für die mit Erfüllung des Vertrages notwendig verbundenen Auslagen. Für andern aus der Hinterlegung entstandenen Schaden haftet er ihm nur, wenn er nicht dartut, dass der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden sei. Immerhin kann ihm trotz diesem Nachweis nach richterlichem Ermessen ganzer oder teilweiser Ersatz auferlegt werden, wenn der Aufbewahrer aus vorwurfsfreier Unkenntnis in erhöhtem Masse durch die hinterlegte Sache gefährdet wurde.

*Avt. 486* (S. 43 fg.).

Gastwirte, welche Fremde zur Beherbergung aufnehmen, haften für jede Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden durch ein Verschulden des Gastes selbst oder seiner Begleiter oder Dienstleute oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache verursacht wurde.

Ein Verschulden des Gastes ist namentlich dann anzunehmen, wenn er unterlassen hat, grössere Geldsummen oder andere Sachen von bedeutendem Werte dem Wirt zur Aufbewahrung zu übergeben. Aber auch in diesem Falle haftet der Wirt sowohl für sein eigenes Verschulden als für dasjenige seiner Dienstleute.

Gastwirte . . . . Sachen, unter Vorbehalt weitergehender Bestimmungen dieses Gesetzes, auf Ersatz des Sachwertes, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden vom Gaste selbst, seinen Begleitern, Dienstleuten oder andern Personen, die er, es wäre denn auf Wunsch des Wirtes, bei sich aufgenommen hat, oder durch höhere . . . . verursacht wurde.

Für Kostbarkeiten, Geld und Wertpapiere, die der Reisende nicht übungsgemäss und angemessen bei sich behält, haftet der Gastwirt nur bis zum Höchstbetrag von Tausend Franken auf jeden Gast, er hätte denn diese Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen zur Aufbewahrung übernommen oder die Aufbewahrung abgelehnt, oder es würde ein Verschulden des Wirtes oder seiner Dienstleute erwiesen.

Die Ansprüche des Gastes erlöschen, wenn er nicht sofort nachdem er die Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung entdeckt hat, dem Gastwirte hievon Anzeige macht, es hätte denn dieser die Aufbewahrung übernommen.