

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	49 (1930)
Artikel:	Haftpflicht ohne Verschulden
Autor:	Homberger, A.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896404

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: 08.02.2026

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

Haftpflicht ohne Verschulden.

Referat von Prof. Dr. A. HOMBERGER, Bern.

A. Die Struktur des schweizerischen Haftpflichtrechtes.

„Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld.“ Das ist die einfache Formulierung, in die Ihering¹⁾ das Prinzip des römischen Schadenersatzrechtes zusammenzufassen vermag. Nicht aus der äussern Kausalität der Tat, der Zufügung des Schadens, fliesst die Verpflichtung zum Ersatz; das Verschulden ist es, das unter dem Gesichtspunkte eines innern Zusammenhangs, einer Kausalität, die sich dem Willen zum Vorwurf anrechnen lässt, diese Pflicht allein zu rechtfertigen vermag. Ohne dieses ist der Schaden, den der Mensch anrichtet, gleich dem Naturereignis; es hat ihn der zu tragen, den er trifft. Für die Verkehrsverhältnisse der Römer genügte das Prinzip im allgemeinen, und wo es in Wirklichkeit nicht genügte, da behaft man sich mit einer Ausweitung des Schuldbegriffes bis zur culpa levissima, für welche die lex Aquilia die Grundlage abgab, und rettete so beides, den von der Billigkeit geforderten Haftpflichtanspruch und das Verschuldensprinzip.

Den Lebensverhältnissen, die das heutige Recht ordnen soll, genügt dieses Prinzip nicht mehr. Zwar bildet die Verschuldenshaftung anscheinend immer noch den Mittelpunkt der auf dem Boden des römischen Rechtes erwachsenen modernen Privatrechtsordnungen. Allein hier und dort zeigte es sich längst, dass das Prinzip der individualistischen römischen Juristen nicht mehr genügte, das Verschulden als umfassende Grundlage wurde immer mehr in Frage gezogen, und ganz offen setzte die technische

¹⁾ Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 40.

Entwicklung des letzten Jahrhunderts einen Haftpflichtanspruch durch, den keine juristische Kunst mit dem Verschuldensprinzip in Einklang zu bringen vermochte. Man musste es nach anfänglichem Sträuben erkennen: Das Haftpflichtrecht hatte dasjenige, was man für sein Prinzip genommen hatte, durchbrochen.

Der Begriff des Verschuldens bringt es mit sich, dass die als Haftpflicht ohne Verschulden bezeichneten Fälle nicht einheitlich sind. Das rechtserhebliche Verschulden setzt die Urteilsfähigkeit voraus und schliesst neben der Fehlerhaftigkeit des Willens oder Intellektes die Rechtswidrigkeit in sich. Von Haftpflicht ohne Verschulden pflegen wir nicht nur da zu sprechen, wo ein Anspruch trotz Fehlens aller dieser Elemente gegeben ist; wir nehmen sie auch dort an, wo nur das eine oder andere fehlt, und kommen so zu verschiedenen Arten solcher Haftung. Ein anderes ist es, ob ein Anspruch zuerkannt wird, wo alle Elemente vorliegen bis auf dasjenige der Urteilsfähigkeit, ein anderes, wenn geklagt wird, wo dem Willen ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, oder wo die Rechtswidrigkeit fehlt. Verschulden liegt hier überall nicht vor, weil hiezu alle Elemente gegeben sein müssten; aber eine weitere Einheitlichkeit fehlt, wie eine Prüfung dieser Tatbestände zeigen mag.

I.

Die Haftung nicht urteilsfähiger Personen, auf welche der Richter nach Art. 54 I OR aus Billigkeit erkennen kann, sieht vom Verschulden als Haftungsgrundlage ab. Das Verschulden setzt die Urteilsfähigkeit voraus. Ich kann mir nicht vorstellen, wie beim Fehlen der Urteilsfähigkeit ein Verschulden angenommen werden könnte²⁾; wenn für einen gegebenen Tatbestand die Urteils-

²⁾ In diesem Sinne C. Chr. Burckhardt, Die Revision des schweizer. OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht. Z.S.R. n. F. 42 S. 527. Andere Auffassung bei Oermann, zitiert bei Oser-Schönenberger, Komm. Art. 54 N. 4.

fähigkeit fehlt, so wird hier auch das Verschulden nicht vorhanden sein.

Grundsätzlich möchte ich somit der Behauptung nicht beipflichten, vom Requisit des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit könne nach Art. 54 OR nie abgesehen werden³⁾. Wenn man dem Culpaprinzip die Urteilsfähigkeit nachlässt, dann wird es preisgegeben, und sicher lässt es sich nicht bestreiten, dass wir es mit einer Haftung ohne Verschulden zu tun haben, wenn der Richter bei günstigen ökonomischen Verhältnissen das kleine Kind zum Ersatze des Schadens verurteilt, den es beim Spielen mit Zündhölzern angerichtet hat. Die erwähnte Behauptung wird indes verständlich, sobald man von dieser grundsätzlichen Betrachtungsweise absieht. Art. 54 OR gibt nicht sämtliche Elemente des Verschuldens preis, sondern nur das eine, die Urteilsfähigkeit. Aus dem Wortlaut selbst ergäbe sich diese Einschränkung zwar noch nicht; allein die Überlegung, der Urteilsunfähige dürfe nicht strenger haften als die andern, führt zu der heute herrschenden Auslegung, es müssten die übrigen Elemente des Verschuldens Voraussetzung der Haftung des nicht Urteilsfähigen bleiben. Das führt ja eigentlich zu recht merkwürdigen Erscheinungen. Wir beurteilen die Handlung des Unzurechnungsfähigen, wie wenn es sich um einen normal Urteilsfähigen handelte, und stützen auf diese Hypothese die Haftpflicht. Das mag in einzelnen Fällen durchführbar sein. Wenn der Idiot im Schrecken über eine plötzliche Detonation eine Reflexbewegung macht und der vorbeigehenden Eierfrau den Korb aus der Hand schlägt, so wird die Haftung abzulehnen sein, weil auch dem Urteilsfähigen ein Verschulden nicht vorgeworfen werden könnte. Anders ist es aber doch in dem weitern der von C. Chr. Burckhardt⁴⁾ angeführten Beispiele. Wenn ein Kind auf der Strasse ausgleitet und die ausgestellten Waren beschädigt, so hätte es nicht viel Sinn, zu fragen,

³⁾ Oser-Schönenberger, Art. 54 N. 3.

⁴⁾ C. Chr. Burckhardt a. a. O. S. 527.

wie sich ein Urteilsfähiger benommen hätte. Ein Kind macht eben die Bewegungen eines Kindes, und wenn ein Erwachsener in jener Stelle in die Auslage des Geschäftes gefallen wäre, so hätten wir es mit einem Vorfall zu tun, der in der Richtung von Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht viel Gemeinsames mit dem ersten aufzuweisen hätte.

Unzweifelhaft scheint mir, dass in diesem hypothetischen Verschulden eine Rechtfertigung für die Haftung des Art. 54 OR nicht erblickt werden darf. Wenn immer wieder hervorgehoben wird, Art. 54 belaste den Urteilsunfähigen mit der Haftung für die Gefahren, welche für die Umwelt in seinem Abweichen vom Normaltypus liegen⁵⁾), der Verkehr könne auf die damit verbundene Gefährdung als etwas Ausserordentliches nicht Rücksicht nehmen, so trifft das gewiss für die grosse und hier wohl wichtigste Kategorie der Kinder nicht zu. Wer mit einem Kinde zu tun hat, der stellt sich auf dessen Urteilsunfähigkeit ein und wird seinen allfälligen Schadenersatzanspruch nicht damit rechtfertigen wollen, er habe Anspruch auf schuldloses Verhalten der andern, und wenn es nicht ein Kind gewesen wäre, so läge Verschulden vor. Im Grunde ist es immer wieder diese Argumentation, wenn man das Prinzip dieser Haftung im Kreise der bezeichneten Personen sucht, „in der Art der hier in Betracht kommenden handelnden Subjekte, bewusstsinnsgestörte und jugendliche Personen“⁶⁾). Der Kreis dieser Personen grenzt sich gemäss Art. 54 OR nur durch das hypothetische Verschulden vom Kreise der Urteilsfähigen ab, die unverschuldet Schaden angerichtet haben, und es ist somit wieder das — nicht vorhandene — Verschulden, auf das sich die Haftung gründen soll. Damit verwandt ist auch der Rechtfertigungsversuch, es sei der Geschädigte doch noch viel unschuldiger. Unschuldig sind sie beide, und die Erklärung vermag wohl nur darzutun, wie schwer es hält, sich vom

⁵⁾ Egger, Komm. z. Personenrecht Art. 18 ZGB N. 15.

⁶⁾ Jung, Delikt und Schadensverursachung S. 51.

Gedanken des Verschuldens als einzigm Grund der Haftung freizumachen.

Die Begründung für diesen Haftpflichtfall, dessen praktische Bedeutung übrigens nicht zu sehr betont werden darf, scheint mir darin zu liegen, dass der Schaden nicht notwendig auf dem Betroffenen bleiben soll, sobald am schädigenden Ereignis mehrere Personen beteiligt sind. Es wäre ein wenig soziales Gesetz, das in diesem engen Kreise die Schadenstragung dem blinden Zufall überlassen wollte. Wählt dieser die schwächsten Schultern aus, so sollen dem Betroffenen die zunächst Beteiligten zur Seite stehen kraft einer durch das natürliche Geschehnis gebildeten Gemeinschaft zur Tragung des Schadens. Wenn wir auf rein privatrechtlicher Grundlage vertragliche Gefahrsgemeinschaften bilden, warum soll das Gesetz nicht das Nämliche direkt tun können, und welcher Rechtfertigung bedarf eigentlich noch der Satz, dass von mehreren schuldlos an einem schädigenden Ereignis beteiligten Personen diejenige den Schaden tragen oder doch tragen helfen soll, die ihn am leichtesten trägt? Damit ist auch die weitgehende Abhängigkeit des Anspruches von den ökonomischen Verhältnissen der Parteien erklärt⁷⁾. Hat der Schaden den Schwachen getroffen, so mag der Richter den Stärkeren, der nicht weiter vom Ereignis entfernt ist, zur Schadenstragung heranziehen und so das harte Spiel des unverschuldeten Geschehens wenigstens im engen Kreise der zunächst Beteiligten durch Schadensausgleich mildern.

⁷⁾ Fast ausschliesslich die ökonomische Tragfähigkeit ist es doch, was den Ausgleichsanspruch als billig erscheinen lässt. Sobald man die Gefährdung heranzieht, fällt man in die Gedanken-gänge zurück, die vom Verschuldensprinzip her vertraut sind. Soll der unbemittelte Geisteskranke wegen seiner Gefährlichkeit haften? Vollends die Bosheit darf nicht hierher gezogen werden. Diese ist ja ein höherer Grad des Verschuldens und kann bei Urteilsunfähigkeit sicher kein die Haftung rechtfertigendes Moment sein. Vgl. Becker, Komm. OR Art. 54 N. 3—5, und Oser-Schönenberger, Art. 54 N. 6.

Damit drängt nun freilich das Prinzip, das in Art. 54 I OR zum Ausdruck kommt, auch in anderer Richtung weiter. Warum sollte beim Urteilsfähigen, den kein Verschulden trifft, die Entschädigungspflicht nicht eintreten, wenn unter den sonst gleichen Voraussetzungen der Urteilsunfähige haftet? Wenn das Schuldmoment in Wirklichkeit in beiden Fällen fehlt, so bleibt kaum mehr eine prinzipielle Grenze, und die Billigkeit, auf die sich Art. 54 OR ja ausdrücklich und mit Betonung beruft, spricht jedenfalls nicht für eine Beschränkung auf Unzurechnungsfähige. Das begüterte Kind, das nicht fähig ist, Mein und Dein zu unterscheiden, soll für den Wert der von ihm zerstörten fremden Sache aufkommen, während der Urteilsfähige, der unverschuldet die fremde Sache als seine eigene ansieht und sie deshalb zerstört, jeder Ersatzpflicht enthoben ist. Der Entwurf II zum deutschen BGB hatte diese Weiterentwicklung bereits formuliert:

„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.“

Der Vorschlag ist vor dreissig Jahren am Beharrungsvermögen des Culpaprinzipes gescheitert; der soziale Gedanke, der darin liegt, dürfte sich auf die Dauer kaum zurückdrängen lassen⁸⁾.

⁸⁾ Egger, Komm. Art. 18 ZGB N. 15, versucht, aus Art. 54 OR die Haftung des Urteilsunfähigen für den Schaden aus der Ungültigkeit der von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu begründen. Bei ökonomischer Tragfähigkeit scheint mir eine solche Haftung gerechtfertigt zu sein. Mit Verschulden — hypothetischem oder wirklichem — lässt sie sich aber nicht begründen; denn wenn ein Urteilsfähiger so gehandelt hätte, dann würde ihn eben die vertragliche Verpflichtung oder doch die deliktische aus Art. 411 ZGB treffen. BGE 47 II S. 97. Dehnte aber das Gesetz die Haftung im obenerwähnten Sinne aus, so müsste natürlich auch bei der Haftung aus Art. 54 OR das hypothetische Schuld-

II.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁹⁾ und mit ihr die Doktrin¹⁰⁾ bezeichnen heute die Haftung des Geschäftsherrn aus Art. 55 OR und diejenige des Tierhalters nach Art. 56 OR nicht als Verschuldenshaftung, sondern als „eine durch einen bestimmt umschriebenen Entlastungs- oder Exzeptionsbeweis gemilderte Verursachungshaftung“. Auch die Haftung des Familienhauptes gestützt auf Art. 333 ZGB pflegt zu dieser Gruppe gezählt zu werden. v. Tuhr¹¹⁾ spricht hier von Haftung auf Grund von Sorgfaltspflichten und stellt diese neben die Haftung für verschuldete Schadenszufügung und diejenige für unverschuldeten Schaden.

Diese Haftung für den Schaden, den ein anderer Mensch oder ein Tier angerichtet hat, fliesst in der Tat zunächst aus der blossen Verursachung und besteht nach Art. 55 OR unabhängig davon, ob den Angestellten oder Arbeiter ein Verschulden trifft. Sie ist somit nicht eine Haftung für fremdes Verschulden, sondern hat ihre Wurzel im Verhalten des Haftpflichtigen selbst. Sie soll bestehen, wenn dieser nicht den Nachweis zu erbringen vermag, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Haftung entfällt somit, wenn einer bestimmt umschriebenen Sorgfalt Genüge geleistet worden ist und hat also ihren Ursprung in der Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Nun lässt sich aber doch jede Fahrlässigkeitshaftung auf die Missachtung einer Sorgfaltspflicht zurückführen, so dass man versucht sein könnte, bei den in Rede stehenden Fällen nur eine Verschuldens-

moment eliminiert werden, und die Bahn für die von Egger postulierte Haftung wäre frei.

⁹⁾ BGE 45 II 647; 49 II 94; 50 II 493.

¹⁰⁾ Oser-Schönenberger, Art. 55 N. 94 und die dort zitierte Literatur; Becker, Art. 55 N. 1.

¹¹⁾ v. Tuhr, Allg. Teil des schweizer. OR I S. 350 ff.

haftung mit umgekehrter Beweislast anzunehmen, ähnlich wie das gemeine Recht eine Haftung für Hilfspersonen nur zuließ, wenn den Geschäftsherrn bei Auswahl, Anweisung und Beaufsichtigung ein Verschulden traf. Der Wortlaut der Art. 55 und 56 OR würde dem nicht entgegenstehen, denn nach allgemeinen Grundsätzen des Privatrechtes zieht nur eine schuldhafte Verletzung von Rechtspflichten die Ersatzpflicht nach sich, und hier wurde es auch bei der Revision unterlassen, die Ausnahme im Wortlalte des Gesetzes zum Ausdruck zu bringen¹²⁾.

Angesichts der Rechtsprechung in den letzten zwanzig Jahren lässt sich trotz dieser Sachlage die Auffassung kaum mehr vertreten, es sei das Verschulden hier Erfordernis der Haftung. Sind Geschäftsherr oder Tierhalter unverschuldet in die Unmöglichkeit versetzt, der Sorgfaltspflicht zu genügen, so setzt die Haftpflicht ein und weder plötzlich eintretende Krankheit, Unfall oder dringendere Pflichten vermöchten sie zu entlasten. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Geschäftsherr einen Schaden dieser Art voraussehen konnte, denn es scheidet das subjektive Moment mit dem Verschulden aus. Er hat, wie v. Tuhr sagt, für eine Summe objektiv gebotener Massregeln¹³⁾ einzustehen, gleichsam als Garant. Der Pflichtenkreis ist objektiv umschrieben, und es ist gleichgültig, ob dem Geschäftsherrn oder den Personen seines Kreises diese Massnahmen subjektiv als geboten erscheinen mussten. Die Rechtsprechung hat teilweise hohe Anforderungen an diese Sorgfaltspflicht gestellt¹⁴⁾.

Unser Recht hat die Haftung des Geschäftsherrn, des Familienhauptes und die des Tierhalters ganz ähnlich umschrieben und in der Konstruktion die Parallelie weitgehend durchgeführt, obschon es sich um Haftungen handelt, die ihrer wirtschaftlichen Funktion nach recht ver-

¹²⁾ S. Oser-Schönenberger, Art. 55 N. 18, und Becker, Art. 55 N. 1, sowie die bei beiden zitierte Literatur.

¹³⁾ v. Tuhr, OR I S. 353.

¹⁴⁾ Vgl. BGE 50 II S. 494.

schieden sind und die sich deshalb nicht mit den gleichen Gründen rechtfertigen lassen. Beim Geschäftsherr wird die strenge Haftung meistens mit der Formel Ungers erklärt¹⁵⁾). Wer fremde Personen in seinen Dienst nimmt, in seinem Geschäfte zur Förderung seiner Interessen verwendet, der mag dies auf eigene Gefahr tun. Er hat den Vorteil daraus, er soll auch den Nachteil tragen¹⁶⁾). Ob darin eine Rechtfertigung für das Fallenlassen des Schuldmomentes erblickt werden darf, scheint mir zweifelhaft. Mit den gleichen Worten könnte man auch für eigenes Handeln die Verursachungshaftung vertreten. Wohl scheint mir bei Verwendung von Hilfspersonen eine gewisse Verschärfung der Haftung am Platze; der Anstellende mag auch für die Verletzung einer entfernten Sorgfaltspflicht einstehen, sofern diese nur für den Schaden kausal ist, und auch für leichte Grade des Verschuldens haften. Einen Grund aber, ihn auch ohne eigenes Verschulden ersatzpflichtig zu machen, vermag ich nicht zu erkennen, sofern die Rechtsordnung grundsätzlich an der Verschuldenhaftung festhalten will. Die deutsche Rechtsprechung, welche auf dem unserem Rechte nachgebildeten § 831 BGB fusst, hat denn auch das Schuldmoment nicht aufgegeben¹⁷⁾). Wenn wir hier unsere eigenen Wege gegangen sind, so war wohl einmal der Einfluss des französischen Rechtes massgebend (C.C. 1384), möglicherweise aber auch der Umstand, dass uns ein besonderes Automobilhaftpflichtrecht fehlt. Zum guten Teil waren es derart Automobilhaftpflichtfälle, an denen sich die Gerichtspraxis über Art. 55 OR herausgebildet hat, und bei diesen neigte man begreiflicherweise leicht dazu, das Schuldmoment zurücktreten zu lassen¹⁸⁾). Die deutsche Rechtsprechung unter-

¹⁵⁾ J. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1891

¹⁶⁾ Unger, l. c. S. 31.

¹⁷⁾ Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes I 2. S. 679.

¹⁸⁾ Vgl. BGE 41 II S. 505; 43 II S. 188; 49 II S. 369 und insbesondere 50 II 494.

stand dieser Gefahr wegen des Spezialhaftpflichtrechtes über Automobile nicht.

Wesentlich anders liegen die Dinge bei der Haftung für Tierschaden. Hier beruht die Verschärfung der Haftung auf der Gefährdung, die aus der Tierhaltung entsteht. Es lässt sich nicht leugnen, dass hier Gefahren für andere gesetzt werden, wie wir sie ähnlich weder bei den Haftpflichtfällen der Art. 55 OR oder 333 ZGB antreffen. Schon das gemeine Recht hat deshalb vom Erfordernis des Verschuldens abgesehen, wenn das Tier den Schaden gegen die Art und Weise seiner Gattung angerichtet hatte, immerhin mit der Einschränkung, dass sich der Eigentümer durch Übergabe des Tieres befreien konnte. Der französische C.C. hat eine reine Verursachungshaftung eingeführt (Art. 1385), und das deutsche Recht ist ihm bei der Vereinheitlichung hierin gefolgt. Die Regelung liess sich aber in Deutschland nicht halten. Durch die sog. Haustiernovelle vom 30. Mai 1908 wurde in § 833 ein zweiter Satz beigelegt, des Inhaltes, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit und dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Doktrin und Rechtsprechung erblicken in dieser Formulierung eine Umkehrung der Beweislast; das Erfordernis des Verschuldens aber wird, gleich wie bei der Haftung des Geschäftsherrn nach deutschem Recht, nicht aufgegeben, so dass also der deliktsunfähige Tierhalter nicht haften würde¹⁹⁾. Unser Gesetz unterscheidet in Art. 56 OR nicht zwischen wilden Tieren und Haustieren und umschreibt die Haftpflicht so, dass die Rechtsprechung auch hier von einer Zufallshaftung mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises

¹⁹⁾ Enneccerus I 2 S. 701.

spricht²⁰⁾). Vom Erfordernis des Verschuldens wird somit abgesehen, und die Anpassung an die sehr verschiedenen Gefahren bei den Tiergattungen erreicht der Gesetzgeber einfacher als im deutschen Recht durch Bezugnahme auf die Sorgfaltspflicht, die je nach Art der Tiere stark verschieden sein muss und bei wilden Tieren so gross sein wird, dass praktisch ein Unterschied zur reinen Verursachungshaftung kaum mehr bleibt. Bei der Haftung für Tierschaden lässt sich m. E. das Aufgeben des Schuldmomentes mit jenen Überlegungen rechtfertigen, die auch in andern Fällen von erhöhter Gefährdung zur Verursachungshaftung geführt haben²¹⁾.

Die Haftung des Familienhauptes endlich für den Schaden, den ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse anrichtet (Art. 333 ZGB), darf trotz der ähnlichen Um schreibung im Gesetze nicht mit einer der beiden andern auf die gleiche Linie gestellt werden. Der Entlastungsbeweis muss hier Exkulpationsbeweis bleiben. Gewiss rechtfertigt sich auch hier eine Umkehrung der Beweislast, und niemand wird dem Familienhaupte ein gutes Mass von Sorgfalt erlassen, besonders da, wo es sich um nichturteilsfähige Hausgenossen handelt. Vom Verschulden aber abzusehen auf dem Boden eines Gesetzes, das allgemein dieses als Grundlage kennt, dafür scheint mir kein ausreichender Grund vorhanden zu sein. Man wird das Familienhaupt entlasten müssen, wenn es wegen unverschuldeter Krankheit seiner Sorgfaltspflicht nicht genügen konnte und schuldlos auch nicht in der Lage war,

²⁰⁾ Aus dem Wortlaut des Art. 56 ergibt sich gegenüber Art. 55 keine sachlich begründete Einschränkung, obschon Art. 55 allgemeiner gefasst ist (Verhütung eines Schadens dieser Art, d. h. eines Schadens, der bei Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen verursacht worden ist) als Art. 56 (Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung). Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 56 N. 11, und Becker, N. 6, sowie die dort zitierte Judikatur.

²¹⁾ Unger, I. c. S. 36.

für genügende Vertretung zur Ausübung dieser Pflicht zu sorgen. Von einer Verursachungshaftung wird denn auch hier in den bundesgerichtlichen Entscheiden, soviel ich sehe, nicht gesprochen; gegenteils möchte ich, im Gegensatz zu den Entscheiden, auf Grund der Art. 55 und 56 OR die Tendenz erkennen, die Haftung etwas zu mildern²²⁾).

III.

Die Haftung des Werkeigentümers aus Art. 58 OR pflegt die neuere Doktrin als reine Verursachungshaftung zu bezeichnen. v. Tuhr stellt sie unter dem Gesichtspunkte der Gefährdungshaftung auf eine Linie neben die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers aus Art. 679 ZGB, die Haftung der Eisenbahnen und Elektrizitätswerke nach den Spezialgesetzen und die Ersatzpflicht des Arrestgläubigers aus ungerechtfertigter Arrestnahme (Art. 273 B. u. K.). Auch die Rechtsprechung ist darin gefolgt. „Es handelt sich dabei um eine vorbehaltlose Kausalhaftung, deren Rechtsgrund lediglich in dem Billigkeitsmoment des Interessenausgleiches liegt“, hat das Bundesgericht schon unter der Herrschaft des alten OR in dem vielbesprochenen Entscheide Bühler gegen Hermann²³⁾ angenommen, und auch die neuere Rechtsprechung hat diesen Gedanken immer wieder zum Ausdruck gebracht^{24).}

Angesichts der gründlichen Behandlung, welche diese Frage anlässlich der Revision des OR bei den Beratungen

²²⁾ Vgl. BGE 41 II 420; 43 II 145 und 212; 44 II 8 und 48 II 425. In BGE 52 II 329 wird gegenüber einer Klage, die den Sorgfaltsbegriff zu weit spannen will, deutlich gesagt: „Il n'est pas possible d'imposer un devoir aussi strict au détenteur de l'autorité domestique et d'interpréter l'art. 333 du Code civil d'une façon si rigoureuse, qui ne répondrait pas aux conditions de la vie réelle.“

²³⁾ BGE 35 II S. 238.

²⁴⁾ BGE 53 II S. 316: „La responsabilità prevista da questo disposto è meramente causale.“

in Kommissionen und Räten erfahren hat²⁵⁾), kann es keinem Zweifel unterliegen, dass wir hier eine Haftung vor uns haben, die vom Erfordernis des Verschuldens absieht und strenger ist als die entsprechenden deutschen und französischen Gesetzesbestimmungen. Das deutsche Recht hält in subjektiver Richtung auch hier am Schuldprinzip fest (§ 836 BGB), während wir objektiv mit unserem Begriffe des „Gebäudes oder eines andern Werkes“ wesentlich über denjenigen des „bâtiment“ im französischen C.C. Art. 1386 hinausgegangen sind. Damit möchte ich nun aber nicht annehmen, dass unser Recht auf dem Boden einer „vorbehaltlosen Kausalhaftung“ steht²⁶⁾). Es ist nicht ganz zutreffend, wenn in dem zitierten Entscheide Bühler gegen Hermann gesagt worden ist, weil der Eigentümer als solcher einerseits die Vorteile seines Gebäudes oder Werkes geniesse, solle er andererseits für die Nachteile, welche Drittpersonen durch das Gebäude oder Werk zugefügt werden, diesen Personen schlechthin verantwortlich sein. Nicht der Schaden, der auf die Existenz des Werkes schlechthin zurückzuführen ist, soll ersetzt werden, sondern nur derjenige, den dieses infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursacht hat. Die Haftbarkeit des Werk-eigentümers beruht auf der Voraussetzung, dass Herstellung und Unterhalt des Werkes seinem Ermessen unterstehen, oder dass die Anlage doch wenigstens vom Ermessen des früheren Eigentümers abhing²⁷⁾). Wer ein Werk erstellt oder in sein Eigentum nimmt, der hat die Pflicht, die Gefährdung anderer auszuschliessen, soweit dies möglich ist, und diese Möglichkeit besteht in der Vermeidung von Fehlern und Mängeln bei Erstellung oder Unterhalt²⁸⁾.

²⁵⁾ Stenogr. Bulletin der Bundesversammlung 1909 S. 496, 520, 523, 736—744; 1910, S. 164, 167, 172—174, 282—287, 332—335.

²⁶⁾ BGE 35 II 243.

²⁷⁾ Das wird in einem neueren Entscheide des Bundesgerichts besonders hervorgehoben. BGE 51 II S. 209.

²⁸⁾ Vgl. auch BGE 45 II S. 333.

Aus der Schutzworschrift des Art. 59 OR, der ja in engstem Zusammenhang zu Art. 58 OR steht, ergibt sich deutlich diese Pflicht. Selbst wo noch kein Schaden entstanden ist, besteht für jeden, der von einem Werke mit Schaden bedroht ist, der Anspruch gegen den Eigentümer, dass er die erforderlichen Massregeln zur Abwendung der Gefahr treffe. Deutlicher wird dies noch durch den sicher selbstverständlichen Vorbehalt polizeilicher Anordnungen zum Schutze von Personen und Eigentum in Al. 2 des Art. 58 OR. Diese Pflicht, die wir wiederum als Sorgfaltspflicht bezeichnen können, verletzt der Eigentümer einer fehler- oder mangelhaften Anlage.

Damit haben wir in Art. 58 OR einen Haftpflichtfall, der grundsätzlich nicht weit von denjenigen der Art. 55 und 56 OR entfernt ist; ihm liegt, wie Oser-Schönenberger²⁹⁾ zutreffend bemerken, das gleiche Prinzip zugrunde. Es ist das Prinzip der vom Verschulden losgelösten Sorgfaltspflicht, die hier indes über diejenige von Geschäftsherrn und Tierhalter hinaus gesteigert wird, und die sich damit inhaltlich der Garantiepflicht nähert: Es hat der Eigentümer dafür einzustehen, dass das Werk kraft seiner Sorgfaltspflicht keine Fehler oder Mängel aufweise, durch die andere gefährdet werden könnten. Es ist wohl auch diese Überlegung, welche Fick³⁰⁾ zu der Bemerkung veranlasst, ganz losgelöst sei Art. 58 OR nicht von den Grundsätzen der Verschuldenshaft, denn die Haftung trete nur ein, wenn bei Anlage gefehlt wurde oder die Unterhaltung mangelhaft gewesen sei. Das Verschulden möchte ich an dieser Stelle nicht als gemeinsames Element erwähnen, aber dasjenige, was jeder Verschuldenshaft zugrunde liegt, das ist auch hier grundlegendes Moment: Die Verletzung einer Pflicht, eine gewisse objektive Widerrechtlichkeit des Verhaltens³¹⁾.

²⁹⁾ Oser-Schönenberger, Art. 58 N. 1.

³⁰⁾ Fick, Komm. OR Art. 58 N. 9.

³¹⁾ Den Beweis für die fehlerhafte Anlage oder mangelhafte Unterhaltung hat der Kläger zu erbringen. Mangels einer Um-

Auf gleiche Stufe mit der Haftung des Werkeigen-tümers wird diejenige des Gläubigers zu stellen sein, der einen ungerechtfertigten Arrest erwirkt (Art. 273 B. u. K.) und dadurch Schaden verursacht hat. Auch hier besteht die Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden. Der Gläubiger, der ohne Befugnis in den Rechtskreis des Schuldners in dieser scharfen Form eingriffen hat, soll zum Ausgleich für diese widerrechtliche Handlung den Schaden an sich tragen, selbst wenn er in guten Treuen gehandelt hat und sein Irrtum entschuldbar war. Auch die Haftbarkeit des Grundeigentümers aus Art. 679 ZGB wird an dieser Stelle zu erwähnen sein. Der Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet, handelt unrechtmässig, wenn er die Schranken, die ihm das Eigentumsrecht im Interesse der andern auferlegt, missachtet³²⁾). Der Schadenersatzanspruch erscheint somit als Anspruch aus einer unerlaubten Handlung,

kehrung der Beweislast in Art. 58 OR ergibt sich das aus Art. 8 ZGB; a. M. Fick, Art. 58 N. 85. Es mag in dieser im Gegensatz zu Art. 55 und 56 OR stehenden Beweislastverteilung, wie C. Chr. Burckhardt S. 566 sagt, ein Gegengewicht zu der Schärfe der (materiellen) Haftung erblickt werden.

³²⁾ Die Formulierung „Überschreitung des Eigentums“ ist unglücklich; C. Chr. Burckhardt hat, leider vergeblich, davor gewarnt. Jedenfalls liegt darin, das ist hier für uns von Bedeutung, das Element des Unerlaubten. Um eine Haftung aus der blossen Tatsache des Eigentums sollte es sich nicht handeln, das sagen die Erläuterungen deutlich: „Schädigungen, die der Natur der Sache zuzuschreiben sind, fallen nicht unter die Verantwortlichkeit des Eigentümers.“ Es dürfte sich hier um zwei Gruppen von Fällen handeln: a) Mangelhafte Unterhaltung, z. B. es wurde nichts vorgekehrt gegen die sich langsam entwickelnde Rutschungsgefahr. Bei der durch die Erläuterungen erwähnten fehlerhaften Herstellung dürfte bereits die Haftung des Art. 58 OR unter dem Gesichtspunkte des Werkes bestehen. b) Der Eigentümer geht über die Beschränkungen hinaus, die ihm sein Eigentum mit Rücksicht auf das Eigentum anderer auferlegt, verletzt also die für jene sich ergebenden Rechte. Die Bestimmung ist dann vorwiegend nachbarrechtlicher Art. Vgl. Erl. II S. 93/94; C. Chr. Burckhardt S. 566.

bei welcher vom Verschulden abgesehen wird. Weniger aus dem Wortlaut des Art. 679 ZGB heraus, als nach den Entwürfen und Vorberatungen des Gesetzes³³⁾ sind Doktrin und Rechtsprechung nunmehr zu dieser Auffassung gelangt.

Damit ist nun aber die Reihe dieser Haftpflichtfälle geschlossen³⁴⁾; es darf vor allem keine Gleichstellung erfolgen mit der Haftbarkeit der Eisenbahnen und Elektrizitätswerke. Hier fliesst die Haftung nicht aus Fehlern und Mängeln der Anlage oder aus unerlaubter Handlung, sondern hier stehen wir vor einer Verantwortlichkeit, die mit rechtmässiger Handlung in Verbindung steht.

IV.

Dass das Verschulden die Ersatzpflicht rechtfertige, lässt man gemeinhin gelten, aber warum es sie rechtfertige, darüber herrscht weniger Klarheit und Einhelligkeit.

„Darüber“, sagt M. Rümelin³⁵⁾, „dass die Ersatzpflicht wegen Verschuldung ein klares und sofort einleuchtendes Haftungsprinzip darstellt, herrscht im grossen und ganzen Übereinstimmung, und es scheint auf den ersten Blick schwer begreiflich, wie dennoch Zweifel an dieser so in die Augen springenden Wahrheit auftauchen konnten. Offenbar trifft hier das Bestreben, dem Beschädigten zum Ersatz zu verhelfen, zusammen mit der Erwägung, dass der schuldhaft Handelnde sich nicht beschweren könne, wenn ihm die nachteiligen Folgen seines Handelns auferlegt werden. Am klarsten tritt diese vollständige Befriedigung unseres Rechtsgefühls zutage, wenn das Verhalten der ersatzpflichtigen Personen zugleich

³³⁾ Erl. II S. 94; Leemann, Komm. zu Art. 679 ZGB, insbesondere N. 8—11.

³⁴⁾ Auch die Schadenersatzpflicht aus Besitzesstörung setzt Verschulden voraus, wenn auch Art. 927 und 928 ZGB dieses nicht erwähnen. Es liegt kein genügender Grund zum Abgehen von der allgemeinen Regel des Art. 41 OR vor: Vgl. Ostertag, Komm. Art. 927 ZGB N. 22 und Art. 928 N. 20; v. Tuhr, OR I S. 363.

³⁵⁾ M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 5.

als ein ethisch verwerfliches erscheint.“ Mit diesen Worten wird das Verschulden als Grundlage der Ersatzpflicht einzig auf einen pönenal Gesichtspunkt zurückgeführt. „Das Bestreben, dem Beschädigten zum Ersatz zu verhelfen“, findet sich in jedem Haftpflichtrecht, so dass nur die Erwägung bleibt, es könne sich der schuldhaft Handelnde nicht beschweren, wenn ihn der Nachteil der Ersatzpflicht treffe. Er verdient es, dass er zahlen muss; er mag sich nicht beklagen, wenn er die Folgen seines Handelns zu tragen hat. Und dieser pönenale Gesichtspunkt tritt in der Tat am deutlichsten zutage, wo das Verhalten ein ethisch verwerfliches ist; denn hier rechtfertigt sich am ehesten die Ersatzpflicht als Ausgleich, als Nachteil, der den Handelnden treffen soll, als Strafe.

Historisch liegt jedenfalls in diesem Gedanken die Wurzel der Verschuldenshaftpflicht. Nach römischer Auffassung fiel die Verpflichtung zum Schadenersatz unter den Gesichtspunkt der Strafe³⁶⁾, weshalb denn auch Ansprüche aus Delikt nicht auf die Nachfolger des Täters übergingen, sondern deren Haftbarkeit ursprünglich auf die Bereicherung aus der unerlaubten Handlung beschränkt blieb. Ihering bezeichnet in seiner Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht die Ansprüche aus Delikt als primär pönenale³⁷⁾, bei denen die Unerlaubtheit der Handlung den ursprünglichen und einzigen Grund des Anspruches ausmache³⁸⁾. Der extrem individualistische

³⁶⁾ Das hat Ihering m. E. überzeugend dargetan in seinem „Schuldmoment im römischen Strafrecht“. Auch da, wo heute noch der Ersatzanspruch auf das Zwei- und Dreifache des Schadens geht, steht dieser Gesichtspunkt im Vordergrund.

³⁷⁾ Ihering, a. a. O. S. 22, stellt diese primär pönenalen, auf das Schuldmoment gegründeten Ansprüche in Gegensatz zu den primär reipersekutorischen, bei denen das Verschulden zufällig ist.

³⁸⁾ „Wo die römischen Juristen eine Ersatzpflicht auf culpa zurückführen können, da glauben sie keiner weiteren Rechtfertigung derselben zu bedürfen“, sagt M. Rümelin, a. a. O. S. 5, insofern mit Recht, als eben der pönenale Gesichtspunkt in Verschuldensfällen die selbstverständliche Rechtfertigung schien. Diesen

Standpunkt des römischen Rechtes, den man mit etwas zu starken, aber nicht unrichtigen Worten auch den kriminalistischen³⁹⁾ genannt hat, ist eben der, dass der Schaden dort belassen werden soll, wo er eingetreten ist, gleichgültig, ob ihn der Betroffene zu tragen vermag oder nicht: *casum sentit dominus, casus a nullo praestantur*; und eine Abwälzung darf nur eintreten, wo das die Rechtfertigung der Strafe vermittelnde Schuldmoment vorliegt und damit der Schadenersatzanspruch unter dem gleichen Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint.

Der Begriff des Verschuldens in dieser Verwendung müsste nun freilich nach einem streng subjektiven Massstabe bestimmt werden, die Schuld könnte nur Willenschuld sein. Zwar müsste man auch hier ein objektiv umschriebenes Mass von Sorgfalt verlangen, die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ des § 276 BGB, d. h. diejenige, die unter den gegebenen Umständen und in den in Betracht fallenden Personenkreisen von sorgfältigen und gewissenhaften Leuten beobachtet wird; je nach Aufgabe und Tätigkeit also die Sorgfalt eines tüchtigen Arztes, Baumeisters oder Automobillenkers und, kurz gesagt, die *diligentia* des römischen *bonus pater familias*. Durchaus mit Recht hebt die neuere Doktrin⁴⁰⁾ wieder mehr hervor, dass dieses objektive Mass von Sorgfalt nur für die Frage verwendet werden dürfe, ob mit der erforderlichen Sorge, Aufmerksamkeit und Beharrlichkeit, dem nötigen Nachdenken und Zeitaufwand verfahren sei, wenn der Begriff des Verschuldens seinem Wesen nach nicht aufgegeben

pönenalen Gesichtspunkt betont wieder die neueste französische Doktrin. *Planiol-Ripert-Esmein, Les Obligations I* (1930) S. 669: „Le principe de la responsabilité délictuelle continuera à s'appliquer au cas de faute et il retrouvera sans doute alors dans une certaine mesure son caractère pénal puisqu'il sera la sanction de la règle morale de conduite.“

³⁹⁾ M. Rümelin, a. a. O. S. 4.

⁴⁰⁾ So bes. Leonhard in der Festgabe für Enneccerus 1913, Enneccerus Bd. I 1 S. 552; für das schweizer. Recht v. Tuhr, OR I S. 342, und Gmür, Z.S.R. 44 S. 628.

werden solle. Soweit es sich dagegen um Erfordernisse handle, die nicht vom Willen abhängig sind, wie Verstand, Kenntnisse, Geschicklichkeit, Übung und Körperkraft, könne nur auf die Individualität abgestellt werden. Bei fehlenden Kenntnissen oder Kräften liege nur dann ein Verschulden vor, wenn sich jemand in ein Unternehmen eingelassen habe, von dem er bei gehöriger Anspannung seiner besten Kräfte habe wissen müssen, dass er den Anforderungen nicht gewachsen sei. Immer bleibe also das Verschulden Willensschuld und dürfte nicht auf einen Mangel des Intellektes zurückgeführt werden⁴¹⁾. Aus diesem Grunde hat auch das Culpaprinzip von jeher auf seine ethische Grundlage hingewiesen. Wer die ethische Grundlage des Ersatzanspruches in der Ausgleichung eines Fehlers erblickt, der wird notwendig auf einen Willensfehler zurückgehen müssen; denn es wird nicht das ethische Moment in den Vordergrund stellen, wer den geistig oder körperlich Schwachen haftbar macht, weil er trotz Anspannung seiner besten Kräfte einen Schaden verursacht hat.

Wer den Begriff der Schuld nicht grundsätzlich ablehnt, der wird anerkennen müssen, dass diese Umschreibung der Schuld als Willensschuld die zutreffende ist. Die praktische Rechtsanwendung ist damit indes im Zivilrecht zu keiner Zeit ausgekommen. Es ist ein Ausfluss dieses Umstandes und nicht ein Zufall, dass die Kommentare zum OR gestützt auf eine Sichtung der Judikatur zu einem andern, einem objektivierten Begriffe des Verschuldens kommen. „Auf die Betätigung der Kräfte gemäss konkreter Anlage und Ausbildung abzustellen, entspräche weder dem sozialen Interesse und der Gerechtigkeit, noch der Praktikabilität des Rechtes, da der Verkehr individuelle Verhältnisse nicht berücksichtigen kann“, sagt Schönenberger⁴²⁾ rundweg. Und wirklich, es gilt hier allgemein

⁴¹⁾ v. Tuhr, a. a. O. S. 342.

⁴²⁾ Oser-Schönenberger, Komm. Art. 41 N. 65; Becker, Komm. 41 N. 3.

ein Durchschnittsmassstab. Es ist jeder im Verkehr Stehende verpflichtet, dasjenige Mass von Wissen und Erfahrung zu gewährleisten, welches in gegebener Situation nach allgemeiner Anschauung verlangt wird. Die Nichtbeachtung dieser Pflicht bedeutet Verschulden in diesem objektiven zivilrechtlichen Sinne⁴³⁾). C. Chr. Burckhardt hat den Verschuldensbegriff, der vom Privatrechte verlangt wird, richtiger erkannt als die auf ihn folgende Doktrin, wenn er schrieb, es sei der anscheinend so subjektive Begriff der zivilistischen Culpa wegen des abstrakten Massstabes in Wahrheit relativ stark verschlicht und ausgeglichen, so sehr, dass er dem einzelnen gegenüber mitunter fatalistisch wirken könne⁴⁴⁾).

Die Gründe für diese objektive Umschreibung des Verschuldens scheinen mir zweifacher Art zu sein. Einmal ist es die Unmöglichkeit für einen Dritten, den Richter, in vielen Fällen die Grenze zwischen Willensfehler und Fehler des Intellektes zu erkennen. Die Aufgabe ist schon im Strafrechte bei seinen mit festerem Strich gezeichneten Tatbeständen schwierig genug. Wie sollte der Zivilrichter genau erkennen, ob ein Fehler in den natürlichen Fähigkeiten vorliegt, oder ob der Täter lediglich versucht, „es vom Willen auf den Intellekt zu wälzen“, wie Schopenhauer es am Strafrecht aussetzt. Selbst einem kritisch veranlagten Menschen ist es ja nicht immer möglich, für die eigenen Handlungen die Grenze zu finden. Wie läge die Sache nach dieser Unterscheidung bei einem Automobillenker, der nach einer ersten, unverschuldeten Kollision den Kopf verliert und in den Marktstand an der Strasse hineinfährt? Fehler des Willens oder des Intellektes? Wie soll ihm das ein anderer sagen können! Der zweite, wichtigere, prinzipielle Grund sodann liegt in der Stellung des andern, des Verletzten. Die Bedürfnisse des Verkehrs,

⁴³⁾ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit S. 107, hebt diesen zivilrechtlichen Schuld begriff i. G. zu dem des Strafrechts bes. hervor.

⁴⁴⁾ C. Chr. Burckhardt, S. 521.

so sagt man, erfordern es, dass jeder bei einem erwachsenen Menschen gewisse Durchschnittsqualitäten voraussetzen dürfe⁴⁵⁾). Darum ist jeder im Verkehr Stehende verpflichtet, dasjenige Mass von Wissen und Erfahrung zu gewährleisten, welches in der gegebenen Situation nach allgemeiner Anschauung verlangt wird. „Nicht auf mehr noch weniger als ein gewisses normales Verhalten seiner Mitmenschen durfte der Verletzte zählen; blieb es aus, so kümmert das Warum das Zivilrecht in der Regel nicht⁴⁶⁾). Aus diesem Gesichtspunkte wird man den Fahrzeuglenker, der ohne Willensschuld die Herrschaft über seinen Wagen verloren hat, zur Schadenstragung heranziehen; denn er hat das Verhalten eines mit grösster Sorgfalt und kaltem Blute zu Werke gehenden Mannes zu prästieren, und dieser verliert die Herrschaft über seinen Wagen unter solchen Umständen nicht. Ob jener das Unglück seinem Wollen oder seinem Können zuschieben will, mag er mit sich selbst ausmachen; das Zivilrecht kümmert sich darum nicht, denn es arbeitet mit dem „objektiven Begriff des Verschuldens“.

Unter diesen Umständen ist es nun lediglich eine Frage der Terminologie, ob wir hier noch von „Schuld“ sprechen dürfen, oder ob es nicht vorzuziehen wäre, den kriminalistischen Schuldbegriff auch für das Zivilrecht beizubehalten und die erwähnten Fälle für solche von schuldloser Haftung zu erklären. In der Sache selbst ist keine Konzession möglich: Die Schuld des Zivilrechtes ist keine moralische Schuld der oben erwähnten Art und darf deshalb nicht mit den dort erwähnten Argumenten gerechtfertigt werden. Den Verfechtern des Schuldprinzips in jenem Sinne mag einzig zugegeben sein, dass in vielen Fällen bei zivilrechtlichem Verschulden tatbeständliche eine Willensschuld, ein moralisches Verschulden vorliegen wird; prinzipiell aber lässt sich die Grenze nicht verwischen, lässt sich das zivilistische Verschulden nicht

⁴⁵⁾ Exner, a. a. O. S. 107.

⁴⁶⁾ C. Chr. Burckhardt, S. 521.

auf jene ethische Schuld zurückführen. Man hat versucht, auch diesen objektiven Begriff des Verschuldens auf einen einheitlichen Gedanken zurückzuführen. Es habe eben der einzelne einzustehen für die Anlage seiner Individualität. „Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins“, sagt Strohal⁴⁷⁾, „dass jeder das Individuum ist, das er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, dass jeder für das einstehen muss, was Ausfluss seiner Individualität ist. Aus diesem Grunde lassen wir jeden haften für seine Bosheit und für seinen Leichtsinn, für seine Unerfahrenheit und für seinen Mangel an Voraussicht.“ Es dürfte dann freilich, wenn dieses der Grundsatz wäre, das Zivilrecht nicht haltnachen an der Grenze der Urteilsfähigkeit, sondern es müsste jener fordern, dass gleich wie der geistig Schwächere auch das Kind und der Urteilsunfähige zur Ersatzpflicht herangezogen werden.

Dieses objektive Verschulden ist indes nicht ein Prinzip, das aus sich selbst die Haftbarkeit zu begründen vermag. Es hat m. E. keine selbständige Bedeutung für die Rechtfertigung der Haftung. Derjenige handelt schuldhaft, der den Anspruch des andern auf ein bestimmtes normales Verhalten verletzt. Schuldhaft handeln wird hier gleichbedeutend mit normwidrig handeln, und es nähert sich das Verschulden in diesem Sinne stark der Norm- oder Rechtswidrigkeit. Es scheint mir nicht zweifelhaft, dass eine Rechtsordnung in dem Masse, als sie den Haftpflichtanspruch auf ein „objektives Verschulden“ stützt, die Rechtfertigung für diesen in der Widerrechtlichkeit suchen muss.

V.

Wenn wir demnach eine gemeinsame Grundlage für unser allgemeines Haftpflichtrecht suchen, so können wir sie nur in der Unerlaubtheit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung finden. Auf dem Boden des Privatrechts

⁴⁷⁾ Strohal, Gutachten zum österreichischen Advokatentag von 1880 S. 149.

bedarf der Satz keiner weiteren Begründung, dass widerrechtliche Schadenszufügung zum Ersatze verpflichtet. Die durch unerlaubte Handlung gestörte oder missachtete Rechtsordnung sucht sich zu behaupten und setzt sich mit Gewährung des Ersatzanspruches doch insoweit durch, als ihr dies möglich ist. Die Rechtfertigung des Ersatzanspruches unter dem Gesichtspunkte des richtigen Rechtes fällt so zusammen mit der Rechtfertigung des verletzten Rechtssatzes selbst.

Die Widerrechtlichkeit oder Unerlaubtheit einer Handlung besteht in einem Verstoss gegen eine Vorschrift der Rechtsordnung, „eines Gebotes der allgemeinen Rechtsordnung“, wie der Entscheid des Bundesgerichts in BGE 23 S. 1071 einfach und zutreffend sagt. Ob man dabei nach der sog. subjektiven Theorie jede Schadenszufügung als widerrechtlich bezeichnet, wenn sie nicht auf einer besondern Befugnis des Täters beruht, oder ob man nach der objektiven Theorie in der Widerrechtlichkeit einen Verstoss gegen objektives Recht erblickt, scheint mir keinen erheblichen Unterschied auszumachen. Es besteht doch offenbar für das Individuum das Recht auf Freiheit des Handelns, soweit diese nicht durch Gebote oder Verbote eingeschränkt ist. Wer von diesem Recht Gebrauch macht, der handelt sicher nicht rechtswidrig, es mag sein Handeln auf dieses Recht, auf Freiheit des Handelns, zurückgeführt werden, wie es die subjektive Theorie tun müsste, oder es mag direkt daraus entnommen werden, dass es eben nicht gegen einen Rechtssatz verstösst. v. Tuhr⁴⁸⁾ hat bereits dargetan, dass die subjektive Theorie lediglich dazu zwingt, auf dem Gebiet des rechtlich indifferenten Handelns zahllose Befugnisse zu konstruieren, welche das Bild der Rechtsordnung in überflüssiger Weise belasten.

Widerrechtlich ist der Verstoss gegen ein Gebot „der allgemeinen Rechtsordnung“, also gegen Bestimmungen des Zivilrechtes sowohl als des Strafrechtes oder Verwaltungsrechtes. Als Grundlage für einen Schadensersatz-

⁴⁸⁾ v. Tuhr, OR I S. 326 Bem. 17.

anspruch genügt aber nicht diese Widerrechtlichkeit schlechthin, sondern es muss ein Verstoss gegen eine Norm vorliegen, auf deren Befolgung der Verletzte im Verhältnis zum Verletzenden Anspruch hat, ein Verstoss gegen eine im Interesse des Verletzten erlassene Schutzworschrift⁴⁹⁾). Wenn der Waldeigentümer in Missachtung des Forstpolizeigesetzes einen Baum fällt⁵⁰⁾ und dabei einen Vorbeigehenden verletzt, so wird dieser aus der erwähnten Rechtswidrigkeit seinen Schadenersatzanspruch nicht herleiten können, weil in diesem Falle die Forstpolizeigesetzgebung nicht dem Schutze der körperlichen Integrität dienen soll. Wenn das Land des Nachbars indes wegen des polizeilich verbotenen Fällens von Bäumen der Rutschungsgefahr ausgesetzt wird, oder wenn bei der eingetretenen Rutschung der Nachbar Schaden nahm, so wird er neben andern Gesichtspunkten denjenigen des Verstosses gegen das Forstpolizeigesetz seinem Anspruch zugrundelegen. Ob wir in diesen Fällen von Verletzung eines subjektiven Rechtes reden wollen, ist wiederum eine Frage der Terminologie und hat keine entscheidende Bedeutung. Aus jeder Verletzung einer Schutzworschrift, die im Interesse von bestimmten Personen erlassen ist, ergibt sich ein gewisses subjektives Recht dieser Personen auf Befolgung dieser Vorschrift als konkrete Verwirklichung der abstrakten Rechtsnorm⁵¹⁾). In diesem Sinne hat der Fussgänger einen subjektiven Anspruch gegen den Fahrzeuglenker, dass dieser sich vorschriftsgemäss verhalte; denn es dienen die Verkehrsvorschriften weitgehend dem Schutze der die Strasse benützenden Personen und verstärken damit deren Recht auf körperliche Unversehrtheit.

Wo das Recht ein bestimmtes Verhalten vorschreibt und sich das subjektive Recht als Reflexwirkung daraus

⁴⁹⁾ W. Burckhardt, Kriminalpolitische Anforderungen des schweizer. ZGB in S.Z. Str. 15 S. 239.

⁵⁰⁾ Becker, Komm. OR 41 N. 25 i. f.

⁵¹⁾ W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 70.

ergibt, da ist die Rechtswidrigkeit leicht zu erkennen. Wo aber die Rechtsordnung vom subjektiven Rechte ausgeht, da hat die Frage Schwierigkeit bereitet. Das zeigt besonders deutlich § 823 BGB mit seiner tautologischen Formulierung: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern widerrechtlich verletzt . . .“ Wer ein Recht verletzt, der handelt doch bereits rechtswidrig, so dass eine Wiederholung des Widerrechtlichkeitsmomentes überflüssig ist. Wo das konkrete subjektive Recht verletzt ist, da ist auch der hinter ihm stehende abstrakte Rechtssatz verletzt. Selbst bei sog. Eingriffen in fremdes Recht, bei Notwehr- und Notstandshandlungen brauchen wir diese doppelte Umschreibung nicht; denn soweit der Eingriff erlaubt ist, kann ihm kein Recht entgegenstehen. Das Recht ist eingeschränkt durch die Befugnis des andern zur Vornahme der Notstandshandlung. Subjektives Recht und Rechtspflicht müssen sich notwendig entsprechen, soll der abstrakte Rechtssatz, aus dem beide entspringen, nicht logisch fehlerhaft sein. Auf dem Gebiete des Vertragsrechtes haben wir uns längst an diesen Gedanken gewöhnt, weil auf dem Gebiete der relativen Rechte die gegenseitige Abhängigkeit von Befugnis und Pflicht besonders deutlich ist⁵²⁾. Das gleiche liegt aber auch bei den übrigen Verhältnissen des Privatrechtes vor. Dem absoluten Rechte entspricht die Pflicht eines jeden, der mit dem Träger dieses Rechtes oder seinem Objekte in Berührung kommt, seine Handlungen so einzurichten, dass sie mit diesem Rechte vereinbar sind und es nicht verletzen⁵³⁾. Die hier in Betracht fallende Seite

⁵²⁾ Der Schuldner verletzt seine Pflicht, die dem Recht des Gläubigers entspricht, soweit er schuldhaft nicht erfüllt. Rechtswidrigkeit und Verschulden fliessen bei der Vertragsobligation ineinander — anders als bei der Deliktsschuld — und die mannigfaltigen Stufen des Verschuldens bestimmen hier die vielgestaltige Art der Rechtswidrigkeit.

⁵³⁾ Das hebt die neuere französische Doktrin für die dinglichen Rechte wieder hervor. Demogue, *Les notions fondamentales*

des Eigentums, seine Dinglichkeit oder Absolutheit besteht darin, dass jeder, der mit dem Objekte in Berührung kommt, das Recht des Eigentümers bei seinen Handlungen zu respektieren hat. Tut er das nicht, so verletzt er das Eigentumsrecht und den Rechtssatz, kraft dessen sich das subjektive Eigentumsrecht verwirklicht hat; er handelt rechtswidrig⁵⁴⁾. Gleich liegen die Dinge bei den Persönlichkeitsrechten. Sie geben dem Träger die Befugnis, Respektierung seiner Ehre, seiner körperlichen Integrität zu verlangen; sie legen gleichzeitig als notwendiges Korrelat dazu jedem, der mit diesem Träger in Berührung kommt, die Pflicht auf, sein Verhalten so einzurichten, dass diese Rechte nicht verletzt werden; und beides, Recht und Pflicht, fliessen aus dem abstrakten Rechtssatz, dem allein sie ihre Existenz verdanken. Unter diesem Rechtssatz darf nun freilich nicht eine einfache Bestimmung des Gesetzes verstanden sein; es handelt sich vielmehr um die gesamten Normen einer Rechtsordnung⁵⁵⁾, die sich auf

de droit privé S. 405, und Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français* III S. 42: „Le droit réel: un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs.“ Es gilt aber für alle absoluten Rechte.

⁵⁴⁾ Die Widerrechtlichkeit ist so ein relativer Begriff nicht nur deshalb, weil sie sich inhaltlich erst aus Rechtsvorschriften ergibt, die ausserhalb des Art. 41 OR stehen (Oser-Schönenberger, Komm. 41 N. 10), sondern weil sie sich ihrem Inhalte nach wandelt je nach den beteiligten Subjekten und den Beziehungen, in die sie zueinander treten. Die Zufügung einer Körperverletzung, die im täglichen Leben fraglos eine unerlaubte Handlung bedeuten würde, wird rechtlich erlaubt, wenn sie im sportlichen Wettkampf nach den Regeln dieses Kampfes erfolgt.

⁵⁵⁾ Das kommt besonders in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung immer wieder zum Ausdruck. BGE 33 II S. 568: „Das Bundesgericht hat vielmehr Rechte und Rechtsgüter, denen das Zivilrecht Schutz gewährt, als schutzfähig und schutzbedürftig anerkannt, ganz abgesehen von besonderen Schutznormen, aus den Bedürfnissen des Rechtslebens, der Natur der Rechtsbeziehungen und dem ganzen Zusammenhange der Rechtsordnung heraus.“ Bezeichnend ist auch die Wendung in BGE 47 II 179, wo nach „konstanter Praxis“ der Verstoss gegen „positive kan-

eine Lebenserscheinung beziehen. Das Recht auf Ehre schöpft seinen Inhalt nicht nur aus verschiedenen Bestimmungen des Privatrechts, sondern ebenso sehr aus Strafrecht und selbst Verwaltungs- und Prozessrecht. Aus der Gesamtheit dieser abstrakten Normen bildet sich im konkreten Falle das subjektive Recht auf Ehre.

Es ist deshalb wohl richtig, wenn es in BGE 33 II 567 heisst, objektiv widerrechtlich sei die Verletzung jedes Rechtsgutes, und als solches erscheine bei der Körperverletzung die körperliche Integrität. Nicht folgen aber möchte ich, wenn weiterhin gesagt wird: „Jede Verletzung der körperlichen Integrität eines andern erscheint objektiv als widerrechtlich, soweit nicht die Widerrechtlichkeit durch besondere Gründe, wie Notwehr, Berufspflicht und dergleichen ausgeschlossen ist.“ Rechtswidrig handelt nur derjenige, welcher die aus dem Rechte auf körperliche Integrität des andern fliessende hohe Sorgfaltspflicht verletzt. Wer aber dieser Pflicht Genüge leistet, dessen Handlung mag Schaden verursachen, rechtswidrig ist sie nicht.

VI.

So lassen sich denn wohl am ehesten die Haftpflichtfälle des OR unter den Gesichtspunkt der widerrechtlichen Handlung zusammenfassen. Er dringt für das moderne Privatrecht tiefer ein und ist jedenfalls umfassender als derjenige des Verschuldens, und wenn von einem Prinzip hier die Rede sein soll, so müsste es das Prinzip der Widerrechtlichkeit und nicht das des Verschuldens sein. Nach jenem Momente müsste eine systematische Betrachtung vorgehen. Der Ausgangspunkt liegt dort, wo die Entonale oder eidgenössische Schutznormen“ dem Verstoss „gegen allgemeine Normen der Rechtsordnung“ gegenübergestellt wird. Was gegen den sich aus sämtlichen Normen ergebenden Sinn einer Rechtsordnung verstösst, ist rechtswidrig, weshalb auch der absichtliche Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 41 II OR) als rechtswidrig bezeichnet werden kann. Die mit der sittlichen Ordnung aufs engste verbundene Rechtsordnung wird verletzt durch absichtliche, gegen die Sitte verstossende Schadenszufügung.

wicklung auch historisch begonnen hat, wo sich die Widerrechtlichkeit mit einem Willensfehler verbindet und das Unrecht in seiner subjektiven Form der schuldhaften Handlung vorliegt. Leicht ist es hier, das Unrecht zu erkennen, „wo das Delikt“, wie Ihering sagt, „an seiner Wiege sitzt, wo schon die Form seiner Begehung, der böse Blick und die geballte Faust des Täters es als solches kennzeichnet; das einfache sittliche Gefühl im Menschen reicht aus, um ihm das Urteil zu sprechen“. Der Schadenersatzanspruch bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, und selbst das vom Strafrecht losgelöste moderne Zivilrecht gewährt einen Genugtuungsanspruch, in dem das pönale Moment stark mitklingt⁵⁶⁾.

In dem Masse indes, als an Stelle des subjektiven Verschuldens das objektiv umschriebene tritt, wird die Widerrechtlichkeit einzige Grundlage der Haftbarkeit. Wer haftbar erklärt wird, weil er einer Sorgfaltspflicht nicht genügt hat, die er gar nicht als erforderlich zu erkennen vermochte, der haftet einzig aus dem Grunde der rechtswidrigen Handlung. Und auf gleicher Linie steht zunächst auch die Haftpflicht des Geschäftsherrn und des Tierhalters nach Art. 55 und 56 OR. Was soeben noch als objektiv umschriebenes Verschulden bezeichnet worden ist, wird hier Verletzung einer gesetzlich bestimmten und inhaltlich sehr weit gespannten Sorgfaltspflicht. In einer Richtung tut nun aber diese besondere Haftpflicht den Schritt, den die allgemeine Verschuldenshaftpflicht nie getan hat. Das Verschulden als Willensfehler muss begrifflich an der Grenze der Urteilsfähigkeit halmachen, und auch das objektiv bestimmte Verschulden hat es nie gewagt, jene Grenze zu überschreiten, obschon ein zwingender Grund hiefür nicht vorliegt. Wenn das Verschulden nicht Willensfehler ist, und geistige Schwäche nicht zur Entlastung führt, weil das Zivilrecht vom Stand-

⁵⁶⁾ Dieses pönale Moment ist nicht die einzige, aber doch die stärkste Wurzel des Genugtuungsanspruches.

punkt des Verletzten aus urteilt und diesem einen Anspruch auf ein bestimmtes normales Verhalten seiner Mitmenschen einräumt, dann ist es nur ein weiterer Schritt in dieser Entwicklung, wenn auch der Urteilsunfähige sein von der Norm abweichendes Verhalten selbst tragen muss⁵⁷⁾). Hier nun hat unsere Rechtsentwicklung diesen Schritt getan. Den nichturteilsfähigen Geschäftsherrn, Tierhalter, Werk-eigentümer, sie alle trifft die Haftung, wenn der Sorgfaltspflicht nicht genügt worden ist, die man von einem Urteils-fähigen an ihrer Stelle verlangt hätte.

Es ist der Gedanke der Garantie für ein bestimmtes Verhalten, in den hier das obligationenrechtliche Haft-pflichtrecht einmündet. Er kündigt sich beim Geschäftsherrn und Tierhalter an und verleiht der Haftung für Werkschaden deutlich ihre Besonderheit. Geschäftsherr und Tierhalter haben dafür einzustehen, dass der strengen Sorgfaltspflicht genügt werde, und kein Abhaltungsgrund vermag bei Verletzung von der Haftbarkeit zu befreien; sie haben für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht schlechthin einzustehen. Erst wenn sie dieser genügt haben, entfällt ihre Verantwortlichkeit. Die Garantiepflicht des Werk-eigentümers dagegen geht weiter; dieser haftet, wenn aus fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder infolge mangel-hafter Unterhaltung ein Schaden zugefügt worden ist, selbst wenn mit aller ihm zuzumutenden oder gesetzlich bestimmten Sorgfalt verfahren wurde. Er hat für die Folgen der Mängel, selbst wenn diese auch für jeden andern unvermeidlich gewesen wären, einzustehen. Der Begriff der Widerrechtlichkeit im Sinne einer unerlaubten Hand-lung reicht hier zur Erklärung nicht mehr aus. Nur in stark abgeschwächtem Sinne lässt sich wegen der Fehler und Mängel von einem normwidrigen Zustand reden und nur dergestalt nimmt die Garantiepflicht des Art. 58 OR das Widerrechtlichkeitsmoment der obligationenrecht-lichen Haftpflicht in sich auf.

⁵⁷⁾ M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 69.

VII.

Ganz selbständige und begrifflich losgelöst tritt nun neben diese Fälle deliktischer Haftbarkeit endlich die reine Kausalhaftung, vielfach Gefährdungshaftung genannt. Es ist eine Haftung, die weder ein objektiv rechtswidriges Verhalten, noch ein Verschulden voraussetzt. Sie erscheint in unserem Rechte als Spezialhaftpflicht für Eisenbahnen und Kraftwerke und wird bei Einführung eines besonderen Automobilhaftpflichtrechtes von vielen als die richtige Regelung vertreten werden.

Die Gefährdungshaftung hat mit der Deliktshaftung eigentlich nur das Schadensmoment gemeinsam. Alle Versuche, eine das ganze Haftpflichtrecht umfassende Umschreibung zu finden, zeigen das genügend. Das Moment der Widerrechtlichkeit, das die übrigen Fälle umspannt, hat hier keinen Raum. Es sind rechtmässige Handlungen, die hier zur Ersatzpflicht führen. Man ist ja leicht versucht, von einem Eingriff in einen fremden Rechtskreis zu reden und daraus den Ersatzanspruch ähnlich wie bei der unerlaubten Handlung herzuleiten, weil Schadenszufügung und Rechtsverletzung so leicht verwechselt werden. Allein um dieses kann es sich in Wirklichkeit nicht handeln. Wo wir von einem unerlaubten Eingriff in einen Rechtskreis sprechen wollten, da müsste doch der Rechtssatz, der diesen Rechtskreis schafft und schützt, die ihn verletzende Handlung verbieten. Was für den einen Recht ist, wird für den andern Pflicht. Wenn bei Betriebsunfällen der Eisenbahn von keiner Seite ein Fehler begangen wurde und doch eine Personenverletzung eingetreten ist, darf weder von einem Eingriff in einen fremden Rechtskreis gesprochen werden, denn wer hätte derart eingegriffen, wenn die Eisenbahn nur tat, was sie tun darf und tun muss, noch von objektiver Rechtswidrigkeit, denn welches Rechtsgebot wäre hier verletzt, wie hätte die Eisenbahn anders handeln sollen?

Man muss sich von den Gedanken, die uns von der Deliktshaftung her vertraut sind, völlig freimachen, wenn

die Kausalhaftung ihre richtige Würdigung erfahren soll⁵⁸⁾. Das Bild vom Eingriff in einen fremden Rechtskreis gehört dem Deliktsrechte an. Wer aus seinem Rechtskreis heraustritt und in einen andern eindringt, der handelt rechtswidrig. Wer rechtmässig handelt, der greift in keinen fremden Rechtskreis ein. Wenn wir aber bei dem Bilde bleiben wollen, so mag dieses leicht dahin ergänzt werden, dass es dem Rechte freisteht, die Grenzen dieser Rechtskreise aus besondern Gründen zu verschieben und ungleiche Kreise zu bilden. Der eine erhält die Befugnis, bei seiner Tätigkeit etwas weiter auszugreifen, und die andern werden dadurch verpflichtet, diese Erweiterung zu dulden. Die Gefährdung anderer wird normalerweise unerlaubt sein, weil sie sich mit den Rechten dieser andern nicht verträgt. Hier aber gestattet das Recht diese Gefährdung — weil höhere wirtschaftliche Interessen sie erfordern — und schränkt jene Rechte ein. Und der Preis, um den jene

⁵⁸⁾ Wie sehr immer noch versucht wird, durch Konstruktion eines Verschuldens und damit einer Rechtswidrigkeit das Haftpflichtrecht in eine einheitliche Formel zu pressen, beweisen die Ausführungen von G. Ripert in seinem sehr beachtenswerten Werke: „*La règle morale dans les obligations civiles*“, 2. Auflage 1927 S. 223: „Il est enfin des cas où l’action apparaît comme irréprochable parce qu’elle est accomplie conformément aux règles légales, par exemple un industriel exploite un établissement après autorisation et suivant les règles imposées. Les tribunaux n’hésitent pourtant pas à le condamner si les inconvénients qu’il cause à ses voisins excèdent la mesure normale de l’obligation de voisinage. On a vu dans ces condamnations une consécration de l’idée du risque parce que les tribunaux, bien que prononçant pas le mot de risque, n’osent plus parler de faute. La faute existe pourtant. Elle consiste non à commettre l’acte, mais à ne pas réparer le dommage. Nous sommes dans des hypothèses où l’action nocive est tolérée et admise à cause de son utilité.“ Gewiss kann Verschulden vorliegen, wenn der Schuldner in der Erfüllung der Ersatzpflicht säumig ist; aber dieses Verschulden ist doch Folge und nicht Grund der Verpflichtung, die sich auf eine Handlung stützt, welche ja auch hier als erlaubt bezeichnet wird.

Einschränkung erfolgt, ist der Haftpflichtanspruch im Falle der Schadenszufügung⁵⁹⁾.

Der Gedanke, der hier zum Ausdruck kommt, ist der modernen Rechtsanschauung allgemein eigen. Wer im Notstand einen andern am Vermögen schädigt, soll nach Ermessen des Richters Schadenersatz leisten (Art. 52 II OR). Wir können heute doch wohl ruhig gelten lassen, dass die Notstandshandlung erlaubt und rechtmässig ist. Der Skifahrer, der in die Alphütte einbricht, um das Leben seines verletzten Freundes zu retten, handelt nicht nur vernunftgemäß, sondern würde seine sittlichen und auch rechtlichen Pflichten verletzen, wenn er es nicht täte. Soll nun aber der Eigentümer den Schaden tragen, weil rechtmässige Handlung nach der Verschuldenslehre einen Ersatzanspruch nicht zu begründen vermag? Es erscheint doch als Vernunftgebot, dass derjenige, dem das Recht erlaubt, zur Wahrung seiner höhern Interessen geringere des andern beiseitezuschieben, für den Schaden dieses andern aufkommen soll⁶⁰⁾. Hat mir der Wind meine Sache auf ein fremdes Grundstück getragen, so handle ich sicher rechtmässig, wenn ich sie zurückhole; richtig aber wird es sein, dass der Schaden ersetzt wird, der allfällig dabei entsteht. Warum sollte die Gestattung von Handlungen über den allgemeinen und deshalb auf Grundlage der Gleichheit aufgebauten Rechtskreis hinaus nicht gesetzlich

⁵⁹⁾ Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 4, hebt das etwas anders mit den Worten hervor: „Einerseits wird eine Handlung, die an sich unrechtmässig und unerlaubt ist, dennoch vom Rechte gestattet und dadurch zu einer rechtmässigen und erlaubten: der vom Recht, wenngleich nur gegen Entschädigung, gestattete Eingriff ist kein Delikt.“

⁶⁰⁾ Die zögernde Anerkennung dieses Anspruches auch in unserem Recht ist auf das römische Recht zurückzuführen, wonach der im Notstand Angreifende nicht strafwürdig war; mit der Straflosigkeit aber vertrug sich die unter dem Gesichtspunkt der Strafe stehende Ersatzpflicht nicht. Vgl. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht, sowie Unger, a. a. O. S. 15.

für bestimmte Personenkategorien gegen Auflage der Entschädigungspflicht möglich sein, wenn auf vertraglichem Boden diese Art des Interessenausgleiches längst als zweckmässig erkannt worden ist? Die technischen Werke und Einrichtungen und die wirtschaftlichen Anforderungen sind heute derart, dass mit dem Entweder — Oder des Verbietens oder Gestattens nicht auszukommen ist. Unsere Wirtschaft braucht im Interesse der Allgemeinheit Betriebe, die wegen ihrer Gefährlichkeit eine Einschränkung des Interessenkreises einzelner bedeuten. Da hat der Gesetzgeber die Aufgabe, diese Interessen abzuwägen. Er wird den Ausgleich vielfach in einer Gestattung der gefährlichen Handlung gegen Entschädigungspflicht erblicken, gleichwie der einsichtige Grundeigentümer dem Nachbarn gestatten mag, einen nach den allgemeinen Schranken des Nachbarrechtes nicht zulässigen Betrieb zu errichten gegen die Verpflichtung, für allfälligen Schaden aufzukommen. Die Entwicklung des Automobilwesens ist nur ein Ausschnitt aus einer umfassenderen allgemeinen Entwicklung. Bei den früheren technischen Unvollkommenheiten der Wagen und den unübersichtlichen Strassen mag es in Berggegenden richtig gewesen sein, den Verkehr mit Motorfahrzeugen zu verbieten. Er hätte sich mit dem Rechte der andern auf persönliche Sicherheit, so möchte man sagen, nicht vertragen. Es wäre indes ein starres Recht, das neben diesem absoluten Verbot nur die andere Möglichkeit der freien Gestattung kennen würde von dem Augenblicke an, wo stärkere Interessen den freien Verkehr auch mit Fahrzeugen dieser Art erfordern. Es scheint doch eher, dass das Recht durch Gestattung gegen Entschädigungspflicht seine Aufgabe besser erfüllt. Die stärker gewordenen allgemeinen Interessen erfordern eine Freigabe der Strassen, und eine Verbesserung der technischen Einrichtungen vermindert die ursprüngliche Gefahr. Das intensive Interesse des Strassenbenützers an Sicherheit aber bleibt bestehen. Da scheint es in der Tat zweckmässig zu sein, dass dem allgemeinen Interesse

stattgegeben werde, das besondere aber seine Berücksichtigung in einem Entschädigungsanspruch finde.

Aus diesem Gesichtspunkte ist es durchaus zutreffend, hier von Gefährdungshaftpflicht zu reden. In der erlaubten Gefährdung liegt die Rechtfertigung des Anspruches, und es ist weiterhin Aufgabe des Gesetzgebers, von hier aus an die Frage heranzutreten, welche Kategorien von Betrieben dermassen für andere als gefährlich erscheinen, dass bei ihnen eine besondere Regelung der Haftpflicht auf dieser Grundlage geboten erscheint. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine aussergewöhnliche Gefährdung nicht nur anzunehmen ist, wo durch den haftpflichtigen Betrieb primär eine erhöhte Möglichkeit für Unfälle gegeben ist, sondern auch da, wo infolge der Eigenart des Betriebes die zunächst auf eine andere Ursache zurückzuführenden Schädigungen besonders schwer auszufallen pflegen, wo also beispielsweise die durch ein leichteres Versehen des Verunfallten selbst oder eines Dritten herbeigeführte Kollision wegen der Geschwindigkeit und Wucht, mit der grosse Massen bewegt werden, zu besonders schwerem Schaden führt. Darin liegt auch der Grund, warum nicht bei jedem Verschulden des Geschädigten die Kausalhaftung wegfallen darf, wie man es zunächst annehmen möchte; erst derjenige Grad von Verschulden, bei dem das Moment der Betriebsgefahr in der Kausalreihe zurücktritt, wird diese Folge nach sich ziehen.

Diese Gefährdung scheint mir nun aber nicht die einzige Wurzel der modernen Kausalhaftung zu sein. Den Satz des römischen Rechtes, dass derjenige den von keinem andern verschuldeten Schaden tragen soll, den er getroffen hat, suchen wir jedenfalls für Personenschäden in seiner Härte zu mildern. Der soziale Gedanke⁶¹⁾ fliest hier

⁶¹⁾ Nicht richtig dürfte es sein, die moderne Kausalhaftung auf die unabhängig vom Verschulden bestehende Schadensersatzpflicht der germanischen Rechte zurückzuführen, so dass man die Verschuldenshaftpflicht als römisches, die Kausalhaftung als deutschrechtliches Prinzip bezeichnen könnte, wie es vielfach

in hohem Masse in unser Haftpflichtrecht ein. Unser Recht beugt sich hier nicht einfach dem Zufall, sondern sucht durch das Mittel des Haftpflichtanspruches zu einer Schadensverteilung zu gelangen, die uns für die Beteiligten die erträglichere und für die Allgemeinheit die richtigere scheint. Der Gedanke hat sich zuerst bei den Schädigungen an Leib und Leben in unserem Recht durchgesetzt. Sowohl das Eisenbahnhhaftpflichtgesetz vom 1. Juli 1875 als auch das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1882 gewährten den vom Verschulden unabhängigen Schadenersatzanspruch bei Tötung und Körperverletzung, und auch das Eisenbahnhhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905 gibt den Ersatzanspruch für Sachschäden nur akzessorisch neben dem Anspruch aus Tötung oder Körperverletzung und nur für Sachen, die der Betroffene unter seiner eigenen Obhut mit sich geführt hat. Erst das Bundesgesetz über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 hat die Kausalhaftung in Art. 27 II auch auf Sachen ausgedehnt, und das Luftverkehrsrecht ist darin im Bundesratsbeschluss vom 27. Januar 1920, Art. 25, gefolgt. Praktisch wird es sich auch hier vorwiegend um Personenschäden handeln.

Es tritt da zunächst der Gedanke zutage, auf den auch Art. 54 OR zurückgeht, dass von mehreren an einem schädigenden Ereignis beteiligten Personen nicht oder nicht nur diejenige den Schaden tragen soll, die betroffen worden ist. Man kann zwar diese Überlegung grundsätzlich gelten lassen und doch die Einwendung erheben, warum denn der Betriebsinhaber den Schaden übernehmen soll, der doch jedenfalls dem schadenstiftenden Ereignis nicht näher

geschieht. Auch im germanischen Recht ist der pönale Gedanke die Wurzel des Schadenersatzrechtes; allein der strafrechtliche Gesichtspunkt hat in der Entwicklung noch nicht den Schuld-begriff erreicht, steht also gegenüber dem römischen Recht um eine Stufe zurück. In der modernen Kausalhaftpflicht fehlt das pönale Moment ganz.

stehe als der Geschädigte, und bei dem auch im Verhältnis zu diesem das Moment der ökonomisch stärkern Stellung durchaus nicht immer vorhanden sei, wie es Art. 54 OR für die Haftung des Urteilsunfähigen fast durchwegs als Ausgangspunkt nehme. Es lässt sich diesem gegenüber einmal darauf hinweisen, dass bei Personenverletzungen, insbesondere bei schweren, der Anspruch auf Ersatz des sog. vollen Schadens regelmässig keine völlige, sondern nur eine teilweise Abwälzung bedeutet. Es sind hier Interessen verletzt, die man nicht mit Geld ersetzen kann, und selbst derjenige, der bei Heller und Pfennig seinen ökonomischen Schaden ersetzt erhalten hätte, ginge nicht ungeschädigt davon. Auf dem Boden der reinen Kausalhaftung lässt sich auch ein weiterer Ausgleich mit einer Genugtuungssumme nicht finden, denn der Genugtuungsanspruch setzt seinem Wesen nach Verschulden oder Rechtswidrigkeit voraus; Art. 8 EHG macht ihn deutlich hievon abhängig. Somit dürfen wir wohl sagen, dass Gewährung eines Anspruches auf Schadenersatz bei Personenverletzungen Verteilung und nicht Abwälzung des Schadens bedeutet. Dazu tritt weiter insbesondere der Umstand, dass die ökonomischen Unfallfolgen von dem haftpflichtigen Betriebe leichter getragen werden können als vom Verletzten. Zwar ist es durchaus nicht immer so, dass dieser der wirtschaftlich stärkere Teil wäre; allein die Möglichkeit, den Schaden wirtschaftlich zu verteilen, indem der Betriebsinhaber von vornherein mit derartigen Schädigungen rechnen muss, den Deckungsbetrag wenigstens annähernd in seine kommerziellen Berechnungen gewissermassen als Kosten des Betriebes einstellen kann und sich so gegen Überraschungen sichern mag, lässt die Folgen eines unverschuldeten Betriebsunfalles in Form einer Verpflichtung auf Geldzahlung durchwegs für den Betrieb als wesentlich erträglicher erscheinen, als es die Folgen für den Betroffenen wären, dem kein Entschädigungsanspruch zusteht. Es lässt sich auch nicht mit exzeptionellen ökonomischen Verhältnissen argumentieren,

sobald es sich darum handelt, eine allgemeingültige Regelung zu finden oder zu rechtfertigen. Normalerweise wird der Betroffene der wirtschaftlich Schwächere sein, und wo er es nicht ist, da kann das Gesetz eine Ermässigung eintreten lassen, wie es Art. 4 EHG in Fällen ungewöhnlich hohen Erwerbes des Getöteten oder Verletzten bereits tut. Die Möglichkeit der Haftpflichtversicherung nimmt vollends jeden Zweifel, dass die Überwälzung des in Geld ersetzbaren Schadens auf den Betriebsinhaber als die sozial richtigere Lösung erscheint; richtiger als diejenige, welche die Schadenstragung dem Zufall überlässt.

Man mag diesem entgegenhalten, die Haftpflichtfragen würden so nicht mehr auf dem Boden des Privatrechtes gelöst, sondern auf den des modernen Sozialrechtes geschoben. Es ist richtig, dass sich diese Gedankengänge mit denen des individualistischen römischen und gemeinen Rechtes nicht vertragen, und wer unter Privatrecht eine individualistische Rechtsordnung nach Art der römischen versteht, die ja im Obligationenrecht weitgehend auch die unsrige ist, dem soll zugegeben sein, dass diese Haftpflichtansprüche die Schranken des Privatrechtes durchbrechen. Die Schadensausgleichung behält zwar die Form des privatrechtlichen Anspruches als Obligation zwischen Privatpersonen bei, der Sache nach aber nähern wir uns so stark der sozial-rechtlichen Schadensverteilung, dass der Haftpflichtanspruch vielfach geradezu nur als Instrument im Dienste des Sozialversicherungsgedankens erscheint⁶²⁾.

⁶²⁾ Die Entwicklung unseres Unfallversicherungsrechtes ist bezeichnend für eine vielleicht weitreichende Rechtsentwicklung. Durch das Fabrikhaftpflichtgesetz vom Jahre 1881 hat der Sozialversicherungsgedanke in unserem Recht Einzug gehalten, vorerst in Form des privaten Haftpflichtanspruches. In wenigen Jahren ist er derart erstarkt, dass er sich zum Versicherungsanspruch in selbständiger öffentlich-rechtlicher Form durchsetzen konnte, der auch das privatrechtliche Gewand vollständig abgestreift hat.

B. Das Automobilhaftpflichtrecht.**I.**

In dieses Gesamtbild lässt sich nun die Automobilhaftpflicht an verschiedener Stelle einordnen. Sie erscheint heute als Verschuldenshaftpflicht nach den allgemeinen Bestimmungen des OR; allein die Stimmen sind nicht zahlreich, die sich dauernd mit dieser Regelung abfinden möchten. Es wird fast durchwegs eine Verschärfung gefordert oder doch als geboten anerkannt; denn es erscheine bei dieser Regelung die Stellung des Verletzten als zu ungünstig. Die zunächstliegende Lösung wäre die, in Anlehnung an die Art. 55 und 56 OR dem Automobilisten die Erfüllung einer bestimmten und nicht eng gezogenen Sorgfaltspflicht zu überbinden, ihm vielleicht auch die Garantie für Mängel nach Analogie zu Art. 58 OR aufzuerlegen und jedenfalls durch Umkehrung der Beweislast die Stellung des Verletzten prozessual zu erleichtern. Ein weiterer Schritt müsste zur reinen Verursachungshaftung nach Art der Eisenbahnhhaftpflicht führen, und als entfernteste Möglichkeit erscheint diejenige, den Schadensausgleich durch das Mittel der direkten obligatorischen Versicherung der Geschädigten zu erreichen.

Die Grundlage für das allgemeine in Geltung stehende Automobilhaftpflichtrecht bildet Art. 41 OR mit seiner Verschuldenshaftung. Bei Beurteilung des Verschuldens wird dabei ein durchaus objektiver Massstab angelegt und die Erfüllung einer strengen Sorgfaltspflicht gefordert. Die Verkehrssicherheit liesse sich nicht mit einer Abstufung des Verschuldens nach der Individualität des Fahrers vereinbaren. Es wird in jedem Falle die Umsicht, Sorgfalt und Besonnenheit eines tüchtigen Automobilfahrers verlangt; jede Nachlässigkeit oder Ungeschicklichkeit begründet die Haftung und keiner wird sich damit ausreden, seine Kenntnisse und Fähigkeiten hätten in diesem Falle nicht ausgereicht, um die Gefahr zu erkennen oder zu vermeiden. Der strenge Massstab, der an die Sorgfalt-

pflicht gelegt wird, ergibt sich aus der grossen Gefährdung der andern, sobald nicht mit aller Sorgfalt zu Werke gegangen wird. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezeichnet es als ein wegen der mit dem Automobilverkehr verbundenen Gefährdung der Verkehrssicherheit für den Automobilfahrer in besonderem Masse geltendes allgemeines Rechtsgebot, „dass derjenige, der einen für Dritte gefährlichen Zustand setzt, auch das zum Schutze derselben gegen die Gefahr Erforderliche vorzukehren hat“⁶³). Je grösser die Gefährdung anderer ist, um so schärfere Anforderungen werden an die Sorgfaltspflicht zu stellen sein. Ist diese verletzt, so ist der Haftpflichtanspruch unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens begründet. Fehlt aber dieses, so entfällt der Anspruch; denn auch die Sorgfalt, die vom Automobilisten gefordert wird, darf nicht übersteigert werden, und wo der umsichtige Fahrer vernünftigerweise mit einer Kollision nicht rechnen musste, da hat er für die Folgen, wenn diese doch unerwartet eintreten, nicht aufzukommen⁶⁴). Ein weitergehendes Automobilhaftpflichtrecht gilt heute schon für einzelne Betriebe. Wird ein Schaden durch ein Postautomobil angerichtet, so haftet die Postverwaltung gemäss Art. 47 des Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924 gegenüber den Postreisenden und gemäss Art. 69 Ziff. 2 des nämlichen Gesetzes in Verbindung mit Art. 24 EHG auch gegenüber Drittpersonen nach den Bestimmungen über das Eisenbahnhaftpflichtgesetz, also bei Personenschäden ohne Rücksicht auf ein Verschulden. Die gleiche Kausalhaftung gilt endlich nach Art. 3 des Postverkehrsgesetzes für Automobilbetriebe, welche regelmässige Fahrten auf einer bestimmten Strecke ausführen und hiezu einer Konzession bedürfen⁶⁵).

⁶³) BGE 51 II S. 520.

⁶⁴) Vgl. BGE 54 II 459. Gerade dieses Urteil hat den bisweilen doch etwas zu weit gespannten Sorgfaltsbegriff auf sein richtiges Mass zurückgeführt.

⁶⁵) Konzession A für regelmässige Fahrten auf einer bestimmten Strecke nach der Kraftwagenverordnung vom 8. Februar 1916

Wenn nun eine Verschärfung dieser Haftung angestrebt wird, so lässt sich diese einmal erreichen durch Sonderbestimmungen nach Art der Tierhalterhaftpflicht gemäss Art. 56 OR. Es solle, so wurde vorgeschlagen, der Automobilhalter für den Schaden aufkommen, der beim Betriebe eines Automobils verursacht wird, sofern er nicht nachweise, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Neuerung liegt also einmal in der Umkehrung der Beweislast. Es hätte nicht mehr der Geschädigte das Verschulden, sondern der Schädiger die Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht nachzuweisen. Der Beweisnotstand wäre beseitigt, in welchem sich der Geschädigte vielfach befindet, weil er den Fehler des andern nicht herausfindet oder darzutun vermag, und es könnte so der Verletzte weniger leicht aus prozessualen Gründen um seinen Anspruch gebracht werden. Darüber hinaus müsste aber der Automobilist für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht unter allen Umständen einstehen, dürfte sich also nicht damit entlasten, er habe aus Gründen, die ihm nicht zum Verschulden anzurechnen seien, dieser Sorgfaltspflicht nicht genügen können. Etwas weitergehend lässt sich damit auch leicht der Gedanke verbinden, der in der Haftung des Werkeigentümers zum Ausdruck kommt: das Einstehen für unverschuldete Material- oder Konstruktionsfehler. Es hätte so der Automobilist nicht nur für höchste Sorgfalt einzustehen, sondern auch für den Schaden aufzukommen, der auf Fehler und Mängel an seinem Wagen zurückzuführen ist, selbst wenn er diese bei grösster Sorgfalt nicht entdecken konnte. In dieser Richtung geht die neueste Praxis des französischen Kassationshofes in Automobilhaftpflichtfällen. In Anwendung

(A.S. 32, 21) und Konzession B für regelmässige Rundfahrten nach Bedarf gemäss Bundesratsbeschluss vom 19. März 1929 (A.S. 45, 83). Vgl. Buser, Das Schweizer. Postverkehrsgesetz S. 41.

von Art. 1384 Abs. 1 C.C. muss nunmehr der Fahrzeugführer den Nachweis erbringen, dass ihn kein Verschulden trifft, und zwar ist dieser Beweis eingeschränkt auf den Nachweis des Zufalls (*cas fortuit*), der höhern Gewalt (*force majeure*) und einer ausserhalb seines Willensbereiches stehender Ursache (*cause étrangère qui ne lui soit pas imputable*). Auch der Nachweis, dass er keinen Fehler begangen habe, oder dass der Grund des Unfalles unbekannt sei, vermöchte somit den Fahrzeugführer nicht zu entlasten⁶⁶⁾.

Auf dem Boden der reinen Verursachungshaftpflicht stand das Bundesgesetz über den Automobil- und Fahrradverkehr vom 10. Februar 1926, das in der Volksabstimmung vom 15. Mai 1927 abgelehnt worden ist. Dem Halter sollte hier die Haftung auferlegt werden, „wenn durch den Betrieb eines Automobils oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Automobilbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt, eine Sache zerstört oder beschädigt wird“, sofern nicht der Unfall herbeigeführt worden ist durch höhere Gewalt, durch grobes Verschulden des Geschädigten oder durch Verschulden eines Dritten (Art. 31 und 32). Das Gesetz wäre also systematisch neben die Haftpflicht der Eisenbahnen zu stellen gewesen und brachte dieser gegenüber insoweit eine Verschärfung, als nur grobes Verschulden des Geschädigten und nicht Verschulden schlechthin, wie es Art. 1 EHG vorsieht, eine Entlastung des Halters herbeiführen sollte. Es lehnte sich derart eng an die Haftpflichtbestimmungen des Bundesgesetzes über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (Art. 27) an⁶⁷⁾. Zur Deckung des Anspruches

⁶⁶⁾ Vgl. die Mitteilung von G. Dietz in der S.J.Z. 26 S. 320.

⁶⁷⁾ Durch das deutsche Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 5. Mai 1909, heute in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juli 1923, wurde in Deutschland die Kausalhaftung für Automobile eingeführt. § 7 lautet: „Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesund-

sah das abgelehnte Gesetz in den Art. 41 bis 45 die obligatorische Haftpflichtversicherung des Halters vor.

Diese obligatorische Versicherung, die ja heute schon kantonal geltendes Recht ist, führt schliesslich auf den Gedanken, ob nicht zweckmässiger als durch Ausbau des Haftpflichtrechtes die Sicherung des Strassenbenützers durch direkte Versicherung erreicht werden könnte, indem so die Schadensliquidation nicht zuerst im kleinen Kreise der Beteiligten vorgenommen wird, um erst nachher indirekt durch die Haftpflichtversicherung auf einen grössern Kreis überwälzt zu werden, sondern sogleich auf die viel breitere Grundlage der Versicherung gestellt wird. Die Lasten dieser Versicherung müssten von den Automobilbesitzern getragen werden, und dem Verletzten stände ein direkter Anspruch gegen den Versicherer zu; die Versicherung selbst wäre denkbar in der Form des privaten Versicherungsvertrages als Voraussetzung für die Erteilung einer Verkehrsbewilligung, oder in derjenigen der unmittelbaren gesetzlichen Versicherung nach dem Vorbilde der obligatorischen Kranken- und Unfallversicherung.

II.

Die Anzeichen weisen heute darauf hin, dass sich das Automobilhaftpflichtrecht in der Richtung der Kausalhaftung entwickeln wird. Der Gedanke der direkten Versicherung des Verletzten vermag bei uns nicht recht

heit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeuges verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einen Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeuges, noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt ein Ereignis insbesondere dann, wenn es auf das Verhalten des Verletzten oder eines nicht bei dem Betriebe beschäftigten Dritten oder eines Tieres zurückzuführen ist, und sowohl der Halter als der Führer des Fahrzeuges jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat.“

Fuss zu fassen. Um eine obligatorische Versicherung auf öffentlich-rechtlichem Boden dürfte es sich heute von vornherein nicht handeln⁶⁸⁾), und auch von der privaten direkten Versicherung befürchten die Beteiligten, mit Recht oder Unrecht, vermehrte Lasten, die ihrer Einführung hinderlich erscheinen.

Das Kausalprinzip ist in den Entwürfen zu dem verworfenen Gesetz vom 10. Februar 1926 von Anfang an aufgestellt worden; es wurde wohl aus wirtschaftlichen Erwägungen und grundsätzlichen juristischen Bedenken etwa angefochten, war aber in der parlamentarischen Beratung nie ernstlich gefährdet. Wie weit es zur Verwerfung des Gesetzes durch das Volk beigetragen hat, lässt sich nicht ermitteln; es hat dem Gesetz eine gewisse Gegnerschaft gebracht, allein beim Festhalten am Verschuldensprinzip wäre an deren Stelle eine ebensogrosse in anderer Zusammensetzung getreten.

Zur Rechtfertigung der Kausalhaftung wird in erster Linie auf die Gefährdung der übrigen Strassenbenutzer durch das Automobil hingewiesen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass das Automobilfahren „den Keim von Gefährdung für die Sicherheit von Menschen in sich birgt“ (BGE 31 II 418). Die Schnelligkeit und die damit verbundene Wucht, mit der das Automobil einherfährt, der Umstand, dass es sich meist nicht auf einer besondern Fahrbahn bewegt, die Tatsache, dass unsere Strassen immer noch vielfach nicht sehr breit, dagegen in der Regel stark begangen und befahren sind und oft durch dichtbevölkerte Gegenden führen, rechtfertigen diesen Satz vollauf. Die allmähliche Verbesserung der Strassen, die Regelung des Verkehrs und die Aufklärung über die Gefahren werden sicher einen günstigen Einfluss auf die Verhütung von Unfällen haben; allein es werden immer die Schnelligkeit und Wucht der Wagen bleiben, vermöge deren durch geringstes Versehen eines Fahrers, verborgener Material- oder Konstruktionsfehler oder zu-

⁶⁸⁾ Es fehlt dafür z. Z. auch die verfassungsmässige Grundlage.

fällige Störung im Mechanismus leicht Unheil angerichtet werden kann, das in seinen Folgen nicht selten schwer ist. Diese Gefährdung in Verbindung mit dem Umstand, dass die schweren Schädigungen fast ausnahmslos Personenverletzungen sind, bei denen aus sozialen und volkswirtschaftlichen Gründen wenn immer möglich Deckung beschafft werden sollte, vermögen m. E. die Kausalhaftung genügend zu rechtfertigen.

Dazu kommt nun der Umstand, dass für den Postbetrieb und für die von der Post konzessionierten Automobilunternehmungen die Kausalhaftung bereits geltendes Recht ist. Für einen nicht unwesentlichen Teil der Kraftwagen hat das Recht also diese Erweiterung bereits erfahren, und zwar sind es gerade diejenigen Betriebe, bei denen wegen der Regelmässigkeit der Fahrten, der sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Fahrpersonals und wegen der meist gut organisierten Kontrolle von Material und Konstruktion der Wagen die Unfallgefahr eher geringer ist. Jedenfalls würde sich die Kausalhaftung für diese Betriebe auf die Dauer nicht rechtfertigen lassen, wenn der Automobilverkehr im übrigen der Verschuldenshaftung unterstellt bleiben sollte. Weiterhin drängt auch das geltende Eisenbahnhaftpflichtrecht auf die Kausalhaftung für Automobile hin. Es ist ein Gebot der Billigkeit, dass Betriebe, die Gefahren für andere in gleich hohem Masse bergen, auch nach gleichen Grundsätzen zur Haftung herangezogen werden. Eisenbahn und Automobil weisen derart das Gefährdungsmoment in ähnlichem Masse auf. Das Automobil bleibt hinter der Eisenbahn zurück hinsichtlich der Schwere der Unfälle, übertrifft sie aber gewaltig in der Zahl. Die Eisenbahn verkehrt meist auf eigenem Körper und bildet darüber hinaus keine Gefährdung; bei Strassenkreuzungen oder da, wo die Eisenbahn die Strasse benutzt, sind es die durch die Geleiseanlagen kenntlichgemachten Gefährdungszonen, welche dem Straßenbenutzer den Selbstschutz erleichtern. Das Automobil dagegen ist in der Bewegung völlig frei, so dass die Gefahren

für die andern weniger leicht zu erkennen und zu vermeiden sind. Wenn gerade in letzter Zeit von den Eisenbahnen darauf hingewiesen wird⁶⁹⁾, es sei ihre Ausnahmehaftung zu schwer, so ist das wenigstens im Verhältnis zur Haftpflicht der Automobile nicht ganz unrichtig. Es ist in der Tat die strenge Ausnahmehaftung eines Betriebes unbillig, solange der andere Betrieb, der ihm in der Gefährlichkeit jedenfalls nicht nachsteht, davon nicht erfasst wird.

Freilich lassen sich einzelne Wirkungen der Kausalhaftung auch auf anderem Wege herbeiführen. Dem geltenden Recht wird mit Fug der Vorwurf einer unrichtigen Beweislastverteilung gemacht. Dem verletzten Kläger liegt heute der Beweis ob für das Verschulden des Fahrers. Trotz der verbesserten Methoden zur Feststellung des Tatbestandes durch photographische Aufnahmen, Messungen, Untersuchungen der Bremsspuren und dergleichen mehr, liegt ein eigentlicher Beweisnotstand des Geschädigten vor. Der Automobilist wird regelmässig beim Fehlen seines Verschuldens die Ursachen des Unfalles leichter nachweisen können als der Verletzte im umgekehrten Falle das Verschulden des Fahrers. Wenn es sich nur um diese Frage handelte, so würde sich leicht durch Umkehrung der Beweislast Abhilfe schaffen lassen, wie es bei der Haftung des Geschäftsherrn und des Tierhalters geschehen ist. Es müsste dann der Automobilhalter haften, soweit er nicht nachweist, dass er oder seine Hilfspersonen alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

Bei dieser Regelung bleibt indes der Schaden immer noch auf dem Verletzten, wenn es sich um Unfälle handelt, die trotz aller Sorgfalt eintreten können und somit etwas

⁶⁹⁾ O. Salvisberg, Über die Rechtsprechung betr. die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen Z.b.J.V. 66 (1930) S. 50 ff.

Zufälliges an sich haben; es sind die Unfälle, die auf Konstruktions- oder Materialfehler, fehlerhaftes Funktionieren einer Vorrichtung, Versagen der Bremsen oder der Steuerung zurückzuführen sind. Gerade solche Unfälle sind nicht selten, und es lässt sich mit dem Gedanken, welcher auf eine Verschärfung des Automobilhaftpflichtrechtes hindrängt, nicht recht vereinbaren, wenn der Dritte die Folgen aus diesen typisch mit dem Automobilverkehr verbundenen Gefahren tragen soll. Allein auch hier lässt sich eine Überwälzung des Schadens auf den Automobilisten erreichen, ohne dass der letzte Schritt zur reinen Kausalhaftung nach Art des Eisenbahnhaftpflichtrechtes getan werden müsste. Gleichwie der Werk-eigentümer nach Art. 58 OR für Schaden aus Fehlern und Mängeln des Werkes als Garant einzustehen hat, müsste hier der Automobilhalter zufällige Fehler und Mängel in Konstruktion oder Funktionieren des Wagens übernehmen, und es liesse sich über Art. 58 OR hinaus leicht die Stellung des Verletzten durch Umkehrung der Beweislast verbessern, in der Weise, dass wiederum der Automobilist die Abwesenheit von Fehlern und Mängeln nachzuweisen hätte.

Im praktischen Ergebnis nähert sich eine solche Haftung der Kausalhaftung sehr stark. Der Unterschied wirkt sich nur bei Ausnahmetatbeständen aus. Wenn durch die Räder ein Stein des Strassenbelages fortgeschleudert wird und das am Wegrave stehende Kind im Auge verletzt, oder wenn durch die Scheinwerfer des Automobils, die hier wegen anderer Gefahren nicht abgeblendet werden dürfen, ein Tier scheu wird und Schaden anrichtet, so könnte der Beklagte auch diesen strengen Entlastungsbeweis erbringen und sich so von der Haftung befreien; beim reinen Kausalprinzip dagegen müsste ihn diese treffen. Wenn die Haftung des Automobilisten bereits soweit verschärft werden soll, so möchte ich der reinen Kausalhaftung den Vorzug geben. Diese hat einmal den grossen Vorzug der Einfachheit und Einheitlichkeit.

Der umschriebene Entlastungsbeweis ist zu kompliziert. Es dürfte nicht richtig sein, in einem Verkehrshaftpflichtrecht die Haftung von Tatbestandsmomenten abhängig zu machen, von denen zum vornherein bekannt ist, dass wegen der Schnelligkeit der Vorgänge eine genaue Rekonstruktion schwierig und in vielen Fällen unmöglich ist. Die begrifflichen Unterscheidungen des Gesetzes müssen den Möglichkeiten der Tatbestandsfeststellung einigermassen entsprechen. Richtiger erscheint es da, die Lösung zu wählen, welche an zuverlässig feststellbare Momente anknüpft, zumal es sich bei den erwähnten Fällen fraglos ebenfalls um typische Betriebsgefahren handelt, für welche der Automobilist ebensogut einstehen mag wie für Verletzungen infolge zufälligen Versagens einer Vorrichtung. Eine solche Regelung liegt letzten Endes im Interesse des Beklagten selbst; denn jede Abstufung der Haftpflicht führt leicht dazu, dass sich der Kläger auf Fehler des Automobilisten beruft, und so gelegentlich auch mit einer Strafklage seine Stellung in der Haftpflichtfrage verbessern will.

III.

Praktisch die grössere Bedeutung für die wirtschaftliche Belastung, die der Automobilverkehr durch die besondere Haftpflicht erfährt, dürfte die Frage haben, wieweit dem Beklagten im Rahmen des Haftungsprinzips eine Entlastungsmöglichkeit eingeräumt wird. Der Entwurf von 1926 wollte Befreiung von der Ersatzpflicht eintreten lassen, „wenn der Unfall herbeigeführt worden ist durch höhere Gewalt, durch grobes Verschulden des Geschädigten oder durch Verschulden eines Dritten, unter Ausschluss eines Verschuldens des Halters oder der Personen, für die er verantwortlich ist“ (Art. 32). Bei leichtem Verschulden des Geschädigten war Ermässigung der Ersatzpflicht vorgesehen.

Dass höhere Gewalt die Haftung ausschliesst, ist von keiner Seite bestritten. Es liegt hier kein Kausal-

zusammenhang zwischen Betriebsgefahr und Schaden vor, so dass ein Grund nicht erkennbar wäre, dem Betriebe die Folgen aufzubürden.

Anders aber verhält es sich mit den Entlastungsgründen des sog. Selbst- und Mitverschuldens. Man ist zunächst versucht, sich von der Terminologie irreführen zu lassen und hier von einem Zusammentreffen von Kausal- und Verschuldensprinzip zu reden. Daraus wird auch leicht der Schluss gezogen, wie es die ältere Praxis im Eisenbahnhaftpflichtrecht getan hat, es befreie bei der Kausalhaftung, abgesehen vom Falle des Verschuldens auf Seiten des haftpflichtigen Betriebes, jedes Verschulden des Betroffenen jenen von der Haftpflicht. Denn es dürfe doch nicht dazu kommen, dass der vorwurfsfrei Handelnde denjenigen, wenn auch nur teilweise, entschädigen müsse, dem Verschulden und damit Rechtswidrigkeit zur Last zu legen sei.

In Wirklichkeit liegt im Verhalten des Geschädigten nur ein Verschulden im uneigentlichen Sinne. Dieser verletzt nur sich selbst und nicht andere; es entfällt somit das Moment der Rechtswidrigkeit⁷⁰⁾ und das des rechts'erheblichen Verschuldens, denn das Recht ordnet nicht die Pflicht des einzelnen gegen sich selbst. Die Frage nach der Reduktion wegen Selbst- oder Mitverschuldens ist eine solche der Kausalität. In dem Umfange, als der Geschädigte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht gelassen hat, durch welche der eigene Schaden hätte abgewendet werden können, fehlt der Kausalzusammenhang zwischen der die Kausalhaftung rechtfertigenden Gefährlichkeit des Betriebes und dem Schaden, m. a. W. es hängt hier die Schadensverteilung davon ab, wieweit der Schaden von dem einen oder dem andern verursacht worden ist⁷¹⁾. Ist das Verhalten des Verletzten für Eintritt

⁷⁰⁾ Guhl, Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweizer. OR S. 81 spricht hier von Ordnungswidrigkeit.

⁷¹⁾ Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse S. 40.

oder Grösse des Schadens derart kausal, dass die Gefährlichkeit des Betriebes in der Kausalreihe völlig zurücktritt, so wird die Haftpflicht entfallen (sog. *Selbstverschulden*), während eine Reduktion des Anspruches einzutreten hat, wenn als weitere adäquate Ursache die Gefährlichkeit des Betriebes erscheint (sog. *Mitverschulden*).

Ob dem Verletzten ein Vorwurf gemacht werden kann, m. a. W. ob bei ihm Verschulden vorliegen würde, wenn er einen andern geschädigt hätte, fällt nur indirekt in Betracht. Wenn das spielende Kind vor das Automobil läuft und Schaden nimmt, so wird der ganze Schaden zu ersetzen sein und niemand wird die Frage nach einem *Mitverschulden* stellen; denn gerade für Kinder bietet der Automobilverkehr erhöhte Gefahren und es liegt nach dem natürlichen Verlauf der Dinge ein direkter Kausalzusammenhang vor zwischen der Gefährlichkeit des schnellfahrenden Wagens und der Schädigung des Kindes. Nimmt dagegen der Geisteskranke infolge seines unberechenbaren Verhaltens Schaden, so kann sein Zustand als Mitursache erscheinen oder sogar den Kausalzusammenhang zwischen Gefährlichkeit des Betriebes und Schaden ganz unterbrechen mit der Folge, dass der Anspruch herabzusetzen ist oder ganz in Wegfall kommt. Auch hier trifft den urteilsunfähigen Verletzten kein Verschulden; allein es lockert oder unterbricht sein Verhalten den Kausalzusammenhang, der Grundlage des Anspruches ist.

Es scheint mir, dass auch das Eisenbahnhhaftpflichtrecht trotz der etwas unglücklichen Formulierung im deutschen Text des Art. 5 EHG von ähnlichen Gedanken ausgeht. „Dieses *Selbstverschulden* des Getöteten“, so wird in einem neuesten Entscheide des Bundesgerichtes noch gesagt, „schliesst die Haftbarkeit der Beklagten gänzlich aus, wenn es die einzige Ursache des Unfalles war (Art. 1 EHG), teilweise und verhältnismässig, wenn ein Verschulden der Bahn oder die von ihr zu vertretende Betriebsgefahr damit konkurrierten“⁷²⁾. Die Lösung der

⁷²⁾ BGE 55 II 339.

Frage dürfte auch für die Automobilhaftpflicht in dieser Richtung liegen. Der Gesetzesentwurf von 1926 hat versucht, eine engere Regelung zu treffen und bei „grobem Verschulden der Geschädigten“ Befreiung von der Ersatzpflicht, bei leichtem dagegen Ermässigung anzunehmen⁷³⁾). Diese Ordnung im Gesetze selbst scheint mir zu starr, der Mannigfaltigkeit der tatsächlichen Vorgänge nicht genügend Rechnung zu tragen und vor allem begrifflich nicht richtig zu sein. Die Unterscheidung von grobem und leichtem Verschulden stellt gerade dasjenige Moment in den Vordergrund, auf das es hier nur in zweiter Linie ankommt, den Fehler des Willens oder Intellektes, und wenn nach dem Entwickelten die Frage eine solche der Kausalität und nicht des Verschuldens ist, so darf erst recht die Grenze nicht zwischen leichtem und schwerem Verschulden gesucht werden. Auch bei leichtem Verschulden des Verletzten kann die Haftpflicht entfallen, wenn dieses als die einzige Ursache des Unfalles erscheint⁷⁴⁾), und selbst bei schwerem Verschulden wird der Anspruch in beschränktem Umfange bestehen bleiben, wenn beispielsweise trotz diesem Verschulden der Unfall nur eingetreten ist, weil im gleichen Augenblick die Bremsen am Wagen nicht richtig funktionierten. Die Abgrenzung von grobem und leichtem Verschulden ist zudem so unbestimmt, dass die Anwendung des Gesetzes leicht etwas Willkürliches erhält, und die vermeintlich bestimmte Regelung im Grunde recht unbestimmt und irreführend wird.

Aus diesen Gründen dürfte es richtig sein, auch bei der Kausalhaftung die gegenüber dem Art. 51 im alten OR gerade in diesem Punkte verbesserte Formulierung des Art. 44 OR heranzuziehen⁷⁵⁾). „Haben Umstände, für die

⁷³⁾ Offenbar in Anlehnung an die Elektrizitätshaftpflicht.

⁷⁴⁾ Das wird ja auch für das Eisenbahnhaftpflichtrecht anerkannt. Vgl. BGE 33 II S. 21.

⁷⁵⁾ Art. 51 II aOR sprach vom Verschulden des Beschädigten, im Marginale von „Mitverschulden des Beschädigten“. Art. 44 OR vermeidet die Ausdrücke Verschulden oder Mitverschulden

der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so soll (kann) der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.“ Derart etwa könnte der Satz lauten, wenn sich auch das Spezialhaftpflichtrecht den bei der Revision des OR erzielten Fortschritt zunutze machen will.

Zunächst auch eine Frage der Kausalität ist diejenige nach der Bedeutung eines Verschuldens Dritter, d. h. von Personen, die nicht als Fahrer oder sonstwie beim Betriebe mitwirken. Dieses muss die Haftung ausschliessen, wenn es im Rechtssinne die alleinige Ursache des Unfalles ist, wenn also der Kausalzusammenhang zwischen Betriebsgefahr und Schaden durch dieses Moment unterbrochen wird. Unter den gleichen Voraussetzungen muss auch ein Verhalten Dritter, das nicht schuldhaft ist, die Haftung ausschliessen. Erscheint aber neben diesem Verschulden der Betrieb als Mitursache, so treten Kausal- und Verschuldensprinzip in Konkurrenz und die Lösung erscheint aus diesem Grunde nicht ganz einfach. Das Eisenbahnhhaftpflichtrecht lässt in einem solchen Falle weder Befreiung noch Ermässigung eintreten, sondern gibt nur der Bahn das Regressrecht auf den Dritten im Sinne von Art. 18 EHG⁷⁶⁾. Diese Lösung erscheint für die Automobilhaftpflicht indessen wahrscheinlich als zu hart. Es geht sehr weit, einen rechtmässig Handelnden für das vielleicht schwere Verschulden eines Dritten haften zu lassen. Die Regelung mag bei den Eisenbahnen erträglich sein, weil das Verhalten eines Dritten

sorgfältig und spricht richtiger von Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss. So ist die Rechtsprechung bereits wiederholt dazu gekommen, trotz Fehlens eines Verschuldens des Verletzten die Ersatzberechtigung zu mindern. BGE 51 II S. 523 und Urteil des Bundesgerichtes i. S. Ledermann gegen Ulli und Tanner vom 24. Februar 1925. Vgl. für die gesamte Frage Guhl, a. a. O. von S. 59 hinweg.

⁷⁶⁾ BGE 33 II 503; 38 II 226 und 39 II 320.

als Mitursache praktisch weniger bedeutsam sein wird⁷⁷⁾). Beim Automobil dagegen wird der Fall häufiger sein, wo schuldhaftes Verhalten eines Dritten die primäre Ursache bildet und die Elemente der Betriebsgefahr, vorab die Geschwindigkeit, nur sekundär den Unfall herbeiführen. Es scheint mir, dass auch hier dem Richter zwar nicht vorgeschrieben, aber doch die Möglichkeit gegeben werden sollte, den Anspruch zu ermässigen, wenn nicht der Gedanke aufkommen soll, das Automobilhaftpflichtrecht müsse auch Verkehrsrisiken Dritter decken.

IV.

Aus dem Aufbau eines Kausalhaftungsrechtes ergibt sich, dass der Träger der Pflicht nicht der Führer des Wagens sein kann, als direkter Verursacher des Schadens, auch nicht etwa der Eigentümer, wie es gelegentlich vorgeschlagen wurde, sondern der Halter. Art. 56 OR kennt den Begriff des Tierhalters, und das Gesetz von 1926 hat den des Automobilhalters diesem nachgebildet. Halter ist derjenige, zu dessen Haus oder Betrieb der Wagen zur Zeit des Unfallen gehört, also derjenige, der den wirtschaftlichen Nutzen hat, mag er Eigentümer sein oder nicht. Wenn einerseits die Gefährdung und andererseits die Möglichkeit, den allfällig verursachten Schaden in den Betrieb einzurechnen und für Deckung zu sorgen, die Kausalhaftung zu rechtfertigen vermögen, so soll derjenige die Lasten tragen, der den Vorteil aus dem Betriebe hat und der zufolge seines Bestimmungsrechtes in der Lage ist, die Gefährdung möglichst einzuschränken. Keine Kausalhaftung darf den Lenker des Fahrzeuges treffen, der nicht Halter ist; dieser haftet, soweit ihn ein Verschulden trifft. Weiter ergibt sich auch, dass die Haftpflicht des Halters entfallen muss, wenn der Wagen eigenmächtig von einem Dritten gebraucht wurde. Die Kausalreihe zwischen der die Haftung rechtfertigenden Stellung des Haltes und dem Schaden ist hier unterbrochen, und es

⁷⁷⁾ Sie ist übrigens auch dort nicht gerade befriedigend.

muss die Haftung den Dritten inhaltlich in dem Umfange treffen, wie sie bei gestattetem Gebrauche dem Halter auferlegt gewesen wäre. Rechtfertigen lässt sich dieser Übergang fast ausnahmslos mit der unerlaubten Handlung, derer sich der Dritte schuldig macht⁷⁸⁾. Den Halter mag daneben die Haftung in dem Umfange treffen, als der eigenmächtige Gebrauch durch den Dritten auf sein Verschulden zurückzuführen ist.

V.

Die Bedeutung der Kausalhaftung hängt weitgehend davon ab, in welcher Weise der Kausalzusammenhang als rechtserheblich betrachtet und welchen Umfang damit die Grundlage der Haftung erhält. Auch die Verschuldenshaftung setzt diesen Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden voraus; allein das Schuldmoment übernimmt es hier, die Fälle auszuschliessen, bei denen der ursächliche Zusammenhang nicht derart ist, dass Rechtsfolgen daran geknüpft werden könnten. Es ist die schuldhafte Verursachung und damit eine subjektiv bestimmte Kausalität, die hier entscheidet. Sobald aber das Schuldmoment entfällt, ist nach andern Kriterien zu bestimmen, wieweit der Kausalzusammenhang als rechtserheblich erscheint. Dass auch bei der Kausalhaftung nicht jeder entfernteste und zufällige Zusammenhang die Haftung begründen soll, ist nicht bestritten⁷⁹⁾. Es ist bezeichnend für die Mühe,

⁷⁸⁾ Im eigenmächtigen Gebrauch durch einen Dritten wird nicht ganz ausnahmslos eine unerlaubte Handlung zu erblicken sein. Wenn der Arzt im Notfalle den dastehenden Wagen benützt, ohne den Eigentümer zu fragen, so handelt er erlaubt. 52 II OR. Doch wird es sich auch hier rechtfertigen, ihn während dieser Fahrt die Haftung des Halters tragen zu lassen.

⁷⁹⁾ Deshalb möchte ich auch den Ausdruck Zufallshaftung für Kausal- oder Gefährdungshaftung ablehnen. Gerade die Lehre von der adäquaten Verursachung verlangt bei der Kausalreihe eine gewisse Gesetzmässigkeit, damit sie rechtserheblich werde; es genügt die gegen jede menschliche Erwartung eintretende, wenn auch ursächlich bedingte, also die „zufällige“ Wirkung nicht.

mit welcher sich die Rechtsentwicklung von den Elementen der Verschuldenshaftung loslöst, dass diese Grenze zunächst wieder in dem Moment der Voraussehbarkeit gesucht worden ist. Die Wirkung soll der Ursache angemessen, adäquat sein, sagt v. Tuhr⁸⁰), und das ist der Fall, „wenn die haftungsbegründende Tatsache ihrer allgemeinen Natur nach geeignet ist, einen derartigen Schaden herbeizuführen, so dass, wenn auch nicht der Täter, so doch ein nach allgemeiner Lebenserfahrung und in Kenntnis aller Umstände urteilender Dritter die Möglichkeit dieses Schadens hätte voraussehen können“. Auf das subjektive Moment der Voraussehbarkeit, selbst in dieser objektivierten Gestalt, kann es allein nicht ankommen, wenn nicht das Verhalten der haftpflichtigen Person, sondern die objektive Gefährdung die Wurzel der Haftung ist. Rümelin fordert deshalb in seiner „Theorie der adäquaten Verursachung vom Standpunkt der nachträglichen Prognose“ mit Recht, dass die zum Ersatz verpflichtende Handlung den Eintritt des Schadens objektiv begünstigte, und will für die Beantwortung der Frage, ob eine solche Begünstigung vorliege, selbst die zur Zeit der Tat für niemand erkennbaren, erst später aufgedeckten Umstände verwerten⁸¹). Man kommt so zu der einfachen Formulierung, dass eine Bedingung dann als rechtserhebliche Ursache zu behandeln ist, wenn sie generell, also bei Verallgemeinerung des konkreten Tatbestandes, geeignet erscheint, den Schaden herbeizuführen, oder, wie das Bundesgericht wiederholt gesagt hat: Der rechtlich erhebliche Kausalzusammenhang ist dann gegeben, wenn eine Tatsache nach allgemein menschlicher Erfahrung geeignet ist, einen Erfolg in der Art der eingetretenen herbeizuführen⁸²).

Innerhalb dieser kausalen Begrenzung hat schon das EHG vom 1. Juli 1875 die Spezialhaftpflicht beschränkt auf Personenverletzungen und Tötungen, sowie auf Zer-

⁸⁰) v. Tuhr, OR S. 82.

⁸¹) Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse S. 34.

⁸²) BGE 29 II 691; 49 II 263.

störung und Beschädigung von Sachen, die der Betroffene unter seiner Obhut mit sich führte. Auch das Gesetz von 1905 änderte hieran nichts, obschon inzwischen die Elektrizitätshaftpflicht vorbehaltlos auch auf Sachschäden ausgedehnt worden war (Art. 27 des Gesetzes vom 24. Juni 1905). Der Gedanke des EHG scheint mir grundsätzlich durchaus richtig zu sein. Soziale und volkswirtschaftliche Erwägungen fordern bei Personenschäden weit dringender Deckung als bei Sachschäden, und der Gedanke einer Ersatzpflicht ohne unerlaubte Handlung lässt sich für Personenschäden leichter rechtfertigen als für Sachschäden. Gründe praktischer Art haben indes schon beim EHG dazu geführt, die Kausalhaftung auszudehnen auf Schädigungen an Gegenständen, die der Verletzte unter seiner Obhut mit sich führte; denn es wäre in der Tat wenig zweckmäßig, für einen Nebenpunkt den komplizierten Verschuldensnachweis zu verlangen, der für die Hauptsache nicht erforderlich ist. Diese Regelung kann dann freilich wieder zu recht seltsamen Ergebnissen führen, besonders da, wo schwere Personenverletzungen und auch bedeutender Sachschaden vorliegt, derjenige aber, unter dessen Obhut sich die Sache befand, heil davongekommen ist⁸³⁾). Im Interesse der Einheitlichkeit dürfte im Automobilhaftpflichtrecht die Ausdehnung der Kausalhaftung auch auf Sachschäden geboten sein.

Im Umfange der Personenverletzungen werden weitere Einschränkungen kaum erfolgen dürfen. Der Entwurf des Bundesrates vom 3. November 1922 unterstellte die Haftung für den Schaden, den Fahrer, Hilfsfahrer und unentgeltlich beförderte Personen erleiden, den Vorschriften des OR im allgemeinen, also der Verschuldenshaftung. Er brachte damit zwei verschiedene Gedanken zur rechtlichen Auswirkung. Fahrer und Hilfsfahrer sollten sich nicht auf die verschärzte Haftung berufen können, weil man es als unbillig empfand, dass der bei der Schadensverursachung direkt Beteiligte gegen den entfernten Halter

⁸³⁾ Vgl. den bezeichnenden Tatbestand in BGE 56 II 63.

vorgehen würde, und bei den unentgeltlich beförderten Personen war es der Rechtsgedanke des Art. 99 II OR: Wenn der Transport für den Haftpflichtigen keinen Vorteil bot, so soll seine Haftung milder beurteilt werden. Das Gesetz von 1926 hat diese Einschränkungen beseitigt. Beim Hilfspersonal ist sie überhaupt nicht gerechtfertigt, weil dieses ja in gleichem Masse gefährdet ist wie Dritte, und weil sich eine solche Ausnahme mit dem sozialen Gedanken, der in der Kausalhaftung liegt, nicht verträgt. Das Kriterium der Unentgeltlichkeit beim Transporte dagegen führt zu Unterscheidungen, die wenig bestimmt sind und unbillig sein können⁸⁴⁾. Soweit dagegen Fahrende oder Mitfahrende ein Mitverschulden oder Selbstverschulden trifft, kann natürlich deren Anspruch reduziert oder abgelehnt werden.

Endlich stellt sich hier die Frage, wie es mit der Wegbedingung einer vom Verschulden absehenden Haftung zu halten sei. Nach allgemeinen Bestimmungen des OR darf die Haftung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit nicht wegbedungen werden (Art. 100 OR); Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden ist in einzelnen Fällen nach Ermessen des Richters nichtig, und keiner Begründung bedarf es nach allgemeiner Lehre, dass Haftung ohne Verschulden vertraglich zum voraus oder nachher aufgehoben werden kann. Die modernen Kausalhaftpflichtgesetze haben indes gerade hier „Reglementen, Bekanntmachungen oder besondere Übereinkommen, welche die Haftbarkeit zum voraus ausschliessen oder einschränken“, die rechtliche Wirkung versagt (Art. 16 EHG; Art. 39 ElG), und das Gesetz von 1926 wollte sogar gegen Vereinbarungen, „durch die offenbar unzulängliche Entschädigungen festgesetzt werden“, einzig aus diesem Grunde eine Anfechtungsmöglichkeit geben. Die Tatsache, dass solche Bestimmungen bestehen und neue gleicher

⁸⁴⁾ Wird der Arzt, den der Patient in seinem eigenen Wagen abholen lässt, unentgeltlich befördert, und sollte eine derartige Unentgeltlichkeit den Wegfall der Kausalhaftung begründen?

Art eingeführt werden sollten, scheint ihre Zweckmässigkeit nach heutiger Anschauung darzutun. Mit privatrechtlichen Grundsätzen lassen sie sich indes nicht in Einklang bringen. Es ist eine Preisgabe des freien Bestimmungsrechtes, auf dem das Privatrecht beruht und ein starkes Hervortreten öffentlich-rechtlicher Tendenzen in unserem Privatrecht, an dessen grundsätzlicher Bedeutung man nicht achtlos vorbeigehen darf.

VI.

Mit dem Bestreben, dem Geschädigten nach Möglichkeit einen Ersatzanspruch einzuräumen, muss sich fast notwendig das andere verbinden, die Geltendmachung prozessual zu erleichtern. Das führt zur Frage, ob bei der Kausalhaftung der Gerichtsstand des Beklagten gemäss Art. 59 BV gerechtfertigt erscheint. Das Eisenbahnhaftpflichtrecht sieht bereits neben dem Gerichtsstand am Wohnsitz des Unternehmens die Klage beim zuständigen Gericht des Kantons vor, in welchem sich der Unfall ereignet hat (Art. 19 EHG).

Die Gründe, die auch im Automobilhaftpflichtrecht für eine solche Regelung sprechen, sind bei Beratung des Gesetzes von 1926 im Ständerat hervorgehoben worden⁸⁵⁾. Die Billigkeit fordert einmal, dass der Betroffene nicht genötigt werde, seine Rechte fern von seinem Wohnsitz, vielleicht in einem fremden Sprachgebiet, zu verfolgen; er hat Anspruch darauf, dass ihm der Beklagte dort vor Gericht Red und Antwort stehe, wo er ihm den Schaden zugefügt hat. Dazu kommen die Vorteile des Beweisverfahrens an Ort und Stelle; ein solches beschleunigt den Prozess und setzt die Kosten herab, die ja zunächst vom Kläger auszulegen sind. Endlich liegt ein solcher Gerichtsstand auch vielfach im Interesse des Beklagten. Der Kläger wird ohne dieses forum leicht gezwungen, nur wegen des Gerichtsstandes Strafklage zu führen, um

⁸⁵⁾ Stenogr. Bulletin über die Verhandlungen des Ständerates 1924 S. 65—68.

sich so den Vorteil der Durchführung des Prozesses auch im Zivilpunkte vor dem Unfallforum zu sichern. Aus den Beratungen der Bundesversammlung hat sich für das Gesetz von 1926 die Bestimmung des Gerichtsstandes am Orte des Unfalls wahlweise neben demjenigen am Wohnsitz des Beklagten ergeben (Art. 39).

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung sind heute kaum mehr begründet. Für den im Auslande domizilierten Beklagten bestehen sie überhaupt nicht⁸⁶⁾, und für den aufrechtstehenden Schuldner in der Schweiz hat die Bundesgesetzgebung den Grundsatz des Art. 59 BV mehrfach durchbrochen, auch wo es sich zweifellos um persönliche Ansprachen handelte⁸⁷⁾. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung geht geradezu dahin, es sei Art. 59 BV „gegenüber einer bundesgesetzlichen Gerichtsstandsnorm nicht anwendbar“⁸⁸⁾, so dass offenbar dem Art. 59 BV nur im Verhältnis zum kantonalen Recht absolute Bedeutung, innerhalb des Bundesrechtes aber nur diejenige einer subsidiären Regelung zukommen soll.

VII.

Für die abschliessende Würdigung von Funktion und wirtschaftlicher Bedeutung einer verschärften Automobilhaftpflicht fällt endlich nicht als Geringstes in Betracht,

⁸⁶⁾ Zweifelhaft könnte das höchstens gegenüber Frankreich sein wegen des Gerichtsstandsvertrages von 1869.

⁸⁷⁾ Der erwähnte Art. 19 EHG; Art. 2 des Aufsichtsgesetzes 312 ZGB; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch 169 und 170 ZGB (BGE 54 I S. 246 ff.). Die familienrechtliche Natur nimmt der Klage den Charakter einer „persönlichen“ Ansprache nicht.

⁸⁸⁾ Urteil des Bundesgerichtes i. S. Morano vom 23. September 1927 (nicht veröffentlicht) und BGE 54 I S. 246. Diese Auslegung des Art. 59 BV erscheint die natürlichere als diejenige, die durch Interpretation des Wortes „persönlich“ zu ähnlichen praktischen Ergebnissen gelangen will; auch historisch liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass der Bundesgesetzgeber durch Art. 59 BV im Gerichtsstandsrecht eingeengt werden sollte.

ob diese mit obligatorischer Haftpflichtversicherung verbunden wird. Kümmert sich der Gesetzgeber um die Versicherungsfrage nicht, so erscheint vor dem Gesetze der Automobilhalter als letzter Träger der nicht leichten Last, während bei gesetzlich geforderter Versicherung die Rechtsordnung selbst für Verteilung dieser Last auf die Gesamtheit der Versicherten und damit letzten Endes auf die Gesamtheit der Automobilisten sorgt. Diese hat für die Gefahren aus dem Automobilverkehr derart einzustehen und im Umfange der Versicherung erhält der Haftpflichtanspruch eigentlich nur die Bedeutung eines Mittels zur Bestimmung, was an den Geschädigten auf Kosten dieser Gesamtheit zu leisten ist.

Keiner der beiden Gedanken, die der obligatorischen Versicherung zugrunde liegen, einmal die Haftpflicht für den Pflichtigen zu erleichtern und vielfach erst erträglich zu machen und andererseits für Realisierbarkeit des Ersatzanspruches zugunsten des Verletzten zu sorgen, lässt sich durch die Haftpflichtversicherung lückenlos verwirklichen. Zum Nachteil des Ersatzpflichtigen besteht zunächst eine Lücke, solange die Haftpflicht nicht auf einen Höchstbetrag begrenzt ist, der mit der Versicherungssumme in Übereinstimmung stehen müsste. § 12 des deutschen Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909/21. Juli 1923 sieht diesen Höchstbetrag vor mit 25,000 Goldmark bei Tötung oder Verletzung eines Menschen, mit 75,000 Goldmark im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis und bis zu 5000 Goldmark bei Sachbeschädigung. Der Gedanke wäre auch bei uns der Erwägung wert, jedenfalls im Umfange der Haftung ohne Verschulden; denn auch eine gesetzliche Versicherung der Verletzten könnte schwerlich ohne eine solche Begrenzung auskommen. Wird nach dem Vorschlage des Gesetzes von 1926 bei begrenzter Versicherungssumme die unbegrenzte Haftung eingeführt, so kann das entweder zu sehr schwerer Belastung des Haftpflichtigen führen, oder Urteile ver-

anlassen, bei denen die Versicherungssumme mit Unrecht eine gewisse Begrenzung der Haftpflicht herbeiführt. Eine Lücke besteht ferner zum Nachteil des Ersatzpflichtigen bei nicht bestehendem oder mangelhaftem Versicherungsvertrag. Das Gesetz, welches die Haftpflicht statuiert, sorgt nicht direkt für Deckung der von ihm selbst als sehr schwer erkannten Haftpflicht, sondern verpflichtet nur zum Abschluss eines Vertrages. Ist der Versicherungsvertrag wegen Irrtum ungültig, oder ist er nicht rechtzeitig erfüllt oder erneuert worden, was gerade in Krankheitsfällen ohne Verschulden eintreten kann, so bleibt die Last auf dem Automobilhalter.

Von grösserer Bedeutung sind sodann die Unvollkommenheiten dieser Ordnung zum Nachteil des Verletzten. Sie lassen sich ebenfalls durch Sonderbestimmungen des Gesetzes einschränken, aber nicht ganz beseitigen. Der Verletzte hat nach geltendem Recht ein Pfandrecht an dem Anspruche des Versicherten gegen den Versicherer (Art. 60 VVG), aber kein direktes Klagerecht gegen diesen. Ein solches wäre geeignet, die Stellung des Verletzten in mehrfacher Richtung zu verstärken. Es nimmt wohl der Haftpflichtversicherung etwas von ihrem rechtlichen Charakter und nähert sie der Unfallversicherung zugunsten Dritter; allein wenn praktische Gründe dafür sprechen, so dürfte dieses Bedenken nicht erheblich in die Wagschale fallen, zumal Art. 113 OR diese Erscheinung bereits kennt. Es wird dort heute schon dem Dienstpflichtigen unter gewissen Voraussetzungen eine direkte und sogar ausschliessliche Klage gegen den Versicherer aus der Haftpflichtversicherung des Dienstherrn gegeben. Die direkte Klage bedeutet in vielen Fällen eine prozessuale Vereinfachung und führt im Prozesse diejenigen Parteien zusammen, welche in erster Linie am Ausgang des Streites interessiert sind. Ob die Behauptung richtig ist, der Automobilist desinteressiere sich leichter am Streit, nehme sogar noch gegen den Versicherer Stellung und erschwere so diesem die Aufgabe, was zu einer Erhöhung der Prämie

führen müsse, möchte ich bezweifeln⁸⁹⁾. Der Automobilist, welcher dem Verletzten helfen will, kann das gerade so gut tun, wenn er im Prozesse dessen Gegner ist, und entscheidend fällt doch nur in Betracht, dass der Umfang der Versicherungspflicht materiell durch die direkte Klage nicht erhöht wird. Eine solche wäre auch geeignet, die Gerichtsstandsfrage zu lösen, indem in Verbindung mit Art. 2 Ziff. 4 des Aufsichtsgesetzes die Klage am vorgeschriebenen Domizil der Versicherungsgesellschaft im Wohnsitzkanton des Verletzten vorzusehen wäre. Vor allem aber würde diese Klage eine empfindliche Lücke ausfüllen, wo der Halter eine exterritoriale Person ist. Hier wird einzig durch diese der inländische Gerichtsstand garantiert und verhindert, dass der Verletzte im Auslande einen Prozess führen muss, zu dem ihm vielfach die Mittel fehlen, während derjenige, der letzten Endes für den Schaden aufzukommen hätte, in der Schweiz belangbar wäre.

Nachteile, die zu ernstlichen Bedenken Anlass geben, erwachsen auch für den Verletzten daraus, dass das Gesetz nicht selbst die Versicherung ordnet, sondern den Halter nur verpflichtet, sich durch privaten Versicherungsvertrag selbst zu versichern. Wird dieser Pflicht nicht nachgelebt, was auch bei genauer behördlicher Kontrolle vorkommen wird, oder ist der Vertrag ungültig oder ausgelaufen, so findet der Verletzte keine Befriedigung, wenn der Halter nicht selbst in der Lage ist, die oft sehr hohen Beträge aufzubringen. Der Entwurf des Bundesrates vom 3. November 1922 hat diese Nachteile zu vermindern versucht durch die Bestimmung: „Einreden aus dem Versicherungsvertrage, durch welche die gesetzliche Deckung des Schadens geschmälert oder aufgehoben wird, können dem geschädigten Dritten nicht entgegengehalten werden.“ In der parlamentarischen Beratung wurde die Bestimmung indes gestrichen, nachdem auch das direkte Klagerecht des Verletzten gegen den Versicherer abgelehnt worden war. Es hätte zwar dieser Umstand begrifflich

⁸⁹⁾ Stenogr. Bulletin des Ständerates, 1923, S. 396.

noch nicht den Ausschluss der Einreden aus dem Vertrage zu rechtfertigen vermocht, wie behauptet worden ist; denn es ist durchaus denkbar, dass der Forderungsschuldner im Verhältnis zum Dritten, der Pfandrecht an der Forderung besitzt, gewisse Einreden nicht geltend machen kann. Allein es lässt sich eine Bestimmung dieser Art eben überhaupt nicht recht mit dem Wesen des Vertrages in Einklang bringen. Wenn der Vertrag mangels Willensübereinstimmung oder Urteilsfähigkeit inexistent, oder wegen Irrtum oder Täuschung anfechtbar ist, so lässt sich die auf Geltendmachung dieser Rechtslage gerichtete Einrede nicht einfach ausschliessen. Solange das Gesetz die Deckung des Verletzten mit einem privaten Versicherungsvertrage erreichen will, muss es die Möglichkeit in Kauf nehmen, dass in einzelnen Fällen ein gültiger Vertrag nicht vorliegt. Dagegen lässt sich der Inhalt des einmal zustandegekommenen Vertrages gesetzlich in gewissem Umfange festlegen, und es kann auch Vorsorge getroffen werden, dass bei Verzug oder Kündigung des Versicherten die Leistungspflicht des Versicherers erst aufhört, nachdem dieser den Behörden hievon Mitteilung gemacht hat, damit diese für Rückzug der Verkehrsbewilligung sorgen können. Das Gesetz von 1926 hatte das in Art. 42 bereits vorgesehen.

Dringend der Verbesserung bedarf jedenfalls die Rechtsstellung des Verletzten im Hinblick auf die Versicherung bei absichtlichen und grobfahrlässigen Schädigungen. Nach geltendem Recht haftet der Versicherer nicht, wenn der Versicherungsnehmer das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat, und bei grober Fahrlässigkeit ist der Versicherer berechtigt, „seine Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen“ (Art. 14 VVG). Es wird sogar bestritten, dass diese vom Gesetze selbst nicht als zwingend bezeichnete Ordnung wegbedungen werden könne, weil es der öffentlichen Ordnung widerspreche, wenn der Versicherungsnehmer, der den Schaden absichtlich ver-

ursacht, sich gegen die ökonomischen Folgen seiner Handlung sicherstellen könne⁹⁰⁾). Das Gesetz und diese daran geknüpften Meinungen sind verständlich, solange man nur das Verhältnis von Versicherer und Versicherungsnehmer ins Auge fasst. Der dritte Verletzte aber hat gerade dann ein hohes Interesse, dass die Versicherung nicht aussetze, wenn grobe Fahrlässigkeit oder sogar Absicht im Spiele sind. Es dürfte sich deshalb empfehlen, die gesetzliche Bestimmung zu treffen, dass wegen Verhaltens des Versicherten oder seiner Hilfspersonen die Deckungspflicht des Versicherers im Verhältnis zum Verletzten nicht eingeschränkt werden darf. Den Bedenken, es sei ein Vertrag, durch den sich jemand gegen die Folgen seiner eigenen Arglist versichert, unsittlich, mag dadurch Rechnung getragen werden, dass dem Versicherer in solchen Fällen ein Regressrecht auf den Versicherungsnehmer eingeräumt wird.

VIII.

Gestützt auf diese Überlegungen komme ich dazu, in den wichtigern Fragen des Automobilhaftpflichtrechtes die nachstehenden Schlussfolgerungen zu ziehen:

1. Das heute in Geltung stehende Automobilhaftpflichtrecht ist nicht befriedigend; die allgemein bestehende Verschuldenshaftung schützt die Interessen der durch den Automobilverkehr gefährdeten Personen nicht genügend und es fehlt die Rechtfertigung dafür, bei allgemeiner Geltung der Verschuldenshaftung einzelne Fahrzeuge der Kausalhaftung zu unterstellen.

2. Bei Verschärfung des Haftpflichtrechtes ist der Kausalhaftung nach Art des Eisenbahnhhaftpflichtrechtes vor einer Haftpflicht nach dem Vorbild der Art. 55 und 56 OR oder einer dem Art. 58 OR nachgebildeten

⁹⁰⁾ S. Roelli, Kommentar zum VVG S. 198 nimmt an, es widerspreche der öffentlichen Ordnung, wenn bei absichtlicher Schadenszufügung der Haftpflichtanspruch anerkannt werde. Anders BGE 35 II S. 268 und Ostertag-Hiestand, Komm. VVG Art. 14 N. 1.

Haftung mit umgekehrter Beweislast der Vorzug zu geben.

3. Die Kausalhaftpflicht soll den Halter des Fahrzeugs treffen als denjenigen, der den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Betrieb hat.

4. Der Halter ist in dem Umfange zu entlasten, als der Schaden auf Umstände zurückzuführen ist, für welche die Betriebsgefahr nicht kausal ist. Es ist demgemäss bei sog. Mitverschulden oder Selbstverschulden des Geschädigten der Anspruch herabzusetzen oder auszuschliessen. Die Entlastungsmöglichkeit darf nicht auf Fälle groben Verschuldens des Verletzten beschränkt werden und es ist in der Formulierung überhaupt nicht das Schuldmoment hervorzuheben, sondern diejenige Um schreibung zu wählen, die Art. 44 OR für das allgemeine Haftpflichtrecht verwendet. Bei konkurrierendem Verschulden eines Dritten soll der Anspruch herabgesetzt werden, und es soll dieser ganz entfallen, wenn das Verhalten des Dritten derart ist, dass es den Kausalzusammenhang zwischen Betriebsgefahr und Schaden unterbricht.

5. Das Aussetzen, die Aufhebung oder der Auslauf der obligatorischen Haftpflichtversicherung sollen gegenüber dem geschädigten Dritten erst dann rechtswirksam sein, nachdem die zuständige Behörde vom Versicherer oder Versicherten hievon benachrichtigt worden ist. Im Verhältnis zum geschädigten Dritten darf der Versicherer die Einrede der groben Fahrlässigkeit oder Absicht des Versicherten bei Herbeiführung des Unfallereignisses nicht erheben können. Dem Verletzten ist ein direktes Klage recht gegen den Versicherer zu gewähren, wenn der Versicherte in der Schweiz nicht belangbar ist.
