

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: 54 (1935)

Artikel: Zufall und höhere Gewalt im schweiz. Rechte

Autor: Giovanoli, Silvio

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895934>

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>

Zufall und höhere Gewalt im schweiz. Rechte.¹⁾

Von Dr. Silvio Giovanoli, Rechtsanwalt, Chur.

I.

1. Allen Anfechtungen zum Trotz erhält sich der Begriff der höheren Gewalt als ein vom gewöhnlichen Zufall zu unterscheidender Rechtsbegriff weiter. Zwar hat er im Auslande in der französischen Rechtslehre bis in die neueste Zeit hinein auch nach dem Geständnis seiner Anhänger²⁾ keine allgemeine Anerkennung finden können, was die Gegner als durchaus „mit Recht“³⁾ geschehen erachten; allein es kann nicht bestritten werden, dass die Entwicklung in Doktrin und Praxis unserem Rechtsbegriff zurzeit auch im bisher völlig ablehnenden Frankreich günstig⁴⁾ ist. Was Deutschland anbetrifft, so hatten hier die vielen Anfechtungen⁵⁾ der höheren Ge-

¹⁾ Schreiber dies hatte Gelegenheit, in seiner Dissertation die Begriffe der höheren Gewalt und des Zufalls im schweiz. Obligationenrecht, speziell dem Vertragsrecht, zu behandeln.

Siehe: *Force majeure et cas fortuit, en matière d'inexécution des obligations, selon le Code des Obligations suisse (avec une comparaison des droits allemand et français actuels)*. Genf 1933, bei Georg & Cie. XXIV u. 254 Seiten.

²⁾ Jossierand, L., *Les transports, en service intérieur et en service international*, 2e éd. Paris 1926, no. 579.

³⁾ Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, éd. 1923; Bd. 2, Nr. 231, Seite 84.

⁴⁾ Speziell die neueren Publikationen wenden sich in immer vermehrtem Masse der Unterscheidung zwischen Zufall und höherer Gewalt zu, obschon die französische Rechtsprechung sich sehr reserviert verhält.

⁵⁾ Sogar Goldschmidt, bekanntlich der Begründer der subjektiven Theorie, verhielt sich ablehnend und verwarf die Unterscheidung zwischen Zufall und höherer Gewalt als praktisch überflüssig.

walt als einem vom gewöhnlichen Zufall gesonderten Begriffe nichts gefruchtet. Die lebhafteste Opposition, welche sich bei den Vorarbeiten zum BGB geltend machte und sogar zur Annahme einer Resolution des deutschen Juristentages vom Jahre 1892 führte, worin die Anwendung des Begriffes der höheren Gewalt als nicht empfehlenswert bezeichnet wurde⁶⁾, hatte schliesslich die Segel streichen und der Einführung der höheren Gewalt ins BGB⁷⁾ zusehen müssen.

In der Schweiz war es früher besonders Prof. C. Chr. Burckhardt (Basel), welcher in einer beachtenswerten Arbeit⁸⁾, anlässlich der Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins vom Jahre 1903, der Abschaffung der höheren Gewalt i. e. S. bei der Haftung des Frachtführers das Wort redete. Zwar errangen die Gegner dieses Rechtsbegriffes in unserem Recht teilweise beachtenswerte Erfolge, indem die Ausmerzung des Begriffes der höheren Gewalt bei der Konventionalstrafe (Art. 181 OR vom 14. Juni 1881, ersetzt durch OR Art. 163, Abs. 2)⁹⁾ und im Transportvertrag des OR (Art. 457 alt OR, ersetzt durch Art. 447 rev. OR) gelang. Andererseits verlor der im Haftpflichtrecht sehr ausgebildete Begriff der höheren Gewalt mit Erlass des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung, vom 13. Juni 1911¹⁰⁾ an Bedeutung. Immerhin war er nicht totzukriegen und erhielt sich sowohl im Obligationenrecht (Haftung der Gast- und Stallwirte, Art. 487 und 490; Pachtvertrag, Schätzung

⁶⁾ Adamkiewicz, Die höhere Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuche. Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 59 (1915), S. 578.

⁷⁾ Vgl. BGB §§ 203, 701 und 1996.

⁸⁾ Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F., 22, S. 469—586; „Die Revision des Schweiz. Obligationenrechtes im Hinblick auf das Schadenersatzrecht.“

⁹⁾ Siehe darüber die in N. 1 zitierte Arbeit, S. 138 ff. (§ 10 und S. 248 ff.).

¹⁰⁾ Siehe Art. 128.

der Inventarstücke bei der Übergabe, Art. 299)¹¹⁾, als insbesondere auch ausserhalb desselben in der Haftpflichtgesetzgebung (siehe unten) und im Frachtvertrag der konzessionierten Transportanstalten (siehe hierüber ebenfalls unten). Und in neuester Zeit sind die unerfüllten Hoffnungen der Gegner wieder einmal zunichte geworden, durch die Einführung des Begriffes der höheren Gewalt im so ausserordentlich wichtigen Haftpflichtrecht des Automobilisten (Art. 37 MFG). Kaum noch ist die Rechtsprechung betreffend das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 und das ergänzende Gesetz vom 26. April 1887 stärker in die Vergangenheit gerückt, so erscheint der damals für das soziale Rechtsleben bedeutsame Begriff der höheren Gewalt i. e. S. im Schadenersatzrechte neu auf einem anderen ebenfalls für weite Kreise äusserst wichtigen Gebiete.

2. Diese Lebenskraft der höheren Gewalt bestärkt erneut im Gedanken, dass einem Begriffe, welcher sich dermassen hartnäckig erhält und schliesslich durch viele Jahrhunderte erhalten hat, grosse Bedeutung und innere Berechtigung zukommt. Wiederum ist es das Verkehrsrecht, welches ihn heute erfordert, genau so wie es früher bei den Römern und in modernen Zeiten zur Zeit Goldschmidt's und Exner's der Fall war. Sicherlich auch aus diesem Bedürfnis des Verkehrs heraus und nicht bloss einer veränderten Entwicklung der Gesetzgebung wegen erfahren die Kontroversen über einfachen Zufall und höhere Gewalt heute ungefähr gleichzeitig wie in der Schweiz auch im benachbarten Frankreich fortgesetzt neue Belebung.

¹¹⁾ In Art. 813 OR, wo der Gesetzgeber von „höherer Gewalt“ spricht, hat die Unterscheidung zwischen höherer Gewalt i. e. S. und gewöhnlichem Zufall praktisch keinerlei Bedeutung. — Wohl aber spielt der Begriff der höheren Gewalt i. e. S. in Art. 679 ZGB, welcher richtigerweise ins OR gehört, eine Rolle.

II.

1. Im Grunde genommen ist es der alte Gegensatz¹²⁾ zwischen subjektiver Auffassung und objektiver Theorie, welcher noch immer Doktrin und Praxis beherrscht, wenn zwischen dem gewöhnlichen (einfachen) Zufall und der höheren Gewalt im eigentlichen Sinne unterschieden werden will. Es handelt sich bekanntlich dabei darum, eine Grenze der Haftung zu finden, welche unabhängig von der Frage des Verschuldens Bestand hat, dermassen, dass der Ersatzpflichtige auch in Fällen, in denen ihn gar kein Verschulden trifft (und auch keine Haftung für Dritte besteht), für gewisse (einfache, gewöhnliche) Zufälle einstehen muss, während er nur durch eine bestimmte Kategorie derselben, nämlich höhere Gewalt im eigentlichen Sinne, von der Schadenersatzpflicht befreit wird. Alle die vielen Varianten des Begriffes der höheren Gewalt lassen sich auf die eine oder die andere der beiden Grundanschauungen oder aber auch gleichzeitig auf die subjektive und die objektive Lehre zurückführen.

Es mag von Interesse sein, zunächst einmal die Stellungnahme und den Stand der schweizerischen Doktrin und Praxis nachfolgend festzuhalten, bevor zur Erörterung des Begriffes der höheren Gewalt und der ihm zu Grunde liegenden Rechtsgedanken geschritten wird.

2. In der Materie der unerlaubten Handlungen vertreten Wieland¹³⁾ und Leemann¹⁴⁾ Definitionen, welche gänzlich den subjektiven Theorien angehören. So definiert Wieland die höhere Gewalt als „Ereignisse, die auch durch die äussersten, den Umständen angemessenen und dem Grundeigentümer vernünftigerweise zuzumutenden Vorsichtsmassregeln nicht abzuwenden sind“. — Leemann charakterisiert höhere

¹²⁾ Er findet sich schon in der Glosse von Accursius vor.

¹³⁾ Komm. zu ZGB, Art. 679 N. 4 lit. a.

¹⁴⁾ Komm. zu Art. 679 ZGB Ziff. IV, 1, b (N. 15).

Gewalt als „ein zufälliges Ereignis, das trotz aller Sorgfalt nicht hat vorhergesehen, abgewehrt oder vermieden werden können, z. B. ein jählings hereinbrechendes Naturereignis (Erdbeben, Lawinen u. dgl.).“ — Dieses Abstellen auf die „Sorgfalt“ des für entstandenen Schaden in Anspruch genommenen Rechtssubjektes, auf dasjenige, was man ihm vernünftigerweise an „Vorsichtsmassregeln zumuten“ kann, bedeutet die Annahme völlig subjektiver Kriterien; die Person des Ersatzpflichtigen, resp. des angeblich Ersatzpflichtigen¹⁵⁾ steht dabei durchaus im Vordergrund.

Gleiche und ähnliche Theorien werden im Vertragsrechte von Rossel¹⁶⁾, sowie Schneider und Fick¹⁷⁾ und in einem Falle, nämlich beim Pachtvertrag, auch von Alf. Martin¹⁸⁾ vertreten.

Auch das Bundesgericht, dessen Praxis nicht konstant war, hat schon die subjektive Theorie vertreten, und zwar sehr deutlich namentlich in einem älteren Entscheide, wo es heisst: „La compagnie de la S. O. S. oppose, en principe, à l'action du demandeur l'exception tirée de la force majeure; elle prétend que l'événement du 21 janvier ne pouvait être ni prévu ni évité, qu'il se caractérise comme un de ces événements que l'intelligence humaine ne peut prévoir et auxquels la force humaine ne saurait résister (Erw. 2, S. 335).

„Il est établi que ... l'éboulement ne pouvait être empêché, mais, qu'en revanche, cet événement pouvait être prévu; ... en outre ... qu'il était possible d'en

¹⁵⁾ Es handelt sich bei der höheren Gewalt um schädigende Ereignisse, so dass wir es immer mit Fragen des Schadenersatzrechtes zu tun haben. Siehe Baron, Arch. ziv. Pra., 78, S. 301.

¹⁶⁾ Manuel du droit civil suisse. Le Code des Obligations, 3e éd. (1re du CO révisé), S. 519 und 4e éd., S. 560, Nr. 2.

¹⁷⁾ Komm. zum OR vom 14. Juni 1881, zu Art. 486, N. 8 und zu Art. 181 N. 5. Oser zählt diese Autoren zu Unrecht zu den Verfechtern der objektiven Theorie (Oser, S. 849).

¹⁸⁾ Le Code des Obligations. 2 Bde., Genf 1919 und 1922. Bd. 2, S. 158.

éviter l'effet dommageable en déviant la ligne du chemin de fer . . .“

„Par conséquent, dans des cas pareils, la responsabilité existe indubitablement si le dommage pouvait être évité par des mesures de précaution spéciales, possibles dans les circonstances et dont la nécessité pouvait être reconnue par une enquête faite avec connaissance de cause et avec toute la circonspection possible (Erw. 3, S. 336).

„En examinant avec un soin particulier l'état des rochers . . . la compagnie pouvait découvrir à temps le danger . . . alors la déviation de la ligne s'imposait et par l'exécution de cette mesure l'accident était évité.“

(EBG Bd. 16, S. 333, Urteil vom 16. Mai 1890, i. S. Meyer gegen Suisse-Occidentale-Simplon).¹⁹⁾

Wir sehen also, in diesem Entscheide handelt es sich wiederum um subjektive Kriterien, wie vornehmlich durch das Abstellen auf „besondere Vorsichtsmassregeln“ („des mesures de précaution spéciales“) „äusserste Umsicht“ („toute la circonspection possible“) und „besondere Sorgfalt“ („un soin particulier“) zum Ausdruck kommt.

3. Demgegenüber stehen Hafner²⁰⁾, Oser²¹⁾, Stiffler²²⁾, Attenhofer²³⁾ und beim Gastaufnahmevertrag auch Martin²⁴⁾ auf dem Boden der objektiven Theorien. Diese sehen von der Person des in Anspruch genommenen

¹⁹⁾ Anklänge an die subjektive Theorie finden sich auch in späteren Urteilen des Bundesgerichtes. Siehe z. B. EBG 37, II S. 109 und 112, Bd. 39 II S. 108.

²⁰⁾ Über den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht. Diss. Zürich, 1886.

²¹⁾ Komm. S. 848/849.

²²⁾ Das receptum cauponum und die Haftpflicht der Gastwirte „ex recepto“, Chur, 1903, S. 94.

²³⁾ Ein Rechtsgutachten in Prozesssachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre). Luzern 1884.

²⁴⁾ L. c., S. 324.

Rechtssubjektes so vollständig als nur irgend möglich ab. Zwei Merkmale sind es, welche der Wiener Professor Adolf Exner²⁵⁾ in seiner berühmten, anno 1883 erschienenen Arbeit bekanntlich als Kriterien der höheren Gewalt aufstellte, und welche weiterhin zusammen oder einzeln in vielen Abweichungen vertreten werden; das schädigende Ereignis muss ausserhalb des Betriebskreises des in Betracht kommenden Unternehmens entsprungen sein und zugleich mit solcher Wucht (Gewalt) auftreten, dass es augenscheinlich die gewöhnlichen Zufälle überschreitet.

Die objektive Lehre wird auch in der schweizerischen Doktrin im allgemeinen²⁶⁾ als die herrschende bezeichnet; insbesondere das Bundesgericht steht ihr hauptsächlich in den neueren und neuesten Entscheidungen²⁷⁾ ebenfalls näher.

III.

1. Bei der Entscheidung für die eine oder die andere Lehre müssen der Rechtsgedanke, der rechtliche Zweck, die ratio legis massgebend sein, welche unseren Begriff erfordern.

2. Nehmen wir zunächst das Vertragsrecht:

a) Das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 enthielt in Art. 181 die Bestimmung, dass die Konventionalstrafe nicht gefordert werden kann, „wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt unmöglich geworden ist.“ Der

²⁵⁾ „Der Begriff der höheren Gewalt“ (vis major), im römischen und heutigen Verkehrsrecht erschien als Artikel in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. X, 1883, S. 487 ff., und als Monographie, 86 Seiten, 1883.

²⁶⁾ Oser, Komm. S. 848; v. Tuhr, OR S. 519. — Hingegen bezeichnet Rossel (l. c.) die subjektive Theorie als die herrschende, was gewiss unrichtig ist.

²⁷⁾ Siehe z. B. EBG Bd. 37 II S. 99 ff., und 39 II S. 104 ff.; 36 II S. 60 ff.; 23 II S. 1114 und ff.; 16 S. 409. — Vgl. Bd. 57 II S. 511 Erwägung 3.

Schuldner haftete also und die Konventionalstrafe konnte gefordert werden, wenn die Erfüllung der sanktionierten Verpflichtung durch einen in seiner Person eingetretenen Zufall unmöglich geworden war.

Sicherlich wurde diese Formulierung dem Institute der Konventionalstrafe in höherem Masse gerecht als der Gesetzestext des revidierten OR, wonach der Schuldner befreit wird, wenn die Erfüllung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist,²⁸⁾ also grundsätzlich nunmehr auch durch den in seiner Person eingetretenen Zufall.

Zweck der im Obligationenrecht von 1881 stipulierten Haftung für gewisse Zufälle war die Verstärkung der durch die Konventionalstrafe gebotenen Garantie hinsichtlich der Erfüllung der Hauptverpflichtung. Die Konventionalstrafe bedeutete also für den Schuldner, welcher für den in seiner Person eingetretenen einfachen Zufall (im Unterschied zu dem beim Gläubiger eingetretenen Zufall und zur höheren Gewalt) aufkommen musste, in vermehrtem Masse als gegenwärtig einen kategorischen Imperativ zu richtiger Erfüllung der Hauptverpflichtung, hatte also zweifelsohne mehr erzieherische Wirkung und bot dem Gläubiger erhöhte Garantie.

b) Im Pachtvertrag, bei der Schätzung der Inventarstücke (OR Art. 299), ist die Haftung des Pächters für den gewöhnlichen Zufall (im Gegensatz zur höheren Gewalt, welche von der Haftbarkeit befreit), auf die Präsumption einer von den Vertragsparteien stillschweigend akzeptierten Garantie-Klausel aufgebaut. Eine solche Präsumption ergibt sich aus der Tatsache der Schätzung der Inventarstücke²⁹⁾. Natürlich soll nicht eine eigentliche

²⁸⁾ Durch die erfolgte Revision wird allerdings dem accessorischen Charakter der Konventionalstrafe weitgehend Rechnung getragen. — Vgl. aber meine Kritik der Revision in der in Note 1 zitierten Arbeit, S. 146 ff.

²⁹⁾ Hier tritt die Idee der Tragung der Gefahr (insbesondere der mit der Benutzung der geschätzten Inventarstücke verbundenen Gefahren) mehr hervor.

Versicherung geschaffen werden; das hiesse den mutmasslichen Intentionen der Parteien zu weit vorgreifen; deshalb die Einschränkung der Haftung durch Befreiung beim Nachweis höherer Gewalt.

c) Bei der Haftung der Gast- und Stallwirte (OR Art. 487 und 490) kann man zwar, wenigstens im OR, nicht von einem Garantieverprechen der Gastwirte gegenüber den Fremden reden, was schon daraus hervorgeht, dass die Haftung für einfache Zufälle auch trotz ausdrücklicher Ablehnung (oder Einschränkung) durch Anschlag in den Räumen des Gasthofes besteht (Art. 489, Abs. 2)³⁰⁾. Hingegen handelt es sich immer noch um die Schaffung einer objektiven Garantie, welche diesmal nicht auf Vertrag, sondern auf dem Gesetze beruht; sie bezweckt die Sicherheit der Effekten der Reisenden, insbesondere bezüglich der den genannten Unternehmungen inhaerenten Gefahren; (wobei auch die für den Gastwirt unvergleichlich grössere Möglichkeit der Obhut über die Effekten und ein beim Gaste oft eintretender Beweisnotstand hinsichtlich der Schadensverursachung eine Rolle spielen).

d) Ähnliche Erwägungen hatten im OR vom Jahre 1881 beim Frachtvertrag zur Statuierung der Haftung des Frachtführers für einfache Zufälle geführt (Art. 457, Abs. 1). Im revidierten OR ist die Haftung bekanntlich den ordentlichen Haftungsbestimmungen des Art. 97 ff. angepasst worden.³¹⁾ — (Vgl. immer noch: Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampf-

³⁰⁾ Diese Unmöglichkeit der Ablehnung durch Anschlag gilt — trotzdem sie im Gesetze nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird — wohl auch zu Lasten der Stallwirte. — Gleiche rechtliche Behandlung bezüglich der im Gasthofe eingebrachten Automobile.

³¹⁾ Die unterschiedliche Behandlung der Haftung des Frachtführers im Vergleich zu derjenigen des Gast- und Stallwirtes ist in Frankreich im Jahre 1904 durch Ambroise Colin sehr angefochten worden; vgl. Dalloz Périodique, 1904, II S. 73.

schiffen, vom 29. März 1893, Art. 30 und 57, Postverkehrsgesetz, vom 5. April 1910, Art. 95).

3. In der Materie der Deliktshaftung findet sich der Begriff der höheren Gewalt auf dem Gebiete der Kausalhaftung ausgebildet, sei es nun bei der reinen Kausalhaftung oder der sogenannten Gefährdungshaftung. Vor allem ist es der Schutz von Leib und Leben, welcher der Haftung für den gewöhnlichen Zufall, mit Ausschluss bloss der höheren Gewalt, ruft. In dieser Hinsicht ist schon auf das frühere Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 2, und dasjenige betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des genannten Gesetzes vom 26. April 1887, insbesondere Art. 1, hinzuweisen, ferner auf das Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24. Juni 1902, Art. 27 und 33; sodann auf das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmungen und der Post, vom 28. März 1911, Art. 1, und endlich auf das Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, vom 15. März 1932, Art. 37. — (Vgl. Art. 128 KUVG, ferner MFG Art. 56 f.).³²⁾

Aber nicht allein die Wichtigkeit des geschützten Rechtsgutes führt im Deliktsrechte zur strengen Haftung bis zur höheren Gewalt. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache der Ausdehnung der Haftung für den einfachen Zufall auf Sachschäden. In dieser Hinsicht seien insbesondere zitiert: Das Bundesgesetz über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, Art. 27 Abs. 2 und als neuestes Beispiel das Motorfahrzeug- und Fahrradverkehrsgesetz Art. 37. Es führen also auch andere Erwägungen als die Rücksichtnahme auf die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes zur er-

³²⁾ Eine „unbeschränkte“, nicht einmal durch die Einrede der höheren Gewalt begrenzte Haftbarkeit ist statuiert im Bundesratsbeschluss betr. die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz, vom 27. Januar 1920, in Art. 26.

schwerten deliktischen Haftung, so die Frage der Tragung der Betriebsgefahr und der in einer bestimmten Veranstaltung liegenden Gefährdung.

Ähnlicherweise finden wir die Haftung für den gewöhnlichen Zufall mit der Einrede bloss der höheren Gewalt z. B. wiederum bei in Überschreitung des Eigentumsrechts vorgenommenen schädigenden Veranstaltungen des Grundeigentümers (ZGB Art. 679); die Einrede der höheren Gewalt im engeren Sinne ist auch bei der Haftung des Werkeigentümers (OR Art. 58) und des Tierhalters (OR Art. 56) zu berücksichtigen.

Bezweckt wird auch in diesen Fällen die Schaffung von Garantien gegen Gefährdung von Rechtsgütern, resp. eine im Vergleich zur Verschuldenshaftung erweiterte Wiedergutmachung eingetretener Schäden.

IV.

1. Überall ist es das Bedürfnis nach einer gesteigerten Haftung, welches der höheren Gewalt ruft.

Es soll eine Grenze der Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz gezogen werden, welche nicht vom Verhalten des jeweilig um Schadenersatz angesprochenen Rechtssubjektes abhängt. Diesem ist denn auch die Möglichkeit der Verhütung des Eintrittes konkreter Schadensfälle in dem Sinne entzogen, dass bei den in Frage kommenden Materien regelmässig eine gewisse Anzahl von Schadensvorkommnissen sich immer ereignen werden, d. h. in hohem Masse unvermeidlich sind, sei es vornehmlich wegen der Gefährlichkeit des Betriebes (elektrische Anlagen) oder auch wegen seines Masses und seiner Ausdehnung (Automobilverkehr, Transportrecht inhaerente Gefahren). Oder aber gewisse Risiken wollten kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung unabhängig von den subjektiven Verumständungen übernommen werden (Konventionalstrafe, Schätzung von Inventarstücken bei der

Pacht). Einerseits ist es gerechtfertigt, diese Schäden, statt durch den Geschädigten selbst, durch den in Anspruch genommenen (direkten oder indirekten) Schadensstifter tragen zu lassen, anderseits kann aber die Frage des Eintrittes oder Nichteintrittes der Haftung nicht vom subjektiven Verhalten des Betriebsinhabers, des Automobilfahrers, des Frachtführers usw. abhängen; denn die Schadensereignisse sind ja, konkret betrachtet, seiner subjektiven Herrschaft sehr oft entzogen. Die Haftung soll sich überhaupt nicht nach den jeweiligen Umständen des konkreten Falles richten, die beim Eintritt des schädigenden Ereignisses obwalteten. Vielmehr soll die Haftung durch eine objektive Norm bestimmt werden können, unter Ausdehnung auch auf Fälle, in denen kein Verschulden besteht oder Haftbarkeit für Dritte Platz greift.

Erwägungen, welche eine subjektive Betrachtungsweise involvieren, sollen also nicht massgebend für den Ausschluss der Haftung sein können, d. h. über den Ausschluss entscheiden.

Diesen Gesichtspunkten wird aber nur eine objektive Theorie der höheren Gewalt gerecht.

2. Die höhere Gewalt ist ein einziger Rechtsbegriff des Schadenersatzrechtes. M. a. W. die Definition der höheren Gewalt als haftungsbefreiender Einrede ist die gleiche in allen Fällen des Schadenersatzrechtes³³⁾. Nichts rechtfertigt m. E., ihr in den verschiedenen Fällen, sei es nun des Vertrags- oder des Deliktsrechtes, begrifflich verschiedene Merkmale zu geben. Die nähere Ausgestaltung und die Auswirkung in den einzelnen Materien mag Verschiedenheiten aufweisen.

Dementsprechend betrachten beispielsweise auch in Deutschland zahlreiche Autoren den Begriff der höheren Gewalt, wie er in den deutschen Reichshaftpflicht-

³³⁾ Aus diesem Grunde werden Vertrags- und Deliktsrecht in der vorliegenden Arbeit, welche die Hervorhebung der gemeinsamen Gesichtspunkte bezweckt, zusammen behandelt.

gesetzen³⁴⁾ ausgebildet wurde, als mit demjenigen des Transportvertragsrechtes des deutschen Handelsgesetzbuches und des Gastaufnahmevertrages³⁵⁾ des BGB identisch³⁶⁾. Das deutsche Reichsgericht hat diese Betrachtungsweise sanktioniert und ebenfalls Identität des Begriffes der höheren Gewalt im Falle des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (Körperverletzung oder Tötung), einerseits, und des § 456 des Hand.GB. (zufällige Beschädigungen oder Verlust des Frachtgutes bei den Eisenbahnen), anderseits, angenommen³⁷⁾. Die vom Reichsgericht beim Gastaufnahmevertrag der höheren Gewalt gegebene Definition ist nicht verschieden.

Im schweizer. Recht gibt v. Tuhr³⁸⁾ die gleiche Definition der höheren Gewalt nicht nur für die im OR geregelten Fälle des Vertragsrechtes (Art. 299, 487, 490), sondern auch hinsichtlich der Haftpflichtgesetzgebung (Art. 31 des Eis.Transp.Ges., Art. 1 Eis.Haftpfl.Ges., Art. 2 Fabr.Haftpfl.Ges.).

Diese Stellungnahme erscheint richtig. Andere Autoren des schweizer. Rechtes gehen zwar nicht so weit wie v. Tuhr und geben nicht ausdrücklich für alle in der Gesetzgebung vorgesehenen Fälle der höheren Gewalt die gleiche Definition an, verweisen aber immer noch entweder innerhalb des Deliktsrechtes³⁹⁾, oder innerhalb

³⁴⁾ Insbesondere dem Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871.

³⁵⁾ Handelsgesetzbuch § 456; BGB § 701.

³⁶⁾ Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 22. bis 24. Aufl. 1924 § 200, S. 570 ff. Siehe auch § 199, S. 566, Ziff. II und 568, Ziff. V. Schmidt, Rud., Bürgerliches Recht, Lehrbuch, Stuttgart 1927, S. 119. Staudinger, Komm. 9. Aufl. 1925, zu § 203 BGB, Ziff. 4, lit. a und b.

³⁷⁾ Entsch. des Reichsger. Bd. 104 (1922), S. 151.

³⁸⁾ Allg. Teil des OR, S. 518 f.

³⁹⁾ Wieland, Komm. ad Art. 679 ZGB, N. 4a. Lee-mann, ad ZGB Art. 679, N. IV 1b.

des Vertragsrechtes⁴⁰⁾ bezüglich des Begriffes der höheren Gewalt teils vergleichsweise, teils sogar vorbehaltlos von einem Gesetzesartikel auf den andern und sogar von einer Materie auf die andere.⁴¹⁾

V.

Welches ist nun dieser m. E. einheitliche und objektiv zu definierende Rechtsbegriff der höheren Gewalt?

1. Der Beantwortung dieser Frage müssen einige Erörterungen allgemeiner Natur vorausgehen:

Die Ereignisse, welche höhere Gewalt i. e. S. genannt werden, sind gleicher Art wie die einfachen Zufälle⁴²⁾. M. E. besteht zwischen den beiderlei Schadensereignissen kein qualitativer, sondern lediglich ein quantitativer Unterschied. Höhere Gewalt und gewöhnlicher Zufall bedeuten nur zwei verschiedene Kategorien, resp. andere Klassen gleichartiger Ereignisse — Zufall im weitesten Sinn. Alle diese Ereignisse sind dadurch gekennzeichnet, dass der Zufall im philosophischen Sinne beim Eintritt ihrer Wirkungen eine wichtige Rolle spielt. Der Wille des Schuldners hat bei ihrem Eintritt oft gar keine oder eine sehr eingeschränkte Bedeutung.

Praktisch gesprochen ist folgendes zu sagen: Die Einwirkung des Zufalls ist sehr offensichtlich beim typischen Beispiel des Blitzschlages, bei Erdriss oder beim Ausbruch eines Vulkans. Als weitere Beispiele sind beizufügen: Erdbeben, Überschwemmungen, Stürme (Wirbel-

⁴⁰⁾ Hafner, Komm. 2. Aufl. zu Art. 486 N. 7, zu Art. 457 N. 5, zu Art. 318 N. 8, zu Art. 181 N. 4. Auch Becker gruppiert alle Fälle des OR, in denen der Gesetzgeber den Begriff der höheren Gewalt i. e. S. vorsieht, zusammen, gibt jedoch keine Definition an, vgl. N. 40 zu Art. 97.

⁴¹⁾ Oser, S. 849, erklärt es für „kaum spruchreif, ob eine einheitliche Formulierung für alle Fälle möglich und vom Gesetze gewollt sei“.

⁴²⁾ Soldan: La responsabilité des fabricants, 2. Aufl., S. 38.

sturm, Orkan), Schiffbrüche, das Verschwinden einer Insel, Bergstürze und Rutschungen usw. Ausser diesen Naturereignissen kommen auch Ereignisse in Betracht, die von den Menschen abhängen⁴³). Bei ihnen liegt ebenfalls die Bedeutung des Zufalls, im Hinblick auf den um Schadenersatz Angesprochenen, klar zu Tage, so: bei Krieg in seinen direkten Wirkungen⁴⁴), Mobilisation (Sem. Jud. 1915, S. 396 ff.), feindlicher Invasion, Bombardement, Blockade (Entsch. des deutsch. Reichsger., vgl. Kiel zu BGB § 203, No. 2, in fine), Revolution, Revolte, Räuberunwesen, Plünderung (EBG 55 II S. 107 ff.) und insbesondere auch bei Anordnungen der staatlichen Gewalt (*fait du prince*; vgl. EBG 54 II S. 333; 47 II S. 199 ff.; 44 II S. 69 ff.; 42 II S. 379, ff.; 39 II S. 284).

Andererseits gibt es schädigende Ereignisse, bei deren Auftreten die Bedeutung des Zufalls weniger eindrucksvoll, weniger greifbar, weniger offensichtlich ist, wo dieser aber immer noch in Erscheinung tritt. Unter den Naturereignissen können hier angeführt werden: Krankheit⁴⁵) (Dalloz périodique, 1912, 1, S. 182), ein Gewitter, Regen, Hagel, Kälte, Lawinen (EBG 16, S. 409 ff.), übermässige Hitze⁴⁶), Explosion eines Dampfkessels, das Platzen von Wasserleitungsröhren, Felsstürze (EBG 16, S. 232 ff.), ein heftiger Wind (EBG 23, S. 1114 ff.), Feuersbrunst (EBG 50, II S. 514 f., 39 II S. 284 f.), Schädigungen durch Ratten, Mäuse und andere Tiere. Ein weiteres Beispiel ist die Unterbrechung des elektrischen Stromes, welche die Beendigung einer Operation verhindert. — Bei den Ereignissen, die von den Menschen

⁴³) Becker zu Art. 97 OR, N. 37.

⁴⁴) Der Krieg wird zuweilen als klassisches Beispiel höherer Gewalt hingestellt. So Josserand, l. c. S. 553 Nr. 5, Colin, in Dalloz pér. 1904, 2, 74.

⁴⁵) Natürlich nur unverschuldete Krankheit.

⁴⁶) Attenhofer, Dr. K., Ein Rechtsgutachten in Prozesssachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre). Luzern 1884. Jhering, zwei Rechtsgutachten betreffend den gleichen Fall. Luzern 1884.

abhängen, ist hier vor allem das Beispiel des Diebstahls zu nennen, sowie das sehr umstrittene des Streikes (EBG 28, II S. 246 ff.; Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 110 S. 209 ff., [1925]; Bd. 104 S. 151 [1922]; Cour d'Appel de Paris, in Dalloz pér., 1904, 2, S. 73). Hieher gehören, wenigstens in gewissem Masse, auch Ereignisse, die von Dritten abhängen (vgl. Becker zu OR Art. 97 No. 38).

Es ist zwar richtig, dass das in Anspruch genommene Rechtssubjekt die Bedingungen, welche das Auftreten derartiger schädlicher Ereignisse ermöglichen oder begünstigen, gesetzt haben kann. Das trifft z. B. bei der Schaffung spezifischer Betriebsgefahren zu. Hier hat der Wille des Betriebsinhabers in dem Sinne mitgewirkt, dass er die allgemeinen Bedingungen gesetzt hat, welche zur Verwirklichung bestimmter Ereignisse vorliegen müssen. Ebenso kennen der Automobilist und der Motorradfahrer die mit der Benutzung ihrer Fahrzeuge verbundenen besonderen Gefahren. Manche Rechtssubjekte wissen sogar, dass gewisse schädigende Ereignisse eintreffen werden, so beispielsweise Diebstähle in einem Transportunternehmen, in einem Hotelbetrieb, in Lagerhäusern usw. Trotzdem sind alle diese Rechtssubjekte nicht in der Lage, im voraus die konkreten Fälle zu kennen. Sie wissen nicht im voraus, welche individuellen Ereignisse vorkommen werden, noch wann sie den in Anspruch Genommenen treffen, noch auf welche Art; wenn man die schädigenden Ereignisse also einzeln, für sich (individuell, konkret), betrachtet, so bleibt bezüglich des Auftretens und der Verwirklichung derartiger Ereignisse noch immer ein grosses Mass zufälliger Einwirkungen übrig.

Der Wille des Schuldners, resp. des für einen Schaden belangten Rechtssubjekts, muss somit in Gegensatz zum Zufall im weitesten Sinne (allgemein gesprochen) gesetzt werden⁴⁷⁾. Immerhin ist aus dem Gesagten ersichtlich, dass der Ausdruck „Zufall“ nicht einen absoluten Sinn

⁴⁷⁾ Vgl. Baron, Arch. ziv. Pra. Bd. 78 § 11 S. 284 ff.

hat; denn absolut gesprochen könnte bezweifelt werden, ob das, was man gemeinhin „Zufall“ nennt, existiert.

In allen angeführten Fällen handelt es sich sodann um schädigende Ereignisse, d. h. um Fragen des Schadenersatzrechtes, und zwar insbesondere um die Frage, ob und in welchem Umfange ein eingetretener Schaden ersetzt werden muss.

Dabei muss von der Frage des Eintreffens (des blossen Auftretens) unterschieden werden, ob die schädigenden Wirkungen des vorgekommenen Ereignisses hätten vermieden oder vermindert werden können.

2. Da m. E. kein qualitativer Unterschied zwischen dem einfachen Zufall und der höheren Gewalt besteht, so besitzen die beiden Rechtsbegriffe gewisse gemeinsame Merkmale. Die Ereignisse, welche die höhere Gewalt im eigentlichen Sinne bilden, müssen wie die einfachen Zufälle auch unvorhersehbar und unvorhergesehen sein. Die Unvorhersehbarkeit bezieht sich wesentlich auf die Frage der Abwesenheit des Verschuldens und ist eine solche tatsächlicher Natur. Es sind die Wirkungen des schädigenden Ereignisses, welche unvorhergesehen und unvorhersehbar sein müssen. Das Ereignis selbst kann sehr wohl in gewissem Masse vorhersehbar sein und vorausgesehen werden können, aber seine Folgen nicht (vgl. EBG 43 II S. 178 Erw. 3).

Nun muss aber das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bei der höheren Gewalt in höherem Masse vorliegen als beim einfachen Zufall. Es ist damit bei der höheren Gewalt strenger zu nehmen. Bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung wäre es zu weit gegangen, wenn man vom Gebiete des einfachen Zufalls a priori alle generisch (in abstracto) voraussehbaren Ereignisse ausschliessen würde. Generische Voraussehbarkeit eines Ereignisses bedeutet noch nicht notwendigerweise ein Verschulden. Vielmehr muss bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung ein Ereignis in concreto vorhersehbar gewesen sein, damit

einfacher Zufall a priori ausgeschlossen sei. Die generische Voraussehbarkeit eines Ereignisses kann also bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung in gewissen Fällen die Befreiung von der behaupteten Schadenersatzpflicht noch verhindern (es ist dies aber nicht notwendigerweise der Fall). Hingegen soll und muss bei der ausnahmsweise strengen und nur durch die Einrede der höheren Gewalt beschränkten Haftung nicht nur für die schädigenden Wirkungen von Ereignissen eingestanden werden, welche konkret betrachtet vorausgesehen oder voraussehbar waren, sondern immer auch für die Folgen von Ereignissen, die auch nur generisch (in abstracto) vorausgesehen werden konnten.

Casuistisch gesprochen ist folgendes auszuführen: Es werden beispielsweise in einem grossen Handelshaus notwendigerweise eine gewisse Anzahl von Schadensereignissen vorkommen, deren Art vorausgesehen werden kann, wie Verluste, Verzögerung bei Lieferungen, Versand an einen falschen Bestimmungsort, und überhaupt allerlei entschuldbare oder unentschuldbare Irrtümer; — oder bezüglich einer Fabrik, welche zu Branchen gehört, in denen häufig Streiks ausbrechen, ist z. B. bekannt, dass voraussichtlich ein Streik ausbrechen werde, man kennt aber weder den genauen Zeitpunkt des Streiks, noch seine Dauer, noch seinen Umfang, noch weiss man, ob er sich auf alle Arbeiter der Fabrik oder nur auf solche einzelner Ateliers und überhaupt auf die konkrete Fabrik beziehe. — Als weiteres Beispiel ist anzuführen, dass in Kriegzeiten Schwierigkeiten aller Art bei der Beschaffung von Waren generell vorausgesehen werden können, ohne dass daher oft bekannt wäre, ob eine bestimmte Massnahme zu einem bestimmten Zeitpunkt gewisse Artikel treffe; m. a. W. man kennt nicht immer die genauen Aspekte von Ereignissen, welche auftreten können. — So weiss man auch (generisch gesprochen), dass das Niveau der Gewässer sich zeitweise stark verändert, ohne jedoch das konkrete Ereignis im voraus bestimmen zu können.

Bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung kann sich in den obigen Beispielen das Handelshaus noch entlasten, wenn es nachweist, dass es alle durch die Umstände gebotenen und mit Rücksicht auf Treu und Glauben erforderlichen Massnahmen getroffen hat, welche z. B. vertragsgemässe Lieferung garantiert hätten, dass aber ein konkret unvorhersehbares Ereignis mit unüberwindlichen Wirkungen unvermutet aufgetreten ist. Auch da, wo es sich um die Wirkungen von Streiks handelt, machen Doktrin und Praxis, obschon der Streik prinzipiell keinen einfachen Zufall darstellen kann (EBG 28 II S. 254), Ausnahmen, so mit Rücksicht auf die Plötzlichkeit und die berufsfremde Art gewisser Streiks (vgl. Becker, Art. 97, No. 38 und dortige Beispiele). Wenn ferner z. B. Wassermangel die Fabrikation von Waren verhindert, so kann der Schuldner bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung noch befreit werden, wenn er nachweist, dass es unmöglich war, Ersatzgegenstände aufzutreiben (EBG 38 II S. 128 Erw. 2).

Demgegenüber besteht bei der ausnahmsweise strengen Haftung prinzipiell die Verantwortlichkeit des in Anspruch Genommenen für alle generisch voraussehbaren Ereignisse. So haften Gast- und Stallwirte im Prinzip für alle einfachen Diebstähle, welche in ihrem Betriebe vorkommen, und zwar selbst dann, wenn sie kein Verschulden trifft (und auch die Haftung für Dritte nicht gegeben ist, vgl. Art. 101 OR). Denn man kann diese Ereignisse jedenfalls in abstracto in einem Betriebe voraussehen, selbst wenn das bestimmte Schadensereignis, konkret betrachtet, weder vorausgesehen wurde, noch vorausgesehen werden konnte. In Anwendung des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902 kann sich ein Elektrizitätswerk wohl kaum als Haftbefreiungsgrund auf Ereignisse berufen, welche sich immer wieder zu ereignen pflegen; denn gerade ihrer generellen Voraussehbarkeit wegen muss sich der Betriebsinhaber gegen schädigende Wirkungen solcher Ereignisse vorsehen. Gleichermassen wird sich bei der ausserkontrakt-

lichen Haftung der Automobilist wohl kaum durch den Nachweis bloss generisch voraussehbarer Ereignisse, wie der grösseren Gefährlichkeit der Strasse zufolge gewöhnlicher Einwirkungen der Natur, von Regen, Schnee, Eisbildung usw., das Platzen eines Pneus oder das Versagen der Steuerung, Auftreten von Betriebsdefekten jeder Art usw., von der Haftung befreien können.

Diese strengere Auffassung des Erfordernisses der Unvorhersehbarkeit bei der eigentlichen höheren Gewalt im Gegensatz zum gewöhnlichen Zufall kommt eben daher, dass ein quantitativer Unterschied, d. h. ein Grad- oder Klassenunterschied zwischen dem einfachen Zufall und der höheren Gewalt besteht. Diese wird, wenn man so sagen darf, durch Zufälle erster Ordnung, erster Klasse, gebildet. In dieser Hinsicht kann gesagt werden, dass höhere Gewalt ein qualifizierter casus ist (*vis major*).

3. Worin besteht nun juristisch der Unterschied? M. E. liegt er wesentlich darin, dass die höhere Gewalt sich mit einer grösseren Wucht äussert als der gewöhnliche Zufall. Die Wirkungen der höheren Gewalt sind mächtiger als diejenigen des einfachen Zufalles. Es kann nun leicht verstanden werden, warum es schwierig ist, eine genaue Grenze zwischen gewöhnlichem Zufall und höherer Gewalt zu ziehen, da ja nur ein Gradunterschied, ein Unterschied in der Wucht des Auftretens, zwischen den zwei Kategorien von Ereignissen gleicher Art besteht.

Juristisch liegt m. E. der Unterschied zwischen den beiden Kategorien gleichartiger schädigender Ereignisse in folgendem: Die einfachen Zufälle sind in subjektivem Sinne unvorhergesehene, unvorhersehbare und unüberwindliche Ereignisse, während die höhere Gewalt von Ereignissen gleicher Art gebildet wird, welche aber in Anbetracht der Unwiderstehlichkeit der Gewalt, mit welcher sie sich äussern, objektiv unüberwindlich sind.

Allerdings hat der Richter auch bei der gewöhnlichen Verschuldenshaftung objektive Umstände zu berücksichtigen; allein, bei der Haftung bis zur höheren Gewalt gewinnen sie eine erhöhte und ausschliessliche Bedeutung.

Die generisch vorhersehbaren Ereignisse müssen immer als objektiv überwindlich betrachtet werden. So sind z. B. die einem Hotelbetrieb inhaerenten Gefahren wenigstens generisch immer voraussehbar (Gastaufnahmevertrag). Ebenso verhält es sich bei der Pacht hinsichtlich der mit der Benutzung der geschätzten Inventarstücke verbundenen Risiken. In der Automobilhaftpflicht könnten die atmosphärischen Bedingungen eines Unfalles ebensowenig in Betracht fallen, als technische Mängel des Automobils (vgl. die oben gegebenen Beispiele). Alle diese schädigenden Ereignisse könnten bei einem (objektiv) vollendeteren Betrieb vermieden oder wenigstens in ihren schädigenden Wirkungen überwunden werden. Gerade weil diese Ereignisse generisch vorausgesehen werden können, muss gefolgert werden, dass sie durch eine weitere Vervollkommnung der Wissenschaft und der Technik (objektiv) überwunden werden könnten. Demnach können sie aber auch nicht als höhere Gewalt im eigentlichen Sinne gelten.

Dass das Kriterium der objektiven Unüberwindlichkeit die höhere Gewalt vom einfachen Zufalle scheidet, wird auch durch den Sprachgebrauch selbst bewiesen: Das Gesetz verlangt bei der strengen Haftung das Vorliegen „höherer Gewalt“; das besprochene Merkmal der Zufälligkeit existiert aber ebensogut bei den Ereignissen, welche als einfacher Zufall zu betrachten sind, wie bei der höheren Gewalt; hingegen ist es der Unterschied in der „Gewalt“ (Wucht) der schädigenden Wirkungen, welcher die beiden Rechtsbegriffe scheidet. Es genügt aber nicht, dass eine „Gewalt“ in Erscheinung tritt, diese Gewalt muss zudem eine „höhere“ sein. Es kann sich nun nicht um eine Gewalt handeln, welche im

Hinblick auf den in Anspruch Genommenen, d. h. in subjektivem Sinne (respektive im Hinblick auf jedes Rechtssubjekt gleicher Art und in gleicher Lage), eine höhere ist, sonst wäre höhere Gewalt identisch mit Abwesenheit des Verschuldens. Nun ist aber höhere Gewalt bei der aussergewöhnlich strengen Haftung nicht gleichbedeutend mit Abwesenheit des Verschuldens, sondern es soll gegenteils der einfache Zufall die Schadenersatzpflicht nicht ausschliessen. Erwägungen subjektiver Art müssen somit völlig ausscheiden. Die Gewalt, welche eine „höhere“ ist, muss dies also im rein objektiven Sinne sein. Höhere Gewalt ist also diejenige Gewalt, welche nicht mehr subjektiv, sondern ausschliesslich objektiv, in Anbetracht ihrer (objektiven) Unwiderstehlichkeit unüberwindlich ist (*casus cui resisti non potest*).

Alle Merkmale, welche zur Unterscheidung zwischen der höheren Gewalt und dem einfachen Zufall angegeben werden, können auf das einzige hier angegebene Kriterium der objektiven Unüberwindlichkeit (Unwiderstehlichkeit) zurückgeführt werden:

a) Für den Begriff der höheren Gewalt ist es an sich gleichgültig (irrelevant), ob ein Ereignis ein sogenannter innerer Unfall oder aber äusserer Herkunft ist, wie Exner unterschieden hat. Das Unterscheidungsmerkmal der inneren oder äusseren Herkunft des Schadensereignisses hinsichtlich des Kreises, auf welchen es einwirkt, kann eine (gewisse) Bedeutung haben; diese darf jedoch nicht übertrieben werden, sondern ist nur hinsichtlich der Beweisfrage, in dem Sinne gegeben, dass oft eine Präsumption für die objektive Unwiderstehlichkeit des äusseren Ereignisses besteht. Es handelt sich hiebei um eine auf Grund richterlichen Ermessens zu beurteilende Tatfrage. Viel zu weit gegangen ist es aber, wenn aus Erwägungen beweisrechtlicher Natur heraus die „äussere“ Herkunft eines Schadensereignisses zu einem Begriffsmerkmal der höheren Gewalt gemacht wird.

Übrigens führt das von Exner aufgestellte Erfordernis äusserer Herkunft der höheren Gewalt bei ihrer Scheidung vom gewöhnlichen Zufall in vielen Fällen zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen, wie Dernburg und andere mit Recht von allem Anfang an Exner entgegengehalten haben, so dass es schon deswegen nicht aufrechterhalten werden kann (siehe hierüber meine Ausführungen in der Note 1 zitierten Arbeit, S. 29 ff.).

Ausserdem lässt jedenfalls das OR das Kriterium der äusseren Herkunft als Unterscheidungsmerkmal der höheren Gewalt vom gewöhnlichen Zufall nicht zu. Das ergibt sich in der ausserdeliktischen Haftung klar beispielsweise beim Gastaufnahmevertrag (Art. 487, vgl. auch Art. 490 Abs. 1), wo doch als Grundsatz die Haftung des Gastwirtes bis zur höheren Gewalt besteht. Der Gast (der Fremde) hat hier nämlich gewisse einfache Zufälle zu tragen, welche zweifelsohne innere Unfälle (Betriebsunfälle) sind. Ein Beispiel wird dies erläutern: Ein Dritter besucht den Gast, wirft seine brennende Zigarette in eine Ecke oder legt absichtlich mit leicht brennbarem Material Feuer⁴⁸⁾. Nach der Theorie Exner's und seiner Anhänger müsste der Gastwirt in derartigen Fällen aber verurteilt werden, und zwar auch hinsichtlich des besuchten Gastes, der einen Schaden erlitt; denn es handelt sich ja um „innere Unfälle“. Die gleiche Lösung ergibt sich auch bei Zugrundelegung der Auffassung neuer Autoren, welche versuchten, die aus der Starrheit des von Exner aufgestellten Kriteriums der äusseren Herkunft sich ergebenden Unbilligkeiten zu mildern, so z. B. bei Zugrundelegung der Theorie, welche im Transportvertrag den „äusseren“ Unfall als das „objektiv betriebsfremde Schadensereignis“⁴⁹⁾ präzisiert, oder auch wenn man

⁴⁸⁾ Das Beispiel ist der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. III S. 113 f., entnommen. Goldschmidt (l. c.) erklärt dort den Gastwirt von der Schadenersatzpflicht befreit.

⁴⁹⁾ Jossierand, l. c., no. 584 und 585: „la responsabilité des compagnies se trouve mise en oeuvre pour tous les événements dommageables qui ne leur sont pas objectivement étrangers“.

die höhere Gewalt als ein Ereignis bezeichnet, das „nicht von den Einrichtungen und dem Betrieb des Unternehmers abhängt“, und sagt, dass der Betriebsinhaber alle Schäden tragen müsse, welche „normalerweise durch den Betrieb bedingt sind“⁵⁰); denn ein Schadensereignis von der Art des angegebenen ist normalerweise durch den Betrieb bedingt. Wenn ein Dritter, der einen Gast besucht, durch das Wegwerfen der brennenden Zigarette eine Feuersbrunst verursacht, so handelt es sich durchaus um einen „inneren“ Unfall, der geradezu vom Betriebe abhängt. Dabei würde nach Exner sogar „Wahrscheinlichkeit“ eines Verschuldens vorliegen, da ja das Feuer im Inneren des Hotels ausgebrochen ist und demnach seine Ursachen nicht erforscht werden sollen; zudem obliegt die zur Begründung der strengen Haftung oft angerufene Verpflichtung zur Obhut⁵¹) (custodia) auch gegen Feuersgefahr wohl viel eher dem Gastwirt als dem Gaste. Trotzdem ist nun aber nach OR in den genannten Fällen der Schaden nicht unbedingt vom Gast- und Stallwirte zu tragen. Vielmehr werden Gast- und Stallwirte gegenüber dem Gaste von der Haftung befreit, wenn sie beweisen, dass der Schaden durch den Gast oder den Einbringenden selber, oder seine Besucher, Begleiter oder Dienstleute verursacht wurde. Hierbei handelt es sich nicht um Ausnahmefälle, welche dem Gast mit Rücksicht auf das Verschulden dieser Drittpersonen zur Last gelegt wären, vielmehr genügt die Verursachung des

⁵⁰) Ripert: „La force majeure dans les transports aériens“ in „Revue Jur. int. de Locomotion aérienne“ 1928 schreibt: „L'événement ne doit pas dépendre des installations ou de l'exploitation de l'entrepreneur; ce sont par exemple les événements atmosphériques, la guerre, la grève, l'intervention d'une autorité publique dite ‚fait du prince‘ (l. c. Ziff. 4). L'exploitant doit accepter tous les dommages qui ‚dépendent des conditions normales de l'exploitation‘.“ (Ziff. 14.)

⁵¹) Vgl. Becker, zu OR Art. 99 N. 6.

Schadens⁵²⁾ durch die genannten Dritten zur Befreiung des Gast- und Stallwirtes im Verhältnis zum Gaste oder Einbringenden. Somit wird der Gastwirt dem Gaste gegenüber befreit, sobald dargetan ist, dass ein Besucher des Gastes den Schaden verursachte. Es bedarf also keines Verschuldens dieser vom Gesetze genannten Drittpersonen, sondern es genügt der Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen der Handlung des Dritten und dem entstandenen Schaden; hiebei handelt es sich aber im Falle der Abwesenheit von Verschulden dieses Dritten (Besucher, Begleiter) um einen Zufall⁵³⁾, den der Gast zu tragen hat. Man kann sogar mit guten Gründen noch weiter gehen und im Hinblick auf den Gast auch dasjenige Schadensereignis für Zufall erklären, in welchem Verschulden eines Dritten vorliegt. Gleicherweise hat der Gast den durch ihn selbst verursachten Schaden auch dann zu tragen, wenn ihn kein Verschulden trifft (er kauft z. B. einen Gegenstand, dessen gefährliche Natur er nicht kennt und nicht kennen kann, und bringt ihn ins Hotel ein, wo Schaden entsteht)⁵⁴⁾.

Schon aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass im schweizer. Recht das Kriterium der „äusseren Herkunft“ als Unterscheidungsmerkmal der höheren Gewalt vom einfachen Zufall nicht gilt — (da ja der Begriff der höheren Gewalt in den verschiedenen Materien der gleiche ist) —, denn das Gesetz bestimmt beispielsweise beim Gastaufnahmevertrag, dass der Reisende bestimmte gewöhnliche Zufälle auch dann zu tragen habe, wenn sie sogenannte

⁵²⁾ Martin, l. c. S. 324; Oser, S. 848; Burckhardt, in Zeitschr. f. Schw. R., Bd. 22 (N. F.) (1903), S. 512/513.

⁵³⁾ Contra: Baron, Arch. ziv. Pra., Bd. 78, S. 284 und Pandekten S. 238, im Gegensatz zur damals und heute herrschenden Doktrin und Praxis. Vgl. noch Léon Mazeaud in Dalloz pér. 1927, 2, 121.

⁵⁴⁾ Natürlich haftet der Gastgeber den übrigen (Dritten) Gästen gegenüber und ist nur im Verhältnis des Gastes, der selbst, oder dessen Besucher, Begleiter oder Dienstleute, den Schaden verursacht haben, befreit.

innere Unfälle (Betriebsunfälle) sind, und zwar insoweit sie den in Frage stehenden Gast selber treffen. Der Gesetzgeber hat hier eine gewisse Verteilung der vorhandenen Risiken vorgenommen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um „innere“ oder „äussere“ Unfälle handelt⁵⁵⁾.

Übrigens ist zu bemerken, dass eine grosse Anzahl gewöhnlicher Zufälle ebensogut äusserer Herkunft sind wie Fälle von höherer Gewalt.

Im OR vom 14. Juni 1881 war höhere Gewalt im eigentlichen Sinne, wie gesagt, auch bei der Konventionalstrafe (in Art. 181, vgl. revid. OR Art. 163 Abs. 2) enthalten. Dabei betrachtete man in der Doktrin⁵⁶⁾ den Begriff der höheren Gewalt, wie ihn der schweizerische Gesetzgeber bei der Konventionalstrafe kannte, wohl als demjenigen des Pachtvertrages (des früheren OR) iden-

⁵⁵⁾ So besteht im Schweiz. Recht für alle einfachen Diebstähle, welche innerhalb des Betriebes vorkommen, gegenüber dem Gaste, keine absolute Haftung zu Lasten des Gast- oder Stallwirtes; der Gastwirt wird gegenüber dem Gaste z. B. dann befreit, wenn der Diebstahl nur durch einen Besucher oder Dienstleute des Gastes begangen werden konnte. (Vgl. bezüglich des Diebstahls einerseits Oser S. 849 und anderseits denselben Autor S. 848). Ebensowenig besteht im Schweiz. Recht eine absolute Haftung des Gast- oder Stallwirtes für alle Schäden, die von Feuersbrünsten herrühren, welche ihren Ursprung innerhalb des Betriebes haben. Es kann auch der Fall eintreten, dass der Gast selbst eine Gefahr geschaffen hat und somit die ratio legis, welche zur strengen Haftung des Gastwirtes führen müsste, fehlt. Die Haftbarkeit des Gast- oder Stallwirtes für die Betriebsgefahren entfällt dann in dem Masse, in welchem der Schaden auf einen vom Gaste oder Einbringenden geschaffenen gefährlichen Zustand zurückzuführen ist, und dies ohne Rücksicht darauf, ob das schädigende Ereignis „innerer“ oder „äusserer“ Herkunft ist. (Siehe z. B. EBG Bd. 36 II S. 55 f., besonders Erw. 5, und S. 61, i. S. Coltelletti/Hafen.)

⁵⁶⁾ Hafner, der von einem Artikel auf den anderen verweist. Siehe 2. Aufl. zu Art. 181 N. 4; zu Art. 318 N. 8; zu Art. 457 N. 5; zu Art. 486 N. 7; Schneider und Fick zu Art. 318 alt OR.

tisch, also als einen einheitlichen, gleichen für alle Fälle. Nun wäre es aber speziell in dieser Materie der Konventionalstrafe unerfindlich, wie die höhere Gewalt vom gewöhnlichen Zufall durch das Merkmal der „äussern“ Herkunft unterschieden werden könnte. Wann ist ein Zufall, wodurch die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden ist, als ein „äusserer“ zu qualifizieren, und wann nicht? Ist allenfalls auf die Person des Schuldners abzustellen oder auf die von ihm zu bewirkende Leistung? Im übrigen findet sich das Merkmal der Äusserlichkeit auch in dem in der Person des Gläubigers eingetretenen gewöhnlichen Zufall, welcher Zufall den Schuldner nach Art. 181 alt OR doch befreit hat.

Aber auch in der Deliktshaftung wäre es ausserordentlich schwierig, die Grenze zu ziehen, welche den „äussern“ vom „innern“ Zufall scheidet. Wo es sich um Betriebe handelt wie in der Fabrikhaftpflichtgesetzgebung, ist die Idee diskutabel und bietet dem Richter (in beweisrechtlicher Hinsicht!) gewisse Handhaben bei der Ausscheidung des Zufalls von der höheren Gewalt (hierüber unten). Allein, das Kriterium versagt wiederum total in seiner Anwendung auf das Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr⁵⁷⁾⁵⁸⁾. Zwar sind Defekte des Automobils selber, das Versagen der Bremsen etc., welche Unfälle herbeiführen, niemals als höhere Gewalt zu werten. Hier handelt es sich allerdings um „innere“ Unfälle. Wenn aber einige Steine oder ein unbedeutender Erdbeben von einem überliegenden Bord oder vom Berghang auf die Strasse herunterfallen und einen Unfall verursachen, so liegt gewiss in der Regel auch keine höhere Gewalt vor; denn derartige Dinge pflegen in

⁵⁷⁾ So nimmt Stadler, N. 6 zu Art. 37 MFG mit Recht die „äussere“ Herkunft der höheren Gewalt nicht als Charakteristikum an.

⁵⁸⁾ In Art. 37 MFG ist die Haftung bis zur höheren Gewalt nicht nur bei Tötung oder Verletzung von Menschen vorgesehen, sondern auf Sachschäden ausgedehnt.

Berggegenden immer wieder vorzukommen. (In concreto betrachtet, sind solche Ereignisse regelmässig auch nicht voraussehbar.) Und doch wird niemand behaupten, es liege nun höhere Gewalt vor, trotzdem es sich in diesen letzten Beispielen um „äussere“ Einwirkungen handelt. Hieraus ergibt sich wiederum klar, dass nicht die „äussere“ oder „innere“ Herkunft des schädigenden Ereignisses über das Vorliegen der höheren Gewalt entscheidet. Vielmehr kommt es auf die objektive Überwindlichkeit oder Unwiderstehlichkeit an. Einwirkungen von Alkohol auf den Führer sodann sind doch auch „äusserer“ Herkunft, und trotzdem wäre höhere Gewalt regelmässig auch dann nicht anzunehmen, wenn ein betrunkenener Führer unverschuldet an einem Unfall beteiligt ist. Auch die Folgen der Witterung können regelmässig nicht als höhere Gewalt gelten, so Nässe der Strasse (Glitschigkeit), Eisbildung etc., obschon sie „äusserer Herkunft“ sind.

Also auch in der Materie der Deliktshaftung kann auf der „Äusserlichkeit“ nicht abgestellt werden.

Wenn nun auch in der „äusseren Herkunft“ eines Schadensereignisses m. E. kein Unterscheidungsmerkmal der höheren Gewalt vom gewöhnlichen Zufall erblickt werden kann, so ist anderseits immerhin zuzugeben, dass höhere Gewalt sehr oft ein „äusseres“ Ereignis im Sinne der Theorie von Exner und ihrer Spielarten ist. So wird in der ausserdeliktischen Haftung der Gastwirt regelmässig haftbar sein, wenn im Hotel Wasserleitungen oder Gasröhren platzen oder Kurzschluss entsteht und dadurch Schaden an den eingebrachten Effekten verursacht wird; anderseits ist die Haftbarkeit in der Regel zu verneinen, wenn eine Feuersbrunst durch Blitzschlag entsteht oder sonstwie von aussen her auf das Hotel übergreift⁵⁹⁾. Diese „äusseren“ Ereignisse wirken aber nicht deswegen haftbefreiend, weil sie ausserhalb des Betriebskreises entsprungen sind und von aussen auf ihn herein wirken.

⁵⁹⁾ Oser, S. 849.

Ebensowenig kann der Rechtsgrund der haftbefreienden Wirkung darin gefunden werden, dass diese ausserhalb des Betriebskreises entsprungenen Ereignisse nicht zu den Betriebsgefahren zählen; denn die Überbürdung der Betriebsgefahr bildet keineswegs die einzige Grundlage der ausnahmsweise strengen Haftung des Gastwirtes. Vielmehr führen noch andere ebenso wichtige Erwägungen zu derselben, so z. B. das Fehlen einer wirksamen Kontrolle durch den Reisenden bezüglich der eingebrachten Sachen, die Unmöglichkeit wirksamer Überwachung (*custodia*), das wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich vorhandene Monopol (so ist die Wahl des Hotels durch den Gast oft durch sehr verschiedene Verumständungen eingeschränkt),⁶⁰⁾ das dem meist unbekannten Betriebsinhaber entgegengebrachte Vertrauen, und schliesslich nicht zuletzt das grosse öffentliche Interesse im Hinblick auf die unbestreitbare soziale Bedeutung der in Frage stehenden Betriebe.

In der Deliktshaftung gelangt man zu gleichen Resultaten:

Entgleist z. B. ein Eisenbahnzug und stürzen Teile davon auf die parallel neben der Eisenbahnlinie führende Strasse, wo sie plötzliche Zusammenstösse verschiedener Automobile verursachen, so ist es keineswegs die „äussere“ Herkunft der Schadensursache, welche den einen Automobilführer gegenüber dem andern von der Schadenersatzpflicht befreit, vielmehr kommt es nur auf die objektive Unwiderstehlichkeit der Einwirkungen des Zugsunglückes auf den nebenher laufenden Automobilverkehr an. Je nachdem, ob diese gegeben ist oder nicht, wird Befreiung von der Haftpflicht oder aber Verurteilung eintreten.

Was eine grosse Zahl von aussen auf einen Betrieb hereinwirkender Ereignisse zu haftbefreienden stempelt,

⁶⁰⁾ Beispielsweise durch die Lage des Hotels (Nähe), die Preise, das Fehlen jeglicher Auswahl, besonders in Zeiten grossen Verkehrs, mangelhafte Kenntnis der Ortsverhältnisse, etc.

ist die Tatsache, dass sie zufolge ihrer Äusserlichkeit objektiv unüberwindlich sind. Weil sie äusseren Ursprunges sind, entgehen sie der Macht und Einwirkung des Betriebsinhabers, er kann weder eine (wirksame) Überwachung ausüben, noch eine (genügende) Kontrolle über sie durchführen; diese von aussen kommenden Ereignisse treten oft ganz unvermutet auf, ohne dass der Betriebsinhaber wissen könnte, welcher Art sie sind, noch ob sie oft oder selten vorkommen werden. Das berechtigt aber noch nicht, die „Äusserlichkeit“ des Ereignisses zum Unterscheidungs- und Betriebsmerkmal der höheren Gewalt zu erheben. Nicht die Tatsache, dass ein Ereignis „äusserer“ Herkunft ist, verleiht ihm haftbefreiende Wirkung, diese ist vielmehr in der objektiven Unüberwindlichkeit des Ereignisses zu erblicken. Die Äusserlichkeit ist ein Moment, eine Ursache unter vielen, welche Ereignisse zu objektiv unüberwindlichen machen kann. Begrifflich gehört aber die „äussere“ Herkunft eines Ereignisses nicht zum Wesen der höheren Gewalt, m. a. W. diese oft zu konstatierende „Äusserlichkeit“ ist kein essentielle, sondern höchstens ein habituale der vis major. Richtig ist nur, dass die Unterscheidung der schädigenden Ereignisse in solche äusserer und innerer Herkunft, da wo es sich um grosse Betriebe handelt, gute Dienste leistet (es sind dies aber nicht die einzigen und ausschliesslich vom Gesetzgeber in Betracht gezogenen Fälle); allein, dabei handelt es sich bei der Unterscheidung äusserer und innerer Unfälle immer noch um blosser Erwägungen beweisrechtlicher Natur, nicht um ein Kriterium der höheren Gewalt. — Auch der Automobilist wird, wie wir gesehen haben, sich allerdings schwerlich durch Berufung auf dem Fahrzeug und seiner Benutzung innewohnende Gefahren befreien können; die „innere“ Herkunft der Schadensursache wird in der Regel die höhere Gewalt ausschliessen, allein, es ist dies durchaus nicht notwendigerweise der Fall.

b) In der schweizerischen Doktrin wird von manchen Autoren⁶¹⁾ und in Deutschland vom Reichsgericht die Seltenheit des Auftretens eines Ereignisses als Merkmal der höheren Gewalt betont. Zuweilen stellt man dieses Erfordernis geradezu als zum Begriffe der höheren Gewalt gehörig hin. Es würde sich dabei um ein negatives Erfordernis handeln; um als höhere Gewalt zu gelten, müsste ein Ereignis „nicht wegen seiner Häufigkeit (vom Betriebsunternehmer) in Rechnung zu ziehen und mit in den Kauf zu nehmen“ sein (v. Tuhr, S. 519). Auch dieses „Merkmal“ lässt sich m. E. auf das einzige begrifflich wesentliche Kriterium der höheren Gewalt zurückführen; denn die Tatsache der Seltenheit eines Ereignisses macht es zuweilen objektiv unüberwindlich. Niemand kann voraussehen, ob, wann und wie das seltene Ereignis eintreten wird. Deswegen können aber auch, objektiv gesprochen, keine Vorsichtsmassregeln im Hinblick auf derartige Ereignisse, welche vielleicht nie Wirklichkeit werden, getroffen werden. Zufolge seiner Seltenheit wird die Gewalt der Wirkungen eines Ereignisses oft stärker (höhere Gewalt), weil das Ereignis eben unvermutet und überraschend auftritt. Wenn aber die Gewalt (vis) von der Seltenheit eines Ereignisses herrühren kann, so darf deswegen nicht die Seltenheit als notwendiger Bestandteil des Begriffes der höheren Gewalt erklärt werden. Das hiesse die Wirkung mit der Ursache verwechseln (vgl. den Fall in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 101, 1921, S. 95)⁶²⁾. Anderseits sind doch viele

⁶¹⁾ Z. B. v. Tuhr, S. 519; vgl. Soldan, *La responsabilité des fabricants*, 2. Aufl. S. 48/49.

⁶²⁾ Ausserordentlich heftiger Schneesturm, wie er in jener Gegend von den Zeugen noch nie gesehen worden war; Zugsentgleisung wegen der Anhäufung von Schnee auf den Schienen, der zufolge der Kälte hart geworden war. Körperverletzungen, Beschädigung der Uhr und Brille der Klägerin. Das Reichsgericht hat die von der Eisenbahngesellschaft erhobene Einrede der höheren Gewalt geschützt. M. E. hatte nicht die Seltenheit

einfache Zufälle selten und gleichwohl leicht überwindlich; beispielsweise kann irgendein atmosphärisches Phänomen (Regen, Hagel etc.) in einer Gegend selten sein, ohne dass deswegen seine Wirkungen objektiv unüberwindlich wären.

Hieraus ergibt sich, dass auch die mangelnde Häufigkeit eines Ereignisses keinen Bestandteil des Begriffes der höheren Gewalt bildet.

c) Aus ähnlichen Erwägungen wäre es auch nicht angängig, die Plötzlichkeit⁶³⁾ eines Ereignisses zu einem integrierenden Bestandteil der Definition der höheren Gewalt zu machen. Ein grosser Teil der schädigenden Ereignisse tritt plötzlich auf, ohne dass sie schon deswegen höhere Gewalt wären; nur unter besonderen Umständen hat das plötzliche Auftreten zur Folge, dass ein Ereignis deswegen objektiv unüberwindlich wird und höhere Gewalt ist⁶⁴⁾.

d) Betrachtungen gleicher Art wie die vorausgehenden müssen hinsichtlich der von manchen erforderten Aussergewöhnlichkeit (Ausserordentlichkeit) der höheren Gewalt angestellt werden. Die Autoren und die Rechtsprechung erklären die höhere Gewalt oft als aus den ausserordentlichen Zufällen bestehend. Das deutsche Reichsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen als wesentliches Element des Begriffes der höheren Gewalt erklärt, es müsse sich um ein aussergewöhnliches Ereignis handeln⁶⁵⁾. In der Literatur des italienischen

des Ereignisses, sondern seine objektive Unüberwindlichkeit haftbefreiende Wirkung.

⁶³⁾ Vgl. Stadler, Komm. zu Art. 37 MFG, N. 6: „überraschendes“ Hereinbrechen. Leemann, zu ZGB Art. 679 IV N. 15.

⁶⁴⁾ So betrachtet die französische Rechtsprechung u. a. Streik dann als höhere Gewalt, wenn er plötzlich und überraschend ausbricht. Siehe Jossierand, S. 561 No. 592 ff. Vgl. meine oben zit. Arbeit N. 91.

⁶⁵⁾ Siehe z. B. Bd. 104 (1922) S. 153; Bd. 101 (1921) S. 95; Bd. 75 (1911) S. 390; Bd. 64 (1906) S. 404 f.

Rechts bemerkt Giorgi⁶⁶⁾, die Doktrin unterscheide die gewöhnlichen (ordentlichen) Zufälle von den aussergewöhnlichen (ausserordentlichen). Dieser Autor fügt bei, eine derartige Unterscheidung könne nicht von der Hand gewiesen werden, weil sie im Gesetze enthalten sei (vgl. Art. 1621 Cod.Civ.It.). Giorgi bemerkt noch, das Kriterium könne kein absolutes und abstraktes sein. In der Schweiz heben v. Tuhr⁶⁷⁾ und Soldan⁶⁸⁾ bei der Unterscheidung des Zufalls von der höheren Gewalt die Aussergewöhnlichkeit der höheren Gewalt hervor.

Es muss demgegenüber gesagt werden, dass das Kriterium der „Aussergewöhnlichkeit“ eines Ereignisses für den Begriff der höheren Gewalt nicht zutreffend erscheint. Wann ist ein Zufall ein aussergewöhnlicher? Das deutsche Reichsgericht hat die von ihm vertretene Aussergewöhnlichkeit nicht näher präzisiert. Wie hier dargelegt wurde, könnten weder die Seltenheit noch die Plötzlichkeit eines Ereignisses dazu dienen, die Grenze zwischen der höheren Gewalt und dem einfachen Zufall zu ziehen. Giorgi, welcher die Unterscheidung des gewöhnlichen vom aussergewöhnlichen Zufall nur zulässt, weil sie im Gesetz gemacht wird, bemerkt ganz richtig, gewisse Zufälle können an manchen Orten aussergewöhnlich, an anderen hingegen gewöhnlich sein. Zwar enthält auch das schweizerische Gesetz den Unterschied zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Zufällen, indem im OR in Art. 287 dem Pächter das Recht eingeräumt wird, einen verhältnismässigen Nachlass vom Pachtzinse zu fordern, „wenn der gewöhnliche Ertrag infolge von ausserordentlichen Unglücksfällen oder Naturereignissen einen beträchtlichen Abbruch erlitten hat“⁶⁹⁾. Allein,

⁶⁶⁾ Giorgi, Giorgio: *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze, Ausg. 1924, Bd. IV S. 17 f.

⁶⁷⁾ l. c. S. 65.

⁶⁸⁾ l. c. 2. Aufl. S. 47.

⁶⁹⁾ „Ausserordentliche Umstände“ sind auch beim Werkvertrag in Art. 373 Abs. 2 in anderer Hinsicht berücksichtigt.

hier handelt es sich um eine dem Falle der sogen. „mercedis remissio“ eigene Spezialbestimmung; denn Unglücksfälle oder Naturereignisse, welche bezüglich der Pacht, als gewöhnliche gewertet werden müssen, sind doch bei der Festsetzung des Pachtzinses von den Parteien regelmässig berücksichtigt⁷⁰⁾. Im übrigen führte das Bundesgericht betreffend die mercedis remissio mit Recht aus, „die Frage, ob ein Schadensereignis sich als ausserordentlicher Unglücksfall qualifiziere“, könne „nicht abstrakt, sondern nur mit Rücksicht auf die Verhältnisse einer bestimmten Gegend beantwortet werden“. (EBG 26 II S. 85, vom 12. Februar 1900, i. S. Lisibach c. Heini, siehe die Sammlung der Bundesgerichts-Entsch. von Dr. Eugen Curti, Nr. 4367). Somit kann aber das Kriterium der „Ausserordentlichkeit“ jedenfalls keinen absoluten Wert beanspruchen.

Insbesondere aber handelt es sich bei der „Aussergewöhnlichkeit“ nicht um ein rechtliches Mass und juristisches Kriterium; denn das Aussergewöhnliche ist immer atypisch. Es könnte also nicht auf die Aussergewöhnlichkeit als Massstab abgestellt werden, sondern es müssten andere Kriterien herbeigezogen werden, um zu bestimmen, wann ein Ereignis entweder a priori aussergewöhnlich ist, oder wann ein sonst gewöhnliches Ereignis zu einem ausserordentlichen wird. Billigerweise kann aber der in Anspruch Genommene nur dann zu Schadenersatz verpflichtet werden, wenn ein Ereignis objektiv unüberwindlich ist⁷¹⁾. Eine weitergehende Haftung

⁷⁰⁾ Baron, l. c. S. 290.

⁷¹⁾ In allen Fällen, in denen das Reichsgericht die Einrede der höheren Gewalt gutgeheissen hat, handelt es sich um „ausserordentliche“ Ereignisse, deren Wirkungen mit äusserster Gewalt auftraten. Vgl. Bd. 110 (1925) S. 212; Bd. 109 (1925) S. 173; Bd. 104 (1922) S. 150 ff.; Bd. 101 (1921) S. 95; Bd. 64 (1906) S. 404. Es erscheint mir somit, dass es sich bei dem vom Reichsgericht geforderten Kriterium der Ausserordentlichkeit in Wirklichkeit um das von Exner aufgestellte Erfordernis handelt, wonach die höhere Gewalt vermöge der „Art und Wucht des

wäre übertrieben; es handelt sich nicht darum, eine Versicherung zu bewirken, sondern es soll nur eine Grenze der Haftung gefunden werden, welche objektive Garantien bietet.

Zugegeben sei, dass die als höhere Gewalt zu qualifizierenden Ereignisse in der Sprache des täglichen Lebens regelmässig „ausserordentliche“ Zufälle sind. Die „Ausserordentlichkeit“ eines Zufalles macht ihn oft objektiv unüberwindlich, d. h. zur höheren Gewalt. Seine Wirkungen werden durch die Ausserordentlichkeit oft gesteigert. Es bleibt aber immer diese „höhere“ Gewalt der Wirkungen des Ereignisses, (die „vis“ der Römer⁷²⁾, die von Exner geforderte Wucht des Auftretens), welche es zu einem haftbefreienden macht. Nicht die „Ausserordentlichkeit“, sondern die objektive Unüberwindlichkeit bildet die Grundlage der Befreiung von der Haftung. Die Unüberwindlichkeit kann ja auf sehr verschiedenen Umständen beruhen, z. B. auch auf der Seltenheit oder der Plötzlichkeit des Ereignisses etc.; diese sind genau wie die Ausserordentlichkeit nur eine Ursache objektiver Unüberwindlichkeit, bilden aber niemals die Rechtsgrundlage der Befreiung von der Haftung. Auch die Ausserordentlichkeit ist also lediglich ein habituale, kein essentielle der höheren Gewalt⁷³⁾. Man muss sich nicht verleiten lassen, aus einem habituale ein essentielle zu machen, wie in Doktrin⁷⁴⁾ und Praxis⁷⁵⁾ häufig geschieht.

Übrigens gibt es sehr viele gewöhnliche Zufälle, welche ausserordentlich sind, aber deswegen noch nicht als höhere Gewalt gelten können. Wenn z. B. zufolge

Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt“. (Siehe Exner's bekannte Abhandlung, in fine, Schlussfolgerung 2.)

⁷²⁾ Casus cui resisti non potest.

⁷³⁾ Baron, l. c.

⁷⁴⁾ Vgl. ausser den genannten Autoren auch Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. 1897, § 39 Ziff. 3 S. 109; Adamkiewicz, l. c. S. 623.

⁷⁵⁾ Vgl. noch EBG 47 II S. 101 und S. 461.

der Einwirkung der warmen Witterung und der Sonne das Email einer bei der Übergabe des Pachtobjektes als Inventarstück abgeschätzten Waage springt, so ist ein solcher Schaden wohl als aussergewöhnlicher zu betrachten; trotzdem haftet aber der Pächter nach Art. 299 OR, indem es sich um den Eintritt eines Gebrauchsrisikos handelt, das er zu tragen hat; es liegt kein Verschulden vor, aber auch trotz der Ausserordentlichkeit des Zufalles keine höhere Gewalt, sondern einfacher Zufall⁷⁶⁾. Es wäre möglich, durch ein vollkommeneres Verfahren bei der Emaillierung derartige Wirkungen auszuschalten, weswegen der beschriebene Unfall als objektiv überwindlich, d. h. als gewöhnlicher Zufall zu gelten hat. In der Regel werden alle Risiken des normalen Gebrauches nicht als höhere Gewalt zu bewerten sein, so z. B. bei der Haftung des Automobilisten Defekte jeder Art, welche Unfälle verursachen und bei der normalen Verwendung der Fahrzeuge auftreten, wie Bruch der Steuerung, Reißen der Kuppelung, Platzen eines Pneus, seien diese Defekte, technisch gesprochen, durch noch so ausserordentliche Momente herbeigeführt.

Andererseits haben gewisse schädigende Ereignisse zuweilen als höhere Gewalt zu gelten, trotzdem ihnen die Ausserordentlichkeit abgeht. So konnte während des Weltkrieges mit Grund sicherlich nicht behauptet werden, das Bombardement einer auch im Inneren des Landes gelegenen Stadt oder anderen Ortschaft durch Flugzeuge sei ein aussergewöhnliches Ereignis. Trotzdem wird man in vielen derartigen Fällen billigerweise die Einrede der höheren Gewalt im engeren Sinne nicht zurückweisen können. Man sieht auch an diesen Beispielen, dass nicht die Ausserordentlichkeit über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der höheren Gewalt entscheidet; vielmehr

⁷⁶⁾ Die schädigenden Wirkungen — Hitze und Sonne — sind sogar „äusserer“ Herkunft; und trotzdem liegt höhere Gewalt nicht vor.

kommt es nur darauf an, ob ein Ereignis als objektiv unüberwindlich zu gelten hat, oder nicht.

e) Das Kriterium der objektiven Unüberwindlichkeit hat zur Folge, dass der in Anspruch Genommene immer dann haftbar ist, wenn es möglich gewesen wäre, den Schaden durch objektiv gebotene Massregeln, insbesondere durch einen vollkommeneren Betrieb, abzuwenden. Es handelt sich aber nicht darum, zu untersuchen, ob das um Ersatz angesprochene Rechtssubjekt eine ihm etwa auferlegte „äusserste Sorgfaltspflicht“ verletzt hätte (die Frage der Verletzung von Sorgfaltspflichten ist bei der Bestimmung der höheren Gewalt irrelevant); vielmehr wird die Haftbarkeit immer dann ohne weiteres zu bejahen sein, wenn die schädigenden Wirkungen durch eine Summe objektiver Massregeln hätten abgewendet oder überwunden werden können.

Der in Anspruch Genommene ist aber ohne spezielle Gesetzesbestimmung nicht dazu verpflichtet, besondere „tunlichst das Publikum sichernde Einrichtungen“ und Veranstaltungen zu treffen, wie Dernburg hinsichtlich des Gastwirtes und des Frachtführers vertrat⁷⁷⁾. Entscheidend ist nur, dass der Schaden durch objektive Vorkehren hätte abgewendet werden können; nicht, ob Sorgfaltspflichten verletzt worden sind, oder nicht. Bisweilen macht der Gesetzgeber allerdings gewisse Veranstaltungen zur Pflicht, so in der Fabrikhaftpflichtgesetzgebung, und neuestens im MFG, z. B. bezüglich Beleuchtung, Bereifung, Höchstbreite der Fahrzeuge etc. Unterbleiben derartige vorgeschriebene Veranstaltungen, so haftet der Schädiger, auch wenn ihn im konkreten Falle kein Verschulden trifft, sofern nur der Schaden hätte abgewendet werden können,

⁷⁷⁾ Grünhut's Zeitschrift, Bd. 11 S. 335 ff.; Pandekten, 5. Aufl. S. 107 ff.; Bürgerliches Recht, 1899, 2. Schuldverhältnisse, I § 69 S. 141 ff.

d. h. der Unfall objektiv überwindlich war⁷⁸⁾. Die Haftbarkeit wird aber auch dann zu bejahen sein, wenn die allfälligen im Gesetz vorgeschriebenen Einrichtungen vorhanden und die vorgeschriebenen technischen Vorkehren getroffen waren, der Schaden aber trotzdem durch weitergehende Veranstaltungen (als sie das Gesetz verlangt) hätte abgewendet werden können. Der Haftbarkeit des Automobilisten wird also keineswegs mit der Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften (immer vorausgesetzt, es treffe ihn in keiner Weise ein eigenes Verschulden oder eine Haftpflicht für Dritte) eine absolute Schranke gesetzt. Die Haftung bis zur höheren Gewalt wird überhaupt immer dann zu bejahen sein, wenn das schädigende Ereignis unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Standes der Wissenschaft hätte vermieden oder in seinen Wirkungen überwunden werden können⁷⁹⁾. Andererseits hat ein Ereignis als objektiv unwiderstehlich zu gelten, sobald der Stand der Wissenschaft nicht erlaubt, seine schädigenden Wirkungen zu überwinden.

f) Die Wirkungen der als höhere Gewalt geltenden Ereignisse müssen absolut sein. Das ist nicht abstrakt zu verstehen, sondern in konkretem Sinne, d. h. es ist immer den objektiven Verumständungen, unter welchen das Ereignis auftritt, Rechnung zu tragen. In diesem Sinne muss es absolut unmöglich gewesen sein, den Wirkungen der höheren Gewalt vorzubeugen.

g) Der Begriff der höheren Gewalt ist kein absoluter, in dem Sinne, dass bestimmte Ereignisse zum vorneherein immer höhere Gewalt sind, andere jedoch nie als solche zu gelten hätten. Ein solches Prinzip wäre viel zu starr. Exner hat beispielsweise erklärt, Blitzschlag

⁷⁸⁾ Vgl. BG betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, Art. 33.

⁷⁹⁾ EBG 37 II S. 99 ff. vom 8. Februar 1911, hoirs Morel c/a. Soc. des usines hydro-électriques de Montbovon und 39 II S. 104 ff., 2. Abt., 6. März 1913, Oberson c/a. Soc. des usines hydro-électriques de Montbovon.

sei immer höhere Gewalt. Das wurde mit Recht auch vom Bundesgericht abgelehnt⁸⁰⁾. Allerdings werden Blitzschlag, Bombardements und ähnliche Ereignisse in der Regel als höhere Gewalt zu betrachten sein, aber durchaus nicht immer und notwendigerweise. Bei der Haftpflicht des Inhabers einer Schwach- oder Starkstromanlage⁸¹⁾ wird es schwer fallen, den Betriebsinhaber bei Blitzschlag wegen höherer Gewalt zu befreien; ebenso zufolge der Einwirkung gewisser anderer atmosphärischer Ereignisse wie Schneefall, Stürme, Hochwasser etc. Unter besonderen Bedingungen kann aber doch höhere Gewalt vorliegen. Hingegen wird es niemandem einfallen, dem Gastwirte die Befreiung⁸²⁾ von der Haftung durch Schutz der Einrede der höheren Gewalt zu versagen, wenn Blitz das Hotel einäschert. Auch der Pächter wird bei Verlust und Beschädigung von abgeschätzten Inventarstücken durch Hochwasser und andere Naturereignisse viel eher befreit werden als der Inhaber eines Elektrizitätswerkes, wenn zufolge solcher Ereignisse eine Person getötet oder verletzt wird.

Hieraus ergibt sich, dass den gleichen Ereignissen durchaus nicht immer dieselbe Bedeutung zukommt, sondern diese ist je nach den Umständen und dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis eine verschiedene. Das heisst aber noch nicht, dass der Begriff der höheren Gewalt selber in den verschiedenen Materien des schweizerischen Rechts ein verschiedener sei.

Hingegen handelt es sich um einen in gewissem Masse relativen Begriff. Nach dieser Richtung der Relativi-

⁸⁰⁾ Es ist vorgekommen, dass Elektrizitätswerke für die Folgen von Blitzschlag einstehen mussten, obschon sie allen behördlichen Vorschriften genügt hatten, weil es nach dem Stande der Wissenschaft noch ein Mittel gab, Einwirkungen eines derartigen Ereignisses vorzubeugen (siehe die in Note 79 zitierten bundesgerichtlichen Entscheide).

⁸¹⁾ Bund.Ges. betr. die Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, Art. 27 und 33.

⁸²⁾ So auch Oser, S. 849.

tät der höheren Gewalt tendieren auch die gegenwärtige deutsche Doktrin und Rechtsprechung, sowie die französischen Autoren, diese soweit sie den Begriff der höheren Gewalt im eigentlichen Sinne annehmen (siehe darüber meine oben zitierte Arbeit, N. 109, 142, Text bei N. 160 und 166, sowie nach den Noten 232 und 244, sowie N. 245).

Es wird letzten Endes auch auf diesem Gebiet Sache des Richters sein, der Vielgestaltigkeit des Lebens und den äusserst verschiedenartigen objektiven Verumständerungen, unter denen die höhere Gewalt auftritt, Rechnung zu tragen. Bei der Entscheidung von Fall zu Fall aber soll die Doktrin Richtlinien aufzeigen.

h) Höhere Gewalt ist ein enger Begriff. Das trifft so sehr zu, dass Soldan im Jahre 1903 zur Fabrikhaftpflichtgesetzgebung bemerkte⁸³⁾, er kenne keinen Fall, in welchem der Betriebsunternehmer wegen höherer Gewalt von der Haftung befreit worden wäre. In der schweizerischen Rechtsprechung findet sich bei der Konventionalstrafe des OR vom 14. Juni 1881 ein Fall der Befreiung wegen höherer Gewalt⁸⁴⁾. Einige weitere Beispiele sind in der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts vorzufinden⁸⁵⁾. Die französische Doktrin und Rechtsprechung verhalten sich im allgemeinen gegenüber der Unterscheidung der höheren Gewalt vom gewöhnlichen Zufall ablehnend⁸⁶⁾.

⁸³⁾ l. c. S. 49.

⁸⁴⁾ Journal des Tribunaux 1890, S. 420 ff.

⁸⁵⁾ Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes, Bd. 109 (1925) S. 173; Bd. 101 (1921) S. 95; Bd. 64 (1906) S. 404 f.; Deutsche juristische Wochenschrift 1922, 158, 1.

⁸⁶⁾ Planiol, Droit civil, Ausgabe 1923, no. 231 S. 84.