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: 122 (2003)

Heft: 2

Artikel: Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts:

Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung

Autor: Loser-Krogh, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896151

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: 30.11.2025

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

Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung

Peter Loser-Krogh*

Dr. iur., Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter für Privat- und Haftpflichtrecht an der Universität St. Gallen.

Inhaltsverzeichnis

I.	Eir	nleitung 13
II.	Ha	ftung aus Treu und Glauben
		Vorbemerkung: Treu und Glauben, reine Vermögensschäden
		und Vertrauenshaftung
	2.	Problematik der Umschreibung des Haftungsgrundes 13
	3.	Problematik der deliktischen Haftung 14
		3.1 Rechtswidrigkeit
		3.1.1 Heteronomie und Autonomie im Rechtswidrigkeits-
		verständnis – «Blankettbegriff» oder «Norm-
		generator»? 14
		3.1.2 Ergebnis
		3.2 Angemessenheit der Deliktshaftung? 15
		3.2.1 Einstandspflicht für Hilfspersonen
		3.2.2 Subjektivierung der Fahrlässigkeit
		3.2.3 Verjährung
		3.3 Haftung aus gesetzlichem Schuldverhältnis
	4.	Problematik der Vereinheitlichung mit dem Vertragsrecht 15
	5.	Regelungsvorschlag 10
ш	Vo	rursachung
111.		Vorbemerkung
	2.	Unsicherer Kausalzusammenhang
	4.	2.1 Haftung für bloss wahrscheinliche Verursachung? 10
		2.1.1 Beweiserleichterung
		2.1.1 Beweiserteichterung
		2.1.2 Wahr scheithichkeitshaftung
		2.3 Exkurs: Haftung für verlorene Chancen
	3.	
	<i>J</i> .	3.1 Der «rechtlich bedeutsame» Kausalzusammenhang 1
		3.1.1 Adäquanztheorie und Normzwecktheorie
		3.1.2 Regelungsvorschlag
		3.2 Vollständige und teilweise Begrenzung
		(Entlastung und Herabsetzung)
		3.2.1 Fehlender Bezug der Bestimmungen im Vorentwurf 1'
		3.2.2 Regelungsvorschlag
	4.	Mehrheit von Haftungen
		4.1 «Haftungskollision»
		4.2 Haftungskonkurrenz (Haftung mehrerer Schädiger) 18
		4.2.1 Aussenverhältnis
		4.2.2 Innenverhältnis
		4.2.3 Gemeinsam verschuldete Schädigung
		4.2.4 Regelungsvorschlag
	5.	Verfahrensrechtliche Massnahmen
	10000000	5.1 Beweiswürdigung und Beweisverfahren
		5.1.1 Freie Beweiswürdigung

		5.1.2 Fakultativer Untersuchungsgrundsatz	187		
		5.1.3 Vorschuss für Beweiskosten	188		
		5.2 Unbezifferte Forderungsklage und Kostenverteilung	188		
		5.2.1 Unbezifferte Forderungsklage	188		
			189		
		5.3 Vorläufige Zahlungen und Feststellungsklage	190		
		5.4 Sammelklage (class action)	192		
			195		
IV.	Ve	rjährung	197		
	1.	Vereinheitlichung und Gesamtreform der schuldrechtlichen			
		Verjährung	197		
	2.	Neuregelung der ordentlichen Verjährung nach dem Konzept			
		der doppelten Fristen	200		
	3.	Ausnahmen von der ordentlichen Verjährung	201		
		3.1 Verjährungbeginn bei Schadenersatzansprüchen	201		
		3.1.1 Problematik im geltenden Recht	201		
		3.1.2 Ergebnis	202		
		3.2 Längere Verjährungsfrist	204		
		3.2.1 Verlängerung der Höchstdauer bei Schadenersatz-			
		ansprüchen	204		
		3.2.2 Verlängerung nach Anerkennung durch Urteil	205		
		3.3 Verjährung mit rein «objektiver» Anknüpfung	205		
			205		
	3	3.3.2 Weitere Ausnahmen?	207		
		3.4 Sonderregelung für die Verjährung von Regressansprüchen?	207		
	4.	Hinderung und Stillstand sowie Unterbrechung der			
		The state of the s	210		
		0	210		
		0	212		
	5.		214		
		0	214		
	712		216		
	6.	Thesen	217		
V.	Scl	hluss	219		
Literaturverzeichnis					
Anhang: Grundregeln (Principles) eines Europäischen					
Verjährungsrechts					

I. Einleitung

Der Anstoss für die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts erfolgte 1967 durch den Schweizerischen Juristenverein,¹ welcher mit den beiden Referaten von François Gilliard² und Emil Stark³ sowie der am Juristentag verabschiedeten Resolution einen erheblichen Bedarf für die Vereinheitlichung des in mehreren Gesetzen aufgesplitterten Haftpflichtrechts feststellte.⁴ Das Revisionsprojekt schlummerte lange Zeit in der Bundesverwaltung vor sich hin,⁵ bis das Haftpflichtrecht Mitte der 80er Jahre durch die Umweltschäden an politischer Aktualität gewann. Nachdem eine Studienkommission im Jahr 1991 Thesen vorgelegt6 und zwei Experten (Pierre Widmer und Pierre Wessner)7 einen Gesetzesentwurf samt ausführlichem Begleitbericht ausgearbeitet hatten,8 der im Jahr 2000 ohne bundesrätliche Stellungnahme in die Vernehmlassung gegeben wurde, ist es um den Gesetzgeber wieder relativ ruhig geworden. Gespannt wartet man seither auf den Bericht des Bundesrates zum Ergebnis der Vernehmlassung9 sowie zum weiteren Schicksal der Revision.

¹ Kritisch zur Zersplitterung des Haftpflichtrechts aber bereits KARL Offinger in den früheren Auflagen seiner Handbücher (vgl. Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1958, S. 6 f.).

² GILLIARD, S. 193 ff.

³ STARK, Vereinheitlichung, S. 1 ff.

⁴ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 7 f.

⁵ Zu den Gründen s. Bericht Vorentwurf, S. 8.

⁶ Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements), August 1991.

Die Verfasser des Vorentwurfs haben ihre wissenschaftlichen Überlegungen in mehreren Beiträgen veröffentlicht: S. insbesondere Wessner Pierre, Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile, SVZ 1997, S. 16 ff.; Wessner, Prescription, S. 144 ff.; Wessner, Confiance, S. 129 ff.; Widmer Pierre, Reformüberlegungen zum Haftpflichtrecht, in: Symposium Stark – Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 49 ff.; P. Widmer, Variationen, S. 198 ff.; Widmer Pierre, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projekts, ZBJV 1994, S. 385 ff.; Widmer Pierre, Bonne foi et abus de droit, in: Pierre Widmer/Bertil Cottier (Hrsg.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, S. 343 ff.; Widmer Pierre, Plädoyer für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, SVZ 1997, S. 3 ff.; P. Widmer, Haftung, S. 7 ff.; Widmer Pierre, Servir et disparaître – pour renaître, Das Schicksal der Haftungsbestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes in der Gesamtreform des schweizerischen Schadenersatzrechts, in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, Basel/Genf/München 2000, S. 561 ff.; P. Widmer, Traktat, S. 661 ff.

⁸ Der Vorentwurf, der rund 400 Seiten starke erläuternde Bericht sowie ein Kurzkommentar können beim Bundesamt für Justiz bezogen werden und sind auch im Internet einsehbar unter www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/intro-d.htm.

Die Vernehmlassungen konnten aufgrund der vom Bundesamt für Justiz freundlicherweise gewährten Akteneinsicht im Referat berücksichtigt werden. Einzelne Stellungnahmen sind (ganz oder teilweise) veröffentlicht: S. insbesondere FDP Schweiz (www.fdp.ch/mandant/ files/doc/45/Haftpflichtrecht.pdf); SP Schweiz (www.sp-ps.ch/data/vernehml/01-399_Haft

Mit den Referaten zum Juristentag 2003 soll der Expertenentwurf, welcher in wichtigen Bereichen über das Vereinheitlichungsziel hinausgeht und eine materielle Veränderung des Haftpflichtrechts, insbesondere eine Verbesserung der Stellung des Geschädigten vorsieht, einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Dabei steht angesichts der rechtspolitischen Aufgabe nicht eine umfassende wissenschaftliche Durchdringung der angeschnittenen Themenbereiche im Vordergrund; geradeso wichtig ist es, konstruktive Vorschläge für das weitere Vorgehen bei der Revision auszuarbeiten. – Die privatrechtlichen Aspekte der Haftpflichtrevision wurden auf die zwei französischsprachigen Referate von Christine Chappuis und Franz Werro sowie den vorliegenden Beitrag aufgeteilt. Dieser konzentriert sich daher auf die Fragen, welche sich im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Haftung für Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (hinten II), mit Problemen der Kausalität und der Bedeutung mehrerer Ursachen auf die Haftung (hinten III) sowie der Verjährung (hinten IV) stellen.

Der Schweizerische Juristenverein hat sich bereits 1903 mit der Reform des Haftpflichtrechts befasst. Damals ging es um die Überführung des Obligationenrechts von 1881 in eine umfassende schweizerische Privatrechtskodifikation, welche auch das Zivilgesetzbuch einbezieht. Die einleitenden Ausführungen im Referat von Carl Christian Burckhardt haben ihre Überzeugungskraft nicht verloren und können auch heute als Leitlinie dienen:11 «Wo Dutzende von Ordnungen durch eine einzige zu ersetzen sind, geht es nicht ab ohne vielfachen Bruch mit der Vergangenheit und schwere neue Gewöhnung. Ist aber geltendes einheitliches Recht zu revidieren, so mahnen [die Interessen der Rechtskontinuität, der Rechtssicherheit und der Rechtseindrücklichkeit] zu schonendem Vorgehen und, wo nicht zwingende Gründe Aenderungen erheischen, zum Beibehalten des Bestehenden. [...] Darum werden hier keine kühnen Umwälzungen des Schadenersatzrechts verlangt werden, sondern unter tunlicher Wahrung des Besitzstandes blosse Einzelverbesserungen und Weiterbildungen. [...] Zudem lässt sich im raschen Flusse der Entwicklung zwar diese und jene Strömung erkennen, fördern und benützen, die schliessliche Richtung, wo all das hinaus will, aber nicht vorhersehen und meistern. Wenn irgendwo müssen wir uns hier bescheiden, für unsere Zeit und nicht für alle Zeiten zu sorgen.»

pflichtrecht.pdf); Verband der Schweizer Unternehmen (www.economiesuisse.ch/d/webex-plorer.cfm?id=280&tlid=1); Schweizerischer Versicherungsverband (HAVE 2002, S. 226 ff.; sowie www.svv.ch/de/frameset.cfm?vRubNav=104&vHauptRub=104); Schweizerische Gesellschaft für chemische Industrie (www.sgci.ch/plugin/template/sgci/164/3311/-/Revison_Haftpflichtrecht.pdf); Schweizerischer Anwaltsverband (HAVE 2002, S. 222 ff.).

Zur Revision des schweizerischen Haftpflichtrechts ist eine Fülle von Beiträgen erschienen. Vgl. die Zusammenstellung von Stephan Weber in HAVE 2002, S. 221 f. Fn. 3.

¹¹ Burckhardt, S. 469 f.

II. Haftung aus Treu und Glauben

Die folgenden Ausführungen betreffen:

- Art. 42 VE-OR (Haftung zwischen Vertragspartnern)
- Art. 46 VE-OR (Widerrechtlichkeit)
- Art. 48 a VE-OR (Fahrlässigkeit)
- Art. 49 und 49 a VE-OR (Haftung für Hilfspersonen)

1. Vorbemerkung: Treu und Glauben, reine Vermögensschäden und Vertrauenshaftung

«Die Anerkennung von Treu und Glauben als allgemeine Norm wird es inskünftig ermöglichen, eine Schädigung als rechtswidrig zu betrachten, die weder eine Verletzung eines absoluten Rechts noch die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift mit spezifischem Gebots- oder Verbotsgehalt darstellt.» Mit diesen Worten umschreibt der Erläuternde Bericht zum Vorentwurf das grosszügige Ziel, das mit dem Einbezug von Treu und Glauben in die Rechtswidrigkeitsdefinition von Art. 46 VE-OR angestrebt wird. 12 Dadurch werde – so der Bericht weiter – der Anwendungsbereich der Verschuldenshaftung ausgedehnt, wie dies «im selben Geist, aber in einschränkender Weise» bereits der geltende Art. 41 Abs. 2 OR bewirkt. Daher könne man auf diese Bestimmung, deren Anwendungsfälle (ohne die Voraussetzung der Absicht) von der Haftung aus Treu und Glauben erfasst sein werden, verzichten.

Der Einbezug von Treu und Glauben¹³ hat offensichtlich zur Aufgabe, das Haftungsdefizit zu decken, das die vom Vorentwurf übernommene traditionelle Rechtswidrigkeitskonzeption¹⁴ im Bereich der reinen Vermögensschäden bewirkt.¹⁵ Geschaffen werden soll eine *Generalklausel*, welche dem

Bericht Vorentwurf, S. 102; eingehend dazu P. Widmer, Variationen, S. 198 ff.; Wessner, Confiance, S. 136 ff.

Die Relevanz des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen der Widerrechtlichkeit ist für das geltende Recht äusserst umstritten. Für Widerrechtlichkeit infolge Verletzung von Treu und Glauen (aber teilweise mit der Einschränkung auf rechtliche Sonderverbindungen) jüngst Delco, S. 198 ff.; sowie Chappuis, Bonne foi, S. 239; Petitpierre, S. 279; P. Widmer, Variationen, S. 200 f. («Recht auf Loyalität»); P. Widmer, Haftung, N. 2.48; Keller/Gabi, S. 40 ff.; M. Keller, S. 137; Oftinger, S. 130; Yung, S. 170. Ablehnend dagegen BerKomm/Merz, N 34, 84 zu Art. 2 ZGB; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2, § 16 N 111 ff., 115; Honsell, Haftpflichtrecht, § 2 N 7; Schwenzer, Obligationenrecht, N 50.22. Das Bundesgericht lehnt es ab, Art. 2 ZGB als «haftpflichtrechtliche Grundschutznorm» aufzufassen; nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen können aus dem Grundsatz von Treu und Glauben Verhaltenspflichten abgeleitet werden (BGE 124 III 297, 301).

¹⁴ Vgl. hinten II.3.1.1 bei Fn. 46.

¹⁵ Liegt nicht die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes oder einer Schutznorm vor, ist der Schaden grundsätzlich nicht zu ersetzen.

Richter ermöglicht, neue Rechtsregeln aufzustellen und ein Verhalten als verpönt und haftungsbegründend zu bezeichnen. ¹⁶ Dies führt zu einem Ergebnis, das materiell dem modernen Rechtswidrigkeitsverständnis ¹⁷ entspricht, aber formell im Rahmen der traditionellen Konzeption bleibt. Das vermag nicht zu überzeugen. Aus Sicht der modernen Theorien liegt ein Etikettenschwindel vor, wenn die Worthülse «Treu und Glauben» letztlich umschreiben soll, dass der Schädiger sich nicht so verhalten hat, wie man es von einem umsichtigen und vernünftigen Menschen unter den gegebenen Umständen erwarten darf. ¹⁸ Aus Sicht der traditionellen Konzeption ist die Unbestimmtheit des Haftungsgrundes zu beklagen. Die mit dem Absichtserfordernis in Art. 41 Abs. 2 OR verbundene Wertung, dass der Ersatz reiner Vermögensschäden Ausnahmecharakter hat, ¹⁹ geht verloren. Und der Begriff «Treu und Glauben» ist bei der ihm zugeordneten Funktion so offen, dass er beinahe jedes unerlaubte Verhalten erfassen könnte. ²⁰ Nicht ohne Grund betont der Bericht, dass ein «sozialer Kontakt, selbst ein zufälliger oder ein mittelbarer» genügt. ²¹

Nun gibt es aber Haftungsfälle,²² bei denen durchaus von einem Verstoss gegen Treu und Glauben gesprochen werden kann. Das sind die Konstellationen, welche mit der Rechtsfigur der *Vertrauenshaftung* erfasst wer-

Eine ähnlich weite, oder sogar noch darüber hinausgehende Funktion, welche in einer allgemeinen Legitimation zu richterlicher Fortbildung des Rechts mündet, wird der Generalklausel «Treu und Glauben» teilweise für das deutsche Recht (vgl. dazu kritisch Fikentscher, N 160 mit weit. Nachw.) und für ein gesamteuropäisches Privatrecht zugeschrieben. So stellt Martijn Hesselink (S. 304) fest: «The idea that the field of application of good faith should be limited follows from the conception of good faith as a standard for conduct which is higher than the one prevailing between strangers. If, however, concretization, supplementation, and correction of the law are regarded as the functions of good faith, there is no reason why good faith should operate only in a limited field of the law»; und folgert nicht ganz unerwartet (S. 309): «The main conclusion must be that if the role of the judge as a creator of rules is fully recognized, there is no need for a general good faith clause in a code or restatement of European private law».

¹⁷ Vgl. hinten II.3.1.1 bei Fn. 49.

¹⁸ Vgl. hinten II.3.1.1 bei Fn. 49.

¹⁹ Dazu hinten II.3.1.1 bei Fn. 78.

Vgl. das «drastische» Beispiel bei BerKomm/Merz, N 84 zu Art. 2 ZGB: «Wer sich bretrunken ans Steuer setzt, lässt es auch an der gebotenen Rücksichtnahme fehlen; Haftungsnorm für den angerichteten Schaden ist aber nicht ZGB 2, sondern OR 41 und die daraus abgeleitete Bestimmung des SVG».

²¹ Bericht Vorentwurf, S. 102.

Nicht von Interesse sind in diesem Zusammenhang die Verstösse gegen den lauteren Wettbewerb. Diese werden schon durch Art. 2 UWG als «widerrechtlich» bezeichnet. Im übrigen ist diesbezüglich anzumerken, dass z. B. das deutsche Recht anstelle von «Treu und Glauben» die Ausdrücke «sittenwidrig» oder «wettbewerbswidrig» verwendet, was der Sache zumeist angemessener sein dürfte (vgl. auch BerKomm/Merz, N 34 zu Art. 2 ZGB); allerdings gibt es auch im UWG Konstellationen, bei denen das Vertrauen des Partners einer rechtlichen Sonderverbindung missbraucht wird (z. B. Art. 3 lit. b bis d UWG).

den.²³ Diese hat in der Schweiz seit einigen Jahren einen – allerdings nicht unumstrittenen²⁴ – festen Platz im Schuldrecht eingenommen. Im folgenden

23 Zur Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht s. die Nachweise bei Hausheer/Jaun, N 77 (mit Fn. 134 und 135) zu Art. 2 ZGB; Schwenzer, Obligationenrecht, vor N 52.01; sowie LOSER, Konkretisierung, Fn. 1. Von den jüngst erschienenen Beiträgen und Monographien vgl. insbesondere Berger, Vertrauenshaftung; Berger, Rechtsscheinhaftung, S. 201 ff.; Bucher, Vertrauenshaftung, S. 73 ff.; R. v. Büren, S. 632 ff.; Chappuis, Tiers, S. 215 ff.; Chappuis, Bonne foi, S. 227 ff.; v. der Crone/Walter, S. 53 ff.; Wyss/v. der Crone, S. 112 ff.; Fehl-MANN; KRAMER, Einfluss, S. 379 f.; KREN KOSTKIEWICZ, S. 161 ff.; HAUSHEER/JAUN, N 62 ff., 76 ff. zu Art. 2 ZGB; HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, ZBJV 1999, 404 ff.; Hirsch, S. 539 ff.; Loser, Konkretisierung, S. 73 ff.; Loser-Krogh, S. 113 ff.; Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, S. 299 f.; Morin, Définition, S. 161 ff.; Morin, Confiance; Moser Martin/Berger Bernhard, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft - zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP 1999, S. 541 ff.; Nотн MICHAEL/GROB EVELYNE, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligationenrechtlichen Prospekthaftung - ein Überblick, AJP 2002, S. 1435 ff.; Roberto, Haftpflichtrecht, N 280 ff.; ROBERTO/WIDMER, S. 208 ff.; SCHMIDLIN, S. 415; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 52.01 ff.; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 79 ff.; C. Widmer, S. 101 ff.; Werro, Vertrauenshaftung, S. 12 ff., 20; Wiegand, Ad hoc-Publizität, S. 143 ff.; Wiegand, Formungültigkeit, S. 225 ff. Besonders hingewiesen sei auf den Tagungsband Chappuis/Winiger. Vgl. im übrigen die Kommentierungen zu und vor Art. 1 OR, vor Art. 97 OR und zu Art. 2 ZGB.

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BGE 128 III 324 (Haftung aus Rechtsschein im Wechselrecht); Entscheid vom 14.5.2002, 4C.12/2002 (Scheinvollmacht); Entscheid vom 26.9.2001, 4C.193/2000 (Haftung für Auskunft); Entscheid vom 11.7.2000, 4C.100/2000 (Vertragsähnliche Modalitäten und Gerichtsstand); Entscheid vom 28.1.2000, 4C.280/1999 (Schädigung des Nachbarn); Entscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, 387, SJ 2000 I, 533 (Formungültiger Grundstückkauf); Entscheid vom 23.6.1998, Pra 1998 Nr. 155, S. 827 (Aufklärungspflicht der Bank); Entscheid vom 15.6.1998, 5C.156/1996 (Fehlendes Bauhandwerkerpfandrecht); BGE 124 III 297 (Haftung im Konzern; Motor Columbus); BGE 121 III 330 (widersprüchliches Verhalten eines Sportverbandes); BGE 121 III 109 (widerrufene Anweisung); BGE 120 II 331 (Haftung im Konzern; Swissair); BGE 120 II 197 (Anscheinsvollmacht); BGE 114 II 250 (Bestätigungsschreiben).

Zum deutschen Recht grundlegend Canaris, Vertrauenshaftung; vgl. auch den zusammenfassenden Überblick bei Canaris, Bundesgerichtshof, S. 129 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Auch in anderen Rechtsordnungen ist die haftungsbegründende Funktion des Vertrauens nicht unbekannt. Vgl. Castronovo Carlo, L'obbligazione senza prestazione, Ai confini tra contratto e torto, in: Scritti in onore Luigi Mengoni, Bd. I, Milano 1995, S. 147 ff. (wiederabgedruckt in: La nuova responsabilità civile, 2. Aufl., Milano 1997, S. 177); Fabre-Magnan Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats, Paris (L. G. D. J.) 1992; Koziol Helmut, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, S. 209 ff.; Spence Michael, Protecting Reliance: The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel, Oxford (Hart Publishing) 1999; sowie den rechtsvergleichenden Überblick bei Loser-Krogh, S. 116 ff.

24 Kritisch insbesondere Honsell, Haftpflichtrecht, § 4 N 22 («Wer den blossen sozialen Kontakt zum Haftpflichttatbestand macht, öffnet eine Büchse der Pandora mit zahllosen Haftungsfällen»); Roberto, Haftpflichtrecht, N 280 ff.; Schwenzer, Obligationenrecht, N 52.01 ff.; Werro, Vertrauenshaftung, S. 14, 20; C. Widmer, S. 101 ff.; Roberto/Widmer, S. 208 ff.; Weitere Nachweise bei Hausheer/Jaun, N 77 (mit Fn. 135) zu Art. 2 ZGB.

soll untersucht werden, wie der Vorentwurf in bezug auf diese Haftung aus Vertrauen zu beurteilen ist. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Vorentwurf eine geeignete Umschreibung des Haftungsgrundes enthält (hinten II.2). Sodann stellt sich die Frage, wie die Vertrauenshaftung mit der Rechtswidrigkeitskonzeption zu vereinbaren ist und ob das Deliktsrecht überhaupt zu einer angemessenen Haftung führt (hinten II.3). Und schliesslich werden die Auswirkungen der geplanten Vereinheitlichung mit dem Vertragsrecht auf die Vertrauenshaftung untersucht (hinten II.4).

2. Problematik der Umschreibung des Haftungsgrundes

a) Die Vertrauenshaftung ist eine Haftung wegen Vertrauen. Das darf nicht missverstanden werden: Die Haftung setzt zwar immer die Schutzwürdigkeit von Vertrauen voraus. Aber nicht jeder Vertrauensbruch begründet eine Haftung. Für die Ermittlung des angemessenen rechtlichen Vertrauensschutzes bzw. Haftungsumfangs sollte ein funktionaler Ansatz verwendet werden. Es ist nicht so sehr danach zu fragen, ob in der konkreten Situation eine enge Vertrauensbeziehung entstanden ist, welche als schützenswert erscheint, sondern ob die Rechtsordnung Vertrauen zwischen den Betroffenen ermöglichen und fördern will. Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Betroffenen am geschäftlichen bzw. rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen²⁵ (was auch mit dem Erfordernis einer «rechtlichen Sonderverbindung» umschrieben wird). Denn bei vertrauensvollem Verhalten lassen sich aufwendige Informationsermittlungen (z. B. zur Überprüfung der Richtigkeit von Entscheidungsgrundlagen) oder Sicherheitsvorkehren (z. B. zum Schutz des Eigentums oder der Vertraulichkeit von Unterlagen) vermeiden, welche einen effizienten Geschäfts- und Rechtsverkehr behindern.

In dieser Hinsicht lässt sich ein gesteigerter ausservertraglicher Vertrauensschutz mit dem Gesetz vereinbaren und eine Haftungserweiterung über die vereinzelten gesetzlichen Haftungsregelungen (z. B. Art. 26 OR, Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 39 OR) hinaus rechtfertigen. Dabei ist es aber erforderlich, die den gesetzlichen Regelungen oder Rechtsinstituten zugrunde liegenden Wertungen mit zu berücksichtigen. Denn die Vertrauenshaftung muss sich in

Vgl. H. P. Walter, Umfeld, S. 294; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95 f., 98; Hirsch, S. 541; Weber Rolf, Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?, in: Festschrift für Hans Giger, Zürich 1989, S. 735; Moser, S. 165; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 982 f. mit weit. Nachw. Zum deutschen Recht Larenz Karl, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt», Monatsschrift für deutsches Recht, 1954, S. 518; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 442 ff.; Canaris, Schutzpflicht, S. 107 f.; Canaris, Expertenhaftung, S. 234; Fikentscher, N 160.

das bestehende System des Schuldrechts integrieren lassen und darf nicht zu Wertungsbrüchen führen – sie ist ein Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung und erweist sich genau besehen weder als neu noch als systemwidrig.²⁶ So ist etwa zu beachten, dass das schweizerische Recht bei der rechtsgeschäftlichen Kommunikationsordnung²⁷ nicht dem Vertrauensgrundsatz, sondern dem Willensprinzip mehr Gewicht beimisst.²⁸ Und es muss berücksichtigt werden, dass das Schuldrecht für die Absicherung der Erwartung von Leistungen der Gegenpartei grundsätzlich den Vertrag vorsieht; die Vertrauenshaftung darf dieses Rechtsinstitut daher nicht durch den Schutz von Vorstellungen über zukünftige Verhaltensweisen des Partners aushöhlen. Oder es ist dem Umstand Rechung zu tragen, dass eine ausgeprägte subjektive Vorwerfbarkeit (z. B. Absicht, Kenntnis von Umständen) verstärkten Vertrauensschutz des Partners legitimiert. Damit ist aber auch erkennbar, dass der Vertrauenshaftung relativ enge Grenzen gesetzt sind.²⁹ Diese müssen in den einzelnen Haftungsbereichen anhand des funktionalen Ansatzes und der gesetzlichen Wertungen ermittelt werden. Insbesondere ist es erforderlich, das offene Kriterium der «Sonderverbindung» inhaltlich näher zu bestimmen.30

- b) Angesichts dieser Haftungslegitimation drängt sich auf, die Vertrauenshaftungsfälle getrennt nach verschiedenen Interessenbereichen im Zusammenhang mit dem (rechts-) geschäftlichen Verkehr zu analysieren und zu konkretisieren.
- So zeigt sich, dass für den Schutz der Bindungsinteressen, d. h. den Schutz des Vertrauens in das Bestehen oder Zustandekommen einer rechtsgeschäftlichen Bindung das Gesetz selber schon deutliche Anhaltspunkte für

S. dazu Loser, Konkretisierung, S. 75 f.; Berger, Rechtsscheinhaftung, S. 205. Zu Recht hebt H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 82, den Zusammenhang zwischen «Vertrauenshaftung» und «Vertrauensbindung» hervor: «Bindung und Haftung sind insoweit nur die beiden Seiten der Vertrauensmedaille». Zum kulturellen und ökonomischen Aspekt der Haftung aus Vertrauen s. auch Fukuyama Francis, Trust – The Social Virtues and the creation of Prosperity, New York 1979; sowie Loser-Krogh, Schutzpflicht, S. 113 f.

²⁷ Vgl. dazu v. der Crone Hans Caspar, Rahmenverträge, Zürich 1993, S. 122 ff.

Im Gegensatz zum früheren österreichischen (§ 871 ABGB) und späteren italienischen Recht (Art. 1428 CCit) lassen die stark vom 19. Jahrhundert beeinflussten Rechtsordnungen der Schweiz (Art. 24 OR) und Deutschlands (§ 119 BGB) eine Anfechtung wegen Irrtümern beim Erklärungsvorgang zu und schützen das Vertrauen des Partners nur im «negativen» Umfang, wie wenn er nie vertraut hätte (vgl. Art. 26 OR). Darin lässt sich der «Zeitgeist» in der Frage des richtigen Vertrauensschutzes erkennen.

²⁹ Auch H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95, verweist auf den begrenzenden Charakter der Vertrauenshaftung.

Vgl. diesbezüglich auch die Umschreibung der Haftungsvoraussetzungen bei Hausheer/Jaun, N 82 f. zu Art. 2 ZGB; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 982 eff.; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 97 ff.; aus deutscher Sicht Canaris, Expertenhaftung, S. 232 ff.

- eine Haftung enthält, welche auch die Differenzierung der Rechtsfolgen³¹ (Vertrauensentsprechung als «positiver Vertrauensschutz» oder blosser Schadenersatz als «negativer Vertrauensschutz») bestimmen.³²
- Demgegenüber kann für den Schutz von Entscheidungsinteressen, d. h. den Schutz des Vertrauens in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Entscheidungsgrundlagen beim Abschluss eines Geschäfts vor allem auf den Gedanken einer notwendigen «Materialisierung» des Schuldrechts³³ zurückgegriffen werden. Dabei ist im Zusammenhang mit der Begründung von Aufklärungspflichten das Gewicht früher auf den angemessenen Ausgleich eines Wissensvorsprungs gelegt worden; heute hebt man basierend auf dem Grundsatz der Eigenverantwortung zu Recht die Zumutbarkeit der Selbstinformation («ignorance légitime») hervor.³⁴ Es lässt sich zudem eine Eigenhaftung von Drittpersonen begründen,³⁵ wenn diese über die Rolle eines Gehilfen hinausgehen und in parteiähnlicher Stellung (zumindest scheinbar) bewusst Einfluss auf rechtsgeschäftliche Dispositionen nehmen sowie das Projekt der Hauptparteien fördern³⁶ (vgl. jetzt § 311

Zur «Zweispurigkeit» der Vertrauenshaftung grundlegend Canaris, Vertrauenshaftung, S. 5 f.; sowie MünchKomm/Kramer, N 92 der Einleitung zum Schuldrecht. Für das schweizerischen Recht vgl. zuletzt Hausheer/Jaun, N 83 Fn. 152 mit weit. Nachw.; sowie Loser, Konkretisierung, S. 74 f., 80 f.; Loser-Krogh, S. 128 ff. Zur Gewährung von «positivem Vertrauensschutz» s. jetzt auch Berger, Rechtsscheinhaftung, S. 206 ff.; sowie Widmer Corinne, Umfang des Schadenersatzes bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Basel 2003 (im Erscheinen).

³² Ausführlich zum deutschen Recht Canaris, Vertrauenshaftung, S. 28 ff.

Dazu jüngst ZIMMERMANN REINHARD, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 10; sowie eingehend Canaris, Materialisierung, S. 273 ff.; vgl. auch Loser-Krogh Peter, Urteilsbesprechung BGE 127 III 147, AJP 2001, S. 1226 ff.

Dazu Lorenz Stephan, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 423 f.; vgl. schon Ghestin Jacques, L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français, in: Denis Tallon/Donald Harris (Hrsg.), Le contrat aujourd'hui: comparisons francoanglaises, Paris (L. G. D. J.) 1987, S. 180 ff.; sowie neuerdings Hartmann Stephan, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Fribourg 2001, N 73 ff.

Dazu H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 88 f.; Moser, passim; Loser, Konkretisierung, S. 87 ff., je mit weit. Nachw. Grundlegend Ballerstedt Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 1950/1951, S. 501 ff. Kritisch zur Ausdehnung der klassischen Tatbestände der culpa in contrahendo C. Widmer, S. 120 ff. Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Dritthaftung gemäss dem neuen § 311 Abs. 3 BGB vgl. Westermann Harm Peter, Vertragliche Dritthaftung im neuen Schuldrecht, in: Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, S. 137 ff.

Vgl. Canaris, Expertenhaftung, S. 235; Schmidlin, S. 420, 424. Unklar ist der Förderungszweck, wenn Dritte lediglich in Ausübung einer gesetzlichen Pflicht Informationen erteilen (z. B. Revisionsbericht) oder wenn ein Experte ohne Bezug zu einem bestimmten Projekt der Parteien Informationen verbreitet (z. B. Konsumententests). Auch führt nicht jede Werbung eines Dritten schon zur Vertrauenshaftung (zu weitgehend daher der Ansatz von Lehmann Michael, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981,

Abs. 3 BGB). Dadurch wird die Hauptpartei veranlasst, ihren Rechtskreis zu öffnen und Risiken (Entscheidungen ohne Gewissheit) in Kauf zu nehmen,³⁷ womit die erforderliche Sonderverbindung zustande kommt. Allerdings ist das Vertrauen in die Richtigkeit der Information des Dritten regelmässig nur schützenswert, wenn eine qualifizierte Wissenslage (z. B. Expertenwissen oder schwer zugängliches «Insiderwissen») besteht, welche den Verzicht auf die eigene Überprüfung rechtfertigt. Als «Dritte» fallen auch Konzerngesellschaften in Betracht, welche durch ihr Verhalten bzw. ihre Erklärungen³⁸ den Abschluss von Geschäften mit Tochtergesellschaften beeinflussen.

- Für einen reibungslosen und effizienten Geschäftsverkehr ist zudem erforderlich, dass man auch in die Wahrung der sonstigen Abwicklungsinteressen (z. B. Integrität der eigenen Rechtsgüter und der Geheimsphäre) durch den Partner oder allenfalls sogar durch Dritte (z. B. bei vereinheitlichtem Marktauftritt oder bei Werbung³⁹) vertrauen darf. Dabei ist das Vertrauen ebenso wie bei den Entscheidungsinteressen berechtigterweise auch auf das Verhalten der beigezogenen Gehilfen gerichtet, für das der Partner daher einstehen sollte.
- Nur unter ganz besonderen Umständen ist es dagegen gerechtfertigt, auf eine nicht vertraglich abgesicherte, und daher «freiwillige» Leistungserbringung zu vertrauen. Denn derartiger Vertrauensschutz steht grundsätzlich im Widerspruch zum Autonomiekonzept des Privatrechts. Ein Widerspruch darf dagegen ausgeschlossen werden, wenn die Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie gestört sind, wenn der betroffene Normzweck nur gering beeinträchtigt wird oder wenn bereits vorgängig beabsichtigt wird, das Vertrauen zu brechen. Insoweit vermag die Vertrauenshaftung auch eine Haftung trotz Formnichtigkeit eines Geschäfts zu begründen. 41

S. 1233 ff.; vgl. auch Fellmann Walter, Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?, medialex 1995, S. 94 ff.).

³⁷ Vgl. v. der Crone/Walter, S. 63.

V. DER CRONE/WALTER, S. 59 ff., unterscheiden dabei qualifizierte und einfache Konzernerklärungen, wobei im letzten Fall das Vertrauen auf eine materielle Organstellung der Konzernobergesellschaft begründet werde; kritisch dazu zuletzt R. v. Buren, S. 639 ff.

Der Vorentwurf eines Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr von Januar 2001 sieht demgegenüber eine Haftung des Verkäufers für Werbeaussagen des Herstellers vor (vgl. Art. 197 VE-OR). Gegen den werbenden Hersteller erwähnt der erläuternde Bericht nur die Klagemöglichkeit nach dem Produkthaftpflichtgesetz (Bericht elektronischer Geschäftsverkehr, S. 20).

Dazu und zu allfälligen Ausnahmen Canaris, Vertrauenshaftung, S. 352 ff., 396 ff.; Singer Reinhard, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, S. 255 ff.

S. CANARIS, Bundesgerichtshof, S. 169; FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979, § 15 III/4 (S. 281 f.); BerKomm/

- Aus der Funktion der Vertrauenshaftung kann sich schliesslich auch ein Schutz von Drittpersonen ergeben. Das Vertrauen ist zwar regelmässig auf den Schutz der eigenen Interessen gerichtet. Der Gläubiger kann aber auch daran interessiert sein, dass der Schuldner im Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen Kontakt die Interessen von Dritten wahrt weil zum Dritten ein besonderes Näheverhältnis besteht oder weil er aus sonstigen Gründen nicht will, dass der Dritte (z. B. als mittelbarer Leistungsempfänger) seinetwegen einen Nachteil erleidet. Aufgrund des fehlenden besonderen Näheverhältnisses in der letzten Kateorie ist das Gläubigerinteresse allerdings erheblich reduziert. Dementsprechend darf der Drittschutz für den Schuldner nicht zu einer Risikovermehrung führen (Begrenzung auf Fälle mit einer «Schadensverlagerung»); zudem dürfte es richtig sein, dem Dritten einen eigenen Schutzanspruch zu versagen (dem unechten Vertrag zugunsten Dritter vergleichbar).
- c) All diese Differenzierungen und besonderen Kriterien für die der Vertrauenshaftung zugrunde liegenden Schutz- und Loyalitätspflichten kommen in der allgemeinen und konturenlosen Klausel «Treu und Glauben» nicht zum Ausdruck. Diese birgt mit ihrer Offenheit, welche gemäss der Konzeption des Vorentwurfs sogar Art. 41 Abs. 2 OR ersetzen soll (vgl. vorne II.1), vielmehr die Gefahr einer Haftungsausuferung.⁴³ In der vorgeschlagenen Fassung ist eine Verankerung im Gesetz daher abzulehnen.⁴⁴ Gegebenenfalls müsste eine Formulierung gewählt werden, welche die zentralen Haftungskriterien (z. B. Sonderverbindung, Teilnahme am [rechts-] geschäftlichen Verkehr; Inanspruchnahme von Vertrauen; Öffnung des Rechtskreises für Einwirkungen) aufnimmt, wie es etwa seit dem 1. Januar 2002 der neue § 311 Abs. 2 und 3

Schmidlin, N 136, 200 f. Vgl. auch Koller Alfred, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, N 41, 98. Aus der Rechtsprechung vgl. den (allerdings sehr weit gehenden) Bundesgerichtsentscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, 387 («Monte Rosa»); kritisch dazu Bucher, Vertrauenshaftung, S. 65 ff.; Wiegand, Formungültigkeit, S. 227.

Vgl. dazu (allerdings im Ergebnis teilweise anders) auch Hausheer/Jaun, N 87 f. zu Art. 2 ZGB; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 89, mit Hinweisen auf die jüngste Rechtsprechung; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4042 ff.; BerKomm/Weber, N 87 f., 153 ff. zu Art. 112 OR; BerKomm/Kramer, N 144 f. der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR, alle mit weit. Nachw.

Insbesondere auf die (angebliche) Konturenlosigkeit und Unbestimmtheit der Vertrauenshaftung beziehen die Gegner dieser Rechtsfigur ihre Kritik (vgl. nur C. Widmer, S. 114 ff.).

Die Aufnahme des nicht weiter präzisierten Grundsatzes von Treu und Glauben in die Rechtswidrigkeitsdefinition von Art. 46 VE-OR wird in den Vernehmlassungen überwiegend abgelehnt. Vgl. auch die eingehende Kritik bei Portmann, Revision, S. 339 ff.; sowie H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95.

BGB vorsieht.⁴⁵ Oder aber es wird überhaupt auf eine Regelung im Gesetz verzichtet und die Anerkennung sowie Konkretisierung der Vertrauenshaftung der Lehre und Rechtsprechung überlassen.

3. Problematik der deliktischen Haftung

Beide Optionen – differenzierte Regelung und Verzicht auf Regelung – rufen weitere Fragen hervor. Generell muss geprüft werden, ob eine deliktische Haftung angemessen ist (hinten II.3.2). Und für die Variante Verzicht ist von Bedeutung, ob eine Haftung für Vertrauensbruch auch ohne gesetzliche Verankerung begründet werden könnte. Das führt zur Rechtswidrigkeitsproblematik (anschliessend II.3.1).

3.1 Rechtswidrigkeit

- 3.1.1 Heteronomie und Autonomie im Rechtswidrigkeitsverständnis «Blankettbegriff» oder «Normgenerator»?
- a) Nach der bisher vorherrschenden schweizerischen Rechtsauffassung gilt für die Rechtswidrigkeit bekanntlich eine zweigliedrige Konzeption:⁴⁶ (1) Die Rechtswidrigkeit ist einerseits gegeben, wenn ein absolutes Rechtsgut des Geschädigten verletzt wird (Erfolgsunrecht); (2) ohne eine solche Rechtsgutverletzung, d. h. bei reinen Vermögensschäden, liegt die Rechtswidrigkeit vor, wenn der Schädiger eine das Vermögen schützende Verhaltensnorm verletzt (Handlungsunrecht). «Das Erfolgsunrecht ist durch den eingetretenen schädigenden Erfolg charakterisiert; er besteht immer in der Verletzung eines Rechtsgutes. Solange er nicht eingetreten ist, liegt keine Rechtswidrigkeit im Sinne des Erfolgsunrechts vor, wohl aber vom Zeitpunkt der Rechtsgutverletzung an.»⁴⁷

Dieser Auffassung folgt auch Art. 46 VE-OR: Absatz 1 regelt das Erfolgsunrecht; Absatz 2 das Verhaltensunrecht. Das Konzept stösst aber zunehmend auf Kritik. Denn auf den Erfolg komme es nicht an; die Rechtswidrigkeit liege immer in einem Verhalten.⁴⁸ Vorgeschlagen wird von Vertretern einer modernen Konzeption in Anlehnung an das Common Law ein *Rechtswidrigkeitsbegriff, der auf das Verhalten einer vernünftigen Person abstellt*: Rechts-

Allerdings nicht für eine deliktische, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Haftung (vgl. MünchKomm/Kramer, N 81 der Einleitung in das Schuldrecht).

⁴⁶ Statt aller Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 4 N 21 ff. Grundlegend Merz, S. 364 ff., 379 f.

⁴⁷ Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 4 N 24; s. auch Merz, S. 365.

⁴⁸ Honsell, Haftpflichtrecht, § 4 N 2; Schwenzer, Obligationenrecht, N 50.31; Rey, N 702 a.

widrig handle im allgemeinen, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt, sich also nicht so verhält, wie man es von einem umsichtigen und vernünftigen Menschen («reasonable man») unter den gegebenen Umständen erwarten kann.⁴⁹ Zwischen der Verletzung absoluter Rechtsgüter und reinen Vermögensschäden sei deshalb nicht grundsätzlich zu unterscheiden.⁵⁰

Es trifft zu, dass die Rechtswidrigkeit nicht durch den Verletzungserfolg begründet wird. Deliktisches Unrecht ist immer Verhaltensunrecht: Nur sein eigenes Verhalten, nicht der ausgelöste Erfolg kann dem Schädiger vorgeworfen werden. Die traditionelle Rechtswidrigkeitsformel ist daher abzulehnen. Daraus ergibt sich konsequenterweise auch, dass für die Gefährdungshaftung keine Rechtswidrigkeit erforderlich ist (kein vorwerfbares Verhalten). Die neue Lehre beschränkt sich aber nicht auf diese dogmatische Korrektur. Vielmehr führt sie einen *Konzeptwechsel* herbei: Die Rechtswidrigkeit im deliktischen Haftungstatbestand ist nicht mehr ein Blankettbegriff für eine Verletzung der Rechtsordnung, sondern ein Haftungskriterium, das im Rahmen der Deliktshaftung festgelegt wird, d. h. eine eigentliche Rechtsquelle in der Hand des Richters. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens wird somit nicht *heteronom* durch Vorschriften ausserhalb des Deliktsrechts bestimmt (objektive Widerrechtlichkeitstheorie), sondern *autonom* im Rahmen der Haftungsnorm durch das Gericht.

Jüngst vor allem Roberto, Haftpflichtrecht, N 48; Schwenzer/Schönenberger, S. 377 f.; Schönenberger, S. 155 ff., 177; C. Widmer, S. 110 ff.; Peyer, S. 107; Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 347; sowie Werro, Vertrauenshaftung, S. 14 f., der allerdings in Kombination von autonomer und subjektiver Widerrechtlichkeitstheorie (vgl. dazu hinten Fn. 55) die Sorgfaltspflichtverletzung dem Verschulden zuordnet und die Widerrechtlichkeit als «Fehlen von Rechtfertigungsgründen» versteht. Einen erweiterten Widerrechtlichkeitsbegriff vertreten auch Kramer, Einfluss, S. 380 f.; Petitpierre, S. 278 f.; Mistell, S. 134 ff., 279, 281 f. (unter Berufung auf den «Gefahrensatz»); sowie – differenzierend – Gauch, Grundbegriffe, S. 233.

⁵⁰ Vgl. Kramer, Einfluss, S. 381.

⁵¹ Vgl. ZIPPELIUS, S. 27 f.; PETITPIERRE, S. 277; PORTMANN, Erfolgsunrecht, S. 277 f.

⁵² So auch Deschenaux/Tercier, § 2 N 24; Petitpierre, S. 276, 278; St. Weber, S. 269 f.; Roberto, Haftpflichtrecht, N 500. Anders aber die vorherrschende schweizerische (vgl. Rey, N 1246; vorsichtig neuerdings aber Gauch, Grundbegriffe, S. 234) im Gegensatz zur deutschen Lehre (vgl. Larenz/Canaris, § 84 I 3a). Anzumerken ist, dass in vielen Fällen einer Gefährdungshaftung gleichzeitig ein rechtswidriges Verhalten vorliegt.

⁵³ S. ZürKomm/Oser/Schönenberger, N 10 zu Art. 41 OR; Merz, S. 362, 380: «Verweisung auf die übrige Rechtsordnung». Vgl. auch die Entstehungsgeschichte von Art. 41 OR hinten bei Fn. 67.

PEYER, S. 107, bestreitet die Kompetenz- und Rechtsquellenproblematik des neuen Widerrechtlichkeitsbegriffs; es handle sich lediglich um eine «funktionsimmanente Auslegung» des Gesetzes. S. jetzt aber deutlich Werro, Vertrauenshaftung, S. 14 («der Richter muss durchaus selbst Verhaltensnormen bilden»); sowie v. Bar, Deliktsrecht II, N 214, 224 (deliktsrechtlich autonomer «Normgenerator»).

⁵⁵ Die *objektive* Widerrechtlichkeitstheorie steht somit nicht nur im Gegensatz zur kaum mehr vertretenen *subjektiven* Widerrechtlichkeitstheorie, welche einen (gesetzlichen?) Katalog von

b) Damit schiesst die neue Lehre über den eigentlichen Kritikpunkt – die unzutreffende Vorstellung des Erfolgsunrechts – hinaus. Denn das bisherige heteronom geprägte Rechtswidrigkeitsverständnis muss trotz Verzicht auf das «Erfolgsunrecht» nicht aufgegeben, sondern kann präzisiert werden. Auch bei der Beeinträchtigung absoluter Rechtsgüter liegt die Rechtswidrigkeit letztlich im Verhalten des Schädigers. Dabei ist allerdings nicht jedes Verhalten, das zu einem Verletzungserfolg führt, bereits per se rechtswidrig:57 Das leuchtet bei Unterlassungen ohne weiteres ein; es muss aber auch bei all den Verletzungen gelten, die nicht unmittelbar durch ein Handeln des Inanspruchgenommenen herbeigeführt werden (z. B. das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, mit dem später ein Mensch überfahren wird). Bei solchen bloss mittelbaren Beeinträchtigungen ist daher der Kreis der Verhaltensweisen einzuschränken. Auch ein an sich erfolgsgeeignetes Verhalten ist nur in bestimmten Fällen pflicht- bzw. rechtswidrig, nämlich wenn es gefährlich ist (z. B. weil das verkaufte Fahrzeug einen Mangel hat). Die erforderliche Einschränkung der zum Erfolg führenden Verhaltensweisen durch Umschreibung dieser Pflichten - sogenannte «Gefahrvermeidungspflichten» oder «Verkehrspflichten», welche von den die Fahrlässigkeit bestimmenden Sorgfaltspflichten unterschieden werden⁵⁸ – nimmt der Richter vor. Die Heteronomie des Rechtswidrigkeitsbegriffs wird dadurch nicht in Frage gestellt. (1) Denn das Gesetz steckt durch Festlegung der geschützten Rechtsgüter (die Persönlichkeit einschliesslich Leib, Leben und Freiheit wird als Rechtsgut in Art. 28 ZGB geschützt; das Eigentum wird als Rechtsgut in Art. 641 ZGB geschützt; der Schutz der Immaterialgüter erfolgt in den Spezialgesetzen) den äusseren Kreis der pflichtwidrigen Handlungen ab. Die absoluten Rechtsgü-

Rechtfertigungsgründen erfordert, sondern auch zur *autonomen* Widerrechtlichkeitskonzeption (zur Dreiteilung Schwenzer, Obligationenrecht, N 50.04). Dabei wird manchmal übersehen, dass die objektive Widerrechtlichkeitstheorie nicht zwingend an die (veraltete) Vorstellung vom Erfolgsunrecht gekoppelt ist; ihr Kern liegt vielmehr in der heteronomen Konzeption.

Vgl. zu dieser Unterscheidung bereits Stoll Hans, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, Heidelberg 1984, S. 27 ff.; s. auch Larenz/Canaris, § 75 Fn. 12. Sie dominiert auch die Rechtswidrigkeitsdiskussion im italienischen Recht: vgl. Montaneri, S. 196 («natura meramente sanzionatoria» oder aber «norma primaria»); v. Bar, Deliktsrecht I, § 2 N 21.

⁵⁷ Dazu ausführlich LARENZ/CANARIS, § 75 II 3b, § 76 III 1c, mit weit. Nachw.

Nach überwiegender Auffassung findet keine Verschmelzung der Verkehrspflichten mit der geschuldeten Sorgfalt gemäss dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff statt; vielmehr sind verschiedene Abstraktionsstufen bei den Sorgfaltspflichten zu unterscheiden. Vgl. eingehend Larenz, § 20 IV; Larenz/Canaris, § 75 II 3b; Portmann, Erfolgsunrecht, S. 278 f.; für die Abgrenzung von Vertragswidrigkeit und Verschulden vgl. R. Weber, S. 51, 53 ff.; Walter Hans Peter, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 68 ff.; sowie jetzt Grieder Thomas, Die unsorgfältige Unsorgfalt, AJP 2002, S. 959 ff.

ter einer Person stellen somit weiterhin im Grundsatz die Grenze des Freiheitsbereichs der anderen dar. Lediglich die «Feinabstimmung» erfolgt bei Unterlassungen oder bloss mittelbarem Zusammenhang zwischen Verhaltensweise und Verletzung durch den Richter. (2) Und auch bei den Verhaltensweisen, die zur Beeinträchtigung des reinen Vermögens führen, begrenzt wie bisher das Gesetz bzw. die Rechtsordnung die Handlungsspielräume der Rechtssubjekte.

Ein heteronomes Rechtswidrigkeitsverständnis kann selbst dann aufrechterhalten werden, wenn man eine Stufe weiter geht und die im Rahmen des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs zu beachtende Sorgfalt zur Rechtswidrigkeit schlagen würde. 59 Denn noch immer wird zumindest die äussere Grenze der Freiheit durch die gesetzlich bestimmten Rechtspositionen abgesteckt.⁶⁰ Eine Kanalisierung der Sorgfalt auf den Rechtswidrigkeitsbegriff erscheint allerdings de lege lata nicht unproblematisch: (1) Mit dem Wortlaut eines Haftungstatbestandes, welcher wie Art. 41 Abs. 1 OR die Rechtswidrigkeit neben die Fahrlässigkeit stellt, wäre das wohl nur zu vereinbaren, wenn der Verschuldensbegriff subjektiviert ist (vgl. hinten II.3.2.2).61 (2) Zudem führt diese Auffassung dazu, dass ein nicht gestattetes, weil unmittelbar zur Beeinträchtigung eines absoluten Rechtsguts führendes Verhalten je nach den konkreten Sorgfaltsumständen haftpflichtrechtlich als unerlaubt oder als erlaubt bezeichnet werden müsste. Damit würden zwei Arten von Unerlaubtheit bzw. Rechtswidrigkeit geschaffen: eine haftpflichtrechtliche und eine allgemein privatrechtliche. So wäre beispielsweise eine ehrverletzende Äusserung, deren unwahren Charakter der Urheber nicht erkennen konnte, zwar widerrechtlich im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB und daher verbietbar; aber rechtmässig im Sinne von Art. 41 OR, weil nicht fahrlässig.

c) Somit stellt sich die Frage nach der richtigen Rechtswidrigkeitskonzeption (heteronom oder autonom). Für das geltende Recht, mit dessen Wortlaut beide Konzeptionen vereinbar sind, deuten historische und systematische Überlegungen auf ein heteronomes Rechtswidrigkeitsverständnis.⁶² Das gilt wohl schon für die Vorgängernorm von 1881 (Art 50 aOR),⁶³ welche in der deutschen Fassung unverändert übernommen worden ist:

⁵⁹ So der Vorschlag von Honsell, Haftpflichtrecht, § 6 N 21; jetzt auch Roberto, Haftpflichtrecht, N 40, 254, 256. Vgl. dazu Zippelius, S. 277.

⁶⁰ S. Koziol, Haftpflichtrecht, N 4/9, 4/11.

So der Vorschlag in Art. 48a VE-OR. Ebenso für das österreichische Recht Koziol, Haftpflichtrecht, N 5/35 f., der die Rechtswidrigkeit als objektivierte Sorgfaltswidrigkeit auffasst (N 4/13).

Vgl. zu dieser strittigen Frage auch Gabriel, N 580 ff., N 648 f.; Gauch/Sweet, S. 121; Schwenzer, Rezeption, S. 60 ff.; C. Widmer, S. 102 ff.; Bucher, Vertrauenshaftung, S. 80 bei Fn. 56.

⁶³ Die Indizien sind allerdings nicht eindeutig. Von einer klar subjektiven Konzeption (so GABRIEL, N 578) kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen indessen nicht gesprochen werden.

Die Botschaft des Bundesrates von 1879 spricht davon, dass mit der Generalklausel ein «französisches Prinzip»⁶⁴ übernommen werde, womit man sich von der gemeinrechtlichen Doktrin entferne.⁶⁵ Damit war aber kaum gemeint, dass in der Schweiz nunmehr die freie Bestimmung des Delikts durch den Richter (im Sinne von Art. 1382 CCfr) gelten soll.⁶⁶ Vielmehr wollte der Gesetzesentwurf – wie die weiteren Ausführungen des Bundesrates zeigen – die gemeinrechtliche Beschränkung der deliktischen Tatbestände aufheben: Die Eingrenzung auf Beschädigung von Sache, Körper und Gesundheit sowie auf absichtliche Schädigungen erwies sich immer mehr als unzulänglich; statt einer zu engen kasuistischen Konzeption der Rechtsgutverletzungen sollte das neue schweizerische Deliktsrecht eine Generalklausel für sämtliche Verstösse gegen die Rechtsordnung enthalten, erfolgen diese absichtlich oder fahrlässig. «Die [...] Schadenersatzpflicht wegen blosser culpa (im Gegensatz zu dolus) ist überall, wo die gemeinrechtliche Theorie die Grundlage der Gesetzgebung und Praxis bildet [...], beschränkt auf Beschädigung körperlicher Sachen oder des Körpers oder der Gesundheit von Menschen. Diese Beschränkung hat der Art. 56 des Entwurfes nach dem Vorgange des französischen Rechts prinzipiell fallen gelassen.»⁶⁷ Auch weitere Rechtsverstösse müssen sanktioniert werden. So verweist denn die Botschaft zur Illustration des «neuen Prinzips» auf den Verstoss gegen bereits vorhandene oder noch zu erlassende «Gesetze zum Schutze der Autorrechte oder der Fabrik- und Handelszeichen», auf die Verletzung «anderer, im Entwurfe zersteuter Bestimmungen, so Art. 832, 833, 865, 873, 879», auf die der culpa in contrahendo zuzuordnenden Art. 3 Abs. 2, Art. 29, Art. 39 Abs. 3 sowie allenfalls Art. 54 des Entwurfes und auf den Fall, dass jemand «über einen Anderen etwa Unwahres, die Ehre, den guten Namen und den Kredit desselben Beeinträchtigendes» behauptet hat.⁶⁸ Abgesehen vom zuletzt genannten Verstoss gegen das damals noch nicht positivierte Persönlichkeitsrecht (absolutes Rechtsgut) handelt es sich durchweg um die Verletzung von gesetzlichen Vorschriften. Die grosse Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtsauffassung lag darin, dass der auch bloss fahrlässige Verstoss gegen irgend eine Pflicht in der gesamten Rechtsordnung («objektiv rechtswidrige Handlung»)69 zu Schadenersatz verpflichtet. Dass der Richter diese

⁶⁴ GABRIEL, N 527, spricht dagegen unpräzis davon, dass «der Inhalt» der Art. 1382 und 1383 CCfr in das schweizerische Deliktsrecht aufgenommen worden sei.

⁶⁵ BBl 1880 I, S. 185.

⁶⁶ So aber anscheindend Schwenzer, Rezeption, S. 61; ihr folgend C. Widmer, S. 103 f.

⁶⁷ BBI 1880 I, S. 185.

⁶⁸ BBl 1880 I, S. 185 (Hervorhebung weggelassen).

⁶⁹ BBI 1880 I, S. 186. Gabriel, N 521, interpretiert die Botschaft etwas gar frei, wenn er folgert, neu soll «jede schuldhafte Schädigung einen Ersatzanspruch gegen den Verursacher herbeiführen».

Pflichten selber aus der deliktischen Generalklausel ableiten könne, dafür gibt es in der Botschaft keine Hinweise.

- Zudem sieht das schweizerische Recht im Unterschied zu Art. 1382 CCfr keinen Einheitstatbestand der «faute» vor, sondern eine Unterteilung in Rechtswidrigkeit und Verschulden. Die Schweiz stand damit nicht allein, wie Christian v. Bar bemerkt: «In den Niederlanden hatte man schon 1838 dem [...] Art. 1401 BW (alt) das Wort «onregtmatig» hinzugefügt, hierdurch die «onregtmatigheit» von der «schuld» getrennt und durch diese Gliederung der «faute» zeitweilig ein Stück Rechtsgewinnung auf den Gesetzgeber zurückverlagert: Er (und nicht die Gerichte im Wege eines ad hoc-Urteils) entschied, welche Verhaltensweisen dem objektiven Recht widersprachen.»⁷⁰
- Schliesslich wurden selbst in Frankreich und bei identischer Gesetzeslage in Italien im 19. Jahrhundert die deliktischen Generalklauseln (Art. 1382 und 1383 CCfr) als Haftungsnormen verstanden, welche den Eingriff in absolute Rechtsgüter bzw. die Verletzung von gesetzlich präzisierten Verhaltensregeln sanktionierten.⁷¹

Allerdings wies die Regelung im Obligationenrecht von 1881 im Hinblick auf die objektive bzw. heteronome Konzeption der Rechtswidrigkeit einige Mängel auf:

• Die französische Textfassung sprach von einer Schädigung «sans droit».⁷² Gestützt darauf vertrat ein Teil der Lehre eine subjektive Widerrechtlichkeitstheorie,⁷³ was jedoch nicht zu überzeugen vermochte.⁷⁴ Das Bundesgericht sprach sich daher im Jahr 1904 deutlich für die objektive Widerrechtlichkeit aus:⁷⁵ «Wenn Art. 50 OR die Haftung aus «unerlaubten Handlungen» an das Tatbestandselement einer Widerrechtlichkeit, Rechtswidrigkeit, knüpft, so stellt er nicht selber die Norm darüber, was erlaubt

Vgl. v. BAR, Deliktsrecht I, N 15 (Hervorhebungen teilweise weggelassen).

⁷¹ Vgl. v. Bar, Deliktsrecht I, N 21, Fn. 76; Montaneri, S. 54 f., 198 ff.

Die im bundesrätlichen Entwurf von 1879 vorgesehene Formulierung «contraire à la loi» war offensichtlich zu eng, weil mit «Gesetzwidrigkeit» (statt «Rechtswidrigkeit») nur die Verletzung ausdrücklich im Gesetz verankerter Rechte erfasst wurden; die bundesrätlichen Botschaft (BBI 1880 I, S. 185) bezeichnete dagegen auch die Verletzung des damals noch ungeschriebenen Persönlichkeitsrechts (Ehrverletzung) als rechtwidrig. Vgl. zur Entstehungsgeschichte der französischen Textfassung auch Gabriel, N 529 ff.

⁷³ Vgl. die Nachweise bei Schwenzer, Rezeption, S. 62.

Die subjektive Theorie scheitert insbesondere an der Notwendigkeit, einen Katalog der «erlaubten Handlungen» aufzustellen (vgl. v. Thur Andreas, Rezension, ZSR 1893, S. 327; neuerdings H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95). Die Theorie war denn schon Ende des 19. Jahrhunderts eine Mindermeinung (s. Gabriel, N 581) und wird auch heute praktisch kaum mehr vertreten (Honsell, Haftpflichtrecht, § 4 N 2; s. aber Werro, Vertrauenshaftung, S. 15).

⁷⁵ BGE 30 II 567, 571 (Hervorhebung hinzugefügt); zu früheren Entscheiden vgl. Gabriel, N 567 ff.

und was unerlaubt sei, auf, sondern er setzt das Bestehen von Rechtssätzen, Normen, Geboten und Verboten, die zum Schutz der Rechtsgüter der Gesamtheit und der Einzelnen aufgestellt sind, voraus, und setzt lediglich die Schadenersatzpflicht für deren Übertretung und die näheren Voraussetzungen hiefür fest [...].» Bei der OR-Revision von 1911 wurde diese Unsicherheit beseitigt und der Wortlaut auf «illicite» geändert.⁷⁶

Zudem erwies sich die Blankettnorm für Rechtsverstösse in der Praxis als zu eng. Denn es fehlte eine Regelung für absichtliche Schädigungen, welche keinen Verstoss gegen «heteronom» festgelegte Rechtsregeln darstellen und wo die Bewertung des Verhaltens durch den Richter erfolgt. Die Gerichte hatten allerdings eine solche Haftung anerkannt⁷⁷ (was die früheren Verstösse gegen die Konzeption der objektiven Rechtswidrigkeit zum grossen Teil erklärt). Auch diesen Mangel wollte der Bundesrat bei der Revision von 1911 beseitigen, indem er eine ergänzende Haftungsbestimmung für absichtliche sittenwidrige Schädigungen vorschlug.⁷⁸ Im Gegensatz zum Ständerat beantragte der Nationalrat zunächst den Verzicht auf die zusätzliche Vorschrift, da die Gerichte mit der Generalklausel zurecht gekommen seien.⁷⁹ Demgegenüber wies Eugen Huber im Nationalrat darauf hin, dass die Praxis nur in einer «sehr freien Weise» mit dem Gesetzestext vereinbar sei.80 Der Einbezug solcher Haftungsfälle solle aber nicht den Gerichten überlassen bleiben; wenn der Gesetzgeber die Ersatzpflicht bei absichtlicher sittenwidriger Schädigung auch ohne Verstoss gegen ein positives Verbot befürworte, dann soll er dies ausdrücklich vorschreiben:81 «Besser aber ist es, man sage die Sache deutlich im Gesetze, statt auf eine schwankende Praxis abzustellen, wenn wir doch im allgemeinen durchaus mit der Haftbarmachung eines solchen Täters einverstanden sind». Nach dem Einschwenken des Nationalrates wurde die Zusatzregelung in Art. 41 Abs. 2 OR zum Gesetz. Der schweizerische Gesetzgeber beanspruchte die Rechtssetzungskompetenz für sich.

⁷⁶ GABRIEL, N 611, spricht von einem «Versehen», was angesichts der damals in der Bundesgerichtspraxis und in der Lehre herrschenden Ablehnung der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie (vgl. N 581) wenig plausibel erscheint.

⁷⁷ BGE X, 358, 367 (Verbreitung wissentlich falscher Tatsachen als arglistige Handlung gegenüber Konkurrenten); BGE X, 570, 576 (Schuldbetreibung für erdichtete Ansprüche in böswilliger oder frivoler Weise).

BBI 1905 II, S. 14; in ausdrücklicher Anlehnung an die Regelung im deutschen Deliktsrecht und unter dem Eindruck der herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitshteorie (vgl. Schwenzer, Rezeption, S. 64; Gabriel, N 631).

⁷⁹ Vgl. Gabriel, N 633.

⁸⁰ Die französische Textfassung «sans droit», welche «eine gewisse Stütze» (Huber, StenBull. NR 1910, S. 328) für diese ausgedehnte Interpretation darstellte, wurde zudem, wie soeben dargelegt, geändert.

⁸¹ StenBull. NR 1910, S. 328.

d) Drängt sich de lege ferenda – oder schon de lege lata⁸² – eine *andere Konzeption der Rechtswidrigkeit* auf? Soll die Bestimmung der Verhaltenspflichten zum Schutz des reinen Vermögens in die Hand des Richters gelegt werden?⁸³

Bei der Diskussion dieser Fragen darf man folgendes nicht übersehen: Der oft verwendete rechtsvergleichende Hinweis auf die flexible Lösung des Common Law muss relativiert werden. Es geht hier nicht nur um eine privatrechtliche Frage, sondern angesichts der Kompetenzproblematik auch um Verfassungsrecht. Im Common Law ist der Richter grundsätzlich für die Privatrechtssetzung zuständig; im schweizerischen Recht würde demgegenüber ein Spannungsverhältnis sowohl zum verfassungsmässigen Gewaltenteilungsprinzip wie auch zum Demokratieprinzip entstehen.⁸⁴

Zudem ergeben sich ordnungspolitische Bedenken: Mit einer autonomen Konzeption würde die grundsätzliche Beschränkung der Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden, die aufgrund der Verlagerung der wirtschaftlichen Tätigkeit in den tertiären Sektor immer bedeutsamer werden, nicht mehr gewährleistet. Diese Beschränkung korreliert aber mit der Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte als Kernelement einer modernen Wirtschaftsordnung. Verlangt wird daher zu Recht nach einer «sorgfältigen Eingrenzung, die der Begriff der Widerrechtlichkeit zu liefern hat». Ob die im Common Law entwickelten Formeln dazu tauglich sind, muss aber bezweifelt werden. Die Gerichte haben selbst eingeräumt, dass «Nähe» und «Fairness» kaum mehr als Etiketten sind, die sich im nachhinein für Situationen verwenden lassen, in denen das Vorliegen einer Sorgfaltspflicht bereits anerkannt worden ist. Der einzige Zweck dieser Formel scheint damit darin zu bestehen, für alle Fall-

⁸² Die Frage stellt sich auch für das geltende Recht, da die Entstehungsgeschichte für das heutige Verständnis der Haftungsregelung (z. B. bei einer geltungszeitlich teleologischen Interpretation) nicht zwingend ist.

Kritisch gegenüber dem modernen bzw. «autonomen» Rechtswidrigkeitsverständnis jüngst Hausheer/Jaun, N 78, 85 zu Art. 2 ZGB; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95; Bucher, Vertrauenshaftung, S. 79 bei Fn. 54, S. 80 bei Fn. 56; Honsell, Haftpflichtrecht, § 4 N 20, 22 (Ersatz von reinen Vermögensschäden grundsätzlich nur über Art. 41 Abs. 2 OR).

Vgl. Hausheer/Jaun, N 78 zu Art. 2 ZGB; Loser-Krogh, S. 118 f.; BerKomm/Brehm, N 48 b zu Art. 41 OR. Relativierend demgegenüber H. P. Walter, Rechtsfortbildung, S. 4, 10.

⁸⁵ S. Larenz/Canaris, § 75 I 3b: Die Entscheidung gegen einen allgemeinen deliktsrechtlichen Vermögensschutz hat in hohem Masse freiheitswahrenden Charakter. Vgl. auch P. Widmer, Haftung, N 2.46 am Ende.

⁸⁶ Vgl. St. Weber, S. 271.

Ebenso H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95; P. Widmer, Traktat, S. 664. Die allgemeine Formel dürfte auch für ein vereinheitlichtes europäisches Deliktsrecht nicht genügen (vgl. Koziol Helmut, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBI 1998, S. 626; sowie den differenzierten Vorschlag der European Group on Tort Law [«Tilburg Group»] in Art. 4:102 und 4:104 der Principles [dazu hinten V bei Fn. 478]).

gruppen des <negligence>-Tatbestands einen allgemeinen Rahmen zu bieten.» Rahmen zu bieten.» Auch in Ländern mit einem autonomem Rechtswidrigkeitsverständnis wird denn auch zunehmend die Haftung für reine Vermögensschäden eingeschränkt und zur Unterscheidung zwischen der Verantwortung für reine Vermögensschäden und anderen Rechtsgutverletzungen zurückgekehrt. 89

Ein heteronomes Rechtswidrigkeitsverständnis bedeutet im Übrigen nicht, dass der Richter keine Rechtsfortbildungsbefugnisse hat. Vielmehr kann er gesetzlich verankerte Schutznormen fortentwickeln – mithin die Wertungen des Gesetzes «zu Ende denken» – und ausnahmsweise auch weitere ungeschriebene Schutznormen annehmen. Dabei handelt es sich aber nicht um die Konkretisierung einer Generalklausel als ein Stück «offengelassener Gesetzgebung», sondern um Rechtsfortbildung ausserhalb des Wortsinns der gesetzlichen Bestimmungen. Es ist nicht dasselbe, ob der Richter unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelungen und allgemeiner Rechtsgrundsätze eine Rechtspflicht schafft oder ob er festlegt, wie sich ein vernüftiger Mensch unter den gegebenen Umständen verhalten würde. Mensch unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse und sein Ermessen gefordert. Im ersten Fall muss der Richter mehr auf Wertungskongruenz, Rechtskontinuität und Verallgemeinerungsfähigkeit bedacht sein; hier unterliegt er weit stärker dem Gebot des «judicial restraint».

⁸⁸ HUTCHINSON/ZIMMERMANN, S. 76.

Vgl. dazu Hutchinson/Zimmermann, S. 43 ff., 68 ff.; Loser-Krogh, S. 117 f. S. auch Peyer, S. 101 ff., der die Grundregel des gegenwärtigen englischen Schadenersatzrecht hervorhebt, «dass nur die aus einem Sach- oder Personenschaden resultierenden Vermögensschäden als ersatzfähig anerkannt werden, nicht aber die reinen Vermögensschäden» (S. 101), und auf eine problematische Verwischung dieser klaren Grenzlinien in neueren Entscheiden hinweist (S. 104 f.).

⁹⁰ Vgl. Kramer, Methodenlehre, S. 132.

Vgl. bereits Merz, S. 380, 386: Gesetztes Recht allein ist nicht ausreichend; Verweisung auf die ganze übrige Rechtsordnung, einschliesslich allgemeiner Rechtsgrundsätze.

⁹² Vgl. Kramer, Methodenlehre, S. 140, Fn. 463.

Müsste von einem «vernünftigen» oder «vorsichtigen» Menschen nicht etwa erwartet werden, dass er die Frage nach dem Weg zum Bahnhof richtig beantwortet oder Warentests für eine Konsumentenzeitschrift richtig durchführt, so dass er für den verpassten Geschäftstermin oder den unbefriedigenden Kauf Schadenersatz zu leisten hätte? In beiden Fällen wäre nach den massgeblichen Wertungen der Vertrauenshaftung dagegen eine «Dritthaftung» abzulehnen (vgl. Canaris, Expertenhaftung, S. 234 ff.).

Die von Hutchinson/Zimmermann, S. 61 ff., geschilderten Turbulenzen bei der Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden aufgrund der weiten deliktischen Generalklausel im Common Law der 70er und 80er Jahre sind dem schweizerischen Recht erspart geblieben.

Vgl. Meier-Hayoz Arthur, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, S. 417, 422 f.; Kramer, Methodenlehre, S. 216 f.; Hausheer/Jaun, N 81 zu Art. 2 ZGB; BerKomm/Brehm, N 48 b zu Art. 41 OR. Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung jüngst auch H. P. Walter, Rechtsfortbildung, S. 10 f.

3.1.2 Ergebnis

Die Frage nach dem richtigen Rechtswidrigkeitsverständnis (heteronom oder autonom) muss hier allerdings nicht abschliessend geklärt werden.

• Denn erstens lässt sich eine deliktische Haftung für Vertrauensbruch nach beiden Konzeptionen begründen:

Für den «autonomen» Ansatz ergibt sich das schon aus der Offenheit der Generalklausel. Dabei ist der Richter allerdings m. E. nicht frei, wenn er die neuen Verhaltenspflichten entwickelt. Er muss nicht nur Fallgruppen bilden, sondern auch Widersprüche zwischen den Haftungsbereichen wie auch im Verhältnis zur übrigen Verantwortung im Schuldrecht vermeiden. Penn die Pflichtbestimmung erfolgt bei den hier interessierenden Fallkonstellationen nicht in dem von gesetzlichen Wertungen wenig vorbestimmten Raum der Zufallskontakte, sondern für Sonderverbindungen im Vertragsumfeld. Der Richter kommt daher kaum um eine Analyse und Konkretisierung der vorerwähnten Haftungsbereiche (vorne II.2) herum. Pr. 98

Die Begründung einer (deliktischen) Vertrauenshaftung ist aber auch bei einem «heteronomen» Verständnis der Rechtswidrigkeit möglich. Denn die einzelnen gesetzlich verankerten und fortentwickelten Loyalitätspflichten zur Wahrung der Vermögensinteressen (vorne II.2) kann man als Schutznormen auffassen. 99 Dabei werden diese Pflichten nicht im Rahmen von Art. 41 OR bestimmt, sondern sie sind der Deliktshaftung vielmehr vorgegeben, welche als Sanktion für ihre Verletzung die Schadenersatzpflicht anordnet.

Auf eine gesetzliche Verankerung der Haftung aus Vertrauensbruch kann daher verzichtet werden, womit die zweite Ausgangsfrage von Abschnitt II.3 beantwortet ist.

⁹⁶ Vgl. auch die Darstellung der massgeblichen gesetzlichen Wertungen für den Vermögensschutz bei Koziol, Systeme, S. 362 ff.

⁹⁷ Ebenso H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 95; Hausheer/Jaun, N 85 zu Art. 2 ZGB. Im Ergebnis ähnlich C. Widmer, S. 113 f. Fn. 71, nach der (auch) bei einer deliktischen Haftung die gesetzlichen Wertungen und Schranken berücksichtigt werden können (m. E. müssen). Damit entfernt man sich aber vom Grundkonzept der richterlichen Pflichtbestimmung nach dem Massstab des «reasonable man» (vgl. oben bei Fn. 49 und 93); materiell liegt eine (deliktische) Vertrauenshaftung vor.

Auch im englischen Recht stellen die Gerichte im Zusammenhang mit der Haftung für Informationen auf das «berechtigte Vertrauen» und das Vorhandensein einer vertragsähnlichen Sonderbeziehung ab (vgl. Werro, Vertrauenshaftung, S. 18 ff.; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 96 f.; Loser-Krogh, S. 118).

⁹⁹ Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 26.9.2001, 4C.193/2000, E. 4a; BGE 124 III 297 (301 E. 5c).

• Zweitens haben die Untersuchungen zum Rechtswidrigkeitsverständnis gleichzeitig gezeigt, dass die in Art. 46 VE-OR vorgeschlagene Definition der Rechtswidrigkeit abzulehnen ist, weil sie dem veralteten Konzept des Erfolgsunrechts folgt. M. E. sollte sie aber auch durch keine andere gesetzliche Definition ersetzt werden. Die Bestimmung des richtigen Rechtswidrigkeitskonzepts darf man der Lehre und Rechtsprechung überlassen. Die Diskussion ist noch nicht ausgestanden.

3.2 Angemessenheit der Deliktshaftung?

3.2.1 Einstandspflicht für Hilfspersonen

Für das geltende Recht ist weitgehend anerkannt, dass die schädigerfreundliche Regelung der Verantwortlichkeit für Hilfspersonen von Art. 55 OR den gesteigerten Schutzbedürfnissen in einer Sonderverbindung nicht gerecht wird. 100 Treten die Betroffenen aus dem Bereich des Zufallskontakts und öffnen ihren Rechtskreis im Rahmen einer geschäftlichen bzw. vertragsähnlichen Beziehung für Einwirkungen und risikoreiche Dispositionen, dürfen sie erwarten, dass der Partner für das Verhalten der von ihm eingesetzten Hilfspersonen einsteht, auch wenn ihm selber keine Unsorgfalt unterlaufen ist. Nach einem Teil der Lehre liegt allerdings gar kein echtes Problem vor, weil Art. 55 OR durch die Praxis an Art. 101 OR angeglichen worden sei. 101 Der Entlastungsbeweis könne heute praktisch nicht mehr geführt werden. Dies ist allerdings zu relativieren: Einerseits handelt es sich bei der Verschärfung der Sorgfaltsanforderungen um eine äusserst grosszügige Praxis an der Grenze von zulässiger Interpretation; 102 und in ihrer ausgeprägten Form gilt sie wohl nur bei der Produkteherstellung, nicht jedoch bei anderen Tätigkeiten. Anderseits führt auch die extensive Interpretation von Art. 55 OR nicht zur Einstandspflicht für selbstständige Gehilfen, welche nicht in einem Subordinationsverhältnis stehen. Mit dem Trend zur Auslagerung der Leistungserbringung (Outsourcing) und Kooperationen anstelle von Fusionen verliert diese Konstellation keineswegs an Bedeutung.

¹⁰⁰ BerKomm/Kramer, N 141 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; Kramer Ernst A., Diskussionsvotum, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Symposium Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, S. 82 f.; BasKomm/Wiegand, N 10 f. vor Art. 97–109 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 973, 979, 982k; für die Verantwortlichkeit bei Vertragsverhandlungen auch Schwenzer, Obligationenrecht, N 48.04; ähnlich auch Koller, Obligationenrecht, N 1782 ff.; aus der Rechtsprechung BGE 108 II 422.

¹⁰¹ Vgl. Schwenzer, Obligationenrecht, N 23.25; C. Widmer, S. 108; Wessner, Confiance, S. 141.

¹⁰² Vgl. BasKomm/Schnyder, N 22 zu Art. 55 OR; BerKomm/Brehm, N 81 ff. zu Art. 55 OR («Kausalhaftung ohne Befreiungsmöglichkeit»); JAUN, S. 584.

Der Vorentwurf sieht eine Verschärfung der Geschäftsherrenhaftung vor, die allerdings die Haftungsdefizite in Sonderverbindungen nicht zu beseitigen vermag:¹⁰³

- Für Unternehmungen soll neu eine Organisationshaftung gelten (Art. 49a VE-OR). Aber selbst hier verbleibt eine Entlastungsmöglichkeit: Die Haftung tritt nicht ein, wenn die Organisation der Unternehmung für die Schadensverhütung geeignet war. Auch der Organisationsmangel stellt mithin eine Unsorgfalt des Geschäftsherrn dar; sie wird lediglich vermutet. 104 Unklar ist im übrigen das Verhältnis zu anderen Sorgfaltsmängeln des Geschäftsherrn. Der Bericht führt diesbezüglich allerdings aus, 105 dass die drei klassischen Sorgfaltspflichten (Auswahl, Instruktion und Überwachung) Minimalanforderungen für die geeignete Organisation des Unternehmens und insofern Bestandteil der Organisationspflicht sind. Das dürfte indessen nicht so eindeutig sein, denn die auch im geltenden Recht bekannte Pflicht zur Organisation wurde bisher den drei klassischen Sorgfaltspflichten beiseite gestellt oder galt gar als darin mitenthalten. 106 Wie MANUEL JAUN ausführlich dargelegt hat, vermag die vorgeschlagene Regelung insgesamt nicht zu überzeugen. 107 Sie stellt einen Kompromiss dar zwischen verschiedenen Konzepten der Organisationshaftung, welcher klare Konturen der Geschäftsherrenhaftung vermissen lässt und im Einzelfall aufgrund der Beweislastverteilung zu einer (ungerechtfertigten) Verschärfung der Verantwortung im Vergleich zu demjenigen, der im Geschäftsverkehr als Einzelperson handelt, führen kann. 108
- Bei *nicht unternehmerischen Verhältnissen*, die für die Vertrauenshaftung durchaus ihre Bedeutung haben (z. B. bei der Tätigkeit von Einzelunternehmern¹⁰⁹ oder beim Einsatz von Stellvertretern) bleibt es nach der Konzeption des Vorentwurfs (Art. 49 VE-OR) bei der Haftung mit gewöhnlichem Entlastungsbeweis, d. h. bei der Haftung für eigene vermutete

So ist gemäss dem Bericht Studienkommission, S. 7, die vorgeschlagene Form der Organisationshaftung im Ergebnis lediglich «um Nuancen strenger» als die bisherige Geschäftsherrenhaftung. Nach P. Widmer, Traktat, S. 661, handelt es sich bloss um eine Niederschrift von Regeln, die man schon lange angerufen und angewendet hat.

¹⁰⁴ Vgl. St. Weber, S. 265 f. Eine strikte «Organisationshaftung», welche keinen Organisationsfehler mehr voraussetzt (dazu Jaun, S. 588 ff.; vgl. auch die Forderung von Peter Jäggi, ZSR 1967 II, S. 755 f., am Juristentag von 1967), wurde im Anschluss an die Studienkommission im Vorentwurf nicht vorschlagen (Bericht Vorentwurf, S. 125 f.).

¹⁰⁵ Bericht Vorentwurf, S. 132.

¹⁰⁶ Vgl. BerKomm/Brehm, N 77 f. zu Art. 55 OR; BasKomm/Schnyder, N 21 zu Art. 55 OR; Schwenzer, Obligationenrecht, N 23.25; A. Keller, S. 176.

¹⁰⁷ Jaun, S. 584 ff.

¹⁰⁸ Vgl. die Beispiele bei Jaun, S. 785; kritisch gegenüber der Beweislastverteilung aus Sicht des Common Law auch Rogers, S. 354 ff.

¹⁰⁹ Diese werden von Art. 49 a VE-OR nicht erfasst (Bericht Vorentwurf, S. 130).

Sorgfaltspflichtverletzung. Genau besehen kommt es sogar zu einer Haftungserleichterung. Denn währenddem der Geschäftsherr im geltenden Recht die Anwendung «aller nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» nachweisen musste, könnte er sich in Zukunft auf die klassischen drei Sorgfaltsbeweise beschränken.¹¹⁰

 Weiterhin keine Einstandspflicht besteht in jedem Fall für selbstständige Gehilfen.¹¹¹

Nun könnte man natürlich de lege ferenda fordern, die deliktische vollständig der vertraglichen Hilfspersonenhaftung anzugleichen. Die sachliche Rechtfertigung einer Gleichstellung des (typischen deliktischen) Zufallskontakts mit dem individualisierten Kontakt in (vertraglichen oder vertragsähnlichen) Sonderverbindungen, welche auch die Einstandspflicht für selbstständige Gehilfen umfasst, 112 ist jedoch fraglich. 113 Oder mit Wolfgang Fikentscher gesprochen: «Eins aber wird auch jede nur denkbare Schuldrechtsreform nicht bringen: die Aufgabe der Unterscheidung von Vertrag und Delikt. Das beruht auf der rechtstatsächlich begründeten Beobachtung, dass man zwar jedermann, also aller Welt, ein gewisses und nicht zu niedrig anzusetzendes Mass an Sorgfalt schuldet, dass es aber um spezielle und demgegenüber höhere Sorgfaltspflichten geht, wenn man es mit einem Vertragspartner zu tun hat [...].» 114

Das Haftungsdefizit würde sich selbstverständlich auflösen, wenn man Art. 101 OR auf die deliktische Haftung für Gehilfen im Fall von Sonderverbindungen anwendet,¹¹⁵ wie es ein Teil der Lehre vertritt.¹¹⁶ Dies würde zu ei-

¹¹⁰ Im geltenden Recht werden diese nicht als abschliessend betrachtet (vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2, § 20 N 113 ff., 131).

Bericht Vorentwurf, S. 127 unten (Hilfsperson muss untergeordnet sein), S. 130 (Unternehmensstruktur mit charakteristischem Unterordnungsverhältnis; Haftungsvoraussetzungen entsprechend Art. 49 VE-OR); vgl. auch Portmann, Revision, S. 331.

¹¹² Die Vorschläge von GILLIARD, S. 297 f., und neuerdings JAUN, S. 593 f., 596, führen – bloss aber immerhin – zu einer objektiven Verhaltenszurechnung bei unselbstständigen Gehilfen.

S. auch St. Weber, S. 274 f., 276. Koziol, Vorentwurf, S. 155, verwendet das Bild einer Kette mit Zwischengliedern: Zwischen der Verletzung vertraglicher Leistungspflichten und den Delikten bestehen Zwischenstufen, die je nach Intensität der Nahebeziehung mehr den vertraglichen oder mehr den deliktischen Regeln zu unterwerfen sind (vgl. auch Koziol, Systeme, S. 363 ff.). Eine Haftung für unabhängige Unternehmer und deren Leute wäre auch rechtsvergleichend gesehen eine Ausnahme (vgl. v. Bar, Deliktsrecht I, N 350).

¹¹⁴ FIKENTSCHER WOLFGANG, Zur Generalklausel des § 242 BGB als Schlüssel des zivilrechtlichen Vertrauensschutzes: «Sonderverbindung» oder «neue Sachnormen»? – Ein Beitrag zur Rechtsverhaltensforschung, in: Hagen Hof/Hans Kummer/Peter Weingart (Hrsg.), Recht und Verhalten, Baden-Baden 1994, S. 178 f.

Dabei wird davon ausgegangen, dass Art. 101 OR nicht auf Verträge und Obligationen begrenzt ist (vgl. Spiro Karl, Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, ZSR 1986 I, S. 634 ff.).

¹¹⁶ In der Schweiz bereits Piotet Paul, Culpa in contrahendo, Bern 1963, S. 64 ff., 74 ff., 149; sowie neuerdings Delco, S. 178 f., 202. Vgl. auch Jaggi, S. 194, der allerdings eine besondere Stellung einnimmt, weil er von einem vertraglichen Verhandlungsverhältnis ausgeht (S. 190);

nem vertragsähnlichen Sonderdeliktsrecht für Vertrauensbruch – mithin einer qualifizierten deliktischen Vertrauenshaftung – führen. Die zugrunde liegende dogmatische Konstruktion und Auslegung von Art. 101 OR ist aber keineswegs gesichert.

3.2.2 Subjektivierung der Fahrlässigkeit

Gemäss Art. 48 a VE-OR soll im revidierten Haftpflichtrecht ein subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff gelten. Dadurch würde ein weiteres Haftungsdefizit geschaffen, denn für die Vertrauenshaftung ist einzig ein objektivierter Sorgfaltsmassstab angemessen: Das Mass der geschuldeten Sorgfalt wird durch die berechtigten Erwartungen des Partners bestimmt.¹¹⁷

Ist eine (Re-)Subjektivierung der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht überhaupt angebracht? Vor 100 Jahren hatte Carl Christian Burckhardt mit seinem Referat für die Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1903 den entscheidenden Impuls zur Abkehr vom subjektiven Verschuldensbegriff des Pandektenrechts 19 gegeben. Die in der Folge herrschend gewordene Objektivierung des deliktischen Verschuldens blieb aber gerade in letzter Zeit nicht von Kritik verschont. So wird geltend gemacht, das Verschulden setze die persönliche Vorwerfbarkeit voraus. Und es sei unvertretbar, die Zurechnung schlicht an die Existenz des Menschen anzuknüpfen: «Es wäre unbillig und ungerecht, wenn der Minderbegabte, körperlich Schwache usw., wenn er – ohne das ihm dies persönlich vorgeworfen werden kann – in die Lage gekommen ist, eine Handlung vorzunehmen, trotz Anspannung seiner besten Kräfte lediglich wegen seiner geistigen und körperlichen Mängel, an denen er ohnehin genug leidet, für haftbar erklärt würde. Man würde ihn

KOLLER, Positive Vertragsverletzungen, S. 1499 Fn. 124; Roberto, Haftpflichtrecht, N 287, 352 f. In Deutschland vertritt MünchKomm/Mertens, N 179, 483 zu § 823 BGB, eine vergleichbare Auffassung.

¹¹⁷ Vgl. Immenhauser, S. 59 f.; Loser-Krogh, S. 134.

In den Vernehmlassungen zu Art. 48 a VE-OR ist der Vorschlag teilweise – insbesondere von Seiten der Versicherungswirtschaft – auf freundliche Zustimmung gestossen. Befürwortend zudem Petitpierre, S. 285; Immenhauser, S. 59. Vgl. zum Fahrlässigkeitsbegriff auch das Referat Chappuis.

¹¹⁹ Vgl. WINDSCHEID BERNHARD, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band, 3. Aufl., Düsseldorf 1870, § 101 Fn. 7: «In der Nachlässigkeit liegt ein Mangel an der gehörigen Geistesspannung».

¹²⁰ Burckhardt, S. 520 ff.; vgl. dazu Fellmann, Verschuldensbegriff, S. 347 ff.

S. vor allem Fellmann, Verschuldensbegriff, S. 351 ff.; vgl. auch v. Tuhr/Peter, § 47 II; Deschenaux/Tercier, § 7 N 29 f.; R. Weber, S. 45 f.; BerKomm/Weber, N 35 ff. zu Art. 99 OR; Guhl/Koller, § 24 N 43; P. Widmer, Haftung, N 2.70 f.; rechtsvergleichend Koziol, Objektivierung, S. 593. In Österreich geht die herrschende Lehre von einem subjektivierten Verschuldensbegriff aus (vgl. Koziol, Haftpflichtrecht, N 5/35 f.).

vor die Alternative stellen, entweder den Kontakt mit anderen gänzlich zu meiden oder aber sich immer und überall der Gefahr weitgehender Schadenersatzsansprüche ausgesetzt zu sehen. Auch der Geschädigte ist Mitglied der Gemeinschaft und als solchen trifft auch ihn ein Sozialrisiko.»¹²² Schliesslich – wird behauptet – spiele der Vertrauensgrundsatz im Deliktsrecht keine Rolle.

Bei der Beurteilung der Frage ist vorweg festzuhalten, dass ein subjektiver Verschuldensbegriff im Deliktsrecht keineswegs zwingend ist: (1) Die Objektivierung führt teilweise zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Rechtswidrigkeit. Das lässt sich aber mit der Unterscheidung verschiedener Sorgfaltsstufen lösen¹²³ und könnte als dogmatisches Problem den materiellen Systemwechsel nicht rechtfertigen. (2) Durch die Nichtberücksichtigung von individuellen Schwächen entsteht zwar ein «harter» Bruch in der Haftung, wenn sie sich zur Urteilsunfähigkeit verdichten. 124 Dies gilt jedoch auch für die Vertragshaftung.¹²⁵ Die Urteilsunfähigkeit ist nun mal eine absolute Grenze, welche von der Rechtsordnung dem Vertrauensgrundsatz gesetzt wird. (3) Ein moralischer Vorwurf ist nicht erforderlich: Im Unterschied zur Strafe bezweckt die Haftung nicht ausschliesslich eine auf den Täter fokussierte Sanktionierung, sondern den gerechten Schadensausgleich im Verhältnis zum Geschädigten. Bereits das römische Recht kannte zudem eine objektivierende Bedeutung des Culpabegriffs, 126 welche allerdings mit den ethischen Vorstellungen des Hellenismus und des Christentums (Sünde) nicht mehr vereinbar war¹²⁷ und später auch dem Individualismuskonzept des 19. Jahrhunderts widersprach. 128 Die Trennung von Straf- und Haftpflichtrecht sowie die Relativierung der streng individualistischen Rechtskonzeption erlauben heute eine andere Beurteilung.

¹²² Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, 15. Aufl., Tübingen 1960, S. 1324; vgl. auch Koziol, Objektivierung, S. 603.

¹²³ Vgl. vorne II.3.1.1 bei Fn. 58.

¹²⁴ Vgl. Koziol, Haftpflichtrecht, N 5/38.

Sowie bei den anerkannten Fällen der objektivierten Deliktshaftung (dazu Koziol, Objektivierung, S. 608 f.; vgl. auch hinten im Text bei Fn. 129). Koziol (Objektivierung, S. 607) hebt allerdings hervor, bei vertraglichen Schädigungen durch Urteilsunfähige könne dem gesetzlichen Vertreter oft ein Aufsichtsvorwurf gemacht werden, für das der urteilsunfähige Vertragspartner einzustehen habe, so dass der Geschädigte dann doch nicht schutzlos sei. Das trifft dem Grundsatz nach aber auch für das deliktische Verhalten der urteilsunfähigen Person zu: Das aufsichtspflichtige Familienoberhaupt muss gemäss Art. 333 ZGB einstehen (z. B. für Schädigungen durch skifahrende Kinder, welche die erforderlichen Fähigkeiten nicht besitzen). Fehlen einem Schädiger dagegen bloss in einem geringen Masse die verkehrserforderlichen Fähigkeiten (z. B. erwachsener Snowboardanfänger), so würde bei einem subjektiven Verschuldensbegriff der Geschädigte regelmässig leer ausgehen.

¹²⁶ Vgl. Burckhardt, S. 520; Honsell, Gefährdungshaftung, S. 299 f.

¹²⁷ Vgl. Kaser Max, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 220 f.

¹²⁸ S. auch Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 372.

Eine umfassende Subjektivierung des Verschuldens im Deliktsrecht muss abgelehnt werden: In der Diskussion wird oft übersehen, dass auch das österreichische Recht, welches von einem subjektiven Verschuldensbegriff ausgeht, wesentliche Ausnahmen kennt: die Haftung der Sachverständigen gemäss § 1299 ABGB und die Haftung bei Verwendung von gefährlichen Sachen. 129 Viele Tätigkeiten, welche zu Schädigungen führen können, sind nicht schlicht Ausfluss der menschlichen Existenz; insbesondere im Bereich des Verkehrs und der Freizeitaktivitäten setzt man sich im Vertrauen auf die Fähigkeiten der anderen Teilnehmer Gefahren aus. Aber auch ausserhalb dieser Ausnahmen ist eine Objektivierung der Fahrlässigkeit angemessen. ¹³⁰ Dabei gibt nicht so sehr die Unpraktikabilität¹³¹ bzw. die Schwierigkeit eines Beweises von subjektiven Umständen den Ausschlag, 132 sondern die gewandelte Rechtsanschauung, die auf einen verbesserten Schutz des Geschädigten abzielt. 133 Dies basiert nicht zuletzt darauf, dass der Vertrauensgrundsatz auch beim gewöhnlichen Zusammenleben der Menschen seine Bedeutung hat, wie schon Burckhardt feststellte: «Nicht auf mehr oder weniger als ein gewisses normales Verhalten seiner Mitmenschen durfte der Verletzte zählen.» 134 Dass dem Vertrauen im Vergleich zu den Vertragsbeziehungen und sonstigen Sonderverbindungen ein geringeres Gewicht zukommt, kann auch durch andere Haftungskriterien berücksichtigt werden, insbesondere durch eine schwächere Typisierung des Sorgfaltmassstabes¹³⁵ und durch eine mildere Einstandspflicht für Hilfspersonen (dazu vorne II.3.2.1).

3.2.3 Verjährung

Die sehr kurze Verjährungsfrist des geltenden Rechts (Art. 60 OR) schafft für eine deliktische Verantwortung aus Vertrauensbruch bei Sonderverbindungen eine weitere problematische Diskrepanz zur Vertragshaftung.¹³⁶ Dieses Haf-

¹²⁹ S. KOZIOL, Haftpflichtrecht, N 5/39 f.; a. M. P. WIDMER, Traktat, S. 663.

¹³⁰ Kritisch zur Subjektivierung auch Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 371 ff.; vgl. auch das Referat Werro.

¹³¹ Burckhardt, S. 520; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 5 N 66.

¹³² Die Grundlage einer Beweislastumkehr, wie sie Fellmann, Verschuldensbegriff, S. 356, zur Behebung der Beweisschwierigkeiten vorschlägt, wäre allerdings ungesichert.

¹³³ GAUCH, Vereinheitlichung, S. 328.

¹³⁴ BURCKHARDT, S. 521. S. auch Kramer Ernst A., Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Vertrags- und Schadensrecht, AcP 1971, S. 438 f.: Jeder muss das «Risiko seiner individuellen (Rollenabweichung) tragen, damit das berechtigte Vertrauen des Rechtsgenossen auf ein (Normalverhalten) des jeweiligen Sozialpartners nicht enttäuscht wird.»

¹³⁵ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 2755 f.

¹³⁶ S. BerKomm/Kramer, N 141 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; Bas-Komm/Bucher, N 94 zu Art. 1 OR.

tungsdefizit würde allerdings mit der hier vorgeschlagenen Vereinheitlichung der gesamten schuldrechtlichen Verjährung (hinten IV) behoben.

3.3 Haftung aus gesetzlichem Schuldverhältnis

Soll das Haftungsdefizit des Deliktsrechts bei der Einstandspflicht für Hilfspersonen sowie je nach Reformergebnis bei der Verjährung und beim Verschuldenskriterium nicht hingenommen werden – was für eine moderne Rechtsordnung, welche den Geschäftsverkehr nicht behindern will, angebracht ist –, braucht es ein anderes rechtliches Gefäss für die Vertrauenshaftung (sogenannte «dritte Spur zwischen Delikts- und Vertragshaftung»). 137

Dies muss hier nicht im einzelnen untersucht werden, weil kein direkter Zusammenhang mit dem Vorentwurf für die Haftpflichtrechtsrevision besteht. Es genügt anzumerken, dass ein solches Gefäss mit der Rechtsfigur des gesetzlichen Schuldverhältnisses¹³⁸ verfügbar ist. Die Vertrauenshaftung kann somit als Sanktion der Nichterfüllung bzw. Verletzung einer gesetzlichen Loyalitätsobligation aufgefasst werden:¹³⁹ Diese Konzeption hat den unmittelbaren Vorteil, dass nicht (nur)¹⁴⁰ die schädigerfreundlichen deliktischen Haftungsmodalitäten zur Anwendung kommen, sondern grundsätzlich das gleiche Haftungsregime wie für das Vertragsrecht gilt (Art. 97 ff. OR)¹⁴¹ –

¹³⁷ Vgl. statt vieler H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 90 ff.; MünchKomm/Kramer, N 81 der Einleitung in das Schuldrecht. Grundlegend Canaris, Schutzpflichten, S. 84 ff. Dabei ist im schweizerischen Recht zu beachten, dass der Deliktshaftung in Art. 97 ff. und Art. 114 ff. OR nicht eine spezifische «Vertragshaftung», sondern eine Regelung über die Nichterfüllung und das Erlöschen von Obligationen im allgemeinen gegenübergestellt wird (vgl. auch Chappuis, Tiers, S. 229 f.; Loser, Konkretisierung, S. 77 Fn. 28, mit weit. Nachw.; sowie den anschliessenden Text). Die «dritte Spur» bezieht sich daher auf die Dichotomie «Vertrag» und «Delikt», nicht aber notwendigerweise auf die gesetzlich geregelten Haftungsgründe.

Dazu grundlegend Larenz, § 9; sowie Canaris, Positive Vertragsverletzung, S. 475 ff.; vgl. auch BerKomm/Kramer, N 142 ff. der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; Wiegand, Schuldverhältnis, S. 86 ff.; BerKomm/Weber, N 48 f. vor Art. 97–109 OR; Hausheer/Jaun, N 69 zu Art. 2 ZGB; Chappuis, Bonne foi, S. 243 ff.; Yung, S. 167 ff. (obligations légales); Bundesgerichtsentscheid vom 8.6.1998, SJ 1999, S. 113, 117. Das gesetzliche Schuldverhältnis (ohne primäre Leistungspflicht) hat in Deutschland mit § 241 Abs. 2 BGB seit dem 1. Januar 2002 eine positivrechtliche Grundlage erhalten (vgl. MünchKomm/Kramer, N 81 der Einleitung in das Schuldrecht).

Ebenso (für die Haftung aus culpa in contrahendo) bereits Yung, S. 171; sowie (für einen Teil der Vertrauenshaftungsfälle) neuerdings Chappuis, Bonne foi, S. 238 ff.; vgl. auch H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 99.

¹⁴⁰ Eine konkurrierende Haftung für Vertrauensbruch aus Delikt (vgl. vorne II.3.1.2) ist nicht ausgeschlossen, bleibt aber praktisch unbedeutend.

¹⁴¹ Vgl. BerKomm/Kramer, N 141 der Einleitung in das schweizerische OR; BasKomm/Wiegand, N 10 f. vor Art. 97–109 OR; Hausheer/Jaun, N 86 zu Art. 2 ZGB; H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 99 f.; Yung, S. 169; Chappuis, Bonne foi, S. 246; Kren Kostkiewicz, S. 191 ff., 197 f.; Loser, Konkretisierung, S. 77 Fn. 28 mit weit. Nachw.; Berger, Rechts-

d. h. die gesetzliche Regelung für die Nichterfüllung und das Erlöschen von Obligationen. Darüber hinaus wird aber auch eine einheitliche Rechtsgrundlage für die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Vertrauenshaftung geschaffen. Die Gewährung auch von «positivem Vertrauensschutz»¹⁴² durch das Deliksrecht ist zwar nicht ausgeschlossen, zumal der geltende Art. 43 OR offen formuliert ist.¹⁴³ Der Ersatz des Erfüllungsinteresses passt aber nicht recht ins Deliktsrecht, welches auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes (auf Bestandesschutz) und nicht auf Erzielen eines Mehrwerts (auf Veränderung)¹⁴⁴ ausgerichtet ist. Noch problematischer erscheint ein Realerfüllungsanspruch als deliktische Rechtsfolge, weil er keinen Vermögensschaden beim Vertrauenden voraussetzt (z. B. beim Abschluss eines Mietvertrages über eine Ferienwohnung durch Rechtsscheinvollmacht gemäss Art. 33 Abs. 3 OR).

Die Annahme eines gesetzlichen Schuldverhältnisses und gesetzlicher Loyalitätsobligationen beruht auf Lückenfüllung bzw. richterlicher Rechtsfortbildung im Sinne von Art. 1 ZGB. 145 Damit ist klargestellt, dass die einschlägigen gesetzlichen Wertungen berücksichtigt werden müssen und eine Integration in das bestehende Gesamtkonzept des Schuldrechts erforderlich ist durch Herausbildung und Konkretisierung von verschiedenen Haftungsbereichen (vgl. vorne II.2). Dadurch entsteht ein System der Vertrauenshaftung, 146 welches aufgrund der «Zweispurigkeit» des Vertrauensschutzes sowohl den negativen wie auch den positiven Vertrauensschutz umfasst. 147

scheinhaftung, S. 219. Mit Entscheid vom 11.7.2000, 4C.100/2000, E. 4b, hat das Bundesgericht den internationalen Gerichtsstand nach vertraglichen Grundsätzen bestimmt (kritisch dazu unter Hinweis auf engegegengesetzte ausländische Urteile Furrer Andreas/Schramm Dorothee, Zuständigkeitsprobleme im europäischen Vertragsrecht, SJZ 2003, S. 108). Grundsätzlich für vertragliche Modalitäten auch BGE 128 III 324 (329 E. 2.5).

¹⁴² Vgl. vorne II.2 bei Fn. 31.

Ein derartiges Verständnis lag der Vorgängerregelung von 1881 (Art. 51 aOR) zugrunde, zumal sie auch das Erfüllungsinteresse infolge culpa in contrahendo abdecken sollte (vgl. BBl 1880 I, S. 187). Zur Auffangfunktion des Deliktsrechts für Vertragsverletzungen aus historischer Sicht vgl. Winiger, S. 306 f.

¹⁴⁴ Vgl. zu dieser Unterscheidung MünchKomm/Kramer, N 80 der Einleitung in das Schuldrecht.

¹⁴⁵ Vgl. die eingehende Darstellung bei H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 90 ff.; s. auch Kramer, Methodenlehre, S. 150; Hausheer/Jaun, N 81 zu Art. 2 ZGB; Loser, Konkretisierung, S. 77 bei Fn. 26; Berger, Rechtsscheinhaftung, S. 206. Kritisch zur richterlichen Legitimation Chappuis, Confiance, S. 170.

¹⁴⁶ Zum Systemgedanken bei der Vertrauenshaftung eingehend Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491 ff.; sowie Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 304 ff., in kritischer Auseinandersetzung mit der Konzeption eines «beweglichen Systems» des Haftpflichtrechts von Walter Wilburg. Vgl. auch H. P. Walter, Vertrauenshaftung, S. 97; Loser, Konkretisierung, S. 75, 92.

¹⁴⁷ Vgl. die Nachweise vorne bei Fn. 31. «Positiver Vertrauensschutz» sollte nicht mit Rechtsscheinhaftung gleichgesetzt und von der Vertrauenshaftung unterschieden werden (so aber offensichtlich Berger, Rechtsscheinhaftung, S. 207). Auch der positive Vertrauensschutz

4. Problematik der Vereinheitlichung mit dem Vertragsrecht

Stellt das Deliktsrecht kein angemessenes Haftungsregime für die Verantwortung aus Vertrauensbruch bei Sonderverbindungen dar, so erweist sich der Vorentwurf noch in einem weiteren Punkt als problematisch.

In Art. 42 VE-OR wird die teilweise Integration der Vertragshaftung in die Deliktshaftung vorgeschlagen (ausgenommen sind die Nichterfüllung und die verspätete Erfüllung). ¹⁴⁸ Dies müsste dazu führen, dass die Vertrauenshaftung auch bei einer nicht-deliktischen Konzeption dem deliktischen Haftungsregime untersteht: Auf das gesetzliche Schuldverhältnis (welches der Haftung bei Vertragsverhandlungen bzw. der Vertrauenshaftung zu Grunde liegt) ¹⁴⁹ ist die Integrationsregelung des Vorentwurfs zwar nicht direkt anwendbar; ihre Verletzung wird aber entweder durch eine weite Interpretation des Begriffs «vertragswidriges Verhalten» in Art. 42 und 46 VE-OR oder über die – allerdings allzu eng gefasste ¹⁵⁰ – Verweisungsnorm von Art. 99 Abs. 3 VE-OR (welche materiell dem geltenden Art. 99 Abs. 3 OR entspricht) von der Deliktshaftung erfasst.

Die (teilweise) Vereinheitlichung der Vertragshaftung mit der Deliktshaftung ist daher, abgesehen von den problematischen Konsequenzen, welche sich für das Vertragsrecht ergeben, 151 auch unter dem Aspekt der Vertrauenshaftung abzulehnen. 152 – Zum Vertragsrecht sei hier nur soviel angemerkt: Die für die Vertrauenshaftung festgestellten Defizienzen des deliktischen

kann in einer Schadenersatzhaftung bestehen (vgl. Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR). Zudem liegt dem positiven Vertrauensschutz nicht immer der Schein einer Rechtslage zugrunde, sondern etwa auch ein besonders widersprüchliches Verhalten (vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 273 ff., 528 ff.; sowie vorne II.2 bei Fn. 40 und 41). Schliesslich entspricht es gängiger Bundesgerichtspraxis, auch die Fälle der Rechtsscheinhaftung und des «positiven Vertrauensschutzes» in die Kategorie der Vertrauenshaftung einzuordnen (BGE 120 II 197; Bundesgerichtsentscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, 387; Bundesgerichtsentscheid vom 14.5.2002, Pra 2002 Nr. 171).

¹⁴⁸ Dazu die instruktiven historischen Ausführungen bei WINIGER, S. 305 ff.

¹⁴⁹ Vgl. vorne bei Fn. 138.

¹⁵⁰ S. GAUCH, Vereinheitlichung, S. 335.

S. insbesondere die Kritik von Petitpierre, S. 283 ff.; Gauch, Vereinheitlichung, S. 315 ff. Fellmann Walter, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht? Einige Gedanken zu Art. 13 des Vorentwurfes für eine Revision des Haftpflichtrechtes vom 4. April 1996, recht 1997, S. 102 ff.; Koller Thomas, Gravierende Eingriffe ins Vertragsrecht, Kritische Gedanken zur Revision des Haftpflichtrechts, in: NZZ vom 16.3.2001, S. 16; Schmid Jörg, Folgen der Nichterfüllung, in: Peter Gauch/Schmid Jörg, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 306 ff.; BerKomm/Weber, N 63 ff. vor Art. 97–109 OR; Winiger, S. 308 f.; Portmann, Revision, S. 328 ff. Die (teilweise) Integration ist auch politisch nicht konsensfähig, wie die Vernehmlassungen zu Art. 42 VE-OR zeigen. Vgl. zudem das Referat Chappuis.

¹⁵² Vgl. auch Gauch, Vereinheitlichung, S. 37; St. Weber, S. 274 ff.; Immenhauser, S. 56 f.; Hausheer/Jaun, N 68 zu Art. 2 ZGB.

Haftungsregimes gelten a fortiori für die Verantwortung aus Verträgen als besonders ausgeprägte Form der rechtlichen Sonderverbindung. Zudem werden durch die Aufspaltung der vertraglichen Leistungsstörungen neue Unterschiede in der Haftung geschaffen, was zu heiklen Abgrenzungsfragen (innerhalb des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und im Verhältnis zum Besonderen Teil des Obligationenrechts) führt. Diese Aufspaltung ist aber auch aus einem anderen Grund bedenklich. Das Vertragsrecht soll europaweit vereinheitlicht werden. ¹⁵³ Dabei besteht ein Trend zu einem einheitlichem Leistungsstörungsrecht. ¹⁵⁴ Der Vorschlag einer teilweisen Integration der Vertragshaftung in die Deliktshaftung steht daher quer zu den internationalen Entwicklungen und würde einen schweizerischem Sonderweg begründen. ¹⁵⁵

5. Regelungsvorschlag

Die vorgeschlagene Formulierung «Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben» in Art. 46 Abs. 2 VE-OR ist zu offen und daher abzulehen (vgl. vorne II.2). Eine deliktische Vertrauenshaftung könnte auch ohne gesetzliche Verankerung begründet werden (vgl. vorne II.3.1.2); das Deliktsrecht stellt aufgrund seiner schädigerfreundlichen Haftungsmodalitäten aber kein angemessenes Haftungsregime für die Verantwortung aus Vertrauensbruch im Fall von Sonderverbindungen dar (vgl. vorne II.3.2). Zusammen mit den weiteren Erkenntnissen in diesem Teil des Referates – weder der traditionelle zweigliedrige Rechtswidrigkeitsbegriff noch eine andere Rechtswidrigkeitskonzeption ist im Gesetz zu positivieren (vorne II.3.1.2) und von der Integration der Vertragsverletzung in das Deliktsrecht ist abzusehen (vorne II.4) – ergibt sich folgender kurzer Regelungsvorschlag:

Auf eine Umschreibung der Rechtswidrigkeit im Gesetz ist zu verzichten. Die bisherige Lösung (welche lediglich die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung bezeichnet und eine ergänzende Haftungsregelung für absichtliche Schädigungen vorsieht) soll bestehen bleiben.

Nach Anregungen durch das Europäische Parlament hat am 12. Februar 2003 die Europäische Kommission einen Aktionsplan zur Schaffung eines kohärenten europäischen Vertragsrechts vorgelegt (http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_de.pdf); s. dazu Heutger Viola, Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht, in: Jusletter vom 17. Februar 2003. Zu den verschiedenen Bestrebungen im Hinblick auf ein vereinheitlichtes Privatrecht vgl. Kramer Ernst A., Die Europäisierung des Privatrechts, recht 2001, S. 102 ff.; Schlechtriem, S. 213 ff.; Kotz Hein, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S. 259 ff.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 8:101 der European Principles of Contract Law (dazu Lando/Beale, Comment A und Note 1 zu Art. 8:101); sowie die Regelung von Art. 7.1 der UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts.

¹⁵⁵ Zu dieser Problematik vgl. hinten IV.1 bei Fn. 355.

III. Verursachung

Die folgenden Ausführungen betreffen:

- Art. 47 und 47aVE-OR (Ursachenzusammenhang)
- Art. 52 und 52 a VE-OR (Bestimmung der Ersatzleistung)
- Art. 53a, 53b und 53c VE-OR (Haftungskollision und Haftungskonkurrenz)
- Art. 56c bis 56h VE-OR (Verfahren und Beweis)

1. Vorbemerkung

a) Haftungsfragen im Zusammenhang mit der Verursachung stellen sich in verschiedener Hinsicht. Dabei geht es aber nur teilweise um eigentliche Kausalitätsprobleme.

Ein echtes Kausalitätsproblem liegt im Falle eines unsicheren Kausalzusammenhangs vor, wo eine oder mehrere weitere Schadensursachen in Frage kommen. Der Vorentwurf hat diese Problematik im Abschnitt über verfahrensrechtliche Massnahmen aufgegriffen (Art. 56d Abs. 2 VE-OR). Der Sache nach geht es aber bei der Reduktion der Beweisanforderungen sowie bei der Ersatzbemessung nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad um materielles Haftungsrecht, 156 nämlich um eine Abschwächung der Haftungsvoraussetzung «Kausalität». Die Haftung bei unsicherem Kausalzusammenhang soll daher getrennt von anderen «Verfahrensfragen» (dazu hinten III.5) in einem separaten Abschnitt untersucht werden (hinten III.2).

Demgegenüber betrifft die Frage nach der vollen, teilweisen oder fehlenden Relevanz von Ursachen, welche bei der Schädigung mitgewirkt haben, nicht ein Kausalitätsproblem, sondern ein Zurechnungsproblem. Die sich im Zusammenhang mit solcher Teilkausalität ergebenden Haftungsfragen werden in den Abschnitten über die Begrenzung der Zurechnung (hinten III.3) und über die Mehrheit von Haftungen (hinten III.4) untersucht. Ihre Behandlung in einem Kapitel über die Verursachung rechtfertigt sich, zumal es um die Bedeutung einer Mehrheit von Ursachen geht.

Vom Vorentwurf zu Recht nicht erfasst werden die Haftungsprobleme, die sich daraus ergeben, dass eine weitere Ursache gleichzeitig oder später zum gleichen Schaden geführt hätte. Diese Fallkonstellationen können unter dem Begriff «hypothetische Verursachung» zusammengefasst werden, wobei alle jene Umstände hypothetisch kausal für einen Schaden sind, welche, «insgesamt weggedacht, auch den Schaden entfallen liessen, während bei Bestehenlassen jeweils eines einzelnen von ihnen sich am Schaden nichts ändert». 157

¹⁵⁶ Vgl. Stoll Hans, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 1976, S. 145 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Bydlinski, S. 65 ff. (Zitat auf S. 70).

Die strikte Anwendung der Bedingungsformel («conditio sine qua non») würde hier zur Ablehnung jeder Haftung führen. Ob sich dies unter wertenden Gesichtspunkte rechtfertigt, ist aber nicht als ein Problem des natürlichen Kausalzusammenhangs anzusehen, sondern im Bereich des (normativ verstandenen) Schadensbegriffs anzusiedeln. ¹⁵⁸ Dies gilt sowohl für Fälle der sogenannt «überholenden Kausalität» bzw. des «hypothetischen Schadensverlaufs», 159 wo die Umstände zumindest hypothetisch zeitlich nacheinander zum Schaden führen, wie auch für den Grenzfall der «kumulativen» Kausalität, wo die Schadenswirkung gleichzeitig eintritt. 160 Die gleichzeitige Verursachung mag in gewissen Fällen zutreffen; der tatsächliche Kausalverlauf ist aber oft anders. In Wirklichkeit dürfte eine zeitliche Verschiebung die Regel sein, so dass eine Allein- und eine Reserveursache vorliegen: überholende Kausalität mit «Zeitzweifel». 161 Diese Ähnlichkeit rechtfertigt, die beiden Konstellationen grundsätzlich gleich zu behandeln. Dabei dürfte es entgegen der überwiegenden schweizerischen Lehre¹⁶² wertungsmässig richtig sein, bei «überholender» wie auch bei «kumulativer» Kausalität den Einwand der Reserveursache im Regelfall bis zum Zeitpunkt der Abrechung zuzulassen¹⁶³ - unter Vorbehalt der hypothetischen Verantwortlichkeit eines Dritten. 164 Die

¹⁵⁸ Guhl/Koller, § 10 N 46; Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.05; Rey, N 606; Gauch, Grundbegriffe, S. 230.

¹⁵⁹ Zu diesem Begriff Esser/Schmidt, § 33 IV.

Die schweizerische Lehre verwendet den Begriff «hypothetische Kausalität» oft enger unter Ausschluss der «kumulativen» Kausalität (vgl. Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.01, 21.04), wobei dann teilweise noch zwischen «hypothetischer» und «überholender» Kausalität unterschieden wird (Rey, N 604 ff., 609, 612; BerKomm/Brehm, N 147 ff. zu Art. 41 OR). Das gemeinsame all dieser Konstellationen liegt aber wie dargelegt darin, dass jede Ursache den Schadenseintritt für sich allein bewirkt hätte.

¹⁶¹ Vgl. Loser, Kausalitätsprobleme, S. 101, mit weit. Nachw.

Die Auffassungen sind allerdings nicht einheitlich. Reserveursachen werden aber zumeist nur berücksichtigt, wenn sie sich bereits im Verletzungszeitpunkt manifestiert bzw. wenn sie als «Anlage» zu einer Wertverminderung geführt haben (vgl. eingehend Rey, N 604 ff.; sowie die Übersicht bei Wyss, S. 318 ff.; s. auch Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.04 ff.; Weber Stephan, Zurechnungs- und Berechnungsproblme bei der konstitutionellen Prädisposition, SJZ 1989, S. 77). Das Bundesgericht spricht sich für eine wertende Beurteilung aus (vgl. BGE 115 II 440, 445).

¹⁶³ So bereits B. v. Buren, S. 72; vgl. auch Kramer, Kausalität, S. 302 f.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 95 ff., 97; Studhalter, S. 135 ff., 141. Zur kumulativen Kausalität Loser, Kausalitätsprobleme, S. 102 f.; abweichend Keller/Gabi, S. 22; vgl. auch Rey, N 618 ff.

Vgl. dazu ausführlich Studhalter, S. 143 ff.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 90 f. Bei der «überholenden» Kausalität ist die Reserveursache im Gegensatz zur «kumulativen» Verursachung mit Sicherheit nicht kausal geworden, so dass eine Haftung dafür ausscheidet: vgl. Wyss, S. 319; Kramer, Kausalität, S. 303 f.; Keller/Gabi, S. 23; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 95. A. M. im Sinne von solidarischer Haftung aber B. v. Büren, S. 73 f.; Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/75 ff., im Anschluss an Bydlinski, S. 65 ff., 94 ff. Ein anderes Ergebnis kann sich allenfalls aufdrängen, wenn die Reserveursache bereits zu einer Werteinbusse geführt hat: vgl. Deutsch, N 181.

Lösung dieser komplexen Fragen sollte aber der Lehre und Rechtsprechung überlassen werden, so dass sich eine gesetzliche Regelung nicht aufdrängt.

Ebenfalls kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht für den eng damit verwandten Einwand des «rechtmässigen Alternativverhaltens». 165 Auch hier geht es im übrigen um eine wertende Begrenzung der Haftung und nicht um ein Kausalitätsproblem, soweit der Schaden durch aktives Tun verursacht wurde. Hat der in Anspruch Genommene hingegen eine Unterlassung begangen, entfällt eine Haftung schon wegen fehlendem Kausalzusammenhang, wenn der Schaden auch bei pflichtgemässem Verhalten entstanden wäre. 166

b) Teilweise wird im Zusammenhang mit den hier dargestellten Problemen von «multikausalen Schädigungen» gesprochen. 167 Dieser Begriff ist aber nicht unproblematisch, weil letztlich «alle Schäden nicht nur auf eine, sondern verschiedenste konkurrierende Ursachen, auf ein ganzes «Ursachenbündel» zurückzuführen sind.» 168 Er sollte daher begrenzt werden auf Schädensfälle, in denen zumindest auf der Schädigerseite eine Mehrzahl von rechtlich relevanten Ursachen in irgendeiner Weise involviert sind, sei es durch ihren psychischen Beitrag (Mittäter, Teilnehmer), durch ihr tatsächliches, teilweises Mitwirken an der Entstehung des (Gesamt-) Schadens oder durch ihre hypothetische bzw. wenigstens mögliche Eignung zur Schadensverursachung. 169

2. Unsicherer Kausalzusammenhang

2.1 Haftung für bloss wahrscheinliche Verursachung?

a) Nach der Konzeption des geltenden Rechts muss der Kausalzusammenhang vom Geschädigten zur Überzeugung des Richters bewiesen werden. Angesichts der ausgeprägten Schwierigkeiten der Beweisführung gewähren die Gerichte dem Anspruchsteller aber regelmässig Beweiserleichterungen. So kann es nach der bundesgerichtlichen Praxis und herrschender Lehre im

¹⁶⁵ Dazu Rey, N 644 ff., mit weit. Nachw.; Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.07; Koller, Haftung des Arztes, S. 1 ff., 19 ff.

¹⁶⁶ S. jüngst Koziol, Kausalzusammenhang, S. 85 f.; eingehend Kramer, Kausalität, S. 295 ff.; vgl. auch Studhalter, S. 243 ff., 246; Wyss, S. 322. Aus der Rechtssprechung BGE 122 III 229, 234.

Vgl. den Tagungsband Fenyves Attila/Weyers Hans-Leo (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988; Brüggemeier Gert, Die Haftung mehrerer im Umweltrecht. Multikausalität – Nebentäterschaft – «Teilkausalität», in: Umweltund Technikrecht, Band 12, Düsseldorf 1990, S. 261 ff.; Feess Eberhard, Haftungsregeln für multikausale Umweltschäden, Marburg 1995.

¹⁶⁸ KRAMER, Multikausale Schäden, S. 56.

¹⁶⁹ Vgl. Loser, Kausalitätsprobleme, S. 27 ff.

Einzelfall genügen, dass der Kausalzusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist. ¹⁷⁰ Teilweise hilft auch ein Anscheinsbeweis. ¹⁷¹

Demgegenüber muss der Geschädigte bei alternativer Verursachung, wo zwei oder mehrere Täter gleichermassen für die Schädigung in Frage kommen, leer ausgehen. 172 Dies ist von der Lehre verschiedentlich kritisiert worden. Teilweise wird sogar gefordert, dass bei alternativem Zufall, wo also neben einem schuldhaft und rechtswidrig handelnden Täter eine Ursache aus dem Risikobereich des Geschädigten in Frage kommt, eine anteilige Haftung eingreifen sollte – dies insbesondere wenn sich Schädigungen von mehreren Personen zumindest statistisch gesehen einem oder mehreren Schädigern zuordnen lassen, was im Bereich der Umweltschäden und der Schädigung durch toxische Stoffe durchaus eintreten kann; 173 oder wenn dem Geschädigten durch die rechtswidrige und schuldhafte Handlung Gewinn-, Prozess- oder Heilungschancen vernichtet worden sind. 174

- b) Der Vorentwurf möchte in diesem Zusammenhang zwei rechtliche Behelfe zur Verfügung stellen (Art. 56d Abs. 2 VE-OR). Zum einen darf sich das Gericht bei Beweisschwierigkeiten mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen. Ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen. Die vorgeschlagene Regelung wirft aber mehrere Fragen auf:¹⁷⁵
- Zunächst ist nicht klar, ob die Regelung nur auf den Beweis des Schadens und des Kausalzusammenhangs anwendbar ist. Die systematische Stellung innerhalb von Art. 56d VE-OR würde dies an sich nahe legen. Zudem erwähnt der erläuternde Bericht, dass nur der Schaden und die natürliche Kausalität beweisbar sind, nicht aber die rechtliche Kausalität, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden. Weiter hinten wird demgegenüber ausgeführt, 177 die Beweiserleichterung gelte auch für andere Fragen, z. B. die

¹⁷⁰ Vgl. A. Keller, S. 100; BerKomm/Brehm, N 117 zu Art. 41 OR; BGE 107 II 269 (273 E. 1b); weit. Nach. zur Rechtsprechung bei Loser, Kausalitätsprobleme, S. 162 ff.

¹⁷¹ VOGEL/SPÜHLER, 10 N 26a; vgl. auch Offinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 35. Einschränkend G. Walter, Vorentwurf, S. 655 f.

¹⁷² BerKomm/Brehm, N 145 zu Art. 41 OR.

¹⁷³ Vgl. die jüngst wieder aufgeworfene Frage nach dem Schädigungspotential bei Benutzung von mobilen Telefonen (dazu NZZ vom 10.12.2002, Beilage, S. 9).

Zur Wahrscheinlichkeitshaftung (Ersatzbemessung nach Wahrscheinlichkeit) vgl. Kramer, Multikausale Schäden, S. 90 f.; Quendoz, S. 43 ff., 90 ff.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 199 ff.; eingehend Loser, Schadenersatz, S. 954 ff., 965 ff.; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 127 f., 131; Müller-Chen, S. 238; Romerio, S. 189 ff.; Roberto, Schadensrecht, S. 65 f.; Nigg, S. 36 f.; Rey, N 624; Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.08; Roberto, Haftpflichtrecht, N 174 ff.; A. Keller, S. 77 f., 104 f.

¹⁷⁵ Vgl. auch die Kritik bei G. WALTER, Vorentwurf, S. 655 ff.; NIGG, S. 37 ff.

¹⁷⁶ Bericht Vorentwurf, S. 241.

¹⁷⁷ Bericht Vorentwurf, S. 243 f.

- Zustimmung des Geschädigten, sein schweres Verschulden oder die Mangelhaftigkeit eines Produktes.
- Die Bestimmung lässt sodann offen, ob der Richter auch bei den schon heute anerkannten Fällen einer Beweiserleichterung – wo er sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit begnügen darf – statt vollen nur noch teilweisen Ersatz gewähren soll. Dies würde die Stellung des Geschädigten gegenüber der geltenden Rechtslage erheblich schwächen.
- Und unklar bleibt, was unter einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit verstanden werden muss. 178 Offensichtlich etwas anderes – und wohl weniger - als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit; jedenfalls aber mehr als die blosse Möglichkeit. Soll damit dem Richter auch bei nicht mehr überwiegender Wahrscheinlichkeit gestattet sein, vollen Ersatz zuzusprechen? Die Problematik der vorgeschlagenen Regelung und der Formulierung «einleuchtende Wahrscheinlichkeit» liegt darin begründet, dass sie zwei verschiedene Anliegen berücksichtigen soll: (1) zum einen die allgemeine Beweismassreduktion mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und vollem Ersatz; (2) zum anderen die Möglichkeit einer Schadenersatzbemessung nach Wahrscheinlichkeit. Für letzteres darf die Wahrscheinlichkeit auch unterhalb der 50 %-Schwelle liegen, so dass nicht von einer «überwiegenden» Wahrscheinlichkeit gesprochen werden kann. Zudem könnte es unter besonderen Verhältnissen gerechtfertigt sein, bloss anteiligen Ersatz auch bei einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% zuzusprechen. Das Beweismass muss für eine Wahrscheinlichkeitshaftung daher flexibel sein. Damit ist aber auch der Begriff «einleuchtende» Wahrscheinlichkeit ungeeignet.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die Entstehungsgeschichte der Haftpflichtregelung bei der Gen-Lex-Vorlage in den eidgenössischen Räten. Im Nationalrat (2. 10. 2002; AB 2002 N 1586 ff.) ist ein Kommissions-Mehrheitsantrag auf Einführung eines Beweismasses der «einleuchtenden Wahrscheinlichkeit» sowie der Möglichkeit einer Ersatzbemessung nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad – beides in Anlehnung an den Vorentwurf Haftpflichtrecht – gescheitert zugunsten des Minderheitsantrages auf «überwiegende Wahrscheinlichkeit» bei sämtlichen Haftungsvoraussetzungen. Der Ständerat (5. 12. 2002; AB 2002 S 1149) hat in der Folge den Anwendungsbereich für «überwiegende Wahrscheinlichkeit» auf den Kausalzusammenhang beschränkt. Ein Minderheitsantrag zugunsten bloss «einleuchtender Wahrscheinlichkeit» hatte von vornherein keine Chance (14. 6. 2001; AB 2001 S 327 ff.).

c) Ist es überhaupt richtig, eine Regelung für unsichere d. h. bloss wahrscheinliche Verursachung im Gesetz zu verankern? Und wie müsste diese Regelung ausgestaltet sein?

¹⁷⁸ S. insbesondere die Kritik von Walter, Vorentwurf, S. 656; vgl. auch St. Weber, S. 279.

2.1.1 Beweiserleichterung

Die Möglichkeit einer Beweiserleichterung durch Beweismassreduktion¹⁷⁹ bzw. Anscheinsbeweis entspricht wie erwähnt herrschender Lehre und Rechtsprechung. Mit der flexiblen Praxis konnten bisher durchaus angemessene Resultate erzielt werden. Eine Kodifikation im Obligationenrecht ist weder erforderlich noch angebracht. Als isolierte haftpflichtrechtliche Regelung könnte die Beweiserleichterung zudem Rechtsunsicherheit hervorrufen.¹⁸⁰

2.1.2 Wahrscheinlichkeitshaftung

- a) Eine allgemeine Haftung für bloss wahrscheinliche Verursachung könnte zu einer Verdachtshaftung führen und das Konzept des Haftungsrechts sprengen: letztlich wohl ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsmässig gewährleistete Eigentumsgarantie.¹⁸¹ Eine Wahrscheinlichkeitshaftung¹⁸² lässt sich daher nur in besonderen Konstellationen rechtfertigen:¹⁸³
- Dabei ist an den Fall zu denken, dass gleichartige Schäden, deren exakte Ursache sich im Einzelfall nicht klären lässt, in grosser Zahl auftreten und ein genügend sicherer statistischer Zusammenhang zwischen der an sich haftbar machenden Verhaltensweise einer bestimmen Person (z. B. eines Schadstoffemittenten oder eines Produkteherstellers) und den Schädigungen besteht. Bei einer sich vom einzelnen Schadensfall lösenden Gesamtschau kann hier mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass alle Schädigungen auf Ursachen im Risikobereich der Geschädigten beruhen. Vielmehr macht die erweiterte Sicht deutlich, dass der «gefährlich» Handelnde in bestimmtem Umfang geschädigt hat dabei sind auch individuelle Faktoren auf der Seite des Geschädigten zu berücksichtigen (wie z. B. die Exposition gegenüber einem Schadstoff), was zu erheblichen praktischen Problemen führen kann. 184

¹⁷⁹ Dazu im allgemeinen Walter Gerhard, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, S. 206 ff.; zum Beweis der Verursachung Loser, Kausalitätsprobleme, S. 236 ff.

¹⁸⁰ Wäre es dem Richter noch gestattet, Beweiserleichterungen in anderen Bereichen zu gewähren?

¹⁸¹ Vgl. die Vernehmlassung der Universität Zürich, MEIER, zu Art. 56d VE-OR. Die Möglichkeit einer Ersatzbemessung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit hat in der Vernehmlassung nur (aber immerhin) wenig Befürworter gefunden.

¹⁸² Zum Konzept der Wahrscheinlichkeitshaftung vgl. Loser, Schadenersatz, S. 945 ff.; sowie die Nachweise vorne in Fn. 174.

¹⁸³ Vgl. auch St. Weber, S. 279.

¹⁸⁴ Dazu eingehend Romerio, S. 206 ff.; vgl. auch Schwenzer, Obligationenrecht, N 21.08; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 251, 257; Nigg, S. 37 f.

Für die statistisch ermittelten Schadensfälle würde die vollständige Haftungsbefreiung dem deliktsrechtlichen Grundsatz casum sentit dominus (der Geschädigte muss den «Zufall» tragen) widersprechen. Umgekehrt belastet die Ersatzpflicht im Umfang dieser Fälle den Haftenden nicht mit blossen Zufallsereignissen. Es darf ihm daher nicht zum Glücksfall werden, dass er durch sein Verhalten mehrere Personen, d. h. selbstständige rechtliche Individuen verletzt hat, statt etwa mehrere Tiere oder Sachen einer einzigen Person. Zwar mag nicht vollständig zu befriedigen, wenn jeder Kläger bloss einen anteiligen Ersatzanspruch erhält; als kleineres Übel ist das aber dem vollständigen Haftungsverzicht vorzuziehen. Vor allem sprechen für diese Lösung auch gewichtige ökonomische Überlegungen: Jedes andere Ergebnis – sowohl die Haftungsfreistellung wie auch eine allfällige volle Verantwortung aufgrund pauschaler Beweiserleichterungen – führt zu krass falschen wirtschaftlichen Anreizen für das schädigende Unternehmen. Die Wahrscheinlichkeitshaftung bewirkt demgegenüber eine einigermassen korrekte Internalisierung von externen Kosten, welche sonst auf der Allgemeinheit lasten und zu einer Marktstörung führen können.185

Unter diesem Aspekt liesse sich eine Wahrscheinlichkeitshaftung sogar rechtfertigen, wenn die Verhaltensweise einer bestimmten Person nicht zu einer grossen Anzahl von Schädigungen führt, wo zumindest statistisch einzelne Opfer dem Schädiger zugeordnet werden können, sondern wenn wegen der geringen Zahl der Betroffenen der aufgetretene Schadensfall «innerhalb der Statistik» bleibt.

Beispiel: X wird krebskrank, nachdem er zusammen mit 10 anderen Personen von einer Trinkwasserverschmutzung betroffen worden ist. Der Kontakt mit dem emittierten Schadstoff führt gemäss epidemiologischen Untersuchungen bei 1 von 50 Personen zum Krebstyp des X. Die gleiche Krebsart tritt aus natürlichen Gründen bei 1 von 100 Personen auf.

Haben andere Personen in ähnlicher Weise gefährlich gehandelt, so könnte man in einer erweiterten Gesamtschau wiederum eine (statistische) Zuordnung der Opfer vornehmen – nicht zu einem einzelnen Schädiger, sondern zu einer bestimmten Handlungsweise der möglichen Schädiger insgesamt, welche eine spezifische, statistisch ermittelbare Schädlichkeit aufweist.

 Eine anteilige Haftung erscheint im Ergebnis auch angemessen, wenn eine Person schuldhaft, rechtswidrig und konkret gefährlich gehandelt hat, so dass bei einer isolierenden Betrachtung die Kausalität der schadensgeeigneten Handlung als höchst wahrscheinlich und daher grundsätzlich als er-

Zur ökonomischen Bewertung von Haftungsregeln und Kausalitätsgrundsätzen vgl. Schäfer Hans-Bernd/Ott Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Berlin 2000; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 65 ff., 248 ff.

- wiesen angenommen werden müsste; der Beweis aber scheitert, weil ein weiteres Ereignis aus dem Risikobereich des Geschädigten bekannt ist, das als Schadensursache ebenfalls ernsthaft in Frage kommt.¹⁸⁶
- In Betracht kommen auch Fälle, wo durch die pflichtwidrige Handlung (oder Unterlassung) dem Betroffenen die *Chance vereitelt* wird, ein für ihn günstiges Ergebnis zu erreichen, insbesondere einen Prozess zu gewinnen oder eine Krankheit zu überwinden.
- b) Die exakte Regelung derartiger Konstellationen samt den einschlägigen Haftungsvoraussetzungen im Gesetz ist weder möglich noch sinnvoll. Letztlich würden damit bloss Unklarheiten und Widersprüche hervorgerufen, weil nicht alle Probleme erfassbar sind und weil die Angemessenheit der Haftung im Zeitablauf verschieden beurteilt werden kann. Anderseits wäre es gefährlich, eine allgemeine Generalklausel für die Wahrscheinlichkeitshaftung zu verankern in der Hoffnung, der Richter möge die Grenzlinien selber richtig ziehen. Eine solche Regelung verleitet zur Haftungsausdehnung; sie öffnet zumindest theoretisch den Weg zu einer allgemeinen Verdachtshaftung. So erstaunen denn die weitverbreiteten rechtspolitischen Bedenken nicht, welche im Vernehmlassungsverfahren gegenüber der vorgeschlagenen offenen Regelung von Art. 56 Abs. 2 VE-OR geäussert worden sind.

Damit bliebe nur die Möglichkeit einer limitierten Generalklausel, welche dem Richter den Ausnahmecharakter einer Wahrscheinlichkeitshaftung vor Augen führt (z. B. «ausnahmsweise und unter besonderen Umständen»). M. E. ist aber vorzuziehen, die gesetzliche Regelung auf den weniger problematischen Bereich der unsicheren Verursachung zu beschränken: die Haftung von mehreren alternativ kausalen Schädigern (dazu sogleich III.2.2.a), ¹⁸⁷ und die Lösung der übrigen Konstellationen der Lehre und Rechtsprechung zu überlassen. Eine angemessene Weiterentwicklung über die gesetzliche Regelung hinaus erscheint durchaus möglich (vgl. hinten III.2.2.b/c), insbesondere wenn das Gesetz mit der Haftung von Alternativtätern eine Haftungsvorschrift für unsichere Verursachung und Ersatzbemessung nach Wahrscheinlichkeit ausdrücklich vorsieht. Der rechtsfortbildend tätige Richter ist aber dem «judicial restraint» unterworfen, was der Tendenz nach eine Ausuferung der Wahrscheinlichkeitshaftung verhindert.

¹⁸⁶ Vgl. LARENZ/CANARIS, § 82 II 3c; KOZIOL, Haftpflichtrecht, N 3/38.

¹⁸⁷ Ähnlich auch der Vorschlag des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) in seiner Vernehmlassung zu Art. 56d VE-OR.

¹⁸⁸ Vgl. die Nachweise vorne bei Fn. 95.

2.2 Regelungsvorschlag für alternative Kausalität

- a) Nach (noch) überwiegender Lehre muss der Geschädigte leer ausgehen, wenn bei mehreren möglichen Gesamtursachen feststeht, dass nur eine einzige tatsächlich zum Schaden geführt hat, sich jedoch nicht feststellen lässt, welche es war. ¹⁸⁹ Zunehmend wird aber vorgeschlagen, bereits de lege lata eine Haftung zu bejahen. ¹⁹⁰ In Deutschland ist die Haftung in § 830 I 2 BGB gesetzlich vorgeschrieben. In Österreich hat der Oberste Gerichtshof rechtsfortbildend die Haftung von Alternativtätern anerkannt. ¹⁹¹ De lege ferenda ist es richtig, die Haftung der alternativ kausalen Schädiger im schweizerischen Haftpflichtrecht zu verankern.
- Allerdings sollte man bei einer solchen Regelung im Gegensatz zur deutschen und österreichischen Lösung nicht die solidarische Haftung ¹⁹² der möglichen Schädiger einführen, sondern eine anteilige Haftung gemäss den massgeblichen Wahrscheinlichkeitsquoten. Bei bloss möglicher Verursachung erscheint es angemessen, dass der Geschädigte das Durchsetzungsrisiko gegenüber den übrigen möglichen Schädigern trägt. ¹⁹³
- Letzteres gilt nur soweit, als die alternative Verursachung nicht mit einem gemeinsamen Verschulden verbunden ist. Bei derart gemeinschaftlicher Schädigung sollte wie bisher¹⁹⁴ jeder für den vollen Schaden einstehen müssen. Das ergibt sich an sich bereits aus der zumindest psychischen Verbindung jedes Beteiligten zur Schadensverursachung. Zur Klarstellung empfiehlt sich aber, einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen.
- In der Lehre wird gefordert, dass der Haftpflichtige einen spezifischen Bezug auf den Schaden haben muss. Dabei ist man sich darüber einig, dass es weniger auf den räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang der möglichen Schadenshandlungen ankommt als auf deren konkrete Eignung für die Herbeiführung des Schadens bzw. auf die konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Vgl. Rey, N 621 ff.; GAUCH, Grundbegriffe, S. 230.

¹⁹⁰ Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 123 ff.; Honsell, Haftpflichtrecht, § 3 N 67; Rey, N 624; Roberto, Haftpflichtrecht, N 173; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 238 ff. De lege ferenda auch Quendoz, S. 82 f.

¹⁹¹ Vgl. die Nachweise bei Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/29 ff.

Diese Lösung ergibt sich aber de lege lata, wenn eine Analogie zu Art. 50 OR oder eine Beweislastumkehr angenommen wird (vgl. Honsell, Haftpflichtrecht, § 3 N 67; Roberto, Haftpflichtrecht, N 173; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 239 f.).

¹⁹³ Vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 114; zustimmend Rey, N 624; vgl. auch die Bedenken aus deutscher und österreichischer Sicht bei Larenz/Canaris, § 82 II 1c; sowie Koziol, Kausalzusammenhang, S. 103. Ebenso jetzt der Vorschlag der European Group on Tort Law [«Tilburg Group»] in Art. 3:103 Abs. 1 der Principles [dazu hinten V bei Fn. 478]).

¹⁹⁴ Vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 121.

¹⁹⁵ Vgl. Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/31, mit weit. Nachw.; Larenz/Canaris, § 82 II 2b/c; Quendoz, S. 55 f.; Loser, Kauslitätsprobleme, S. 241.

Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, sollte der Lehre und Rechtsprechung überlassen werden. Im Gesetzestext genügt es, (in Anlehnung an das deutsche Recht) das Erfordernis des spezifischen Bezugs durch den Begriff der «Beteiligung» zum Ausdruck zu bringen.

Die Höhe der Haftungsquoten bestimmt sich nach der Höhe der Verursachungswahrscheinlichkeit des jeweiligen Haftpflichtigen. Kann sie statistisch festgelegt werden, ist darauf abzustellen. Wo das nicht der Fall ist, muss die Wahrscheinlichkeit vom Richter geschätzt werden¹⁹⁶ – entsprechend der Regelung über die Bestimmung der Schadensgrösse gemäss Art. 42 Abs. 2 OR. Im Zweifelsfall sind die Quoten gleichmässig zu bestimmen.

Daraus ergibt sich folgender Vorschlag für eine Haftungsregelung: 197

Lässt sich nicht ermitteln, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, so haften die Beteiligten anteilig. Der Richter kann die Wahrscheinlichkeit der Verursachung nach seinem Ermessen abschätzen. Mittäter, Anstifter und Gehilfen haften solidarisch.

b) Die Haftungsregelung ist anwendbar nicht nur bei mehreren möglichen Schädigern, sondern – was bei Schädigungen durch toxische Stoffe oder der Umwelt durchaus denkbar ist – auch wenn *auf der Geschädigtenseite Alternativität* besteht:

Klassisches Beispiel ist das pharmazeutische Produkt, das von mehreren Unternehmen gleich hergestellt wird und bei dem sich später schädliche Nebenfolgen zeigen. Es lässt sich nicht feststellen, Produkte welcher Hersteller die Geschädigten eingenommen haben.

Hier drängt sich auf, im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsquoten die jeweiligen Marktanteile der Hersteller zu berücksichtigen. Man spricht daher von einer Marktanteilshaftung («market share liability»). 198

c) Heikel sind Konstellationen, in denen nicht eine andere grundsätzlich haftpflichtige Person als alternativer Täter in Frage kommt, sondern eine *Ursache aus dem Risikobereich des Geschädigten*, sei es ein natürlicher Vorgang, eine eigene Handlung des Geschädigten oder ein nicht schuldhaftes Verhalten eines Dritten, d. h. anders formuliert: ein «Zufall». ¹⁹⁹ Auch in solchen Konstellationen kann eine anteilige Haftung nach Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen

¹⁹⁶ Vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 115; Quendoz, S. 103 f.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 252.

¹⁹⁷ Diese kann in Art. 42 OR im Anschluss an die Bestimmung über den nicht nachweisbaren Schaden eingefügt werden (vgl. hinten III.5.5).

¹⁹⁸ Vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 131, mit weit. Nachw.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 245 f., 206 ff. (zur Entwicklung im amerikanischen Recht); Otte Karsten, Marktanteilshaftung, Berlin 1990.

^{199 «}Zufall» im Rechtssinn liegt schon vor, wenn einem der Beteiligten seine Handlung nicht zurechenbar ist; s. Larenz/Canaris, § 82 II 3c.

angebracht sein (vorne III.2.1.2) – wobei der Geschädigte die auf den «Zufall» entfallende Haftungsquote selber zu tragen hat. Soweit sich zumindest in einer Gesamtschau Schäden einem bestimmten Verursacher statistisch zuordnen lassen, könnte man eine Haftung rechtsfortbildend mit dem Gedanken begründen, dass die Ersatzberechtigung der Geschädigten in diesem Umfang an sich feststehe und bloss nicht ermittelt werden könne, gegen wen sich der Anspruch richte. 200 Diese Rechtfertigung versagt indessen, wenn lediglich ein einzelner Haftungsfall mit möglicher Zufallsursache vorliegt. Hier liesse sich aber zur Haftungsbegründung²⁰¹ darauf abstellen, dass einerseits der Gesetzgeber mit der (neu eingeführten) Wahrscheinlichkeitshaftung bei alternativer Kausalität die rechtliche Relevanz bloss möglicher Ursachen bejaht hat und anderseits dem konkret gefährlich Handelnden nicht zum unverdienten Glücksfall werden darf, wenn neben ihm noch eine andere Ursache gleichermassen in Frage kommt.²⁰² Denn bei einer isolierenden Einzelbetrachtung (ohne das alternative Zufallsereignis) müsste der Beweis der Verursachung aufgrund der konkreten Schadenseignung als gelungen angesehen werden.²⁰³

Ist beispielsweise nicht aufzuklären, ob eine Lawine von selbst abgegangen ist oder ob sie von einem unvorsichtig den Hang überquerenden Snowboarder ausgelöst worden ist, haftet er den Geschädigten anteilig, wobei diesen die Möglichkeit des Zufalls selbst zugerechnet wird.

2.3 Exkurs: Haftung für verlorene Chancen

Bis vor einigen Jahren war das Problem des Schadenersatzes für verlorene Chancen in der Schweiz im Gegensatz zu Frankreich und zum Rechtskreis des Common Law wenig beachtet worden.²⁰⁴ Seit kurzem häufen sich dage-

Vgl. Loser, Kausalitätsprobleme, S. 247 ff.; kritisch aufgrund praktischer Probleme bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeitsquoten Romerio, S. 206 ff.; sowie Nigg, S. 37 f. Die Informationsprobleme können teilweise mit einer richterlichen Schadensschätzung überwunden werden. Unklar ist aber auch, ob die im schweizerischen Recht zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel geeignet sind; das private Haftungsrecht stösst hier an Grenzen (vgl. hinten III.5.4).

²⁰¹ Für eine anteilige Haftung – entgegen der herrschenden Lehre – Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 127 f.; vorsichtig jetzt auch A. Keller, S. 104 f.; de lege ferenda Quendoz, S. 75; in Österreich Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/36 ff.; in Deutschland Larenz/Canaris, § 82 II 3 b. Grundlegend bereits Bydlinski, S. 87 f., im Anschluss an Wilburg, S. 74 («bewegliches Systems des Schadensrechts»). Die Schadensteilung wird auch von der österreichischen Rechtsprechung bejaht: dazu die Nachweise bei Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/36.

²⁰² Vgl. Larenz/Canaris, § 82 II 3b (von denen auch das nachfolgende Beispiel stammt); ihnen folgend Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/34.

²⁰³ Vgl. Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/38.

²⁰⁴ Vgl. aber für die Schweiz STARK EMIL, Die «perte d'une chance» im schweizerischen Recht, in: Olivier Guillod (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 191 ff. Aus europäischer Sicht v. BAR, Deliktsrecht II, N 444 f.

gen die Beiträge und Stellungnahmen zu dieser Thematik.²⁰⁵ Dabei wird regelmässig auf den unkonventionellen Entscheid des Zürcher Obergerichts verwiesen, das eine anteilmässige Haftung aus ärztlicher Behandlung bei einem an Krebs Verstorbenen, der bei richtigem Vorgehen eine Überlebenschance von 60% gehabt hätte, bejaht hatte.²⁰⁶

In der Lehre werden vor allem drei Fallgruppen genannt: der Verlust von Gewinnchancen, der Verlust von Prozesschancen und der Verlust von Heilungschancen.²⁰⁷ Die Möglichkeit, in solchen Fällen teilweisen Ersatz nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zuzusprechen, war ein wesentliches Motiv für den Vorschlag einer Wahrscheinlichkeitshaftung in Art. 56d Abs. 2 VE-OR.²⁰⁸ Die Problematik lässt sich aber auch ohne eine gesetzliche Generalklausel der Wahrscheinlichkeitshaftung bewältigen.²⁰⁹ Soweit es um den Verlust von Gewinnchancen geht, ist eine Lösung nach verbreiteter Auffassung auf der Schadensebene zu suchen. Hier dürfte es richtig sein, die Chance als Vermögenswert zu qualifizieren, sofern sie sich zu einem eigenen, selbstständig bewertbaren Gut verdichtet hat. 210 Das gilt grundsätzlich auch für die Prozesschance.²¹¹ Demgegenüber werden gewichtige Bedenken gegenüber einer entsprechenden Lösung für verlorene Heilungschancen vorgebracht. So kann man die Heilungschance kaum als selbstständiges Rechtsgut bezeichnen, dessen Beeinträchtigung Ersatzpflichten auslöst. 212 Es geht hier nicht um die Frage nach einer Gewinnmöglichkeit, sondern letztlich um die Problematik einer unsicheren Rechtsgutverletzung. 213 Neben der Pflichtverletzung fällt als weitere Schadensursache ein natürlicher Vorgang in Betracht: ein alternativ kausaler Zufall. Das muss aber – wie vorne (III.2.2. am Ende) dargelegt wurde – nicht heissen, dass eine anteilige Haftung ausgeschlossen wäre.

²⁰⁵ BerKomm/Brehm, N 56a zu Art. 42 OR; Roberto, Schadensrecht, 158 ff.; Roberto, Haft-pflichtrecht, N 778 ff.; Koziol, Chancen, S. 889 ff.; A. Keller, S. 77 f.; Gauch, Grundbegriffe, S. 227 f.; Müller, S. 389; Müller Christoph, La perte d'une chance, Bern 2002; sowie die Rezension von Schaetzle, in HAVE 2002, S. 395 f.

²⁰⁶ Entscheid vom 17.11.1988 (SJZ 1989, S. 119 ff.).

²⁰⁷ Vgl. Koziol, Chancen, S. 891 ff.; Müller, S. 405.

²⁰⁸ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 245.

²⁰⁹ Dabei besteht zu diesen komplexen Haftungsproblemen noch keine gefestigte Lehre. Der Gesetzgeber sollte daher Zurückhaltung üben und die Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung abwarten.

²¹⁰ Müller, S. 401; Koziol, Chancen, S. 898 ff.; vgl. auch Roberto, Schadensrecht, S. 159; Ber-Komm/Brehm, N 56a zu Art. 42 OR.

²¹¹ Koziol, Chancen, S. 901 f.

²¹² Koziol, Chancen, S. 905.

²¹³ ROBERTO, Schadensrecht, S. 159; vgl. auch die Differenzierung bei St. Weber, S. 279; sowie Loser, Kausalitätsprobleme, S. 215 f.

3. Begrenzung der Zurechnung

3.1. Der «rechtlich bedeutsame» Kausalzusammenhang

Das geltende Recht beschränkt sich darauf, das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass der Schaden «zugefügt» wird (Art. 41 Abs. 1 OR). Der Vorentwurf bestimmt demgegenüber, es müsse ein «rechtlich bedeutsamer Ursachenzusammenhang» zwischen Schaden und dem zuzurechnenden Sachverhalt gegeben sein (Art. 47 VE-OR). In allen Haftungsordnungen besteht der Bedarf, ein angemessenes Haftungskriterium zu finden, welches das eigene Fehlverhalten oder das Ereignis, für das man einzustehen hat, mit dem ersatzfähigen Schaden verbindet. Dabei geht es um die Begrenzung der Zurechnung von Ursachen, weshalb die Problematik oft der Kausalität zugeordnet wird. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht eigentlich um eine Kausalitätsfrage, sondern um die wertende Ermittlung der Grenze, bis zu der dem Setzer einer Ursache eine Haftung für ihre Folgen in angemessener Weise zugemutet werden kann.

Auf welche Gesichtspunkte bei dieser Bewertung abzustellen ist, haben die Rechtswissenschaftler in mehreren Theorieentwürfen zu beantworten versucht. Die Bilanz ist ernüchternd: «Wesentlich mehr als die Aufforderung, zwischen einer nahen bzw. einer direkten und einer entfernteren bzw. indirekten Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses zu unterscheiden, haben diese Formeln (oder Testverfahren) aber angesichts ihrer Abstraktheit weder hervorgebracht noch hervorbringen können.»²¹⁴ Im Ergebnis geht es immer wieder darum, die Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts, besonders vorwerfbares Verhalten der Beteiligten, die Art, Grösse und Vermeidbarkeit des Schadens, den Inhalt und Zweck der verletzten Pflicht sowie allgemeine Gerechtigkeitspostulate und gesellschaftliche Moralvorstellungen zu berücksichtigen. Dabei wird offensichtlich, dass sich eine saubere Abgrenzung der einzelnen Haftungselemente nicht durchführen lässt: Vielmehr sind die Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit, der Schaden und die Zurechnung ineinander verschlungene normative Konzepte.²¹⁵ Das kommt komprimiert in der Haftungsbestimmung des neuen niederländischen Schuldrechts von 1992 (Art. 6:98 BW)²¹⁶ zum Ausdruck: «In Frage kommt nur der Ersatz desjenigen Schadens, der in einem solchen Zusammenhang mit dem anspruchsbegründenden Ereignis steht, dass er dem Schuldner mit Rücksicht auf

²¹⁴ V. BAR, Deliktsrecht II, N 413 bei Fn. 21.

²¹⁵ S. v. BAR, Deliktsrecht II, N 440 f.

²¹⁶ NIEUW BURGERLIJK WETBOEK. Deutsche Übersetzung in: NIEPER FRANZ/WESTERDIJK ARJEN S., Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6 Allgemeines Schuldrecht, Buch 7 und 7A Besondere Verträge, München/The Hague/London/Boston 1995.

die Art der Verantwortung und des Schadens als Folge dieses Ereignisses zugerechnet werden kann.»

3.1.1 Adäquanztheorie und Normzwecktheorie

Weit verbreitet und auch in der Schweiz bisher vorherrschend ist die Zurechnungsbegrenzung durch die mit Wahrscheinlichkeit, Vorhersehbarkeit und Risikoerhöhung des Schadeneintritts operierende *Adäquanztheorie*, welche hier nicht näher vorgestellt werden muss.²¹⁷ In der neueren Lehre wird die Theorie aber zunehmend kritisiert.²¹⁸ Insbesondere im Bereich der Verschuldenshaftung erscheint ihre Notwendigkeit fraglich, weil sich im schweizerischen Recht²¹⁹ das Verschulden sowohl auf die Erstverletzung wie auch auf Folgeverletzungen und Folgeschäden bezieht.²²⁰ Vor allem aber wird an Stelle des Adäquanzkriteriums auf die Normzwecklehre verwiesen, welche darauf abstellt, ob der Ersatz eines Schadens durch den mittels Auslegung bestimmten Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm gedeckt wird.²²¹

Die *Normzwecktheorie* wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts für das Vertragsrecht und die Berücksichtigung der Parteiinteressen entwickelt, in der Folge aber auf das Deliktsrecht ausgedehnt.²²² Man stellt sie oft in den Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit. Das ist aber zu relativieren: (1) Die Frage, welche Interessen durch eine Verhaltensnorm geschützt werden, spielt keine Rolle für die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens – dieses ist «absolut» rechtswidrig und nicht in bezug auf einen Erfolg rechtmässig, auf einen anderen rechtswidrig.²²³ Der Normzweck hat aber Bedeutung für die Zurechnung der Folgen des rechtswidrigen Verhaltens. Es geht daher

S. statt aller Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 14 ff.; Deutsch, N 133 ff. Die in Deutschland vor rund hundert Jahren für die Einschränkung der «erfolgsqualifizierten Straftatbestände» – wo sich also das Verschulden nicht auf den Erfolg beziehen muss – entwickelte Theorie hat sich im deutschen Strafrecht anders als im schweizerischen (vgl. Stratenwerth Günther, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996, § 9 N 24) nicht so stark durchgesetzt wie im Zivilrecht (vgl. Deutsch Erwin/Ahrens Hans-Jürgen, Deliktsrecht, 4. Aufl., Köln 2002, N 51).

²¹⁸ Ausführlich Roberto, Schadensrecht, S. 75 ff.; vgl. Rey, N 545 ff. Für die Adäquanztherorie aber jüngst Ackermann Thomas, Adäquanz und Vorhersehbarkeitsregel, Bern 2001.

²¹⁹ Anders im deutschen und österreichischen Recht, wo das Verschulden für die Haftungsausfüllung nach Eintritt der Rechtsgutverletzung ohne Bedeutung ist: vgl. Deutsch, N 127; Koziol, Haftpflichtrecht, N 8/2.

²²⁰ S. Guhl/Koller, § 10 N 27; Honsell, Haftpflichtrecht, § 3 N 15; vgl. Rey, N 548.

²²¹ S. etwa Roberto, Schadensrecht, S. 83 ff.; vgl. Schwenzer, Obligationenrecht, N 19.07; Rey, N 698 ff., mit weit. Nachw.

²²² V. Caemmerer Ernst, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg 1956. Vgl. Roberto, Schadensrecht, S. 83 f.

²²³ KOZIOL, Haftpflichtrecht, N 8/18; ROBERTO, Schadensrecht, S. 88.

bloss um den «Rechtswidrigkeitszusammenhang».²²⁴ (2) Der Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm ist zudem auch relevant, wo die Haftung nicht an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft, sondern an die Realisierung einer Gefahr, d. h. bei den Gefährdungshaftungen.²²⁵

Die Normzwecklehre ist aber kaum geeignet, sämtliche Zurechnungsprobleme des Haftungsrechts zu lösen. Nicht selten verbirgt sich hinter der Berufung auf den Schutzzweck eine petitio principii: «Das gewünschte Ergebnis regiert, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung.»²²⁶ Selbst Befürworter der Lehre räumen ein, dass der Schutzzweck der Norm für eine Begrenzung der zurechenbaren Folgen einer Verletzung oft nichts hergibt, vor allem in den klassischen Fällen, wo eine gesetzliche Schutznorm fehlt.²²⁷ Das hat auch Folgen für das umstrittene Verhältnis von Normzweck und Adäquanz. Vorherrschend ist diesbezüglich eine vermittelnde Auffassung, welche beide Kriterien nebeneinander anwenden bzw. miteinander kombinieren will.²²⁸ Wie es KARL LARENZ formuliert hat: «In der Regel wird der Schutzzweck einer Norm nur die Zurechnung solcher Schadensfolgen erfordern, die mit dem die Haftung begründenden Vorgang in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Ausnahmsweise kann er auch den Ersatz inadäquater Folgen fordern [...]. In anderen Fällen kann die Zurechnung eines Schadens ausgeschlossen sein, weil der Schutzzweck der verletzten Norm nicht so weit reicht.»²²⁹

3.1.2 Regelungsvorschlag

Angesichts dieser dogmatischen Entwicklungen, denen sich auch die Rechtsprechung nicht verschliesst,²³⁰ ist der Vorentwurf zu Recht der Empfehlung der Studienkommission²³¹ gefolgt, auf eine positive Definition des adäquaten Kausalzusammenhangs zu verzichten. Das massgebliche Begrenzungskriterium soll nicht durch den Gesetzgeber festgelegt werden. Allerdings stellt sich damit die Frage nach der Notwendigkeit einer Regelung überhaupt. Ma-

²²⁴ Unter der Herrschaft des Erfolgsunrechts müsste man sogar vom «Verschuldenszusammenhang» sprechen (vgl. Merz, S. 376; P. Widmer, Haftung, N 2.50), weil das massgebliche Verhalten durch den Verschuldensbegriff festgelegt wird.

Vgl. vorne bei Fn. 52; Koziol, Haftpflichtrecht, N 8/20; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 Fn. 35.

²²⁶ DEUTSCH, N 301.

²²⁷ Vgl. Roberto, Schadensrecht, S. 92 f.; Deutsch, N 301 f.; Kötz Hein/Wagner Gerhard, Deliktsrecht, 9. Aufl., Neuwied/Kriftel 2001, N 158, 166, je mit weit. Nachw.

²²⁸ Vgl. Rey, N 548; Deutsch, N 145. S. jetzt die differenzierenden Abgrenzungen bei Roberto, Haftpflichtrecht, N 211 ff.

²²⁹ LARENZ, § 27 III/b/6; ähnlich KOZIOL, Haftpflichtrecht, N 8/76.

²³⁰ S. die Nachweise bei REY, N 702.

²³¹ Bericht Studienkommission, These 52-8.

teriell bringt die Formel über den «rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang» keinen Erkenntnisgewinn; sie weist den Richter lediglich darauf hin, dass die Kausalität ein Rechtsbegriff ist.²³² Art. 47 VE-OR dient mehr didaktischen als praktischen Zwecken. Er kann ersatzlos gestrichen werden.

Damit wird auch die Gefahr von Rechtsunsicherheit, welche mit der vorgeschlagenen Formel verbunden ist, vermieden. Denn die Relevanz eines «rechtlich bedeutsamen» Kausalzusammenhangs könnte – entgegen der Intention des Vorentwurfs – als gesetzliche Befugnis zur *Abschwächung des Äquivalenzprinzips* verstanden werden: Anstelle eines «natürlichen» Kausalzusammenhangs würde es genügen, dass nur ein «rechtlich bedeutsamer» Zusammenhang besteht. Entsprechende dogmatische Konzepte, welche auf einen veränderten Kausalitätsbegriff im Sinne bloss möglicher oder wahrscheinlicher Verursachung abstellen, sind in der Lehre nicht unbekannt.²³³

3.2 Vollständige und teilweise Begrenzung (Entlastung und Herabsetzung)

3.2.1 Fehlender Bezug der Bestimmungen im Vorentwurf

Der Vorentwurf schlägt zudem vor, im Anschluss an die Bestimmung über den Kausalzusammenhang die Entlastung von der Haftung bei besonders ausgeprägt mitwirkenden Ursachen zu regeln (Art. 47 a VE-OR). Das weckt in zweierlei Hinsicht Bedenken. (1) Einerseits wird damit suggeriert, bei der Entlastung handle es sich um eine Kausalitätsfrage. Und gleichzeitig könnte man die Regel als Positivierung der Adäquanztheorie verstehen, bei welcher in einer zweiten Phase²³⁴ geprüft wird, ob der Kausalzusammenhang nicht «unterbrochen»²³⁵ und damit inadäquat wird. (2) Anderseits wird der Zusammenhang mit der Regelung über die Reduktion der Haftung (Art. 52 VE-OR) verdeckt. Wie die Studienkommission mit Nachdruck hervorgehoben hat,²³⁶ ist nämlich die *Entlastung genau besehen eine gesteigerte Form der Herabsetzung* der Ersatzleistung bzw. – umgekehrt betrachtet – stellt die *Haftungs*-

²³² Bericht Vorentwurf, S. 110; vgl. auch Winiger, S. 315.

²³³ Insbesondere das Konzept der «potentiellen» Kausalität von Bydlinski, S. 65 ff., 83 ff. Vgl. dazu eingehend Kramer, Multikausale Schäden, S. 84 ff.; 92 ff.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 194 ff.

Vgl. zur zweiphasigen Prüfung der Adäquanzfrage Offinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 132 ff.; sowie ausführlich der Bericht Vorentwurf, S. 106 ff. (auf S. 110, 112, wird im Zusammenhang mit Art. 47 a VE-OR von «zwei Phasen» gesprochen).

²³⁵ Von den Befürwortern der Normzwecktheorie wird die Lehre von den Unterbrechungsgründen unterschiedlich beurteilt: kritisch Schwenzer, Obligationenrecht, N 20.03 ff.; vgl. demgegenüber Koziol, Haftpflichtrecht, N 8/77 ff.

²³⁶ Bericht Studienkommission, S. 48, 50 ff., 99 f.; vgl. auch Fellmann, Entwicklungen, S. 884.

reduktion eine Teilentlastung dar. Das Mitwirken weiterer Schadensursachen kann nach «stufenlosem» Ermessen des Richters von der teilweisen Reduktion bis hin zur völligen «Entbindung» von der Haftung führen. Der Übergang von der Herabsetzung zur Entlastung ist fliessend.

Daraus ergeben sich folgende Anforderungen an eine gesetzliche Regelung: Teilweise Herabsetzung und vollständige Entlastung von der Haftung sind zusammen zu regeln,²³⁷ und zwar nicht im Abschnitt über die Kausalität, sondern bei der Bemessung der Ersatzleistung. Der inhaltliche Zusammenhang ist nach Möglichkeit durch eine angeglichene Formulierung der Regelungen zum Ausdruck zu bringen.

3.2.2 Regelungsvorschlag

a) Die Studienkommission hatte in den Thesen 57-2, 52-9 und 52-10 für die Schadenersatzbemessung eine Regelung vorgeschlagen, welche sowohl die Herabsetzung wie auch die völlige Entlastung umfasst:²³⁸

Der Richter bestimmt den Umfang der Ersatzleistung nach Massgabe der Umstände; er berücksichtigt insbesondere die Schwere des Verschuldens und des besonderen Risikos, welche dem Ersatzpflichtigen zuzurechnen sind.

Er kann die Ersatzpflicht ermässigen, wenn Umstände, die dem Ersatzpflichtigen nicht zugerechnet werden können, zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen haben; vorbehalten bleiben bei der Mitverursachung durch Dritte die Bestimmungen über die solidarische Haftung mehrerer Verantwortlicher.

Er kann die Ersatzpflicht verweigern, wenn Umstände, die dem Ersatzpflichtigen nicht zugerechnet werden können, zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens in überwiegender Weise beigetragen haben, insbesondere höhere Gewalt oder das Verschulden eines Dritten oder des Geschädigten selbst oder eine von ihnen zu vertretende besondere Gefahr.

Der Vorteil einer solchen Regelung liegt darin, dass der Zusammenhang von Reduktion und Entlastung zum Ausdruck kommt. Sie wirkt aufgrund der sich wiederholenden Formulierungen allerdings etwas schwerfällig. Eine Zusammenfassung ist aber nicht möglich, weil das Drittverschulden nur bei der völligen Entlastung, nicht aber bei der Herabsetzung berücksichtigt wird. Dies muss sogar durch einen Vorbehalt zugunsten der Solidarität mehrerer

²³⁷ Für eine gemeinsame Regelung der Bericht Studienkommission, insbesondere Thesen 52-9 und 57-2. Im Bericht Vorentwurf, S. 152, wird der Zusammenhang zwar erwähnt, von der Empfehlung der Studienkommission aber ohne nähere Erläuterung «aus praktischen und systematischen Gründen» abgewichen.

²³⁸ Sinngemässe Wiedergabe (These 57–2 ist in französischer Sprache formuliert und enthält Varianten zu den Thesen 52–9 und 52–10).

Haftpflichtiger verdeutlicht werden, was trotzdem keine eindeutige Rechtslage schafft²³⁹ und die Regelung etwas kompliziert erscheinen lässt.

b) Ohne einen solchen Vorbehalt würde man auskommen, wenn man die beiden vorgeschlagenen Regelungen über die Ersatzbemessung (Art. 52 VE-OR) und die Entlastung (Art. 47 a VE-OR) zusammenfasst:

Das Gericht bemisst die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände; es berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche je der haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind.

Eine Person wird von jeglicher Haftpflicht entlastet, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zugerechnet werden kann, in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat, namentlich höhere Gewalt, das Verhalten einer dritten oder der geschädigten Person oder ein diesen Personen zuzurechnendes charakteristisches Risiko.

Die unterschiedlichen Formulierungen bringen aber kaum mehr zum Ausdruck, dass zwischen Herabsetzung und Entlastung ein fliessender Übergang besteht.

c) Angesichts der Nachteile dieser Vorschläge darf man sich auch auf die Regelungstechnik des geltenden Rechts zurückbesinnen. Dieses enthält in Art. 44 Abs. 1 OR eine Bestimmung, die im Ansatz durchaus zu überzeugen vermag. Eine zusammenfassende Neuregelung von Art. 43 und 44 OR, welche die berechtigten Revisionsanliegen²⁴⁰ berücksichtigt, könnte unter der Marginalie «Bemessung der Ersatzleistung» in einem neuen Art. 44 OR folgendermassen lauten:

Die Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter unter Würdigung der Umstände. Er berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche dem Ersatzpflichtigen zuzurechnen sind.

Haben Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.

Ausnahmsweise kann der Richter den wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragen.

Die Erfassung von teilweiser Herabsetzung und vollständiger Entlastung in einer einzigen Regelung bringt den «stufenlosen» Übergang deutlich zum Ausdruck. Dies ist allerdings nur möglich, indem – wie bisher – nicht alle

²³⁹ Gemäss Bericht Studienkommission, S. 51, wäre damit die Berücksichtigung des Drittverschuldens im Rahmen der «Verschuldenskonnexität» definitiv abgelehnt. Im Bericht Vorentwurf, S. 169, wird demgegenüber die zurückhaltende Rechtsprechung zur «Verschuldenskonnexität» (BGE 112 II 143 f.) bedauert und trotz Solidaritätsregelung die Herabsetzung der Ersatzpflicht bei mehreren Haftpflichtigen nicht ausgeschlossen (vgl. hinten III.4.2.1).

²⁴⁰ Neben dem Verschulden soll – wo angebracht – auch auf das charakteristische Risiko abgestellt werden.

Gründe für eine Begrenzung der Haftung genannt werden. Dem mitwirkenden Zufall kann man indessen über die im ersten Absatz enhaltene Generalklausel zur Ersatzbemessung Rechnung tragen. Und für eine Erwähnung des Drittverschuldens und der höheren Gewalt als Entlastungsgründe besteht keine Notwendigkeit, wie EMIL STARK in seinem Referat über die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ausgeführt hat.²⁴¹ Dies gilt nicht nur unter der Herrschaft der - von Stark vorausgesetzten - Adäquanztheorie, sondern auch bei der Begrenzung der Zurechnung aufgrund des Schutzzwecks der Norm.²⁴² Konsequenterweise müssen die Entlastungsgründe auch aus den Spezialgesetzen gestrichen werden.²⁴³ Stattdessen wäre dort zu regeln, für welche Risiken die Haftung gerade gilt (z. B. das Risiko der höheren Gewalt bei der Kernenergiehaftung²⁴⁴). Im Bereich der Verschuldenshaftung scheidet eine Haftung bei überwiegendem Drittverschulden und bei höherer Gewalt zudem grundsätzlich schon aufgrund des Verschuldenserfordernisses aus, das im schweizerischen Recht sowohl für die haftungsbegründende wie auch für die haftungsausfüllende Kausalität gilt. 245 Aber auch hier gilt, dass das grobe Verschulden des Dritten nicht immer zur Entlastung führt, zumal es gerade eine Pflicht sein kann, Schädigungen durch Dritte zu verhindern.²⁴⁶ – Die Bestimmung hat im Übrigen den Vorteil, dass sie den materiell wichtigsten Umstand für die Begrenzung der Zurechnung, das Verhalten des Geschädigten²⁴⁷ als mitwirkende Schadensursache, direkt nennt, statt sich für die Reduktionsgründe auf abstrakte negative Formulierungen zu beschränken.²⁴⁸

Neben den mitwirkenden Ursachen können über die Generalklausel zur Bemessung des Schadenersatzes – wie nach bisherigem Recht – auch weitere Umstände berücksichtigt werden.²⁴⁹ Dabei ist dem Vorentwurf insofern zu folgen, als die bisher kaum angewandte Regelung über die Notlage des Ersatzpflichtigen (Art. 44 Abs. 2 OR) in eine allgemeine Vorschrift über die aus-

²⁴¹ STARK, Vereinheitlichung, S. 19 ff. 33.

²⁴² S. Schwenzer, Obligationenrecht, N 20.05.

²⁴³ So schon Stark, Vereinheitlichung, S. 33.

²⁴⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 1 KHG.

²⁴⁵ Vgl. Fellmann, Verschuldensbegriff, S. 343 ff.; Honsell, Haftpflichtrecht, § 3 N 15.

²⁴⁶ Vgl. v. BAR, Deliktsrecht II, N 462.

Zu den Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss, gehört auch die bisher explizit vorgesehene Einwilligung, soweit sie keinen Rechtfertigungsgrund darstellt (vgl. BerKomm/Brehm, N 6 ff. zu Art. 44 OR; St. Weber, S. 270). Keiner besonderen Regelung bedarf es für die Berücksichtigung von Massnahmen des Geschädigten zur Schadensminderung (vgl. Ber-Komm/Brehm, N 50 ff. zu Art. 44 OR; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 7 N 71, mit weit. Hinweisen).

²⁴⁸ Dies entspricht auch durchaus dem internationalen Standard: Die meisten Rechtsordnungen Europas kennen eine explizite Regelung der Entlastung und Herabsetzung durch mitwirkende Ursachen nur für das Verhalten des Geschädigten. Vgl. v. BAR, Deliktsrecht II, N 517.

²⁴⁹ Etwa die Gefälligkeit: dazu zuletzt BGE 127 III 446.

nahmsweise Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse umformuliert wird. Allerdings sollte das Gesetz m. E. das Bestehen einer Versicherung als besonderen Umstand nicht erwähnen (so aber Art. 52 Abs. 2 VE-OR). Ansonsten besteht trotz des «Ausnahmecharakters» der Vorschrift die Gefahr einer schleichenden Umkehr des Grundsatzes, dass die Versicherung der Haftpflicht zu folgen habe und nicht die Haftpflicht der Versicherung.

d) Die Regelung über die *Art der Ersatzleistung* kann ausgegliedert und verselbstständigt werden, wie es Art. 52 a VE-OR vorsieht. Materiell ist es richtig, dem Richter Ermessen in der Festlegung des Ersatzes einzuräumen. Allerdings ist er grundsätzlich an die übereinstimmenden Anträge der Parteien gebunden; für fürsorgerisch begründete Abweichungen von der Dispositionsmaxime braucht es wichtige Gründe.²⁵⁰ Dieser Entscheidung zugunsten der Privatautonomie ist im Gesetzestext Ausdruck zu geben. Der Regelungsvorschlag des Vorentwurfs vermag daher zu überzeugen und sollte unter der Marginalie «Art der Ersatzleistung» den bisherigen Art. 43 OR ersetzen.

4. Mehrheit von Haftungen

4.1 «Haftungskollision»

Eine «Haftungskollision» im Sinne des Vorentwurfs liegt vor, wenn sich mehrere Personen gegenseitig Schaden zufügen, so dass jeder sowohl Schädiger wie auch Geschädigter ist. Eine derartige Schädigungskonstellation ist bisher in Art. 61 SVG geregelt – eine Bestimmung, welche jedoch in der Lehre kritisiert wird²⁵¹ und gemäss Vorentwurf abgeschafft werden soll.²⁵² Als Ersatz sieht der Vorentwurf eine Haftungsregelung im allgemeinen Haftpflichtrecht vor (Art. 53 a VE-OR).

Die «Haftungskollision» stellt einen Sonderfall der Schadensentstehung durch Mitwirken des Geschädigten dar. Es geht daher letztlich um die im letzten Abschnitt dargestellte Bemessung und Herabsetzung des Schadenersatzes aufgrund der Umstände. Man muss sich aber davor hüten, die den einzelnen Geschädigten zustehenden Ersatzleistungen unabhängig voneinander zu bestimmen;²⁵³ vielmehr ist zu berücksichtigen, dass ein Umstand gleichzeitig haftpflichtig macht und als Eigenverantwortung herabsetzend zu würdigen ist. Dabei wäre es eine unzulässige Kurzschlussüberlegung, die Ursachen

²⁵⁰ Vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 6 N 215 f.

²⁵¹ Vgl. A. Keller, S. 321.

²⁵² Bericht Vorentwurf, S. 357.

²⁵³ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 162.

würden sich bei gleich grossem Verschulden oder gleich grosser Betriebsgefahr der beiden Beteiligten «neutralisieren».²⁵⁴ Diese von der Lehre herausgearbeiteten Grundsätze sollen jedoch nach dem Vorentwurf – der den Empfehlungen der Studienkommission²⁵⁵ folgt – nicht im Gesetzestext verankert werden. Hervorgegangen ist damit eine Vorschrift, welche sich von der allgemeinen Schadenersatzbemessung materiell nicht unterscheidet. Das erstaunt wenig, denn die Problematik ist die gleiche. Die Lehre gebraucht denn auch den Begriff Haftungskollision generell für *jede Konstellation*, «wo für die Verursachung eines bestimmten Schadens mehr als eine Person verantwortlich ist».²⁵⁶ Es spielt keine Rolle, ob auf beiden Seiten Schaden entstanden ist. Grundsätzlich kommt es nicht einmal darauf an, ob der Schaden bei einer dritten Person entstanden ist, solange man die endgültige Verteilung der Haftung zwischen den Verursachenden (nicht die solidarische Haftung im Aussenverhältnis) betrachtet.²⁵⁷ Es gelten immer die gleichen Grundsätze für die Zuordnung der Verantwortlichkeiten.

Das alles macht deutlich, dass auf eine Regelung der Haftung bei gegenseitiger Schädigung verzichtet werden kann.

4.2 Haftungskonkurrenz (Haftung mehrerer Schädiger)

4.2.1 Aussenverhältnis

a) Im geltenden Recht führt die Schädigung durch mehrere Personen, welche nicht gemeinschaftlich vorgegangen sind, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und traditioneller Lehre nur zu einer als «unechte» Solidarität bezeichneten Anspruchskonkurrenz.²⁵⁸ Die praktische Bedeutung des Unterschieds gegenüber der «echten» Solidarität nach Art. 148 ff. OR liegt in der Verjährungs- und Unterbrechungsregel von Art. 136 Abs. 1 OR;²⁵⁹ zudem findet nur bei der «echten» Solidarität eine Subrogation des rückgriffsberechtigten Schuldners in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers statt, was sich aber im Haftpflichtrecht kaum auswirkt. Die Unterscheidung wird in der Lehre mehrheitlich kritisiert.²⁶⁰ Es ist daher zu begrüssen, dass der Vorent-

²⁵⁴ So dass Anspruch und Gegenanspruch abzuweisen wären (vgl. Guhl/Koller, § 10 N 79; Deschenaux/Tercier, § 29 N 23; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 9 N 15 ff.).

²⁵⁵ Bericht Studienkommission, S. 101 f.

²⁵⁶ A. Keller, S. 382 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁵⁷ A. KELLER, S. 382.

²⁵⁸ Dazu eingehend Rey, N 1407, 1417 ff.; vgl. v. Tuhr/Peter, S. 466.

²⁵⁹ Welche bei blosser Anspruchskonkurrenz nicht anwendbar ist (s. zuletzt BGE 127 III 257, 264).

²⁶⁰ Vgl. die Nachweise in Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 10 Fn. 23.

wurf die solidarische Haftung von mehreren Ersatzpflichtigen vorsieht (Art. 53b Abs. 1 VE-OR). Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese aus dem gleichen Rechtsgrund oder aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Über die Verweisung in Art. 99 OR findet die Norm zudem Anwendung auf die Haftung aus Verträgen oder aus sonstigen Obligationen.

b) Viel zu diskutieren gab im geltenden Recht die Frage, ob sich der Solidarschuldner auf individuelle Herabsetzungsgründe, insbesondere sein leichtes Verschulden, berufen machen kann. Das ist heute mehrheitlich anerkannt²⁶¹ und soll auch de lege ferenda gelten. Diesbezüglich bleibt anzumerken: Es geht nicht darum, dass die jeweiligen Verursachungsquoten festgelegt und dem einzelnen Haftpflichtigen zugeordnet werden, wie es bei mehreren Haftpflichtigen im Innenverhältnis oder beim Mitverschulden des Geschädigten bereits im Aussenverhältnis gilt.²⁶² Vielmehr soll der im schweizerischen Recht geltende Proportionalitätsgrundsatz zum Ausdruck kommen,²⁶³ welcher die Haftung in Relation zur Intensität des Haftungsgrundes setzt. Haben bespielsweise zwei Ersatzpflichtige den Schaden von 10000 grobfahrlässig verursacht und ist einem dritten nur mittelschweres bis leichtes Verschulden vorzuwerfen, so wäre intern - nach Verursachungsquoten - eine Aufteilung 4000, 4000, 2000 angemessen, im Aussenverhältnis ist demgegenüber wohl eine Haftung von 10 000, 10 000, 8 000 festzusetzen. Die Verursachungsquoten dürfen zusammen nicht mehr als 100% des Schadens betragen, die Haftungsbeträge der Ersatzpflichtigen nach Berücksichtigung der individuellen Herabsetzungsgründe aber durchaus. Insofern stellt auch die teilweise befürwortete Berücksichtigung des Drittverschuldens bei der Schadenersatzbemessung²⁶⁴ im Ergebnis nur scheinbar eine Durchbrechung des Solidaritätsgrundsatzes dar, solange wegen des Drittverhaltens das Verschulden des Haftpflichtigen geringer zu berwerten ist. 265 Nur so ist es auch praktisch vertretbar, dass das besonders ausgeprägte Drittverschulden zu einer gänzlicher Befreiung von der Haftung führen kann (vgl. vorne III.3.2), lässt sich doch eine scharfe Grenze nicht festlegen.

Auch wenn das Prinzip anerkannt ist, muss man sich dennoch fragen, ob es im Regelungsvorschlag des Vorentwurfs angemessen zum Ausdruck kommt. Gemäss Art. 53 b VE-OR ist auf den Betrag abzustellen, den der Ersatzpflichtige zu leisten hätte, wenn er allein haftpflichtig wäre. In diesem

²⁶¹ Vgl. Rey, N 1464 ff.; BerKomm/Brehm, N 41 zu Art. 50 OR, N 27 f. zu Art. 51 OR; BGE 127 III 257 (265 E. 6b).

²⁶² Oftinger, S. 97, 99, 100; A. Keller, S. 382 f.

²⁶³ Im deutschen Recht gilt demgegenüber das Alles-oder-Nichts-Prinzip, das nicht auf die Grösse des Verschuldens abstellt: dazu und zu Relativierungstendenzen Deutsch, N 629 ff.

²⁶⁴ Vgl. BerKomm/Brehm, N 81 ff. zu Art. 43 OR; BGE 127 III 453 (457 E. 5d) = Pra 2001, S. 1084, 1088.

Vgl. Oftinger, S. 281 f.; Kramer, Multikausale Schäden, S. 61; Bericht Vorentwurf, S. 155 f., 168 f. Man spricht von sogenannter «Verschuldenskonnexität».

Fall müssten die übrigen Ursachen, für welche hypothetisch keine Haftpflicht besteht, als «Zufallsursachen» betrachtet werden;²⁶⁶ die Verursachungsquote des mitwirkenden Zufalls ist aber bei der Schadenersatzbemessung herabsetzend zu berücksichtigen.²⁶⁷ Damit wäre die Wirkung der Solidarität weitgehend aufgehoben. Zur Vermeidung eines derartigen Ergebnisses empfiehlt sich daher eine Formulierung, welche die individuellen Herabsetzungsgründe direkt nennt, so wie es Art. 759 OR und Art. 66 AFG vorsehen²⁶⁸ (Regelungsvorschlag hinten III.4.2.4).

c) Der Grundsatz der solidarischen Haftung gilt immer, wenn die mehreren Ersatzpflichtigen einen *einheitlichen Schaden* verursacht haben, d. h. wenn sich die Wirkungen der einzelnen Ursachen nicht einfach summieren, sondern ein neues Ganzes, eine neue Einheit entsteht.²⁶⁹ Das gilt auch für den Fall, dass man die Verursachungsquoten bestimmen kann.²⁷⁰ Lässt sich demgegenüber nicht nur das Verhältnis der Kausalbeiträge für die Schadensentstehung feststellen, sondern können sogar die Anteile am entstandenen Schaden bestimmt werden,²⁷¹ dann entsteht eine Haftung nur für diese *Teilschäden*.²⁷²

In Schwierigkeiten gerät das Prinzip der Solidarhaftung für den einheitlichen Schaden beim Zusammenwirken einer grossen Anzahl von Schädigern, deren Beiträge nur mehr «minimal» sind. Das Bundesgericht hat in BGE 127 III 257 (261 E. 4b/bb) – wo es in Präzisierung seiner früheren Praxis den Grundsatz der Solidarität bei Teilkausalität hervorhob – die Beurteilung solcher Fälle mit sogenannt «summierten Immissionen» ²⁷³ offen gelassen. In der Lehre wurde in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, trotz einheitlichem

^{266 «}Zufall» im Rechtssinne liegt schon vor, soweit einem der Beteiligten seine Handlung nicht zugerechnet werden kann: LARENZ/CANARIS, § 82 II 3c.

²⁶⁷ Grundlegend Offinger, S. 97 f., 278 f.; sowie (etwas zurückhaltender) jetzt Offinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 7 N 33 ff., 36. Die Verursachungsquote des Zufalls kann angesichts der zurückhaltenden Praxis bei der Berücksichtigung der Verschuldensgrösse (BerKomm/Brehm, N 76, 79 zu Art. 43 OR) durchaus grösser sein als der Abzug für das reduzierte Verschulden. Die Verursachungsquoten dürfen ja zusammen nur 100% des Schadens betragen; im oben genannten Beispiel betragen sie für die beiden «Zufallsursachen» 8000.

Allerdings muss in der allgemeinen Haftungsregelung neben dem Verschulden auch das charakteristische Risiko erwähnt werden (vgl. Bericht Studienkommission, S. 103 f.; der dort unterbreitete Formulierungsvorschlag erscheint aber zu offen).

²⁶⁹ Stark, Entlastungsgründe, S. 42 ff.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 123 ff.; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 80; Rey, 628, 633; Wyss, S. 316.

²⁷⁰ Anders für das österreichische Recht Koziol, Haftpflichtrecht, N 3/87 f., bei progressiver und degressiver Schadenssteigerung.

²⁷¹ Jedem Schädiger kann der von ihm verursachte Teilschaden zugeordnet werden.

Vgl. Stark, Entlastungsgründe, S. 42 ff.; v. Tuhr/Peter, S. 93; Kramer, Multikausale Schäden, S. 59 f.; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 3 N 81; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 112, 125.

²⁷³ Die vielen kleinen Ursachen schädigen erst in ihrem Zusammenwirken. Vgl. BerKomm/ MEIER-HAYOZ, N 148 zu Art. 684 ZGB; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 110 f.

Schaden auf eine anteilige Haftung zu wechseln.²⁷⁴ Das rechtfertigt sich, weil Art. 43 OR eine flexible Zusprechung von Schadenersatz ermöglicht. Insoweit muss auch die im erwähnten Bundesgerichtsentscheid vorgenommene Praxisänderung gegenüber BGE 68 II 369 (375 f. E. 6), wo bei Immissionen durch Nachbarn auf eine anteilige Haftung erkannt wurde, relativiert werden: Im früheren Fall waren nicht nur drei, sondern immerhin fünfzehn Schädiger beteiligt.

4.2.2 Innenverhältnis

Für die Verteilung der Verantwortlichkeit im Innenverhältnis schlägt der Vorentwurf in Art. 53 c Abs. 1 VE-OR zu Recht eine flexible Lösung vor,²⁷⁵ welche sich an der Regelung der Ersatzbemessung im Aussenverhältnis (Art. 52 VE-OR) orientiert. Es wurde bereits darauf hingewiesen (III.4.1), dass das Problem der «Kollision» von Haftungen einheitlich gelöst werden soll, unabhängig davon, ob es um die Berücksichtigung des Geschädigtenverhaltens im Aussenverhältnis oder die endgültige Verteilung zwischen mehrerer Schädigern im Innenverhältnis geht.²⁷⁶ Insbesondere ist es richtig, dass die zu wenig differenzierte *Kaskadenregelung in Art. 51 Abs. 2 OR abgeschafft* wird.²⁷⁷

Nicht erforderlich ist dagegen die Einräumung des Regressanspruchs sowie der Subrogation in Art. 53 c Abs. 2 VE-OR. Diese Rechte ergeben sich bereits aus den gesetzlichen Vorschriften über die passive Solidarität (Art. 148 Abs. 2 und Art. 149 OR), welche auch für die deliktischen Obligationen anwendbar sind.²⁷⁸ Dabei wird in der Lehre zutreffend davon ausgegangen, dass der subrogierte Anspruch konkurrierend neben den Regressanspruch tritt.²⁷⁹

²⁷⁴ Kramer, Multikausale Schäden, S. 74; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 119 ff., 130; Roberto, Schadensrecht, S. 162; Müller-Chen, S. 238.

²⁷⁵ So auch der Tenor der Vernehmlassungen (selbst des sonst kritischen Schweizerischen Versicherungsverbandes) zu Art. 53c VE-OR.

²⁷⁶ Überzeuged A. Keller, S. 382.

²⁷⁷ Vgl. bereits die Kritik bei Gilliard, S. 270 ff.; sowie Honsell, Haftpflichtrecht, § 11 N 34 ff., 40 ff.; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 10 N 51; Rey, N 1515 ff.

²⁷⁸ Keine gesetzliche Vorschrift besteht für den Rückgriff des Arbeitgebers bei Lohnfortzahlung, weil der Arbeitgeber nicht zum Kreis der Haftpflichtigen zählt, sondern einer Leistungspflicht aus Vertrag nachkommt (vgl. Honsell, Haftpflichtrecht, § 11 N 43). Wie nach geltendem Recht (s. BGE 126 III 521, 522 f.) kann der Regressanspruch auch ohne gesetzliche Vorschrift mit einer Analogie begründet werden.

V. Tuhr/Escher, S. 317; Schwenzer, Obligationenrecht, N 88.40; unklar dagegen BGE 115 II 42 (48 E. 2a). Zur Verjährung von Regressansprüchen s. hinten IV.3.4.

4.2.3 Gemeinsam verschuldete Schädigung

Infolge der allgemeinen Regelung der solidarischen Haftung mehrerer Schädiger ist eine Sonderbestimmung für die gemeinsam verschuldete Schädigung nicht mehr erforderlich. Die Beteiligten haften aufgrund ihres zumindest psychischen Beitrags. Für die – im geltenden Recht von der Lehre aus Art. 50 OR abgeleitete – Haftung bei alternativer Verursachung kann auf die vorne vorgeschlage Regelung für unsichere Kausalität zurückgegriffen werden, wobei bei gemeinschaftlicher Schädigung solidarisch gehaftet wird (vgl. vorne III.2.2). Auch für das Innenverhältnis erübrigt sich neben der allgemeinen Regressregelung (vorne III.4.2.2) eine besondere Vorschrift.

4.2.4 Regelungsvorschlag

Für eine Neuregelung der Haftung mehrerer Schädiger können die bisherigen Art. 50 und 51 OR ersetzt werden. In Art. 50 OR wird neu das Aussenverhältnis,

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und des von ihr zu verantwortenden charakteristischen Risikos sowie der Umstände persönlich zurechenbar ist.

in Art. 51 OR das Innenverhältnis bestimmt.

Auf die beteiligten haftpflichtigen Personen wird der Schadenersatzanspruch nach Massgabe aller Umstände verteilt. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind.

5. Verfahrensrechtliche Massnahmen²⁸²

Die in diesem Kapitel behandelten Themen werfen verfahrensrechtliche Probleme auf. Bereits behandelt wurden im Zusammenhang mit unsicherer Kausalität die Frage einer Beweiserleichterung und – damit zusammenhängend – der Ersatzbemessung nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad sowie die Haftung

Auch nach geltendem Recht begründet Art. 50 OR keine besondere Haftungsart, sondern regelt nur die Verhältnisse für den Fall, dass mehrere Personen haftpflichtig sind: Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2, § 16 N 318 f. Kritisch zur grosszügigen Annahme eines Kausalzusammenhangs bei gemeinsamer Verschuldung Kramer, Multikausale Schäden, S. 61 ff.

²⁸¹ BerKomm/Brehm, N 145 zu Art. 41 OR, N 20 zu Art. 50 OR; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2, § 16 N 320.

²⁸² Herrn Kantonsrichter Prof. Dr. Christoph Leuenberger danke ich für wertvolle Hinweise zur geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung.

bei alternativer Verursachung (vorne III.2). Bei unsicheren Verursachungszusammenhängen ergeben sich aber weitere prozessuale Fragen, insbesondere zum Beweisverfahren (hinten III.5.1) und zu vorläufigen Leistungsansprüchen (hinten III.5.3). Zudem führen die weiten Ermessensspielräume des Richters bei der rechtlichen Bewertung von Ursachen zu unvorhersehbaren Prozessergebnissen, was Auswirkungen auf die Kostentragung und die Festlegung des Rechtsbegehrens (hinten III.5.2) haben kann. Schliesslich stellt sich im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Vielzahl von Geschädigten die Frage nach der Notwendigkeit neuer prozessualer Instrumente, insbesondere der Sammelklage bzw. class action (hinten III.5.4). Die im Vorentwurf vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Massnahmen zur Durchsetzung des materiellen Rechts bzw. der Haftungsansprüche sollen daher hier untersucht werden.

Zur Zeit sind Gesetzgebungsarbeiten für eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung²⁸³ im Gang.²⁸⁴ Deshalb muss geklärt werden, in welchem Gesetz allfällige Verfahrensregelungen zu verankern sind. Darauf wird am Schluss dieses Abschnitts eingegangen (hinten III.5.5).

5.1 Beweiswürdigung und Beweisverfahren

5.1.1 Freie Beweiswürdigung

Die freie Würdigung der Beweise durch den Richter wird heute als Selbstverständlichkeit betrachtet. Die meisten Kantone kennen den Grundsatz in ihren Prozessordnungen. Vereinzelt gelten aber noch überholte Beweisregeln,²⁸⁵ welche die Rechtsfindung im Haftpflichtprozess behindern können.²⁸⁶ Zur

²⁸³ Mit der am 12.3.2000 von Volk und Ständen angenommenen Justizreform (Art. 122 Abs. 2 BV) liegt die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts beim Bund (vgl. Leuenberger Christoph, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer A. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 1, 11 ff. zu Art. 122 BV). Die Vorschläge für prozessrechtliche Massnahmen im Vorentwurf gehen demgegenüber noch von der früheren Zuständigkeit der Kantone aus (vgl. Bericht Vorentwurf, S. 227).

Die vom Eidgenössischen Justiz- und Poizeidepartement am 26.4. 1999 eingesetzte Expertenkommission hat Ende 2002 einen Vorentwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vorgelegt, welchen der Bundesrat in diesem Jahr zur Vernehmlassung unterbreitet. Vgl. die Angaben und Erläuterungen und auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz (http://www.ofj.admin.ch/d/index.html) sowie Sutter-Somm Thomas, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung – Tendenzen und Hauptstossrichtung, in: Hans-Ulrich Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zürich 2003, S. 69 ff.

²⁸⁵ Vogel/Spühler, 10 N 62.

²⁸⁶ Vgl. BGE 54 II 196; Bericht Vorentwurf, S. 237. Kritisch bereits GILLIARD, S. 244 f.

Durchsetzung der Haftungsansprüche empfiehlt sich daher eine bundesweit einheitliche Regelung. Allerdings ist gegenüber dem Vorschlag in Art. 56c Abs. 1 VE-OR die Formulierung des Vorentwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorzuziehen:²⁸⁷

Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Es berücksichtigt das Verhalten der Parteien im Prozess.

5.1.2 Fakultativer Untersuchungsgrundsatz

Als prozessuale Ausprägung der Privatautonomie gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime. Diese steht aber im Spannungsverhältnis zum Gebot der Wahrheitsfindung im Zivilprozess. Sie wird daher heute praktisch überall durch die *richterliche Fragepflicht* gemildert, welche dem Richter auferlegt, durch klärende Fragen bei der Sammlung des Prozesstoffes mitzuhelfen. Der Vorentwurf geht darüber hinaus und sieht in Art. 56c Abs. 2 VE-OR die Möglichkeit vor, dass der Richter von sich aus Beweise anordnet. Allerdings ist er dazu nicht verpflichtet (sogenannte Untersuchungsmaxime); für einen derart schweren Eingriff in die Privatautonomie würde kein genügender Grund bestehen. Vielmehr hat der Richter gemäss Vorentwurf lediglich die *Befugnis, zusätzliche Beweise zu erheben*. Die Ermittlung des Sachverhalts bleibt daher im Normalfall den Parteien überlassen.

Mit der Einführung dieses – den kantonalen Prozessordnungen keineswegs unbekannten²⁹⁰ – fakultativen Untersuchungsgrundsatzes ist die Hoffnung verbunden, die Parteien werden vermehrt darauf verzichten, ein Strafverfahren lediglich zur Beschaffung von Beweisen einzuleiten.²⁹¹ Dies erscheint allerdings nicht realistisch, denn aufgrund der blossen Möglichkeit der Beweiserhebung durch das Gericht wird die Partei und darf der sorgfältige Parteivertreter nicht darauf abstellen, dass der Sachverhalt amtlich ermittelt werde.²⁹² Trotzdem ist es in Ausnahmefällen gerechtfertigt, dass der Richter die Wahrheitssuche unterstützt.²⁹³ Die Möglichkeit einer Beschränkung der Verhandlungsmaxime sollte daher gesamtschweizerisch gesetzlich verankert werden.

²⁸⁷ Art. 150 Vorentwurf ZPO.

²⁸⁸ Vogel/Spühler, 6 N 22.

²⁸⁹ Vogel/Spühler, 6 N 38.

²⁹⁰ Vogel/Spühler, 6 N 58, 10 N 83. Vgl. etwa Art. 93 Abs. 3 ZPO/SG.

²⁹¹ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 239.

²⁹² Vgl. Vernehmlassung des Kantons ZH zu Art. 56c Abs. 2 VE-OR.

²⁹³ Insbesondere wenn ein öffentliches Interesse an der Wahrheitssuche besteht, was bei Umweltschädigungen der Fall sein kann; vgl. im übrigen Bericht Vorentwurf, S. 240. Kritisch zur vorgeschlagenen Beschränkung der Verhandlungsmaxime G. WALTER, Vorentwurf, S. 654 f.

5.1.3 Vorschuss für Beweiskosten

Die Kosten für die Erhebung des Beweises sind grundsätzlich von der Partei aufzubringen, in deren Interesse der Beweis erfolgt.²⁹⁴ Art. 56f VE-OR gibt dem Richter die Befugnis, von dieser Regel abzuweichen und die erforderlichen Vorschüsse auf beide Parteien zu verteilen; dabei ist insbesondere der Plausibilität der Behauptungen sowie den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien Rechnung zu tragen. Eine solche Regelung ist aber nicht unbedenklich: (1) Für den Schutz der wirtschaftlich schwachen Partei bestehen andere Instrumente, insbesondere die unentgeltliche Prozessführung mit der Möglichkeit eines Erlasses von Vorschüssen. In diesem Fall lasten die Beweiskosten vorläufig auf der Staatskasse. Das Verhältnis zur vorgeschlagenen Verteilungsregel für die Vorschüsse ist ungeklärt. (2) Problematisch wäre es zudem, eine Partei mit Kostenvorschüssen zu belasten, weil sie eher unterliegen wird.²⁹⁵ (3) Vor allem aber lässt die vorgeschlagene Bestimmung offen, was im Säumnisfall gilt, d. h. wenn die beklagte Partei den Vorschussanteil nicht zahlt.²⁹⁶ Gilt der Beweis allenfalls als erbracht?

Auf die vorgeschlagene Regelung des Beweiskostenvorschusses sollte angesichts dieser Unstimmigkeiten verzichtet werden.

5.2 Unbezifferte Forderungsklage und Kostenverteilung

Im Haftpflichtprozess kann es für den Kläger unzumutbar oder gar unmöglich sein, seinen Anspruch exakt zu beziffern. Denn einerseits ist oft der Umfang des Schadens oder gar dessen Existenz unklar. Und anderseits hat der Richter bei der Würdigung der mitwirkenden Ursachen sowie der Bemessung des Ersatzes ein weites Ermessen.

5.2.1 Unbezifferte Forderungsklage

Damit entsteht für den Kläger ein Dilemma: Setzt er den Forderungsbetrag zu tief an, muss er auf einen Teil seiner Ansprüche verzichten. Beim «Überklagen» drohen ihm dagegen Prozesskosten, weil er (teilweise) unterliegt. Für die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR (bzw. Art. 56d Abs. 3 VE-OR) ist daher allgemein anerkannt, dass der Kläger im Hinblick auf die Verwirk-

²⁹⁴ Vogel/Spuhler, 11 N 31 f. So auch Art. 91 Abs. 1 Vorentwurf ZPO.

²⁹⁵ S. Vernehmlassung Universität Zürich, MEIER, zu Art. 56 f. VE-OR.

²⁹⁶ Zur Vermeidung derartiger Probleme sieht Art. 91 Abs. 2 Vorentwurf ZPO vor, dass das Gericht bei gemeinsamem Beweisantrag die volle Vorschusspflicht für beide Parteien anordnen kann.

lichung seiner materiellen Ansprüche auch eine unbezifferte Klage einreichen kann.²⁹⁷ Demgegenüber ist umstritten, ob das Bundesrecht auch in anderen Fällen richterlichen Ermessens die Möglichkeit einer unbezifferten Forderungsklage einräumt.²⁹⁸ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist diesbezüglich nicht klar. ²⁹⁹ Offen ist zudem, ob der Kläger nach dem Beweisverfahren die Bezifferung nachholen muss.300 Jedenfalls verbietet das Bundesrecht den Kantonen nicht, aus formellen Gründen eine rahmenmässige Bezifferung zu verlangen.³⁰¹ Angesichts dieser Unklarheiten erscheint eine gesetzliche Regelung angezeigt. Es ist dem Kläger allgemein zu gestatten, den genauen Betrag seiner Forderung offen zu lassen, wenn eine genaue Bezifferung auch nach dem Beweisverfahren unzumutbar ist – das ist die prozessuale Kehrseite der materiellrechtlichen Flexibilität im Haftpflichtrecht:³⁰² Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Begin des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Hängt die Höhe der Forderung vom Beweisergebnis ab, so fordert das Gericht die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens auf, die Forderung zu beziffern.

5.2.2 Kostenverteilung

Abgesehen von der unbezifferten Forderungsklage ist es gerechtfertigt, den Kläger durch eine modifizierte Kostenverteilung zu entlasten. Die Lehre stimmt dem grundsätzlich zu; der Haftpflichtige sollte als Folge seiner Schädigung auch für das prozessuale Risiko des «Überklagens» einstehen. Daher ist eine gesetzliche Regelung angebracht. Die Formulierung in Art. 56 g VE-OR ist aber viel zu allgemein: Der Grundsatz der ordentlichen Kostentra-

²⁹⁷ Vgl. Vogel/Spühler, 7 N 5 bff.; Frank/Sträuli/Messmer, § 61 N 25 ff.

²⁹⁸ Vgl. Leuenberger/Uffer, Art. 65 N 3 g.

²⁹⁹ Vgl. BGE 116 II 215 (219 E. 4a): Die unbezifferte Klage ist dort zuzulassen, wo das Bundesrecht den Richter auf sein Ermessen verweist (insbesondere Art. 42 Abs. 2 OR); sodann kann eine Bezifferung unterbleiben, wo der Kläger nicht in der Lage ist, die Höhe seines Anspruchs genau anzugeben, oder wo diese Angabe unzumutbar erscheint. BGE 121 III 249 (251 E. 2b): Unbezifferte Klage ist nicht nur zuzulassen, wenn das Bundesrecht es ausdrücklich vorschreibt, sondern allgemein dann, wenn der Kläger nicht in der Lage oder es ihm nicht zumutbar ist, die Höhe seines Anspruchs genau anzugeben.

³⁰⁰ So Frank/Sträuli/Messmer, § 61 N 29. Im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR kann dies wohl unterbleiben (vgl. Vogel/Spühler, 7 N 5 d; Leuenberger/Uffer, Art. 65 N 3 f).

³⁰¹ Vgl. BGE 116 II 215 (219 E 4a).

³⁰² Formulierung gemäss Art. 75 Vorentwurf ZPO.

Einige Prozessordnungen kennen entsprechende Ausnahmen. Vgl. Vogel/Spühler, 11 N 26; Frank/Sträuli/Messmer, § 64 N 29.

³⁰⁴ Grundsätzlich zustimmend auch G. Walter, Vorentwurf, S. 658.

gung wird praktisch aufgehoben. Selbstverständlich sind noch weitere Konstellationen denkbar, in denen eine abweichende Konstentragung angemessen erscheint. Für die Durchsetzung der Haftungsansprüche steht aber das Problem des Überklagens eindeutig im Vordergrund.³⁰⁵ Eine Regelung wäre daher auf folgenden Kerngehalt zu beschränken:

War dem Ersatzberechtigten die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht zumutbar, kann der Richter die Prozesskosten nach Ermessen verteilen.

5.3 Vorläufige Zahlungen und Feststellungsklage

Die lange Dauer eines Haftpflichtprozesses kann für den nicht vermögenden Geschädigten zu Schwierigkeiten führen. Daher soll der Richter gemäss Art. 56h VE-OR die Befugnis erhalten,³⁰⁶ zugunsten der bedürftigen Partei vorläufige Zahlungen anzuordnen, sofern der Anspruch glaubhaft gemacht wird.

Die vorläufigen Zahlungen sind für den Beklagten verloren, wenn seine Haftung vom Gericht abgelehnt wird. Denn gerade bei bedürftigen Parteien ist ein *Rückerstattungsanspruch wertlos*.³⁰⁷ Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass vor allem Versicherungen belangt werden,³⁰⁸ das wäre ein unzulässiges «deep pocket»-Argument – für den Sozialschutz bestehen im Übrigen andere Absicherungen, insbesondere die Opferhilfe, das Sozialversicherungs- und das Fürsorgerecht. Die ausländische Praxis zeigt zudem, dass die gerichtliche Anordnung von vorläufigen Zahlungen aufgrund ihres symbolischen Charakters eine *stark präjudizierende Wirkung auf die Parteien* hat.³⁰⁹ Bedenken ergeben sich schliesslich auch in bezug auf die *richterliche Unabhängigkeit*: Da mit einer Rückerstattung nicht zu rechnen ist, könnte der Richter geneigt sein, die Haftung zu bejahen, um dem Vorwurf der Schädigung durch seine Fehleinschätzung zu entgehen. Vorläufige Zahlungen soll-

³⁰⁵ Auch der Bericht Vorentwurf, S. 252, lässt erkennen, dass es letztlich um das Überklagen wegen unzumutbarer Bezifferung geht.

In die gleiche Richtung zielt die vom Nationalrat am 6.10.2000 als Postulat überwiesene Motion Schwaab (00.3270), welche der Expertenkommission für eine schweizerische Zivilprozessordnung zur Prüfung überlassen wurde. Im Vorentwurf ZPO wurde auf eine besondere Regelung für vorsorgliche Zahlungen verzichtet. Der Katalog der möglichen Massnahmen in Art. 276 Vorentwurf ZPO ist jedoch offen und schliesst daher eine vorsorgliche Geldzahlung nicht per se aus. Der Bericht ZPO (zu Art. 276 VE-ZPO) geht allerdings im Einklang mit der Lehre (vgl. Vogel/Spühler, 12 N 201; Frank/Sträuli/Messmer, N 8, 36 zu § 110 ZPO/ZH) davon aus, dass für Geldforderungen – abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen, wie z. B. Art. 28 KHG, Art. 283 und 329 ZGB – keine vorsorgliche Massnahme zulässig ist.

³⁰⁷ Was im Bericht Vorentwurf, S. 255 f., verschwiegen wird.

³⁰⁸ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 256.

³⁰⁹ S. dazu Walter, Vorentwurf, S. 659.

ten daher von vornherein nur in Frage kommen, wenn der Ersatzanspruch nicht nur glaubhaft gemacht ist, sondern im Grundsatz feststeht, sei es infolge Anerkennung oder einer gerichtlichen Feststellung.³¹⁰ Insofern könnte auf die Möglichkeit einer Feststellungsklage gemäss Art. 56e VE-OR³¹¹ zurückgegriffen werden. Die Klarheit im Grundsatz darf aber m. E. nicht genügen. Die berechtigten Interessen des Ersatzpflichtigen gebieten, dass Zahlungen nur im praktisch gesicherten Umfang des Schadenersatzes erfolgen; eine andere Beurteilung rechtfertigt sich weder aus pönalen noch aus sozialen Überlegungen. Ein Mindestschaden bzw. ein Mindestanspruch muss daher mit hinreichender Sicherheit³¹² feststehen.

Werden die materiellen Voraussetzungen für vorläufige Zahlungen notwendigerweise derart verschärft, bietet sich als äquivalentes prozessuales Instrument – anstelle von Festellungsklage und vorläufiger Zahlung – die *Teilklage* (mit Nachklagevorbehalt)³¹³ an. Deren Zulässigkeit ist allgemein anerkannt; sie ergibt sich aus der Dispositionsmaxime.³¹⁴ Zudem scheint es nicht ausgeschlossen, dass der Richter im Rahmen eines Prozesses über den Gesamtanspruch den hinreichend festgestellten Mindestschaden als *vorsorgliche Leistungsmassnahme* auszahlen lässt.³¹⁵ Schliesslich kann dem Geschädigten auch mit einer *vorläufigen Vollstreckung* vor Rechtskraft geholfen werden, indem die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels gegen das bereits gefällte Urteil ganz oder teilweise aufhebt.³¹⁶

³¹⁰ Tendenziell grosszügiger dagegen die Vernehmlassung Universität Zürich, MEIER, zu Art. 56h VE-OR.

³¹¹ Diese wäre über die engen vom Bundesgericht und der Lehre gezogenen Grenzen (BGE 114 II 255; vgl. Bericht Vorentwurf, S. 247 f.) hinaus zulässig.

³¹² Unter Einbezug allfälliger Beweiserleichterungen (vgl. vorne III.2.1.1 und III.2.2).

³¹³ Die Rechtskraft erstreckt sich nur auf den eingeklagten Teil. Der Vorbehalt einer Nachklage ist daher grundsätzlich nicht erforderlich, zur Vermeidung von Unklarheit aber empfehlenswert (Frank/Sträuli/Messmer, N 17 zu § 54 ZPO/ZH).

³¹⁴ Vgl. VogeL/Spuhler, 7 N 47. Auch Art. 76 Vorentwurf ZPO sieht die Teilklage vor.

³¹⁵ In BGE 125 III 451 (457 f.) hat das Bundesgericht einen vorsorglichen Erfüllungsanspruch (Lieferverpflichtung) anerkannt und damit das grundsätzliche Verbot von vorsorglichen Leistungsansprüchen (vgl. Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 38 f., 298 f.; Walter, Vorentwurf, S. 659; Frank/Sträuli/Messmer, N 36 zu § 110, N 33 zu § 222 ZPO/ZH) aufgeweicht (vgl. Vogel/Spühler, 12 N 201a). Allerdings verlangt es in Anlehnung an die ausländische Praxis, dass für den Fall des Unterliegens im Hauptverfahren die Schadloshaltung gewährleistet ist. Bei fehlender Sicherstellung bzw. ungesicherter Rückzahlung einer vorsorglich angeordneten Zahlung müsste daher verlangt werden, dass der Anspruch – im geltend gemachten minimalen Umfang – mit hinreichender Sicherheit feststeht. Zur Rechtslage gemäss dem Vorentwurf ZPO vgl. vorne Fn. 306.

³¹⁶ Diese Möglichkeit wird auch in Art. 294 Vorentwurf ZPO vorgesehen. Vgl. dazu aber Stae-HELIN DANIEL, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 7 zu Art. 80 SchKG.

Die Einführung eines neuen Rechtsinstituts der vorläufigen Zahlungen (Art. 56h VE-OR) ist daher nicht erforderlich.³¹⁷

Damit stellt sich die Anschlussfrage, ob für einen blossen Anspruch auf Feststellung der Haftung (Art. 56e VE-OR) noch ein hinreichendes Interesse besteht. Anders als etwa bei einer Persönlichkeitsverletzung hat im Haftungsstreit die blosse *Feststellungsklage* keinen Zweck an sich, sondern dient immer nur als Basis für die spätere Leistungsklage. Will der Geschädigte eine bestehende Einwirkung beseitigen oder eine künftige vermeiden, kann er auf die entsprechenden Klagemöglichkeiten zum Schutz des betreffenden Rechtsgutes zurückgreifen (Persönlichkeitsrecht, Sachenrecht, Immaterialgüterrecht etc.). In den meisten Fällen dürfte es dem Geschädigten zumutbar sein, zumindest in einem gesicherten – wenn auch geringen – Teilbetrag seine «späteren» Zahlungsansprüche bereits jetzt geltend zu machen. Ausnahmefälle mögen durchaus vorkommen; und diesbezüglich hat sich das Bundesgericht wohl allzu grosse Zurückhaltung auferlegt. Sie vermögen eine Sonderregelung der Feststellungsklage im Haftpflichtprozess aber nicht zu rechtfertigen. 319

5.4 Sammelklage (class action)

Die Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts erachtete die Zulassung einer Sammel- bzw. Gruppenklage nach amerikanischem Vorbild (class action)³²⁰ zur rationellen Bewältigung von Fällen, wo eine grosse Anzahl von Ansprüchen gegeben ist und/oder die einzelnen Ansprüche

³¹⁷ Ungelöst wäre zudem die Koordination mit dem Sozialversicherungsrecht (vgl. Bericht Vorentwurf, S. 256). Und in der vorgeschlagenen Regelung fehlt die Verbindung (durch Fristansetzung) mit dem Hauptprozess (vgl. demgegenüber Art. 277 Vorentwurf ZPO).

³¹⁸ Vgl. G. Walter, Vorentwurf, S. 657; Bericht Vorentwurf, S. 247 f.

³¹⁹ Die (begrüssenswerte) Streichung des Rektifikationsvorbehaltes mit der zu kurzen Zweijahresfrist in Art. 46 Abs. 2 OR darf als gesetzgeberischer Hinweis zugunsten grösserer Flexibilität bei der Feststellungsklage aufgefasst werden. Im übrigen verlangt Art. 78 Vorentwurf ZPO für die Feststellungklage bloss ein «hinreichendes Interesse» an der Feststellung und belässt damit dem Richter einen erheblichen Beurteilungsspielraum (vgl. Bericht ZPO, zu Art. 78 VE-ZPO).

³²⁰ Vgl. dazu Brunner, S. 37 ff.; Baumgartner, S. 111 ff.; G. Walter, Litigation, S. 372 ff.; aus deutscher Sicht Basedow Jürgen/Hopt Klaus J./Kötz Hein/Baetge Dietmar (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen 1999; Koch Harald, Kollektiver Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt am Main 1976. Zur Problematik von Massenschäden insbesondere vgl. Romy Isabelle, Litiges de Masse, Fribourg 1997; Tercier Pierre, L'indemnisation des préjudices causé par des catastrophes en droit suisse, ZSR 1990 II, S. 76 ff.; Stark Emil/Knecht Stefan, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden?, ZSR 1978 I, S. 51 ff.

nur einen geringen Wert erreichen, für prüfenswert.³²¹ Demgegenüber lässt der Bericht zum Vorentwurf eine Auseinandersetzung mit dieser für das Haftpflichtrecht doch bedeutsamen Frage vermissen. Vom Ergebnis her ist das allerdings kaum zu beklagen, denn die *Einführung der Sammelklage im schweizerischen Recht ist nicht empfehlenswert* (zumindest müssten zunächst die Entwicklungen und Erfahrungen mit diesem prozessualen Rechtsinstitut im europäischen Ausland³²² abgewartet werden).

Die Sammelklage wäre im schweizerischen Zivilprozess ein Fremdkörper, denn unsere Rechtskultur geht vom Grundsatz aus, dass das Recht zur Führung eines Prozesses eng mit dem (behaupteten) eigenen materiellen Anspruch verbunden ist. 323 Die Möglichkeit, andere Betroffene ohne Mandat vor Gericht zu vertreten, basiert demgegenüber auf dem englischen «equity»-Prozess.³²⁴ Zudem dient die class action dem Ausgleich von Besonderheiten und Defiziten des amerikanischen Prozessrechts sowie der amerikanischen Rechtsordnung überhaupt, welche im schweizerischen Recht weit weniger vorhanden sind: So sind amerikanische Prozesse stark von Unsicherheiten geprägt und sehr teuer; richterliche Mithilfe bzw. ein richterliches Fragerecht ist weitgehend unbekannt und die unentgeltliche Prozessführung sowie die Sozialgesetzgebung überhaupt unterentwickelt.325 Richtig zu funktionieren – selbst im amerikanischen Recht werden aber auch unerwünschte Ergebnisse beklagt³²⁶ – scheint die Sammelklage schliesslich nur in Kombination mit der bei uns rechtswidrigen Vereinbarung eines Erfolgshonorars sowie mit grosszügigen «punitive damages», welche für die Anwälte eine angemessene Rendite gewährleisten.³²⁷

Wie Gerhard Walter kürzlich ausführlich dargelegt hat, kann zur Bewältigung von Fällen mit einer Vielzahl von Geschädigten und zur Effizienzsteigerung auch auf andere, uns bekannte prozessuale Methoden zurückgegriffen werden.³²⁸

 Genannt sei hier insbesondere die Möglichkeit, dass mehrere Geschädigte bei gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen gemeinsam klagen. Dies-

³²¹ Bericht Studienkommission, S. 190 f. sowie These 64-1.

³²² Zu Vorschlägen für die Einführung einer Art von Sammelklage im europäischen Produkteund Umwelthaftungsrecht sowie in den skandinavischen Ländern vgl. G. WALTER, Vorentwurf, S. 649; BAUMGARTNER, S. 112.

³²³ Vgl. Bericht ZPO, Ziff. 3.2.5.

³²⁴ S. BAUMGARTNER, S. 117 f.

³²⁵ Dazu ausführlich BAUMGARTNER, S. 115 f., 118, 124, 127.

³²⁶ So kommt es vor, dass Anwälte von Unternehmen, die mit einer Vielzahl von Klagen zu rechnen haben, ihnen genehme Klägeranwälte aussuchen, die dann formell Klage erheben, um sogleich einen für beide (nicht aber für die geschädigten Gruppenmitglieder) günstigen Vergleich abzuschliessen (s. BAUMGARTNER, S. 126).

³²⁷ Vgl. Baumgartner, S. 118 f., 125 f.

³²⁸ G. Walter, Litigation, S. 372 ff.; s. auch Baumgartner, S. 123 f.; sowie Brunner, S. 40 ff.

bezüglich ist zu begrüssen, dass der Vorentwurf einer schweizerischen Zivilprozessordnung – abgesehen vom Gerichtsstand am Ort eines Streitgenossen und am Unfallort bei Massenschäden (Art. 13 und 35 VE-OR)³²⁹ – die Klagebündelung durch die Parteien vorsieht (Art. 63 VE-OR) sowie die Befugnis des Richters, selbstständig eingereichte Klagen zu vereinen (Art. 115 lit. d VE-ZPO). Sind verschiedene Gerichte zuständig, so soll er zudem das Verfahren bis zum Entscheid eines anderen Gerichts sistieren (Art. 116 VE-ZPO) oder allenfalls an das zuerst angerufene Gericht überweisen können (Art. 117 VE-ZPO).

- Ausgebaut werden kann auch der Einsatz von Verbandsklagen.³³⁰ Der Vorentwurf für die Haftpflichtrechtsrevision sieht diese Klagemöglichkeit für besondere Fälle von Umweltschädigungen vor (Art. 45 d Abs. 2 VE-OR). In der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung soll das Verbandsklagerecht demgegenüber generell eingeführt werden (Art. 79 VE-ZPO); allerdings begrenzt auf Beseitigung, Unterlassung und Feststellung der Rechtswidrigkeit.³³¹ Das Feststellungsurteil wird dem Geschädigten die Durchsetzung des eigenen Haftungsanspruchs jedoch erheblich erleichtern; darüber hinaus dürfte die Verbandsklage auch präventiv wirken.³³²
- Zudem wird sich oft aufdrängen, den Haftungsanspruch eines typischen Geschädigten im Rahmen eines Musterprozesses gerichtlich beurteilen zu lassen, so dass in der Folge eine gütliche Erledigung auch weiterer Schadensfälle realistisch erscheint.³³³

Selbstverständlich können durch diese Methoden nicht in allen Fällen nachteilige Folgen von technischen oder wirtschaftlichen Verhaltensweisen ausgeglichen werden. Das auf Individualbeziehungen ausgerichtete private Haftpflichtrecht stösst bei massenweisen und minimalen Schädigungen an Grenzen.³³⁴ Die ordnungspolitische Funktion, die dem Schadenersatzrecht sowie dem Rechtsinstitut der class action im amerikanischen Rechtssystem in diesen Grenzbereichen zukommt,³³⁵ wird in der Schweiz aber vielfach – und kaum weniger effizient – durch regulative Vorschriften (z. B. technische Anforderungen) oder institutionelle Einrichtungen³³⁶ übernommen. In besonde-

³²⁹ Die Regelungsvorschlag entspricht Art. 7 und 27 des Gerichtsstandgesetzes; dazu Brunner, S. 46 f.

³³⁰ Dazu ausführlich Berni Markus, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr, Bern 1992; sowie jüngst Brunner, S. 42 ff., 46.

³³¹ Vgl. Bericht ZPO, Art. 79 VE-ZPO.

³³² Vgl. G. Walter, Litigation, S. 375 f.

³³³ Vgl. dazu G. Walter, Litigation, S. 374; Baumgartner, S. 123, je mit Hinweis auf BGE 116 II 480 (Tschernobyl). Kritisch dagegen Brunner, S. 40 f.

³³⁴ Vgl. Müller-Chen, S. 217 f.; Loser, Kausalitätsprobleme, S. 259 ff.

³³⁵ Die class action soll vor allem auch der Verfolgung öffentlicher Interessen dienen; zur Theorie des «private attorney general» s. Baumgartner, S. 125 f.

³³⁶ Z. B. die Wettbewerbskommission. Vgl. G. Walter, Litigation, S. 373.

ren Haftungsfällen dürfte es zudem richtig sein, kollektive Entschädigungssysteme (Fondslösungen) hoheitlich einzurichten, welche zu ähnlichen Ergebnissen wie die amerikanische Sammelklage führen.³³⁷ Für die damit notwendigerweise verbundenen politischen Entscheidungen³³⁸ ist nach schweizerischem Rechtsverständnis aber eher der Gesetzgeber als der Richter berufen.

5.5 Regelungsvorschlag

Im Hinblick auf die Verwirklichung von materiellen Haftungsansprüchen erscheint eine Regelung von einzelnen – im Vorentwurf erfassten – prozessualen Fragen gerechtfertigt: Dabei handelt es sich um die freie Beweiswürdigung, den fakultativen Untersuchungsgrundsatz sowie die abweichende Kostenverteilung. Zudem empfiehlt sich die gesetzliche Verankerung der unbezifferten Forderungsklage. Demgegenüber drängt sich aus Sicht des Haftpflichtrechts nicht auf, den Beweiskostenvorschuss, die Feststellungsklage sowie vorläufige Zahlungen zu regeln. Ebenfalls sollte auf die Einführung einer Sammelklage (class action) verzichtet werden.

Grundsätzlich sind die Verfahrensbestimmungen in der geplanten schweizerischen Zivilprozessordnung³³⁹ zu verankern. In das Obligationenrecht sollen nur Regeln aufgenommen werden, welche Besonderheiten des Haftpflichtprozesses betreffen. Allgemeine prozessuale Vorschriften wären höchstens dann ins Haftpflichtrecht einzufügen, wenn sie nicht Eingang in die geplante Zivilprozessordnung finden.

Es ist sinnvoll, die Verfahrens- und Beweisfragen gesamthaft in Art. 42 OR unter der Marginalie «Beweis und Verfahren» zu regeln, welcher somit basierend auf den bisherigen Ausführungen folgende Regelungen zu umfassen hätte:

- Grundsatz der freien Beweiswürdigung, soweit nicht in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt (in Art. 150 Vorentwurf ZPO vorgesehen).
- Fakultativer Untersuchungsgrundsatz, soweit nicht in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt (Art. 51 Vorentwurf ZPO sieht zwar lediglich ein richterliches Fragerecht vor; dieses lässt dem Richter al-

³³⁷ S. G. Walter, Litigation, S. 376; ausführlich zu Fondslösungen Loser, Kausalitätsprobleme, S. 271 ff.; vgl. auch Nigg, S. 38; Romerio, S. 227.

Der Schadensausgleich und die Beitragspflicht der Haftpflichtigen müssen notwendigerweise typisierend festgelegt werden, was dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit widerspricht (vgl. BAUMGARTNER, S. 124).

³³⁹ Dazu vorne bei Fn. 284.

Peter Loser-Krogh

lerdings einen weiten Spielraum, indem neben unklaren³⁴⁰ auch unvollständige Vorbringen erfasst werden.³⁴¹ Zusammen mit der Möglichkeit, nachträglich Tatsachen und Beweisanträge vorzubringen, welche durch das Fragerecht veranlasst worden sind [Art. 215 Abs. 2 lit. b Vorentwurf ZPO], führt dies zu einer im Vergleich zur fakultativen amtlichen Beweiserhebung gleichwertigen Rechtslage).

- Haftung bei alternativer Kausalität mehrerer Schädiger (vgl. vorne III.2.2).
- Schadensschätzung (wie bisher in Art. 42 Abs. 2 OR geregelt).
- *Unbezifferte Forderungsklage*, soweit nicht in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt (in Art. 75 Vorentwurf ZPO vorgesehen).
- Abweichende Kostenverteilung, soweit nicht in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt (in Art. 98 Vorentwurf ZPO vorgesehen, insbesondere bei Unterliegen bloss in der Höhe der Forderung, wenn diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig ist oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war).

Die bisher in Art. 42 Abs. 1 OR enthaltene (sowie in Art. 56d Abs. 1 VE-OR vorgeschlagene) Beweislastregelung kann gestrichen werden, weil die Regelung neben Art. 8 ZGB unnötig ist. Sollte die Schweizerische Zivilprozessordnung wie heute vorgesehen verwirklicht werden,³⁴² bleibt in Art. 42 OR – unter der Marginalie «Beweis» – nur die Haftung bei alternativer Kausalität sowie die Schadensschätzung zu regeln.

³⁴⁰ Auch moderne kantonale Prozessordnungen sehen ein Fragerecht oft nur bei unklaren oder unbestimmten Vorbringen vor (z. B. Art. 57 ZPO/SG).

³⁴¹ Der Bericht ZPO (zu Art. 51 VE-ZPO) mahnt allerdings zu Zurückhaltung.

³⁴² Es ist damit zu rechnen, dass dies zusammen mit oder sogar noch vor der Revision des Haftpflichtrechts der Fall sein wird.

IV. Verjährung

Die folgenden Ausführungen betreffen:

• Art. 55 bis 55 b VE-OR (Verjährung)

1. Vereinheitlichung und Gesamtreform der schuldrechtlichen Verjährung

Im Verjährungsrecht besteht der grösste Reformbedarf.³⁴³ Einerseits ist eine Vereinheitlichung innerhalb des Deliktsrechts erforderlich, denn die Verjährungsregeln sind in mehreren Gesetzen verteilt und weichen voneinander ab.³⁴⁴ Zudem erscheint die einjährige relative Frist und bei Langzeitschäden auch die zehnjährige absolute Frist als zu kurz. Anderseits ist die fehlende Harmonisierung mit dem Vertragsrecht unbefriedigend. Geringfügige Unterscheidungen im Sachverhalt³⁴⁵ schaffen rechtliche Diskrepanzen, welche schwer verständlich sind.

Der Vorentwurf bringt für das Deliktsrecht die gewünschte Vereinheitlichung. Demgegenüber kommt es nicht zur Harmonisierung mit dem Vertragsrecht. Die vom Vorentwurf vorgeschlagene teilweise Integration der Vertragshaftung in das Deliktsrecht wird sowohl in der Wissenschaft wie in der Vernehmlassung überwiegend abgelehnt (vgl. dazu vorne II.4). Muss das Scheitern des Harmonisierungsziels im Bereich der Verjährung einfach hingenommen werden? Und ist es sinnvoll, die schuldrechtliche Verjährung in einem Sonderbereich zu reformieren, wenn damit Diskrepanzen zum übrigen Schuldrecht nicht beseitigt (kürzere relative Frist [Art. 55 Abs. 1 VE-OR] statt Zehnjahresfrist [Art. 127 OR]), sondern sogar neue geschaffen werden (Ausdehnung der Höchstfrist auf 20 Jahre [Art. 55 Abs. 2 VE-OR]; Erleichterung des Verjährungsverzichts [Art. 55 a VE-OR]; Verjährung im Bereicherungsrecht [Art. 67 OR])? Beide Fragen sind zu verneinen. Die Harmonisierung der schuldrechtlichen Verjährung ist ein richtiges und wichtiges Ziel, insbesondere – aber nicht nur – im Bereich der sogenannten positiven Vertragsverletzungen.³⁴⁶ Es ist indessen ein anderer Weg als im Vorentwurf zu wählen: Vorgeschlagen wird hier die effektive Vereinheitlichung der Verjährungsregeln des Schuldrechts insgesamt.

So schon die Beurteilung der beiden Referate zum Juristentag von 1967 (GILLIARD, S. 225 ff.; STARK, Vereinheitlichung, S. 93 ff.); sowie Bericht Studienkommission, S. 119 f.; Bericht Vorentwurf, S 208 ff.

³⁴⁴ S. Bericht Vorentwurf, S. 206 ff.

³⁴⁵ Z. B. Schädigung des Vertragspartners oder eines Familienangehörigen.

³⁴⁶ Vgl. Bericht Studienkommission, S. 122; Koller, Positive Vertragsverletzungen, S. 1496 f.

Dazu ist erforderlich das bisherige Grundkonzept der Verjährung im schweizerischen Schuldrecht, welches auf objektiven Kriterien und absoluten Fristen aufbaut, zu ändern zugunsten einer Konzeption mit doppelten (relativen und absoluten) Fristen. Davon hat man in den bisherigen Revisionsbestrebungen abgesehen.³⁴⁷ Für eine Gesamtreform des schweizerischen Verjährungsrechts bestehen aber gute Gründe: (1) Auch das vertragliche Verjährungsrecht erscheint revisionsbedürftig: Problematisch sind die Vielfalt der Sonderregelungen, 348 was zu Unübersichtlichkeit, Rechtsunsicherheit sowie zu (unnötigen) prozessualen Auseinandersetzungen³⁴⁹ über die massgebliche Verjährungsfrist führt; die Unklarheit über den Fristbeginn bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen;³⁵⁰ die Kürze der Frist bei Bereicherungsansprüchen;³⁵¹ die fehlende Fristhemmung bei laufendem Prozess;³⁵² die unbefriedigende Rechtslage beim Verjährungsverzicht³⁵³ sowie die Kürze der Gewährleistungsverjährung³⁵⁴ (hier ist allerdings bereits eine Revision im Gang: vgl. hinten IV.3.3.1). (2) Das Konzept der doppelten Fristen ist materiell überzeugend und im Delikts- und Bereicherungsrecht erprobt. (3) Ein Blick über die Grenzen zeigt zudem, dass mit einer Gesamtreform auch eine europäische Harmonisierung erreicht wird.

Die zuletzt genannte Berücksichtigung internationaler Entwicklungen fördert die Anpassungsfähigkeit und Dialogfähigkeit des schweizerischen Rechts. Anpassungsfähigkeit bedeutet, dass das Abstimmen der nationalen Reformen auf die Grundstrukturen des sich abzeichnenden europäischen Schuldrechts die künftig entstehenden Umstellungskosten auf ein europäisches Recht verringert. Dialogfähigkeit bedeutet, dass nationale Lösungen auch für Juristen einsichtig und akzeptabel sind, die zur Zeit an dem Gesamtplan und den Einzelentwürfen für ein europäisches Privatrecht arbeiten. Dadurch kann man im wissenschaftlichen Diskurs schweizerische Lösungen vorstellen oder sogar als vorbildlich durchsetzen. Auf die Kodifizierung von Sonderwegen sollte daher möglichst verzichtet werden.

³⁴⁷ Eine Neuregelung der allgemeinen Verjährung würde gemäss Bericht Vorentwurf, S. 306, das Mandat sprengen; eine allgemeine Neuregleung wird nur für Art. 134 Ziff. 7 VE-OR vorgesehen. Im übrigen hat man lediglich die Anwendungsbereiche der ordentlichen Verjährung (Art. 127 OR) und der Deliktsverjährung verschoben. Für eine umfassende Revision der Verjährungsregeln aber eindringlich GAUCH, Vereinheitlichung, S. 334 f., mit weit. Nachw.

³⁴⁸ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3414 ff.; Gauch, Vereinheitlichung, S. 334.

³⁴⁹ Vgl. nur die Rechtssprechungsnachweise bei BasKomm/Berti, N 2 ff. zu Art. 128 OR.

³⁵⁰ BasKomm/Wiegand, N 50 ff. zu Art. 97 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3436, 3440, 3446.

³⁵¹ Bucher, Obligationenrecht, § 25 V/3.

³⁵² Bericht Studienkommission, S. 131; Bericht Vorentwurf, S. 222, 306.

³⁵³ Bucher, Obligationenrecht, § 25 I/3.

³⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3512 f.

³⁵⁵ Vgl. Schlechtriem, S. 218 f.

Im Anschluss an die Teile I und II der Principles of European Contract Law (PECL)³⁵⁶ hat die Kommission für Europäisches Vertragsrecht («Lando-Kommission») im Jahr 2001/2003 *Grundregeln (Principles) eines Europäischen Verjährungsrechts* verabschiedet.³⁵⁷ Der internationale Trend³⁵⁸ ist durch drei Stossrichtungen gekennzeichnet:³⁵⁹ einheitliche Fristen, kürzere Fristen und Relevanz eines subjektiven³⁶⁰ Kriteriums. Die European Principles zur Verjährung haben in entscheidender Weise das neue deutsche Verjährungsrecht im BGB, welches seit 2002 in Kraft ist, beeinflusst.³⁶¹ Es ist gerechtfertigt, sie auch einer Gesamtrevision der schuldrechtlichen Verjährung im schweizerischen Obligationenrecht zu Grunde zu legen (die European Principles sind im Anhang abgedruckt). Im Einzelnen muss aber geprüft werden, wieweit die europäischen Konzeptionen übernommen werden können und wo sich eine abweichende Regelung aufdrängt.

³⁵⁶ Dazu Lando/Beale.

³⁵⁷ S. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, S. 36 ff., 157 ff. Vgl. zur Entwicklungsgeschichte Zimmermann, Reformdebatte, S. 219 ff.; zu den rechtspolitischen Grundwertungen und rechtsvergleichenden Überlegungen hinter den Verjährungsregeln Zimmermann, JZ 2000, S. 835 ff.

Nicht im Vordergrund steht hier das UN-Verjährungsübereinkommen (Uncitral-Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf) von 1974 (Die deutsche Fassung ist abgedruckt in RabelsZ 1975, 342 ff.; vgl. dazu Landfermann, S. 253 ff.; sowie die Nachw. bei Zimmermann, JZ 2000, S. 855 Fn. 35). Einerseits kann kaum von europäischem Recht gesprochen werden, da das 1988 in Kraft getrene Übereinkommen zwar von den USA und mehreren Ländern der Dritten Welt und des ehemaligen Ostblocks, bisher aber von keinem Mitglied der Europäischen Union ratifiziert worden ist. (Zimmermann, JZ 2000, S. 855 Fn. 36. Den exportorientierten westeuropäischen Staaten ist insbesondere die nicht verkürzbare Vierjahresfrist für die Sachmängelansprüche ein Dorn im Auge.) Anderseits beschränkt sich der Regelungsbereich auf die Ansprüche der Parteien eines Handelskaufs (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 lit. a des Übereinkommens), einschliesslich der Gewährleistungsrechte, deren Verjährung aber regelmässig einer Sonderregelung unterstehen.

³⁵⁹ ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 859 ff.

³⁶⁰ Die Subjektivierung der Regelfristen ist der Preis für die Verkürzung und Vereinheitlichung (Leenen, S. 552).

Zur Entstehungsgeschichte Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S. XLIX ff. Vgl. zudem Zöllner Wolfgang, Das neue Verjährungsrecht im deutschen BGB – Kritik eines verfehlten Regelungssystem, in: Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, S. 153 ff.; sowie mit Blick auf die European Principles Zimmermann Reinhard, Das neue deutsche Verjährungsrecht: ein Vorbild für Europa?, in: Ingo Koller/Herbert Roth/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, 2002, S. 9 ff.

2. Neuregelung der ordentlichen Verjährung nach dem Konzept der doppelten Fristen

Die grösste Änderung ergibt sich durch die Neuregelung der ordentlichen Verjährung nach dem Konzept der doppelten Fristen, wie es heute im Deliktsund Bereicherungsrecht gilt.

Die Grundregel ist eine kurze Verjährungsfrist mit «subjektiver» Anknüpfung. Die Frist beträgt drei Jahre.362 Der Fristbeginn setzt zunächst die Fälligkeit voraus (die Leistung ist zu erbringen). ³⁶³ Die Frist beginnt aber erst zu laufen, wenn der Gläubiger von den massgeblichen Umständen sowie von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat. 364 Rechtstechnisch bestehen diesbezüglich zwei Regelungsmöglichkeiten: Entweder wird der Verjährungsbeginn erst auf den Zeitpunkt der Kenntnis gelegt (so die bisherige schweizerische Lösung in Art. 60 und 67 OR sowie die neue deutsche Regelung in § 199 BGB); oder die Unkenntnis stellt einen blossen Hinderungsgrund für den Fristenlauf dar (so die European Principles in Art. 14:301 i. V.m. Art. 14:307). Materiell kommt es auf dasselbe hinaus. Auch wenn die Fristhemmung durchaus ihre Vorzüge hat (es bestehen keine unterschiedlichen Zeitpunkte für den Beginn der relativen Frist und der Höchstfrist), scheint es richtig, die bisherige Lösung zu wählen. Sie ist der Praxis vertraut und rechtspolitisch eher realisierbar. Der positiven Kenntnis sollte im übrigen die grobfahrlässige Unkenntnis gleichgesetzt werden.³⁶⁵

Als *Höchstdauer* erscheinen *zehn Jahre* angemessen.³⁶⁶ Das entspricht dem bisherigen Recht und dem europäischen Trend.³⁶⁷ Die Frist beginnt ab Fälligkeit bzw. Entstehung des Anspruchs zu laufen.

³⁶² Entsprechend Art. 14:201 PECL; sowie Art. 55 Abs. 1 VE-OR.

³⁶³ Das ist gleichbedeutend mit der heutigen Wendung im Bereicherungsrecht, wonach der Anspruch entstanden sein muss.

³⁶⁴ Das deutsche Recht kennt die sogenannte «Ultimoverjährung», welche nunmehr in § 199 Abs. 1 BGB verallgemeinert worden ist (vgl. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S. LI). Danach beginnt und endet die Verjährungsfrist immer am Ende des Kalenderjahres. Für die Schweiz besteht kein Anlass, vom bisherigen Grundsatz abzuweichen, dass es auf den Tag der Kenntnis ankommt.

³⁶⁵ So im Anschluss an Art. 14:301 PECL jetzt auch § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. Vgl. zum Erkennbarkeitskriterium v. Bar, Deliktsrecht II, N 556 ff.; ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 861.

³⁶⁶ Die in Art. 55 Abs. 2 VE-OR vorgesehene Fristverlängerung auf 20 Jahre war in der Vernehmlassung weitgehend auf Kritik gestossen.

³⁶⁷ Art. 14:307 PECL; § 199 Abs. 3 Ziff. 1 und Abs. 4 BGB. Vgl. ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 863.

3. Ausnahmen von der ordentlichen Verjährung

Die neue ordentliche Verjährung hat zwar gegenüber der heutigen Rechtslage einen viel weiteren Anwendungsbereich; sie ist aber nicht in allen Fällen angemessen. Die Ausnahmen betreffen den Beginn und die Dauer der Höchstfrist (hinten IV.3.1 und IV.3.2.) sowie das Konzept der doppelten Frist überhaupt (hinten IV.3.3).

3.1 Verjährungbeginn bei Schadenersatzansprüchen

3.1.1 Problematik im geltenden Recht

Schadenersatzansprüche werden erst mit dem Eintritt des Schadens fällig. Dieser Zeitpunkt ist für den Beginn der Höchstfrist problematisch. Bei latenten Schäden – mit verzögertem Schadenseintritt – könnten grundsätzlich auf unabsehbare Zeit hinaus unverjährte Schadenersatzforderungen entstehen, was die Rechtssicherheit gefährdet. Wenn die Rechtsordnung die Gläubigerinteressen dadurch berücksichtigt, dass vor der Entdeckung des Schadens die Verjährung nicht zu laufen beginnt, dann kann sie nicht gleichzeitig mit einer Höchstfrist operieren, die vom Zeitpunkt des Schadeneintritts an läuft. Diese Maximalfrist wäre oft wirkungslos, weil Schadenseintritt und Kenntnis zumeist eng miteinander verbunden sind.³⁶⁸

(1) Das geltende Deliktsrecht stellt daher in Art. 60 OR auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung ab. (2) Dasselbe wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre für einzelne vertragliche oder vertragsähnliche Schadenersatzansprüche vertreten (positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo). Dies ist allerdings umstritten, weil mit dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 130 OR) nicht vereinbar. (3) Demgegenüber erachtet die überwiegende Lehre in anderen Fällen von vertraglichen Schadenersatzansprüchen den Fälligkeitszeitpunkt durchaus als angemessen. So sollen der Rücktrittsschaden gemäss Art. 109 Abs. 2 OR sowie der Verzugsschaden mit dem Schadenseintritt verjähren; auch dies ist jedoch umstritten. (4) Besonderes gilt nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre sodann bei Schadenersatzansprüchen, welche an Stelle der ursprünglichen Forderung treten.

³⁶⁸ ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 865.

³⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3446; vgl. auch BGE 106 II 134. A. M. demgegenüber Bas-Komm/Wiegand, N 52 zu Art. 97 OR, der auf den Schadenseintritt abstellt.

³⁷⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3440. Die Frage ist allerdings strittig: vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3436.

Hier sei auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Primärleistung abzustellen.³⁷¹ Denn der Schadenersatzanspruch setze lediglich die ursprüngliche Forderung mit einem anderen Inhalt fort. Hierzu werden Schadenersatzansprüche wegen nachträglicher Leistungsunmöglichkeit sowie der Ersatzanspruch im Verzugsfall wegen Leistungsverzicht bei Festhalten am Vertrag gezählt.³⁷² Sowohl der Grundsatz wie auch die Auswahl derartiger Ansprüche ist jedoch umstritten. Angesichts dieser Meinungsverschiedenheiten zum Verjährungsbeginn bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen ist es sinnvoll, dass der Gesetzgeber die Frage regelt.³⁷³

3.1.2 Ergebnis

- a) Die European Principles sehen in Art. 14:203 eine einheitliche Sonderregelung für den Beginn der Verjährung von Schadenersatzansprüchen vor. Statt auf die Entstehung des Anspruchs wird auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung abgestellt. Eine solche Regelung vermag auch im schweizerischen Recht für deliktische Ansprüche, für Ansprüche aus culpa in contrahendo und ähnlichen Schuldverhältnissen sowie die positiven Vertragsverletzungen zu überzeugen, weil gerade hier das Risiko eines verzögerten Schadeneintritts besteht.³⁷⁴
- b) Führt dies bei Schadenersatzansprüchen, welche an Stelle des Primäranspruchs treten, zu einem unerwünschten³⁷⁵ Konzeptwechsel? Die Diskrepanz ist nur eine scheinbare. Denn die massgebliche, vorwerfbare schädigende Handlung fällt richtig besehen mit dem Fälligkeitszeitpunkt zusammen: (1) Bei Fälligkeit muss der Schuldner leisten;³⁷⁶ erfüllt er seine Pflicht nicht, gereicht ihm das zum Vorwurf. Die massgebliche, vorwerfbare schädigende Handlung liegt daher in der Nichterfüllung bei Fälligkeit.³⁷⁷ Für die Entste-

³⁷¹ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3436. A. M. BasKomm/Wiegand, N 50 zu Art. 97 OR, der insofern der überwiegenden deutschen Lehre folgt. Nach der deutschen Auffassung könnte der Gläubiger, wenn die Verjährung seines Anspruchs auf Primärleistung droht, durch Setzen einer Nachfrist und Verzicht auf Primärleistung bei Festhalten am Vertrag die Verjährungsfrist verlängern. Kritisch dazu zum früheren Schuldrecht Staudinger/Peters, N 13 zu § 198 aBGB, sowie jetzt Palandt/Heinrichs, N 15 zu § 199 BGB, welche auf die Verjährung der Primärleistung abstellen.

³⁷² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3436. Für Einbezug des Rücktrittsschadens Spiro, Verjährung, § 57 bei Fn. 7.

³⁷³ So die Forderung von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3446.

³⁷⁴ A. M. im Ergebnis BasKomm/Wiegand, N 52 zu Art. 97 OR.

Das Abstellen auf die Fälligkeit des Primäranspruchs vermag in der Schweiz überwiegend zu überzeugen und findet auch in Deutschland zunehmend Anhänger (vgl. die Nachw. in Fn. 371).

³⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 44, 2161; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 65.05 f.

³⁷⁷ Vgl. auch ZIMMERMANN, JZ 2000, 866.

hung des Schadenersatzanspruchs müssen zur Vermeidung von Härten für den Schuldner noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein, z. B. Mahnung und Nachfrist; erst der Verzug (nach Mahnung) zieht Sanktionen nach sich. Die Nichtleistung bei Fälligkeit ist aber aus schuldrechtlicher Sicht keineswegs belanglos, sondern das massgebliche anspruchsbegründende Ereignis. (2) Erfüllt der Schuldner bei Fälligkeit nicht, weil die Leistung unmöglich geworden ist, so stellt wiederum die Nichtleistung im Fälligkeitszeitpunkt die massgebliche schädigende Handlung dar. (3) Dasselbe gilt auch, wenn die Leistung erst nach Fälligkeit unmöglich wird, weil ja die unterbliebene Leistung bei Fälligkeit noch möglich war.

- c) Die neue Regelung steht dagegen im Widerspruch zur überwiegenden Auffassung zum Verjährungsbeginn de lege lata beim *Rücktrittsschaden* sowie beim *Verzögerungsschaden* dies allerdings nicht ganz zu Unrecht: (1) Denn der Anspruch auf den Rücktrittsschaden (im Umfang des negativen Vertragsinteresses) nach Art. 109 OR tritt nach durchaus überzeugender Auffassung von Spiro wie der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse an die Stelle des ursprünglichen Primäranspruchs.³⁷⁸ Das deckt sich mit der Ansicht, dass auch im Fall von Leistungsunmöglichkeit nach Art. 97 OR der Schuldner wahlweise das positive oder das negative Interesse³⁷⁹ verlangen kann.³⁸⁰ (2) Und für den Anspruch auf Ersatz des Verzugsschaden macht Bucher plausibel geltend, es handle sich um einen Nebenanspruch,³⁸¹ welcher gemäss Art. 133 OR mit dem Hauptanspruch verjährt.³⁸² Danach ist auch für die Verjährung des Verzögerungsschadens auf die Fälligkeit des Primäranspruchs abzustellen.
- d) Zusammenfassend ist es sachgerecht, für sämtliche Schadenersatzansprüche einheitlich auf die schädigende Handlung abzustellen.³⁸³ Die Dauer

³⁷⁸ Spiro, Verjährung, § 57 bei Fn. 7.

³⁷⁹ Das schweizerische Vertragsrecht kennt insofern – ähnlich wie die ausservertragliche Vertrauenshaftung (dazu vorne bei Fn. 31) – ein zweispuriges System des Vertrauensschutzes: so gestellt zu werden, als hätte der Partner dem Vertrauen auf das Versprechen entsprochen; oder so gestellt werden, als hätte man nie auf das Versprechen vertraut. Vgl. zum Konzept des zweispurigen vertraglichen Vertrauensschutzes Wiedemann Herbert, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., Stuttgart 1990, N 62 vor § 275 BGB.

³⁸⁰ So zu recht Guhl/Koller, § 31 N 3. Teilweise wird die Wahlmöglichkeit auch für den Schadenersatz bei Rücktritt nach Art. 109 OR geltend gemacht: vgl. Schwenzer, Obligationenrecht, N 66.34; BerKomm/Weber, N 84 zu Art. 109 OR.

³⁸¹ Bucher, Obligationenrecht, § 25/IV/2.

³⁸² Ebenso die Auffassung zum deutschen Recht: s. Palandt/Heinrichs, N 1 zu § 217 BGB.

³⁸³ Gleichzustellen ist das sonstige, den Schaden auslösende Ereignis (bei der Gefährdungshaftung). Der Vorentwurf (Art. 55 Abs. 2 VE-OR) verwendete in der deutschsprachigen Fassung missverständlicherweise den Begriff «Schadenseintritt» anstelle von «schädigender Handlung»; richtig dagegen die romanischen Textfassungen.

der Fristen beträgt wie bei der ordentlichen Verjährung drei bzw. zehn Jahre. 384

3.2 Längere Verjährungsfrist

3.2.1 Verlängerung der Höchstdauer bei Schadenersatzansprüchen

Die Höchstfrist von zehn Jahren kann bei verzögertem oder schwer erkennbarem Schadeneintritt zur Verjährung führen, bevor überhaupt ein Schaden entstanden oder erkannt worden ist. Im Grundsatz ist dies hinzunehmen. Bei Spätfolgen dürfte häufig die Zurechnung fraglich sein und die Möglichkeit, den Urheber zu belangen, etwas Zufälliges an sich haben.³⁸⁵

Das trifft aber nicht generell zu: Längere Latenzperioden treten vor allem bei Körperverletzung und Gesundheitsschädigung auf. Diese Rechtsgüter sind besonders wertvoll. Hier wäre es unzumutbar, dass die Klagemöglichkeit im Interesse von Rechtssicherheit und Konfliktbeendigung noch vor Eintritt oder Kenntnis des Schadens abgeschnitten wird. Daher erscheint eine Sonderbehandlung für die Verletzung von persönlichen Rechtsgütern gerechtfertigt. Magesichts ihrer Bedeutung ist es durchaus angemessen, hier grosszügig zu sein und die Höchstfrist der European Principles von 30 Jahren (Art. 14:307) zu übernehmen. Met Eine entsprechende Fristverlängerung empfiehlt sich auch für Umweltschäden, wo ebenfalls oft Verzögerungen auftreten.

³⁸⁴ Von einer Kombinationslösung für den Fristbeginn, wie sie die deutsche Schuldrechtsmodernisierung gebracht hat, ist im schweizerischen Recht abzusehen. Seit 2002 gilt gemäss § 199 Abs. 2 BGB einerseits eine Höchstfrist von zehn Jahren ab Fälligkeitszeitpunkt; anderseits eine Höchstfrist von 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung. Massgeblich ist die zuerst ablaufende Höchstfrist. Diese Lösung ist wohl nicht zuletzt als Kompromiss zwischen der traditionellen deutschen 30-Jahre-Frist und der modernen, international verankerten Frist von zehn Jahren zu begreifen. Ein solcher Kompromiss ist im schweizerischen Recht, das schon immer die kürzeren Zehnjahresfristen kannte, nicht notwendig. Ausserdem können die wichtigsten Gläubigerinteressen durch eine begrenzte Sonderregelung mit verlängerter Höchstfrist gewahrt werden (dazu sogleich IV.3.2.1).

³⁸⁵ Spiro, Verjährung, § 42 bei Fn. 21.

³⁸⁶ Das entspricht durchaus der europäischen Entwicklung (vgl. ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 863). Demgegenüber führt das Konzept des Vorentwurfs, für bestimmte Kategorien von Ersatz-pflichtigen bzw. für bestimmten Haftungsarten längere Fristen einzuführen (Bericht Vorentwurf, S. 215), zu einem schweizerischen Sonderweg.

³⁸⁷ Damit entfällt im Gegensatz zum Konzept des Vorentwurfs (vgl. Fn. 386) auch der Bedarf für Sondervorschriften in den einzelnen Haftpflicht-Spezialgesetzen.

3.2.2 Verlängerung nach Anerkennung durch Urteil

Nach gerichtlicher Anerkennung des Anspruchs durch ein Urteil³⁸⁸ ist der Gläubiger nicht gehalten, die Forderung möglichst rasch geltend zu machen. Anstelle der kurzen ordentlichen Frist von drei Jahren ist daher (wie im heutigen Recht) eine Frist von zehn Jahren angemessen.³⁸⁹ Rechtstechnisch kann das Urteil (wie bisher) als Unterbrechungsgrund erfasst werden, welcher der Anerkennung durch den Schuldner – nicht den prozessualen Gläubigerhandlungen³⁹⁰ – gleichgestellt wird. Die rechtskräftige gerichtliche Anerkennung durch das Urteil führt zum Beginn einer neuen Verjährungsfrist, welche ausnahmsweise nicht nur drei,³⁹¹ sondern zehn Jahre beträgt. Das ordentliche Konzept der doppelten Frist kann beibehalten werden, zumal der Verjährungsbeginn mit dem Urteil festgelegt ist.

3.3 Verjährung mit rein «objektiver» Anknüpfung

3.3.1 Gewährleistungsansprüche

a) Bei Gewährleistungsansprüchen knüpft der Fristbeginn nicht an die Kenntnis des Anspruchs an, sondern an ein objektives Merkmal: Die Ablieferung der Sache oder die Abnahme des Werks. Dadurch wird sichergestellt, dass sich die «Verjährungsfrist» und die «Gewährleistungsfrist» grundsätzlich decken. Bei einem subjektiven System würde sich die Verjährungsfrist erheblich über die Gewährleistungsfrist hinaus erstrecken; der Gewährleistungspflichtige hätte keine Gewissheit, ob er noch mit Ansprüchen rechnen muss. Deshalb braucht es eine Ausnahme vom ordentlichen Verjährungskonzept.³⁹²

Den rechtskräftigen Urteilen gleichzustellen sind die Schiedssprüche oder andere Urkunden, die wie Urteile vollstreckbar sind (z. B. im Rahmen des SchKG).

³⁸⁹ Diese Frist ist international konsensfähig (vgl. ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 862 bei Fn. 150; sowie ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST, S. 694). Demgegenüber geht das deutsche Recht mit der Frist von 30 Jahren einen Sonderweg.

³⁹⁰ Das Urteil stellt höchstens «indirekt» eine Gläubigerhandlung im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 und Art. 138 OR dar. Ausdrücklich genannt wird es demgegenüber in Art. 137 Abs. 2 OR im Zusammenhang mit der Anerkennung durch den Schuldner. Die Gläubigerhandlungen führen nach dem neuen Verjährungskonzept nur noch zur Hemmung (vgl. hinten IV.4.2).

³⁹¹ So aber die neue Frist nach Anerkennung durch den Schuldner, und zwar im Gegensatz zum heutigen Recht auch bei Ausstellung einer Urkunde: vgl. Art. 14:401 PECL und hinten IV.4.2.

³⁹² Im übrigen kommen die allgemeinen Vorschriften des Verjährungsrechts zur Anwendung. Insbesondere kann die Verjährungsfrist sowohl gehemmt wie auch unterbrochen werden (Bas-Komm/Honsell, N 4 zu Art. 210 OR). Die Verjährungsfrist kann (wie die Gewährleistungsfrist) durch Vereinbarung verlängert (so ausdrücklich Art. 210 Abs. 1 OR) oder verkürzt werden (BasKomm/Honsell, N 5 zu Art. 210 OR). Die heutige Regelung in Art. 129 OR steht dem nicht entgegen.

b) Zur Zeit sind gesetzgeberische Bestrebungen im Gang, die Gewährleistungs- und *Verjährungsfrist auf zwei Jahre zu verdoppeln* (Art. 210 VE-OR).³⁹³ Dadurch soll sowohl der Europäischen Richtlinie von 1999 über den Konsumgüterkauf³⁹⁴ wie auch dem UN-Kaufrecht (Art. 39 Abs. 2) Rechnung getragen werden.³⁹⁵

Mit der Fristverlängerung würde die Problematik etwas entschärft, dass die gewährleistungsrechtlichen Formalien (Art. 201 und 210 OR) nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre auch auf Schadenersatzansprüche wegen Mangelfolgeschäden Anwendung finden.³⁹⁶ Die Abweichung gegenüber der hier vorgeschlagenen ordentlichen Verjährung (vorne IV.2) beträgt aber selbst bei einer sofortiger Schädigung nach Ablieferung immer noch ein Jahr. Der Begleitbericht zum Gesetzesentwurf geht auf diese Frage nicht ein;³⁹⁷ es ist jedoch durchaus diskutabel, ob die kurze Gewährleistungsverjährung auch für den Ersatz von Mangelfolgeschäden gelten soll. 398 Denn bei solchen Schäden besteht nicht die Gefahr, dass die Sonderverjährung für Wandelung und Minderung ausgehöhlt wird; die Ansprüche gehen auf einen anderen Inhalt. M. E. ist nochmals zu prüfen, ob nicht im Zusammenhang mit der Neuregelung der Schadenersatzansprüche bei Sachmängeln³⁹⁹ (Art. 209 a VE-OR) für Mangelfolgeschäden eine Ausnahme von den engen Gewährleistungsvoraussetzungen anzubringen wäre – gleichzeitig kann die strittige Frage geklärt werden, ob für solche Schäden das Verschuldenserfordernis gilt. 400 Ein Vorbehalt bei Mangelfolgeschäden liesse sich um so mehr recht-

³⁹³ Der Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb) von Januar 2001 sieht angesichts der europarechtlichen Entwicklungen eine Reform der Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts vor. Die Fristverlängerung ist in der Vernehmlassung allerdings auf Kritik gestossen (Pressemitteilung EJPD vom 9.12.2002). Mit einem Entwurf samt Botschaft des Bundesrates ist erst im Jahr 2004 zu rechnen.

³⁹⁴ Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter: ABI EG Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12. Die Richtlinie musste in der EG bis 1.1.2002 umgesetzt werden.

³⁹⁵ Vgl. Bericht elektronischer Geschäftsverkehr, S. 27. Zur Problematik der unterschiedlichen Fristen im Einheits- und im Partikularrecht vgl. jüngst eingehend Koller Thomas, Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, recht 2003, S. 41 ff.

³⁹⁶ Vgl. BasKomm/Honsell, N 6 vor Art. 197-210 OR

³⁹⁷ Vgl. Bericht elektronischer Geschäftsverkehr, S. 25 f.

³⁹⁸ Im modernisierten deutschen Schuldrecht wird von namhaften Autoren ein Vorbehalt zugunsten der ordentlichen Verjährung bei solchen Ansprüchen vermisst: vgl. nur ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST, S. 689 f.; sowie CANARIS CLAUS-WILHELM, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 335 f.

³⁹⁹ Dazu Bericht elektronischer Geschäftsverkehr, S. 25 f.

⁴⁰⁰ So mit gewichtigen Argumenten BasKomm/Honsell, N 9 f. vor Art. 197–210 OR, im Gegensatz zur überwiegenden Lehre. Die Kausalhaftung für Schadenersatzansprüche ist nicht nur inner-

fertigen, als im schweizerischen Recht (noch) nicht gesichert ist, dass wenigstens ein konkurrierender Deliktsanspruch ohne Einhaltung der gewährleistungsrechtlichen Formalien geltend gemacht werden kann.⁴⁰¹

3.3.2 Weitere Ausnahmen?

Auf weitere Ausnahmen vom Konzept der ordentlichen Verjährung⁴⁰² soll hier nicht eingegangen werden. Sie betreffen teilweise Ansprüche im Familien- oder Erbrecht, auf welche das Obligationenrecht über Art. 7 ZGB Anwendung findet. Wo die ordentliche Verjährung nicht passt, ist wie im bisherigen Recht eine Sonderregelung im direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen Anspruch zu verankern.

3.4 Sonderregelung für die Verjährung von Regressansprüchen?

a) Regressansprüche gegenüber Mitschuldnern⁴⁰³ entstehen nach heute allgemein anerkannter Auffassung erst, wenn der Regressberechtigte die Leistung an den Hauptgläubiger erbracht hat.⁴⁰⁴ Damit tritt die Fälligkeit des Regressanspruchs ein und die Verjährung kann zu laufen beginnen.⁴⁰⁵ Nach dem neuen Verjährungskonzept ergeben sich insoweit keine Besonderheiten, so dass auf eine *Regelung der Regressverjährung* verzichtet werden kann:⁴⁰⁶

halb des schweizerischen Vertragsrechts eine Singularität (vgl. BasKomm/Honsell, N9 zu Art. 208 OR), sondern widerspricht auch dem internationalen Trend bei der Sachmängelhaftung: Sowohl das UN-Kaufrecht (Art. 74 i. V.m. Art. 79) wie auch das modernisierte deutsche Schuldrecht (§ 437 Nr. 2 i. V.m. § 276 BGB; vgl. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXVI f.) verlangen für Schadenersatzansprüche, dass der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat.

⁴⁰¹ Vgl. BasKomm/Honsell, N 7 vor Art. 197–210 OR, mit Hinweis auf die ablehnende deutsche Gerichtspraxis. Dieselbe Unsicherheit besteht im Hinblick auf konkurrierende Ansprüche aus Verletzung nicht vertraglicher Schutzplichten (bei Haftung aus culpa in contrahendo oder Vertrauenshaftung).

⁴⁰² Das deutsche Recht sieht in § 196 ff. BGB einen Katalog von Ausnahmen vor. Dazu kritisch ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST, S. 692 f.

⁴⁰³ Die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Sie soll ohnehin aufgegeben werden (vgl. vorne III.4.2.1).

⁴⁰⁴ BerKomm/Brehm, N 141 zu Art. 51 OR; Schwenzer, Obligationenrecht, N 88.39; Gauch/ Schluep/Schmid/Rey, N 3871 mit weit. Nachw.; BGE 127 III 257 (266 E. 6c).

V. Tuhr/Escher, S. 217 f.; BGE 127 III 257 (266 E. 6c). Ebenso die deutsche Lehre: Münch-Komm/Grothe, N 1 zu § 198 BGB (alte Fassung); Staudinger/Noack, N 22 zu § 426 BGB. Vgl. auch die ausdrückliche Regelung im italientischen Recht: Art. 1310 Abs. 2 CCit.

⁴⁰⁶ Auch die bisherigen Verjährungsregelungen in Art. 83 Abs. 3 SVG und Art. 39 Abs. 3 RLG können gestrichen werden. Eine der hier dargestellten Rechtslage materiell entsprechende Sonderregelung zur Regressverjährung hatte demgegenüber GILLIARD, S. 225 ff., 236, vorgeschlagen.

- Für die Regressforderung gilt die gleiche Verjährungsfrist wie für den Hauptanspruch, d. h. die Forderung des Hauptgläubigers gegenüber dem Regresschuldner. Regelmässig 408 kommt somit die kurze Dreijahresfrist im Rahmen der zehnjährigen Höchstfrist zur Anwendung.
- Die Dreijahresfrist beginnt im Fälligkeitszeitpunkt⁴⁰⁹ zu laufen, sofern dem Regressberechtigten die massgeblichen Umstände seines Regressanspruchs bereits bekannt sind, jedenfalls nicht vorher.⁴¹⁰
- Die Fälligkeit des Regressanspruchs ist auch für den Beginn der Höchstfrist massgeblich. Demgegenüber sieht der Vorentwurf zur Haftpflichtrevision vor, dass der Regressanspruch im gleichen Zeitpunkt wie der Hauptanspruch verjähre (Art. 55c Abs. 1 VE-OR). Diese Regelung wird dem selbstständigen Charakter des Regressanspruchs nicht gerecht. Sie ist auch mit der jüngsten Rechtsprechung kaum zu vereinbaren, welche trotz Eintritt der absoluten Verjährung des Hauptanspruchs von der Möglichkeit unverjährter Regressansprüche ausgeht. 12
- b) Damit kann die Situation eintreten, dass der Regressanspruch noch nicht verjährt ist oder dessen Verjährung noch nicht einmal zu laufen begonnen hat, während konkurrierende Forderungen des Hauptgläubigers gegen Mitschuldner bereits verjährt sind.⁴¹³ Im Innenverhältnis müsste gehaftet werden, auch

⁴⁰⁷ Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 16 N 389; Schwenzer, Obligationenrecht, N 88.39; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3871 mit weit. Nachw.

⁴⁰⁸ Ausnahme z. B. bei Gewährleistungsansprüchen, wo Art. 210 OR massgeblich ist.

⁴⁰⁹ Im Vorentwurf wird präzisiert, dass auf den Zeitpunkt der effektiven Zahlung und nicht des Urteils oder Vergleichs abzustellen sei (vgl. Bericht Vorentwurf, S. 225). Das entspricht herrschender Lehre (vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 10 N 82), so dass sich eine klarstellende Regelung im Gesetz nicht aufdrängt.

⁴¹⁰ V. Tuhr/Escher, S. 314 Fn. 128; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 16 N 388; Ber-Komm/Brehm, N 141 f. zu Art. 51 OR; a. M. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3871 mit weit. Nachw. Wie hier jetzt auch BGE 127 III 257 (266 f. E. 6c); noch unklar BGE 115 II 42 (48 ff E. 2); kritisch dazu Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 10 Fn. 111. Ebenso zum deutschen Recht MünchKomm/Bydlinski, N 22 zu § 426 BGB; Staudinger/Noack, N 9 zu § 426 BGB.

⁴¹¹ Der Bericht Vorentwurf, S. 226, rechtfertigt die vorgeschlagene Regelung damit, dass der mithaftende Schädiger nach einer bestimmten Frist sicher sein soll, dass keine Rechtsansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Dieses Regelungsziel ist gerechtfertigt, lässt sich aber auch mit der unten dargestellten Verwirkung erreichen.

⁴¹² Vgl. BGE 127 III 257: Die schädigenden Handlungen der mithaftenden Beklagten 1 und 2 waren vor mehr als zehn Jahren erfolgt; dennoch erachtete das Bundesgericht die Regressansprüche des Beklagten 3 nicht als verjährt.

⁴¹³ Von der Verjährung der originären Regressansprüche ist die Verjährung der subrogierten Ansprüche des Hauptgläubigers zu unterscheiden: vgl. v. Tuhr/Escher, S. 316 f.; Schwenzer, Obligationenrecht, N 88.40; ausführlich mit weit. Nachw. Rey, 1494, 1499 ff. Bei den subrogierten Ansprüchen ergibt sich keine Diskrepanz der Verjährung im Innen- und im Aussenverhältnis. Sie können durchaus früher als die Regressansprüche verjähren: vgl. Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 16 N 388; Rey, N 1719.

wenn im Aussenverhältnis Ansprüche nicht mehr durchsetzbar wären. Damit hat der (Mit-) Schuldner insbesondere keine Gewissheit mehr, dass er im Zusammenhang mit dem Hauptanspruch nach Ablauf der Höchstfrist nicht mehr belangt werden kann. Er verliert die ihm vom Gesetz mit der Verjährungsfrist gewährte Rechtssicherheit. Das Bundesgericht hat zur Vermeidung stossender Ergebnisse entschieden, ⁴¹⁴ dass der *Regressberechtigte seine noch nicht verjährten Ansprüche verwirke*, wenn er von der Möglichkeit, auf einen Mitschuldner zurückzugreifen, rechtzeitig Kenntnis erhält, aber dennoch nichts unternimmt. ⁴¹⁵ Denn der Regressberechtigte verdiene keinen Rechtsschutz, wenn er dergestalt grundlos die Position eines Mitschuldners verschlechtere.

Der Vorentwurf zum Haftpflichtrecht möchte in diesem Zusammenhang eine Informationspflicht der in Anspruch genommenen Person gegenüber den mutmasslichen Regresschuldnern einführen. Wird die Information unterlassen, beginnt nach Art. 55c Abs. 2 VE-OR die Dreijahresfrist bereits an dem Tage zu laufen, an dem die Anzeige nach Treu und Glauben hätte gemacht werden sollen. Diese Einschränkung der Regressrechte geht m. E. zu weit. Damit wird die in Dogmatik und Rechtsprechung überwundene Auffassung zum Beginn der relativen Verjährungsfrist, welche die Regressverjährung schon vor Fälligkeit eintreten lässt, letztlich wiederbelebt. Das Bundesgericht hat aber in BGE 127 III 257 (266 f. E. 6c) präzisiert, dass das treuwidrige Zuwarten nicht zu einer früheren Verjährung der Regressansprüche, sondern zu einer Verwirkung wegen Rechtsmissbrauchs führen könne. Angesichts des Ausnahmecharakters eines solchen Rechtsverlusts kann es grundsätzlich nur darum gehen, dem Regressberechtigten die Durchsetzung der Ansprüche zu versagen, wenn er untätig die absolute Verjährung im Aussenverhältnis eintreten lässt oder nach deren Eintritt nicht in angemessener Frist reagiert, obwohl er von seiner Regressmöglichkeit Kenntnis erlangt hat. Das Abstellen auf die absolute Frist (im Aussenverhältnis) ist für den Regresschuldner im allgemeinen zumutbar, weil er bis zu deren Ablauf immer damit rechnen muss, belangt zu werden.416

Allerdings ist davon abzusehen, eine solche Regelung der Regressverwirkung im Gesetz zu verankern. Zum einen müsste die Regelung dem Richter genügend Freiraum in der Würdigung der Umstände lassen, so dass der mit einer Positivierung angestrebte Gewinn an Rechtsklarheit relativiert wird.

⁴¹⁴ BGE 115 II 42 (48 ff. E. 2); BGE 127 III 257 (266 f. E. 6c); zustimmend die Urteilsbesprechung von Fellmann Walter, in HAVE 2002, 118 f.

⁴¹⁵ Die Rechtsprechung erfolgte zwar auf der Basis von unechter Solidarität; die Überlegungen des Gerichts haben aber allgemeine Bedeutung für Regressansprüche.

⁴¹⁶ Insofern wäre folgende Regelung denkbar: Der Ablauf der Höchstfrist für die Verjährung der Hauptforderung kann dem Regressberechtigten entgegengehalten werden, soweit er gegen den Grundsatz von Treu und Glauben seine Regressansprüche nicht angemeldet hat.

Vor allem aber ist die Verwirkung wegen treuwidrigem Zuwarten ein typisches Korrektiv in der Hand des Richters, das für eine Generalisierung nur wenig taugt. Je nach Situation kann sich auch eine andere Lösung aufdrängen. So dürfte es – trotz der zurückhaltenden Erwägungen in BGE 127 III 257 (265 f. E. 6b) – nicht ausgeschlossen sein, im Einzelfall das Verstreichenlassen der Verjährung durch den Hauptgläubiger bereits im Aussenverhältnis als Reduktionsgrund zu berücksichtigen. 418

4. Hinderung und Stillstand sowie Unterbrechung der Verjährung

4.1 Hemmung oder Neubeginn der Fristen?

a) Das Verlängerungsregime (durch Hinderung, Stillstand und Unterbrechung) ist nicht ganz unabhängig von der Ausgestaltung der ordentlichen Verjährung.⁴¹⁹ Eine schuldnerfreundliche kurze Verjährungsfrist erfordert eine gläubigerfreundliche Ausgestaltung der Verlängerungsbestimmungen, um eine akzeptable Balance zu erreichen. Es wäre daher gefährlich, einzelne Elemente des Verjährungsrechts isoliert zu regeln. Eine kritische Würdigung des geltenden Verlängerungsregimes erscheint daher angezeigt. Dies gilt um so mehr, als der Vorentwurf zum Haftpflichtrecht eine Ergänzung der Hinderungs- und Stillstandsgründe vorschlägt:

Gemäss der vorgeschlagenen neuen Ziff. 7 von Art. 134 Abs. 1 OR soll die Verjährung bei laufendem Prozess über einen Anspruch stillstehen. Denn die Verjährung darf nicht gewissermassen unter der Hand des Richters eintreten. Dieses als unbillig empfundene Ergebnis⁴²⁰ kann sich aber heute ergeben, weil die einzelnen Prozesshandlungen zwar zu einem Neubeginn der Verjährung führen, der Lauf der Verjährung durch den Prozess aber nicht gehemmt wird. Kommt es infolge (auch vom Gericht bedingter) Verzögerungen zu keinen unterbrechenden Prozesshandlungen während der Verjährungsfrist (vor allem der kurzen einjährigen Frist des Delikts- oder Bereicherungsrechts), so verliert der Gläubiger seinen Anspruch. Diese schweizerische Spezialität wurde in BGE 123 III 213⁴²¹ bestätigt und führte zu einem parlamentarischen Vorstoss.⁴²² Es dürfte weitgehender Konsens darüber bestehen, dass im modernen, stärker vom Richter geleiteten Prozess eine Verjährung lite pendente ausgeschlossen sein soll.⁴²³

⁴¹⁷ Vgl. auch die differenzierten Überlegungen von Spiro, Verjährung, S. 491 ff.

⁴¹⁸ Vgl. dazu aus dem deutschen Schrifttum Esser/Schmidt, § 39 III 2a; Staudinger/Noack, N 10 zu § 426 BGB

⁴¹⁹ ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 857.

⁴²⁰ Vgl. nur Bucher, Hundert Jahre, S. 338.

⁴²¹ Dazu Koller Alfred, Verjährung im Haftpflichtprozess, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht und Versicherungsrechtstagung 2001, St. Gallen 2001, S. 1 ff.

⁴²² Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 306.

⁴²³ Vgl. Spiro, Reform, S. 625.

- b) Mit der Einführung dieses Hemmungsgrundes⁴²⁴ wird aber das gesamte heute geltende Konzept der Unterbrechung durch prozessuale Gläubigerhandlungen fragwürdig. Das Unterbrechungsregime hat überschiessende Wirkung.⁴²⁵ Denn bei erfolgreichem Prozessieren wird dem Gläubiger mit der richterlichen Anerkennung des Anspruchs ohnehin eine neue, verlängerte Verjährungsfrist gewährt.⁴²⁶ Es würde somit genügen, den Zeitraum bis zum Vorliegen des Urteils durch Fristhemmung zu überbrücken.⁴²⁷
- c) Das gilt allerdings nicht für die Unterbrechung durch Schuldbetreibung. Denn anders als nach deutschem und österreichischem Recht unterbricht der Zahlungsbefehl die Verjährung, auch wenn der Gläubiger das Verfahren nicht fortsetzt. 428 Damit bekommt der Gläubiger ein einfaches, rasches und günstiges Mittel in die Hand, um die Verjährung hinauszuschieben. Er kann kostspielige oder verfrühte Klagen vermeiden, wenn der Prozess etwa besonderer Vorbereitung bedarf oder Aussicht auf eine gütliche Einigung besteht. Allerdings bleiben die Interessen des Schuldners und das öffentliche Interesse am Rechtsfrieden bzw. an einer baldigen Streiterledigung weitgehend unberücksichtigt. 429 Denn der Gläubiger kann – durch mehrmalige Betreibung 430 - die Verjährung praktisch unbegrenzt verlängern. Der Schuldner vermag sich aber die Beweise nicht auf unbegrenzte Zeit zu sichern, zumal er die Begründung des Anspruchs durch den Gläubiger nicht immer voraussieht. Er wird allenfalls genötigt, sich durch eigene Klage (auf negative Feststellung des Anspruchs) zu wehren, was dem Grundgedanken der Verjährung widerspricht. Zudem kann die Betreibung unberechtigte negative Folgen für seine Kreditwürdigkeit haben. 431 Diese verjährungsfeindliche 432 Regelung ist denn auch auf Kritik gestossen. 433 Sie lässt sich im Ergebnis vergleichen mit der

⁴²⁴ Als Oberbegriff für Hinderung und Stillstand verwendet man im deutschen Sprachraum regelmässig den Begriff der *Hemmung*: vgl. v. Tuhr/Escher, § 80 V; v. Bar, Deliktsrecht I, N 560; sowie die European Principles zur Verjährung.

⁴²⁵ Vgl. Peters/Zimmermann, S. 260, 308.

⁴²⁶ Bei Abweisung des Anspruchs bedarf der Anspruchsteller des Schutzes gegen die Verjährung kaum noch: vgl. Peters/Zimmermann, S. 260.

⁴²⁷ Eine solche Regelung ist international konsensfähig: vgl. Art. 14:302 PECL; § 204 BGB; Art. 13 des UN-Verjährungsübereinkommen («the limitation period shall cease to run...»; in der deutschen Fassung wird fälschlicherweise der Begriff Unterbrechung verwendet; vgl. Landfermann, S. 268 f.).

⁴²⁸ Vgl. Spiro, Verjährung, § 135 bei Fn. 6.

⁴²⁹ Vgl. Spiro, Verjährung, § 135 bei Fn. 10.

⁴³⁰ Die Zulässigkeit einer erneuten Betreibung für die gleiche Forderung wurde jüngst in BGE 128 III 383 bestätigt.

⁴³¹ Vgl. Bericht Studienkommission, S. 131.

⁴³² Hinter die – in der Lehre (Bucher, Hundert Jahre, S. 337) kritisierte – Verjährungsfreundlichkeit des schweizerischen Rechts ist somit ein Fragezeichen zu setzen.

⁴³³ S. Spiro, Verjährung, § 135 bei Fn. 11. Die Regelung wird im übrigen aber regelmässig ohne rechtspolitische Stellungnahme als Entscheidung des Gesetzgebers hingenommen.

im italienischen und niederländischen Recht zugelassenen Verjährungsunterbrechung durch formalisierte private Mahnung,⁴³⁴ welche aber gemeinhin als zu grosszügig gilt.⁴³⁵

Besteht mit der neuen dreijährigen ordentlichen Frist überhaupt noch Bedarf für eine derart gläubigerfreundliche Regelung oder reicht die hemmende Wirkung des Betreibungsverfahrens⁴³⁶ aus? Denn zusammen mit der einjährigen Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls erhält der Gläubiger immerhin eine Frist von vier Jahren seit Kenntnis der massgeblichen Umstände, auch wenn er die Betreibung nicht fortsetzt. Das würde nach bisherigem Recht einer dreimaligen Unterbrechung der einjährigen Frist des Delikts- und Bereicherungsrechts entsprechen. Damit besteht kaum mehr das Risiko, dass der Gläubiger zu einer verfrühten und kostspieligen Klage genötigt wird.

Zudem wäre zu prüfen, ob nicht als zusätzlicher⁴³⁷ Hemmungsgrund das Führen von (Vergleichs-)Verhandlungen zwischen den Parteien aufgenommen werden soll.⁴³⁸. Eine Verjährungsvereinbarung lässt sich nicht immer erzielen. Und die Möglichkeit mehrfacher Betreibung führt wie erwähnt auch zu unerwünschten Folgen. Die Fristhemmung bei Verhandlungen wird dagegen den Zielen der Verjährung gerecht: Die Parteien können sich im Hinblick auf eine gütliche Einigung Zeit lassen, bis die eine oder andere Seite die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Danach aber ist der Gläubiger gehalten, seine Ansprüche zügig durchzusetzen.

4.2 Ergebnis

a) Die prozessualen Handlungen des Gläubigers wechseln von Unterbrechungsgründen auf *Hemmungsgründe*. Die Hemmung gilt bis zur Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens. Sie wird aber beendet, wenn das Verfahren wegen Passivität der Parteien in Stillstand gerät. Ergänzend sollte allenfalls als zusätzlicher Hemmungsgrund das Führen von Verhandlungen aufgenommen werden. Damit bewirkt nur noch die Anerkennung des Anspruchs durch den Schuldner oder den Richter (im Urteil)⁴³⁹ eine *Unterbrechung* der Verjährung. Bei dieser Gelegenheit könnte der

⁴³⁴ Art. 2943 Abs. 3 CCit; Art. 3:317 BW (Nieuw Burgerlijk Wetboek).

⁴³⁵ Vgl. Spiro, Reform, S. 625; Bericht Vorentwurf, S. 221.

⁴³⁶ Solange bis der Zahlungsbefehl mangels Fortsetzung seine Gültigkeit verliert.

⁴³⁷ Für weitere Hemmungsgründe als Ersatz für die Unterbrechung durch Zahlungsbefehl schon Spiro, Verjährung, § 135 Fn. 11.

⁴³⁸ Auch das würde der europäischen Entwicklung entsprechen: vgl. Art. 14:304 PECL; sowie § 203 BGB, welcher die frühere Sonderregelung des Deliktsrechts verallgemeinert hat.

⁴³⁹ Zur Sonderstellung des Urteils als Unterbrechungsgrund und zum Zusammenhang mit der Anerkennung durch den Schuldner vgl. vorne IV.3.2.2.

missverständliche Begriff der «Unterbrechung» durch den Begriff «Neubeginn» ersetzt werden.⁴⁴⁰

b) Für die Verlängerung der Fristen durch Hemmung und Neubeginn sollte wie bisher *keine Höchstfrist* gelten.⁴⁴¹

Die Verlängerung soll zudem auch für weitere Ansprüche gegen den gleichen Schuldner wirken, welche aus dem gleichen Rechtsgrund neben dem fraglichen Anspruch oder an seiner Stelle bestehen. Das ist für die Gewährleistungsansprüche durch das Bundesgericht anerkannt. Die gleiche Praxis rechtfertigt sich auch in anderen Fällen, z. B. bei einem Schadenersatzanspruch anstelle des primären Erfüllungsanspruchs. Empfehlenswert erscheint eine Verkankerung des Grundsatzes im Gesetz. 443

Demgegenüber drängt sich eine Neubeurteilung der Wirkung einer «Unterbrechung» auf Mitschuldner auf: Die Verjährung läuft grundsätzlich gegen jeden Mitverpflichteten getrennt, so dass die Forderung dem einen Schuldner gegenüber verjährt sein kann, dem anderen gegenüber nicht. 444 Deshalb wirken auch Hemmungsgründe sowie ein Verzicht auf die Verjährung (Art. 141 Abs. 2 OR) nur gegen den einzelnen Schuldner. Demgegenüber sieht Art. 136 Abs. 1 OR in Durchbrechung des Grundsatzes des getrennten Verjährungslaufs vor, dass die Unterbrechung auch für solidarisch Mitverpflichtete zu einem Neubeginn der Verjährung führt. Diese Ausnahmeregelung und Spezialität des schweizerischen Rechts ist zwar für den Gläubiger praktisch, 446 für den Mitschuldner jedoch ein erheblicher Nachteil. Sie wird denn auch mehrheitlich kritisiert. 447 Unter Berücksichtigung, dass das revidierte Haft-

⁴⁴⁰ Nach schweizerischem Recht kommt es – anders als im bisherigen deutschen Recht (vgl. § 211 aBGB), das ebenfalls den Begriff der Unterbrechung kannte – gar nicht zu einem andauernden Unterbruch, sondern lediglich zu einem Neubeginn der Verjährung. Der Begriff «Neubeginn» wird jetzt in Art. 14:401 PECL sowie in § 212 BGB verwendet.

⁴⁴¹ So auch das deutsche Recht (vgl. PALANDT/HEINRICHS, N 39 zu § 199 BGB). Die Begrenzung der Hemmung in Art. 14:307 PECL ergibt sich hauptsächlich daraus, dass die Unkenntnis vom Anspruch als Hemmungsgrund ausgestaltet ist (vgl. vorne IV.2); für die Hemmung infolge Verfahren gilt zudem ein Vorbehalt; die Hemmung aus anderen Gründen (z. B. Verhandlungen, Geschäftsunfähigkeit) ist jedoch auf zehn Jahre begrenzt.

⁴⁴² BGE 96 II 181 ff.; BasKomm/Honsell, N 4 zu Art. 210 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3513.

⁴⁴³ So jetzt auch § 213 BGB.

⁴⁴⁴ S. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3845; vgl. zuletzt BGE 127 III 257, 264 ff.

⁴⁴⁵ Im deutschem Recht haben die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung bei Solidarschuldnern gemäss § 425 Abs. 2 BGB in der Regel nur Einzelwirkung (vgl. Palandt/Heinrichs, N 8 zu § 212 BGB).

⁴⁴⁶ Es genügt, wenn der Gläubiger den Anspruch von einem einzigen Schuldner anerkennen lässt oder gegen einen einzigen Schuldner ein Verfahren einleitet.

Vgl. v. Tuhr/Escher, S. 308 bei Fn. 76, 311 bei Fn. 11; Spiro, Verjährung, § 185; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3846. Anders aber Bucher, Obligationenrecht, § 27 II/3/c.

pflichtrecht bei Mitverursachung generell zur Solidarhaftung⁴⁴⁸ führen soll (vgl. vorne III.4.2.1), erweist sie sich de lege ferenda nicht mehr als berechtigt.⁴⁴⁹

5. Vereinbarungen über die Verjährung

5.1 Freiheit oder Rigorismus?

Nach geltendem Recht sind die vertraglichen Verjährungsfristen gänzlich unabänderbar (Art. 129 OR), die deliktischen und bereicherungsrechtlichen zumindest in beschränktem Umfang (Verlängerung bis zur zehnjährigen, unabänderlichen Frist gemäss Art. 127 OR). 450 Ebenfalls ist ein Vorausverzicht auf die Verjährung unzulässig (Art. 141 OR); damit soll sichergestellt werden, dass der Schuldner bei der Begründung seiner Schuld nicht dazu gebracht wird, rechtsgeschäftlich auf den Schutz der Verjährung zu verzichten.⁴⁵¹ Der Vorentwurf zum Haftpflichtrecht möchte an der beschränkten Abänderbarkeit der deliktischen Verjährungsfristen nichts ändern. Indessen weicht die vorgeschlagene Regelung des Verjährungsverzichts (Art. 55 a VE-OR) in zweifacher Hinsicht von der heutigen Rechtslage ab: Die maximale Dauer beträgt 20 Jahre (ab dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung); und ein Verzicht ist auch für die Zukunft möglich, sobald nur wenigstens die schädigende Handlung erfolgt ist. 452 Durch Verzichtserklärung könnte damit im Ergebnis die Verjährungsfrist bei Delikten über die Verjährungsfrist von anderen Ansprüchen (Vertrags- und Bereicherungsobligationen) hinaus verlängert werden.

⁴⁴⁸ Die Ausnahmeregelung von Art. 136 Abs. 1 OR wurde bei «unechter Solidarität» gemäss OR 51 nicht angewandt: BGE 115 II 42, 46; 127 III 257, 264.

⁴⁴⁹ Gemäss ausdrücklicher Regelung in Spezialgesetzen (z. B. Art. 83 Abs. 2 SVG) wirkte die Unterbrechung auch gegen den Haftpflichtversicherer, wenn ein direktes Forderungsrecht besteht. Ob diese Regelung verallgemeinert werden soll, wie es der Vorentwurf in Art. 55b VE-OR vorschlägt, ist im Zusammenhang mit der – sehr umstrittenen – Frage zu prüfen, ob dem Schuldner generell ein direkter Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer eingeräumt wird. (Zu diesem Problemkreis vgl. das Referat Werro).

⁴⁵⁰ BasKomm/Berti, N 2 f. zu Art. 129 OR; BGE 99 II 189 (E. 2a).

⁴⁵¹ BasKomm/Berti, N 1 zu Art. 141 OR, mit weit. Nachw.

⁴⁵² Das ist eine Abweichung sowohl gegenüber der umstrittenen Bundesgerichtspraxis, welche im Deliktsrecht den (befristeten) Vorausverzicht ohne weiteres anerkennt (BGE 112 II 233 [E. 3]); wie auch gegenüber der überwiegenden Lehre, welche bei noch laufender Verjährung den Verzicht – immerhin, aber nur – für die bereits verstrichene Zeit anerkennt (vgl. Spiro Karl, Der Verzicht auf die laufende Verjährung, Festschrift für Franz Neumayer, Baden/Baden 1985, S. 548 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3505, mit weit. Nachw.; BasKomm/Berti, N 2 f. zu Art. 141 OR; Schwenzer, Obligationenrecht, N 83.07; im Ergebnis ähnlich Bucher, Obligationenrecht, § 25 I/3, der aber einen Unterbrechungstatbestand annimmt; für Verlängerungsmöglichkeit nach begonnenem Fristenlauf aber B. v. Büren, S. 439 f.

Diese *Sonderregelung im Deliktsrecht* widerspricht dem Vereinheitlichungsziel und vermag nicht zu überzeugen. Wenn mehr Freiheit gelten soll, dann einheitlich infolge einer Gesamtreform.

Aber zunächst zur Grundfrage: Rigorismus oder Freiheit bei Vereinbarungen über die Verjährung?⁴⁵³ Die Frage war bei der Ausarbeitung der European Principles sehr umstritten;454 und auch bei der Refom des deutschen Schuldrechts kam es zu einem Richtungswechsel. 455 Im Ergebnis hat die Freiheit gesiegt:456 Festgelegt wurden lediglich Grenzwerte für die Verlängerung und teilweise für die Verkürzung der Fristen. 457 Ein Motiv für eine freiheitliche Konzeption ergibt sich zunächst aus der Neuregelung der ordentlichen Verjährung: Eine einheitliche, allgemeine Verjährungsfrist kann leichter akzeptiert werden, wenn die Parteien sie, den Erfordernissen eines bestimmten Anspruchtyps entsprechend, verlängern oder verkürzen können. 458 Die Freiheit lässt sich aber noch aus einem allgemeineren Grund rechtfertigen. Die Verjährung durchbricht die für das Privatrecht charakteristische Stabilität und Kontinuität der einmal begründeten Rechtsverhältnisse, bei rechtsgeschäftlich begründeten Forderungen zudem das Prinzip der Vertragstreue. 459 Die Verjährung hat im weitesten Sinn enteignende Wirkung. 460 Aufgrund ihrer Funktionen⁴⁶¹ – Erhaltung der Rechtssicherheit, Rechtsfrieden, Schutz des Schuldners vor unbilliger Belästigung und schwierig werdender Beweisführung, Entlastung der Gerichte - ist dies grundsätzlich hinzunehmen; das Verjährungsinstitut ist heute unentbehrlich. 462 Angesichts seines Ausnahme-

Art. 141 OR). Generell für weniger Rigorismus Bucher, Obligationenrecht, § 25 I/3, sowie Bucher, Hundert Jahre, S. 339 ff., mit dem Hinweis auf die frühere liberalere Regelung in Art. 148 aOR. Gegen die Freiheit zu Verlängerungen v. Tuhr/Escher, § 80 (S. 216); sowie Spiro, Verjährung, § 343. Gegen die Freiheit auch zu Verkürzungen Spiro, Verjährung, § 347, sowie Spiro, Reform, S. 627 f.: Für eine Verkürzung bestehe kein legitimes Bedürfnis, zumal der Gesetzgeber bereits die Fristen stark beschränkt hat; zudem sei immer eine Vereinbarung von Anzeige- und Rügefristen möglich; die Verkürzungsmöglichkeit schaffe die Gefahr von Missbrauch.

⁴⁵⁴ ZIMMERMANN, Reformdebatte, S. 221.

⁴⁵⁵ Ursprünglich sollte Verlängerung wie bisher ausgeschlossen sein; ausser über den Verzicht im nachhinein.

⁴⁵⁶ Demgegenüber noch rigoros das UN-Verjährungsübereinkommen von 1974 (Art. 22), wobei hier vor allem der Schutz der schwächeren Partei (Käufer) vor einer Fristverkürzung den Ausschlag gab: vgl. Landfermann, S. 270.

⁴⁵⁷ Art. 14:601 PECL sowie § 202 BGB sehen eine Höchstfrist von 30 Jahren vor. Eine Mindestfrist kennen nur die European Principles. Das BGB verbietet lediglich die Haftungserleichterung bei Vorsatz.

⁴⁵⁸ ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 857.

⁴⁵⁹ Vgl. Bucher, Obligationenrecht, § 25 I/1.

⁴⁶⁰ ZIMMERMANN, JZ 2000, S. 854.

⁴⁶¹ Vgl. Schwenzer, Obligationenrecht, N 83.06; v. Tuhr/Escher, § 80 (S. 216).

⁴⁶² Bucher, Obligationenrecht, § 25 I/1.

charakters⁴⁶³ sollte aber die Möglichkeit nicht übermässig beschränkt werden, die Grundregel der Klagbarkeit von Ansprüchen wiederherzustellen. *Der Privatautonomie gehört der Vorrang*. Das gilt auch für die Verkürzung: Ein Verbot, sich durch Verjährungsverkürzung der Freiheit zu veräussern, während einer gesetzlich bestimmten Zeit zu fordern, stellt einen unzulässigen Eingriff in die Privatautonomie dar. Immerhin steht es den Parteien frei, materiellrechtlich den Bestand einer Forderung zeitlich beliebig zu terminieren; dazu gehört auch die Abrede, die Forderung «verjähre» in einem bestimmten Zeitpunkt.⁴⁶⁴

5.2 Ergebnis

Die Freiheit zur Verkürzung der Verjährungsfristen sollte im Gesetz nicht beschränkt werden. Von einer Minimalfrist ist abzusehen, zumal diese ohnehin nicht vor Umgehung durch Anzeige- und Rügepflichten gesichert ist. Der Gefahr von Missbrauch kann mit dem Gebot von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB mit der notwendigen Flexibilität begegnet werden. Erleichterung bei der Haftung für Vorsatz ist schon nach Art. 100 Abs. 1 OR unzulässig. Auch eine befristete Verlängerung der Verjährungsfristen sollte zulässig sein, wobei für die maximale Verlängerung angesichts der europäischen Entwicklung eine Frist von 30 Jahren – nicht nur 20 Jahre gemäss Vorentwurf (Art. 55 a VE-OR) – angemessen erscheint.

Damit wird eine Regelung des Verjährungsverzichts überflüssig. 469 Der Verzicht ist lediglich eine besondere Form der vereinbarten Fristverlän-

⁴⁶³ BUCHER, Hundert Jahre, S. 141.

⁴⁶⁴ Bucher, Obligationenrecht, § 25 Fn. 21; vgl. auch ZürKomm/Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 129 OR. Gegen «Präklusivfristen» de lege lata v. Tuhr/Escher, § 80 (S. 217), welche aber de lege ferenda das Verkürzungsverbot in Frage stellen; kritisch auch Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3500.

⁴⁶⁵ Vgl. ZIMMERMANN, Reformdebatte, 221.

⁴⁶⁶ Vgl. BGE 108 II 194, 196: keine unbillige Erschwerung der Rechtsverfolgung.

Die Verjährungsverkürzung stellt eine Haftungserleichterung dar (vgl. Leenen, S. 557a. E.). Dasselbe gilt gemäss dem vorgeschlagenen Art. 57 VE-OR (dazu das Referat Chappuis).

⁴⁶⁸ Die Befristung trägt dem Gedanken von Art. 27 ZGB und dem öffentlichen Interesse am Rechtsfrieden Rechnung.

Die Absätze 2 und 3 von Art. 141 OR wiederholten andere Regeln des Gesetzes (Art. 146 OR für die Solidarhaftung und Art. 520 Abs. 2 OR für die Bürgschaft). Ob ein Verjährungsverzicht auch gegenüber der Versicherung gelten soll, wie es der Vorentwurf vorschlägt (Art. 55 a Abs. 3 VE-OR), ist im Zusammenhang mit der – sehr umstrittenen – Frage zu prüfen, ob dem Schuldner generell ein direkter Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer eingeräumt wird (zu diesem Problemkreis vgl. das Referat Werro). Ein unbefristeter Verjährungsverzicht sollte wie die Schuldanerkennung als Unterbrechungsgrund aufgefasst werden, so dass im Regelfall eine neue Dreijahresfrist beginnt (so im Ergebnis der Vorschlag in Art. 55a Abs. 2 VE-OR; sowie zum deutschen Recht Palandt/Heinrichs, N 2 zu § 202 BGB, mit weit. Nachw.).

gerung.⁴⁷⁰ Die Vereinbarung der Parteien sollte (wie bisher der Verzicht) nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit formfrei gültig sein.⁴⁷¹ In der Praxis wird allerdings der vorsichtige Gläubiger auf einer schriftlichen oder zumindest ausdrücklichen Verlängerungserklärung beharren, wenn er im Gegenzug vorläufig auf die Einleitung eines Verfahrens verzichtet. Wieso ihm aber die Wohltat eines schlüssigen (konkludenten) Verjährungsverzichts vorenthalten sein soll, wie es Art. 55 a Abs. 1 VE-OR vorsieht, ist nicht recht einzusehen. Aus dem Gedanken des Gläubigerschutzes lässt sich das kaum rechtfertigen.

6. Thesen

- (1) Anstelle einer Neuregelung der Verjährung von Deliktsansprüchen, die das Harmonisierungsziel verfehlt und zu zusätzlichen Unterschieden gegenüber der Verjährung von Vertrags- und Bereicherungsobligationen führt, ist die Verjährung im Schuldrecht gesamthaft zu reformieren. Dabei sollte sich das neue schweizerische Verjährungsrecht an den von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht («Lando-Kommission») im Jahr 2001/2003 verabschiedeten «Grundregeln (Principles) eines Europäischen Verjährungsrechts» orientieren. Es muss aber im einzelnen geprüft werden, wieweit die europäischen Konzeptionen übernommen werden können und wo sich eine abweichende Regelung aufdrängt.
- (2) Das Verjährungsregime wird für alle Obligationen weitgehend vereinheitlicht. Die Regelung erfolgt im Abschnitt über die Erlöschensgründe für Obligationen. Abweichungen von der ordentlichen Verjährung sind grundsätzlich ebenfalls dort zu regeln. Damit entfällt die Notwendigkeit, im Delikts- und Bereicherungsrecht Verjährungsregeln zu verankern. Sonderregeln (z. B. für das Gewährleistungsrecht) sind aber weiterhin nicht ausgeschlossen.
- (3) Für die ordentliche Verjährung wird das Konzept der doppelten Fristen, wie es heute im Delikts- und Bereicherungsrecht gilt, übernommen. Die kürzere relative Frist beträgt drei Jahre und beginnt zu laufen, wenn der Anspruch entstanden (fällig) ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können. Die absolute Frist beträgt zehn Jahre ab Fälligkeit.

⁴⁷⁰ Sollte der politische Konsens für die Freiheit zur Fristverlängerung fehlen, so wäre dem Schuldner zumindest zu gestatten, im Ausmass einer maximalen Befristung (30 oder allenfalls 10 Jahre) abgesehen von der vollendeten auch auf die bereits abgelaufene Verjährungszeit zu verzichten. Vgl. Spiro, Reform, S. 628.

⁴⁷¹ Weder die European Principles noch das reformierte deutsche Recht kennen einen Formzwang für die Verjährungsvereinbarung.

- (4) Für Schadenersatzansprüche (deliktische und vertragliche) ist für den Fristbeginn anstelle der Fälligkeit auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung abzustellen.
- (5) Nach Anerkennung des Anspruchs durch Urteil gilt anstelle von drei Jahren eine Frist von zehn Jahren. Für besondere Schädigungen (insbesondere Körperverletzungen) ist die Höchstdauer auf 30 Jahre zu verlängern. Für Regressansprüche ist keine von der ordentlichen Verjährung abweichende Regelung erforderlich.
- (6) Die prozessualen Handlungen des Gläubigers sind nicht mehr Unterbrechungsgründe, sondern führen zur Fristhemmung (Hinderung des Fristlaufs). Als zusätzlicher Hemmungsgrund ist allenfalls das Führen von Verhandlungen zwischen den Parteien aufzunehmen. Nur die Anerkennung durch den Schuldner oder das Gericht bewirken einen Neubeginn der Verjährungsfrist.
- (7) Vereinbarungen über die Verjährung sind zulässig. Jedoch kann die Verjährungsfrist nicht auf mehr als dreissig Jahre ab Entstehung des Anspruchs, bei Schadenersatz ab der schädigenden Handlung, verlängert werden.

V. Schluss

Das Ziel einer Gesamtreform des schweizerischen Haftpflichtrechts fällt auf kargen Boden. Bereits Karl Offinger mahnte, man solle «ohne Not nicht an den Grundlagen rütteln, eine einheitliche Terminologie handhaben, mit Neuerungen tunlich zurückhalten und um der Rechtssicherheit willen eher nach Beständigkeit trachten.»⁴⁷² Und Peter Gauch setzte jüngst die Messlatte hoch an: «Eine Gesamtrevision rechtfertigt sich jedenfalls nur, wenn deren Vorteile deutlich überwiegen.»⁴⁷³ Zumindest für den hier untersuchten Bereich der Gesetzesvorlage wird diese Anforderung nicht erfüllt. Vorzuschlagen ist daher eine *Teilrevision der Deliktshaftung* (unter Einschluss der Kausalhaftungen), welche sich auf jene Einzelpunkte beschränkt, die nach heutiger Rechtsanschauung revisionsbedürftig sind.

Dabei steht an erster Stelle die – den Ausgangspunkt der Revisionsbestrebungen bildende und seither kaum umstrittene – Vereinheitlichung innerhalb des zersplitterten ausservertraglichen Haftpflichtrechts. Zu empfehlen ist im Rahmen der hier behandelten Themen zudem die Einführung einer Regelung für alternative Kausalität mit anteiliger Haftungsfolge in Art. 42 OR, welche den Ausgangspunkt für eine Erfassung weiterer Fälle einer Wahrscheinlichkeitshaftung durch die Gerichtspraxis darstellen kann (vorne III.2.2), die Revision der Bestimmungen über die Art und den Umfang der Ersatzleistung in Art. 43 und 44 OR, welche den Zusammenhang zwischen teilweiser Herabsetzung und vollständiger Entlastung (wieder) herstellt (vorne III.3.2.2) sowie die Neuregelung des Aussen- und Innenverhältnisses bei der Haftung mehrerer Schädiger in Art. 50 und 51 OR (vorne III.4.2.4).

Demgegenüber sollte auf die in Art. 46 VE-OR vorgeschlagene Definition der Widerrechtlichkeit verzichtet werden: Abzulehnen ist erstens die (teilweise) Integration der Vertragsverletzungen in die Deliktshaftung (vorne II.4). Zweitens vermag die auf dem «Erfolgsunrecht» aufbauende bisher vorherrschende Rechtswidrigkeitskonzeption, welcher auch der Vorentwurf folgt, nicht zu überzeugen. Ob an ihrer Stelle ein korrigierter Rechtswidrigkeitsbegriff basierend auf der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie (im Sinne einer heteronomen Bestimmung der Widerrechtlichkeit) gelten soll oder ob der modernen Konzeption der Rechtswidrigkeit als Sorgfaltsverletzung nach dem Massstab des «reasonable man» (autonome Bestimmung der Widerrechtlichkeit) der Vorzug zu geben ist, kann in der Haftpflichtrevision offen gelassen werden (vorne II.3.1). Drittens ist auch davon abzuraten, einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben als Widerrechtlichkeits-

⁴⁷² Oftinger, S. 10.

⁴⁷³ GAUCH, Vereinheitlichung, S. 341.

kriterium im Gesetz aufzunehmen: Die Umschreibung eines solchen Haftungsgrundes ist zu unbestimmt (vorne II.1 und II.2). Zudem liesse sich eine deliktische Vertrauenshaftung auch ohne gesetzliche Regelung begründen, und zwar unabhängig von der jeweiligen Rechtswidrigkeitskonzeption (vorne II.3.1.2). Allerdings bietet die Deliktshaftung – insbesondere aufgrund der beschränkten Einstandspflicht für Hilfspersonen (vorne II.3.2.1) – kein angemessenes Haftungsregime für den Ausgleich von Schädigungen in vertragsähnlichen Sonderbeziehungen (vorne II.3.2), so dass sich die Annahme eines gesetzlichen Schuldverhältnisses (Loyalitätsobligation) aufdrängt (vorne II.3.3); das ermöglicht gleichzeitig, auch den positiven Vertrauensschutz mit einer einheitlichen Haftungsgrundlage im System der Vertrauenshaftung zu erfassen.

Ebenfalls besteht keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Umschreibung des Kausalzusammenhangs (vorne III.3.1) und der – den Anforderungen an die deliktische Verantwortung nicht genügenden subjektivierten – Fahrlässigkeit (vorne II.3.2.2). Daran anschliessend stellt sich die Frage, ob nicht auch auf die *Grundnorm der Zurechnung* (Art. 41 VE-OR) verzichtet und zur vertrauten einfachen Generalklausel der Deliktshaftung in Art. 41 OR zurückgekehrt werden soll. Gewiss fasst die Grundnorm in ihrer programmatischen Art die Kerngedanken des Haftpflichtrechts treffend zusammen;⁴⁷⁴ sie ist aber im Vergleich zur heutigen Rechtslage wesentlich komplexer,⁴⁷⁵ und man hat ihr schon lehrbuchartigen Charakter angelastet.⁴⁷⁶ Überdies vermag materiell nicht zu überzeugen, dass auch bei den Gefährdungshaftungen die Rechtswidrigkeit vorausgesetzt wird.⁴⁷⁷ Im Rahmen einer blossen Teilrevision erscheint es daher angemessen, von der vorgeschlagenen Grundnorm der Zurechnung abzusehen. Sie dürfte aber insbesondere bei der Herausarbeitung eines gesamteuropäischen Deliktsrechts Bedeutung erlangen.⁴⁷⁸

Im Gegensatz zur zurückhaltenden Beurteilung der Revisionsbestrebungen im Haftpflichtrecht steht der über den Gesetzesentwurf hinausgehende Vorschlag einer Gesamtreform der schuldrechtlichen Verjährungsregeln

⁴⁷⁴ S. Bericht Vorentwurf, S. 22, 56 f.; vgl. auch die grundsätzlich positive Würdigung durch Winiger, S. 303 ff.

⁴⁷⁵ WINIGER, S. 305: «Il tranche singulièrement avec la simplicité de 41 CO qui, pourtant, remplit actuellement une fonction comparable.»

⁴⁷⁶ STEIN PETER, Revision Haftpflichtrecht. Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags, SVZ 1996, S. 291.

⁴⁷⁷ Vgl. vorne II.3.1.1 bei Fn. 52.

⁴⁷⁸ So findet sich ein vergleichbarer Regelungsvorschlag in Art. 1:101 der Principles of European Tort Law (Stand Mai 2003), welche von der European Group on Tort Law («Tilburg-Group») erarbeitet werden. Die Principles sind im Internet auf der Homepage der Tilburg Group einsehbar (http://civil.udg.es/tort). Vgl. zudem Spier Jaap/Haazen Olav A., The European Group on Tort Law («Tilburg Group») and the European Principles of Tort Law, ZEuP 1999, S. 469 ff.

(vorne IV). Darin liegt aber nur scheinbar ein Widerspruch zu den einleitend zitierten Mahnungen Carl Christian Burckhardts. Denn hier gilt es nicht nur Einheitsrecht zu erneuern; die dem Reformvorschlag zugrunde liegenden European Principles zur Verjährung sind vielmehr ein erster Schritt auf dem Weg zu einem europaweit vereinheitlichten Verjährungsrecht, von dem sich die Schweiz nicht fernhalten sollte. Wo aber – so Burckhardt – «Dutzende von Ordnungen durch eine einzige zu ersetzen sind, geht es nicht ab ohne vielfachen Bruch mit der Vergangenheit und schwere neue Gewöhnung».

⁴⁷⁹ Burckhardt, S. 469.

Literaturverzeichnis

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Werke. Weitere Literaturangaben finden sich in den Fussnoten.

- v. Bar Christian, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I, München 1996; Band II, München 1999 (zit. v. Bar, Deliktsrecht I; v. Bar, Deliktsrecht II).
- BasKomm/Bearbeiter, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Basel.
- BAUMGARTNER SAMUEL P., Class action in der Schweiz?, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 111.
- Berger Bernhard, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Bern 2000 (zit. Berger, Vertrauenshaftung).
- Berger Bernhard, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung, recht 2002, 201 (zit. Berger, Rechtsscheinhaftung).
- Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2003 (zit. Bericht ZPO).
- Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, August 1991 (zit. Bericht Studienkommission).
- Bericht zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb), 2001 (zit. Bericht elektronischer Geschäftsverkehr).
- Bericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, 1999, verfasst von Pierre Widmer und Pierre Wessner (zit. Bericht Vorentwurf).
- BerKomm/Bearbeiter, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern.
- Brunner Alexander, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: Hans-Ulrich Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zürich 2003, 37.
- Bucher Eugen, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II, 251 (zit. Bucher, Hundert Jahre).
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Bucher, Obligationenrecht).
- Bucher Eugen, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann, recht 2001, 73 (zit. Bucher, Vertrauenshaftung).
- Burckhardt Carl Christian, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 1903, 469.
- v. Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- v. Büren Roland, Haftung aus Konzernvertrauen Die Geschichte vom Schaf im Wolfspelz, in: Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 631.
- Bydlinski Franz, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.

- CANARIS CLAUS-WILHELM, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 (zit. CANARIS, Positive Vertragsverletzung).
- Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. Canaris, Vertrauenshaftung).
- Canaris Claus-Wilhelm, Schutzgesetze Verkehrspflichten Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1983, 27 (zit. Canaris, Schutzpflichten).
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Reichwerte der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 1999, 206 (zit. CANARIS, Expertenhaftung).
- Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, 129 (zit. Canaris, Bundesgerichtshof).
- Canaris Claus-Wilhelm, Wandlungen im Schuldvertragsrecht Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 2000, 273 (zit. Canaris, Materialisierung).
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002 (zit. CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung).
- Chappuis Christine, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165 (zit. Chappuis, Confiance).
- Chappuis Christine, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in: Pacte, convention, contrat Mélanges Bruno Schmidlin, Basel 1998, 227 (zit. Chappuis, Bonne foi).
- Chappuis Christine, Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung (Journée de la responsabilité civile 2000), Zürich 2001, 129 (zit. Chappuis, Tour d'horizon).
- Chappuis Christine, La responsabilité fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung, responsabilità fondata sulla fiducia) d'un tiers à l'égard d'une partie au contrat, in: Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 2001, 215 (zit. Chappuis, Tiers).
- Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung (Journée de la responsabilité civile 2000), Zürich 2001.
- v. DER CRONE HANS CASPAR/WALTER MARIA, Konzernerklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53.
- Delcò Fabio, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Zürich 2000.
- Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982.
- Deutsch Erwin, Allgemeines Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Köln 1996.
- ESSER JOSEF/SCHMIDT EIKE, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I/2, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- Fehlmann Regula, Vertrauenshaftung Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002.
- Fellmann Walter, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I, 339 (zit. Fellmann, Verschuldensbegriff).

Peter Loser-Krogh

- Fellmann Walter, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 878 (zit. Fellmann, Entwicklungen).
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997.
- Frank Richard/Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.
- GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 2 OR, Diss. Fribourg 1987.
- Gauch Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, S. 225 (zit. Gauch, Grundbegriffe).
- Gauch Peter, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung, ZSR 1997 I, 315 (zit. Gauch, Vereinheitlichung).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 7. Aufl., Zürich 1998.
- Gauch Peter/Sweet Justin, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, 117.
- GILLIARD FRANÇOIS, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967 II, 193.
- Guhl/Bearbeiter, in: Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003.
- HESSELINK MARTIJN, Good Faith, in: Towards a European Civil Code, 2. Aufl., The Hague/London/Boston 1998, 285.
- HIRSCH ALAIN, La responsabilité fondée sur la confiance: une responsabilité quasicontractuelle?, SJ 2000 I, 539.
- Honsell Heinrich, Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR 1997 I, 297 (zit. Honsell, Gefährdungshaftung).
- Honsell Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit. Honsell, Haftpflichtrecht).
- Hutchinson Dale/Zimmermann Reinhard, Murphy's Law Die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden innerhalb des «negligence»-Tatbestands nach englischem Recht, ZVglRWiss 1995, 42.
- Immenhauser Martin, Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadensersatzrechts Vorbild für eine gesamteuropäische Kodifikation?, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, Europäisierung des Privatrechts, Zwischenbilanz und Perspektiven, Stuttgart 1998, 37.
- JÄGGI PETER, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festschrift für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, 181.
- Jaun Manuel, Zur gegenwärtigen und künftigen «ratio legis» der Geschäftsherrenhaftung, in: Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 581.
- Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002.
- Keller Max, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, recht 1987, 136.
- Keller Max/Gabi Sonja, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel 1988.
- Koller Alfred, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, 1483 (zit. Koller, Positive Vertragsverletzungen).
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1996 (zit. Koller, Obligationenrecht).

- Koller Alfred, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, 1 (zit. Koller, Haftung des Arztes).
- Koziol Helmut, Generalnorm und Einzeltatbestände als Systeme der Verschuldenshaftung: Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten, ZEuP 1995, 359 (zit. Koziol, Systeme).
- KOZIOL HELMUT, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabes im Schadenersatzrecht?, AcP 1996, 593 (zit. Koziol, Objektivierung).
- Koziol Helmut, Der Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aus der Nachbarschaft betrachtet, SVZ 1997, 147 (zit. Koziol, Vorentwurf).
- Koziol Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien 1997 (Koziol, Haftpflichtrecht).
- Koziol Helmut, Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, 79 (zit. Koziol, Kausalzusammenhang).
- KOZIOL HELMUT, Schadenersatz für verlorene Chancen, ZBJV 2001, 889 (zit. KOZIOL, Chancen).
- Kramer Ernst A., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289 (zit. Kramer, Kausalität).
- Kramer Ernst A., Multikausale Schäden Länderberichte Schweiz/Österreich, in: Attila Fenyves/Hans-Leo Weyers (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988, 55 (zit. Kramer, Multikausale Schäden).
- Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998 (zit. Kramer, Methodenlehre).
- Kramer Ernst A., Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, 365 (zit. Kramer, Einfluss).
- Kren Kostkiewicz Jolanta, Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR, ZBJV 2001, 161.
- Landfermann Hans-Georg, Das UNCITRAL-Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, RabelsZ 1975, 253.
- Lando Ole/Beale Hugh (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague/London/Boston 2000.
- Lando Ole/Clive Eric/Prüm André/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, The Hague/London/New York 2003.
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 14. Aufl., München 1987.
- LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994.
- Leenen Detlef, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552.
- Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999.
- LOSER PETER, Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Bern 1994 (zit. Loser, Kausalitätsprobleme).

- Loser Peter, Schadenersatz für wahrscheinliche Kausalität, AJP 1994, 954 (zit. Loser, Schadenersatz).
- Loser Peter, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, recht 1999, 73 (zit. Loser, Konkretisierung).
- LOSER-KROGH PETER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, 113.
- Merz Hans, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, 1955 (zitiert nach Wiederabdruck in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privatund Kartellrecht, Bern 1977, 357).
- MISTELI CHRISTOPHE, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zürich 1999.
- Montaneri Pier Giuseppe, Trattato di diritto privato (diretto da Rodolfo Sacco), Le fonti delle obligazioni, Bd. 3, La responsabilità civile, Torino 1998.
- MORIN ARIANE, Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral, SJ 2000, 161 (zit. MORIN, Définition).
- MORIN ARIANE, La responsabilité fondée sur la confiance étude critique des fondements d'une innovation controversée, Basel 2002 (zit. MORIN, Confiance).
- MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Bern 1998.
- MULLER CHRISTOPH, Schadenersatz für verlorene Chancen Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, AJP 2002, 389.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Entwicklungen im europäischen Umwelthaftungsrecht, SZIER 1997, 213.
- MünchKomm/Bearbeiter, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München.
- Nigg Hans, Kausalität und Umwelthaftung im Zivilrecht, SVZ 1997, 30.
- Offinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Zürich 1975.
- Offinger Karl/Stark Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995; Besonderer Teil, Bd. II/1, Zürich 1987 (zit. Offinger/Stark, Haftpflichtrecht I; Offinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2).
- PALANDT/BEARBEITER, in: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München 2002.
- Peters Frank/Zimmermann Reinhard, Verjährungsfristen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachen und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, 77.
- Petitpierre Gilles, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR 1997 I, 273.
- PEYER PATRICK R., Zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, recht 2002, 99.
- PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 1997, 277 (zit. Portmann, Erfolgsunrecht).
- PORTMANN WOLFGANG, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts Eine Auseinandersetzung mit dem geplanten Bundesgesetz, ZSR 2001 I, 327 (zit. PORTMANN, Revision).
- Quendoz Roger, Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991.

- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998.
- ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht).
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- ROBERTO VITO/WIDMER CORINNE, Tort Liability for Services, in: Swiss Reports Presented at the XVIth International Congress of Comparative Law, Part I, Zürich 2002, 203.
- ROGERS HORTON W. V., A Common Lawyer Looks at the Swiss Tort Law Reform Project, ZSR 2001 I, 351.
- Romerio Flavio, Toxische Kausalität, Basel 1996.
- Schlechtriem Peter, «Wandlungen des Schuldrechts in Europa» wozu und wohin, ZEuP 2002, 213.
- Schmidlin Bruno, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?, in: Festschrift für Franz Bydlinski, Wien/New York 2002, 415.
- SCHÖNENBERGER BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Basel 1999.
- Schwenzer Ingeborg, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert Symposium Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, 59 (zit. Schwenzer, Rezeption).
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000 (zit. Schwenzer, Obligationenrecht).
- Schwenzer Ingeborg/Schönenberger Beat, Cicil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law, Zürich 1998, 353.
- Spiro Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I, Bern 1975 (zit. Spiro, Verjährung).
- Spiro Karl, Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 617 (zit. Spiro, Reform).
- STARK EMIL, Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1946 (zit. STARK, Entlastungsgründe).
- STARK EMIL, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 1967 II, 1 (zit. STARK, Vereinheitlichung).
- STAUDINGER/BEARBEITER, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin.
- Studhalter Berhard, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Zürich 1995.
- v. Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- v. Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001.
- Walter Gerhard, Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, Duke Journal of Comparative & International Law, volume 11, 2001, 369 (zit. G. Walter, Litigation).

- Walter Gerhard, Die prozessrechtlichen Bestimmungen im Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 657 (zit. G. Walter, Vorentwurf).
- Walter Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vetrages, ZBJV 1996, 273 (zit. H. P. Walter, Umfeld).
- Walter Hans Peter, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001 I, 79 (zit. H. P. Walter, Vertrauenshaftung).
- Walter Hans Peter, Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, recht 2003, 2 (zit. H. P. Walter, Rechtsfortbildung).
- Weber Rolf, Sorgfaltswidrigkeit quo vadis?, ZSR 1988 I, 39.
- Weber Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 253.
- Werro Franz, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR 1997 I, 343 (zit. Werro, Sorgfaltspflichtverletzung).
- Werro Franz, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, HAVE 2002, 14 (zit. Werro, Remarques).
- Werro Franz, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 2003, 12 (zit. Werro, Vertrauenshaftung).
- Wessner Pierre, La prescription des actions réparatoires et récursoires au regard de la révision totale du droit de la responsabilité, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflichtund Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, 144 (zit. Wessner, Prescription).
- Wessner Pierre, La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung (Journée de la responsabilité civile 2000), Zürich 2001, 129 (zit. Wessner, Confiance).
- WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 I, 101.
- WIDMER PIERRE, Privatrechtliche Haftung, in: Peter Münch/Thomas Geiser (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel 1999, 7 (zit. P. WIDMER, Haftung).
- WIDMER PIERRE, Variationen über Treu und Glauben, in: Festschrift für Arnold Koller, Bern 1993, 185 (zit. P. WIDMER, Variationen).
- WIDMER PIERRE, Vorwort zu einem (noch) ungeschriebenen Traktat über Verantwortung, Verantwortlichkeit und Haftung, in: Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 661 (zit. P. WIDMER, Traktat).
- WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, 85 (zit. WIEGAND, Schuldverhältnis).
- Wiegand Wolfgang, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: Festgabe Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, 143 (zit. Wiegand, Ad hoc-Publizität).
- Wiegand Wolfgang, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Entscheid des Bundesgerichts, recht 1999, 225 (zit. Wiegand, Formungültigkeit).
- WILBURG WALTER, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg an der Lahn 1941.

- Winiger Bénédict, L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile, ZSR 2001 I, 299.
- Wyss Eveline/v. der Crone Hans Caspar, Haftung für Auskunft, SZW 2002, 112.
- Wyss Lukas, Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität SJZ 1997, 313.
- YUNG WALTER, Devoirs généraux et obligations, in: Festschrift für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, 163.
- ZIMMERMANN REINHARD, «... ut sit finis litium». Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, JZ 2000, 853 (zit. ZIMMERMANN, JZ 2000).
- ZIMMERMANN REINHARD, Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die deutsche Reformdebatte, ZEuP 2001, 217 (zit. ZIMMERMANN, Reformdebatte).
- ZIMMERMANN REINHARD/LEENEN DETLEF/MANSEL HEINZ-PETER/ERNST WOLFGANG, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684.
- ZIPPELIUS REINHOLD, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., München 1994.
- ZürKomm/Bearbeiter, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich.

Anhang: Grundregeln (Principles) eines Europäischen Verjährungsrechts*

Art. 14:101: Gegenstand der Verjährung

Das Recht, von einem anderen Zahlung oder eine andere Leistung zu verlangen («Anspruch»), unterliegt der Verjährung gemäss diesen Principles.

Art. 14:201: Regelmässige Verjährungsfrist

Die regelmässige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

Art. 14.202: Verjährung eines durch Urteil zugesprochenen Anspruchs

- (1) Die Verjährungsfrist für einen durch Urteil zugesprochenen Anspruch beträgt zehn Jahre.
- (2) Dasselbe gilt für einen Anspruch, der durch einen Schiedsspruch oder eine andere Urkunde, die wie ein Urteil vollstreckbar ist, zugesprochen worden ist.

Art. 14:203: Beginn der Verjährung

- (1) Die Verjährung beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner seine Leistung zu erbringen hat; im Falle eines Schadenersatzanspruches beginnt sie mit der Handlung, auf welcher der Anspruch beruht.
- (2) Ist der Schuldner zu einem dauernden Tun oder Unterlassen verpflichtet, so beginnt die Verjährung mit jeder Verletzung dieser Pflicht.
- (3) Die Verjährung nach Art. 14:202 beginnt in dem Zeitpunkt, in dem das Urteil oder der Schiedsspruch rechtskräftig oder die andere Urkunde vollstreckbar wird, jedoch nicht bevor der Schuldner seine Leistung zu erbringen hat.

Art. 14:301: Hemmung bei Unkenntnis

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger

- a) die Person seines Schuldners oder
- b) die Umstände, auf denen sein Anspruch beruht, einschliesslich der Art des Schadens bei einem Schadenersatzanspruch

nicht kennt und vernünftigerweise nicht kennen kann.

^{* 2001/2003} verabschiedet von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht («Lando-Kommission»). Abgedruckt und kommentiert in Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, S. 36 ff., 157 ff. Die deutsche Übersetzung basiert auf dem Vorabdruck in ZEuP 2001, S. 400 ff. Die englische und französische Version sind zudem auf der Website der Kommission einsehbar (http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl).

Art. 14:302: Hemmung bei gerichtlichen und anderen Verfahren

- (1) Die Verjährung ist von dem Zeitpunkt an gehemmt, in dem ein gerichtliches Verfahren über den Anspruch eingeleitet wird.
- (2) Die Hemmung dauert fort, bis über den Anspruch rechtskräftig entschieden worden ist oder bis der Rechtsstreit anderweit erledigt ist.
- (3) Diese Vorschriften gelten mit angemessenen Anpassungen auch für Schiedsverfahren und für alle anderen Verfahren, die eingeleitet werden, um eine Urkunde zu erhalten, die wie ein Urteil vollstreckbar ist.

Art. 14:303: Hemmung bei einem Hinderungsgrund ausserhalb des Einflussbereiches des Gläubigers

- (1) Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger durch einen Hinderungsgrund von der Geltendmachung seines Anspruchs abgehalten wird, der ausserhalb seines Einflussbereichs liegt und dessen Vermeidung oder Überwindung von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte.
- (2) Das gilt jedoch nur, sofern der Hinderungsgrund innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist entsteht oder fortdauert.

Art. 14:304: Ablaufhemmung bei Verhandlungen

Verhandeln die Parteien über den Anspruch oder über Umstände, aus denen sich ein Anspruch ergeben könnte, so tritt die Verjährung nicht vor Ablauf eines Jahres ein, nachdem die letzte Erklärung im Rahmen dieser Verhandlungen abgegeben worden ist.

Art. 14:305: Ablaufhemmung bei fehlender Geschäftsfähigkeit

- (1) Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne Vertreter, so tritt eine für oder gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt ein, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder ein Vertreter bestellt worden ist.
- (2) Die Verjährung von Ansprüchen zwischen einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person und ihrem Vertreter tritt nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt ein, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder ein neuer Vertreter bestellt worden ist.

Art. 14:306: Ablaufhemmung bei Erbfall

Ist der Gläubiger oder der Schuldner verstorben, so tritt die Verjährung eines Anspruchs, der zu dem Nachlass des Gläubigers gehört oder sich gegen den Nachlass des Schuldners richtet, nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt ein, in welchem der Anspruch durch einen Erben oder Vertreter des

Erben bzw. des Nachlasses, oder gegenüber einem Erben oder Vertreter des Erben bzw. des Nachlasses geltend gemacht werden kann.

Art. 14:307: Höchstdauer der Verlängerung der Verjährung

Die Verjährung kann aufgrund der in diesen Grundregeln festgelegten Gründe für eine Hemmung oder Ablaufhemmung auf insgesamt höchstens zehn Jahre, bei Ansprüchen wegen der Verletzung persönlicher Rechtsgüter auf insgesamt höchstens dreissig Jahre verlängert werden. Das gilt nicht für den Hemmungsgrund des Art. 14:302.

Art. 14:401: Neubeginn durch Anerkennung

- (1) Wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagzahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt, beginnt die Verjährung erneut.
- (2) Die Verjährungsfrist ist die regelmässige Verjährungsfrist, unabhängig davon, ob der Anspruch ursprünglich der regelmässigen Verjährungsfrist oder der Zehnjahresfrist von Art. 14:202 unterlag. Im letzten Fall darf dies jedoch nicht zur Abkürzung der Zehnjahresfrist führen.

Art. 14:402: Neubeginn durch Vollstreckungsversuch

Die Zehnjahresfrist nach Art. 14:202 beginnt mit jedem angemessenen Vollstreckungsversuch, den der Gläubiger unternimmt, erneut zu laufen.

Art. 14:501: Wirkung der Verjährung

- (1) Nach Ablauf der Verjährungsfrist ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.
- (2) Das zur Erfüllung eines Anspruchs Geleistete kann nicht allein deshalb zurückgefordert werden, weil die Verjährungsfrist für den Anspruch abgelaufen war.

Art. 14:502: Verjährung der Nebenleistungen

Die Verjährung von Ansprüchen auf Zinsen und andere Nebenleistungen tritt spätestens mit der Verjährung des Hauptanspruches ein.

Art. 14:503: Aufrechnung (Verrechnung)

Auch nach Eintritt der Verjährung kann mit einem Anspruch aufgerechnet (verrechnet) werden, sofern nicht der Schuldner die Einrede der Verjährung zuvor geltend gemacht hat oder er sie innerhalb von zwei Monaten geltend macht, nachdem ihm die Erklärung der Aufrechnung (Verrechnung) zugegangen ist.

Art. 14:601: Vereinbarungen über die Verjährung

- (1) Die Voraussetzungen der Verjährung können von den Parteien vertraglich verändert werden, insbesondere durch Verkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfristen.
- (2) Jedoch kann die Verjährungsfrist nicht auf weniger als ein Jahr verkürzt oder auf mehr als dreissig Jahre verlängert werden ab dem Beginn der Verjährung nach Art. 14:203.