

Droit de la  
responsabilité

Colloque international à l'Université de Genève

# La responsabilité civile européenne de demain

Projets de révision nationaux et  
principes européens

## Europäisches Haftungs- recht morgen

Nationale Revisionsentwürfe und  
europäische Haftungsprinzipien

Edité par Bénédicte Winiger

Faculté de droit  
de Genève

  
BRUYLANT

Schulthess §

  
Collection  
Genevoise

---

## Remerciements

Le colloque bilingue «la Responsabilité civile européenne de demain: projets de révision nationaux et principes européens» a eu lieu du 31 mai au 2 juin 2007 à l'Université de Genève. Les organisateurs tiennent à remercier le Fonds national suisse de la recherche scientifique, le Rectorat, la Faculté de droit, le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques ainsi que le Fonds général de l'Université de Genève pour leur soutien généreux, sans lequel ce colloque n'aurait pas pu avoir lieu.

De même, que Mesdames Natacha Chevalier, Claudine Zbinden, Esther Pralong et Ariane Tschopp soient chaleureusement remerciées de l'organisation du colloque et de l'établissement, la relecture et la mise en pages du manuscrit, sans oublier les assistants Patrick Fleury et Patryk Labuda, qui ont été beaucoup sollicités pour rendre le séjour de nos hôtes agréable.

Finalement, nous exprimons toute notre gratitude aux président(e)s de séance et aux intervenants du colloque qui ont consacré leur temps à rédiger d'excellentes contributions et à participer aux débats contradictoires organisés autour de leurs conférences.

Genève, le 1<sup>er</sup> mai 2008

Bénédict Winiger

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <<http://dnb.ddb.de>>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008

ISBN 978-3-7255-5696-0 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle

ISBN 978-2-8027-2648-7 Bruylant, Bruxelles

ISSN: Collection genevoise: 1661-8963

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)

---

# Der schweizerische Entwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes

## Eine kritische Stellungnahme

INGEBORG SCHWENZER\*

### Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	77
II. Gleichschaltung von Delikts- und Vertragshaftung	78
III. Schaden	80
IV. Widerrechtlichkeit	82
V. Zurechnung	84
1. Verschulden	84
2. Haftung für Hilfspersonen	86
3. Gefährdungshaftung	87
VI. Kausalität	89
VII. Freizeichnung	92
VIII. Verjährung	93
IX. Fazit	94

## I. Einleitung

„De mortuis nihil nisi bene“, wie gerne hätte ich diesem Satz nachgelebt, steht doch heute praktisch fest, dass der Vorentwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes in den Schubladen der schweizerischen Administration begraben und kaum mehr als Gesetz zurück unter die Lebenden kommen wird.<sup>1</sup> Wenn ich gleichwohl nicht den Part ergreifen kann, die vielen Vorzüge und

---

\* Professorin an der Universität Basel.

Für die wertvolle Unterstützung bei der Materialsammlung und Fertigstellung des Manuskripts möchte ich meiner wissenschaftlichen Assistentin lic. iur. Anne-Florence Bock ganz herzlich danken.

<sup>1</sup> Der Bundesrat hat beschlossen, die Revision des Haftpflichtrechtes nicht in das Gesetzgebungsprogramm 2003-07 aufzunehmen, [www.ejpd.admin.ch/ejpd/dehome/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_haftpflicht.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/dehome/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_haftpflicht.html), Stand 12. April 2007. Vgl. auch TERCIER, La réforme du droit de la responsabilité civile: Chronique d'une mort annoncée, in: C. CHAPPUIS / FOEX / THÉVENOZ (Hrsg.), Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Le législateur et le droit privé, Genf/Zürich/Basel 2006, 25, 32 ff.

glänzenden Gedanken, die in diesem Vorentwurf enthalten sind, zu würdigen, so allein deshalb, weil die Veranstalter dieses Symposiums mir eine andere Rolle zugeteilt haben, nämlich die kritische Stimme bezüglich dieses Entwurfs zu übernehmen.

Leider ist es mir nicht möglich, im Rahmen der mir zur Verfügung stehenden Zeit auf alle Einzelfragen einzugehen. Es können hier vielmehr nur eine Reihe von Grundfragen behandelt werden.

## II. Gleichschaltung von Delikts- und Vertragshaftung

Eine weitgehend einmalige Lösung schlägt der Entwurf in Art. 42 vor: Vertragswidrigkeit und deliktische Widerrechtlichkeit sollen danach gleichgestellt werden. Allein für Nichterfüllung oder Späterfüllung soll es mit der Anwendung vertragsrechtlicher Regeln sein Bewenden haben. Der Hintergrund für diesen Vorschlag ist offenbar, Unterschiede zwischen Vertrags- und Deliktshaftung, wie sie insbesondere derzeit im Bereich Verjährung, Beweislast und Gehilfenhaftung bestehen, einzuebnen.<sup>2</sup> In der Diskussion des Entwurfs ist die Gleichschaltung von Vertrags- und Deliktsrecht auf einheitliche Ablehnung gestossen.<sup>3</sup> Zu Recht.

Abgesehen davon, dass – wie bereits erwähnt – ein derartiger Sonderweg ausser den österreichischen Kollegen kaum einem ausländischen Juristen verständlich gemacht werden könnte, stehen dieser Gleichschaltung gravierende sachliche Bedenken entgegen.

Deliktsrecht und Vertragsrecht verfolgen gänzlich verschiedene Zwecke. Während es im Deliktsrecht um Sicherheitserwartungen geht, stehen im Vertragsrecht auf Vereinbarung gegründete Erfüllungserwartungen im Vordergrund.<sup>4</sup> Vertragliche Sorgfaltspflichten wie auch Treue-, Aufklärungs- und Verpackungspflichten haben ihre Wurzeln in der vertraglichen Vereinba-

<sup>2</sup> WIDMER/WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000, 63 ff.; WESSNER, Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche des frontières naturelles en matière de responsabilité civile, SVZ 1997, 16, 19 ff.

<sup>3</sup> Vgl. schon die Diskussionsbeiträge in HONSELL/REY, Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht veranstaltet zum 70. Geburtstag von Emil W. Stark, Zürich 1991, 76 ff.

<sup>4</sup> IMMENHAUSER, Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadenersatzrechts – Vorbild für eine gesamteuropäische Kodifikation?, in: WEBER et al. (Hrsg.), Europäisierung des Privatrechts – Zwischenbilanz und Perspektiven, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, Stuttgart et al. 1997, 37, 53 ff.

rung der Parteien und haben mit deliktischen Verkehrspflichten nichts, aber auch gar nichts gemein.<sup>5</sup>

Vor allem aber läuft die Gleichstellung deliktischer Haftung und der sogenannten Haftung aus positiver Vertragsverletzung sämtlichen modernen Tendenzen der Vertragshaftung entgegen. Die aus dem römischen Recht stammende Trias von Nichtleistung, Spätleistung und Schlechtleistung wird nur noch in wenigen Rechtsordnungen vertreten. Die moderne Tendenz, der sich sogar inzwischen weitgehend das deutsche BGB angeschlossen hat,<sup>6</sup> geht in Richtung einheitlicher Vertragsbruchtatbestand.<sup>7</sup> Zudem ist eine Abgrenzung zwischen Nichtleistung und Schlechtleistung – wie gerade auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Abgrenzung von aliud und peius zeigt – häufig nur artifizuell und damit höchst willkürlich.<sup>8</sup>

Schliesslich würde die Anwendung der geplanten deliktsrechtlichen Regeln insbesondere bei der Haftung für Fahrlässigkeit als auch bei der Haftung für Hilfspersonen, auf die später noch im Einzelnen zurückzukommen sein wird, die Stellung des Vertragsgläubigers bei Schlechterfüllung nicht nur im Vergleich zum heutigen Recht, sondern auch im Vergleich zu sämtlichen ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken erheblich verschlechtern.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> FELLMANN, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?, recht 1997, 95, 98; vgl. auch KOZIOL, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Sicht aus dem Ausland, in: WEBER/FUHRER, Retouches oder Reformen? Die hängige Gesetzesrevision im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich/Basel/Genf 2004, 23, 27 f.

<sup>6</sup> § 280 Abs. 1 BGB ff. Statt vieler: ZIMMER, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1, 6 ff.; SCHLECHTRIEM, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, in: HELMS et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Stuttgart et al. 2001, 9, 16 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 35 CISG; Art. 7.1.1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004; Art. 8:101 Principles of European Contract Law; C. CHAPPUIS/WERRO, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, ZSR 2003 II, 237, 362; HECKENDORN, La relation entre responsabilité contractuelle et délictuelle (Art. 42 AP), in: FOEX/WERRO (Hrsg.), La réforme du droit de la responsabilité civile, Genf/Zürich/Basel 2004, 81, 94; KOLLER, Gravierende Eingriffe ins Vertragsrecht, NZZ vom 16. März 2001, 16; MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, 289, 298.

<sup>8</sup> IMMENHAUSER, (Fn. 4), 56; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, 122 f. Kritisch zur durch die Vereinheitlichung von Vertrags- und Deliktsrecht bewirkten neuen Unterscheidung im Vertragsrecht auch PETITPIERRE, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR 1997 I, 273, 284; MÜLLER-CHEN, Brennpunkte der Revision des Haftpflichtrechts, Anwaltsrevue 11-12/2001, 10, 11.

<sup>9</sup> Vgl. HONSELL, Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: SCHWENZER/HAGER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 743, 746; PORTMANN, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – eine Auseinandersetzung mit dem geplanten Bundesgesetz, ZSR 2001 I, 327, 330 und 334; KOZIOL, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, ZBJV 1998, 517, 523; vgl. auch GAUCH, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung, ZSR 1997 I, 315, 328.

Insgesamt kann deshalb eine Vereinheitlichung von Delikts- und Vertragshaftung keinesfalls befürwortet werden.

### III. Schaden

Im Bereich des Schadensrechtes enthält der Entwurf wenig Neues, er ist jedoch geeignet, durch begriffliche Unklarheiten Verwirrung herbeizuführen.<sup>10</sup>

In Art. 45 des Entwurfs wird zunächst zwischen Vermögensschäden und immateriellen Schäden, sodann zwischen Vermögensschäden aufgrund Verletzung absoluter Rechtsgüter und reinen Vermögensschäden unterschieden. Während erstere Unterscheidung eine solche nach Schadensarten darstellt, betrifft letztere die Frage des Schutzbereichs der Deliktshaftung, die in der Schweiz bis anhin über den Begriff der Widerrechtlichkeit gelöst wird.<sup>11</sup>

Das geltende Schadensrecht baut bekanntermassen auf der im 19. Jahrhundert entwickelten sogenannten Differenzhypothese auf.<sup>12</sup> Die mögliche Kommerzialisierung sogenannter Nichtvermögensschäden oder jedenfalls Ersatz von Frustrationsschäden sind hingegen in der Schweizer Literatur höchst umstritten und haben nur in selektiven Einzelbereichen ihren Weg in die Rechtsprechung des Bundesgerichtes gefunden.<sup>13</sup> Kaum vertreten werden in der Schweizer Diskussion bislang im Ausland vertretene Ansätze, die das ausservertragliche Haftpflichtrecht stärker Präventivgedanken öffnen wollen, indem beispielsweise insbesondere bei lukrativen Delikten, aber auch bei einem lukrativen Vertragsbruch eine Gewinnabschöpfung in Form des Schadenersatzes stattfinden soll.<sup>14</sup> All diese modernen Ge-

<sup>10</sup> Vgl. auch HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 747 f.

<sup>11</sup> Siehe auch unten unter IV.

<sup>12</sup> OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2, N 9 ff.

<sup>13</sup> Z.B. beim sogenannten Haushaltsschaden, dazu u.a. G. CHAPPUIS, Le calcul du dommage, L'Etat des difficultés, in: WERRO (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, 171, 172 ff. Ein Überblick über die schweizerische Praxis zu Nichtvermögensschäden findet sich bei GAUCH, Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, in: FORSTMOSER (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht: Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 293 ff.

<sup>14</sup> Für Deutschland siehe WAGNER, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, München 2006, A1, A91 ff. Zur Diskussion in England: BURROWS, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3. Aufl., Oxford 2004, 395 ff. Zur Wünschbarkeit eines solchen Tatbestands im schweizerischen Recht: C. CHAPPUIS, La remise du gain: les temps sont mûrs, in: WERRO (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, 51, 74.

danken des Schadensrechtes finden im vorliegenden Entwurf keinerlei Erwähnung.<sup>15</sup>

Die in den Art. 45a – Art. 45f aufgeführten Schadensposten erscheinen teilweise überflüssig, teilweise unklar, teilweise nicht überzeugend. Sicher nicht in eine Kodifikation nach Art des schweizerischen Obligationenrechtes gehören Einzelfragen wie die der Berücksichtigung einer angemessenen Abschreibung bei Schadenersatz wegen Eigentumsverletzung<sup>16</sup>. Unklar bleibt, ob bei jeder Sachbeeinträchtigung die Kosten für eine gleichwertige Sache verlangt werden können und ob die geschädigte Person den während der Zeit der Instandsetzung oder Neubeschaffung entgangenen Gewinn nur alternativ oder auch kumulativ geltend machen kann. Kaum vertretbar erscheint auch die Kodifizierung der teilweise in der Schweiz vertretenen Auffassung, dass im Wege des Schadenersatzes auch Kosten, die der geschädigten Person im Rahmen der Geltendmachung ihrer Ansprüche entstehen, liquidiert werden können.<sup>17</sup> Zum einen bleibt unklar, ob damit auch Prozesskosten gemeint sein sollen und damit das Schadensrecht in Konkurrenz zum Prozessrecht treten soll. Zum anderen bevorzugt eine solche Regelung einseitig den obsiegenden Geschädigten und übersieht, dass bei einem Unterliegen des angeblich Geschädigten der anderen Partei in selbem Masse Rechtsverteidigungskosten entstehen können, die aber – mangels Haftungsgrundlage – grundsätzlich nicht ersatzfähig sind.<sup>18</sup>

Mit der Aufnahme der Ersatzfähigkeit von Kosten in Zusammenhang mit Einwirkungen auf die Umwelt in das allgemeine Schadenersatzrecht tritt der Entwurf Neuland. Obwohl in der Sache gegen eine derartige Regelung vom Prinzip her sicher nichts einzuwenden ist, mag man sich doch fragen, ob sie Teil des allgemeinen Haftpflichtrechtes bilden oder nicht doch eher spezialgesetzlicher Regelung vorbehalten sein sollte.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> So auch PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 337 f. in Bezug auf den Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden; vgl. auch C. CHAPPUIS/WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 259.

<sup>16</sup> Art. 45c Abs. 1 VE.

<sup>17</sup> Art. 45f Abs. 2 VE. Zum Problem der Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten nach Deliktsrecht ausführlich GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189 ff.; STEIN, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 1987 I, 635 ff.; BERGER, Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten: Die Anwaltskosten im Haftpflichtprozess unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Überklagens, HAVE 2003, 131 ff.

<sup>18</sup> So zum parallelen Problem im Rahmen des CISG SCHLECHTRIEM, Verfahrenskosten als Schaden in Anwendung des UN-Kaufrechts, IHR 2006, 49, 50; vgl. auch CISG-ADVISORY COUNCIL OPINION No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, 5.4; abrufbar unter: www.cisg-online.ch/cisg/docs/AC-Opinion%206.pdf.

<sup>19</sup> So auch C. CHAPPUIS/WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 263; im Ergebnis wohl auch MÜLLER-CHEN, BJM 2002, 289, (Fn. 7), 303 ff.



Insgesamt lassen damit auch die Regelungen zum Schaden als solchem ein eher zwiespältiges Gefühl zurück. Sachfragen, denen sich ein modernes Schadenersatzrecht stellen müsste, werden nicht diskutiert. Stattdessen kodifiziert der Entwurf auf der Basis der Differenztheorie bereits unter dem geltenden Recht vertretene Auffassungen und versperrt damit Rechtsprechung und Lehre für die Zukunft jegliche behutsame Weiterentwicklung und Anpassung des Schadenersatzrechtes an die Anforderungen des 21. Jahrhunderts.<sup>20</sup>

#### IV. Widerrechtlichkeit

Kernstück eines jeden Haftpflichtrechts ist die Umschreibung des Schutzbereiches, das heisst, welche Rechtsgüter unter welchen Voraussetzungen deliktischen Rechtsschutz geniessen. Nach herkömmlicher Auffassung wird diese Aufgabe im schweizerischen Recht durch den Begriff der Widerrechtlichkeit erfüllt.<sup>21</sup> Obgleich das Schweizer Recht ursprünglich von der grossen deliktischen Generalklausel im Sinne des französischen Rechts ausging,<sup>22</sup> wurde die im gemeinen Recht in Deutschland vertretene und im BGB Gesetz gewordene Auffassung mit der sogenannten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie auch im Schweizer Recht rezipiert.<sup>23</sup> Im Sinne des sogenannten Erfolgsunrechtes ist danach die Verletzung absoluter Rechtsgüter per se widerrechtlich; im Sinne des Verhaltensunrechtes kann Schadenersatz bei sogenannten reinen Vermögensschäden nur bei Verletzung einer entsprechenden Schutznorm verlangt werden.<sup>24</sup> In der modernen Schweizer Literatur wird diese im 19. Jahrhundert wurzelnde Theorie schon lange kritisiert.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> So auch WEBER, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: GAUCH/SCHMID, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 253, 292 f.; vgl. auch C. CHAPPUIS/WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 259.

<sup>21</sup> Vgl. dazu OFTINGER/STARK, (Fn. 12), § 4, N 4 ff.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 666.

<sup>22</sup> Art. 1382 und 1383 Code Civil.

<sup>23</sup> Vgl. SCHÖNENBERGER, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 2004, 3, 4; SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: SCHWENZER (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, 59, 60 ff.

<sup>24</sup> HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, § 4, N 2; REY, (Fn. 21), N 672; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 50.05 ff.

<sup>25</sup> ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 262 ff.; WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR 1997 I, 343, 366 ff.; REY, (Fn. 21), N 702a; vgl. auch PORTMANN, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht, SJZ 1997, 273, 277 ff.

Hier beginnt sich in jüngerer Zeit eine sogenannte dritte Widerrechtlichkeitstheorie durchzusetzen, die – im Anschluss an die anglo-amerikanische negligence-Haftung – an die Verletzung einer Schutzpflicht anknüpft.<sup>26</sup> Dies hat den Vorteil, dass einerseits reine Vermögensschäden im Ausgangspunkt gleich wie Schäden aus der Verletzung absoluter Rechtsgüter behandelt werden und andererseits die erforderliche Haftungsbegrenzung durch fallgruppenweise Herausarbeitung bestimmter Schutzpflichten erfolgen kann.

Der Vorentwurf nimmt von all diesen Entwicklungen keine Notiz. Stattdessen wird in Art. 46 des Entwurfs zunächst die objektive Widerrechtlichkeitstheorie in Gesetzesform gegossen und damit auch hier jeder künftigen Entwicklung ein Riegel vorgeschoben. Daneben werden zwei weitere Fallgruppen der Widerrechtlichkeit geschaffen: Die bereits eingangs geschilderte und kritisierte Widerrechtlichkeit aufgrund Vertragsverletzung sowie aufgrund eines Verstosses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.<sup>27</sup> Wie schon die Gleichstellung von Vertragsverletzung und Delikt ist auch die Widerrechtlichkeitsbegründung bei Verstoss gegen Treu und Glauben entsprechend der bisher herrschenden Lehre und Rechtsprechung auf praktisch einhellige Ablehnung in der Literatur gestossen. Gegen die Begründung der Widerrechtlichkeit aus einem Verstoss gegen Treu und Glauben werden zunächst dogmatische Bedenken ins Feld geführt. Das Prinzip von Treu und Glauben findet nur im Rahmen bestehender Rechte und Pflichten Anwendung. Der Entwurf will es hingegen zu einer Pflicht erzeugenden Generalklausel umfunktionieren.<sup>28</sup> Inhaltlich wird vor allem geltend gemacht, dass der Begriff von Treu und Glauben so ungenau und konturenlos ist, dass dem Deliktsrecht damit jegliche Vorhersehbarkeit genommen würde.<sup>29</sup>

Insgesamt gilt auch hier, dass der Vorentwurf Althergebrachtes, das nicht allein unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten schon längst auch im Inland in Frage gestellt wird, zementiert und damit der Fortentwicklung

<sup>26</sup> Ausführlich SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, 3, (Fn. 23), 3 ff.

<sup>27</sup> Art. 46 Abs. 2 VE.

<sup>28</sup> HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 751; IMMENHAUSER, (Fn. 4), 61; FELLMANN, recht 1997, 95, (Fn. 5), 106; MÜLLER-CHEN, Anwaltsrevue 11-12/2001, 10, (Fn. 8), 12; PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 342; MORIN, Le comportement contraire au principe de la bonne foi au sens de l'article 46 alinéa 2 de l'Avant-projet du droit de la responsabilité civile, in: FoEX/WERRO (Hrsg.), (Fn. 7), 61, 69.

<sup>29</sup> LOSER-KROGH, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechtes – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR 2003 II, 127, 134; B. CHAPPUIS, Quelques réflexions d'un praticien sur l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in FoEX/WERRO (Hrsg.), (Fn. 7), 132 f.; MORIN, (Fn. 28), 68 f.; PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 340 ff., insb. 343; SCHÖBI, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes – Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen, in: WEBER/FUHRER (Hrsg.), Retouches oder Reformen? Die hängige Gesetzesrevision im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich/Basel/Genf 2004, 9, 16.

des Schweizer Rechts einen Bärenienst erweist. Andererseits bietet die vorgeschlagene Lösung im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden, der die Nagelprobe für jedes moderne Deliktsrecht darstellt, keine sinnvolle Hilfestellung.

## V. Zurechnung

Zweiter Schwerpunkt im Bereich eines jeden Haftpflichtrechtes ist neben dem Schutzbereich jener der Zurechnung. Dabei geht es um den Standard ausservertraglicher Haftung, der regelmässig namentlich in der öffentlichen Diskussion ein ganz besonderes Interesse erweckt. Dabei können grob gesprochen zwei Gruppen unterschieden werden: Vorsätzliche und fahrlässige Schadenszufügung auf der einen und Verantwortung für Schadensquellen auf der anderen Seite. Dazwischen sind viele Spielarten denkbar, wie insbesondere Beweislastverschiebungen. Auch im Bereich der Zurechnung geht der Vorentwurf neue Wege, die in der Literatur zum Teil auf heftige Kritik gestossen sind.

### 1. Verschulden

Im Bereich des Verschuldens enthält der Vorentwurf eine grundstürzende Neuerung: Die Resubjektivierung. Damit weicht der Entwurf nicht nur vom bisherigen Schweizer Recht, sondern ebenso von nahezu sämtlichen ausländischen Rechtsordnungen ab, in denen sich überall im letzten Jahrhundert ein objektivierter Verschuldensmassstab herausgebildet hat.<sup>30</sup> Die Resubjektivierung des Verschuldens ist dementsprechend ein weiterer Vorschlag des Vorentwurfs, der auf einhellige Ablehnung in der Literatur gestossen ist.<sup>31</sup>

Ein subjektiver Verschuldensmassstab verkennt die Aufgabe des Haftpflichtrechtes. Es geht hier nicht wie im Strafrecht um einen persönlichen Schuldvorwurf, sondern um die Abgrenzung von Risikosphären.<sup>32</sup> Wer einer

<sup>30</sup> C. CHAPPUIS / WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 330; BRÜGGEMEIER, Grundlagen der Haftung nach dem Schweizerischen Gesetz zur Reform des Haftpflichtrechtes, in: FOËX/WERRO (Hrsg.), (Fn. 7), 49, 55; WERRO, The Swiss Tort Reform: a Possible Model for Europe?, in: BUSSANI, European Tort Law, Bern et al. 2007, 81, 99; vgl. auch SCHÖBI, (Fn. 29), 16.

<sup>31</sup> U.A. WERRO / HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, HAVE 2002, 14ff.; PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 346 ff.; JAUN, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance, ZBJV 2003, 141, 175 f.; HONSELL, Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR 1997 I, 297, 307; GAUCH, ZSR 1997 I, 315, (Fn. 9), 328; HORTON ROGERS, A Common Lawyer Looks at the Swiss Tort Law Reform Project, ZSR 2001 I, 351, 366 ff.

<sup>32</sup> HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 754; LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 127, (Fn. 29), 155 f.; PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 347; C. CHAPPUIS / WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 322.

Resubjektivierung des Verschuldensbegriffs das Wort redet, verkennt zudem, dass das Haftpflichtrecht heute im Regelfall nicht den Schädiger persönlich in die Pflicht nimmt, sondern aufgrund von in sämtlichen Bereichen vorhandenen Haftpflichtversicherungen zu einem blossen Recht der Regressoraussetzungen geworden ist.<sup>33</sup> Warum nun gerade eine Versicherungsgesellschaft, die ihrerseits für die Übernahme des Risikos einen marktgerechten Preis in Form von Prämien erhalten hat, von der individuellen Unfähigkeit eines Versicherungsnehmers profitieren soll, hat bislang noch niemand überzeugend begründen können.

Ein subjektiver Verschuldensmassstab dient schliesslich kaum präventiven Zwecken.<sup>34</sup> Zudem verbleiben nach dem Entwurf erhebliche Schutzlücken. Während bei fehlender Urteilsfähigkeit das Gericht aus Billigkeit eine Ersatzpflicht anordnen kann (Art. 48b), ist dies für andere Fälle, in denen von einem Verschulden subjektiv nicht gesprochen werden kann, zum Beispiel bei vorübergehendem Unwohlsein, Ärger oder dergleichen, nicht der Fall.<sup>35</sup> Zwar mag in vielen Fällen das Ergebnis auch bei Anwendung eines subjektiven Verschuldensmassstabs nicht gravierend von dem mittels eines objektiven Verschuldensmassstabs zu Erzielenden abweichen, weil man – gewissermassen als Notanker – auf ein Übernahmeverschulden zurückgreifen kann<sup>36</sup>, dennoch kann das Konzept nur als verfehlt bezeichnet werden.

Gänzlich inakzeptabel erscheint die Resubjektivierung des Verschuldensbegriffs im Vertragsrecht, das ja nach der Vorstellung der Verfasser des Entwurfs von der Regelung mitumfasst sein soll. Wer für eine vertragliche Leistung den Marktpreis bezahlt, darf auch marktgerechte, das heisst durchschnittliche Sorgfalt erwarten.<sup>37</sup> Oder sollte sich ein Anwalt inskünftig darauf berufen können, dass er leider aufgrund einer schlechten Ausbildung an der Universität oder belastender Eheprobleme nicht in der Lage war, ein Mandat lege artis zu führen? Wo im Einzelfall eine Herabsetzung des Haftungsmassstabs geboten ist, weil beispielsweise der Gläubiger die mangelnden Fähigkeiten des Schuldners kennt oder nicht bereit ist, einen angemessenen Marktpreis zu bezahlen, ist dies mit dem vorhandenen Instrumentarium des Obligationenrechts schon heute möglich.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Vgl. zur Rolle der Versicherungen im Haftpflichtrecht schon OFTINGER / STARK, (Fn. 11), § 1, N 135 ff., insb. N 142.

<sup>34</sup> So auch WERRO / HAHN, HAVE 2002, 14, (Fn. 31), 15.

<sup>35</sup> WEBER, (Fn. 20), 264 f.

<sup>36</sup> So z.B. C. CHAPPUIS / WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 308.

<sup>37</sup> FELLMANN, recht 1997, 95, (Fn. 5), 104; IMMENHAUSER, (Fn. 4), 59 f.; GAUCH, ZSR 1997 I, 315, (Fn. 9), 328; KOZIOL, ZBJV 1998, (Fn. 9), 523; KOLLER, NZZ vom 16. März 2001, (Fn. 7), 16.

<sup>38</sup> Z.B. über Art. 99 Abs. 2 OR; vgl. zur Herabsetzung des Haftungsmassstabs unter dem Gesichtspunkt der Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung BeKomm-WEBER, Art. 99, N 134.

## 2. Haftung für Hilfspersonen

Was die Haftung für Hilfspersonen im ausservertraglichen Bereich betrifft, kennen die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises eine im 19. Jahrhundert wurzelnde, dem Schutz der sich entwickelnden Industrie dienende Sondernorm, die es dem Geschäftsherrn ermöglicht, sich durch Nachweis der Einhaltung eigener gebotener Sorgfalt bei Auswahl, Anleitung und Überwachung der Hilfspersonen von der Einstandspflicht zu befreien.<sup>39</sup> Demgegenüber gehen sämtliche Rechtsordnungen sowohl des französischen als auch des anglo-amerikanischen Rechtskreises vom Grundprinzip des respondeat superior aus, das heisst der strikten Einstandspflicht für Gehilfen auch im ausservertraglichen Bereich.<sup>40</sup> Auch das schweizerische Bundesgericht hat dem nach dem Wortlaut des Art. 55 OR möglichen Befreiungsbeweis bekanntlich im berühmten Schachtrahmenfall<sup>41</sup> die Spitze gebrochen. Seither – das heisst in nunmehr 22 Jahren – ist praktisch kein bundesgerichtlicher Entscheid mehr publiziert worden, in dem der Befreiungsbeweis thematisiert worden wäre.

Hinter diesen bereits im geltenden Recht erreichten Rechtszustand will der Vorentwurf zurückgehen. Er differenziert dabei zwischen der Haftung für Hilfspersonen im Allgemeinen (Art. 49) und in Unternehmungen (Art. 49a). Während sich die Haftung für Hilfspersonen im allgemeinen nicht vom geltenden Art. 55 in seiner gängigen Auslegung unterscheidet, kodifiziert die Bestimmung zur Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen praktisch das Schachtrahmenurteil, indem dem Geschäftsherrn die Befreiung von der Haftung ermöglicht wird, wenn er beweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.<sup>42</sup>

Diese Regelung der Gehilfenhaftung ist in der Literatur ebenfalls auf vielfältige Kritik gestossen.

Vor allem fragt man sich, warum für die ausservertragliche Haftung der Anschluss an die Rechtsordnungen ausserhalb des deutschen Rechtskreises mit dem Prinzip des respondeat superior nicht konsequent vollzogen wird und stattdessen – für Unternehmen – der Befreiungsbeweis sorgfältiger Or-

<sup>39</sup> Z.B. Art. 55 Abs. 1 OR; § 831 Abs. 1 BGB.

<sup>40</sup> Vgl. PETRIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2004, 45 f.; v. BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, München 1996, N 179 ff.; ZWEIFERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, 639 ff., insb. 647.

<sup>41</sup> BGE 110 II 456; BeKomm-BREHM, Art. 55, N 83, und STAUDER, Schweizerische Produkthaftung im europäischen Umfeld, ZSR 1990 I, 363, 379, sprechen im Bereich der Produkthaftung sogar von einer Kausalhaftung ohne Befreiungsbeweis. Ähnlich auch PETRIN, (Fn. 40), 41f.

<sup>42</sup> HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 757; IMMENHAUSER, (Fn. 4), 265.

ganisation offen gehalten wird, von dem jedoch völlig unklar ist, wie er zu erbringen wäre.<sup>43</sup> Insbesondere aber erscheint jeglicher an eigene Sorgfalt anknüpfende Befreiungsbeweis im Bereich der vertraglichen Hilfspersonenhaftung, für die diese Bestimmung ja auch eingreifen soll, inakzeptabel.<sup>44</sup> Auch insoweit bleibt der Entwurf nicht nur weit hinter geltendem Recht sondern auch hinter sämtlichen ausländischen Rechtsordnungen zurück.

Unklar ist schliesslich auch der Begriff der Hilfsperson. Soll darunter nur wie bislang im Rahmen des Art. 55 OR eine im Subordinationsverhältnis stehende, weisungsabhängige Person oder auch der sogenannte independent contractor verstanden werden? Soweit auf ein Subordinationsverhältnis abzustellen wäre, läge auch hier im Bereich der Vertragshaftung eine durch nichts zu rechtfertigende Schlechterstellung des Vertragsgläubigers im Vergleich zum geltenden wie auch zum ausländischen Recht vor.<sup>45</sup> Sollte hingegen der Begriff der Hilfsperson den independent contractor miteinschliessen, könnten damit zwar im Vertragsrecht angemessene Ergebnisse erzielt werden, für das Deliktsrecht hinwiederum würde dies eine kaum hinnehmbare und nicht bekannte Haftungserweiterung bedeuten.<sup>46</sup>

Insgesamt muss deshalb auch die Regelung der Gehilfenhaftung im vorliegenden Entwurf mit der bislang überwiegenden Auffassung als missglückt bezeichnet werden.

## 3. Gefährdungshaftung

Auch im Bereich der Gefährdungshaftung beschreitet der Vorentwurf neue Wege. Während das geltende Recht verschiedene, im einzelnen nicht aufeinander abgestimmte Gefährdungshaftungstatbestände lediglich in Sondergesetzen kennt, will der Vorentwurf eine Generalklausel zur Gefährdungshaftung schaffen.<sup>47</sup> Anknüpfungskriterium soll danach die Verwirklichung

<sup>43</sup> HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 758. Kritisch zur Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn auch C. CHAPPUIS/WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 342. Auch die Principles on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (Final Version November 2006) der Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net) sehen in Art. 3:201 keinen Entlastungsbeweis vor.

<sup>44</sup> Vgl. dazu WERRO, Les fondements de la responsabilité civile: quoi de neuf?, in: WERRO (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, 15, 31 f.

<sup>45</sup> PORTMANN, ZSR 2001 I, 327, (Fn. 9), 331.

<sup>46</sup> Schon die Studienkommission hatte deshalb Bedenken, die Hilfspersonenhaftung im vertraglichen und ausservertraglichen Bereich zu vereinheitlichen. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechtes vom August 1991, Bern 1991, 76. Vgl. auch GAUCH, ZSR 1997 I, 315, (Fn. 9), 329.

<sup>47</sup> Art. 50 VE.



des charakteristischen Risikos einer besonders gefährlichen Tätigkeit sein. Eine solche soll dann vorliegen, wenn auch bei Anwendung aller zu erwartenden Sorgfalt entweder mit häufigen oder schwerwiegenden Schäden zu rechnen ist.<sup>48</sup>

Auch die vorgeschlagene Generalklausel zur Gefährdungshaftung wurde von der wissenschaftlichen Gemeinschaft zwiespältig aufgenommen. Das Grundprinzip – die Abkehr von widersprüchlichen Einzeltatbeständen und die Konsolidierung der Gefährdungshaftung in einer Generalklausel – wurde überwiegend positiv bewertet.<sup>49</sup> So wurde etwa von einem „mutigen Schritt vorwärts in die moderne ‚Risikogesellschaft‘“ gesprochen.<sup>50</sup> Allein die konkrete Ausgestaltung der vorgeschlagenen Generalklausel ist indes auf erhebliche Ablehnung gestossen.

Die Kritik richtet sich zunächst gegen die begriffliche Unschärfe der vorgeschlagenen Norm. Unklar erscheinen insbesondere die Begriffe der besonders gefährlichen Tätigkeit und des damit verbundenen charakteristischen Risikos.<sup>51</sup> Bei dem vorgeschlagenen Wortlaut kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass jede Tätigkeit, die einen Schaden verursacht, im Nachhinein als besonders gefährlich interpretiert wird.<sup>52</sup> Diesbezügliche Unsicherheiten entstehen vor allem in Zusammenhang mit ärztlicher Tätigkeit aber auch mit sportlicher Betätigung.<sup>53</sup> Bedenken erweckt die Ge-

<sup>48</sup> Art. 50 Abs. 2 VE. Siehe dazu auch WIDMER/WESSNER, (Fn. 2), 139 ff.

<sup>49</sup> KOZIOL, (Fn. 5), 32; WERRO, *Fondements de la responsabilité civile*, (Fn. 44), 35; SEILER, *Gedanken aus risikorechtlicher Sicht zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechts*, ZBJV 1995, 398, 401; WEBER, (Fn. 18), 267; WINIGER, *L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile*, ZSR 2001 I, 299, 323; KOCH/KOZIOL, Austria, in: KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague/London/New York 2002, N 130; GALAND-CARVAL, France, in: KOCH/KOZIOL, a.a.O., N 38; FEDTKE/MAGNUS, Germany, in: KOCH/KOZIOL, a.a.O., N 77.

<sup>50</sup> BRÜGGEMEIER, (Fn. 30), 55.

<sup>51</sup> SCHÖNENBERGER, *Generalklausel für die Gefährdungshaftung – ein sinnvolles Reformvorhaben?*, in: SUTTER-SOMM (Hrsg.), *Risiko und Recht: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Basel 2004, 171, 187; vgl. HORTON ROGERS, ZSR 2001 I, 351, (Fn. 31), 362; WEBER, (Fn. 20), 269; MÜLLER-CHEN, *Übers Ziel hinausschiessend – Kritisches zur Revision des Haftpflichtrechts*, NZZ vom 17. April 2001, 15; HONSELL, *FS Schlechtriem*, (Fn. 9), 755; vgl. auch ETIER/PÉTERMANN, *Innovation ou rénovation? Le retour du risque en tant que fondement refoulé de la responsabilité civile*, in: FOËX/WERRO (Hrsg.), (Fn. 7), 1, 18.

<sup>52</sup> So ausdrücklich HONSELL, ZSR 1997 I, 297, (Fn. 31), 311; JAUN, ZBJV 2003, 141, (Fn. 31), 179, spricht sogar von einer „schrackenlosen Erfolgshaftung“; zur Kritik aus der „Wirtschaft“ siehe Schöbi, (Fn. 29), 11. Teilweise wird auch die Tauglichkeit der Anknüpfungskriterien der besonders gefährlichen Tätigkeit bezweifelt, vgl. BÜYÜKSAGIS, *De l'opportunité de préciser la portée d'une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque*, HAVE 2006, 2. Andere Wege geht die Study Group on a European Civil Code (Fn. 43), die in Art. 3:206 an besonders gefährliche Stoffe oder Emissionen anknüpft. Ausserdem wird eingewendet, dass berücksichtigt werden sollte, in wessen Interesse die gefährliche Tätigkeit stattfindet. Nützt diese v.a. dem Geschädigten (wie bei einer chirurgischen Behandlung), rechtfertigt sich eine Gefährdungshaftung nicht. Dazu IMMENHAUSER, (Fn. 4), 52.

<sup>53</sup> JAUN, ZBJV 2003, 141, (Fn. 31), 176; WEBER, (Fn. 20), 268.

neralklausel zur Gefährdungshaftung vor allem aber auch, wenn man sie im Zusammenspiel mit dem Vorschlag zur Resubjektivierung des Verschuldensbegriffs sieht. Denn entweder besteht die Gefahr, dass eine subjektiv nicht vorwerfbare Handlung vorschnell als gefährliche Tätigkeit eingestuft wird, was zu einer vielerorts gefürchteten erheblichen Haftungserweiterung führen könnte, oder es entsteht eine gravierende Schutzlücke im Bereich der lediglich objektiv sorgfaltswidrigen, jedoch nicht gefährlichen Tätigkeiten.<sup>54</sup>

Das Ziel, eine Vereinheitlichung der Gefährdungshaftungstatbestände zu erreichen, wird – da Sondertatbestände im Prinzip erhalten bleiben und die Gerichte zur Analogiebildung zu diesen Tatbeständen aufgefordert werden – jedenfalls nicht erreicht.<sup>55</sup> Offen bleiben auch so wichtige Fragen wie jene, ob im Rahmen der allgemeinen Gefährdungshaftung auch für sogenannte Entwicklungsrisiken gehaftet werden soll, das heisst für Risiken, die im Zeitpunkt der Ausübung der gefährlichen Tätigkeit nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden können.<sup>56</sup>

Auch wenn man einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung insgesamt positiv gegenüber stehen mag, kann doch die Ausgestaltung, die diese im Vorentwurf erfahren hat, im Ergebnis nicht befriedigen.

## VI. Kausalität

Zu den Fragen der Kausalität enthält der Vorentwurf zunächst nichts grundlegend Neues. Offenbar soll am Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs, wie er von herrschender Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz verfochten wird, festgehalten werden. Die entsprechende Bestimmung (Art. 47) enthält nun freilich kaum mehr als eine Tautologie, wenn sie darauf abstellt, dass der der ersatzpflichtigen Person „zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht“. Die entscheidende Frage, wann ein rechtlich bedeutsamer Ursachenzusammenhang vorliegt, bleibt damit unbeantwortet.<sup>57</sup>

Des Weiteren übernimmt der Vorentwurf die inzwischen in der Lehre höchst umstrittene Figur der sogenannten Unterbrechung des Kausalzusam-

<sup>54</sup> WERRO, *Fondements de la responsabilité civile*, (Fn. 45), 36; JAUN, ZBJV 2003, 141, (Fn. 31), 175 f.; ETIER/PÉTERMANN, (Fn. 51), 20 f.

<sup>55</sup> HONSELL, ZSR 1997 I, 297, (Fn. 31), 309.

<sup>56</sup> BÜYÜKSAGIS, HAVE 2006, 2, (Fn. 52), 7; WERRO/HAHN, HAVE 2002, 14, (Fn. 31), 17.

<sup>57</sup> STEIN, *Revision Haftpflichtrecht – Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags*, SVZ 1996, 289, 301 spricht von einer „Leerformel“; vgl. auch GAUCH, ZSR 1997 I, 315, (Fn. 9), 325.

menhangs bei höherer Gewalt sowie grobem Dritt- oder Selbstverschulden. Dem Konstrukt der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs stehen nicht allein denklogische Überlegungen entgegen – entweder ist eine Tatsache kausal oder sie ist es nicht –, vor allem erscheint dieses Institut als zu pauschal, um die anstehenden Sachfragen angemessen zu lösen. In der Sache geht es bei der Frage der Berücksichtigung von höherer Gewalt, grobem Dritt- oder Selbstverschulden allein um eine Frage des Schutzzwecks der verletzten Pflicht. So hat der heutige Gesetzgeber in den Sondergesetzen zur Gefährdungshaftung selbst bestimmt, ob das Risiko höherer Gewalt oder eines groben Drittverschuldens der Betreiberin einer gefährlichen Anlage auferlegt werden soll oder nicht. Nichts anderes kann aber auch in anderen Fällen gelten. So erscheint es zwar selbstverständlich, dass die Normen des SVG nicht den Selbstmörder schützen wollen; ganz anders ist jedoch die Pflicht einer psychiatrischen Einrichtung zum Schutze eines suizidalen Patienten zu beurteilen. Von einer Modernisierung des Haftpflichtrechts dürfte man sich eine Auseinandersetzung auch mit diesen Kausalitätsfragen wünschen.<sup>58</sup>

Um ein echtes Kausalitätsproblem handelt es sich hingegen im Falle des unsicheren Kausalzusammenhangs. Hier geht der Vorentwurf im Vergleich zum geltenden Recht neue Wege, indem in Art. 56d Abs. 2 eine Probabilitätshaftung vorgesehen wird, das heisst die Möglichkeit des Gerichts, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen. Praktisch wird diese Frage zum einen bei Unsicherheiten in der haftungsbe gründenden Kausalität, sowie zum anderen bei der haftungsausfüllenden Kausalität, wo häufig auch das namentlich aus dem französischen Recht bekannte Institut der *perte d'une chance* (Verlust einer Chance) bemüht wird.<sup>59</sup> Probabilitätshaftung kann aber auch – wie vereinzelt in US-amerikanischen Bundesstaaten in den 1970er Jahren – in Zusammenhang mit alternativer Kausalität mehrerer Schädiger unter dem Begriff der sogenannten *market share liability* diskutiert werden.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> SCHWENZER, (Fn. 24), N 20.03.

<sup>59</sup> Zur *perte d'une chance* im französischen Recht: CHABAS, *La perte d'une chance en droit français*, in: GUILLOD (Hrsg.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, 131 ff.; H. MAZEAU / L. MAZEAU / TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Band I, 6. Aufl., Paris 1965, 273 ff.; Le TOURNEAU / CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2000, N 1417. Zu „loss of a chance“ in England siehe zuletzt die Entscheidung des House of Lords, GREGG v. SCOTT, [2005] UKHL 2; MÄSCH, *Gregg v. Scott – Much ado about nothing?*, ZEuP 2006, 656 ff.; WEIR, *Loss of a Chance – Compensable in Tort? The Common Law*, in: GUILLOD, a.a.O., 111 ff. Zur *perte d'une chance* aus rechtsvergleichender Perspektive: MÄSCH, *Chance und Schaden*, Tübingen 2004.

<sup>60</sup> Begründet wurde diese Theorie durch die Entscheidung SINDELL v. ABBOTT LABORATORIES, Supreme Court of California, 607 P.2d 924 vom 20. März 1980. Siehe dazu QUENDOZ, *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität*, Diss., Zürich 1991, 34 f.

Auch die Wahrscheinlichkeitshaftung ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestossen.<sup>61</sup> Zwar wird die Figur des Verlusts einer Chance von einer Reihe von Autoren in der schweizerischen Literatur befürwortet.<sup>62</sup> Dabei geht es jedoch überwiegend um Verlust von Prozess- oder Gewinnchancen. Hier kann man meines Erachtens ohne Not auch mit bewährten Bewertungskriterien zu angemessenen Ergebnissen gelangen.<sup>63</sup> Abzulehnen ist die Wahrscheinlichkeitshaftung beim Verlust einer Chance zweifelsohne im Zusammenhang mit Heilungschancen. Hier wie auch in anderen Fällen der Unsicherheit bei der haftungsbegründenden Kausalität würde die Einführung einer Wahrscheinlichkeitshaftung in der Gesamtschau zu einer Unterkompensation der Opfer führen. Denn eine 100%-ige Sicherheit ist wohl praktisch nie anzunehmen, sodass immer Gründe für einen Abschlag bestehen.<sup>64</sup> Demgegenüber kommt wohl kein Opfer, dessen Schädigung mit 10%-iger Wahrscheinlichkeit auf das Verhalten eines Dritten zurückzuführen ist, auf die Idee, das Prozessrisiko für eine entsprechende Klage zu übernehmen. Vollends untauglich ist die Wahrscheinlichkeitshaftung im Bereich der alternativen Kausalität. Hier muss die Lösung – wie insbesondere inzwischen vom Hooge Rad in den Niederlanden vertreten<sup>65</sup> – in der solidarischen Haftung der Schädiger mit einer Überwälzung der Beweisunsicherheiten in deren Innenverhältnis gesucht werden.

Auch im Bereich der Kausalitätsfragen bringt der Vorentwurf damit nichts wesentlich Neues, auf dem eine Modernisierung des Haftpflichtrechtes aufbauen könnte.

<sup>61</sup> Befürchtet wird die Einführung einer blossen „Verdachtshaftung“: LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 127, (Fn. 29), 166 ff.; HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 761; z.T. wird eine Beschränkung auf das Problem der alternativen Kausalität vorgeschlagen: LOSER-KROGH, a.a.O.; Stellungnahme der SUVA in der Vernehmlassung, 337. Selbst gewisse Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts kritisieren das Konzept einer Wahrscheinlichkeitshaftung, da es keinen optimalen Präventionsanreiz setze, siehe VAN DEN BERGH / VISSCHER, *The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?*, European Review of Private Law 2006, 511, 539 f.; a.A. und wohl eher der überwiegenden Meinung der Economic Analysis of the Law folgend FAURE, *Causal Uncertainty, Joint and Several Liability and Insurance*, in: KOZIOL / SPIER (Hrsg.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien/New York 2003, 79, 87 ff.

<sup>62</sup> MÜLLER, *La perte d'une chance*, Bern 2002; THÉVENOZ, *La perte d'une chance et sa réparation*, in: WERRO (Hrsg.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Bern 2002, 237 ff.

<sup>63</sup> Z.B. über Art. 42 Abs. 2 OR, siehe WEBER, (Fn. 20), 279.

<sup>64</sup> LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 127, (Fn. 29), 165; UNI-ZH MEIER, *Vernehmlassung*, 342; WEBER, (Fn. 20), 280; WERRO / HAHN, *HAVE* 2002, 14, (Fn. 31), 22.

<sup>65</sup> XX C.S./BAYER NEDERLAND C.S., Entscheidung des Hooge Rad vom 9. Oktober 1992, nr. 114 667, („DES-Fall“), Zusammenfassung in PHI 1993, 12. Dazu HILL-ARNIG / HOFFMANN, *Produkthaftung in Europa*, Heidelberg 1995, 121 f.

## VII. Freizeichnung

Schliesslich wendet sich der Vorentwurf auch der Problematik der Haftungsfreizeichnung zu. Von besonderer Bedeutung ist die entsprechende Bestimmung wiederum insoweit, als der Vorentwurf – wie erwähnt – die Vertragshaftung aus positiver Vertragsverletzung der deliktischen Einstandspflicht gleichsetzen will.

In Art. 57 Abs. 1 kodifiziert der Vorentwurf die inzwischen wohl einheitlich nicht nur in der schweizerischen Literatur vertretene Auffassung, dass eine Freizeichnung von der Haftung bei Tötung und Körperverletzung nicht zulässig sein soll.<sup>66</sup> Gleichgestellt wird die Einwirkung auf die Umwelt.

In Art. 57 Abs. 2 wird zunächst der aus Art. 100 Abs. 1 und 2 OR bekannte Verbotskatalog aufgenommen, ohne dass dieser im Hinblick auf seine Angemessenheit für moderne Verhältnisse überprüft worden wäre.

Besondere Berücksichtigung verdient nun freilich Art. 57 Abs. 2 lit. d, wonach jede Freizeichnung unzulässig sein soll, wenn die Klausel in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist. Diese Bestimmung ist einerseits antiquiert, andererseits nachgerade revolutionär. Antiquiert ist die Bestimmung insoweit, als sie an das Merkmal der vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen anknüpft, das heisst an die AGB-Gesetzgebung im Ausland der 1970er Jahre,<sup>67</sup> die jedoch spätestens mit der EG-Richtlinie von 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen überwunden wurde.<sup>68</sup> Revolutionär ist die Bestimmung hingegen

<sup>66</sup> Vgl. OGer ZH, ZR 1957, Nr. 101, 211; BaKomm-WIEGAND, Art. 100, N 4; BeKomm-KRAMER, Art. 19-20 OR, N 212; C. CHAPPUIS/WERRO, ZSR 2003 II, 237, (Fn. 7), 380, 383 und 385; TERCIER, Le droit des obligations, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2004, N 1157; SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: KOLLER (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 120; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 2573; TERCIER, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in: Festschrift Assista, 1968-1978, Genf 1979, 247, 265 ff.; BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, N 336; LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, 221 ff.; differenzierend je nach Intensität der Körperverletzung ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Bern 2003, 280 f.; eher ablehnend und differenzierend nach vertraglicher oder deliktischer Haftung KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2: Erfüllung und Nichterfüllung der Obligation, Bern 2006, § 60, N 17 ff.

<sup>67</sup> Z.B. das deutsche „Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (AGBG), welches aber in Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG ergänzt, erweitert und in die Art. 305 BGB ff. inkorporiert wurde. Siehe dazu SCHLECHTRIEM, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Tübingen 2003, N 76. Aus rechtsvergleichender Perspektive siehe ZWEIFERT/KÖTZ, (Fn. 40), 325 ff.

<sup>68</sup> Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen bezieht sich zwar nur auf Vertragsklauseln, die nicht im Einzelnen ausgehandelt

in zweifacher Hinsicht: Sie verbietet nicht nur jegliche Freizeichnung in „business to consumer“-Geschäften, also gegenüber Konsumenten, sondern ebenso im gesamten „business to business“-Geschäftsverkehr.<sup>69</sup> Des weiteren differenziert sie nicht zwischen einem Ausschluss sämtlicher Rechtsbehelfe und einer Haftungsbeschränkung, sei es bezüglich einzelner Schadensarten oder der Summe nach. Dies würde bedeuten, dass zum Beispiel der Lieferant einer hochkomplexen Industrieanlage nicht in der Lage wäre, seine Haftung in Bezug auf sogenannte Mangelfolgeschäden etwa im Hinblick auf einen Betriebsausfallschaden oder zumindest summenmässig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beschränken.

Auch in punkto Freizeichnung erscheint der Vorschlag des Vorentwurfes damit weder dem Stand der internationalen wissenschaftlichen Diskussion entsprechend noch der Sache nach angemessen<sup>70</sup>.

## VIII. Verjährung

Als Letztes sei kurz auf die Neuregelung der Verjährung eingegangen, wobei hier nur der Blick auf Dauer und Beginn der Verjährungsfrist gerichtet werden kann.

Im Unterschied zum geltenden Recht setzt der Vorentwurf die Verjährungsfristen zunächst herauf. Die relative Verjährungsfrist, die an die Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und der Person des Haftpflichtigen anknüpft, soll neu statt einem Jahr drei Jahre betragen, die absolute Verjährungsfrist von 10 auf 20 Jahre verdoppelt werden.<sup>71</sup> Gegen eine derartige Heraufsetzung der Verjährungsfristen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, erscheinen doch die geltenden Verjährungsfristen aus rechtsvergleichender

sind, unterscheidet aber nicht danach, ob die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist. Vgl. dazu SCHWENZER, (Fn. 66), 105.

<sup>69</sup> Für eine Differenzierung zwischen Haftungsausschlüssen in Unternehmer- und Konsumenten-AGB auch ZIRLICK, (Fn. 66), 117 ff.

<sup>70</sup> Ablehnend auch HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 759 f.; MÜLLER-CHEN, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: WEBER/FUHRER, Retouchen oder Reformen? Die hängige Gesetzesrevision im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich/Basel/Genf 2004, 61, 66; vgl. auch GAUCH, ZSR 1997 I, 315, (Fn. 9), 326; SCHÖBI, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Jusletter vom 9. Oktober 2000, N 2. Auch in der Vernehmlassung wurde das Verbot von Freizeichnungsklauseln in AGB vorwiegend negativ beurteilt, siehe die Stellungnahmen der Kantone BL, LU, TG, von Uni-ZH Honsell und VSE, 358 ff.

<sup>71</sup> Art. 55 VE.

Perspektive betrachtet als unangemessen kurz.<sup>72</sup> Entscheidend ist nun freilich die vorgeschlagene Änderung bezüglich des Beginns der absoluten Verjährungsfrist. Während heute die absolute zehnjährige Verjährungsfrist vom Tage der schädigenden Handlung an zu laufen beginnt, soll für den Beginn der neuen zwanzigjährigen absoluten Verjährungsfrist der Zeitpunkt massgeblich sein, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat. Dies stellt einen nicht zu vernachlässigenden Systemwechsel dar. Denn oftmals können zwischen der schädigenden Handlung und dem Eintritt der Schädigung Jahre, ja unter Umständen Jahrzehnte vergehen. Man denke nur an den altbekanntesten Fall, dass die Einnahme eines Medikamentes durch Schwangere zu einem vermehrten Auftreten von Krebs bei deren Töchtern ab dem 30. Lebensjahr führte. Der vorgeschlagene Systemwechsel könnte mithin zu Schadenersatzprozessen führen, selbst wenn die schädigende Handlung 50, 60 oder noch mehr Jahre zurückliegt. Dies ist selbst unter dem Motto eines grösstmöglichen Konsumenten- und Opferschutzes kaum sachgerecht.<sup>73</sup>

## IX. Fazit

Ich komme zum Schluss. Wie bereits eingangs erwähnt, haben die Veranstalter mir den Part der Kritikerin des Schweizer Vorentwurfs zugedacht. Es war deshalb nicht meine Aufgabe, die zahlreichen positiven Seiten des Vorentwurfs herauszustellen.

<sup>72</sup> BELGIEN: Art. 2262bis Code Civil: Relative Frist von 5 Jahren ab Kenntnis des Schadens, absolute Verjährungsfrist von 20 Jahren ab dem schädigenden Ereignis; DÄNEMARK: § 1 Ziff. 5 Lov om Forældelse af visse Fordringer, Lov Nr. 274 vom 22.12.1908 (Verjährungsgesetz): 5 Jahre ab Schadenseintritt bzw. Feststellbarkeit des Schadens, die Frist ruht nach Art. 3 so lange der Geschädigte keine Kenntnis vom Anspruch oder der Identität des Verantwortlichen hat; DEUTSCHLAND: § 199 Abs. 3 BGB: Frist von 10 Jahren ab Entstehung des Anspruchs, Frist von 30 Jahren ab schädigender Handlung (es gilt die Frist, die früher abläuft), siehe auch § 199 Abs. 2 BGB, der u. A. bei Körperschäden immer die 30-jährige Frist festsetzt; FRANKREICH: Art. 2270-1 Code Civil: 10 Jahre ab Eintritt oder Verschlimmerung des Schadens; ITALIEN: Art. 2943 i.V.m. Art. 2935 Codice Civile: 5 Jahre ab Entstehung des Schadens; NIEDERLANDE: Art. 310 Buch 3 Abs. 1 Burgerlijke Wetboek: 5 Jahre ab Entstehung des Schadens, maximal 20 Jahre seit dem schädigenden Ereignis, siehe auch die Spezialregelung für körperliche Spätschäden in Art. 310:3 Abs. 5 BW; ÖSTERREICH: § 1489 ABGB: 3 Jahre ab Kenntnis des Primärschadens, Maximalfrist von 30 Jahren, wobei streitig ist, ob die Maximalfrist mit dem Eintritt des Schadens oder der schädigenden Handlung beginnt; siehe auch FREYER: Verjährung im Ausland, Witten 2003.

<sup>73</sup> Ablehnend auch LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 127, (Fn. 29), 203. HONSELL, FS Schlechtriem, (Fn. 9), 758 f., möchte für den Beginn der Frist höchstens bei Personenschäden auf den Eintritt des Schadens abstellen. Auch im europäischen Umfeld geht der Trend in Richtung eines verbesserten Schutzes bei körperlichen Spätschäden, dazu VOSER, Aktuelle Probleme zivilrechtlicher Verjährung bei körperlichen Spätschäden aus rechtsvergleichender Sicht, recht 2005, 121, 134 f.

Fasst man die Kritik an dem Entwurf zusammen, so ergeben sich drei Hauptmonita: In einigen Bereichen wird überkommene, aber von der modernen Literatur nicht durchwegs befürwortete Rechtsprechung in Gesetzesform gegossen und damit die Tür zu einer vorsichtigen Rechtsfortbildung zugeschlagen. In anderen Bereichen werden Vorschläge unterbreitet, die im Ausland in den 1970er Jahren diskutiert, dort aber zwischenzeitlich bereits wieder überwunden wurden. Wo auch im internationalen Vergleich genuine Neuregelungen vorgeschlagen werden, sind diese oftmals nicht hinreichend durchdacht und kaum sachangemessen.

Betrachtet man sich die 40-jährige Geschichte der Schweizer Reform des Haftpflichtrechtes und der vorliegenden Ergebnisse, so kann man nicht umhin, die Frage nach dem „Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung“ zu stellen. War sie Anfang des 19. Jahrhunderts vielleicht noch nicht reif, so gehört sie im 21. Jahrhundert vielleicht bereits der Vergangenheit an. Aber dies ist eine andere Geschichte.

## Discussion du projet suisse

**Pierre Widmer, Berne** – Ça donnerait beaucoup à faire de répondre à tous les points qui ont été soulevés. Je vais en prendre simplement un, parce qu'il me semble qu'il montre un peu la divergence qui existe en ce qui concerne le but même du droit de la responsabilité civile. C'est un exemple du fait que, dans la responsabilité civile, c'est comme dans un pot de mēlasse ou dans un pot de fondue. Vous pouvez planter votre pain où vous voulez, ça fait des fils. Si vous commencez par l'illicéité, ça fait des fils vers la faute et vers le dommage ; si vous commencez par la causalité, ça fait des fils vers l'illicéité et vers la faute, etc. Un des points, que je n'avais d'ailleurs pas mentionné, mais auquel M<sup>me</sup> Schwenzer a donné beaucoup d'importance, c'est la question de l'illicéité comme condition de la responsabilité. Et là, elle a reproché au projet de figer pratiquement la discussion telle qu'elle était au moment où le projet était conçu, avec cette distinction entre la protection des droits absolus, d'une part, et d'autre part, la protection des intérêts purement patrimoniaux, lorsqu'il existe des normes de protection correspondantes. Et elle nous a dit que la question de savoir dans quelle mesure les dommages purement économiques pouvaient être couverts ou non, était la «*Nagelprobe*», c'est-à-dire le test de la valeur même d'un droit de la responsabilité civile moderne. Je crois qu'elle a raison, mais peut-être pas tout à fait comme elle l'entend, dans la mesure où, effectivement, c'est là que se pose le grand problème de savoir jusqu'ou on ira. Le remède qu'on nous propose du côté d'une partie de la doctrine allemande et du côté de la *common law*, c'est de se concentrer sur les *duties of care*. C'est ce que M<sup>me</sup> Schwenzer a aussi mentionné. Nous étions d'avis qu'au contraire, si l'on ne faisait que se baser sur ces *duties of care* pour tous les droits quels qu'ils soient, on aboutirait à n'importe quoi dans la mesure où il est très facile, après un dommage, de reconstruire une *duty of care* qui a été violé et de dire : voilà, la responsabilité est ainsi établie. Et tout le but de notre projet, et je crois pouvoir dire que c'est aussi le cas dans le projet autrichien et dans les principes européens, c'est précisément de contenir la responsabilité dans des limites plus ou moins raisonnables. Nous étions tous conscients qu'il est très difficile de fixer absolument ces limites, mais je crois qu'on y arrive mieux avec cette idée que les droits purement patrimoniaux ne seront protégés que sous certaines conditions qu'il faudra définir. Et là, il reste une incertitude. Mais si l'on ouvre complètement les écluses en disant que la faute est égale à l'illicéité – je vois d'ailleurs dans le texte du projet français l'expression « un fait anormal » –, chaque victime d'un dommage vous dira : c'est un fait anormal que je subisse un dommage. Et là, on n'a plus aucun critère auquel on peut se tenir. C'est pourquoi nous avons préféré nous en tenir à quelque chose que les autres projets semblables essaient de circonscrire avec les intérêts protégés, on en a discuté hier. Il y a une difficulté à définir ces intérêts qu'on ne va jamais pouvoir surmonter complètement. Mais, ce qui est important, c'est que le juge sache d'emblée qu'il ne peut pas faire n'importe quoi.



**Ingeborg Schwenzer, Basel** – Ich würde nicht auf die Widerrechtlichkeit als solche verzichten wollen. Ich möchte daran erinnern, dass im alten OR ja auch der Begriff der Widerrechtlichkeit vorhanden war, aber dass er erst später ausgefüllt worden ist in Anlehnung an das deutsche BGB. In den Widerrechtlichkeitsbegriff wurde § 823 Abs. 1 BGB mit den absolut geschützten Rechtsgütern und Abs. 2 mit der Schutznorm aufgenommen. Wir haben hier das deutsche Recht ohne Not rezipiert, und ich denke, wenn wir uns einem anderen Widerrechtlichkeitsbegriff annähern könnten, dann könnte der Begriff durchaus drin bleiben. Und ich möchte ganz kurz sagen, ich würde natürlich nicht von *duty of care* sprechen. Ich denke tatsächlich, nur an die Verletzung einer *duty of care* anzuknüpfen, wäre auch nicht viel besser als von einer Verletzung von Treu und Glauben zu sprechen. Aber worum es geht beim Ersatz primärer Vermögensschäden, sind die Verletzungen von Berufspflichten zum Schutze fremden Vermögens, und ich denke, wenn man das klarstellen würde, dann könnte man u.U. auch noch zur weiteren Präzisierung die Frage der Leistungsdestinatäre aufnehmen. Darum geht es bei der Haftung von primären Vermögensschäden. Aber ich glaube im übrigen nicht, dass der Vorschlag, einfach zu sagen ‚Widerrechtlich handelt, wer gegen Treu und Glauben handelt‘, nun tatsächlich zu einer Eindämmung der Haftung im Bereich der primären Vermögensschäden führen könnte. Eine solche Norm gäbe den Gerichten in meinen Augen Steine statt Brot.

**Pierre Wessner, Neuchâtel** – Sans vouloir que le débat se limite à une discussion, helvético-suisse, j'aimerais apporter un contre-argument à celui qu'a avancé tout à l'heure M<sup>me</sup> Schwenzer au sujet de la responsabilité contractuelle. Dans le projet, nous avons l'intention d'unifier partiellement responsabilité contractuelle et délictuelle, de laisser au contrat la violation du noyau dur, la violation de la promesse pour la prestation due et de reporter dans le droit délictuel la violation de ce qu'on appelle les devoirs accessoires, les violations positives du contrat. Et M<sup>me</sup> Schwenzer, si je l'ai bien comprise, a dit que cette distinction est artificielle. J'aimerais, comme le président Sarkozy, dire: je vais donner un exemple tout simple. Il est écrit dans l'avant-projet: Imaginez qu'un peintre, un peintre en bâtiment, soit chargé de repeindre les parois d'une chambre et qu'il salisse le tapis. Est-il juste d'appliquer le droit contractuel si ce tapis appartient au propriétaire qui a commandé les travaux ou le droit délictuel si ce tapis appartient au locataire qui n'a pas commandé les travaux? Est-ce qu'il ne s'agit pas ici de la même violation, la même causalité, le même dommage; est-ce qu'on n'est pas ici dans une distinction artificielle? Et ne convient-il pas de régler cette situation uniquement par le droit délictuel au nom de l'unification? Et quand même, je crois qu'on doit le dire de bonne foi, de toute part on se rend compte en Europe que le droit de la responsabilité civile éclate complètement.

**Ingeborg Schwenzer, Basel** – Was Sie betonen, sind natürlich reine Integritätschäden. Das sind Körperschäden, das sind Verletzungen des Eigentums. Aber der Vorentwurf beschränkt sich nicht darauf, diese Schäden aus dem Vertrags-

recht herauszunehmen und mit der Deliktshaftung zu vereinheitlichen, sondern es geht um den gesamten Bereich der sog. positiven Vertragsverletzung. Und da gibt es natürlich noch wesentlich mehr; Integritätsschäden sind ein kleiner Teil der Fälle der Schlechterfüllung. Die Hauptschäden, die auf Grund einer Vertragswidrigkeit entstehen, sind wiederum primäre Vermögensschäden. Und in welche Teufelsküche wir insoweit bei einer Vereinheitlichung kommen! Wir werden abgrenzen müssen zwischen positiver Vertragsverletzung und Nichterfüllung, das wissen wir Schweizer nur allzu gut. Ich darf erinnern an den berühmten Hubstaplerfall. Da war ein Hubstapler verkauft, und zwar mit Automatikgetriebe. Er wurde geliefert mit einem Schaltgetriebe. Und nun war die Frage, ist das eine Schlechterfüllung? Dann würde dies inskünftig unter das Deliktrecht fallen, da es der Gleichschaltung unterworfen wäre. Oder ist es eine Nichterfüllung, weil es sich um ein *aliud* handelt? Das Bundesgericht hat diesen Fall bekanntermassen als ein *aliud* behandelt, d.h. hier wären wir im Bereich der Nichterfüllung, wo völlig andere Regeln dann etwa bezüglich der Hilfspersonenhaftung zur Anwendung kämen, nämlich die strikte Einstandspflicht für Hilfspersonen, wie wir sie heute schon in Artikel 101 (OR) haben. Wenn man jedoch sagen würde es ist ein *peius*, es ist also ein Fall der positiven Vertragsverletzung, der Schlechterfüllung, dann hätten wir plötzlich die Möglichkeit des, wengleich auch eingeschränkten, Befreiungsbeweises. Es tut mir leid, diese Unterscheidung vermag mich nicht zu überzeugen. Vor allen Dingen nicht vor dem Hintergrund, dass wir überall, vor allem auf internationaler Ebene, von dieser unglücklichen römischen *trias*, der Nichtleistung, der Spätleistung und Schlechtleistung langsam wegkommen.

**Helmut Koziol, Wien** – Zunächst, Frau Schwenzer, möchte ich gerne auf Ihre Einleitung und auch auf Ihre Endworte eingehen, wo Sie sagen, Sie seien zu einer kritischen Stellungnahme aufgefordert worden, und Ihre Aufgabe sei es daher nicht, ein positive Stellungnahme abzugeben. Ich würde aber gerne dazufügen, „kritisch“ verstehe ich nicht als grundsätzlich nur negativ, sondern ich würde „kritisch“ verstehen im Sinne einer wissenschaftlichen Ausgewogenheit, Ausgeglichenheit und nicht einer einseitig strikten Verurteilung. Worte wie „völlig verfehlt“, „durch nichts zu rechtfertigen“ usf. haben sich in Ihrem Vortrag ununterbrochen gefunden. Ich würde sagen, eine wissenschaftliche Kritik sollte wohl in Abwägung der verschiedenen Momente auch die Argumente hervorkehren, die dafür sprechen. Man kann nicht davon ausgehen, dass in der ganzen schweizerischen Reformarbeit nicht die wirklichen Argumente erwogen und nur verfehlt Argumente verfolgt wurden. Das nur allgemein. Daher würde ich auch gerne Ihre Frage am Schluss zur Befugnis unserer Zeit zur Gesetzgebung etwas variieren und sagen, zur Befugnis unserer Zeit für eine ausgewogene, konstruktive Kritik fehlt es offenbar.

Was die Rechtswidrigkeit und die Delikts- und Vertragshaftung betrifft, würde ich nur auf Folgendes aufmerksam machen. Gerade wenn man sich auf Rechtsvergleichung beruft, sollte man auch hervorkehren, dass in sehr vielen Rechtsordnungen die positive Vertragsverletzung gerade zum Delikt gezählt wird und

nicht zur Vertragsverletzung. In den Rechtsordnungen ist die Lage daher durchaus unterschiedlich. Woran man vielleicht Kritik üben kann, ist, dass man sagt, es werde zu einseitig den Delikten zugeordnet, und man müsste vielleicht hier etwas stärker differenzieren. Aber die Grundeinteilung ist etwas, was Sie in vielen Rechtsordnungen finden.

Was den Schaden betrifft, so haben Sie gemeint, der Entwurf sei altertümlich, weil er so moderne Entwicklungen wie die Gewinnabschöpfung nicht berücksichtige. Man könnte hier auch die andere Seite sehen und sagen, die Gewinnabschöpfung ist eigentlich ein Schritt zurück ins Mittelalter, denn die Unterscheidung zwischen Bereicherungsrecht und Schadenersatzrecht, die in Jahrhunderten herausgearbeitet wurde, wird dadurch wieder eingeebnet. Es sind verschiedene Grundsätze, die für das Bereicherungsrecht, für die Abschöpfung eine Rolle spielen, und für die Zurechnung eines Schadens. Wobei für die Gewinnabschöpfung in der Regel geringere Voraussetzungen erforderlich sind. Die scharfe Verurteilung der Schadenersatzpflicht bezüglich der Prozesskosten kann in dieser Weise, glaube ich, auch nicht überzeugen. Es gibt in vielen Rechtsordnungen gerade eine prozessuale Regelung der Prozesskosten. Daneben aber auch eine schadenersatzrechtliche und es gibt Rechtsordnungen in denen es nur eine schadenersatzrechtliche Regelung der Prozesskosten gibt. Aber jedenfalls sind auch Mischsysteme durchaus anerkannt und könnten auch manches Gute mit sich bringen.

Die Resubjektivierung des Verschuldens, die Sie hier wieder scharf angreifen, kann mich auch nicht ganz überzeugen. Sie haben zwar Recht, dass in vielen Rechtsordnungen ein Hang zur Objektivierung in den letzten Zeiten feststellbar war. Nur kann man auch überlegen, ob diese Objektivierung nicht gerade deshalb stattgefunden hat, weil es keine objektive Haftung in ausreichendem Mass gegeben hat und die Objektivierung des Verschuldens der einzige Weg war um zu einer sachgerecht empfundenen Haftung zu kommen. Wenn man jetzt eine umfassende Gefährdungshaftung einführt und auch einen Zwischenbereich mit Beweislastumkehr etwa oder sonstigen Verschärfungen für weniger gefährliche Verhaltensweisen, dann wird der objektive Haftungsbereich ausreichend abgedeckt, so dass man beim Verschulden durchaus wieder überlegen könnte, zu den ursprünglichen Grundsätzen der Verschuldenshaftung, nämlich der subjektiven Vorwerfbarkeit, wieder zurückzukommen. Den Zwischenbereich, der nur die objektive Sorgfaltswidrigkeit abdeckt, könnte man dann natürlich noch, wie Sie hervorheben, besonders abdecken. Aber die Resubjektivierung führt eigentlich wieder zum Grundgedanken dieses Haftungsbereiches zurück. Sie werfen es, glaube ich, zu sehr in einen Topf, wenn Sie sagen, die Haftung beruhe nur auf dem Gedanken der Zuordnung von Risiken. Das ist eigentlich die Aufgabe der objektiven Haftung. Die subjektive Haftung, die Verschuldenshaftung, war von jeher – und sollte es meines Erachtens auch weiterhin sein – eine Haftung für die Eigenverantwortung, für ein eigenes Fehlverhalten. Wenn Sie sagen, das subjektive Verschulden sollte keine Rolle spielen, weil ohnehin nur alles eine Versicherungsfrage sei, so wärmen sie damit Ihre Argumente, die Sie in Wien verwendet haben, wieder auf. Aber Sie haben nicht erklären können,

was in den Fällen passieren soll, in denen es keine Haftpflichtversicherung gibt, und das sind nicht wenige. Diese Fälle können Sie nicht mit dem Argument, es gebe ohnehin immer eine Versicherung, abdecken und Sie können uns nicht erklären, was in den Fällen passiert, in denen die Versicherung wie üblich durch Haftungshöchstsummen begrenzt ist und die Schäden darüber hinausgehen. Gerade in den schwersten Fällen – und da müssten Sie erklären, wie sie das dann rechtfertigen wollen – gibt es gerade keine Haftpflichtversicherung und gerade dann wird eine Haftung besonders drückend, wenn sie von den subjektiven Fähigkeiten absieht. Das, glaube ich, sollte man erwähnen.

Bei der Haftung für Hilfspersonen sagen Sie, es sei in allen anderen Rechtsordnungen so, dass eine strikte Haftung eingeführt werde und Sie berufen sich dabei darauf – jedenfalls haben Sie dies in Wien –, dass man dies als Rechtsvergleicher berücksichtigen müsse. Ich würde umgekehrt gerne sagen, ich bin soweit Jurist, dass ich nicht gerne an den Fingern die Lösungen abzähle, sondern nach dogmatischen Argumenten suche. Es gibt durchaus in der neueren Diskussion Argumente, die dafür sprechen, dass es keine ausreichenden Zurechnungsgründe gibt, um jede Hilfsperson auch im *privaten Bereich* umfassend zuzurechnen, eben weil es dabei keine Gefahrenerhöhung gibt. Insofern, muss ich sagen, hat der Schweizer Entwurf durchaus viel für sich.

Bei der Gefährdungshaftung, wo Sie die Generalklausel zwar im Prinzip durchaus anerkennen, aber wegen der Unbestimmtheit wieder kritisieren, muss man – glaube ich – doch berücksichtigen, dass eine schärfere Formulierung bisher noch niemandem gelungen ist. Und dass immerhin eine Generalklausel, die die wesentlichen Argumente bringt, ein Schritt nach vorne ist. Einen Schritt nach vorne geht sie auch über eine Rechtsordnung etwa wie die österreichische hinaus, wo es eine Analogie zu den bestehenden Gefährdungshaftungen gibt. Man sollte auch nicht jetzt bei der Gefährdungshaftung auf einmal einen Massstab der Präzisierung der Norm verlangen, den man in der Verschuldenshaftung noch nie verlangt hat. In der Verschuldenshaftung kommen wir aus mit den vagen Begriffen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens und seit hundert Jahren sind wir damit zu Rande gekommen. Warum es jetzt bei der Gefährdungshaftung unbedingt eine Regelung geben müsste, die auf den Zentimeter genau die Ergebnisse voraussehbar machen kann, das sehe ich nicht ein. Das wird nie möglich sein und das haben wir im gesamten Schadenersatzrecht auch in den anderen Regeln nie zuwege gebracht und werden es nicht zuwege bringen.

Bezüglich Ihrer Argumentation zur unsicheren Kausalität, wo Sie auf der einen Seite sehr vage auf die *perte d'une chance* eingehen und auf der anderen Seite die Lösung über die alternative Kausalität erwähnen, möchte ich auch nur zu Bedenken geben, dass es durchaus moderne und nicht, wie Sie meinen, altertümliche Vorstellungen gibt, dass die alternative Kausalität gerade zu einer Teilhaftung und nicht zu einer solidarischen Haftung führt. Das wäre die moderne Entwicklung, die durchaus auch in den *European Principles* den Niederschlag gefunden hat, sowie in der niederländischen Literatur und auch sonst. Ihre Panikmache,

dass es dann nie vollen Ersatz gäbe, weil immer 5% oder 10% Unsicherheit bestünden, das würde ja nie zum Tragen, kommen, weil bei einer 80% Wahrscheinlichkeit jeder Richter davon ausginge, dass er diesen Tatbestand als gegeben ansehen würde. Eine Unsicherheit würde ja nur angenommen, wenn nach den bisherigen Beweismassregeln eine Unsicherheit gegeben wäre. Bei 80% wird das nie angenommen. Man sollte also hier auch nicht wieder den Teufel an die Wand malen, den es bisher nicht gegeben hat.

Abschliessend möchte ich meiner Hoffnung Ausdruck verleihen, dass unsere Zeit doch wieder die Fähigkeit zu einer ausgewogenen und konstruktiven Kritik erlangt.

**Ingeborg Schwenzer, Basel** – Ja, verehrter Herr Koziol, eigentlich müsste ich jetzt mein Referat unter Aufnahme Ihrer wertvollen Anregungen von vorne halten. Dies wird wohl kaum möglich sein. Deshalb vielleicht nur zwei, drei wenige Punkte.

Sie haben zu Recht darauf hingewiesen, dass in vielen Rechtsordnungen Probleme, die wir mit hybriden Vertragskonstruktionen lösen – ich erinnere an *culpa in contrahendo*, die wir deshalb einsetzen, weil unser Deliktsrecht vor allen Dingen bezüglich Hilfspersonenhaftung defizitär ist –, dass diese in anderen Rechtsordnungen deliktisch gelöst werden. Da stimme ich Ihnen völlig zu. Das Problem, das ich habe mit Artikel 42 (des Entwurfs), ist, dass er sagt, die Bestimmungen dieses Abschnittes seien auch auf Schäden anwendbar, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden. Das sind eben nicht nur die Integritätsschäden, sondern das sind die reinen Vermögensschäden, und das ist ein ganz wichtiger Teil der vertraglichen Haftung bei Vertragswidrigkeit.

Ganz kurz zu den Prozesskosten. Wenn die obsiegende Partei die angegriffene Partei ist, der Beklagte, hat er vom Schadensrecht her keine Möglichkeit, seine vorprozessualen Kosten – und die können sehr hoch sein, die können bei einem internationalen Sachverhalt in die Hunderttausende gehen – diese Kosten als Schaden zu liquidieren, weil es an einer Anspruchsgrundlage fehlt. Und insoweit behandeln wir beide Parteien unterschiedlich. Deshalb denke ich, ist es Aufgabe des Prozessrechtes zu entscheiden, welche Partei, wann eine Partei und in welchem Umfang sie die Kosten erstattet bekommt, aber nicht Aufgabe des Schadensrechts, das dann nur die Partei bevorzugt, die in der Sache einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen kann, und nicht die obsiegende beklagte Partei.

Ganz kurz zum Thema Resubjektivierung. Sie haben die armen Kinder oder dergleichen erwähnt, die nicht haftpflichtversichert sind und ihr Leben lang belastet sind mit Millionen an Forderungen. Gerade wir hier in der Schweiz haben eine wunderbare Reduktion Klausel, und ich glaube, wir sollten uns einfach besinnen auf die Qualitäten unseres Obligationenrechtes, das übrigens als altes Obligationenrecht noch wesentlich besser war als es heute ist, ehe viele Gedanken der Pandektistik des deutschen Rechts auch im Schweizer Recht übernommen wurden. Wir haben schon heute eine Basis für eine angemessene Behandlung dieser

Fälle und es würde kaum dazu kommen, dass das Kind oder der arme Nichtversicherte, den es heute kaum mehr gibt, sein Leben lang auf Grund leichtester Fahrlässigkeit mit einer Haftpflicht belastet wäre.

Sie haben das Problem der Hilfspersonen erwähnt. Ich selbst als Privatperson habe eigentlich nicht so viele Hilfspersonen, die für mich tätig werden bei Pflichten, die mir Dritten gegenüber obliegen. Beim Einsatz von Hilfspersonen geht es doch in der Sache eigentlich um unternehmerisches Handeln, um berufliche Pflichten. Dort ist ein Einstehenmüssen sicher gerechtfertigt.

Zum Thema unsichere Kausalität: Sie haben gemeint, gerade auch bei alternativer Kausalität sei das die moderne Lösung. Es war die Lösung in den 1970er Jahren in Kalifornien mit der „market share liability“ und so ist diese Idee auch hier herüber geschwappt nach Europa. Sie wird heute praktisch nicht mehr in den USA vertreten und ist auch in weiten Teilen Europas mittlerweile überwunden. Sie sprachen die niederländische Literatur an. Bei alternativer Kausalität hat aber gerade der niederländische *Hoge Raad* im Sinne einer solidarischen Haftung entschieden; dies ist übrigens auch die Lösung der *Study Group*, auch hier wird die solidarische, die gesamtschuldnerische Haftung befürwortet.

**Geneviève Viney, Paris** – Je ne parlerai pas de l'avant-projet suisse que j'apprécie beaucoup, que je trouve très intéressant, mais voudrais revenir sur un point que M. Widmer a abordé à propos de l'avant-projet français. Il a parlé de l'article 1340 qui, d'après lui, ouvrirait très largement les vannes, puisqu'il dit: « tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui auquel il est imputable à le réparer ». Je pense que c'est une maladresse de notre part. Nous avons voulu au contraire, par cet article, non pas faire de tout acte illicite un objet de responsabilité, mais préciser qu'il faut un acte illicite pour engager la responsabilité. Ceci était dirigé contre une jurisprudence de la Cour de cassation qui admet dans certains cas que, même sans acte illicite, par exemple le père peut être responsable du fait de son enfant mineur sans que l'on qualifie d'illicite l'acte de l'enfant. C'était dirigé contre cette jurisprudence. Je reconnais cette définition est mal rédigée et je vous remercie de l'avoir souligné, car ce n'était pas du tout notre propos, puisque, dans les dispositions suivantes, nous avons énuméré les causes de dommages. Ce n'était pas du tout une consécration de l'illicéité comme cause générale de responsabilité; il faudrait effectivement réviser cette disposition.

**Pierre Widmer, Berne** – Là, on s'est doublement mal compris, parce que moi, j'étais même émerveillé du fait que l'illicéité soit mentionnée. Ce qui me fait plus hésiter, c'est l'« acte illicite ou anormal ». Cette qualification d'« anormal », à mon avis, ouvre l'éventail de manière très très considérable.

**Geneviève Viney, Paris** – C'est une proposition préliminaire, annonciatrice, pour dire il faut... Mais je reconnais, c'est mal exprimé, il faut absolument revoir cette formule.

**Pascal Ancel, Saint-Etienne** – Oui, oui, je me suis aperçu hier en discutant avec Bénédicte Winiger que nos collègues suisses avaient compris que cet article 1340, alinéa 1<sup>er</sup>, avait une portée normative et était la consécration, dans le projet, du concept d'illicéité, alors que, dans l'esprit des rédacteurs, c'était effectivement un simple texte d'annonce des différents cas de responsabilité délictuelle qui sont énumérés ensuite et qui sont selon la tradition française bien établis maintenant: le fait personnel, donc la faute, le fait d'autrui et le fait d'une chose. Ce texte a été très discuté dans le groupe et tout le monde n'était pas d'accord pour l'intégrer, je crois qu'effectivement l'incompréhension qu'il suscite montre que, peut-être, il n'aurait pas fallu écrire ce texte d'annonce qui pourrait, si le texte entrait un jour en vigueur, après tout connaître le même destin que l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qui était aussi, comme on le sait, un texte d'annonce pour les rédacteurs du Code et qui a reçu une portée normative de la part de la jurisprudence. C'était un premier point que je voulais poursuivre sur ce que venait de dire M<sup>lle</sup> Viney.

Je voudrais aussi intervenir sur le sujet que je reprendrai cet après-midi, les rapports entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Ce que, en tant que juriste français, j'ai compris dans le texte suisse, mais peut-être ai-je une fausse interprétation, c'est que dans l'article 42 (du projet), vous introduisiez finalement une distinction entre deux aspects de ce que nous appelons en général la responsabilité contractuelle. Ce que M. Wessner a appelé le noyau dur, à savoir la défaillance contractuelle *stricto sensu* d'une part, l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'autre part; et ceci demeure soumis à des règles spécifiques, sous réserve de l'article 99, alinéa 3. C'est-à-dire, lorsque ces règles spécifiques ne disent rien, alors on applique subsidiairement les règles de la responsabilité délictuelle. Donc, l'article 99, alinéa 3 conserve tout de même un intérêt pour ce qui touche à l'inexécution *stricto sensu* ou au retard dans l'exécution. Je ne sais pas si j'ai bien compris cela. En revanche, tout ce qui n'est pas l'inexécution *stricto sensu* ou l'inexécution, c'est-à-dire ce que, dans la tradition germanique, on appelle la violation positive du contrat, les *Schutzpflichten*, tout cela est en quelque sorte décontractualisé, sorti de la responsabilité contractuelle pour être entièrement soumis aux règles de la responsabilité délictuelle. Je ne sais pas si j'ai bien compris cela parce que – c'est très intéressant et j'y reviendrai cet après-midi dans mon intervention – c'est un des points les plus controversés chez les auteurs français. Une partie de la doctrine française propose exactement cela – d'une manière, il me semble, tout à fait intéressante à observer – non pas au nom de l'unité des responsabilités, parce que vous, vous l'avez introduit au nom de l'unité des responsabilités, mais tout au contraire au nom de la différence irréductible entre la défaillance contractuelle et la responsabilité délictuelle. Donc, je crois qu'il y a une grosse ambiguïté sur ce que l'on entend par l'unité des responsabilités.

**Martin Schauer, Wien** – Ich habe zwei oder drei winzige Fragen. Das eine Stichwort ist «Gründe der Zurechnung Artikel 42». Ich habe dabei die Eingriffshaftung vermisst. Insbesondere vor dem Hintergrund des Vergleichs mit dem

österreichischen Entwurf, der die Eingriffshaftung speziell thematisiert und sogar eine eigene Regelung dafür enthält, die allerdings meines Erachtens, wenn man sie vom Wortlaut her betrachtet, erheblich zu weit geht. Im schweizerischen Entwurf scheint das zu fehlen. Sollen die Regeln auch für die Eingriffshaftung gelten?

Die zweite Frage ist mehr eine systematische Frage. Der Entwurf enthält nicht nur materielles Haftpflichtrecht, sondern auch Versicherungsrecht und sogar auch verfahrensrechtliche Regeln, was etwas ungewöhnlich erscheint. Was waren die Erwägungen, die dafür maßgebend waren? Und eine letzte Frage, ganz kurz: Es gibt einen aktuellen neuen Entwurf zum schweizerischen Versicherungsvertragsrecht. Werden dort diese Regeln auch thematisiert, wenn ja, in derselben Art und Weise oder gibt es hier Widersprüche und Inkompatibilitäten?

**Pierre Widmer, Bern** – Um mit der letzten Frage anzufangen: die Idee war, dass in verschiedenen Spezialgesetzen die Regeln des Verhältnisses zur Versicherung heute schon thematisiert sind, aber nirgends eine einheitliche Regelung darüber besteht. Und die meisten Regeln, die Sie im Artikel 54 finden sind Verallgemeinerungen von solchen Regeln, die jetzt in verschiedenen Spezialgesetzen verstreut sind und die die Frage zum Gegenstand haben, wie die Versicherung mit dem Haftpflichtrecht zusammenspielen soll, insbesondere wenn es um obligatorische Versicherungen geht, welche Einreden da erhoben werden können, wie die Schadensteilung stattfinden soll usw. Dieselbe Koordinationsanstrengung hat man unternommen – ich habe es in meinem Vortrag in einem Nebensatz erwähnt – in Bezug auf die Sozialversicherung, wo es fast noch wichtiger ist, indem man in einem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts bestimmt hat, z.B.: wenn verschiedene Sozialversicherungen für einen Schaden aufkommen sollen, in welcher Reihenfolge dies geschehen soll, aber auch die Frage z.B. ob und wie der Rückgriff auf Haftpflichtige sich in diesem Fall gestaltet.

Zur ersten Frage: Die Eingriffshaftung ist eigentlich in der Schweiz nie als spezieller Fall der Haftung betrachtet worden, es sei denn im Rahmen der Staatshaftung, weil es ja in der Regel eben um Eingriffe staatlicher Entitäten geht und die bis jetzt auch getrennt behandelt wurden. Aber Ihre Frage ist insofern tatsächlich interessant. Wenn unsere Idee einer Vereinheitlichung auch der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Haftung durchgegangen wäre, dann hätte man sich die Frage stellen können, ob man das spezifisch erwähnen sollte.