

Dokument	HAVE 2014 S. 3
Autor	Hardy Landolt
Titel	Haftung für rechtmässige Schadenverursachung
Publikation	HAVE - Haftung und Versicherung
Herausgeber	Verein Haftung und Versicherung
ISSN	1424-926X
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

HAVE 2014 S. 3

Haftung für rechtmässige Schadenverursachung

Hardy Landolt*

Ein Haftungsanspruch setzt grundsätzlich voraus, dass der Schadenverursacher unrechtmässig gehandelt hat. Weder das vertragliche noch das ausservertragliche Haftungsrecht sehen eine grundsätzliche Entschädigungspflicht bei rechtmässiger Schadenzufügung vor. Der Gesetzgeber statuiert sowohl im privatrechtlichen Haftungsrecht als auch im Staatshaftungsrecht mitunter eine Schadenersatzpflicht bei rechtmässiger Schadenverursachung. Die diesbezüglichen Haftungstatbestände sind sehr heterogen und machen eine Entschädigungspflicht entweder vom Vorhandensein spezifischer Anspruchsvoraussetzungen, beispielsweise einer rechtmässigen Enteignung, einem rechtmässigen Bewilligungsentzug oder einer Sonderopferstellung, oder von der Billigkeit des Richters abhängig. Der vorliegende Beitrag gewährt einen Überblick über die Haftung bei rechtmässiger Schadenverursachung und macht deutlich, dass die Billigkeitshaftung im Privatrecht ein Anwendungsfall der Haftung für rechtswidrige Schädigung ist, während im öffentlichen Recht die Billigkeitshaftung der Prototyp einer Haftung für rechtmässige Schadenverursachung darstellt.

Une prétention en responsabilité civile présuppose que l'auteur du dommage a agi de manière illicite. Ni la responsabilité contractuelle ni la responsabilité extracontractuelle ne prévoient en principe l'obligation d'indemniser en cas d'acte licite. Pourtant le législateur a parfois introduit l'obligation d'indemniser en cas d'acte licite aussi bien en responsabilité civile qu'en responsabilité de droit public. Les situations envisagées sont très hétérogènes et font dépendre l'obligation d'indemniser soit de l'existence de conditions particulières en matière de prétentions, par exemple en cas d'expropriation licite, en cas de retrait licite d'une autorisation ou en faveur de victimes déterminées, ou bien s'en remettent à l'équité du juge. La présente

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar sowie Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar in Glarus. Meiner Mitarbeiterin lic. iur. Olga Manfredi danke ich für die kritische Durchsicht des Textes.



contribution offre un aperçu de la responsabilité en cas d'acte licite et démontre que l'équité en droit privé est un cas d'application de la responsabilité pour acte illicite, alors qu'elle représente en droit public l'exemple même de la responsabilité pour acte licite.

I. Einleitung

Erleidet eine Person einen Schaden, muss das Recht eine Antwort darauf geben, wer den Schaden zu tragen hat: der Geschädigte, der Schadenverursacher und/oder ein Dritter. Sowohl eine umfassende Schadenausgleichspflicht als auch ein absolutes Schadenausgleichsverbot sind ungerecht. Eine *umfassende Schadenausgleichspflicht* würde bedeuten, dass derjenige, der eine Mitursache für den Schaden gesetzt hat, zum Ersatz verpflichtet wäre. Ein derartiges Haftungsverständnis hätte eine infinite Verantwortlichkeit für Schäden zur Folge, die auf ein menschliches Verhalten zurückgeführt werden können; sogar die Vorfahren wären verantwortlich, weil sie den Schädiger gezeugt haben.¹ Ein solches Haftungsverständnis ist offensichtlich unsinnig und ungerecht, weil gehaftet würde, ohne dass man für den Schaden verantwortlich ist. Ein Haftungsautomatismus würde zudem die bewusste Schadenszufügung privilegieren. Derjenige, der einem anderen absichtlich Schaden zufügt, soll aber – vermutungsweise – dafür ersatzpflichtig sein.² Ein *Schadenausgleichsverbot*³ wäre genauso unsinnig und ungerecht, weil damit ebenfalls die individuelle Verantwortlichkeit negiert würde.

Ein *angemessener Schadenausgleich* ist ein *Gebot der Gerechtigkeit*. Nach dem auf *Aristoteles* zurückgehenden Konzept der Gerechtigkeit⁴ besteht diese

HAVE 2014 S. 3, 4

sowohl in einer *Ausgleichs*-⁵ als auch in einer *Verteilgerechtigkeit*.⁶ Im individuellen Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem richtet sich der Schadenausgleich primär nach den Prinzipien der ausgleichenden Gerechtigkeit (Tauschgerechtigkeit; Proportionalität). Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit wird unter dem Gesichtspunkt der Ausgleichsgerechtigkeit durch ein vorwerfbares Verhalten (Schädigungsvorsatz, pflichtwidriges Verhalten) ausgelöst. Die Zuteilung der Schadenausgleichslast muss dabei nicht ausschliesslich nur nach kommutativen, sondern kann auch nach distributiven Kriterien erfolgen. Die Verteilgerechtigkeit verlangt mitunter, dass eine Person für einen Schaden haftet, obwohl sie selbst weder absichtlich Schaden zufügen wollte, noch durch ihr pflichtwidriges Verhalten den Schaden bewirkt hat. Die Haftung für ein sittenwidriges Verhalten sowie die Gefährdungs-, Zufalls- und Billigkeitshaftung sind Ausdruck der Verteilgerechtigkeit und Phänomene einer Haftung für eine rechtmässige Schadenverursachung.

1 Bereits die Bibel beschränkt die Verantwortung ab der dritten bzw. vierten Generation (vgl. Dtn 23,9; Ex 20,5; Ex 34,7; Gen 15,16 und Num 14,18). Siehe aber 5. M. 24,16: «Es sollen nicht Väter wegen Kindern und nicht Kinder wegen Vätern getötet werden; ein jeder soll nur für sein Vergehen getötet werden».

2 Vgl. z.B. Art. 41 Abs. 2 OR.

3 Ausgedrückt in den Parömien: *casum sentit dominus* – the loss lies where it falls.

4 Weiterführend dazu Jansen, N., *Die Struktur der Gerechtigkeit*, Diss. Kiel 1997, und Küster, O., *Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit nach Aristoteles in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, 541 ff.

5 Auch «*dikaion diorthotikon*» oder «*iustitia commutativa*».

6 Auch «*dikaion dianemetikon*» oder «*iustitia distributiva*».



II. Haftungstheorien

A. Allgemeines

Eine "Haftung" ist der zu bezahlende Preis für eine vorwerfbare Schadenverursachung. Wer für die Schadenverursachung nicht verantwortlich ist, haftet nicht, kann aber gleichwohl zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein. Eine Ersatzpflicht ohne Haftung besteht etwa dann, wenn Privatversicherer gestützt auf einen Versicherungsvertrag oder ein Sozialversicherer aufgrund gesetzlicher Anordnung den eingetretenen Schaden decken. Die Ersatzpflicht ist in diesen Fällen das Äquivalent für die bezahlten Versicherungsprämien oder Sozialversicherungsbeiträge. In seltenen Fällen besteht eine Ersatzpflicht ohne vorwerfbare Schadenverursachung und ohne geldwertes Äquivalent, so z.B. dann, wenn der Staat aus allgemeinen Steuermitteln einen Schaden übernimmt.

B. Verschuldens- bzw. Vorsatzhaftung

Die reine Verschuldens- bzw. Vorsatzhaftung knüpft die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit an der *vorsätzlichen Schadenszufügung* an: Wer einem andern vorsätzlich schadet, der soll haften! Damit der vorsätzlich handelnde Schädiger nicht ersatzpflichtig wird, muss er sich auf ein explizites Schädigungsrecht berufen können. Die reine Verschuldenshaftung ist eine *Haftung für vorsätzliche Schadenszufügung ohne Rechtfertigungsgrund*. Nicht ersatzfähig ist nach dieser Haftungstheorie der Schaden, der einer Person nicht vorsätzlich oder gestützt auf einen Rechtfertigungsgrund vorsätzlich zugefügt wurde.

C. Verhaltenshaftung

Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung knüpft die Verhaltenshaftung die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht an einem inneren Umstand (Schädigungsvorsatz), sondern am Schaden verursachenden Verhalten des Schadenverursachers an. Haftungsbe gründend ist ein Schaden verursachendes Verhalten dann, wenn es pflichtwidrig war. Damit im rechtlichen Kontext von Pflichtwidrigkeit gesprochen werden kann, müssen rechtliche Pflichten verletzt worden sein. Dazu zählen die genuin gesetzlichen, aber auch die vertraglichen⁷ und sittlichen Pflichten.⁸ In den ersten beiden Fällen wird gegen gesetztes oder autonomes Recht verstossen, im letzten Fall werden ausserrechtliche Pflichten verletzt, die jedoch aufgrund eines Verweises des Gesetzgebers als gesetzliche Pflichten im weitesten Sinne zu betrachten sind.

D. Erfolgshaftung

Bei der Erfolgshaftung wird für eine *bestimmte Art der Schadenverursachung* gehaftet. Im Unterschied zur Verhaltenshaftung setzt die Erfolgshaftung nicht ein pflichtwidriges Verhalten voraus. Der Haftungsgrund besteht vielmehr darin, dass es der Schaden verursachenden Person aufgrund einer *Interessenabwägung* zumutbar ist, Ersatz zu leisten. Die Haftung ist der Preis, den der Herr der Schadenursache für den Schaden bezahlt. Ob dem Schadenverursacher der Ersatz des Schadens zumutbar bzw. billig ist, hängt einerseits vom Nutzen ab, den der Schadenverursacher aus seiner Tätigkeit zieht, und andererseits von der Schwere des Eingriffs beim Geschädigten.

⁷ Vgl. Art. 97 ff. OR.

⁸ Siehe Art. 41 Abs. 2 OR, dazu BGE 109 II 123 E. 2.

III. Haftung für rechtswidrige Schadenverursachung

A. Verschuldenshaftung

Bei der *Deliktshaftung*⁹ knüpft der Gesetzeswortlaut die Ersatzpflicht an die *Widerrechtlichkeit* und ein *Verschulden* an.¹⁰ Anzeichen dafür, dass die schweizerische Verschuldenshaftung als reine Verschuldenshaftung konzipiert wurde, lieferte Art. 50 aOR. Diese Bestimmung setzte – in der französischen Fassung – voraus, dass der Schaden "sans droit"

HAVE 2014 S. 3, 5

zugefügt worden war.¹¹ Von der Widerrechtlichkeit war im OR von 1881 explizit noch nicht die Rede. Die reine Verschuldenshaftung, vom Bundesgericht subjektive Widerrechtlichkeitstheorie genannt, hat sich in der Schweiz aber nicht durchzusetzen vermocht.¹²

Die Lausanner Richter haben bereits unter der Geltung von Art. 50 aOR abwechselnd auf die Verhaltens-¹³ oder die Erfolgstheorie¹⁴ abgestellt. Die Deliktshaftung geht zudem in mehrfacher Hinsicht über die reine Verschuldenshaftung hinaus. Der Gesetzgeber macht die Haftung der schuldfähigen Personen nicht nur vom Verschulden, sondern zusätzlich auch von der Widerrechtlichkeit¹⁵ abhängig und statuiert ferner bei Schuldunfähigen – in Konkretisierung der Verteilgerechtigkeit – eine Billigkeitshaftung.¹⁶ Beim heute gebräuchlichen Verschuldensbegriff wird sodann nicht nur der Vorsatz, sondern auch die *Fahrlässigkeit* als Teil des (objektiven) Verschuldens betrachtet.

Fahrlässigkeit setzt zwingend einen fehlenden Schädigungsvorsatz voraus; der diesbezügliche "Verschuldensvorwurf" besteht in einem vorwerfbaren pflichtwidrigen Verhalten.¹⁷ Der Fahrlässigkeitsvorwurf kann sogar gegenüber unbewusst Handelnden erhoben werden.¹⁸ Dass ein unbewusstes Verhalten haftungsbegründend sein kann, verdeutlicht, dass die Deliktshaftung von Art. 41 OR letztlich keine Verschuldens-, sondern eine Verhaltenshaftung ist.

B. Verhaltenshaftung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt der Blankettnorm nach Art. 41 Abs. 1 OR die sog. *objektive Widerrechtlichkeitstheorie* zugrunde.¹⁹ Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt

⁹ Vgl. Art. 41 ff. OR.

¹⁰ Siehe Art. 41 Abs. 1 und ferner Art. 97 Abs. 1 OR.

¹¹ Vgl. z.B. Bosshard, E., Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1988, 45 ff.

¹² Siehe BGE 115 II 15 E. 3a.

¹³ Exemplarisch BGE 30 II 567 E. 3b.

¹⁴ Siehe z.B. BGE 30 II 271 E. 4.

¹⁵ Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR.

¹⁶ Vgl. Art. 54 OR und infra Ziffer V.

¹⁷ Leichte Fahrlässigkeit liegt vor bei einer geringfügigen Verletzung der erforderlichen Sorgfalt bzw. bei einer Abweichung vom Sorgfaltsmassstab, den eine gewissenhafte und sachkundige Person in vergleichbarer Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde. Grob fahrlässig handelt, wer elementare Vorsichtsgebote verletzt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde (BGE 111 Ib 192 E. 3 und 108 II 424 E. 2). Was als leichte oder grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden. Die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 123 III 112 E. 3a).

¹⁸ Vgl. z.B. BGE 130 IV 32 E. 5.1 und 128 III 34 E. 5c.

¹⁹ Siehe BGE 129 IV 322 E. 2.2.2, 126 Ib 367 E. 4b, 123 II 577 E. 4c, 123 III 306 E. 4a, 122 III 176 E. 7b, 118 Ib 473 E. 2b, 115 II 15 E. 3a, 113 Ib 420 E. 2 und 108 II 305 E. 2b.

wird (Erfolgsunrecht)²⁰ oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Ein haftungsbegründendes Verhaltensunrecht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten liegt vor, wenn der Zweck der fraglichen Rechtspflicht, die der Schädiger verletzt hat, darin besteht, den Geschädigten vor dem erlittenen Schaden zu schützen (*Erfordernis des Schutznormverstosses*). Solche Schutznormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt.²¹ Ungeschriebene Pflichten entstehen insbesondere aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht bzw. dem Gefahrensatz.²²

C. Erfolgshaftung

Nach der Auffassung des Bundesgerichts ist die Deliktshaftung auch eine Erfolgshaftung. Das Wesen des Erfolgsunrechts liegt darin begründet, dass die Verletzung absoluter Rechtsgüter immer rechtswidrig ist, unabhängig davon, wie sie verursacht wurde.²³ Die Haftung nach Art. 41 OR setzt aber voraus, dass der eingetretene Verletzungserfolg auf ein rechtswidriges Verhalten des präsumptiven Schädigers zurückzuführen ist. Während positive, ein geschütztes absolutes Rechtsgut beeinträchtigende Handlungen ohne Weiteres rechtswidrig sind – soweit kein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt –, setzt die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung voraus, dass gegen eine spezifische Rechtspflicht zur Abwendung des drohenden Verletzungserfolges verstossen wurde.²⁴

HAVE 2014 S. 3, 6

Mithin können Unterlassungen auch bei der Verletzung absoluter Rechtsgüter nur widerrechtlich sein, wenn im Sinne des Verhaltensunrechts Rechtspflichten missachtet werden, auf Grund derer der Schädiger gegenüber dem Geschädigten eine *Garantenstellung* einnimmt.²⁵ Die *Garantenstellung*²⁶ kann entstehen im Zusammenhang mit *Obhutspflichten*, d.h. Garantenstellungen zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter gegenüber unbestimmt vielen Gefahren, und zum anderen mit *Überwachungspflichten*, d.h. Garantenstellungen zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen zum Schutze unbestimmt vieler Rechtsgüter.²⁷

²⁰ Vgl. Art. 28 und 28a ZGB.

²¹ Vgl. BGE 119 Ia 332 E. 1b, 118 Ia 14 E. 2b (Immissionsschutzbestimmungen), 116 Ia 162 E. 2c-e, 115 II 15 E. 4a (vormundschaftliche Massnahmen), 107 Ib 160 E. 3a und 5 E. 2a, 103 Ib 65 E. 3, 95 II 481 E. 6, 93 E. I/2 (Gefahrensatz), 95 III 83 E. 6c, 94 I 628 E. 4a und 5 (Vertrag mit Starkstrominspektorat), 90 II 274 E. 4, 88 II 276 E. 4a, 82 II 25 E. 1, 80 II 327 E. 3a, 75 II 204 E. 3, 56 II 371 E. 2 (kantonales Polizeigesetz) und 55 II 331 E. 2 (kantonales Recht).

²² Nach diesem ungeschriebenen haftpflichtrechtlichen Grundsatz hat, wer Gefahren schafft, die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen (statt vieler BGE 116 Ia 162 E. 2c). Der Gefahrensatz ist zudem heranzuziehen, wenn der Kausal- bzw. der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem eingetretenen Schaden zu beurteilen ist. Ferner begründet die Verletzung des Gefahrensatzes Verschulden; wer die gebotenen Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt seine Sorgfaltspflicht. Nicht geeignet ist der Gefahrensatz nach der bundesgerichtlichen Auffassung zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Unterlassung (so BGE 123 III 297 E. 5b). Siehe dazu Berger, B., Abschied vom Gefahrensatz? BGE 124 III 297 in: recht, 1999, 104 ff. und Jaun, M., Der Gefahrensatz. Gefahr oder Chance? in: ZBJV 2003, 141 ff..

²³ Statt vieler Oftinger, K./Stark, E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, 175.

²⁴ Vgl. BK-Brehm, Art. 41 OR, N 56.

²⁵ Vgl. Urteile BGer vom 28.1.2000 (4C.280/1999) = SJ 2000 I 554 = ZBJV 2000, 289, BGer vom 28.1.2000 (4C.296/1999), dazu Koller, A., Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten in: Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, 1 ff. und Derselbe, Ausservertragliche Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung? Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000 in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 367 ff.

²⁶ Siehe zum Begriff der *Garantenstellung* ferner BGE 123 II 577 E. 4d/ff., 120 IV 98 E. 2c, 117 IV 130 E. 2a und 113 IV 68 E. 5b.

²⁷ Siehe zur Kasuistik: BGE 123 III 24 E. 2b (*Garantenstellung* gemäss Art. 645 OR), 121 IV 353 E. 2b (Art. 268 OR – keine *Garantenstellung* des Vermieters gegenüber den Gläubigern des

Die Deliktshaftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR ist insoweit ein *haftungstheoretisches Mischmasch zwischen Elementen von Verschuldens-, Verhaltens- und Erfolgshaftung*. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat immerhin festgestellt, dass die Deliktshaftung keine Verschuldenshaftung im klassischen Sinne sei.²⁸ In Anbetracht der mehrdeutigen Rechtsprechung wird in der Lehre seit je über die Frage, ob die Deliktshaftung eine Verhaltens- oder eine Erfolgshaftung sei, debattiert. Das eine Lager vertritt die Erfolgstheorie, während andere Autoren die Verhaltenstheorie befürworten.²⁹ Die Theorie der Erfolgshaftung ist im Kontext der Deliktshaftung abzulehnen, weil es nicht einsichtig ist, dass die blossе Schadenverursachung an sich eine Haftungsvermutung schafft, rechtmässiges Verhalten diese Vermutung aber wieder ausschliesst. Entscheidend muss – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Austauschgerechtigkeit – vielmehr sein, ob der Schadenverursacher pflichtwidrig gehandelt hat. Die *Widerrechtlichkeit* entspricht insoweit der *Verletzung gesetzlicher Pflichten gegenüber dem Geschädigten*.

IV. Haftung für rechtmässige Schadenverursachung

A. Allgemeines

Wer weder widerrechtlich noch vertragswidrig gehandelt hat, haftet nicht für den Schaden, den sein rechtmässiges Verhalten zur Folge hat. Diese Feststellung gilt aber nicht absolut. Die Rechtsordnung kennt eine Vielzahl von Tatbeständen, die eine Ersatzpflicht für Schäden anordnen, die nicht auf eine rechtswidrige, sondern eine rechtmässige Schaden(mit)verursachung zurückzuführen sind.

Die "*Haftung*" für *rechtmässige Schadenverursachung* ist gegenüber der *Ersatzpflicht neutraler Ersatzpflichtiger* abzugrenzen. Neutral sind Ersatzpflichtige, die den Schaden nicht (mit)verursacht haben, gleichwohl aber aus Gesetz oder Vertrag den Schaden zu ersetzen verpflichtet sind. Zu den aus Gesetz neutralen Ersatzpflichtigen zählen etwa die Sozialversicherer. Aus Vertrag neutrale Ersatzpflichtige sind beispielsweise private Schaden- und Summenversicherer sowie lohnfortzahlungspflichtige Arbeitgeber.³⁰

Der Schadenversicherer, der den Ersatz des Schadens aus Vertrag übernommen hat, ist nach der Meinung des Bundesgerichts ein aus Vertrag Haft- bzw. Ersatzpflichtiger und kann gegenüber demjenigen, der für den Schaden ohne Verschulden aufgrund einer Gesetzesvorschrift (kausal) haftet, keinen Rückgriff nehmen bzw. muss sich selber einem allfälligen Rückgriff durch den kausal Haftenden, der Entschädigung geleistet hat, stellen. Die Einführung eines integralen Regressrechts zugunsten des Schadenversicherers wegen seines Status als neutraler Ersatzpflichtiger lehnen die Lausanner Richter ab.³¹

B. Haftung für eine sittenwidrige Schädigung

Art. 41 Abs. 2 OR statuiert eine Schadenersatzpflicht für eine sittenwidrige Schadenverursachung. Diese Bestimmung erlaubt "die Ausdehnung der sich aus Art. 41 Abs. 1 ergebenden Schadenersatzpflicht auf Fälle, wo zwar keine Widerrechtlichkeit

Mieters), 118 Ib 473 E. 19 (keine Garantenstellung der Behörde gegenüber Käseproduzenten bei Listerioseepidemie), 116 Ib 367 E. 5d (keine Garantenstellung der Submissionsbehörde gegenüber den Gläubigern des Beauftragten), 116 II 695 E. 4 (Garantenstellung des Raterteilenden), 116 II 519 E. 3b/dd (Garantenstellung des Arztes gegenüber Patient nach Annahme des Behandlungsvertrages), 115 II 15 E. 4a (beschränkte Garantenstellung des Vormundes) und 115 IV 189 E. 3 (Garantenstellung der Bergbahn- und Skiliftunternehmen gegenüber Skifahrer).

28 Vgl. BGE 115 II 15 E. 3a.

29 Siehe dazu den Überblick bei Schönenberger, B., Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie in: HAVE 2004, 3 ff.

30 Siehe z.B. Art. 324a OR.

31 Vgl. BGE 137 III 352 E. 4.



vorliegt, das Rechtsgefühl aber dennoch eine Ersatzpflicht verlangt".³² Eine Haftung für eine sittenwidrige Schädigung ist nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen.³³ Gegen die guten Sitten verstösst ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt,

HAVE 2014 S. 3, 7

andere zu schädigen.³⁴ Eine sittenwidrige Schädigung kann ausnahmsweise mittelbar eine Persönlichkeitsverletzung und damit eine Widerrechtlichkeit begründen.³⁵

Nach der Rechtsprechung kommt eine Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR u.a. in Betracht bei:

der *Verleitung zum Vertragsbruch* unter besonders stossenden Bedingungen,³⁶ z.B. bei Vorliegen einer Schädigungsabsicht aus Rachsucht oder einer arglistigen Täuschung, nicht aber bei Absicht, mit dem Vertragsbrüchigen selbst einen Vertrag abzuschliessen,³⁷

einer erheblichen Verfälschung des Steigerungswettbewerbs,³⁸ z.B. durch das sog. *pactum de non licitando*³⁹ bzw. *pactum de licitando*,⁴⁰

der Schädigung durch unterlassene Warnung vor einer Gefahr,⁴¹

der unaufgeforderten Erteilung eines falschen Rates,⁴²

der grundlosen Verweigerung des Vertragsschlusses über eine lebenswichtige Leistung,⁴³

der *Erstattung eines falschen Gutachtens* in Schädigungsabsicht,⁴⁴

der *Schädigung vertragsfremder Dritter* bei absichtlicher Täuschung beim Vertragsabschluss, z.B. beim Verschweigen, dass die Autoreifen nicht neu, sondern aufgummiert sind.⁴⁵

C. Zufallshaftung

Grundsätzlich wird nicht für Zufall gehaftet. Der Zufall, insbesondere höhere Gewalt, stellt folglich auch einen Haftungsausschlussgrund dar. Zu den die Adäquanz unterbrechenden Schadenursachen zählen höhere Gewalt,⁴⁶ ein schweres

³² Vgl. BGE 108 II 305 E. 2c.

³³ Vgl. BGE 95 III 83 E. 6a.

³⁴ Vgl. BGE 124 III 297 E. 5e.

³⁵ Vgl. BGE 81 II 117 E. 3.

³⁶ Vgl. BGE 114 II 91 E. 4a/aa, 108 II 305 E. 2c, 53 II 332/33 und 52 II 376 f. E. 2.

³⁷ Nach Art. 4 lit. a UWG handelt unlauter und damit widerrechtlich und nicht sittenwidrig, wer einen Abnehmer von Waren, Werken oder Leistungen zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihm einen Vertrag schliessen zu können (BGE 114 II 91 E. 4a).

³⁸ Vgl. BGE 109 II 123 E. 2b, 82 II 21 E. 1, 51 II 18, 47 III 134 E. 3, 43 III 92 f., 40 III 337 und 39 II 3.

³⁹ Abrede zwischen Bietenden, gegen Leistung einer Entschädigung vom Bieten Abstand zu nehmen.

⁴⁰ Abrede des Versteigerers mit einem Bietenden, wonach ein allfälliger Zuschlag diesen nicht verpflichtet, den Kaufpreis und das Aufgeld zu bezahlen.

⁴¹ Vgl. BGE 108 II 305 E. 2c.

⁴² Vgl. BGE 108 II 305 E. 2c.

⁴³ Vgl. BGE 80 II 37 E. 4c.

⁴⁴ Vgl. Urteil OGer ZH vom 23.8.1994 = ZR 1996 Nr. 8 E. II/2c.

⁴⁵ Vgl. Urteil KGer VS vom 13.9.1977 i.S. Holzer c. Albrecht = ZWR 1978, S. 58.

⁴⁶ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 27 Abs. 2 SprstG und Art. 59 Abs. 1 SVG sowie BGE 100 II 134 E. 5 und 91 II 474 E. 8.

⁴⁷ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 27 Abs. 2 SprstG, Art. 59 Abs. 1 SVG sowie BGE 55 II 107 E. 4 (Raub von Wertpapieren).



Drittverschulden,⁴⁷ insbesondere von Angehörigen des Geschädigten,⁴⁸ und ein schweres Selbstverschulden.^{49, 50} Der Geschädigte hat sich auch einen schadenmitverursachenden Vorzustand, der kein Selbstverschulden begründet, bei der haftungsbegründenden adäquaten Kausalität anrechnen zu lassen.⁵¹

Der Gesetzgeber sieht eine *Haftung für Zufall aus Gründen der Verteilergerechtigkeit* in verschiedenen Fällen vor. Einer Zufallshaftung unterliegen der Verzugsschuldner⁵² und der Geschäftsführer ohne Auftrag.⁵³ Eine Zufallshaftung besteht ferner kraft besonderer Vorschriften.⁵⁴ Die Haftung für Zufall – begriffsnotwendig eine Schadenursache ohne menschliche Beteiligung – setzt in diesen Fällen regelmässig ein widerrechtliches bzw. vertragswidriges Verhalten voraus,⁵⁵ weshalb sie eine unechte Haftung für rechtmässige Schadensverursachung darstellt. Muss der ausservertragliche oder vertragliche Haftpflichtige zusätzlich für die zufällige Schadenvergrößerung eintreten, erfolgt letztlich eine *Ausdehnung der Schadenersatzpflicht*, nicht aber die Begründung einer neuen Schadenersatzpflicht.

HAVE 2014 S. 3, 8

D. Gefährdungshaftung

Eine Gefährdungshaftung liegt vor, wenn für einen Schaden gehaftet wird, der Folge eines *erlaubten Risikos* ist. Gefährdungshaftungstatbestände sind unter anderem die:

Haftung für technische Anlagen,⁵⁶

Haftung für Fahrzeuge,⁵⁷

Haftung für erlaubte, aber gefährliche Tätigkeiten.⁵⁸

Bei der Gefährdungshaftung besteht die Schadenausgleichspflicht als Korrelat zum erhöhten Schadensrisiko. Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit setzt nicht voraus, dass sich der Halter der schadensgeneigten Anlage bzw. des schadensgeneigten Fahrzeugs widerrechtlich oder vertragswidrig gegenüber Benutzern verhalten hat. Hat

48 Kein schweres Drittverschulden liegt vor, wenn die Eltern eines Kindes nach erfolgtem Hausarztbesuch bei einer wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Kindes nicht unverzüglich einen Arzt oder die Notfallstation eines Spitals aufsuchen (vgl. BGE 116 II 519 E. 4c). Keine Unterbrechung erfolgt ferner bei einer mangelhaften Beaufsichtigung durch die Eltern (vgl. BGE 95 II 255 E. 4b).

49 Vgl. z.B. Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 27 Abs. 2 SprstG und Art. 59 Abs. 1 SVG sowie statt vieler BGE 117 II 50 E. 2c. Eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs erfolgt z.B. durch ein unvorsichtiges Hinaustreten auf die Strasse (vgl. BGE 85 II 516 E. 3b). Die Berührung einer Stromübertragungs-Freileitung der SBB durch den Geschädigten unterbricht demgegenüber den adäquaten Kausalzusammenhang nicht (vgl. BGE 81 II 558 E. 3a).

50 Sind die Fahrgeschwindigkeit des verunfallten Geschädigten und der Kollisionsvorgang von der Tatsacheninstanz nur ungenau erhoben worden, ist der Entscheid aufzuheben und zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. BGE 121 III 358 E. 5).

51 Eine konstitutionelle Prädisposition ist entweder bei der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen (statt vieler BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 4).

52 Vgl. Art. 103 OR.

53 Vgl. Art. 422 OR sowie BGE 48 II 490 ff. und 61 II 97 f.

54 Vgl. z.B. Art. 299b OR (Haftung des Pächters nach Inventar), Art. 306 Abs. 3 OR (Haftung des Entlehners), Art. 474 Abs. 2 OR (Haftung des Aufbewahrers), Art. 487 OR (Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen) und Art. 490 OR (Haftung der Stallwirte für eingebrachte Tiere, Wagen und Sachen), siehe ferner Art. 104 f., Art. 195 Abs. 1, Art. 208 Abs. 2, Art. 237, Art. 365 Abs. 1 und Art. 531 Abs. 3 OR.

55 Der Entlehner haftet etwa für Zufall, wenn er die Weisungen des Verleihers mit Bezug auf den Gebrauch der ausgeliehenen Sache missachtet (vgl. Art. 306 Abs. 3 OR).

56 Vgl. z.B. Art. 27 EleG, Art. 33 RLG, Art. 3 KHG und Art. 39 StSG.

57 Vgl. z.B. Art. 64 LFG, Art. 48 ff. Seeschiffahrtsgesetz sowie Art. 15 TrG und Art. 58 SVG.

58 Vgl. z.B. Art. 16 JSG und Art. 19 ff. HFG.



er dies, haftet er nach Art. 41 Abs. 1 OR zusätzlich neben der Halterhaftung für die dadurch verursachten rechtswidrigen Schäden.

Die Verwirklichung der Betriebsgefahr genügt. Die Betriebsgefahr schützt nämlich grundsätzlich x-beliebige Dritte vor x-beliebigen Schäden.⁵⁹ So umfasst der Nuklearschaden nicht nur den Personen- und Sach-, sondern auch den Vermögensschaden, egal, wo dieser seine Ursache hat.⁶⁰ Produktionsausfälle, die als Folge eines Reaktorunglücks im Ausland verursacht werden, sind deshalb ersatzfähig, was sie nicht wären, wenn die Deliktserfolgs- oder die Deliktsverhaltenshaftung gelten würde.

Die einschlägigen Haftungsbestimmungen schliessen jedoch eine Haftung für Vermögensschäden regelmässig aus bzw. sehen eine Ersatzpflicht nur für Personen- und Sachschäden vor.⁶¹ Insoweit nähert sich die Gefährdungshaftung der Deliktserfolgshaftung an. Die Gefährdungshaftung setzt in diesen Fällen die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes voraus. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt einerseits Widerrechtlichkeit bzw. eine Rechtsgutsverletzung⁶² und lässt andererseits die Frage, ob im Bereich der Gefährdungshaftung Widerrechtlichkeit vorausgesetzt wird, offen.⁶³

Mit einem Teil der Lehre⁶⁴ ist daran zu erinnern, dass bei der Gefährdungshaftung verhaltens- und verschuldensunabhängig gehaftet wird, weshalb weder Widerrechtlichkeit noch Verschulden Haftungsvoraussetzungen sind. Eine Gefährdungshaftung besteht einzig dann nicht, wenn die Verwirklichung der Schädigungsgefahr als Schadenursache durch andere Schadenmitursachen derart in den Hintergrund gedrängt wird, dass sie unbedeutend wird, mithin der rechtserhebliche Kausalzusammenhang nicht (mehr) gegeben ist. Dies ist der Fall bei höherer Gewalt,⁶⁵ grobem Selbst- oder Drittverschulden⁶⁶ oder mangelhafter Beschaffenheit des gefährlichen Gegenstandes.⁶⁷

Die *Rechtfertigungsgründe* gemäss Art. 52 OR (Notwehr, Notstand und Selbsthilfe), Art. 28 Abs. 2 ZGB (Einwilligung, überwiegende Interessen und gesetzliche Ermächtigung) und Art. 33 ff. StGB (Gesetz, Amts- oder Berufspflicht, Notwehr und Notstand) sind *im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung irrelevant*, weil sie die Widerrechtlichkeit eines schadenverursachenden Verhaltens ausschliessen und den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen. Bei der Gefährdungshaftung ist das Verhalten des haftungsrechtlich Verantwortlichen bedeutungslos; massgeblich ist einzig, ob der nach der jeweiligen Haftungsnorm entschädigungspflichtige Personen-, Sach- oder Vermögensschaden durch die fragliche Schädigungsgefahr verursacht wurde. Trifft dies zu, liegt ein ersatzfähiger Schaden, wenn nicht, ein nicht ersatzfähiger Schaden vor.

Allfällige Rechtfertigungsgründe sind demgegenüber in Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, welche an ein strafbares Verhalten anknüpft, von Bedeutung. Nach Art. 100 Ziff. 4 SVG ist der Führer eines Feuerwehr-, Sanitäts- oder Polizeifahrzeugs auf einer dringlichen Dienstfahrt wegen Missachtung der Verkehrsregeln und der besonderen Anordnungen für den Verkehr nicht strafbar, sofern er die erforderlichen Warnsignale gibt und alle Sorgfalt beobachtet, die nach den besonderen Verhältnissen erforderlich ist. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das

⁵⁹ Siehe z. B. Art. 2 Abs. 1 KHG, Art. 39 Abs. 1 StSG sowie Art. 15 Abs. 1 JSG.

⁶⁰ Vgl. BGE 116 II 480 E. 4.

⁶¹ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 2 EleG (wonach auch für Sachschaden, nicht aber für Störungen im Geschäftsbetrieb gehaftet wird), Art. 64 Abs. 1 LFG, Art. 33 Abs. 1 RLG und Art. 58 Abs. 1 SVG sowie ferner Art. 2 Abs. 1 lit. c KHG (wonach keine Haftung für entgangenen Gewinn besteht).

⁶² Vgl. BGE 112 II 118 E. 5e.

⁶³ BGE 116 II 480 E. 5.

⁶⁴ Deschenaux, H./Tercier, P., *La responsabilité civile*. 2. Aufl., Bern 1982, N 24 zu §2.

⁶⁵ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 5 Abs. 1 KHG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

⁶⁷ Vgl. z.B. Art. 59 Abs. 1 SVG, dazu BGE 123 II 274 E. 1b (fehlerhafte Einstellung der Bremsen).

Mass der zu beachtenden Sorgfalt umso grösser ist, je wichtiger die verletzte Verkehrsregel für die Verkehrssicherheit ist. Der Fahrzeuglenker, der die ordentlichen Vortrittsregeln missachtet, muss die durch die Umstände ge-

HAVE 2014 S. 3, 9

botenen Vorsichtsmassnahmen beachten, insbesondere seine Geschwindigkeit reduzieren.

Das Merkblatt des UVEK vom 6. Juni 2005 zur Verwendung von Blaulicht und Wechselklanghorn verlangt höchste Sorgfalt, wenn eine Verzweigung bei auf Rot stehender Lichtsignalanlage befahren wird. Bei der Einfahrt in eine Verzweigung, bei der andere Strassenbenützer normalerweise den Vortritt haben, muss der Führer so langsam fahren, dass er noch rechtzeitig anhalten kann, falls andere Verkehrsteilnehmer die besonderen Warnsignale übersehen oder nicht beachten.⁶⁸ Unabhängig davon, ob die besonderen Vorsichtsmassnahmen beachtet worden sind, haftet der Halter eines Feuerwehr-, Sanitäts- oder Polizeifahrzeugs gemäss Art. 58 Abs. 1 SVG, wenn dieses während einer dringlichen Dienstfahrt einen Personen- oder Sachschaden verursacht.⁶⁹

E. Haftung für Schäden infolge einer Notwehr-, Notstands- oder Selbsthilfehandlung

1. Haftung für Schäden infolge einer Notwehrhandlung

Die Schadenszufügung im Rahmen einer berechtigten Notwehrhandlung begründet keine Haftung für den verursachten Notweherschaden.⁷⁰ Erfolgte die Schädigung als Folge eines Notwehrexzesses, ist zu unterscheiden, ob der Notwehrexzess "in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff" erfolgt ist. Für entschuldbare Notwehrexzesshandlungen kann der Schädiger nicht bestraft werden,⁷¹ entsprechend entfällt mangels eines rechtswidrigen Verhaltens auch eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR. Ist die Notwehrexzesshandlung nicht entschuldigbar, so wird der Schädiger zwar bestraft, aber er erfährt eine Strafmilderung.⁷² In Anlehnung an diese strafrechtliche Ausgangslage ist eine Haftung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR für *nicht entschuldbare Notwehrexzessschäden* zwar zu bejahen, die Haftung aber nach Massgabe des Einzelfalls zu reduzieren.

2. Haftung für Schäden infolge einer Notstandshandlung

Eine unberechtigte Notstandshandlung ist widerrechtlich bzw. strafbar⁷³ und begründet eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR für den bei Dritten verursachten Personen-, Sach- oder Vermögensschaden. Das Strafrecht stipuliert eine Strafmilderung, wenn die Aufgabe des gefährdeten Rechtsguts zumutbar war.⁷⁴ Wie bei unentschuldbaren Notwehrexzessschäden besteht auch in diesem Fall eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR, die aber umständehalber reduziert werden kann. Für *rechtmässige Notstandsschäden* besteht im Gegensatz zu den Notweherschäden eine *Ermessenshaftung*, bzw. eine anteilmässige Haftung für die rechtmässige Schädigung.⁷⁵

⁶⁸ Vgl. Urteil BGer 6B_738/2012 vom 18.7.2013 E.2.3.2.

⁶⁹ Vgl. Urteil BezGer Liestal vom 5.3.1996 i.S. J. M. c. Kanton BL = SG 1996 Nr. 1090 (Anwendbarkeit des SVG bei der Kollision eines Polizeiautos mit einem anderen Fahrzeug).

⁷⁰ Vgl. Art. 52 Abs. 1 OR.

⁷¹ Vgl. Art. 16 Abs. 2 StGB.

⁷² Vgl. Art. 16 Abs. 1 StGB.

⁷³ Vgl. Art. 17 und Art. 18 Abs. 1 StGB.

⁷⁴ Vgl. Art. 18 Abs. 1 StGB.

⁷⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 2 OR.



3. Haftung für Schäden infolge einer Selbsthilfehandlung

Selbsthilfe ist nur zulässig, wenn:

sie zur Wahrung eines berechtigten Anspruchs⁷⁶ erfolgt,
ohne Selbsthilfe der berechnigte Anspruch gänzlich vereitelt oder wesentlich erschwert
worden wäre und

amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden konnte.⁷⁷

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, haftet der Schädiger nach Massgabe von Art. 41 Abs. 1 OR. Eine Schädigung infolge einer *berechnigten Selbsthilfehandlung* begründet nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut keine Ersatzpflicht.⁷⁸ Dieser Ausschluss kontrastiert mit der Ermessenshaftung für rechtmässige Notstandsschäden. Derjenige, der für einen Schaden Ersatz leisten muss, den er als Folge eines Angriffs auf eigene Rechtsgüter verursacht hat, befindet sich in einer ähnlichen Situation wie derjenige, der zur Abwehr einer Beeinträchtigung eigener Rechte Dritte schädigt. Die Ermessenshaftung i.S.v. Art. 52 Abs. 2 OR ist deshalb nicht nur bei Selbsthilfeschäden, die auf fremden Grundstücken verursacht werden,⁷⁹ sondern auch für andere rechtmässige Selbsthilfeschäden anzuwenden.

V. Billigkeitshaftung

A. Privatrechtliche Billigkeitshaftung

1. Allgemeines

Die privatrechtliche Haftungsordnung kennt im Gegensatz zur Staatshaftung keine allgemeine Billigkeitshaftung. Es gilt das Prinzip des "Alles oder nichts". Sind die Haftungs Voraussetzungen erfüllt,

HAVE 2014 S. 3, 10

besteht eine Ersatzpflicht; sind sie es nicht, fällt eine Ersatzpflicht ausser Betracht, auch dann, wenn ein grosser Schaden entstanden ist oder tragische Verhältnisse vorliegen.⁸⁰ ZGB und OR sehen vereinzelt Billigkeitshaftungstatbestände vor.

2. Haftung für Verlöbnißbruch (Art. 92 ZGB)

Der Verlöbnißvertrag kann jederzeit einseitig aufgelöst werden. Der andere Partner hat keinen Anspruch auf Erfüllung und insoweit auch keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch, kann aber die *Rückgabe von nicht gewöhnlichen Geschenken* oder *Ersatz der Bereicherung* verlangen, sofern die Geschenke in natura nicht zurückgegeben werden können.⁸¹ Im ersten Fall liegt ein Spezialfall des schenkungsrechtlichen Rückgabeanspruchs vor,⁸² im zweiten besteht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.⁸³

⁷⁶ Der Besitzer eines Grundstückes ist z.B. berechnigt, Dritten angehörige Tiere, die auf dem Grundstück Schaden anrichten, zur Sicherung seiner Ersatzforderung einzufangen und in seinen Gewahrsam zu nehmen und, wo die Umstände es rechtfertigen, sogar zu töten (Art. 57 Abs. 1 OR).

⁷⁷ Vgl. Art. 52 Abs. 3 OR und Art. 927 f. ZGB, siehe ferner Art. 679 ZGB.

⁷⁸ Vgl. Art. 52 Abs. 3 OR.

⁷⁹ Vgl. Art. 700 Abs. 2 und Art. 701 Abs. 2 ZGB.

⁸⁰ Vgl. Urteil des BGer 4C.53/2000 vom 13.6.2000 = Pra 2000 Nr. 155 E. 1c.

⁸¹ Vgl. Art. 91 Abs. 1 und 2 ZGB.

⁸² Vgl. Art. 249 OR.

⁸³ Art. 91 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 ff. OR.



Hat einer der Verlobten im Hinblick auf die Eheschliessung in guten Treuen Vermögensdispositionen getroffen, so kann er vom anderen Partner, der die Verlobung auflöst, eine *angemessene Entschädigung* verlangen, sofern dies nach den gesamten Umständen als billig erscheint.⁸⁴ Die *Billigkeitshaftung* setzt voraus, dass die Vermögensdisposition nach dem Verlöbnis im Hinblick auf die Eheschliessung erfolgt ist und der geschädigte Partner in guten Treuen auf die Eheschliessung vertrauen durfte.⁸⁵ Die Haftung für Verlöbnisbruch stellt insoweit einen *Sonderfall der deliktischen Vertrauenshaftung* dar. Der Schadenersatzanspruch verjährt denn auch in einem Jahr⁸⁶ und ist aktiv bzw. passiv vererblich.⁸⁷

3. Haftung für Entbindungs- und Schwangerschaftskosten sowie den Kinderunterhalt (Art. 295 ZGB)

Die Mutter kann spätestens bis ein Jahr nach der Geburt bei dem für die Vaterschaftsklage zuständigen Gericht gegen den Vater oder dessen Erben auf Ersatz klagen für die Entbindungskosten, die Kosten des Unterhaltes während mindestens vier Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Geburt und andere infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung notwendig gewordene Auslagen unter Einschluss der ersten Ausstattung des Kindes.⁸⁸ Aus *Billigkeit* kann das Gericht *teilweisen oder vollständigen Ersatz* der entsprechenden Kosten zusprechen, wenn die Schwangerschaft vorzeitig beendet wird.⁸⁹ Leistungen Dritter, auf welche die Mutter nach Gesetz oder Vertrag Anspruch hat, sind anzurechnen, soweit es die Umstände rechtfertigen.⁹⁰ Bei der Entschädigungspflicht gemäss Art. 295 ZGB handelt es sich nicht um einen Unterhaltsanspruch, sondern "um einen vorwiegend vermögensrechtlichen, dem Schadenersatz ähnlichen Anspruch".⁹¹ Ihm kommt eine Kostenersatz- bzw. Unterhaltersatzfunktion zu; so kann eine Sicherstellung wie für Unterhaltsbeiträge verlangt werden.⁹² Der säumige Ersatzpflichtige kann ferner wegen Vernachlässigung der Unterhaltspflicht bestraft werden.⁹³

4. Gefälligkeitshaftung (Art. 422 OR)

Im innerfamiliären Verhältnis werden oft unentgeltliche Dienstleistungen bzw. Gefälligkeitshandlungen erbracht. Erleidet der Dienstleistende (Geschäftsführer), während er eine Gefälligkeit ausübt, einen Schaden, fällt eine Vertragshaftung des Dienstleistungsempfängers (Geschäftsherrn) ausser Betracht, sofern nicht (ausnahmsweise) vom Zustandekommen eines Arbeits- oder eines anderen Dienstleistungsvertrages ausgegangen werden muss.⁹⁴ Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien.⁹⁵

84 Art. 92 ZGB.

85 Vgl. BGE 83 II 489.

86 Vgl. Art. 93 ZGB.

87 Vgl. BGE 81 II 385 E. 2.

88 Art. 295 Abs. 1 ZGB, siehe auch BGE 75 II 333 (Unzulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage).

89 Art. 295 Abs. 2 ZGB.

90 Art. 295 Abs. 3 ZGB.

91 BGE 62 II 305/306.

92 Vgl. BGE 93 I 401 E. 4 und 5, ferner BGE 117 II 374.

93 Siehe BGE 73 IV 176 ff.

94 Vgl. Art. 320 Abs. 2 OR.

95 Vgl. BGE 116 II 695 E. 2b/bb.



Auch alltägliche Hilfestellungen können Gegenstand eines Dienstleistungsvertrags sein, so z.B. die Hilfe beim Schütteln eines Birnbaums.⁹⁶ Soweit vom Zustandekommen eines unentgeltlichen, altruistischen Dienstleistungsvertrags (einfacher Auftrag) auszugehen ist, geht die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass sich die Haftung nicht nach Auftragsrecht, sondern nach Art. 422 Abs. 1 OR richtet.⁹⁷ Dieselbe Haftung gilt auch bei (vertragslos erbrachten) Gefälligkeitshandlungen.⁹⁸ Derjenige, der einem anderen eine Gefälligkeit erweist, insbesondere ein Kind hütet, haftet demgegenüber aus-

HAVE 2014 S. 3, 11

serververtraglich, aber nur für eigenübliche Sorgfaltspflichtverletzungen.⁹⁹

Bei der *Gefälligkeitshaftung des Geschäftsherrn* handelt es sich um eine *Kausalhaftung*. Die Gefälligkeitshaftung ist gleichzeitig aber auch eine *Billigkeitshaftung*.¹⁰⁰ Eine Haftung besteht nur, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalles, der auf dem Spiele stehenden Interessen, das Verhältnis der mit der Tätigkeit zu wahrenen Werte zum erkennbaren Risiko, ein allenfalls von einer der Parteien zu vertretendes Gefährdungspotenzial und deren Vermögenslage, eine Ersatzpflicht als gerechtfertigt erscheint. Der Umfang der Gefälligkeitshaftung kann so ohne Weiteres geringer als derjenige der Vertrags- oder Deliktshaftung sein. Immerhin kann das Vorliegen einer Gefälligkeitshandlung auch in letzteren Fällen einen Reduktionsgrund darstellen.

5. Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen

a) Allgemeines

Rechtsgut- oder Sorgfaltspflichtverletzung sind dem Schadenverursacher nur dann persönlich vorwerfbar und haftungsbegründend, wenn er im Zeitpunkt, als sich der Haftungstatbestand verwirklicht hat, urteilsfähig war (subjektives Verschulden) und entweder absichtlich bzw. (eventual-)vorsätzlich oder fahrlässig (objektives Verschulden) gehandelt hat. Ein derartiges Verschulden wird im Anwendungsbereich der Vertragshaftung vermutet.¹⁰¹ Der schadenverursachende Vertragspartner haftet deshalb grundsätzlich und muss eine allfällige Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Schadensverursachung nachweisen. Ausservertraglich haften urteilsunfähige Personen, insbesondere Kinder, grundsätzlich nicht. Da die Urteilsfähigkeit grundsätzlich vermutet wird,¹⁰² muss der Schadenverursacher auch im Anwendungsbereich der Deliktshaftung die Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Schadensverursachung nachweisen. Gelingt dieser Nachweis, entfällt ein Haftungsanspruch. Der Gesetzgeber mildert diese Härte insoweit ab, als er eine Billigkeitshaftung von urteilsunfähigen Personen vorsieht. Urteilsunfähige haften entweder nach Billigkeit oder uneingeschränkt, wenn sie die Urteilsunfähigkeit pflichtwidrig herbeigeführt haben.¹⁰³

Das *Prinzip der Unschuldsvermutung* steht der *Auferlegung der Verfahrenskosten an einen Unzurechnungsfähigen* nicht entgegen, wenn dieser sie objektiv verursacht hat und dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist.¹⁰⁴ Die strafprozessualen Verfahrensbestimmungen, welche vorsehen, dass einem Urteilsunfähigen Verfahrenskosten auferlegt werden können, begründen eine Billigkeitshaftung des Freigesprochenen analog derjenigen gemäss Art. 54 OR. Sie sehen vor, dass aufgrund von Billigkeitsüberlegungen die Interessenabwägung eine volle oder teilweise Tragung

⁹⁶ Vgl. BGE 61 II 95 ff.

⁹⁷ Siehe BGE 129 III 181 = HAVE 2003, 139 E. 3.3 und 48 II 487 E. 3.

⁹⁸ Ibid. E. 4.1.

⁹⁹ Vgl. BGE 137 III 539 ff.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 129 III 181 = HAVE 2003, 139 E. 4.3.

¹⁰¹ Vgl. Art. 97 Abs. 1 OR.

¹⁰² Vgl. Art. 16 ZGB.

¹⁰³ Vgl. Art. 54 OR.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 113 Ia 76 E. 1b und 112 Ia 371 E. 3.



der Kosten durch den Betroffenen rechtfertigt. Die Billigkeit verlangt insbesondere, dass seine finanzielle Lage mitberücksichtigt wird.¹⁰⁵

Die Billigkeitshaftung bei Urteilsunfähigkeit für Schäden Dritter oder Verfahrenskosten setzt voraus, dass der urteilsunfähige Schadenverursacher widerrechtlich gehandelt und den eingetretenen Schaden in rechtserheblicher Weise verursacht hat. Da mit der Billigkeitshaftung lediglich das fehlende subjektive Verschulden (Urteilsfähigkeit) substituiert wird, im Übrigen aber alle anderen Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR erfüllt sein müssen, handelt es sich bei der Billigkeitshaftung gemäss Art. 54 OR *nicht um eine Haftung für rechtmässige Schadensverursachung, sondern um eine Haftung trotz schuldloser Schadensverursachung, mithin um eine "Kausalhaftung aus Billigkeit"*.¹⁰⁶

b) Haftungsbegründende Billigkeit

Die haftungsbegründende Billigkeit besteht darin, dass es dem Schadenverursacher aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse möglich ist, den verursachten Schaden zu tragen, und der Ersatz des Schadens wegen konkreter Umstände, die in der Person des Geschädigten liegen, gerechtfertigt ist.¹⁰⁷ So spricht der Umstand, dass die geschädigte Partei *wohlhabend* ist und die schädigende Partei in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebt, gegen eine Billigkeitshaftung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gefahr besteht, dass der Schädiger durch die Ersatzpflicht in eine Notlage geraten könnte oder auf lange Zeit hinaus auf das Existenzminimum gesetzt wäre.¹⁰⁸ Wohlhabend ist der Schadenverursacher insbesondere dann, wenn er über ein beträchtliches Grundeigentum¹⁰⁹ oder auch nur eine Haftpflichtversicherung, wenn auch mit beschränkter Deckungssumme, verfügt.¹¹⁰ Für eine Billigkeitshaftung spricht, dass der Schaden für den Geschädigten eine *grosse Belastung* darstellt.¹¹¹ Der blosse Umstand, dass der Schaden des Geschädigten nicht

HAVE 2014 S. 3, 12

vollständig gedeckt ist, stellt noch keine grosse Belastung dar.

c) Haftungsausfüllende Billigkeit

Ist der Schadenverursacher wohlhabend und würde die Schadenstragung für den Geschädigten eine grosse Belastung darstellen, ist der urteilsunfähige Schadenverursacher an sich ersatzpflichtig. Das Ausmass der Ersatzpflicht hängt wiederum von den finanziellen Verhältnissen des Schadenverursachers und des Geschädigten ab. Soweit die kausale Natur der Haftung aus Billigkeit dies zulässt, kommen bei deren Bemessung auch die Kriterien von Art. 43 und 44 OR zur Anwendung. Ein Selbstverschulden des Geschädigten kann somit zur Aufhebung oder Herabsetzung der Billigkeitshaftung führen. Ebenso gilt es, eine eventuelle Nichterfüllung der beiden Parteien obliegenden Pflicht zur Schadensminderung zu berücksichtigen.¹¹²

¹⁰⁵ Ibid. E. 2a.

¹⁰⁶ BGE 122 III 262 E. 2a/aa und BGE 102 II 226 E. 2b.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 102 II 262 E. 3.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 122 III 262 E. 2a/aa und 71 II 225 E. 8.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 102 II 262 E. 3b.

¹¹⁰ Vgl. Urteil des BGer 4C.268/2004 vom 4.10.2004, E. 4.

¹¹¹ Vgl. BGE 122 III 262 E. 2a/aa.

¹¹² Ibid.

B. Billigkeitshaftung des Staates

1. Staatshaftung für rechtmässige Schadenverursachung

Für rechtmässig zugefügte Schäden haftet das Gemeinwesen nicht bzw. nur dann, wenn das Gesetz eine Haftung ausdrücklich vorsieht.¹¹³ Eine Ersatzpflicht für rechtmässiges, aber schadenstiftendes Handeln ohne explizite gesetzliche Grundlage wird vom Bundesgericht nicht anerkannt bzw. käme, wenn überhaupt, höchstens infrage bei behördlichen Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter von Privatpersonen.¹¹⁴

Die Staatshaftungsregelung des Bundes, respektive das Verantwortlichkeitsgesetz (VG),¹¹⁵ kennt keine Haftung für eine rechtmässige Schadenverursachung durch Bundesbehörden. Die einzelnen eidgenössischen Gesetze¹¹⁶ und kantonalen Staatshaftungserlasse enthalten demgegenüber regelmässig eine derartige Haftung.¹¹⁷ Einzelne Kantone wie Zürich oder St. Gallen sehen in ihren Verfassungen vor, dass die Billigkeitshaftung auf Gesetzesebene geregelt wird, andere Kantone regeln diese ohne Verfassungsgrundlage in ihrer Gesetzgebung.¹¹⁸

Eine Haftung für rechtmässig zugefügte Vermögensschäden besteht beispielsweise bei einer Enteignung¹¹⁹ oder einem Entzug und einer Einschränkung wohlervorbener Rechte und beim Widerruf von Bewilligungen.¹²⁰ Mitunter sieht der Gesetzgeber eine Billigkeitshaftung nur für "Sonderopfer" vor, so etwa für Schäden bei rechtmässigen Polizeieinsätzen,¹²¹ beim Einsatz von verdeckten Ermittlern¹²² oder in anderen "besonderen Fällen".¹²³

Im staatshaftungsrechtlichen Kontext wird dabei die Haftung für eine rechtmässige Schadenverursachung durch staatliche Funktionäre als "Billigkeitshaftung" etikettiert. Die Billigkeitshaftung des Staates bezweckt die Restitution von Schäden, die als Folge rechtmässiger Eingriffe staatlicher Funktionäre in absolute Rechtsgüter Unbeteiligter, d.h. von Personen, die weder Verhaltens- noch Zustandsstörer sind, entstehen.¹²⁴ Die

¹¹³ Siehe z.B. § 12 Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich, OS 170.1 und Art. 4 Gesetz über die Staatshaftung, (SHG) vom 5. Dezember 2006 des Kantons Graubünden, SR 170.050.

¹¹⁴ Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6b.

¹¹⁵ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958, (Verantwortlichkeitsgesetz VG), SR 170.32.

¹¹⁶ Siehe z.B. Art. 32c EpG und ferner die Hinweise in Urteil des BGer 2A.504/2006 vom 28.2.2007, E. 2.4.

¹¹⁷ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals, (Haftungsgesetz, HG), vom 17. November 1999 des Kantons Basel-Stadt, SG 161.100 und Art. 7 Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger, (Staatshaftungsgesetz) vom 5. Mai 1991 des Kantons Glarus, GS II F/2.

¹¹⁸ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 Haftungsgesetz BS und Art. 4 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz), vom 25. April 1971 des Kantons Nidwalden, NG 161.2.

¹¹⁹ Vgl. Art. 16 ff. EntG.

¹²⁰ Vgl. Urteil des BGer 2A.504/2006 vom 28.2.2007, E. 2.4 und die dort genannten Beispiele.

¹²¹ Vgl. Art. 2 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten, (Verantwortlichkeitsgesetz VG) vom 7.12.1959 des Kantons St. Gallen, GS 161.1, Art. 6 des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz), vom 23. September 1985 des Kantons Schaffhausen, SHR 170.300, § 10 des Gesetzes über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz), vom 26.6.1966 des Kantons Nidwalden, NG 124.21 und § 13 Haftungsgesetz ZH.

¹²² Vgl. Art. 9 VVE.

¹²³ Art. 4 Haftungsgesetz BS und Art. 7 Abs. 2 Staatshaftungsgesetz GL.

¹²⁴ Eine Billigkeitshaftung darf nicht dazu führen, dass Unternehmungen ihre durch Naturereignisse verursachten Umsatzeinbussen oder Ertragsausfälle durch Mittel der öffentlichen Hand ausgleichen können (vgl. Urteil VerwGer BE vom 23.5.2000 i.S. Bielersee-Schiffahrts-Gesellschaft [VGE 20882] = BVR 2000, 537 E. 6).



staatshaftungsrechtliche Billigkeitshaftung unterscheidet sich folglich grundsätzlich von der Billigkeitshaftung der Urteilsunfähigen. Im ersten Fall substituiert die Billigkeitshaftung die fehlende Widerrechtlichkeit, während im zweiten Fall die Billigkeitshaftung das fehlende subjektive Verschulden kompensiert.

2. Ausfallhaftung

Der Staat übernimmt sodann in seltenen Fällen den Ausfallschaden, den der Geschädigte erleidet, wenn er durch *Zufall geschädigt wird oder gegenüber einem privaten Schadenverursacher keinen vollständigen Ersatz geltend* machen kann. Eine "Ausfallhaftung"

HAVE 2014 S. 3, 13

besteht für Impfschäden,¹²⁵ Nuklearschäden¹²⁶ und bei Opfern von Straftaten¹²⁷ sowie Wildschäden.¹²⁸ Von einer Ausfallhaftung wird auch dann gesprochen, wenn zunächst eine verselbständigte Organisationseinheit des Staates, beispielsweise eine Kantonbank oder ein staatlicher Gesundheitsbetrieb, haftet und das Gemeinwesen erst einzustehen hat, wenn die vorrangig ersatzpflichtige staatliche Organisationseinheit den Schaden nicht vollständig abdecken kann.¹²⁹ Genau genommen handelt es sich bei dieser letzteren Art von Ausfallhaftung um eine *subsidiäre Staatshaftung*, weil ein staatlicher Funktionär den Schaden verursacht hat.

3. Finanzhilfen und Abgeltungen

Eine weitere Abgrenzung ist mit Bezug auf Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionen) vorzunehmen. Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der staatlichen Verwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten.¹³⁰ Mangels unfreiwilliger Nachteile ist die Finanzhilfe kein Schadenersatz. Abgeltungen sind demgegenüber Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich ergeben aus der Erfüllung von bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgaben und öffentlich-rechtlichen Aufgaben, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden sind.¹³¹ In letzterem Fall liegt eine Haftung für eine rechtmässige Schadensverursachung vor, immerhin mit der Besonderheit, dass sich der Bürger bzw. das Unternehmen mitunter freiwillig verpflichtet hat, staatliche Aufgaben zu übernehmen.

¹²⁵ Vgl. Art. 23 Abs. 3 und ferner Art. 32c Epidemiengesetz; ferner Art. 6 Bundesgesetz vom 13. Juni 1928 betreffend Massnahmen gegen die Tuberkulose.

¹²⁶ Vgl. Art. 16 KHG.

¹²⁷ Vgl. Art. 11 ff. OHG.

¹²⁸ Nach kantonalem Recht richtet sich zum Beispiel die Entschädigungspflicht für den sog. «Wildschaden» (vgl. Art. 13 Abs. 2 Jagdgesetz und Art. 10 Jagdverordnung sowie Urteil des BGer 2C_562/2008 vom 28.1.2009, E. 2).

¹²⁹ Vgl. Urteil des BGer 1B_491/2012 vom 30.11.2012, E. 2.5.3 und VPB 2002 Nr. 52 S. 621 E. 3b.

¹³⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG.

¹³¹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 SuG.