

Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts¹

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 1996, S. 225 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

- I. Einleitung
- II. Der Schaden
- III. Der Kausalzusammenhang
- IV. Die Widerrechtlichkeit
- V. Das Verschulden
- VI. Die Genugtuung
- VII. Ausblick

I. Einleitung

1. [225] Ob all den Spezialitäten, die das ausservertragliche Haftpflichtrecht beherrschen, darf das Grundsätzliche nicht vernachlässigt werden. Deshalb rechtfertigt es sich, für einmal auch die „Grundbegriffe des Haftpflichtrechts“ zur Sprache zu bringen. Wer sich mit ihnen befasst, hat bei **Art. 41 Abs. 1 OR** einzusetzen. Der Text ist bekannt, mag aber doch in Erinnerung gerufen werden. Er lautet:

"Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet."

Oder etwas abweichend:

"Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer."

In der Tatbestandsumschreibung des Art. 41 Abs. 1 OR stecken vier haftpflichtrechtliche Grundbegriffe. Es sind dies:

¹ Dieser Beitrag enthält die leicht überarbeitete Fassung einer Vortragsunterlage, die den Teilnehmern und Teilnehmerinnen der Freiburger Strassenverkehrsrechts-Tagung 1996 abgegeben wurde. Die entsprechende Unterlage in französischer Sprache („Les grandes notions de la RC: Quoi de neuf?“) wurde je zum Teil von PIERRE TERCIER und FRANZ WERRO verfasst, die das französischsprachige Koreferat hielten. Beide Unterlagen sind in den Tagungsunterlagen der Verkehrsrechtstagung (deutsch oder französisch) veröffentlicht. Die Unterlage von TERCIER und WERRO zitiere ich mit „TERCIER/WERRO, *Les grandes notions*“.

Bei der Korrektur meines eigenen Beitrages war mir mein Assistent lic. iur. RANIERO ADDORISIO DE FEO behilflich, dem ich für seine Mitarbeit herzlich danke.

- Der Schaden („wer *Schaden* zufügt“).
- Der Kausalzusammenhang („wer Schaden *zufügt*“).
- Die Widerrechtlichkeit („wer *widerrechtlich* Schaden zufügt“).
- Das Verschulden („sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit“).

2. Mit den genannten Grundbegriffen befasse ich mich nachfolgend², wobei es sich von selbst versteht, dass ich mich auf die Erörterung ausgewählter Aspekte beschränken muss. Umgekehrt greife ich über die erwähnten Begriffe hinaus, indem ich auch die in Art. 41 Abs. 1 OR unerwähnte *Frage der Genugtuung* einbeziehe. Gegenstand meiner Ausführungen ist die heute (noch) geltende Rechtslage, weshalb die Änderungsvorschläge der Revisionsdiskussion unberücksichtigt bleiben. Die diesbezüglichen Vorschläge³ und deren Würdigung ergäben ausreichend „Material“ für ein ganzes Sonderheft.

II. Der Schaden⁴

1. Der von einem andern erlittene Schaden bildet **die erste Voraussetzung für die Entstehung einer Schadenersatzpflicht**. Zugleich limitiert er die Höhe der Ersatzpflicht, indem die ausservertragliche Pflicht zur Leistung von Schadenersatz betragsmässig nicht über den zu ersetzenden Schaden hinausgehen kann. Das Institut der „punitive damages“⁵, das zum festen Bestand des US-amerikanischen Rechts gehört, ist dem schweizerischen Haftpflichtrecht (glücklicherweise) unbekannt.⁶ Wohl aber kann die „Grösse des Ersatzes“, den der Ersatzpflichtige zu leisten hat, hinter dem eingetretenen Schaden zurückbleiben (Art. 43 f. OR). Auch gibt es Gesetzesbestimmungen, die den ersatzfähigen Schaden für bestimmte Haftungsfälle limitieren (neuerdings z.B. Art. 1 und Art. 6 des Produkthaftpflichtgesetzes).

2. Das alles ist bekannt und schafft keine erheblichen Probleme. Ebenso bekannt ist die gebräuchliche Einteilung in „Körperschaden, Sachschaden und sonstigen Schaden“⁷. Problematisch aber wird die Sache, wenn wir nach dem **Begriff des Schadens** fragen. Denn damit gelangen wir zum ersten Streitpunkt der modernen Schadenersatzlehre.

a. [226] Das *schweizerische Bundesgericht* verwendet grundsätzlich den klassischen Begriff, indem es formuliert:

² Vgl. dazu auch FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, S. 878 ff.

³ Vgl. den Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts vom August 1991.

⁴ Überblick: OFTINGER/STARK I (= Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995), S. 70 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, S. 45 ff.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, Nr. 151 ff.

⁵ „Damages which are allowed as an enhancement of compensatory damages because of the wanton, reckless, malicious, or oppressive character of the acts of which the plaintiff complains“ (Ballantine’s Law Dictionary).

⁶ „Strafcharakter“ aber haben die „Entschädigungen“ nach Art. 337c Abs. 3 OR und Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes.

⁷ Statt vieler: DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 48.

„Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“ (BGE 116 II 444; vgl. auch BGE 115 II 481 und 120 II 298).

Dieser klassische Schadensbegriff hat gewiss den Nachteil, dass es der Privatrechtsdogmatik bis zum heutigen Tag noch nicht einmal gelungen ist, den Grundbegriff des „Vermögens“ klar herauszuarbeiten.⁸ Aber auch sonst ist der umschriebene Schadensbegriff keineswegs unbestritten.⁹ Abgelehnt wird etwa die Differenztheorie, die dem Begriff zugrundeliegt, soweit sie das Gesamtvermögen (nicht das beeinträchtigte Rechtsgut) zum Bezugspunkt des Schadens macht.¹⁰ Darüber hinaus versucht ein „normativer“ Schadensbegriff schon die Frage, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, wertend zu beurteilen, was unter anderem zur prinzipiellen Anerkennung eines „Kommerzialisierungs- und Frustrationschadens“ führt.¹¹ Der Kommerzialisierungsgedanke greift z.B. ein, wenn es um die „Entschädigung“ einer entgangenen Nutzungs- oder Genussmöglichkeit oder darum geht, die schlichte Einbusse an Arbeitsfähigkeit (die Einbusse der Fähigkeit an sich!) zu „entschädigen“. Der Frustrationsgedanke wird „fruktifiziert“, um freiwillige, aber nutzlose Aufwendungen ersatzfähig zu machen.

b. Nachdem der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Schadensbegriff zu definieren, ist es durchaus angezeigt, über den klassischen Begriff auch kritisch nachzudenken. Nach Massgabe der wirtschaftlichen Realien besteht jedenfalls kein Grund, den *Kommerzialisierungs- oder Frustrationsgedanken* von vornherein abzulehnen.¹² Eine prinzipielle Ablehnung des Frustrationsgedankens (so: BGE 115 II 481 im Ferienfall)¹³ widerspricht sogar dem Gesetz, dem der Ersatz nutzloser Aufwendungen keineswegs fremd ist (vgl. z.B. Art. 26 Abs. 1, 404 Abs. 2 oder 475 Abs. 2 OR). Und selbst das Bundesgericht scheint sich aus dem Prokrustesbett seiner eigenen Begriffskultur zu lösen, wenn das anvisierte Ziel es erforderlich macht. Das demonstriert die neuere Rechtsprechung zum Haushaltschaden, wozu das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil festhält:

„Nach der Rechtsprechung ... hat der Haftpflichtige somit nicht bloss die konkreten Aufwendungen für Haushalthilfen zu ersetzen, welche wegen des Ausfalls der Hausfrau beigezogen werden. Auszugleich ist vielmehr ... der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt (vgl. BGE 99 II 222 f. E. 2 = Pra 62 Nr. 192). Die Besonderheit des Haushaltschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin

⁸ Eindrücklich: THOMAS KOLLER, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, *recht* 1994, S. 25 ff.

⁹ REY, zit. in Anm. 4, Nr. 173 ff.

¹⁰ Vgl. z.B. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, S. 4 f.

¹¹ Vgl. zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 2632 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 371 ff.

¹² Vgl. GAUCH/SCHLUEP II, 6. Aufl., Nr. 2655.

¹³ Ablehnend z.B. auch HONSELL, zit. in Anm. 10, S. 65. Er ist der Meinung, die Anerkennung von Schadenersatzansprüchen für frustrierte Aufwendungen führe zu einer weitgehenden Aushöhlung des Grundsatzes, dass Nichtvermögensschäden nicht in Geld zu ersetzen seien.

gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen ...“ (BGr Pra 1995, Nr. 172, S. 556).

c. Mit den soeben zitierten Gerichtssätzen wurde *das Tabu des klassischen Schadensbegriffs explizit durchbrochen*¹⁴, was dem Grundsatz nach zu begrüßen ist, da es nicht angeht, erforderliche Rechtsentwicklungen an tradierten Begriffen scheitern zu lassen. Aber auch vom Ergebnis her vermag die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Haushaltschaden zu überzeugen, da sie die Erfordernisse, die sich aus dem familiären Zusammenleben und aus der besondern Stellung der Hausfrau im Verband der Familie ergeben, wertungsmässig über dogmatische Prinzipien stellt. Gleich zu entscheiden ist sicher auch dann, wenn es um den Haushaltschaden eines verletzten Hausmannes geht. Und meines Erachtens kann auch dort nichts anderes gelten, wo der Haushalt für eine eheähnliche Gemeinschaft zu führen ist.¹⁵ Ob das Bundesgericht sich diesem Standpunkt anschliessen und wie weit es [227] seine Rechtsprechung zum Haushaltschaden „ausdehnen“ wird, ist vorderhand nicht abzuschätzen.¹⁶

3. Dass der Streit um den „richtigen“ Schadensbegriff noch viele Juristen beschäftigen wird, ist abzusehen. Das gilt auch für **andere Probleme**, die im Zusammenhang mit der Schadenslehre behandelt werden, insbesondere für den reinen Vermögensschaden, den Reflexschaden und die „perte d'une chance“. Diese drei Problemkreise greifen aber über das Gebiet der Schadenslehre hinaus:

- Der *reine Vermögensschaden* („purely economic loss“) befruchtet die haftpflichtrechtliche Diskussion vieler Länder, auch der Schweiz.¹⁷ Seine spezifische Eigenart besteht darin, dass er *nicht* auf der Verletzung eines absolut geschützten Rechts (bzw. eines „absolut geschützten Rechtsgutes“ wie Leib, Leben oder Eigentum) beruht. Für die Schweiz problematisch und umstritten ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine reine Vermögensschädigung das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit erfüllt, das für die Begründung einer ausservertraglichen Haftung normalerweise erforderlich ist (vgl. dazu unten Ziff. IV).
- Der *Reflexschaden* einer Person hat seine Ursache darin, dass zunächst eine andere Person

¹⁴ Vgl. dazu auch FELLMANN, zit. in Anm. 2, S. 882 f.; TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 13 f.

¹⁵ Gleicher Meinung: TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 14; vgl. auch LG Zweibrücken, NJW 1993, S. 3207.

¹⁶ Parallele Probleme stellen sich z.B. auch im Zusammenhang mit *Ordensgemeinschaften*. In einem Gutachten vom 14. Januar 1966 hatte PETER JÄGGI sich mit der Frage zu befassen, ob ein verunfallter Ordensbruder Schadenersatz wegen verminderter Arbeitsfähigkeit verlangen könne, obwohl er seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Ordens gestellt und dementsprechend kein persönliches Einkommen hatte. Die Frage wurde von JÄGGI bejaht: mit der Begründung, dass der Verunfallte wirtschaftlich vollständig in den Orden integriert sei, weshalb der Schaden, den er infolge der Arbeitsunfähigkeit erleide, sogleich auf die Ordensgemeinschaft durchschlage und demzufolge dem unmittelbaren Reflexschaden entspreche, der dem Orden entstehe. Diese Auffassung beruhe auf einem allgemeinen Grundsatz, der für jeden Fall einer gänzlichen oder teilweisen Integration des Verunfallten in einen umfassenden wirtschaftlichen Verband gelte. In einem analogen Fall (verunfallter Ordensbruder einer Benediktiner-Abtei mit Organistenfunktion) hat das Oberlandesgericht Celle (trotz erhöhter „Ersatzfreudigkeit“ der deutschen Rechtsprechung) gegenteilig entschieden, unter anderem auch mit dem Hinweis, dass die Rechtsprechung zum Haushaltschaden der ehelichen Hausfrau auf einen derartigen Fall nicht anzuwenden sei (OLG Celle, NJW 1988, S. 2618).

¹⁷ Statt vieler: GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS Keller, Zürich 1989, S. 117 ff.; LORANDI, Haftung für reinen Vermögensschaden, *recht* 1990, S. 19 ff.

(z.B. ein Arbeitnehmer oder ein Angehöriger) von einem schädigenden Ereignis betroffen (z.B. am Körper verletzt oder getötet) wurde. Sein spezifisches Merkmal besteht nur und gerade in dieser Besonderheit des Kausalverlaufes.¹⁸ Dennoch wird die Frage, ob der Verursacher des ersten Schadens auch für den Reflexschaden einzustehen hat, immer noch problematisiert¹⁹, was erstaunlich, vielleicht aber damit zu erklären ist, dass juristische Begriffe die Tendenz zur Entfaltung eines juristischen Eigenlebens haben. In Wirklichkeit besteht kein Grund, den umschriebenen Reflexschaden haftpflichtrechtlich anders zu behandeln als irgend einen andern Schaden.²⁰ Der Verursacher haftet für den Reflexschaden, sofern die Voraussetzungen der Haftpflicht auch vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit her²¹ erfüllt sind, und zwar unbekümmert um die Besonderheit des Kausalverlaufes.²² In vielen Fällen allerdings handelt es sich beim Reflexschaden um einen reinen Vermögensschaden, was sich nach der Person des Reflexgeschädigten beurteilt²³ und im Falle der Bejahung zur erwähnten Problematik des reinen Vermögensschadens zurückführt. Unproblematisch ist die Rechtslage für den Versorgerschaden, da die Ersatzpflicht für diesen Reflexschaden (der ein reiner Vermögensschaden ist) in Art. 45 Abs. 3 OR explizit geregelt wird.

- Die „*perte d'une chance*“²⁴ ist eine Figur, die sich hauptsächlich aus der Beweisproblematik herleitet. Nach der Idee der vor allem in Frankreich entwickelten Figur²⁵ kann auch der [228] Verlust einer Chance, eine bestimmte Vermögensvermehrung zu erzielen oder eine Verminderung zu vermeiden, ein eigenständiger Schadensposten sein. Praktische Bedeutung erlangt diese Idee z.B. dann, wenn ein kurz vor Spielbeginn verletzter Tennisstar zur späteren Begründung seiner Schadenersatzforderung behauptet, er hätte das infolge seiner Verletzung verpasste Spiel und damit auch die Siegerprämie gewonnen; oder wenn ein Kranker behauptet, bei richtiger Diagnose des konsultierten Arztes wäre eine Verschlimmerung der Krankheit mit dem damit verbundenen Aufwand an Heilungskosten vermeidbar gewesen und vermieden worden.

-
- 18 Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 93 f. Zu einer abweichenden Begriffsbestimmung, die das Bundesgericht verwendet, siehe die nachfolgende Anm. 22.
- 19 Vgl. statt vieler: BREHM, Berner Kommentar, N 17 ff. zu Art. 41 OR; MEIERHANS, Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden, *recht* 1994, S. 202 ff.; GUILLOD (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité*, Zürich 1991, S. 239 ff. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. MEIERHANS, *recht* 1994, S. 204 ff., und die Übersicht in BGE 112 II 124 ff.
- 20 Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 93 ff.
- 21 Für die Frage, ob das Erfordernis der Widerrechtlichkeit erfüllt ist, kommt es allein auf den Reflexschaden an. Widerrechtlich muss die Schädigung sein, die der *Reflexgeschädigte* selbst erlitten hat (vgl. OFTINGER/STARK I, S. 95).
- 22 Im Ergebnis entspricht dies auch der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 112 II 125 ff.), die aber den *widerrechtlich* zugefügten Reflexschaden als Direktschaden behandelt (vgl. auch BGE 102 II 89), was zu einer unheilvollen Begriffsverwirrung führt. Um Missverständnisse zu vermeiden, bleibt also stets zu beachten: Nach der Begriffsbestimmung des Bundesgerichts ist ein *widerrechtlich* Geschädigter auch dann ein *unmittelbar* (nicht nur reflektorisch) Geschädigter, „wenn sich in der Kausalkette zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Geschädigten eine mit diesem in Beziehung stehende Person befindet“ (BGE 112 II 222).
- 23 Es kommt also darauf an, ob *sein* Schaden (nicht der Schaden der Ersperson) ein reiner Vermögensschaden ist.
- 24 Vgl. darüber: STARK, Die „*Perte d'une chance*“ im schweizerischen Recht, in: GUILLOD (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, S. 101 ff.
- 25 Vgl. CHABAS, *La perte d'une chance en droit français*, in: GUILLOD (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, S. 131 ff.

Nach dem heute praktizierten Recht hat der schweizerische Richter in solchen Fällen nur die Wahl, die gegen den Haftpflichtigen erhobene Behauptung auf Grund der bestehenden Beweislage als zutreffend anzuerkennen oder nicht, was von daher zu einer Zusprechung oder zu einer Abweisung der geltend gemachten Schadenersatzforderung führt.²⁶ Nach Massgabe der erwähnten Rechtsfigur („perte d'une chance“) wäre er dagegen befugt, je nach dem Prozentsatz der verlorenen Sieges- oder Heilungschance einen Teilbetrag des Schadens (z.B. 60% der Prämie oder der Kosten) zuzusprechen. Obwohl die Figur zu einer verfeinerten Rechtsprechung führen könnte, ist bei der Beharrlichkeit der hiezulande praktizierten Prinzipien kaum anzunehmen, dass sie demnächst auch im schweizerischen Rechte heimisch wird. Anwendungsfälle allerdings gäbe es viele, auch ausserhalb des Deliktsrechts. „Neben den Ärzthaftpflichtfällen, der Vereitelung der Teilnahme an einem Wettbewerb und dem Verpassen einer Berufungsfrist durch einen Anwalt ist [z.B.] auch an Fehler bei der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft, ohne die diese einen bestimmten Verlust nicht erlitten hätte, zu denken“.²⁷

III. Der Kausalzusammenhang²⁸

1. Die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR setzt voraus, dass zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Analoges gilt für andere Haftungsfälle. Auch für sie gilt das Erfordernis, dass der Schaden durch einen Umstand verursacht wird, für den der Schädiger einzustehen hat. Der vorausgesetzte Kausalzusammenhang hat ein **Doppelsicht**, weil man bekanntlich zwischen einem „natürlichen“ und einem „adäquaten“ Kausalzusammenhang unterscheidet.²⁹

a. Der „*natürliche*“ *Kausalzusammenhang* wird auch als „logischer“ oder „materieller“ Zusammenhang bezeichnet³⁰. Nach eingebürgerter Formel („condicio sine qua non“) liegt er vor, wenn zwischen dem haftungsbegründenden Umstand und dem Schaden ein „Bedingungs-zusammenhang“ in dem Sinne besteht, dass der Umstand nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der Schaden entfällt.

Die soeben erwähnte Formel steht wie ein erratic Block im schweizerischen Haftpflichtrecht, ist aber keineswegs über jede Kritik erhaben.³¹ Insbesondere liegt auf der Hand, dass die Formel ungeeignet ist, die Kausalitätsfrage tatsächlich („naturwissenschaftlich“) zu beantworten. Vielmehr arbeitet sie mit einer schieren Hypothese, was besonders deutlich zum Ausdruck kommt, wenn es um die Schädigung durch Unterlassen geht.³² Dennoch nehmen herrschende Lehre und

²⁶ Bei zusprechendem Entscheid bestimmt der Richter die Grösse des zu ersetzenden Schadens nach Massgabe der Art. 43/44 OR, was aber nichts an der erwähnten Alternative ändert.

²⁷ STARK, zit. in Anm. 24, S. 109.

²⁸ Überblick: OFTINGER/STARK I, S. 106 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 52 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 516 ff.

²⁹ Vgl. dazu auch KRAMER, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, S. 289 ff.

³⁰ Vgl. z.B. BREHM, Berner Kommentar, N 105 zu Art. 41 OR.

³¹ Vgl. z.B. HONSELL, Entwicklungstendenzen im Haftpflichtrecht, in: HONSELL/REY (Herausgeber), Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 30 ff.

³² „An sich kann ein *Unterlassen* keinen äusseren Erfolg erzeugen, es ist somit, für sich allein betrachtet, nicht kausal. Dass man dennoch einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und einem

Rechtsprechung an, die Frage der „natürlichen“ Kausalität sei eine Tatfrage und damit der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts entzogen.³³

Für die Zukunft bleibt gewiss zu überlegen, ob sich die „Condicio-Formel“ durch ein besseres Kriterium ersetzen liesse. Vorderhand ist ein praktikabler Alternativvorschlag jedoch nicht in Sicht. Dazu kommt, dass nur wenige Juristen mit den unwälzenden Erkenntnissen der modernen Physik vertraut sind, was aber erforderlich wäre, um über die Kausalitätsfrage ernsthaft nachzudenken.

b. [229] Der „adäquate“ Kausalzusammenhang. Er ist eine Kreation der Doktrin und Praxis, die zum Zwecke hat, die Haftung zu begrenzen.³⁴ Nach eingebürgerter Formel erweist sich ein konkretes Ereignis dann als eine adäquate (und damit rechtserhebliche) Schadensursache, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung generell³⁵ geeignet war, einen solchen Schaden herbeizuführen, weshalb der Eintritt des Erfolges durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.³⁶ Ob dies im Einzelfall zutrifft, hat der Richter durch eine „nachträgliche Prognose“ zu entscheiden, indem er die Frage in Kenntnis des gesamten Schadensverlaufs (und damit rückblickend, ex post) beurteilt.³⁷

- *Wie* der schweizerische Richter in Tat und Wahrheit entscheidet, wurde bis anhin noch nie wissenschaftlich untersucht. Obwohl die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang durch eine „unüberblickbare Flut von Schriften“ abgedeckt wird³⁸, erscheint es zumindest als zweifelhaft, dass der „wirkliche“ Richter sich bei seiner Entscheidung von der komplizierten Formel der Adäquanzlehre leiten lässt. Das gilt umso mehr, als die Lehre voller Unsicherheiten steckt, die den Rechtsanwendenden (wenn es „konkret“ wird) auf den „gesunden Menschenverstand“³⁹ oder die „praktische Vernunft“⁴⁰ zurückverweisen. Mit Rücksicht darauf wäre es nicht erstaunlich, würde die Formel vom Urteilenden lediglich dazu benützt, um ein „vernünftiges“ Vor-Urteil im nachhinein „rechtswissenschaftlich“ abzudecken. Ausserdem zeigt ein Blick in die Judikatur, dass die Adäquanztheorie nur selten zu einem Haftungsausschluss führt. Vielmehr neigt die Gerichtspraxis⁴¹ dazu, dem Schädiger des öfters auch singuläre, d.h. „aussergewöhnliche Folgen“ zuzurechnen.⁴²

Schaden annehmen kann, erfolgt durch Zuzug einer Hypothese: Man vergleicht das tatsächliche Ergebnis mit dem hypothetischen Resultat, das vorliegen würde, falls statt einer Unterlassung die erwünschte Handlung erfolgt wäre“ (BREHM, Berner Kommentar, N 108 zu Art. 41 OR). In Wirklichkeit wird damit aber kein „natürlicher“ Zusammenhang hergestellt, sondern ein „normativer“ (HONSELL, zit. in Anm. 31, S. 31).

33 Vgl. BREHM, Berner Kommentar, N 110 zu Art. 41 OR, mit Hinweisen; KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 291.

34 Vgl. etwa GIGER, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: FS Keller, Zürich 1989, S. 141 ff. BGE 93 II 337 f.

36 BGE 102 II 237; 112 II 442; BREHM, Berner Kommentar, N 120 ff. zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK I, S. 110 f.

37 Nachweise bei BREHM, Berner Kommentar, N 122 zu Art. 41 OR und OFTINGER/STARK I, S. 115.

38 Vgl. schon GIGER, zit. in Anm. 34, S. 146, mit eindrucklichem Literaturnachweis.

39 Vgl. z.B. WEITNAUER, in: FG Oftinger, Zürich 1969, S. 336 f.

40 OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 76.

41 Fallbeispiele aus der Praxis des Bundesgerichts bei GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Aufl., Zürich 1992, S. 94 f.

42 Vgl. FELLMANN, zit. in Anm. 2, S. 883, der ausserdem auf die Gefahr hinweist, „dass sich das Bundesgericht an die Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes anlehnt, nach dessen Urteilen der Unfall auch für die aussergewöhnlichsten Gesundheitsstörungen ... adäquat kausal ist, wenn es sich nur sozial rechtfertigt,

- Wie dem auch sei, – sicher ist, dass die Lehre vom „adäquaten Kausalzusammenhang“ mit „Verursachung“ im eigentlichen Sinne nichts zu tun hat⁴³, sondern ein „Korrektiv“ bereitstellt, das es gestatten soll, die Zurechnung gänzlich unwahrscheinlicher Schadensfolgen normativ auszuschliessen. Trotz vielfältiger Anfechtung⁴⁴ (und trotz mannigfacher Ersatztheorien⁴⁵) hat die Adäquanzlehre im Figurenkabinett des schweizerischen Haftpflichtrechts einen festen Platz erobert und bis heute beibehalten.⁴⁶ Von einem Teil der Lehre wird sie zwar für den Bereich der Verschuldenshaftung abgelehnt⁴⁷, während man in Deutschland dafür hält, dass das Kriterium der Adäquanz im Bereiche der Gefährdungshaftung durch das der spezifischen Gefahr verdrängt werde.⁴⁸ Was die Verschuldenshaftung angeht, steht meines Erachtens fest, dass die Adäquität kein Kriterium ist, das eine Begrenzung der Vorsatzhaftung zu rechtfertigen vermag.

2. Wie soeben gezeigt wurde, bietet die Lehre vom Kausalzusammenhang, schon was das Grundsätzliche angeht, reichhaltigen Diskussionsstoff. Darüber hinaus gibt es spezifische **Problemfälle**, welche die Juristen seit Generationen (und auch heute noch) beschäftigen. Dazu gehören z.B. die „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“, der „psychisch vermittelte Kausalzusammenhang“⁴⁹, das „Fehlverhalten des Verletzten“, vor allem aber:

- Die *Fälle der kumulativen und alternativen Kausalität*. Sie bewegen sich auf einem niedrigen „Schwierigkeitsgrad“. Bei der kumulativen Kausalität⁵⁰ versagt zwar die „Conditio sine qua non-Formel“; doch ist unzweifelhaft, [230] dass bei gegebenen Voraussetzungen alle „Verursacher“ haften. Bei der alternativen Kausalität⁵¹ haftet nur, wer für die tatsächliche Schadensursache eintreten muss, was zu Beweisproblemen führen kann. Doch ist sorgfältig darauf zu achten, ob in Wirklichkeit nicht ein Fall von Art. 50 Abs. 1 OR vorliegt. Nach einem „Erweiterungsvorschlag“ von HONSELL sollte Art. 50 Abs. 1 OR sinngemäss auch dann zur Anwendung kommen, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat.⁵² Meines Erachtens ist der Vorschlag aber schon deshalb abzulehnen, weil es für den vor-

dem Geschädigten den Schaden abzunehmen“.

43 Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 109.

44 Nachweise bei BREHM, Berner Kommentar, N 150 ff. zu Art. 41 OR; vgl. z.B. auch TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 23 f.

45 Beispiel: Normzwecktheorie.

46 Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 109 ff.

47 Vgl. z.B. DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 61; ähnlich (aber „vorsichtiger“) GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991 (Nachdruck 1995), S. 65.

48 Vgl. LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994, S. 604, mit Hinweisen zur BGH-Rechtsprechung.

49 Nothilfefälle, Fluchtfälle etc.

50 Bei *kumulativer* Kausalität beruht der Schaden auf *mehreren* Ursachen, von denen *jede für sich allein* genügt hätte, um den Schaden herbeizuführen. Schulbeispiel: Zwei Bauern leiten (unabhängig voneinander) Jauche in einen Fischteich, und zwar in einem Ausmass, dass jede Verschmutzung für sich ausgereicht hätte, um das bewirkte Fischsterben auszulösen (HONSELL, zit. in Anm. 31, S. 33).

51 Von *alternativer* Kausalität spricht man dann, wenn von *mehreren* Ursachen, die in Frage kommen, nur *eine* Ursache kausal sein kann. Beispiel: Eine Gesundheitsschädigung beruht auf der Einnahme entweder des Medikaments A (Firma A) oder des Medikaments B (Firma B).

52 HONSELL, zit. in Anm. 31, S. 33.

geschlagenen Analogieschluss an der vorausgesetzten Gleichwertigkeit der Tatbestände⁵³ fehlt. Wertungsmässig macht es einen wesentlichen Unterschied, ob mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet haben (Art. 50 Abs. 1 OR) oder nur ungewiss ist, wer von den Mehreren der Verursacher ist. Auch die Feststellung, dass die gerichtspraktische Anwendung des Art. 50 OR in vielen Fällen zu einer Haftung ohne nachgewiesene Kausalität führt⁵⁴, ändert nichts an der klaren Rechtslage, sondern ist höchstens ein Grund, die Praxis dem geltenden Rechte anzupassen.

- Die *Fälle der überholenden und der hypothetischen Kausalität*.⁵⁵ Bei der überholenden Kausalität wirkt sich eine mögliche Schadensursache, für die A haften würde, nur deshalb nicht aus, weil der betreffende Schaden durch ein anderes Ereignis herbeigeführt wird, für das A nicht einzustehen hat.⁵⁶ Die Rechtslage ist klar. A haftet nicht, weil er den Schaden gar nicht verursacht hat. Das gilt aber immer nur, wenn das „andere“ Ereignis nicht zum Kausalbereich der ersten Ursache gehört.⁵⁷

Bei der *hypothetischen Kausalität*⁵⁸ führt das eine Ereignis, für das A grundsätzlich haftet, den Schadenseintritt tatsächlich herbei, das andere Ereignis hätte aber ebenfalls zum Schadenseintritt geführt, wäre das erste Ereignis nicht zuvorgekommen.⁵⁹ Kann sich A von seiner Schadenersatzpflicht mit dem Hinweis befreien, dass der Schaden ohnehin eingetreten wäre, weshalb es nach der Lehre von der „condicio sine qua non“ an einer haftungsbegründenden Kausalität fehle? Die Frage, die sich namentlich auch für die sogenannten „Anlagefälle“ stellt, ist nach wie vor umstritten (zum Meinungsstand vgl. BGE 115 II 443 f.⁶⁰). Bei richtiger Betrachtung reduziert sich das Problem auf eine Frage der Schadensberechnung.⁶¹

- Die *Fälle der konstitutionellen Prädisposition*, bei denen ein Schaden „nur dadurch eingetreten oder doch vergrössert worden ist, weil der Ersatzberechtigte infolge Krankheit, Disposition zur Krankheit oder Anomalien besonders anfällig gewesen“ ist.⁶² Die so verstandene Prädisposition des Geschädigten (unter Einschluss psychischer Konstitutionsmängel⁶³) ist prinzipiell kein

⁵³ Zu diesem Erfordernis vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 347 zu Art. 1 ZGB.

⁵⁴ ALFRED KOLLER, Diskussionsbeitrag in: GUILLOD (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, S. 168.

⁵⁵ Vgl. BREHM, Berner Kommentar, N 147 f./149 zu Art. 41 OR. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. So wird bisweilen auch von „hypothetischer“ Kausalität gesprochen, wenn eine „überholende“ Kausalität im hier verstandenen Sinne gemeint ist, oder umgekehrt (vgl. z.B. OFTINGER/STARK I, S. 250).

⁵⁶ Beispiel: Der tödlich Verletzte stirbt nicht an seinen Verletzungen, sondern an einem davon unabhängigen Herzschlag, der dem Verletzungstod zuvorkommt.

⁵⁷ Stirbt der tödlich Verletzte z.B. an einem Unfall auf dem Spital-Transport oder an einem Kunstfehler des Operateurs, so kann der Verletzer für die Folgen des Todes haften, falls man auch die Adäquanz des Kausalzusammenhanges bejaht.

⁵⁸ Sie ist zu unterscheiden von der Figur des „rechtmässigen Alternativverhaltens“. Darüber: KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 292 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 644 ff.

⁵⁹ Beispiel: Der auf dem Weg zum Flughafen Verletzte stirbt, wäre aber ohnehin umgekommen, weil das anvisierte Flugzeug abstürzt.

⁶⁰ Neuere Literatur bei REY, zit. in Anm. 4, Nr. 611 f.

⁶¹ Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 250 ff.; zum ganzen Problemkreis siehe auch KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 301 ff.

⁶² LANGE, *Schadenersatz*, 2. Aufl., Tübingen 1990, S. 130. Die Terminologie ist wiederum nicht einheitlich, indem der Ausdruck „konstitutionelle Prädisposition“ bis weilen auch für die sogenannten „Anlagefälle“ verwendet wird (vgl. z.B. OFTINGER/STARK I, S. 143 f., lit. b).

⁶³ Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 276 ff.

Entlastungsgrund, der die Ersatzpflicht des Schädigers beseitigt oder herabsetzt. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass der Schädiger den Ersatzberechtigten in der Weise akzeptieren muss, wie dieser realiter ist.⁶⁴ Dementsprechend wird die deutsche und die schweizerische Rechtsprechung beherrscht vom Satz⁶⁵: „Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen [231] handelt, hat kein Recht, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe“ (z.B. BGHZ 20, 137, 139; praktisch gleich, aber ohne „Quellenangabe“: BGE 113 II 90⁶⁶).⁶⁷

Der Grundsatz wird indes abgeschwächt, indem Rechtsprechung und Lehre bereit sind, die Ersatzpflicht des Schädigers in besondern („seltensten“⁶⁸) Ausnahmefällen zu ermässigen oder von ihr zu entbinden⁶⁹, was sich (wenn es sein soll) mit Fehlen der Adäquanz oder mit dem Gedanken des Art. 44 OR „begründen“ lässt. In dieser Abschwächung widerspiegelt sich die Verkehrsauffassung, wonach es „für den Mangel an physischer oder psychischer Resistenzkraft eine Untergrenze“ geben muss, „von der an der Risikobereich des an sich Ersatzpflichtigen endet“.⁷⁰ Auf die Frage allerdings, wo die Grenze zu ziehen sei, kann es keine allgemeine (formelhafte) Antwort geben, da alles von der Bewertung des Einzelfalles abhängt.⁷¹ Das gilt auch für die Fälle, da die konstitutionelle Prädisposition in einer neurotischen Veranlagung liegt⁷², ohne dass es sich rechtfertigen würde, eine Anfälligkeit auf Neurosen gegenüber physischen Konstitutionsmängeln zu diskriminieren. Das letztere ist deshalb zu betonen, weil die Kasuistik, wie sie etwa bei BREHM (Berner Kommentar, N 59 zu Art. 44 OR) zitiert wird, einen andern Eindruck erweckt.

- Die *Schockschäden Dritter*. Es handelt sich um Personenschäden, die durch psychische Einwirkung hervorgerufen werden, und damit um eine *widerrechtliche* Schädigung im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGE 112 II 118 ff.). Typisch ist der Fall, da jemand einen seelischen Schock deshalb erleidet, weil er einen tödlichen Unfall eines Angehörigen unmittelbar miterlebt oder mittelbar von ihm erfährt. Haftet der für den Unfall Verantwortliche auch für den

⁶⁴ Vgl. LANGE, zit. in Anm. 62, S. 131. Das gleiche gilt auch in anderer Hinsicht, namentlich dann, wenn der Getötete oder Verletzte über ein sehr hohes Einkommen verfügt hatte. Vorbehalten bleiben gesetzliche Sonderregeln, die aus diesem Grund eine Ermässigung der Haftpflicht erlauben (z.B. Art. 62 Abs. 2 SVG oder Art. 4 EHG). Das OR enthält keinen gleichlautenden Vorbehalt, was OFTINGER/STARK I, S. 410, als gerechtfertigt erachten, weil nicht einzusehen sei, „weshalb – ohne Notlage des Haftpflichtigen – Personen mit ungewöhnlich hohem Einkommen einen Teil ihres Verdienstausfalles selber tragen sollen“. REY, zit. in Anm. 4, dagegen möchte das „ungewöhnlich hohe Einkommen“ als Umstand im Sinne des Art. 43 OR berücksichtigen (Nr. 438).

⁶⁵ LANGE, zit. in Anm. 62, S. 130.

⁶⁶ „Wer ... widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletzt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte.“

⁶⁷ Anders verhält sich die Rechtslage, wenn es um besondere Anfälligkeit von Sachgütern oder Tieren geht, die „dem Schädiger nicht in gleichem Masse zuzurechnen (ist) wie physische oder psychische Konstitutionsmängel eines Menschen“ (LANGE, zit. in Anm. 62, S. 133).

⁶⁸ OFTINGER/STARK I, S. 143.

⁶⁹ Vgl. BGE 113 II 90; BREHM, Berner Kommentar, N 54 ff. zu Art. 44 OR; OFTINGER/STARK I, S. 142 f.

⁷⁰ LANGE, zit. in Anm. 62, S. 132.

⁷¹ OFTINGER/STARK I, S. 143, halten sogar dafür, dass auch die Versicherungsfrage in die Beurteilung einzu beziehen sei, indem sie eine Reduktion der Ersatzpflicht praktisch ausschliessen, soweit „der für den Schaden Verantwortliche durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt ist“.

⁷² Vgl. etwa KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 75 f.

Schockschaden? Im soeben zitierten BGE 112 II 118 ff. hat das Bundesgericht die Frage für einen Fall bejaht, da ein Vater ob der Botschaft über die Tötung seiner beiden Söhne einen Nervenzusammenbruch mit anschliessender Teil-Arbeitsunfähigkeit und damit einen Reflexschaden (im vorne umschriebenen Sinne) erlitt. Damit hat es gewiss einen richtigen Entscheid getroffen, und zwar unbekümmert darum, dass der Schaden „nur“ durch psychische Kausalität vermittelt wurde.⁷³ Indes führt der Entscheid zu einer Reihe weiterer Fragen⁷⁴, auf die er selber keine Antwort gibt. Insbesondere fragt sich:

Wie weit ist der Kreis der Ersatzberechtigten zu ziehen? Gehören dazu nur „nahe Angehörige“? Oder auch Freunde, Konkubinatspartner oder gar Fremde, die den Unfall eines Unbekannten miterleben? Sind der Tötung eines Angehörigen oder Dritter auch andere Ereignisse (etwa die Verletzung oder Bedrohung eines Mitmenschen oder gar eine Sachbeschädigung) gleichzustellen? Wie „nahe“ muss das schockauslösende Erleben sein? Genügt z.B. die über die Medien verbreitete Nachricht über den Absturz eines Flugzeuges, in dem ein Angehöriger reiste?

Dass die Beantwortung dieser Fragen „weiterer, wertender Erwägungen“⁷⁵ bedarf, steht fest. Die deutsche Rechtsprechung operiert dabei mit dem Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhanges.⁷⁶ In gleicher Weise wird nach dem heutigen Stand der Dinge auch die schweizerische Judikatur verfahren, und wäre es auch nur, um der wertenden Entscheidung „wenigstens eine Etikette umhängen zu können“.⁷⁷ Ist die Schockwirkung durch eine psychische Prädisposition des Geschädigten beeinflusst, so gilt das, was über die konstitutionelle Prädisposition gesagt wurde. Dem Grundsatz nach gilt also auch im vorliegenden Zusammenhang, dass der Ersatzpflichtige den Geschädigten so hinnehmen muss, wie er eben einmal ist.

IV. Die Widerrechtlichkeit⁷⁸

1. [232] Der Grundsatz ist klar: Ausservertragliche Haftpflicht setzt eine „widerrechtliche“ Schädigung voraus, was die Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 OR zum Ausdruck bringt. Klar ist im übrigen auch, dass das Bundesgericht sich heutzutage zur **objektiven Widerrechtlichkeitstheorie** bekennt. Danach ist eine Schadenszufügung unter Vorbehalt allfälliger Rechtfertigungsgründe dann widerrechtlich, „wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)“ (BGE 119 II 128). „Die im objektiven Normverstoss begründete Widerrechtlichkeit entfällt daher, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll (BGE 116 Ib 373)“ (BGE 119 II 128 f.; vgl. auch BGE 120 II 335).⁷⁹

⁷³ Vgl. dazu auch KÖTZ, Deliktsrecht, 7. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1996, S. 69.

⁷⁴ Vgl. dazu und zu den folgenden Beispielen: KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 312 ff.

⁷⁵ KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 315.

⁷⁶ KÖTZ, zit. in Anm. 73, S. 69.

⁷⁷ KRAMER, zit. in Anm. 29, S. 315.

⁷⁸ Überblick: OFTINGER/STARK I, S. 165 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 67 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 665 ff.

⁷⁹ Zur Widerrechtlichkeit bei Schädigung durch Unterlassen vgl. BGE 115 II 15 ff.

2. Die Widerrechtlichkeits-Formel des Bundesgerichts harmoniert mit der herrschenden Lehre, was das Gericht ausdrücklich erwähnt (BGE 119 II 128). Doch zeigt ein Blick in die neuere Literatur, dass sie weder unangefochten noch unanfechtbar ist.⁸⁰ Das ist durchaus verständlich. Denn bei vertiefter Analyse melden sich **Zweifel**, ob die Formel tatsächlich ausreicht, um die „Widerrechtlichkeitsfrage“ befriedigend zu lösen. Die Gründe, die daran zweifeln lassen, sind mannigfach, was schon die folgenden Hinweise zeigen⁸¹:

- Nach der Formel des Bundesgerichts genügt es für die Erstellung der Widerrechtlichkeit, dass *entweder das Merkmal des Erfolgsunrechts oder dasjenige des Verhaltensunrechts* erfüllt ist. Das aber entspricht keineswegs „konstanter“ Rechtsprechung. Jedenfalls hat das Bundesgericht noch in *BGE 82 II 28* anders entschieden, indem es eine schwere Körperverletzung des Geschädigten nicht als ausreichend gelten liess, sondern die Widerrechtlichkeit des schädigenden Verhaltens nur unter Hinweis auf die Verletzung des Gefahrensatzes anerkannte. Dass der Gefahrensatz⁸², und dessen Verletzung zur Begründung der Widerrechtlichkeit taugen würde, wird in *BGE 119 II 129* in Abrede gestellt, jedoch ohne Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung.
- Nach der Formel des Bundesgerichts ist eine *reine Vermögensschädigung* widerrechtlich nur dann, wenn der Schädiger eine einschlägige Schutznorm verletzt, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll. Abgesehen davon, dass der reine Vermögensschaden in Form des Versorgerschadens schon nach expliziter Anordnung des Art. 45 Abs. 3 OR ersatzfähig ist, begründet diese Regel eine „aleatorische“ Rechtslage, da es vom reinen Zufall abhängt, ob für den konkreten Schadensfall eine passende Schutznorm zur Verfügung steht oder nicht. Verläuft die „Normenjagd“ ergebnislos, bleibt dem Rechtsanwender nichts anderes übrig, als nach Auswegen zu suchen, wenn er den Geschädigten dennoch als schutzwürdig erachtet. *Die Auswege*, welche die juristische Phantasie bereithält, sind vielfältig und wohlbekannt, weshalb einige Stichworte⁸³ genügen:
 - (1) Ein *erster Ausweg* besteht darin, dass eine Schutznorm zur Anwendung gelangt, die es in Wirklichkeit gar nicht oder nicht mit dem angeblichen Schutzzweck gibt. Beispiele: Haftung für ausservertragliche Auskunftserteilung (*BGE 57 II 86*; *80 III 54*; *111 II 474*) und Haftung für Kabelbruchfälle (*BGE 102 II 85 ff.*). Für die Kabelbruchfälle ruft das Bundesgericht die strafrechtliche Bestimmung des Art. 239 StGB zu Hilfe. Und für die Auskunftsfälle verweist es auf ein „Gebot der allgemeinen Rechtsordnung, ...wahrheitsgetreue Auskunft zu geben“ (*BGE 57 II 86*). Ausserdem wird in den zuletzt genannten Auskunftsfällen die Wi-

⁸⁰ Zu erwähnen sind etwa der kreative Aufsatz von PETER JÄGGI über den „Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung“ (FS Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.), worin JÄGGI von einem allgemeinen Schädigungsverbot ausgeht und auch die Verletzung relativer Pflichten deliktsrechtlich erfasst; oder die mutige These von BRUNO GABRIEL, der im Sinne der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie jede Schädigung ohne Rechtfertigungsgrund als widerrechtlich erachtet (BRUNO GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Diss. Freiburg 1987).

⁸¹ Vgl. dazu bereits GAUCH/SWEET, zit. in Anm. 17, S. 117 ff.

⁸² Nach dem Gefahrensatz ist derjenige, der einen Zustand schafft oder aufrechterhält, der einen anderen schädigen könnte, rechtlich verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen (REY, zit. in Anm. 4, Nr. 753 ff., mit zahlreichen Zitaten).

⁸³ Im einzelnen: GAUCH/SWEET, zit. in Anm. 17, S. 121 ff.

derrehtlichkeit auch von der „Absicht“ oder „Leichtfertigkeit“ des Schädigers abhängig gemacht, weshalb hier Widerrehtlichkeit und Verschulden ineinandergreifen.

- (2) [233] Ein *zweiter Ausweg* ist die Flucht in die Kategorien des Vertragsrechts. Die Vehikel sind: Culpa-Haftung, Drittschutzwirkung von Verträgen, Drittschadensliquidation und vertragsähnliche Vertrauenshaftung⁸⁴.
 - (3) Ein *dritter (radikaler) Ausweg* besteht im Verzicht auf das Erfordernis der (objektiv verstandenen) Widerrehtlichkeit. Dieser Ausweg wird insbesondere dann gewählt, wenn unvermeidbare Bauimmissionen bewirken, dass benachbarte Geschäftsbetriebe Geschäftseinbussen erleiden (BGE 91 II 100 ff.; 114 II 230 ff.).⁸⁵
- Die Formel des Bundesgerichts führt zu *merkwürdigen Differenzierungen*. Wer z.B. eine Produktionsmaschine beschädigt, haftet ihrem Eigentümer unter dem Gesichtspunkt der Widerrehtlichkeit auch für den Produktionsverlust, der als Folgeschaden zum Sachschaden gehört⁸⁶. Hingegen fehlt es (falls nicht irgendeine Schutznorm eingreift) an der Haftungsvoraussetzung der Widerrehtlichkeit, wenn die Maschine ohne Beschädigung nur gestoppt wird.
 - Die Formel des Bundesgerichts kann zu *stossenden Ergebnissen* führen, wenn sie strikte („auswegslos“) angewandt wird. Ein Beleg aus neuerer Zeit ist der „Böschungsfall“:
 Nach der Sanierung einer rutschgefährdeten Böschung verlangten die Bauherren vom ursprünglichen Bauunternehmer (unter anderem) deliktischen Schadenersatz für die aufgewendeten Sanierungskosten. „Das widerrehtliche Verhalten erblickten sie im Umstand, dass die instabile Böschung ... eine Gefahr für Leib und Leben sowie für Sachen bedeutet habe.“ „Diese absolut geschützten Rechtsgüter werden“ nach der Diktion des bundesgerichtlichen Entscheides „indessen erst verletzt, wenn der Hang tatsächlich rutscht. Zu ersetzen ist dann der an Sachen und Menschen entstandene Schaden. Den Eintritt dieses schädigenden Ereignisses haben die Kläger aber mit der vorgenommenen Sanierung verhindert. Art. 41 OR bildet entgegen ihrer Auffassung keine genügende Grundlage, um die Kosten einer solchen präventiven Schadensabwehr auf einen Dritten abzuwälzen“ (BGE 117 II 269 f.). Der Entscheid ist umso stossender, als er die vom Schaden Bedrohten vor die Wahl stellt, entweder den drohenden Schaden auf eigene Rechnung abzuwehren oder sich im Falle des Schadenseintritts eine Minderung des Ersatzanspruches nach Massgabe des Art. 44 OR gefallen zu lassen.

Wer Bedenken anmeldet, wird gefragt, wie Abhilfe zu schaffen sei. Das allerdings ist der Punkt, der mich insofern in Schwierigkeiten bringt, als ich selber keine patente „Gegenformel“ anzubieten ha-

⁸⁴ Illustrativ: BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Fall): Vertrauenshaftung einer Muttergesellschaft aus Erklärungen, die sie gegenüber Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaft abgibt. Allgemein: WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 ff.

⁸⁵ Pro memoria: Bei öffentlichen Bauarbeiten tritt das Enteignungsrecht an die Stelle der privatrehtlichen Haftung (BGE 117 Ib 15 ff.; 119 Ib 341 ff.). Zum Ganzen jetzt auch THOMAS ENDER, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Diss. Freiburg 1995.

⁸⁶ Nach traditioneller Doktrin liegt die Widerrehtlichkeit bei Sachschäden zwar in der Eigentumsverletzung. Dessen ungeachtet entspricht es aber allgemeiner Auffassung, dass Gegenstand des Schadenersatzanspruches (unter Vorbehalt anderslautender Spezialgesetze) auch der entgangene Gewinn und der sonstige mittelbare Schaden sein können, den der Eigentümer der betroffenen Sache als Folgeschaden erleidet (vgl. REY, zit. in Anm. 4, Nr. 311).

be.⁸⁷ Doch erscheint es mir richtig, zwar bei der Formel des Bundesgerichtes anzusetzen, die darin anerkannten Fälle von Widerrechtlichkeit aber durch zusätzliche Kategorien zu ergänzen, die eine erweiterte Öffnung des Deliktsrechts für reine Vermögensschäden gestatten.⁸⁸ In welcher Weise dies geschehen soll, bedarf einer vertieften Diskussion, die ohne Angst vor dem Schreckgespenst einer „uferlosen Ausweitung“ der Haftpflichtfälle zu führen ist.⁸⁹

3. Der Grundsatz, wonach es keine Haftung ohne Widerrechtlichkeit gibt, teilt das Schicksal fast aller „Grundsätze“. Er gilt nicht ohne **Ausnahmen** (vgl. z.B. Art. 41 Abs. 2 OR und Art. 52 Abs. 2 OR). Ein Teil der Lehre geht sogar so weit, dass er die ganze Kategorie der **Gefährdungshaftung** vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit ausschliesst.⁹⁰ Wie verhält es sich damit? Setzt die Gefährdungshaftung keine Widerrechtlichkeit voraus?

a. [234] Im „*Tschernobyl/Gemüse-Fall*“⁹¹ (BGE 116 II 491 ff.) hat das Bundesgericht die erwähnte Frage zwar aufgeworfen, aber nicht beantwortet, weil es einen andern („eleganten“) Ausweg fand, und zwar mit der folgenden Begründung:

„Auch wenn die radioaktive Verstrahlung nicht einen Sachschaden im üblichen Sinne darstellen sollte, weil die fraglichen Produkte für die grosse Mehrheit der Bevölkerung deswegen nicht ungeniessbar wurden, so wäre die Widerrechtlichkeit hier dennoch zu bejahen. Die mehrfache Erhöhung der natürlichen Radioaktivität bei den fraglichen Produkten, die zu ihrer Unverkäuflichkeit geführt hat, stellt in jedem Fall eine unzulässige Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin dar Das Ergebnis ist für die Klägerin das gleiche, wie wenn die Radioaktivität einen Grad erreicht hätte, der das Blattgemüse und den Salat objektiv konsum-untauglich gemacht hätte.“⁹²

⁸⁷ Auf den ersten Blick verlockend erscheint zwar die Hinwendung zur subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie, wonach jede Drittschädigung ohne Rechtfertigungsgrund widerrechtlich ist (vgl. BGE 115 II 18; WERRO, in: TERCIER/WERRO, *Les grandes notions*, zit. in Anm. 1, S. 28 ff.). Diese alternative Theorie, die namentlich von GABRIEL (zit. in Anm. 80) propagiert wird, stellt jedoch Lehre und Rechtsprechung vor eine unendlich schwierige Aufgabe. Wird nämlich jede Schädigung ohne Rechtfertigungsgrund als widerrechtlich behandelt, so muss ein ganzes System von Rechtfertigungsgründen entwickelt werden, damit das Haftpflichtrecht praktikabel bleibt. Das allein schon dürfte ein Grund sein, weshalb die Theorie sich in der Schweiz nicht durchzusetzen vermochte.

⁸⁸ Vgl. bereits GAUCH/SWEET, zit. in Anm. 17, S. 138.

⁸⁹ Zum Vorschlag von MAX KELLER, den Katalog der haftpflichtrechtlich geschützten Rechtsgüter um die Kategorie von „Treu und Glauben“ zu erweitern (*recht* 1987, S. 136), siehe GAUCH/SWEET, zit. in Anm. 17, S. 138 f.

⁹⁰ Vgl. namentlich DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 41. Nachweise für Deutschland bei OFTINGER/STARK II/2 (= Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/2, 4. Aufl., Zürich 1989), S. 11, die selber aber einen gegenteiligen Standpunkt einnehmen.

⁹¹ Im Tschernobylfall ging es um den Schaden, der den schweizerischen Gemüsehändlern infolge der Reaktor-katastrophe in der Ukraine entstanden war. Dieser Unfall beeinflusste das Konsumverhalten in der Schweiz in der Weise, dass bestimmte Nahrungsmittel wie Blattgemüse oder Salate vorübergehend nicht mehr oder nur noch in geringeren Mengen gekauft wurden, wodurch erhebliche Umsatzeinbussen entstanden.

⁹² Diese Argumentation vermag zu überzeugen. Eine Eigentumsverletzung setzt nicht voraus, dass in die Substanz der Sache eingegriffen wird. Dementsprechend hat auch der deutsche Bundesgerichtshof in einem vergleichbaren Fall wie folgt entschieden: Wenn einem Fischzüchter giftiges Fischfutter geliefert worden ist, liegt eine Eigentumsverletzung auch insoweit vor, als die Fische kein Futter aufgenommen haben und deshalb gesund geblieben, aber wegen des Risikos einer Vergiftung unverkäuflich geworden sind (BGHZ 105, S. 346; zustimmend: KÖTZ, zit. in Anm. 73, S. 25 f.).

b. Damit bleibt die Frage, ob für Gefährdungshaftungen vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit zu abstrahieren sei, weiterhin im Raum. Bei deren Beantwortung sind je nach dem anwendbaren Spezialgesetz⁹³ *verschiedene Fälle zu unterscheiden*, nämlich:

- Gefährdungshaftungen, die das anwendbare Gesetz auf *Personen- und Sachschäden* beschränkt (Beispiel: Art. 58 Abs. 1 SVG). Bei ihnen ergibt sich die Widerrechtlichkeit schon aus der betreffenden Rechtsgutverletzung, und es stellt sich nur noch die Frage, ob es Rechtfertigungsgründe gibt, welche die Haftung ausschliessen. Diese Frage ist nach sachlichen Gesichtspunkten zu beantworten.⁹⁴ Lautet die Antwort negativ, so spricht die negative Antwort nicht gegen die Widerrechtlichkeit der Rechtsgutverletzung, sondern nur dafür, dass eine Rechtfertigung im Bereich der betreffenden Gefährdungshaftung ausgeschlossen ist.
- Gefährdungshaftungen, für die das anwendbare Gesetz einen *allgemeinen Verweis auf die OR-Bestimmungen über die unerlaubte Handlung* enthält, aus dem sich das Haftungserfordernis der Widerrechtlichkeit herleiten lässt. Auch für sie stellt sich die Frage nach möglichen Rechtfertigungsgründen, bei deren Verneinung sich aber nichts am Erfordernis der Widerrechtlichkeit ändert.
- Gefährdungshaftungen, für die das anwendbare Gesetz *weder eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgutverletzungen noch einen Verweis auf die Widerrechtlichkeitsvoraussetzung des OR* enthält. Für sie stellt sich vorab die Frage, welche Schäden (z.B. auch reine Vermögensschäden?) durch die gesetzliche Haftung gedeckt sind. Das aber ist eine Auslegungsfrage, die es unter Beizug der üblichen Auslegungsmittel (namentlich auch unter Berücksichtigung der „ratio legis“) zu beantworten gilt, ohne dass der Auslegende an eine „vorgefasste“ Widerrechtlichkeitsformel gebunden wäre.⁹⁵ Für den Kreis der so ermittelten Schäden steht dann fest, dass deren Verursachung durch den sanktionierten Gefährdungstatbestand widerrechtlich ist, was sich unmittelbar aus der anwendbaren Haftungsnorm ergibt. Bezüglich der Rechtfertigungsgründe spielen die gleichen Überlegungen wie bei den übrigen Gefährdungshaftungen.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Widerrechtlichkeit der Schädigung eine Voraussetzung auch der Gefährdungshaftung bildet. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn man das Handlungsunrecht als unabdingbares Element der Widerrechtlichkeit auffassen würde.⁹⁶

⁹³ Im Unterschied zu andern Rechtsordnungen enthält das schweizerische Recht zur Zeit noch keine Norm, welche die Gefährdungshaftung generell regeln würde.

⁹⁴ Beispiele möglicher Rechtfertigungsgründe für die SVG-Haftung: OFTINGER/STARK II/2, S. 12 f.

⁹⁵ Anders offenbar TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 10. Nach seiner Meinung gibt es zum vornherein keine Gefährdungshaftung für reinen Vermögensschaden.

⁹⁶ So: DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 70 f.

V. Das Verschulden⁹⁷

1. Obwohl das Verschulden, historisch betrachtet, der Zurechnungsgrund par excellence ist und dementsprechend auch die Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 OR beherrscht, will ich ihm nur [235] geringe Aufmerksamkeit widmen. Der Grund für meine Zurückhaltung liegt in der neueren Rechtsentwicklung, welche die **Verschuldenshaftung immer stärker zurückgedrängt** hat.⁹⁸ Gefährdungs- und andere Kausalhaftungen⁹⁹ sind in den Vordergrund gerückt, was eine Abkehr vom liberalen Ideal der individuellen Bewegungsfreiheit und Verantwortungsfreude darstellt¹⁰⁰, sich aber aus den Bedürfnissen des modernen Gesellschaftslebens erklärt. Und die Abkehr vom Verschuldensprinzip scheint noch weiter zu gehen, sicher auch unter dem Einfluss der internationalen Rechtsvereinheitlichung, wie etwa das neue Produkthaftpflichtgesetz demonstriert, das sich wie ein Abziehbild der europäischen Produkthaftpflichtlinie in die schweizerische Rechtslandschaft einfügt. Vor dem Hintergrund dieses Gesetzes ist noch ungewiss, welche Überlebenschance die im Schachtrahmenfall (BGE 110 II 456 ff.) eigenständig kreierte Produkthaftung des Bundesgerichtes hat.

2. Verschulden setzt Urteilsfähigkeit voraus, was Art. 41 Abs. 1 OR zwar nicht ausdrücklich sagt, sich aber schon aus Art. 18 ZGB ergibt. Massgeblich ist der Begriff der Urteilsfähigkeit, wie Art. 16 ZGB ihn umschreibt.¹⁰¹ Verminderte Urteilsfähigkeit genügt zur Haftungsbegründung, ist jedoch für die Bestimmung des geschuldeten Ersatzes (Art. 43 OR) erheblich. Verschuldensformen sind „Absicht“ und „Fahrlässigkeit“ (Art. 41 Abs. 1 OR). Stellt man auf die praktische Bedeutung ab, so überwiegt die „Fahrlässigkeit“. Und diesbezüglich gehört es zum allgemeinen Wissensgut der Juristen, dass heutzutage **ein verobjektivierter Fahrlässigkeitsbegriff** das Revier beherrscht.¹⁰² Danach handelt fahrlässig, wer diejenige Sorgfalt ausser Acht lässt, die „ein vernünftiger und ordentlicher Mensch ... unter den gegebenen Umständen als erforderlich ansehen würde“¹⁰³. Richtungsweisend ist also nicht, was der Schädiger tatsächlich-subjektiv vermag, sondern was ihm durch die Figur des vernünftigen und ordentlichen Menschen vorgegeben wird.¹⁰⁴

⁹⁷ Überblick: OFTINGER/STARK I, S. 189 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 78 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 804 ff.; WERRO, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 31 ff.

⁹⁸ Damit soll aber nicht bestritten werden, dass dem „Verschulden“ auch im heutigen Haftpflichtrecht noch mehrfache Bedeutung zukommt (vgl. etwa den Überblick bei ALFRED KELLER, zit. in Anm. 72, S. 97).

⁹⁹ Zur Haftung der Urteilsunfähigen (Art. 54 OR) vgl. etwa BGE 103 II 336 ff., der eine Billigkeit der Haftung schon mit Rücksicht auf die bestehende Haftpflichtversicherung annahm und ausserdem bemerkenswert ist, weil er den Erben des verstorbenen Schädigers auch den Schaden überband, der im Zeitpunkt des Todes noch nicht entstanden war.

¹⁰⁰ Vgl. KÖTZ, zit. in Anm. 73, S. 12 f.

¹⁰¹ Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 183.

¹⁰² Vgl. statt vieler: OFTINGER/STARK I, S. 205 ff.; BREHM, Berner Kommentar, N 183 ff. zu Art. 41 OR; alle mit weiteren Hinweisen. Kritisch: FELLMANN, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106, 1987, I, S. 351 ff.; WERRO, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, thèse Fribourg 1986, S. 67 ff.

¹⁰³ V. TUHR/PETER, S. 429.

¹⁰⁴ GAUCH/SCHLUEP II, 6. Aufl., Nr. 2753. BECKER, Berner Kommentar, N 94 zu Art. 41 OR, spricht vom „Verhalten ordentlicher Leute“. Bei GAUCH/SCHLUEP dienen der „reasonable man“ oder der „ordentliche Kaufmann“ als Vor-Bilder. Bei KELLER/GABI (Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 55 f.) ist es „ein objektivierter Durchschnittstypus“. Die Terminologie ändert, der Sinn aber bleibt im wesentlichen der gleiche.

Um den so verstandenen Begriff funktional zu machen, bedarf er selbstverständlich der näheren Ausdeutung, Konkretisierung und Anpassung an Sonderfälle.¹⁰⁵ Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Verschuldensform der privatrechtlichen Fahrlässigkeit grundsätzlich keinen persönlichen Schuldvorwurf mehr enthält, der gerade auf den fraglichen Schädiger abzielt. Damit entsteht das Paradoxum einer „*Verschuldenshaftung ohne Verschulden*“. Und dem Juristen stellt sich die Frage, wie er eine solche Haftung rechtfertigen soll, nachdem das moralische Moment der subjektiven Vorwerfbarkeit, das sie ursprünglich gerechtfertigt hat¹⁰⁶, durch die Verobjektivierung entfallen ist.¹⁰⁷ Der rechtfertigende Hinweis, dass „eine Rechtsordnung ihrer Aufgabe nur gerecht“ werde, „wenn ihre konkrete Anwendung auf die Vorgänge des Lebens nicht einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert“¹⁰⁸, stellt die Praktikabilität des Rechts¹⁰⁹ über seine innere Überzeugungskraft.

3. Vorliegend mag der „Niedergang“ des subjektiven Verschuldens nicht weiter erörtert, sondern gefragt werden, ob es nicht angezeigt wäre, bestimmte Tätigkeiten, die massenweise zu schwerwiegenden Schäden führen, aber immer noch der Verschuldenshaftung unterstehen, mit einer Gefährdungshaftung zu verknüpfen. Unter dem Eindruck der bevorstehenden Skisaison denke ich etwa an das erhebliche Gefahrenpotential, das der Betrieb der hochtechnisierten und nicht selten überfüllten **Ski- und Snowboardpisten** mit sich bringt. Wäre es abwegig, die Betreiber solcher Pisten mit einer offenen Gefährdungshaftung zu belasten, nachdem sich die diesbezügliche Fallpraxis des Bundesgerichts¹¹⁰ [236] bereits heute einer faktischen Kausalhaftung nähert? Und wie verhält es sich mit den Ski- und Snowboardfahrern selbst, die sich massenweise auf den schnell-getrimmten Pisten tummeln? Üben sie nicht eine risikoreiche Tätigkeit aus, deren generelle Gefahreneigenschaft zu einer unvermeidbar-erheblichen Gefährdung der andern Pistenbenützer führt? Die Unfallstatistik jedenfalls spricht eine deutliche Sprache, sowohl was die Anzahl der Unfälle als auch deren Schwere betrifft.

VI. Die Genugtuung¹¹¹

1. Die Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 OR verpflichtet den Schädiger zur Leistung von Schadenersatz. Auf die allfällige Verpflichtung, Genugtuung für immateriellen Schaden („tort moral“) zu leisten¹¹², kommt das Obligationenrecht erst in den Art. 47 und 49 OR zu sprechen.¹¹³ Über den

105 Zu erwähnen ist etwa die Regel, dass ein Schädiger, der über besondere Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die ihn zu erhöhter Sorgfalt befähigen, für diese erhöhte Sorgfalt einstehen muss (vgl. OFTINGER/STARK I, S. 207); dies ganz nach dem Motto: „wissen“ ist „müssen“.

106 Vgl. OFTINGER/STARK I, S. 206.

107 Vgl. z.B. TOURNEAU, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), Revue trim. de droit civil, 1988, S. 505 ff.

108 OFTINGER/STARK I, S. 206.

109 OFTINGER/STARK I, S. 206.

110 Letztmals und eindrücklich: Churwaldenfall, BGE 121 III 358 ff. (Haftung der Bergbahnunternehmen für die Sicherheit auf Skipisten).

111 Überblick: DESCHENAUX/TERCIER, zit. in Anm. 4, S. 51 f. und S. 89 ff.; REY, zit. in Anm. 4, Nr. 442 ff. Grundlegend: TERCIER, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, thèse Fribourg 1971.

112 Vgl. darüber vor allem auch HÜTTE/DUCKSCH, Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47), 3. Aufl., Zürich 1996.

113 Daneben gibt es zahlreiche weitere Bestimmungen, die sich ebenfalls mit Genugtuung befassen, vorliegend aber ausser acht bleiben.

Zweck der Genugtuung enthalten die beiden Bestimmungen keine Aussage, derweil das Bundesgericht sich auf eine Zweckumschreibung festgelegt hat:

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, die bis in die neueste Zeit hinein bestätigt wird, bezweckt die Genugtuung „ausschliesslich eine *Abgeltung für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird*. Ob und in welcher Höhe Genugtuung zuzusprechen ist, hängt neben der Schwere der Unbill von der Aussicht ab, dass die Zahlung eines Geldbetrages den körperlichen oder seelischen Schmerz spürbar lindern wird“ (BGE 118 II 408). Ein pönaler Charakter dagegen ist der Genugtuung fremd (BGE 115 II 158). „Sie soll vielmehr den Schmerz durch eine Geldsumme aufwiegen“ (BGE 121 III 255).

2. Gehen wir von der programmatischen Zweckumschreibung zur neuen **Fallpraxis des Bundesgerichts** über, so ist unverkennbar, dass die Rechtsprechung sich in Fortentwicklung befindet. Zum Beispiel besteht die Tendenz der neueren Praxis, dem Anspruchsberechtigten immer höhere Genugtuungssummen zuzusprechen. Darauf aber möchte ich nicht eintreten, obwohl das Phänomen unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu diskutieren wäre. Auch andere Aspekte der Entwicklung (etwa BGE 116 II 734 ff.¹¹⁴; 118 II 407¹¹⁵ oder BGE 121 III 252 ff.¹¹⁶) will ich vernachlässigen, um mich ausschliesslich den folgenden zwei Punkten zuzuwenden, die rechtstheoretisch besonders reizvoll sind:

a. *Der Anspruch bei Verletzung von Angehörigen*.¹¹⁷ „Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter“ nach Art. 47 OR „dem Verletzten oder den Angehörigen¹¹⁸ des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen.“ Von den Angehörigen *eines* „nur“ *Verletzten* ist in Art. 47 OR dagegen nicht die Rede, weshalb das Bundesgericht in langjähriger Praxis¹¹⁹ den Angehörigen der Verletzten einen Genugtuungsanspruch verweigert hat! Diese Praxis aber wurde in jüngerer Vergangenheit geändert, erst verdeckt, dann in der wünschbaren Offenheit:

- Die „verdeckte“ *Praxisänderung* findet sich in BGE 108 II 422 ff. (433 f.). Darin hat das Bundesgericht bei der Festsetzung der Genugtuung für ein infolge Körperverletzung dauernd

¹¹⁴ BGE 116 II 734 ff.: Überwiegendes Selbstverschulden schliesst Genugtuung nicht aus.

¹¹⁵ BGE 118 II 407: Genugtuungsansprüche können (bekanntlich) vererbt werden, wenn der Berechtigte sie selbst noch geltend gemacht hat. Der Umstand, dass Angehörige die Genugtuung erben, die ein Verletzter für seine Verletzungen erhalten hat, kann bei der Festsetzung ihrer eigenen Genugtuung für den späteren Tod des Geschädigten mitberücksichtigt werden. Eine Genugtuung für den Tod entfällt aber auch dann nicht, wenn ein Angehöriger dadurch vom seelischen Leid ob der Verletzung des Geschädigten befreit wird.

¹¹⁶ BGE 121 III 252 ff.: Für die Bemessung der Genugtuung sind die Lebenshaltungskosten am Wohnort des Berechtigten unerheblich.

¹¹⁷ Vgl. dazu bereits GAUCH, Familienschuldrecht, in: FS Schnyder, Freiburg 1995, S. 259 f.

¹¹⁸ Zum Begriff dieser „Angehörigen“, wie er in der heutigen Rechtsprechung verstanden wird, vgl. GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, zit. in Anm. 41, S. 133 f. In BGE 114 II 149 wurde offengelassen, ob auch Konkubinatspartner dazu gehören. Von einem Teil der Lehre werden Konkubinatspartner immer noch ausgeschlossen, was eine moralisierende Abwehrhaltung gegen eheähnliche Lebensgemeinschaften manifestiert. Der französische Text des Art. 47 OR verwendet gleichbedeutend mit dem deutschsprachigen Ausdruck „Angehörige“ den Terminus „famille“.

¹¹⁹ Vgl. BGE 58 II 129 f. und den unveröffentlichten BGE vom 22.3.1960 (zit. bei BREHM, Berner Kommentar, N 188 zu Art. 47 OR).

bewusstloses Kind auch der Beeinträchtigung seiner Eltern Rechnung getragen, die es pflegten. Damit aber hat es, wie das Bundesgericht im späteren BGE 112 II 220 ff. selber zugibt, „auf dem Umweg über den Verletzten auch nahen Angehörigen ... eine Genugtuung zugesprochen. Damit berücksichtigte es, ohne von der bisherigen Praxis abzuweichen, die den [237] Angehörigen des Verletzten keinen eigenen Genugtuungsanspruch zugestand, dass der seelische Schmerz von Angehörigen in derartigen Fällen womöglich grösser ist als im Fall des Todes, für den Art. 47 OR ausdrücklich einen Genugtuungsanspruch vorsieht“ (BGE 112 II 223).

- Weil natürlich auch das Bundesgericht klare Verhältnisse den *juristischen Schleichwegen* vorzieht, liess die „offene“ *Praxisänderung* nicht lange auf sich warten. Schon in BGE 112 II 220 ff. war es soweit! Darin wurde einem Ehemann, dessen Ehefrau durch schwere Körperverletzungen invalid geworden war, ein selbständiger Anspruch auf Genugtuung zugestanden. Statt den *Umweg* über den Anspruch des Verletzten zu beschreiten, fand jetzt das Bundesgericht einen gesetzlichen *Ausweg* über Art. 49 Abs. 1 OR (in der damals noch altrechtlichen Fassung). Der Ehemann sei durch die Verletzung seiner Frau psychisch beeinträchtigt und damit auch in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, was ihm einen Genugtuungsanspruch nach Massgabe des Art. 49 Abs. 1 OR verschaffe, falls auch die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt seien. Die Meinung der Vorinstanz, Art. 47 OR schliesse als Spezialvorschrift die Anwendbarkeit von Art. 49 OR aus, sei unhaltbar, weil der Ehemann die Verletzung seiner *eigenen* persönlichen Verhältnisse geltend mache.

Im *Ergebnis* befriedigt die „offene“ *Praxisänderung*, die mehrfach bestätigt und auch auf Nachkommen eines Schwerverletzten mit fortdauernder Invalidität angewandt wurde (vgl. BGE 112 II 226 ff.; 116 II 520; 117 II 56; 122 III 5 ff.). „Gesetzestechnisch“ allerdings vermag die Argumentation des Bundesgerichtes nicht zu überzeugen. Denn auch in *Art. 47 OR* geht es um die psychische Beeinträchtigung (die immaterielle Unbill) der Angehörigen, die den Grund dafür bildet, dass Art. 47 den Angehörigen des Getöteten einen eigenen Anspruch auf Genugtuung einräumt. Wäre die Bestimmung des Art. 47 OR tatsächlich so auszulegen, dass sie den Angehörigen *von Verletzten* einen Genugtuungsanspruch durch qualifiziertes Schweigen versagt („argumentum e contrario“), so müsste diese Ausschlussregel auch im Anwendungsbereich des Art. 49 OR gelten. Denn nach dem selbstverständlichen Prinzip der widerspruchslosen Auslegung kann das Gesetz nicht mit der *einen* Bestimmung geben, was es mit der *andern* gerade verweigert. Deshalb stellt sich die Frage, ob es nicht „richtiger“ wäre, Art. 47 OR unter dem Eindruck veränderter Rechtsanschauung neu und so zu interpretieren, dass er auf die Angehörigen eines Verletzten sinngemäss zur Anwendung kommt.¹²⁰ Die zutreffende Feststellung des Bundesgerichts, wonach der seelische Schmerz von Angehörigen in Fällen der Körperverletzung womöglich grösser ist als bei der Tötung des Betroffenen (BGE 108 II 433 f.), weist exakt in *diese* Richtung. Das gilt umso mehr, als BGE 122 III 7 den fraglichen Genugtuungsanspruch sogar explizit an die Voraussetzung knüpft, „dass die Angehörigen gleich oder schwerer betroffen sind, als im Falle der Tötung“. Beharrt das Bundesgericht im Rahmen des Obligationenrechts auf seiner jetzigen Rechtsprechung, die an Art. 49 (nicht an Art. 47) OR anknüpft, so gerät es spätestens dann in Schwierigkeit, wenn eine haftpflichtrechtliche Sonderbestimmung (z.B.

¹²⁰ Vgl. namentlich auch TERCIER, der sich seit langem für eine sinngemässe Anwendung des Art. 47 OR einsetzt (TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 17, mit weiteren Verweisen).

Art. 8 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes) eingreift, die es ihm verwehrt, auf Art. 49 OR auszuweichen.¹²¹

b. *Anspruch trotz Bewusstseinsverlusts.* Der bereits zitierte BGE 108 II 422 ff. ist auch in anderer Hinsicht bedeutsam. Denn im zitierten Urteil hat das Bundesgericht gegen die bis dahin wohl vorherrschende Lehre¹²² entschieden, dass im Falle einer Körperverletzung der Genugtuungsanspruch (Art. 47 OR) auch bei dauerndem Bewusstseinsverlust des Opfers anerkannt werden müsse, obwohl das betreffende Opfer nicht mehr imstande ist, Schmerz und Freude zu empfinden.¹²³ Es könne, wie das Bundesgericht [238] glaubt, nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, dem Hirnverletzten, der durch die rechtswidrige Handlung das Bewusstsein verloren hat, jede Genugtuung aus Art. 47 OR zu verweigern, jedoch einem weniger schwer Verletzten eine Genugtuungssumme zuzubilligen.

Diese Praxis, die in BGE 116 II 521 und 117 II 58 bestätigt wurde, hat in der Literatur keine ungeteilte Zustimmung gefunden¹²⁴, was schon mit Rücksicht auf den vom Bundesgericht selbst formulierten Genugtuungs-Zweck verständlich ist. Denn offensichtlich widerspricht die Praxis diesem Zweck, da ein Schmerzensausgleich durch gesteigertes Wohlbefinden schlechterdings ausgeschlossen ist, wenn der Betroffene weder die Schmerzen (die durch Geld aufgewogen werden sollen) noch erhöhtes Wohlbefinden verspürt, weshalb die Genugtuung in solchen Fällen nurmehr pönalen Charakter hat. Daraus ergibt sich die naheliegende Forderung, entweder die Praxis zweckkonform oder die Zweckumschreibung praxiskonform umzugestalten. Gleiches gilt für die Praxis des Bundesgerichts, Genugtuungsansprüche auch juristischen Personen zuzubilligen (vgl. z.B. BGE 95 II 481 ff.).

Entschliesst man sich für die Anpassung der Zweckumschreibung, so muss der Zweck der Genugtuung um die Funktion der Sühne oder Strafe erweitert werden, was sie allerdings in die Nähe der „punitive damages“ rückt und auf grundsätzliche Bedenken stösst. Zwar lässt sich durchaus verstehen, dass man in Fällen der beschriebenen Art eine Sühne für erforderlich hält. Zweifelhaft dagegen ist, ob sie vom Deliktsrecht geleistet werden soll¹²⁵, ganz abgesehen davon, dass bei fehlendem Verschulden des Haftpflichtigen der Sühne-/Strafgedanke ohnehin versagt.¹²⁶ Dementsprechend

¹²¹ Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz (BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Post) enthält in Art. 8 eine Genugtuungsbestimmung, die es dem Richter bei gegebenen Voraussetzungen zwar erlaubt, „dem Verletzten oder, wenn dieser gestorben ist, dessen Angehörigen, auch abgesehen von dem Ersatz nachweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zuzusprechen“. Hingegen enthält das Gesetz weder einen Verweis auf Art. 49 OR noch eine eigene Regel, die Art. 49 OR entspricht. Dementsprechend bleibt dem Richter, der im Rahmen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes auch den Angehörigen des Verletzten Genugtuung zusprechen will, nichts anderes übrig, als Art. 8 sinngemäss anzuwenden. Unter der Herrschaft des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes steht das Bundesgericht also vor der Wahl, Art. 8 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes entweder anders auszulegen als den entsprechenden Art. 47 OR oder einen Genugtuungsanspruch der Angehörigen bei blosser Körperverletzung von vornherein abzulehnen, was zu einem sachlich unbefriedigenden Ergebnis führt.

¹²² Das Bundesgericht (S. 430) verweist namentlich auf die Lehrmeinungen von JÄGGI, DESCHENAUX und TERCIER, wovon TERCIER sich wiederholt zum Thema geäußert hat.

¹²³ Offengelassen in BGE 97 II 349, wo jedoch Genugtuung zugesprochen wurde, weil nicht ganz ausgeschlossen erschien, dass das Opfer „auch in seinem heutigen psychischen Zustand das Geld noch in gleicher Weise (schätze) wie der Durchschnittsbürger“.

¹²⁴ Vgl. die Zitate in BGE 117 II 58; ferner REY, zit. in Anm. 4, Nr. 482 und TERCIER, in: TERCIER/WERRO, Les grandes notions, zit. in Anm. 1, S. 17 f.

¹²⁵ Ablehnend z.B. OFTINGER/STARK I, S. 421 f., wonach ein Sühnegedanke im Genugtuungsrecht heutzutage als „überholt“ gilt.

¹²⁶ Dass Genugtuungsansprüche auch gegenüber dem kausal Haftpflichtigen bestehen können, selbst wenn ihn kein „zusätzliches“ Verschulden trifft, wurde in der neueren Rechtsprechung ebenfalls anerkannt (BGE

bleibt zu überlegen, ob es nicht doch dem gesetzgeberischen Gedanken des Art. 47 OR entspricht, dem Verletzten bei vollständigem Verlust seiner Sinneswahrnehmungen eine Genugtuung zu verweigern, obwohl dies den Haftpflichtigen besser stellt als im Falle einer geringeren Verletzung. Das letztere ist jedenfalls kein zwingender Grund, an der heutigen Praxis des Bundesgerichtes festzuhalten. So zeigt auch ein Blick ins Schadensrecht, dass der Haftpflichtige bei schwereren Verletzungen allenfalls „günstiger“ wegkommt als bei geringeren¹²⁷, woran im Bereiche des Schadenersatzes niemand Anstoss nimmt.

VII. Ausblick

1. “Torts is at once one of the simplest and one of the most complex areas of the law” (Epstein). Dieser Satz gilt auch für die Schweiz. Auch wenn Fragestellung und Grundstruktur des schweizerischen Haftpflichtrechts „einfach“ zu verstehen sind, wird die Sache doch „kompliziert“, sobald man sich daran macht, die Oberfläche abzudecken. Trotz aller Literatur¹²⁸, vor deren Fülle ich kapituliert habe (die „Nichtzitierten“ mögen dies verzeihen), bleibt reichlich **Diskussionsstoff auch für die Zukunft**.¹²⁹ Bisweilen beschleicht einen sogar das Gefühl, dass manches in der dogmatischen Begriffswelt festgefahren und durch stetige Repetition zum Formelhaften verkommen sei. Sicher aber erscheint mir, dass neue Impulse gefragt sind, wenn die Rechtswissenschaft auch auf dem Gebiete des Haftpflichtrechts sich weiterentwickeln soll. Ein willkommener Anlass bietet die begonnene Diskussion um eine Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, die durch den Bericht der Studienkommission (vom August 1991) eröffnet worden ist.¹³⁰ Zu hoffen bleibt, dass diese Revision (wenn sie denn überhaupt stattfindet) nicht das Schicksal anderer Revisionen teilt, die kaum über den retrospektiven Stand der von den beigezogenen Koryphäen publizierten Standardwerke hinausgekommen sind.

2. Dass **die Forschung** einen wichtigen Beitrag zu leisten hat, steht ausser Zweifel. Aber auch diesbezüglich sind Wünsche angebracht. Mit der ewig neuen Kombination eingebürgerter Denkmodule und der unentwegten Neuverpackung einschlägiger Judikatur ist es nicht getan, wenn echte Fortschritte erzielt werden sollen. Gefragt sind dagegen vertiefte Untersuchungen, die auch das Empirische einschliessen. An spannenden Forschungsobjekten fehlt es nicht, was an zwei ausgewählten Fragen zu zeigen ist:

- [239] *Welches sind die sozial-psychologischen Hintergründe der Gerichtspraxis*, die ja von Menschen aus Fleisch und Blut gestaltet wird? Meines Erachtens wäre es an der Zeit, sich vermehrt auch mit unseren Richtern und ihrer sozialen Einbindung auseinanderzusetzen.¹³¹ Nur so

115 II 158, mit Hinweisen).

¹²⁷ Man denke etwa an die Tötung eines Kindes, die im Einzelfall eine erheblich tiefere Schadenersatzpflicht auslösen kann als die blosser Verletzung.

¹²⁸ Zur neueren Literatur (bis 1994) vgl. ALFRED KELLER, Haftpflichtrecht – quo vadis? Im Lichte neuerer Literatur, ZSR 113, 1994, I, S. 331 ff.

¹²⁹ Vgl. etwa WIDMER, Reformüberlegungen zum Haftpflichtrecht, in: HONSELL/REY (Herausgeber), Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 49 ff.

¹³⁰ Vgl. darüber: WIDMER, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projekts, ZBJV 1994, S. 385 ff.

¹³¹ So schon: GAUCH, Der vernünftige Mensch - Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Menschenbild im Recht, Freiburg 1990, S. 202. Das gleiche Postulat gilt natürlich auch für publizierende Professoren, deren

würden manche Gerichtssätze erklärbar, etwa die erstaunliche Abqualifizierung verängstigter Eltern, die ihr schwerstkrankes Kind schon morgens um 07.15 Uhr zum Arzte trugen. „Unverständlich“ sei es, deklariert das Gericht, „das bewusstlose und unter Krampferscheinungen leidende Kind um 07.15 Uhr in die Praxis des Kinderarztes zu bringen, von der nicht angenommen werden durfte, sie sei zu diesem Zeitpunkt bereits geöffnet, und dort 3/4 Stunden auf das Eintreffen des Arztes zu warten“ (BGE 116 II 524).

- *Wann gelangt das positive Recht an die Grenzen seiner regulativen Leistungsfähigkeit?* Beispiele dafür, dass unser positives Haftpflichtrecht überfordert sein kann, sind etwa die Haftung Dritter für unerwünschte Kinder oder die Schädigung des ungeborenen Lebens durch die Mutter selbst. Für beide Fälle¹³² erweist es sich, dass das „reine“ Haftungsrecht mit seinen klassischen Antwortschemen eindeutig überfordert ist.¹³³ Gleich verhält es sich, wenn ein infolge Fehldiagnose zur Welt gebrachtes Kind den unsorgfältigen Arzt für die angeborene Krankheit/Invalidität haftbar macht¹³⁴, oder wenn ein Konkubinatspartner die Partnerin auf Ersatz der aufzubringenden Unterhaltskosten belangt, weil sie es abmachungswidrig unterlassen hatte, empfängnisverhütende Mittel zu nehmen. Der letzte Fall wurde vom deutschen Bundesgerichtshof (BGHZ 97, S. 372 ff.) entschieden, und zwar mit einer Begründung, die das positive Deliktsrecht einfach „beiseiteschiebt“. Im Falle der Geburt eines Kindes unterliege, wie das Gericht argumentiert, „der Intimbereich zweier volljähriger Partner grundsätzlich auch dann nicht dem Deliktsrecht, wenn der eine Partner dabei den andern über die Anwendung empfängnisverhütender Massnahmen getäuscht hat“.

3. Nachdem sich das Haftpflichtrecht mit **realen Lebensvorgängen** befasst, ist auch deswegen für eine anhaltende Diskussion gesorgt, weil das Leben unter Einschluss der technischen Fortentwicklung (z.B. Gen-Technologie) immer neuartige Situationen und Fälle produziert. Der folgende *Aids-Test-Fall*, der kürzlich in Deutschland entschieden wurde, möge dies (gewissermassen als Schlusspunkt) demonstrieren:

Ein Arzt für Hautkrankheiten liess seinem Patienten nach einem operativen Eingriff Venenblut entnehmen und das entnommene Blut auf HIV-Antikörper untersuchen. Der Befund des Elisa-Tests

„Menschlichkeit“ vielleicht noch signifikanter zum Vorschein kommt.

132 Vgl. darüber GAUCH, zit. in Anm. 117, S. 269 ff.

133 Für den ersten Fall wird zwar postuliert, die Haftung des Dritten grundsätzlich zu bejahen, die Schadenersatzpflicht aber nach Massgabe des Art. 44 Abs. 1 OR zu reduzieren oder auszuschliessen, weil die Eltern für die „Abstammung des Kindes“ einzustehen hätten (so: OFTINGER/STARK I, S. 86). Dieser Vorschlag versucht eine systemimmanente Lösung im Rahmen des gesetzten Rechts. Selbst der vielgewandte Jurist schreckt aber vor der Idee, dass die Abstammung des unerwünschten Kindes, für dessen Kosten die Eltern Schadenersatz verlangen, ein Umstand sei, für den die Eltern demjenigen gegenüber einstehen müssten, der den unerwünschten Umstand gegen ihren Willen verursacht hat.

134 Wie ist etwa zu entscheiden, wenn der beklagte Arzt die Frage der schwangeren Frau, ob wegen einer Röteln-Erkrankung mit einer Behinderung des Kindes gerechnet werden müsse, fahrlässig verneint, daraufhin eine erlaubte Schwangerschaftsunterbrechung unterbleibt und das Kind mit schwersten Behinderungen geboren wird? So die Frage, wie KÖTZ (zit. in Anm. 73, S. 25) sie beispielhaft formuliert. „In BGHZ 86, 240 und 89, 95 ist zwar den Eltern des Kindes ein Anspruch gegen den Arzt auf Ersatz der behinderungsbedingten Mehraufwendungen für den Kindesunterhalt zugebilligt, dem Kind selbst hingegen ein Ersatzanspruch gegen den Arzt versagt worden (BGHZ 86, 240, 250 ff.)“. KÖTZ selber (S. 25) ist hinsichtlich des Kindes gegen teiliger Meinung, weil ein Arzt für sämtliche Folgen seines beruflichen Versagens einzustehen habe und das Kind, wenn seine Eltern sich ihrer Unterhaltspflicht entziehen oder sterben, auf Staatskosten (statt auf Kosten des Arztes) unterhalten werden müsste.

war positiv, was der Arzt seinem Patienten, dem die HIV-Infektion jedenfalls nicht definitiv bekannt war, mitteilte, obwohl er den Test ohne dessen Einwilligung vorgenommen hatte. Der Patient, der über eine mögliche HIV-Infektion nicht informiert sein wollte, verlangt daraufhin die Bezahlung von Schmerzensgeld. Das Gericht (Landesgericht Köln) bejaht den Anspruch mit folgender Begründung:

Beschafft sich ein Arzt Informationen über den Gesundheitszustand des Patienten ohne dessen Einwilligung, so verletzt er dessen Persönlichkeitsrecht.¹³⁵ Die Verletzung ist vorliegend umso höher, als der Patient durch die Information über das positive Ergebnis des Aids-Tests gegen seinen Willen belastet wurde und „sich in seiner Lebensführung – insbesondere seinen Sexualkontakten – ohnehin so verhielt, als liege eine HIV-Infektion bei ihm vor“.¹³⁶

Korr.: MD, 11.01.2005

¹³⁵ Zur Fragestellung aus schweizerischer Sicht vgl. KUHN, Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, SJZ 1993, S. 258.

¹³⁶ LG Köln, 8.2.1995, Juristische Arbeitsblätter 1995, S. 743 f.