

Die Reform der Gefährdungshaftung

H. Honsell, Zürich

I. Haftpflicht versus Volksversicherung

Rechtspolitisch wird seit Jahrzehnten die Frage diskutiert, ob das Haftpflichtrecht nicht durch eine allgemeine *Volksunfallversicherung* oder überhaupt durch eine Eigenschadenversicherung für Sach- und Personenschäden aus Haftpflichtfällen ersetzt werden soll. Vorschläge in diese Richtung hat für Verkehrsunfälle bereits in den fünfziger Jahren A. EHRENZWEIG¹ gemacht. Dieser Vorschlag ist an sich weniger revolutionär als es auf den ersten Blick den Anschein hat, denn im Bereich der Arbeitsunfälle ist dieses System in der Schweiz und in zahlreichen anderen Ländern schon früh verwirklicht worden. Eine Erweiterung wäre die Erstreckung auf alle Unfälle, ja sogar auf Sachschäden aus Haftpflicht oder Gefährdungshaftung. Ein solches Modell wurde in Neuseeland verwirklicht². Man könnte damit den enormen Aufwand zahlloser Prozesse überflüssig machen und der ständig um sich - greifenden Anspruchsmentalität einen Riegel vorschieben. Der Gedanke wäre durchaus verlockend, sozusagen mit einem Streich zusammen mit dem Haftpflichtrecht auch alle seine Ausuferungstendenzen zu beseitigen³. Rechtspolitisch werden gegen ein solches Konzept vor allem Präventivgesichtspunkte ins Feld geführt. Der Wegfall der generalpräventiven Wirkung würde zu einem Ansteigen der Schäden führen. Das ist fraglich. Die schadensmindernde Wirkung drohender Schadenersatzansprüche wird erheblich überschätzt, auch wenn die economic analysis of law diesen Gesichtspunkt für sich quasi neu entdeckt hat⁴, und das präventionsfreudige amerikanische Recht sogar den Unfug der punitive damages mit der Generalprävention zu rechtfertigen versucht. Die Generalprävention sollte grundsätzlich Sache des Strafrechts bleiben. Eine andere Frage ist es, ob die mit einer Volksversicherung verbundene Entlastung einzelner Risikoträger (Autofahrer, Betriebe usw.) sachlich wirklich gerechtfertigt ist⁵. Auch wäre die Vermehrung des moralischen Risikos nicht unbedeutend⁶. Ausser-

¹ „Full Aid“ Insurance for the Traffic Victime (Berkeley 1954), auch abgedruckt in Cal. Law Rev. 1955, 1.; Eine Verkehrsunfallversicherung wurde auch vorgeschlagen von TUNC, Traffic Accident Compensation, Encycl. Comp. Law XI 14 (1971) und E. v. HIPPEL, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen (1968).

² S. dazu WIDMER ZBJV 1994, 385 ff., 389 ff.

³ Das wäre insbesondere für die USA eine echte Befreiung von einem kollektiven Unsinn, den punitive damages.

⁴ Damit soll nicht gesagt werden, dass diese Lehre nicht andere Aspekte zum Haftpflichtrecht beizusteuern vermag, die hier indes nicht interessieren. Der Ertrag für die Gefährdungshaftung ist allerdings bescheiden; vgl. etwa die Bücher von ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (1985) und BLASCHCZOK, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung (1993).

⁵ Vgl. dazu v.CAEMMERER, Reform der Gefährdungshaftung (1971) 1, 10.

dem könnte eine Volksversicherung den Trend zur Verstaatlichung des Versicherungswesens weiter verstärken, wie wir ihn in der Unfall- und Rentenversicherung bereits haben. Versicherung ist keine genuine Staatsaufgabe. Dass eine obligatorische Volksversicherung auch mit privaten Versicherern durchführbar ist, zeigt das Modell der Krankenversicherung in der Schweiz.

Der Vorentwurf hat die radikale Lösung einer Volksversicherung nicht aufgegriffen, sondern sich für eine Modernisierung und Systematisierung des geltenden zweispurigen Haftpflichtrechts entschieden. Ehe wir uns dem Vorentwurf zuwenden, ist zunächst die Geschichte des Haftpflichtrechts (II) und das geltende Recht (III) darzustellen.

II. Geschichte der Haftpflichtrechts

Die *Verschuldenshaftung* stellte Jahrhunderte lang die *Regel* dar. Noch für Rudolf von JHERING war dieser Satz so selbstverständlich, wie die Erkenntnis des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff in der Luft⁷. Der Schädiger haftet nur für schuldhaft zugefügten Schaden. Im allgemeinen gibt es also keine Haftung ohne Verschulden. Das Römische Recht kannte von diesem Grundprinzip nur wenige Ausnahmen, die heute eher merkwürdig und zufällig anmuten⁸. Das Verschuldensprinzip wurde insbesondere im Naturrecht stark betont und galt unangefochten in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts.

Ehe 1839 das preussische Eisenbahngesetz als erstes Gefährdungshaftungsgesetz in Kraft trat, half man sich mit der Annahme, dass schon der Betrieb einer Eisenbahn an sich ein rechtswidriges und schuldhaftes („culpöses“) Unternehmen sei⁹. Die Pandektistik hat sich auch nach Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes nur mühsam an den Gedanken der Gefährdungshaftung gewöhnt und auch in unserem Jahrhundert der Technik wurden neue Gefährdungstatbestände nur langsam und oft mit jahrelanger Verzögerung eingeführt. Auch war die Auffassung vorherrschend, dass es sich dabei um Aus-

⁶ Schon heute ist nach einer deutschen Statistik jeder vierte Bürger fähig, einen Versicherungsbetrug zu begehen. Nach Schätzung des deutschen Kraftfahrt-Versichererverbandes beläuft sich die Zahl der Betrugsfälle allein in dieser Sparte auf jährlich eine halbe Million mit einem Schaden von 1,5 Mrd. DM.

⁷ R. V. JHERING, Das Schuldmoment im Privatrecht (1867) 40.

⁸ Die *actio de effusis vel deiectis*, wegen der aus einem Mietshaus auf die Strasse geworfenen oder gegossenen Sachen, ferner die Haftung der Gastwirte, das *receptum cauponum* (usw.), das eine Kausalhaftung mit Entlastungsbeweis war.

⁹ Vgl. Oberappellationsgericht München, Seufferts Archiv 14 (1861) Nr. 208.

nahmerecht, um nicht analogiefähige Sondervorschriften handle, das Grundprinzip der Verschuldenshaftung also nur ganz ausnahmsweise eingeschränkt werden dürfe.

Die Verschuldenshaftung beruht auf romanistischer Tradition (culpa-Haftung). Das Verschulden (culpa) umfasste wie heute *Vorsatz* (dolus) und *Fahrlässigkeit* (negligentia, als Gegenstück zur Sorgfalt, diligentia). Der zentrale Begriff der Fahrlässigkeit war die Voraussehbarkeit. Schon das römische Recht definierte die Fahrlässigkeit so: *culpam autem esse cum quod a diligente provideri potuerit non esset provisum*¹⁰ – Verschulden liegt vor, wenn dasjenige nicht vorausgesehen wird, was ein Sorgfältiger hätte voraussehen können.

Das durch Jahrhunderte hindurch nahezu ausnahmslos geltende Dogma lautete: kein Schadenersatz ohne Verschulden. Noch heute gilt vielen die Gefährdungshaftung als Ausnahme, die einer spezialgesetzlichen Begründung bedarf. Wo kein Verschulden vorlag, handelte es sich um Zufall, der allein den Eigentümer, bzw. den Geschädigten traf: *casum sentit dominus*. Die Regel war die Nichthaftung, die Überwälzung des Schadens erforderte einen starken Zurechnungsgrund in Form des Verschuldens. In diesem Sinne sagt § 1296 des österreichischen ABGB noch heute, es werde im Zweifel nicht vermutet, dass ein Schaden von einem anderen verursacht sei.

Auch wir sprechen noch vom „allgemeinen Lebensrisiko“¹¹, das der Geschädigte selber tragen muss, kennen aber immerhin neben dem Zurechnungsgrund des Verschuldens die Gefährdungshaftung.

Historisch gesehen war seit dem Naturrecht nur die Haftung Urteilsunfähiger als Kausalhaftung anerkannt¹². Die meisten Gefährdungshaftungen sind infolge des technischen Fortschritts erst in unserem Jahrhundert begründet worden.

Die Gefährdungshaftung knüpft an die Überlegung an, dass gewisse notwendige und daher erlaubte Einrichtungen oder Tätigkeiten eine *besondere Gefahr* für das Publikum darstellen, z.B. ein Atomkraftwerk oder ein Flugzeug, aber auch ein Personenwagen oder eine Eisenbahn.

Ob ein Verhalten fahrlässig ist, wird anhand eines *objektiven Massstabs* beurteilt, für den der *diligens pater familias* des Römischen Rechts Pate gestanden hat. Fahrlässig handelt nach einer herkömmlichen Definition zunächst derjenige, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt¹³. So schon das Römische Recht: *culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit, non esset provisum*. Diese Definition lässt sich noch konkretisieren, wenn man auf die Sorgfaltspflichten der jeweiligen Berufe abstellt. Niemand kann sich darauf berufen, dass er nicht die

¹⁰ Ulpian Dig. 9, 2, 31.

¹¹ MÄDRICH, Das allgemeine Lebensrisiko (1980).

¹² Vgl. BIENENFELD, Die Haftung ohne Verschulden (1933).

Durchschnittsfähigkeiten besitzt, die in seinem Berufsbild erwartet werden. Dies hat Bedeutung namentlich bei der Ausübung von Berufen aller Art. Es gilt also insoweit der alte römische Satz: *Imperitia culpa adnumeratur*¹⁴. Die Unfähigkeit wird also dem Verschulden gleichgestellt. Der Grund dafür liegt in einem Übernahmeverschulden. Wer die notwendigen Fähigkeiten nicht hat, darf bestimmte Arbeiten oder Aufträge nicht übernehmen.

III. Das geltende Recht

1. Die Gefährdungshaftung im geltenden Recht

Das geltende Recht kennt nur einige rudimentäre Gefährdungshaftungstatbestände, welche der Gesetzgeber in Reaktion auf den technischen Fortschritt und die damit verbundenen Gefahren erlassen hat. Heute gibt es neben der Verschuldenshaftung von Art. 41 ff. OR nur vereinzelte Gefährdungshaftungstatbestände, die der Gesetzgeber ohne erkennbares Konzept und meist mit erheblicher Verspätung immer nur fallweise erlassen hat, wenn es darum ging, einem neuen technischen Risiko Rechnung zu tragen.

Die wichtigsten Gefährdungshaftungstatbestände sind:

- Haftung für den Betrieb eines Motorfahrzeuges (Art. 58 SVG);
- Haftung für fehlerhafte Produkte (Art. 1 PrHG);
- Haftung für den Betrieb eines Luftfahrzeuges (Art. 64 LFG);
- Haftung für den Bau und Betrieb einer Eisenbahn (Art. 1 EHG);
- Haftung für den Betrieb einer Kernanlage und Transport von Kernmaterial (Art. 3 KHG);
- Haftung für den Betrieb von elektrischen Anlagen (Art. 27 ElG);
- Haftung für den Betrieb von Rohrleitungen (Art. 33 RLG);
- Haftung für Sprengstoff (Art. 27 SprstG);
- Haftung für Jagdschäden (Art. 15 JSG);
- Haftung für Umweltschäden (Art. 59a-b USG).

Die Gefährdungshaftung beruht auf dem Gedanken, dass ein gefährlicher Betrieb zwar erlaubt ist, der Inhaber, der ihn im eigenen Interesse betreibt, aber für etwaige Schäden aus dem erlaubten Risiko

¹³ So die Legaldefinition in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁴ Gaius Dig. 50, 17, 132.

Ersatz leisten muss. Man nennt dies auch *Interesse- oder Utilitätsprinzip* (vgl. die römische Regel: *cuius commodum eius periculum*; deutschrechtlich: «guter Tropfen – böser Tropfen»). Ein weiterer Gedanke ist der der *Gefahrenbeherrschung*: Das Risiko soll derjenige tragen, der die Gefahr am besten beherrschen kann¹⁵. Wer die Gefahr beherrscht, kann sie aber auch steuern, womit man wieder bei der Verhaltenssteuerung, bei Pflicht und Verschulden ist. Statt auf Gefahrenbeherrschung stellt man daher besser nur auf die *Risikosphäre* ab. Denn es geht bei der Gefährdungshaftung, wie auch der Vorentwurf richtig sieht, nur um solche Gefahren aus erlaubter, wenngleich besonders gefährlicher Tätigkeit, die „auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt“ (Art. 22 Abs. 2 VE) nicht vermieden werden können.

Von manchen Autoren wird das Fehlen einer Gefährdungshaftung für alle motorbetriebenen Maschinen, für Kettenkaruselle oder Achterbahnen, aber auch für Staudämme oder Brücken, explosionsgefährliche, giftige oder ätzende Stoffe usw. als ein Manko empfunden. Hier ist zunächst zu beachten, dass dieses Defizit im Gegensatz zu Deutschland in der Schweiz insofern geringer ist, als sich etliche Fälle unter die Werkeigentümerhaftung subsumieren lassen. Gleichwohl wird auch für die Schweiz ein Generaltatbestand gefordert (vgl. §§ 22 u. 23 des Vorentwurfs)¹⁶.

2. Das angebliche Analogieverbot

Fehlt ein entsprechendes Gesetz, so kann nach der deutschen und schweizerischen Judikatur¹⁷ eine Haftung nicht im Wege der Analogie begründet werden, denn Ausnahmetatbestände sind nach verbreiteter Meinung nicht analogiefähig (*singularia non sunt extendenda*). Andere dagegen befürworten eine grosszügige Handhabung der Analogie¹⁸. Richtig ist, dass der Analogiebildung im Bereich der Gefährdungshaftung im Hinblick auf das Fehlen einer Lücke oder der notwendigen Ähnlichkeit der Fälle gewisse Schwierigkeiten entgegenstehen¹⁹.

Das Analogieverbot der deutschen Judikatur war immer von der Annahme geprägt, die Verschuldenshaftung sei die Regel, der Satz *casus a nullo praestatur* müsse beachtet werden, die Gefährdungshaftung sei die singuläre Ausnahme. Gegen die alte Regel *singularia non sunt extendenda*²⁰, die

¹⁵ V.CAEMMERER 1, 15 ff.; LARENZ JuS 1965, 374, 375.

¹⁶ Ebenso für Deutschland etwa KÖTZ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II (1981) 255 und DEUTSCH, Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung (Karlsruher Forum 1967) 1 ff.

¹⁷ Vgl. z.B. BGHZ 332, 336; 55, 229, 234.

¹⁸ Z.B. der österreichische OGH zuletzt in öJBI 1996, 446, 448; KOZIOL FS Wilburg, 1975, 173; gegen das Analogieverbot und für eine Generalklausel, WILL, Quellen erhöhter Gefahr, 1980, 70 ff., 115 ff.; ebenso STRICKLER, Die Entwicklung der Gefährdungshaftung. Auf dem Weg zur Generalklausel? (1982) 104, 144 ff. u. passim.

¹⁹ CANARIS öJBI 1995, 15.

²⁰ Gegen diese BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre (2. Aufl. 1991) 79, 81.

immerhin zusammen mit dem strafrechtlichen Analogieverbot in Art. 14²¹ des italienischen codice civile enthalten ist, lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber, der eine Regel und eine Ausnahme aufstellt, beides im Hinblick auf die Subsumtion künftiger Fälle nicht genau überblickt. Es ist daher nicht einleuchtend, dass zwar die Regel, nicht aber die Ausnahme einer extensiven Auslegung zugänglich sein soll. Bei der Auslegung geht es immer um das Verhältnis von Wortlaut zu Wille bzw. den objektiv zu ermittelnden Sinn des Gesetzes. Hat der Gesetzgeber nur eine Ausnahme gesehen, obwohl es nach der ratio legis mehrere gibt, so ist es dem Richter nicht verwehrt, die Ausnahmeschrift auch auf die zweite oder dritte anzuwenden²². Das Analogieverbot hat nur im Strafrecht einen rechtsethischen Wert, weil es dort um den Satz nulla poena sine lege geht²³. Bei der Gefährdungshaftung hingegen geht es nicht um das rechtsstaatliche Prinzip, dass nur bestraft werden kann, wer gegen ein Strafgesetz verstossen hat, sondern um den richtigen Ausgleich der Bürger untereinander, um die justitia commutativa des Aristoteles, die nie unter einem so strengen Wortdiktat gestanden hat wie der staatliche Strafanspruch, der krasseste Eingriff des Staates gegenüber dem Bürger.

Gegen eine Analogie im Bereich der Gefährdungshaftungstatbestände bestehen also keine durchgreifenden Bedenken. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: die Eisenbahnhaftpflichtgesetze der einzelnen Länder lassen sich mühelos auf Seilbahnen übertragen, denn unter dem Aspekt der Gefährlichkeit macht es keinen Unterschied, ob die Bahn mit Rädern auf Schienen oder mit Rädern auf Seilen

²¹ „Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati“.

²² Ein klassisches Beispiel für die weite Auslegung der Ausnahme, die zur Einschränkung der Regel führt, ist die Judikatur zu Art. 185 Abs. 2 OR mit der die unpassende Regel Periculum est emptoris eingeschränkt wird, vgl. BGE 84 II 162.

²³ Der freie Bürger soll wissen, was er tun darf und was nicht. Damit ist die längst zur Fiktion gewordene These angesprochen, der Bürger müsse die Gesetze kennen und diese sollten klar sein. Gesetzeskenntnis kann man von den Bürgern schon angesichts der heutigen Gesetzesflut nicht mehr verlangen. Sie ist eine Fiktion. Was er tun darf und was nicht, weiss der Bürger nicht durch Lektüre von Gesetzen, sondern durch die allgemeine Ethik. Daher ist die Fiktion der Gesetzeskenntnis nur solange berechtigt, als sich der Gesetzgeber mit seinen staatlichen Strafordrohungen in diesem Bereich bewegt. Wir alle wissen, dass er ihn längst verlassen hat. Der Gesetzgeber regelt und reglementiert nach den jeweiligen politischen Tagesbedürfnissen alles und jedes bis ins kleinste Detail und übersieht dabei doch vieles. Die Gesetzgebung ist ein Spiegelbild unserer Gesellschaft. Richtig bleibt freilich die liberale Forderung, es solle niemand für etwas bestraft werden, was nicht zuvor in Strafnormen (die sich leider nicht nur im Strafgesetzbuch, sondern überall finden), für strafbar erklärt ist. Auch für das Strafgesetzbuch gilt heute (leider!) längst nicht mehr, dass dort nur solche Handlungen pönalisiert sind, deren Unwert auch ein Rechtsunkundiger aber mit den ethisch-rechtlichen Grundwertungen unserer Gesellschaft verbundener und im Einklang handelnder Bürger für strafwürdig hält. Umgekehrt ist die Zahl der Beispiele für zu enge Formulierungen im Strafgesetzbuch Legion, die Handlungen, die rechtsethisch und psychologisch den verpönten durchaus gleichwertig sind, aber vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst werden. Weshalb sonst würden die Gerichte zu so merkwürdigen Kunstgriffen greifen, die Öffnung der Tür eines Vogelbauers, die dem Vogel das Davonfliegen ermöglicht, als Sachbeschädigung zu qualifizieren oder einen Damenschuh mit Bleistiftabsatz als gefährliches Werkzeug. Wobei dann immer betont werden muss, das sei keine extensive Auslegung, sondern noch Analogie.

läuft. Auch wenn also der Lift oder die Seilbahn nicht unter den Begriff der Eisenbahn subsumiert werden kann - niemand käme auf die Idee, eine Seilbahn eine Eisenbahn zu nennen - bestehen gegen eine analoge Anwendung und der Rückgriff auf die Ratio legis keinerlei Bedenken. Interessant ist, dass die Gerichte in Österreich²⁴ und Deutschland dies für Schlepplifte abgelehnt haben, was dazu geführt hat, dass der Gesetzgeber in Österreich eine Regelung für Schlepplifte getroffen hat²⁵, wohingegen in Deutschland die Schlepplifte nicht der Gefährdungshaftung unterliegen²⁶. Verwirrend ist die Rechtslage in der Schweiz, wo sachwidrig den Eisenbahnen öffentlich-rechtlich konzessionierte Transportunternehmen gleichgestellt sind. Hier kommt es also darauf an, ob man für einen Lift die Transportgenehmigung der Post benötigt. Und das gilt absurderweise für alle Lifte, es gilt aber nicht für Seilbahnen, welche die Elektrizitätswirtschaft als Materialeisenbahnen zum Zwecke der Errichtung von Staudämmen usw. errichtet hat. Diese werden heute häufig auch im Bereich des Fremdenverkehrs für Skifahrer zur Verfügung gestellt und unterliegen gleichwohl keiner Gefährdungshaftung, sondern nur den allgemeinen Vorschriften des OR.

Nicht einzusehen ist auch, weshalb man das Sprengstoffgesetz nicht auf Schusswaffen oder selbst auf andere gefährliche, explosive Stoffe, ja sogar auf explosive ätzende oder giftige Flüssigkeiten usw. per analogiam sollte anwenden können.

Für eine Analogielösung wäre es allerdings notwendig, dass der Gesetzgeber die Gefährdungshaftungstatbestände überarbeitet und ergänzt. Die zum Teil schlecht gefassten und mehr oder weniger zufälligen Gefährdungshaftungstatbestände des schweizerischen Rechts sind als Anknüpfungsbasis für Analogien nur sehr beschränkt tauglich.

3. Die Überdehnung des Verschuldens

Das kasuistische und oft auch recht zögerliche Vorgehen des Gesetzgebers hat die Judikatur dazu veranlasst, vielfach aus der Verschuldenshaftung durch übermäßige Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und durch Beweislastumkehr und Kausalitätsvermutungen eine Haftung

Die Grenze zwischen beiden lässt sich auch mit dem Hinweis nicht exakt ermitteln, sie verlaufe beim möglichen Wortsinn (LARENZ), denn wo dieser verläuft, ist und bleibt Geschmackssache.

²⁴ OGH SZ 39 Nr. 69; RZ 1976 Nr. 92.

²⁵ S. § 2 Abs. 1 EKHG; der Unternehmer haftet aber für den Zustand der Schlepplifte nur bei Verschulden (§ 9a EKHG).

²⁶ BGH VersR 1960, 624.

ohne Verschulden auch dort zu begründen, wo ein Gefährdungstatbestand fehlte. Ähnlich hat man auch in den USA eine negligence without fault²⁷ angenommen.

Die beiden Hauptvehikel bei diesem Umbau der Verschuldenshaftung waren also überzogene Verkehrssicherungspflichten, bzw. die Ausdehnung des Gefahrensatzes, sowie Regeln über Beweislastumkehr, welche der in Anspruch genommene Haftpflichtige nicht widerlegen kann und auch gar nicht widerlegen soll. Überzogene Verkehrssicherungspflichten laufen praktisch auf eine Art Gefährdungshaftung hinaus²⁸. Ein Beispiel für überzogene Pflichten, die der Haftpflichtige weder erfüllen kann, noch erfüllen soll, bot die Judikatur zur Produkthaftung vor Einführung des neuen ProdukthaftungpflichtG. Selbst klassische Ausreisserfälle, die an sich nur mit einer verschuldensunabhängigen Produkthaftung erfasst werden können, bringt das Bundesgericht und der deutsche Bundesgerichtshof auch heute noch ganz mühelos unter das Deliktsrecht. Leading cases waren in der Schweizer Judikatur der Schachtrahmen-Fall²⁹, in der deutschen der Hühnerpest-Fall³⁰. In beiden Fällen wurde aus der sehr eingeschränkten deliktischen Gehilfenhaftung von Art. 55 OR, bzw. § 831 BGB, eine Haftung für Organisationsverschulden mit so hohen Anforderungen gemacht, dass eine Entlastung des Herstellers unmöglich war. So hat das Bundesgericht verlangt, der Hersteller müsse seinen Betrieb so organisieren, dass es „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verunmöglicht“ werde, dass ein fehlerhaftes Produkt den Betrieb verlassen könne. Der deutsche BGH verfolgt diesen Weg noch immer: Im Limonadenflaschen-Fall war eine Mehrwegflasche zerborsten. Der BGH³¹ verurteilte den Hersteller nach Deliktsrecht. Der Hersteller müsse jede Flasche prüfen und den Prüfbefund festhalten (Befundsicherungspflicht). Gelingt ihm das nicht, kehre sich die Beweislast um: Nicht der Geschädigte müsse jetzt beweisen, dass die Flasche bereits fehlerhaft in Verkehr gelangt ist, sondern der Hersteller, dass sie in Ordnung war. Es wäre ein unsinniger Kostenaufwand, für Millionen Flaschen Prüfbefunde anzulegen. In Wahrheit geht es aber gar nicht darum, sondern um die Statuierung einer Quasi-Gefährdungshaftung durch extreme Pflichten und Beweislastumkehr.

IV. Der Vorentwurf

²⁷ A. EHRENZWEIG, Negligence without fault (Berkeley 1951) wider abgedruckt in Cal. Law Rev. 1966, 1422.

²⁸ Vgl. dazu schon ESSER, Grundlagen und Entwicklungen der Gefährdungshaftung [1941] 8 ff., 30 ff.; ders. dJZ 1953, 129 ff.; WIDMER ZBJV 1970, 289 ff.; vgl. auch A. EHRENZWEIG aaO.

²⁹ BGE 110 II 456 ff.; s. ferner den Klappstuhl-Fall JT 1986 I 571, mitgeteilt auch bei WIDMER recht 1986, 50 ff.

³⁰ BGHZ 51, 91.

³¹ BGHZ 104, 323 = NJW 1988, 2611 m. Anm. von REINELT; s. auch SCHMIDT-SALZER PHI 1988, 146 und BGH NJW 1993, 528.

Der Entwurf bringt eine klar strukturierte Neuordnung des gesamten Haftpflichtrechts. Dieses wird modernisiert und in ein neues System gebracht. Inhaltlich erscheint neben dem m.E. zu weiten Gefährdungstatbestand und der Subjektivierung des Verschuldens (dazu sogleich im Text) vor allem die Gleichschaltung von Vertrags- und Deliktshaftung und die Einbeziehung von primären Vermögensschäden - Art. 6 Abs. 1 VE nennt sie „reine Vermögensschäden“ - in das Deliktsrecht problematisch³².

Art. 1 Vorentwurf (VE), die „Grundnorm der Zurechnung“, unterscheidet Verschuldens-, Gehilfen- und Gefährdungshaftung (Art. 1 Abs. 2 Nr. 1-3 VE). Die Verschuldenshaftung wird dann in Art. 17 ff. VE geregelt, die Gehilfen- und Organisationshaftung in Art. 21 f. VE und die Gefährdungshaftung in Art. 22 f. VE.

Der vorgeschlagene Tatbestand der Gefährdungshaftung lautet:

Art. 22 VE:

Wird ein Schaden dadurch verursacht, daß sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelte.

Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.

1. Das Ziel der Neuordnung

Von der Neuordnung der Gefährdungshaftung erhofft man sich einen klaren Tatbestand der Gefährdungshaftung und eine Entlastung des überdehnten Verschuldens und Gefahrensatzes, die wieder auf ethisch vorwerfbares Verhaltensunrecht beschränkt werden sollen³³.

³² Diese Fragen werden hier ausgeklammert. Im Bereich der Gefährdungshaftung werden Vermögensschäden grundsätzlich nicht ersetzt. Art 6 Abs. 2 VE lautet: „Im Bereich der Gefährdungshaftung ist unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen nur der Schaden ersatzfähig, der durch Tötung, durch Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit, auf Sachen oder auf die Umwelt entsteht“.

³³ So vor allem WIDMER; s. auch ESSER zu beiden oben N 28.

Nach den negativen Erfahrungen, die man in Deutschland mit dem Rückbau der exzessiv ausgeweiteten Deliktshaftung nach Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes gemacht hat³⁴, ist der erhoffte Effekt, dass das Verschulden wieder ernstgenommen wird, wenn der Zwang zu fiktiven Schuldsprüchen entfällt, kaum realistisch. Dies gilt jedenfalls solange, als die Haftungsfolgen und Anspruchsmodalitäten nicht völlig identisch sind.

Das Bestreben, das Verschulden wieder als ethische Kategorie, als Verhaltensunrecht, ernstzunehmen, spiegelt sich auch darin wieder, dass der Vorentwurf zum subjektiven Verschulden³⁵ zurückkehren will. Das Verschulden ist heute jedoch objektiviert. Es wird nicht gefragt, ob der Schädiger in concreto anders hätte handeln können, sondern ob der durchschnittlich Sorgfältige (im deutschen Recht verlangt man - eher übertrieben - sogar guten Durchschnitt) anders gehandelt hätte, d.h. das fehlerhafte Verhalten vermieden hätte. Das wird an folgendem Beispiel deutlich: Wer z.B. Kopfweg oder Migräne hat, Streit mit seinem Arbeitgeber oder mit seiner Ehefrau, wer gesundheitlich schlecht in Form ist oder mit Arbeit überlastet, kann leicht einen kleinen Fehler machen, der meist auf mangelnder Konzentration beruht. Die genannten Gründe werden aber nicht als Entschuldigung akzeptiert. Massgeblich ist allein die Sorgfalt des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers bzw. Berufes usw. Das subjektiv-konkrete Verschulden spielt also im Deliktsrecht schon längst keine Rolle mehr und es sollte nicht neu eingeführt werden. Eine Rückkehr zum subjektiven Verschulden, wie es der Kommission vorschwebt, ist also auch im Rahmen der Verschuldenshaftung in Wahrheit nicht möglich, denn auch dort kommt es nicht auf die subjektive Verfassung oder die Fähigkeiten des Schädigers an, sondern auf dasjenige Mass an Sorgfalt, das man im Verkehr erwarten darf. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist die subjektive Fahrlässigkeitsdefinition wie sie der Entwurf vorsieht, aufgegeben worden, und dies geschah unabhängig von der Strapazierung des Verschuldens. Im Hinblick auf diese Objektivierung sollte man allerdings moralische Aspekte beiseite lassen. Die h.L. nennt ein Verhalten schuldhaft, das dem Handelnden persönlich zum Vorwurf³⁶ gereicht und das man als „ta-

³⁴ Weil mit dem Deliktsanspruch weit mehr zu holen ist (z.B. Schaden am Produkt selbst, Sach- und Vermögensschäden auch bei gewerblicher Verwendung, Genugtuung), als mit der Gefährdungshaftung des ProdHaftG, spielt letztere in der Judikatur so gut wie überhaupt keine Rolle. Es gibt, soweit ersichtlich, seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes am 1.1.1990 nur ein publiziertes Urteil des LG Lübeck (PHI 1992, 68), wo eine Gärtnerei einen Adventskranz verkauft hatte und den Hersteller der stark russenden Kerzen nicht benennen konnte. Die Händler- und Importeurhaftung ist das einzige, was sich über Deliktsrecht nach deutscher Auffassung nicht erreichen lässt, denn soweit sich nicht aus Treu und Glauben, Verkehrssitte oder den Umständen des Einzelfalls etwas anderes ergibt, hat der Händler keine Untersuchungspflicht (vgl. etwa BGH NJW 1968, 2238).

³⁵ Art. 18 Abs. 1 VE: Fahrlässig handelt die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren *persönlichen Verhältnissen* obliegende Sorgfalt missachtet [Hervorhebung von mir].

³⁶ Vgl. statt alle OR-SCHNYDER (2. Aufl. 1996) Art. 41 N 48.

delnswert“ qualifiziert³⁷. Für moralisierende Schuldvorwürfe ist im Zivilrecht kein Platz. Sie sind schon im Strafrecht bedenklich genug.

2. Die Generalklausel

Art. 22 VE nennt als Tatbestandsmerkmal eine besonders gefährliche Tätigkeit. Die Generalklausel soll neben die gesetzlichen Spezialtatbestände treten und so die Entwicklung neuer Tatbestände durch die Judikatur begünstigen³⁸.

Es ist hier nicht der Ort, in eine Grundsatzdebatte über die legislatischen Vor- und Nachteile von Generalklausel und kasuistischen Einzelregelungen einzutreten. Warnen die einen vor der „Flucht in die Generalklauseln“³⁹ sprechen andere von „königlichen Paragraphen“⁴⁰. Bei nüchterner Betrachtung geht es um die Frage, wie weit der Gesetzgeber die Tatbestandsbestimmung an den Richter delegieren soll, also um das Problem der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und Richter. Feststeht, dass die Generalklausel im allgemeinen zu weit, die enumerative Aufzählung in der Regel unvollständig ist. Je abstrakter eine Norm ist, um so mehr wird dem Richter überlassen und um so grösser ist damit die Gefahr eines unkontrollierten Wildwuchses und falscher Verallgemeinerung. Vor den Gefahren zu allgemeiner Definitionen haben schon die römischen Juristen gewarnt⁴¹. Die kasuistische, enumerative Aufzählung von Einzeltatbeständen leidet demgegenüber an dem Mangel, dass selbst die Voraussicht eines klugen Gesetzgebers die Vielfalt und Fülle des Lebens niemals antizipieren kann. Auch ist es oft beklagt worden (vgl. z.B. KÖTZ und WILL), dass der Gesetzgeber mit neuen Tatbeständen der technischen Entwicklung meist um Jahrzehnte hinterherhinkt, nur einzelne Fälle regelt, aber schon die Nachbarfälle nicht sieht oder nicht regeln will. So regelt der Gesetzgeber etwa die Haftung für Rohrleitungen, nicht aber für Tanks⁴².

Auffällig, wenn nicht widersprüchlich ist es aber, wenn die Kommission zwar für die Gefährdungshaftung eine Generalklausel einführen, es aber gleichzeitig für die Verschuldenshaftung unter erneutem Rückgriff auf die überholte deutsche Lehre bei dem alten zweigliedrigen Tatbestand der absoluten Rechte und der Schutznormen belassen will. Damit wird die herrschende Doktrin zur Generalklausel

³⁷ OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I § 5 N 13.

³⁸ S. z.B. WIDMER ZBJV 1994, 385 ff.

³⁹ HEDEMANN, Die Flucht in die Generalklausel - Eine Gefahr für Recht und Staat (1933). Zu den verschiedenen Typen von Generalklauseln s. TEUBNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971).

⁴⁰ E. FUCHS Justiz 1, 1926, 349.

⁴¹ Javolen Dig. 50, 17, 202: Omnis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim ut non subverti posset.

des alten Art. 41 OR zum Gesetz gemacht, die einerseits auf einzelne, enumerative absolute Rechte, andererseits auf alle Schutznormen abstellt⁴³. Diese Lehre entspringt § 823 BGB und kombiniert in unglücklicher Weise Erfolgs- und Verschuldenshaftung. Sie wird in der deutschen Literatur zunehmend kritisiert. In Wahrheit geht es stets um die Verletzung von Verkehrspflichten. Dies hat für die Schweiz TERCIER⁴⁴ mit überzeugenden Gründen dargelegt.

3. Das Nebeneinander von Generalklausel und Gefährdungshaftungsgesetzen

Der Vorentwurf stellt den abstrakten Tatbestand neben die vorhandenen Spezialgesetze und vermutet für die dort geregelten Fälle eine besondere Gefährlichkeit. Auch in Zukunft soll der Erlass von Gefährdungshaftungsgesetzen nicht ausgeschlossen sein (vgl. Art. 22 Abs. 3 VE). Das ist die von WIDMER sog. „kleine Lösung“⁴⁵, welche den Richter zur Analogie ermuntern soll. WIDMER spricht auch von einem „Auffang- und Durchgangstatbestand“. Bei einer so weiten Generalklausel ist der Richter allerdings nicht mehr auf die Krücke der Analogie angewiesen⁴⁶. Obgleich, wie ausgeführt, die Analogie zulässig ist, sollte man hierauf verzichten, denn einmal sind die Anknüpfungspunkte in den gesetzlichen Gefährdungstatbeständen mehr oder wenig zufällig und unvollständig. Zum anderen ist ein Nebeneinander von Generalklausel und Einzeltatbeständen nicht sinnvoll⁴⁷.

Nach Art. 22 Abs. 2 VE ist eine besonders gefährliche Tätigkeit insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet. Damit werden gleichsam in globo die bisherigen gesetzgeberischen Tatbestände mitsamt ihren Fehlleistungen im Bereich des Haftpflichtrechts zum Massstab der Gefährlichkeit gemacht. So gelten z.B. als Luftfahrzeuge alle „Fluggeräte, die sich durch Einwirkungen der Luft ... in der Atmosphäre halten können“ (LFG 1 II). Der Ordnungsgeber hat diesen Unsinn ausdrücklich bestätigt⁴⁸, indem er auch Ballone, Hängegleiter und Fallschirme (usw.) zu den Luftfahrzeugen zählt, ja selbst - *difficile satiram non scribere* - Ballone oder Drachen, wie sie Kinder verwenden. Für alle Luftfahrzeuge gilt aber der Gefährdungshaftungstatbestand des Art. 64 LFG. Drachenfliegen oder Paragliding ist als Sportart für

⁴² Weitere Beispiele hierfür bei STARK, in seinem Schlusswort zum Symposium Stark [1990 hrsg. v. Honsell u. Rey] 135 ff.

⁴³ Vgl. die Definition der Rechtswidrigkeit in Art. 13, die ja offensichtlich nur für die Verschuldens-, nicht für die Gefährdungshaftung gelten soll.

⁴⁴ FS Jäggi (1977) 239 ff.

⁴⁵ Vgl. WIDMER ZBJV 1994, 385 ff.

⁴⁶ Zur Konkretisierung der Generalklausel durch beispielhafte Aufzählung s. sogleich im Text.

⁴⁷ Auch die Erfahrungen mit dem UWG sind insoweit nicht ermutigend; DEUTSCH, Gefährdungshaftung aaO. hält sie jedoch für positiv; differenzierend WILL 249 ff..

⁴⁸ VO über die Luftfahrt AS 748.01, dort sind im Anhang Drachen und Ballone als Luftfahrzeuge angeführt.

die Ausübenden gefährlich, dies rechtfertigt aber m.E. kaum eine Gefährdungshaftung für Schäden Dritter.

Eine weitere Schwierigkeit des Kommissionsvorschlags besteht darin, dass das „patchwork“ (WIDMER) der Spezialgesetze ganz unterschiedliche Haftungsausschlussgründe (z.B. höhere Gewalt, Verschulden Dritter, Handeln auf eigene Gefahr usw.) enthält und auch die Haftungsmodalitäten (z.B. Verjährung) und den Haftungsumfang (z.B. Genugtuung) höchst unterschiedlich regelt. Die Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR ist in Wahrheit eine eingeschränkte Verschuldenshaftung. Hier wäre ein Gefährdungshaftungstatbestand wünschenswert⁴⁹. Die völlig unterschiedliche Regelung der verschiedenen Gefährdungstatbestände ist sicherlich ein unbefriedigender Zustand, den es zu beseitigen gilt. Gerade das unterbleibt aber, wenn man einen neuen abstrakten Gefährdungshaftungstatbestand, der keinerlei Einschränkungen kennt, neben die alten Gesetze stellt. Die Judikatur wird dann nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* die bereits geregelten Gefährdungsfälle nicht unter das neue Haftpflichtrecht subsumieren. Das ungeordnete Nebeneinander bleibt also erhalten.

4. Besonders gefährliche Tätigkeit

Der Entwurf knüpft nach dem Vorbild von Art. 2050 ital. codice civile nicht *an gefährliche Sachen* (Anlagen, Geräte, Stoffe usw.) an, sondern an *besonders gefährliche Tätigkeiten an*⁵⁰.

Wer den Wirrwarr der italienischen Rechtsprechung zu Art. 2050 ital. codice civile sichtet, wird indes kaum zu einer positiven Prognose für den Umgang der künftigen Judikatur mit Art. 22 des Vorentwurfs gelangen⁵¹. Wenn - um nur zwei bei WIDMER⁵² zitierte Beispiele wiederzugeben - Bocciasspielen als gefährlich qualifiziert wird oder Schwimmen (mit der Begründung „È da ritenere pericolosa l'attività predisposta all'immersione dell'uomo in un elemento, in cui normalmente non vive, quale è l'aqua...!) kommen einem doch Zweifel, ob die geplante Reform nicht zu einem Schuss ins Dunkle wird⁵³.

⁴⁹ Vgl. etwa § 833 BGB, wo aber nicht sachgerecht zwischen Nutztieren und Luxustieren unterschieden wird.

⁵⁰ Ein ähnlich weitreichender Vorschlag wurde schon im Jahre 1903 gemacht, vgl. C.C. BURCKHARDT ZSR 1903, 469, 578.

⁵¹ WIDMER ZBJV 1970, 289 ff. gelangt zu der positiveren Einschätzung, dass es nur verhältnismässig wenig Ausreisser gebe. Hingegen konstatiert WILL aaO. 192, dass die italienische Generalklausel das „Grundanliegen einer akkuraten Abgrenzung“ nicht erfüllt habe.

⁵² ZBJV 1970, 289, 316.

Dem Begriff der „gefährlichen Tätigkeit“ mangelt die notwendige Bestimmtheit, und die Schwierigkeiten werden nicht geringer, wenn auch noch gewöhnliche Gefährlichkeit und besondere Gefährlichkeit voneinander abgegrenzt werden müssen. Die Entscheidung hängt dann womöglich davon ab, ob der Richter mehr oder weniger ängstlich ist.

Ist Skifahren wirklich, wie WIDMER und WILL meinen, eine gefährliche Tätigkeit, die eine Gefährdungshaftung rechtfertigt? Ich glaube demgegenüber, dass die Haftpflicht des Skifahrens eine Verschuldenshaftung bleiben sollte, die befriedigend und sachgerecht an die vom Internationalen Skiverband herausgegebenen Verhaltensregeln anknüpfen kann⁵⁴.

Wer der Auffassung ist, der Mensch sei physisch nicht für Geschwindigkeiten von mehr als 5 bis 6 km/h disponiert⁵⁵, muss die meisten Sportarten für gefährlich halten, sogar das Inline-Skating oder Schlittschuhfahren. Wir brauchen sicherlich auch keine Gefährdungshaftung für das Velo.

Klettern ist fraglos eine gefährliche Tätigkeit, deshalb ist aber noch lange nicht gesagt, dass der Kletterer, der ohne Verschulden einen Stein lostritt, dem Geschädigten haften muss, auch wenn sich das Auslösen von Steinschlag als charakteristisches Risiko des Bergsteigens bezeichnen lässt.

Weiter fragt es sich, ob die besonders gefährliche Tätigkeit wirklich auch alle Fälle von gefährlichen Sachen, Anlagen und Betrieben in der Judikatur erfassen wird. Führt ein Bergsturz in einem Stausee zu einer Flutkatastrophe, so ist es nicht eben naheliegend, dies als besonders gefährliche Tätigkeit zu qualifizieren. Die Tätigkeit liegt in der Anlage des Stausees.

Wegen der Überschneidungen zwischen gefährlicher Tätigkeit und gefährlicher Sache hat WILL vorgeschlagen, die beiden Fallgruppen in dem Oberbegriff „Quelle erhöhter Gefahr“⁵⁶ zusammenzufassen. Doch ist dieser Begriff noch abstrakter und die Gefahr falscher Verallgemeinerung noch grösser. Nach Art. 22 Abs. 2 VE gilt „eine Tätigkeit als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwarteten Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen...“.

Der Schluss von der Häufigkeit oder den schwerwiegenden Schäden auf die Gefährlichkeit ist geradezu eine Einladung an den Richter, das Thema probandum vorwegzunehmen. Ob Eishockey oder

⁵³ Zustimmend hingegen KOZIOL SVZ 1997, 147, 152, der Art. 22 VE einen „wirklichen Meilenstein“ nennt, ohne die Frage der Abstraktionshöhe und der Abgrenzung anzuschneiden; wie hier dagegen SCHAER, SVZ 1997, 166, 191 f..

⁵⁴ Gegen eine Einbeziehung sportlicher Aktivitäten auch SCHAER, SVZ 1997, 166, 191 f.

⁵⁵ Vgl. dazu das Zitat von SCHULTZ bei WIDMER ZBJV 1970, 289, 319.

Golf gefährliche Sportarten sind, kann nicht davon abhängen, wie oft ein Zuschauer von einem Golfball oder Puck getroffen wird und wie schwerwiegend die Schäden sind, die er dabei erleidet. Statistische Häufigkeit und schwerwiegende Schäden können ein Anlass für das Eingreifen des Gesetzgebers sein, als richterliche Definition der Gefährlichkeit sind sie weniger geeignet und verleiten zum Schluss vom eingetretenen Schaden auf die Gefährlichkeit.

Ein letzter Einwand gegen die vorgeschlagene Reform besteht darin, dass sie mit der heutigen Versicherungspraxis nicht abgestimmt ist.

Der Entwurf enthält zwar Vorschriften über Haftpflicht und Versicherung⁵⁷, diese beschränken sich indes auf die Statuierung eines Direktanspruchs, regeln die Frage der Unterdeckung und des Rückgriffs (Art. 32). Die Regressbestimmungen, die auf den Rückgriff unter Solidarschuldern nach Art. 29 VE verweisen, stehen in Einklang mit der Judikatur, sind aber unzweckmässig. Der interne Regress zwischen mehreren Haftpflichtigen passt nicht für den Versicherer, der nicht Schadenersatz schuldet, sondern Risikodeckung. Eine Reform sollte sich an den Regressbestimmungen von VVG, UVG, KVG (usw.) orientieren und nicht an der ohnedies problematischen Vorschrift von Art. 51 Abs. 2 OR⁵⁸. Doch kann hierauf nicht eingegangen werden. Der hier interessierende Aspekt ist ein anderer:

Die Versicherungswirtschaft deckt bestimmte typische Risiken, die in den einzelnen Versicherungssparten in den AVB genau umschrieben sind. Die allgemeine Haftpflichtversicherung bezieht sich indes jedenfalls bislang nur auf das Deliktsrecht der Art. 41 ff. OR.

Würde in Zukunft nur noch auf die „besonders gefährliche Tätigkeit“ abgestellt, so entstünde eine Lücke zwischen Haftpflicht und Versicherungsschutz, die geschlossen werden müsste. Hierbei würden erhebliche Schwierigkeiten entstehen, denn die Versicherer kalkulieren ihre Prämien nach dem statistischen Risiko von (z.B.) Feuer, Explosion, Schäden durch gefährliche Stoffe, Flüssigkeiten oder überhaupt höhere Gewalt. Es müssten nicht nur alle Bedingungen angepasst, sondern vor allem auch die Prämien neu kalkuliert werden. Die hierbei entstehenden Schwierigkeiten sollte man nicht unterschätzen.

5. Vorschlag: Generalklausel für gefährliche Sachen konkretisiert durch Beispiele

⁵⁶ Vgl. WILL, Quellen erhöhter Gefahr (1980) passim.

⁵⁷ Dazu TERCIER SVZ 1997, 158 ff.

⁵⁸ In diesem Sinne zum geltenden Recht HONSELL, Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1996) § 24 N 8.

Meiner Ansicht nach wäre es vorzuziehen, wie die französische Judikatur zu Art. 1384⁵⁹ auf gefährliche Sachen abzustellen, statt auf den zu weiten Begriff der gefährlichen Tätigkeit⁶⁰. Die Gefahr einer unkontrollierten Ausweitung durch die Gerichte erscheint geringer, wenn auf die Inhaberschaft von körperlichen Gefahrenquellen abgestellt wird. Vor allem aber reicht für gefährliche Tätigkeiten bestimmter Berufsgruppen, wie Arzt, Ingenieur oder Statiker sowie insbesondere bei den meisten Sportarten⁶¹, für Massenveranstaltungen usw. die bisherige Verschuldenshaftung für eine sachgerechte Risikoverteilung aus⁶². Bei Sportveranstaltungen kommt noch das Problem des Handelns auf eigene Gefahr⁶³ (*acceptation du risque*) hinzu. Der Entwurf sieht diese Haftungsbeschränkung nicht mehr vor⁶⁴. Es erscheint aber zweifelhaft, ob man sie aufgeben soll. Wer bei einem Autorennen in eine Karambolage verwickelt wird oder sich beim Fussballspiel ohne (grobes⁶⁵) Foul Dritter eine Verletzung zuzieht, benötigt keinen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, sondern hat eine Eigenschadenversicherung. Verletzte Zuschauer hingegen, die sich ordnungsgemäss verhalten, haben in aller Regel einen Anspruch gegen den Veranstalter wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, die auch ohne die kritisierte Überdehnung umso strenger ist, je gefährlicher die Veranstaltung ist. Eine Erweiterung der Haftung auf Unfälle, die „auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt“ nicht vermieden werden können, wie im Vorentwurf, erscheint für diese Fälle zu streng. Es ist kaum sachgerecht, dem Geschädigten auch das allgemeine Lebensrisiko abzunehmen; doch ist das natürlich ein Werturteil. Im übrigen ist zu beachten, dass die sachgerechte Abgrenzung des Vorentwurfs, der die Gefährdungshaftung erst dort beginnen lässt, wo auch die Anwendung aller Sorgfalt einen Schaden nicht mit Sicherheit vermeidet, ohnedies bedeutet, dass bei erhöhtem Risiko auch an die Sorgfalt höhere Anforderungen zu stellen sind. Das ist noch nicht die von ESSER und WIDMER kritisierte Überstrapazierung der Sorgfalt, die die Gerichte oft in

⁵⁹ Die Vorschrift unterscheidet zwischen *fait de la chose* und *fait de l'homme*, die Rsp. hat hieraus eine Sachhalterhaftung gemacht, eine *responsabilité pour choses que l'on a sous sa garde*; s. zum französischen Recht KOCH, Sachhaftung (1992) 19 ff.

⁶⁰ Ebenso v.CAEMMERER 21, KÖTZ aaO. 1832 ff., 1976 ff.; ähnlich wie der Vorentwurf hingegen WILL, der aber Sache und Tätigkeit im Begriff der „Quelle erhöhter Gefahr“ zusammenfasst; ebenso DEUTSCH, Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung, (Karlsruher Forum 1967), 1, 68, der an die Beherrschung von Gefahren anknüpfen will; s. auch die Übersicht über die verschiedenen Reformvorschläge bei DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht (2. Aufl. 1996) 450 ff.

⁶¹ Für Autorennen besteht ohnehin eine Gefährdungshaftung.

⁶² Wie hier v.CAEMMERER 21.

⁶³ Vgl. dazu STOLL, Das Handeln auf eigene Gefahr (1961).

⁶⁴ Für ihre Abschaffung WILL aaO.

⁶⁵ Auch die Haftung für einfaches Verschulden sollte hier ausgeschlossen sein, denn bei sportlichen Wettkämpfen tritt neben das Handeln auf eigene Gefahr noch der Gedanke der Einwilligung.

einer Art konstruktiven Institutsmissbrauchs dazu benutzt haben, um mit der Verschuldenshaftung zu einer Gefährdungshaftung zu gelangen.

Einer Generalklausel für Sachhaftung könnte eine beispielhafte Aufzählung gefährlicher Betriebe, Anlagen, Stoffe usw. beigefügt werden, die nicht enumerativ ist, sondern dem Richter nur Beispiele und Ansatzpunkte einer Konkretisierung bietet. Eine enumerative, abschliessende Aufzählung aller gefährlichen Sachen wäre nicht zielführend. Ein abschreckendes Beispiel mit einer langen, teilweise nur dem Spezialisten verständlichen Liste gefährlicher Sachen enthielt der deutsche Referentenentwurf für die Reform des Haftpflichtrechts 1967, der nicht Gesetz geworden ist, und der dazu geführt hat, dass in Deutschland die Anhänger der Generalklausel wieder zugenommen haben. Auch führt das Nebeneinander von Generalklausel und Einzeltatbeständen, wie wir es z.B. aus dem UWG kennen, zu Überschneidungen und Unklarheiten.

Die Gesetzestechnik, eine Generalklausel mit Beispielen zu versehen, die selbst nicht Gesetzeskraft haben, sondern nur die Konkretisierung erleichtern, findet sich beispielsweise in der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5. April 1993. Neben der Generalklausel finden wir dort einen nicht abschliessenden Katalog von Beispielen für ungültige Klauseln in Verbraucherverträgen. Die bereits existierenden gesetzlichen Tatbestände sollten aufgegeben werden, soweit sie sich mit den angeführten Beispielen decken⁶⁶. Neben den bereits genannten Gründen spricht dafür auch, dass die gesamte Reform ins OR integriert werden sollte. Die Schweiz hat das Postulat des code unique meist vorbildlich verwirklicht. Mit der Anerkennung eines zweispurigen Haftpflichtrechts fällt auch das Argument weg, die Gefährdungshaftungstatbestände als Ausnahmerecht würden besser in Sondergesetzen geregelt.

⁶⁶ Eine Ausnahme ist vielleicht für das USG und das JagdG angebracht, doch können diese Details hier nicht weiter verfolgt werden. Fortbestehen könnte auch die Werkeigentümer- und die (reformierte) Tierhalterhaftung des OR.