

Es ist angesichts der Fülle der aufgeworfenen und angeschnittenen Fragen und der Kürze der verfügbaren Zeit unmöglich, auf mehr als einige grundsätzliche Probleme einzugehen.

Vorweg möchte ich aber kurz auf das Votum von VITO ROBERTO reagieren. Es scheint mir doch einigermaßen erstaunlich, dass man im Herbst 2003 ein Reformprojekt einfach als vollkommen unnötig disqualifizieren kann, zu welchem die ersten Ansätze genau 100 Jahre zurückreichen: nämlich bis zur Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 21. September 1903 in Lausanne, wo CARL CHRISTOPH BURCKHARDT in seinem Referat "*Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*" bereits einige Fragen zur Diskussion stellte, an denen wir heute immer noch herumlaborieren, z.B. - *horribile dictu* - erste Überlegungen zu einer Generalklausel der Gefährdungshaftung und zur Grundlegung einer Vertrauenshaftung. Am Juristentag von 1930 waren es MAX PETITPIERRE und ARTHUR HOMBERGER, die mit ihren Berichten über "*Haftung ohne Verschulden*" die theoretische Begründung für die Einführung einer Gefährdungshaftung im Motorfahrzeugverkehr lieferten. Und 1967 schliesslich – PIERRE TERCIER hat es gestern bereits erwähnt – wurde an der 101. Jahresversammlung in Neuchâtel auf der Basis der Referate von E. W. STARK und FRANCOIS GILLIARD, die eine vollständige Auslegeordnung der Ungereimtheiten im schweizerischen Haftpflichtrecht erstellt hatten, ganz konkret über dessen Reform und Vereinheitlichung gesprochen und der Gesetzgeber in einer Resolution zum Handeln aufgefordert. 1988 folgte die Einsetzung der Studienkommission durch das EJPD, und der Vorentwurf über den wir hier sprechen, ist nicht als das ausformulierte Ergebnis dieser langjährigen Arbeiten. Da scheint es mir denn doch ein wenig kurios, um nicht zu sagen: salopp, wenn Kollege ROBERTO verkündet, es bestehe überhaupt kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, Versicherungspraxis und Judikatur würden sich bestens "debrouillieren", und die einzigen Probleme seien diejenigen, die von der Doktrin mehr oder weniger künstlich geschaffen worden seien. Er übersieht zudem, dass eine Revision nicht unbedingt das Rad neu erfinden muss; sie lässt sich durchaus auch dann begründen, wenn es im Sinne eines "*Re-Statement*" vorwiegend darum geht, in einem zersplitterten und unübersichtlich gewordenen Rechtsbereich Ordnung zu schaffen, das Regelwerk zu vereinfachen und synthetisieren, gewisse Entwicklungen zu kodifizieren und einigermaßen den Überblick wieder zu gewinnen. Natürlich geht es - das hat auch die sog. "Nachführung" der Bundesverfassung gezeigt - bei einer derartigen Übung nie ganz ohne gewisse materielle Fortschreibungen oder Bewusstmachungen ab; darin sollte man aber eine Chance sehen, und nicht immer gleich den Untergang des Abendlandes.

Nun nochmals zur Problematik der Haftungsprinzipien und der Haftungsvoraussetzungen, zu der ich mich gestern schon im Anschluss an das Votum von ERNST KRAMER kurz geäußert habe. Das Grundsätzlichste dieser Probleme – das ein rechtspolitisches und gleichzeitig ein dogmatisches ist – ist doch ganz einfach das Folgende: Was soll unser Haftpflichtrecht leisten ? Welches rechtspolitische Ziel soll es anvisieren?

Soll es – wie man aus den Kritiken am geltenden Rechtswidrigkeits-Konzept und am subjektiven Verschuldensbegriff schliessen könnte – dafür sorgen, dass für jeden Schaden ein Haftpflichtiger

herbeisubsumiert werden kann? Soll es – wie FRANZ WERRO auf S. 347 seines Referats hinsichtlich der Gefährdungshaftung ausführt, aber mit seinem Konzept der *faute* (welches auch die Widerrechtlichkeit einschliesst bzw. überflüssig macht) als "*manquement à la diligence raisonnablement requise*" wohl auch für die Verschuldenshaftung am liebsten sähe – "*une sorte d'assurance au bénéfice des lésés*" sein? Schon KARL OFTINGER hatte im Einleitungsparagrafen zu seinem Allgemeinen Teil des "Schweizerischen Haftpflichtrechts" festgestellt, das Haftpflichtrecht verkomme zusehends zu einem blossen "*juristisch-technischen Mittel, zur Bestimmung des Versicherungsanspruchs, der zulasten der Kollektivität geht*".

Oder soll dieses Haftungsrecht im Gegenteil ein auf plausiblen und an Gerechtigkeitsvorstellungen orientierten Zurechnungskriterien basierendes Instrument der Schadens-(zu)teilung sein, das vom Prinzip ausgeht, dass "*the loss lies where it falls, except when a special reason can be shown for interference*" (O.W.HOLMES), und meines Erachtens allein in dieser Form den Namen Haftpflicht - R e c h t verdient: Haftpflicht-Recht verstanden als privatrechtlich fundierter Ausgleich zwischen Aktivitäts-Interessen einerseits und Integritätsinteressen andererseits, als Risikozuordnung im Sinne des aristotelischen Prinzips der ausgleichenden Gerechtigkeit und des "*suum cuique tribuere*"?

Der Vorentwurf optiert unzweideutig für die letztere, vom bisherigen Modell inspirierte Ausrichtung, nachdem bereits die Studienkommission aufgrund einer "ökonomischen Analyse" des St. Galler Instituts für Versicherungswirtschaft zum Schluss gekommen war, dass die Vorteile einer reinen Versicherungslösung (wie sie seinerzeit auf Grund des neuseeländischen und einiger amerikanischer und kanadischer Modelle propagiert wurde, aber ohnehin nur für Körperschäden in Frage gekommen wäre) den Aufwand eines Systemwechsels nicht lohnten. Trotzdem ist er in der Vernehmlassung und von akademischer Seite nicht bloss als zu weitgehend ("amerikanisiert"), geschädigten-freundlich und progressistisch kritisiert worden, sondern auch im gegenteiligen Sinne, als zu wenig innovativ und an traditionellen Haftungsvoraussetzungen festhaltend (wie der Rechtswidrigkeit), ja sogar als rückschrittlich, etwa was die Resubjektivierung des Verschuldens anbelangt.

Nun könnte man sich ja damit zufrieden geben, dass ein Konzept so falsch nicht sein kann, welches von allen Seiten in kontroverserem Sinne kritisiert wird. Das genügt indessen nicht – und es gibt durchaus vertretbare Gründe für das Konzept des Vorentwurfs. Ich möchte Ihnen das kurz - ausgehend von Art. 41 VE, den wir als "Grundnorm der Zurechnung" bezeichnet haben (und den gewisse Kritiker als überflüssig qualifizieren) - darlegen:

Es gab eine Redaktionsphase, in der Abs. 1 dieser Bestimmung folgenden Wortlaut hatte:

*Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen zugefügten Schadens **n u r** insoweit verpflichtet, als ihr die Schädigung nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.*

*Une personne n'est tenue de réparer le dommage causé à autrui **q u e** dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi.*

Dieses einschränkende "*nur / ne ... que*" ist nach einer Diskussionsrunde zwischen interessierten Hochschullehrern in Freiburg gestrichen worden, weil es in einem Entwurf, der (auch) die Situation der geschädigten Personen verbessern sollte, als "unschön" empfunden worden war. Die Meinung ist aber immer noch dieselbe:

die in der Grundnorm genannten Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Rechtswidrigkeit und Kausalität) haben nämlich – ebenso wie das Zurechnungskriterium (Verschulden; Nutzen-Risiko-Kompensation) - nicht bloss haftungs**begründende** sondern komplementär auch eine haftungs**beschränkende** Funktion.

Das beginnt beim Schaden (Art.45 – 45f VE), den wir nicht definiert haben, bei welchem aber die immanenten Einschränkungen einerseits in der Aufzählung der Schadensposten liegen (welche beispielsweise CHRISTINE CHAPPUIS für zu engherzig hält) und andererseits im grundsätzlichen Ausschluss des sog. reinen Vermögensschadens aus der Gefährdungshaftung (Art.45 Abs.3 VE). Insofern ist natürlich auch dieses Schadenskonzept ein "normatives": gemeint ist immer nur der *ersatzfähige* Schaden – m. a. W.: es gibt auch anderen, wobei man sich über Erweiterungstendenzen im Sinne des Frustrations- und Kommerzialisierungsgedankens durchaus streiten kann; die Studienkommission und die Verfasser des Vorentwurfs wollten solche Entwicklungen nicht geradezu verhindern, sie aber – nach der u.E. durchaus gerechtfertigten Bresche beim "Haushaltschaden" - auch nicht begünstigen.

Dieselbe Doppelfunktion – Begründung und Beschränkung - hat auch die umstrittene Voraussetzung der Rechtswidrigkeit (Art. 46 VE): Der Eingriff in die Rechtsgüter der geschädigten Person muss "gegen das Recht" verstossen – er tut dies z.B. *a priori nicht* bei lauterem Wettbewerb sowie - bei näherer Betrachtung – auch dann nicht, wenn ein Rechtfertigungsgrund besteht. Dabei ist der Streit um objektive und subjektive Theorien, um Erfolgs- und Handlungsunrecht eigentlich ein Streit um des Kaisers Bart; es geht immer darum, Grenzen zu ziehen und zu entscheiden, wie weit man zu weit gehen will; ob eine gewisse Position - i. S. des Integritätsinteresses - rechtlich geschützt sein soll oder – i. S. des Aktivitätsinteresses – eben nicht.

Dabei lässt sich plausibel vertreten, dass es stärker geschützte und schwächer geschützte Interessen und Positionen gibt. Stärker geschützt sind regelmässig solche Positionen, die nach aussen deutlich in Erscheinung treten: primär die physische Integrität von Menschen und Sachen. Dagegen muss bei weniger sicht- und deutlich abgrenzbaren, konturierten, Rechtsgütern von Fall zu Fall bzw. von Fallgruppe zu Fallgruppe abgeklärt werden, ob die geschützte Sphäre betroffen ist; das gilt auch bei auch bei sogenannt "absoluten" Rechten (d.h. solchen Interessen, die gegenüber jedermann geltend gemacht werden können), wie jene an immateriellen Persönlichkeitsgütern und immateriellem Eigentum, aber auch an nicht manifesten ("reinen Vermögens"-) Rechten, wie namentlich Ansprüchen und Forderungen. Weil in den Referaten u.a. auch gerügt worden ist, die Rechtswidrigkeit des Vorentwurfs sei nicht europakonform, darf an dieser Stelle doch auch darauf hingewiesen werden, dass die beiden gegenwärtig vorliegenden Entwürfe für ein europäisches *tort law* - sowohl derjenige der Osnabrücker *Study Group on a European Civil Code* (Art. 2:101) wie auch die erste jüngst publizierte erste Fassung der *Principles of European Tort Law* (Art. 2:102) der sog. Tilburg-Gruppe – zwar die Rechtswidrigkeit nicht ausdrücklich erwähnen, das Grundproblem aber der Sache nach, im Osnabrücker Modell unter dem Titel "*Legally Relevant Damage*", im Tilburger Entwurf unter "*Protected Interests*", durchaus ansprechen.

Ob man von *a priori* geschützten Positionen ausgeht oder von sog. "Schutznormen", kommt letztlich auf Eins heraus: Wo man eine Schutznorm findet, lässt sich immer auch ein entsprechendes subjektives Recht (z.B. eins auf Loyalität = Handeln nach Treu und Glauben) konstruieren, und umgekehrt (Normen zum Schutz der Person oder des Eigentums im Zivil- und im Strafrecht).

Die Bremsfunktion der Haftungsvoraussetzung "Widerrechtlichkeit" geht nun aber weitestgehend verloren, wenn man als rechtswidrig und im selben Atemzug auch gerade noch als schuldhaft jedes "*sozial inadäquate und unvernünftige Verhalten*" qualifiziert, bzw. aus der Retrospektive des tatsächlichen Kausalverlaufs oder aus dem sog. "Gefahrensatz" eine "*duty of care*" induziert, welche man dann mit absoluter Sicherheit auch als verletzt betrachten kann. Ein Autor hat dieses Vorgehen verglichen mit einem Schützenfest, bei welchem zunächst nur weisse Scheiben aufgestellt werden; dann lässt man die Teilnehmer losballern und, nach geschlagener Schlacht, schickt man sie mit Farbe und Pinsel in den Scheibenstand, wo sie das schwarze Zentrum der Scheibe um ihre Einschüsse herum aufmalen können. Weder beim Schiessen noch in der Jurisprudenz ist dies ein sehr seriöses Verfahren.

Die Gefahr, dass man auf diese Weise dann doch für jeden Schaden einen Haftpflichtigen herbeizerrt, scheint mir bei dieser Methode jedenfalls grösser als wenn der Richter gezwungen wird, sich im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* nach einer generellen und abstrakten (Schutz-) Norm umzusehen, mit welcher er die Haftung begründen kann. Und ich habe – im Gegensatz zu PETER LOSER – Mühe einzusehen, weshalb der positivierte Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hierzu nicht taugen sollte.

Allerdings: wenn man nun Verschulden auch einfach als Verstoss gegen einen entpersönlichten objektiven Standard (allenfalls unter Vorbehalt totaler Zurechnungsunfähigkeit) versteht, droht in der Tat die Vertrauenshaftung – und die Verschuldenshaftung generell – auszufern. Sie macht dann – wie ich gestern schon ausführte - in letzter Konsequenz auch die Kausalhaftung überflüssig, weil sich ein objektives Versagen der handelnden Person(en) immer irgendwie finden lässt (Münchener Oberlandesgericht 1853: der Betrieb einer Eisenbahn mit Lokomotiven "*bringt nothwendig und unzertrennlich eine culpose Handlungsweise mit sich*").

Deshalb, aber auch um andererseits dem Verschulden generell seine Zurechnungskraft zu bewahren bzw. sie wieder herzustellen, insistiert der Entwurf auf einem subjektiven Konzept – einem Konzept, welches man sich dann (wieder) leisten kann, wenn mit den beiden neuen Generalklauseln der Organisations- und der Gefährdungshaftung die Fälle aufgefangen werden können, die man bis heute mit einem frisierten und zurechtgebogenen Verschuldensbegriff oder – was weitgehend auf dasselbe hinausläuft – mit den Zwittertatbeständen der sog. milden Kausalhaftung zu erfassen versucht hat.

Freilich: auch mit diesen Instrumenten wird – und das bemängelt FRANZ WERRO in seinem Referat (S. 352 f.) - nicht für jeden Schaden ein Ersatzpflichtiger gefunden werden können: Wo weder ein spezifisches und erhöhtes Betriebsrisiko noch ein Organisationsversagen im Unternehmen als Anknüpfung für eine verschuldens-unabhängige Haftung herangezogen werden kann und auch kein

individuell zurechenbares Verschulden die Verhaltenshaftung einer Person zu begründen vermag, da gilt eben mangels einer "*special reason for interference*" – d.h. eines ausreichenden, über die bloße Verursachung hinausgehenden Grundes für die Überwälzung des Schadens von B auf A - wieder der Satz, wonach "*the loss lies where it falls*" oder lateinisch: "*casum sentit dominus*". Und, selbst wenn man mit Latein heute niemand mehr erschrecken oder überzeugen kann, bleibt der Satz richtig, dass weder vom blossen Schaden noch von der blossen Kausalität eine Brücke zur Verantwortung führt (MAX RÜMELIN).

Da irgendwo fängt die Sphäre des persönlichen Existenzrisikos eines jeden von uns an - früher nannte man das Schicksal oder lateinisch: Fatalität -, welches nicht mehr nach Kriterien des privatrechtlichen Interessenausgleichs auf ein anderes gleichgeordnetes Subjekt abgewälzt werden kann, sondern durch *first party insurance* "eigenverantwortlich" aufgefangen und abgemildert werden muss, soweit es nicht mittels Sozialversicherung auf die gesamte Risiko- und Solidaritätsgemeinschaft verteilt - "sozialisiert" - werden kann.

In diesem Sinne noch einmal: Es geht nicht darum, das Rad neu zu erfinden; man sollte es aber auch nicht über- noch zurück drehen.