

# Ausservertragliche Haftung einer Vertragspartei für die Verletzung absoluter Rechtsgüter Dritter

HARDY LANDOLT

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Literatur</b> .....	26
<b>I. Einleitung</b> .....	33
<b>II. Grundsatz der Nichtersatzfähigkeit von Drittschäden</b> .....	34
1. Reflex- bzw. Drittschadenersatzverbot .....	34
2. Ausnahmen vom Reflex- bzw. Drittschadenersatzverbot .	35
3. Unklarheit des Drittschadensbegriffs .....	37
<b>III. Haftungstheorie und Drittschadenbegriff</b> .....	39
1. Haftungstheorien .....	39
A. Verschuldenshaftung.....	39
B. Verhaltenshaftung .....	39
C. Erfolgshaftung.....	40

- 2. Rechtsnatur der Deliktshaftung (Art. 41 OR) ..... 40
  - A. Allgemeines ..... 40
  - B. Deliktsverschuldenshaftung ..... 41
  - C. Deliktsverhaltenshaftung ..... 42
  - D. Deliktserfolgshaftung ..... 44
- 3. Uneinheitlichkeit des Drittschadensbegriffs ..... 46
  - A. Schädigung infolge fehlender Garantenstellung ..... 46
    - a. Allgemeines ..... 46
    - b. Fehlende persönliche Schutzwirkung ..... 47
    - c. Fehlende sachliche Schutzwirkung ..... 47
  - B. Schädigung infolge fehlender Rechtsgutverletzung.. 48
  - C. Schädigung infolge nicht verwirklichter Schädigungsgefahr ..... 50

**IV. Rechtsgüterschutz und Drittschadensbegriff ..... 53**

- 1. Geschützte Rechtsgüter ..... 53
  - A. Allgemeines ..... 53
  - B. Absolute Rechtsgüter ..... 53
    - a. Leben ..... 53
    - b. Gesundheit ..... 54
    - c. Persönlichkeit ..... 54
    - d. Eigentum/Besitz ..... 55
  - C. Relative Rechtsgüter ..... 56
    - a. Vermögen ..... 56
    - b. Vertragsrechte ..... 57
    - c. Treu und Glauben ..... 60
- 2. Geltungsbereich des absoluten Rechtsgüterschutzes ..... 63
  - A. Allgemeines ..... 63
  - B. Hinsichtlich des Rechtsguts «Leben» ..... 64
    - a. Allgemeines ..... 64
    - b. Vorgeburtliches Absterben ..... 65
  - C. Hinsichtlich des Rechtsguts «Gesundheit» ..... 66
    - a. Pränatale Körperverletzung ..... 66
    - b. Schockschäden ..... 69
  - D. Hinsichtlich des Rechtsguts «Persönlichkeit» ..... 71
    - a. Ehrverletzung ..... 71
    - b. Ehe- und Familienleben ..... 73
    - c. Postmortale Persönlichkeitsrechte ..... 78

<b>V.</b>	<b>Kausalität und Drittschadenbegriff</b> .....	80
1.	Drittschaden und natürliche Kausalität .....	80
2.	Drittschaden und adäquate Kausalität .....	80
3.	Drittschaden und (un)mittelbare Kausalität.....	82
	A. Grundsatz der Haftung für mittelbaren Schaden .....	82
	B. Abgrenzung des mittelbaren Schadens vom Drittschaden .....	83
<b>VI.</b>	<b>Haftung für den Angehörigenschaden</b> .....	89
1.	Allgemeines.....	89
2.	Direkte Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden.....	90
	A. Vertragsrechtliche Ersatzpflicht .....	90
	B. Deliktsrechtliche Ersatzpflicht .....	92
	a. Schadenersatzanspruch .....	92
	b. Genugtuungsanspruch .....	92
	C. Bereicherungsrechtliche Ersatzpflicht.....	95
3.	Indirekte Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden .....	96
	A. Regressanspruch.....	96
	B. Angehörigenschaden als Schaden der verletzten Person .....	96
4.	Angehörigenschaden als Direktschaden? .....	99
<b>VII.</b>	<b>Schlussbetrachtung</b> .....	106

## LITERATUR

Die nachstehenden Werke werden im Text mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Die hauptsächlich schweizerischen Kommentarwerke (Berner Kommentar, Zürcher Kommentar, Basler Kommentar) werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (BerK, ZürK, BasK) zitiert (z.B. GAUTSCHI, BerK, N ... zu Art. ... OR). Beiträge aus dem «Schweizerischen Privatrecht» (SPR) werden mit dem Namen des Autors und dem Zusatz SPR samt Band zitiert (z.B. SCHLUEP, SPR VII/2, S. ...).

ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung. in: recht 1993, S. 84 ff.

BERGER BERNHARD, Abschied vom Gefahrensatz? BGE 124 III 297. in: recht 1999, S. 104 ff. (zit. BERGER, Gefahrensatz).

– Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: Dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern 2000.

– Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung. Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324, in: recht 2002, S. 201 ff. (zit. BERGER, Rechtsscheinhaftung).

BESSON SAMANTHA, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in: ZSR 2005 I, S. 39 ff.

BOMMER FELIX, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung? Zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, in: ZBJV 2001, S. 664 ff.

BOSSHARD ERICH, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich.

BUCHER EUGEN, Vertrauenshaftung. Was? Woher? Wohin? in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005.

VON CAEMMERER ERNST, Das Problem des Drittschadenersatzes, in: ZBJV 1964, S. 341 ff.

CANARIS CLAUD-WILHELM, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei «Gegenläufigkeit» der Interessen. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.11.1994, III ZR 50/94, in: Juristenzeitung 1995, S. 441 ff.

CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, in: Sem-Jud 1997, S. 165 ff.

- La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance, in: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zürich 2000.
- La responsabilité fondée sur la confiance: Un tour d'horizon, in: Responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zürich 2001 (zit. CHAPPUIS, confiance).

CONSEIL DE L'EUROPE, Réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès (Résolution [75] 7): Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 14 mars 1975 et Exposé des motifs, Strasbourg 1975.

DESCHENAUX HENRI / TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982.

DRUEY JEAN-NICOLAS, Vertrauenshaftung. Eine Revolution?, in: Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004.

EGLI JEAN-FRANÇOIS, De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalidé en RESPONSABILITÉ civile: A propos de l'évolution récente de la jurisprudence in: Problèmes de droit de la famille, Neuenburg 1987 (zit. EGLI, réparation).

- Le prix de la vie et de la santé en responsabilité civile: Une recommandation du Conseil de l'Europe, confrontée au droit suisse, in: Mélanges André Grisel, Neuenburg 1983 (zit. EGLI, prix).

FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung: Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss., St. Gallen 2002.

FELLMANN WALTER, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, in: ZBJV 1987, S. 317 ff.

FISCHER WILLI, Ausservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter: Ein Beitrag zur dogmatischen Analyse der sog. Fernwirkungsschäden, Zürich 1988 (zit. FISCHER, Haftung).

- Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht: Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Diss. Zürich 1985 (zit. FISCHER, Schaden).

FREI ARMIN, Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht: Eine rechtsvergleichende, rechtstheoretische Studie, Diss. Zürich 1973.

FRICK EMIL, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953.

- GIOVANNONI PIERRE, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, in: ZSR 1977 I, S. 31 ff. (zit. GIOVANNONI, dommage indirect).
- Le dommage par ricochet en droit suisse, in: *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, S. 239 ff. (zit. GIOVANNONI, développements).
- GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen» BGE 120 II 331 ff. i.S. Wibru Holding AG contra Swissair Beteiligungen AG, in: *recht* 1995, S. 117 ff.
- GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001.
- GUYENZ KARL HEINZ, Die Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit Personenschädigungen und Tötung, Diss. Bielefeld 1985.
- HOFSTETTER KARL, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, in: *AJP* 1998, S. 261 ff.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht. 3. Aufl., Zürich 2000.
- JANSEN NILS, Die Struktur der Gerechtigkeit, Diss. Kiel 1997.
- JAUN MANUEL, Der Gefahrensatz: Gefahr oder Chance?, in: *ZBJV* 2003, S. 141 ff.
- KARAMPATZOS ANTONIOS, Vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zur deliktischen berufsbezogenen Vertrauenshaftung. Zugleich ein Beitrag zum Erstaz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden, Diss. Tübingen 2002.
- KARCZEWSKI CHRISTOPH, Die Haftung für Schockschäden: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Hamburg 1991.
- KELLER ALFRED, Die Behandlung des Haftpflichtfalles durch die Versicherung, in: *Arzt und Recht* (Ed. Wiegand, W.), Bern 1985, S. 125 ff. (zit. KELLER, Behandlung).
- Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Aufl., Bern 1997 (zit. KELLER, Haftpflicht 1997).
  - Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002 (zit. KELLER, Haftpflicht 2002).
- KELLER MAX/GABI SONJA, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II: Haftpflichtrecht. 2. Aufl., Basel 1988.

- KOLLER ALFRED, Haftung des Arztes aus unterlassener Aufklärung: Zur Haftung wegen Verschweigung des bei einer Sterilisation bestehenden Versagerisikos, in: AJP 1997, S. 1197 ff. (zit. KOLLER, Aufklärung).
- Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 (Tagungsbeiträge), St. Gallen 1997 (zit. KOLLER, Sterilisation).
  - Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten in: Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004 (zit. KOLLER, Vertragspartei).
  - Ausservertragliche Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung? Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005 (zit. KOLLER, Haftung).
- KRAMER ERNST A., Diskussionsbeitrag zum Thema «Vertrauenshaftung», in: Responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zürich 2001.
- KÜSTER OTTO, Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit nach Aristoteles in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974.
- LANDOLT HARDY, Die Grundrechtshaftung: Haftung für grundrechtswidriges Verhalten unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung der Rechtsgleichheitsgarantie (Art. 8 BV), in: AJP 2005, S. 379 ff. (zit. LANDOLT, AJP).
- Pflgerecht, Band II, Bern 2002 (zit. LANDOLT, Pflgerecht).
  - Baby Boy und der kategorische Imperativ: Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung in: ZSR 2003 I, S. 185 f. (zit. LANDOLT, ZSR).
- LOSER-KROGH PETER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht: Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Recht und Internationalisierung, Zürich 2000.
- LUTZ PETER, Haftung für Gebrauchsanleitungen: Ein Sonderfall der Produkthaftung, in: SJZ 1993, S. 1 ff.
- MANNSDORFER THOMAS M., Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, in: ZBJV 2001, S. 605 ff. (zit. MANNSDORFER, Haftung).

- Entscheid der Vollversammlung des französischen Kassationshofes (Cour de Cassation, Assemblée plénière) vom 28.11.2001 (Arrêt no 486), in: AJP 2003, S. 1360 ff. (zit. MANNSDORFER, Entscheid).
  - Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, in: HAVE 2003, S. 101 ff. (zit. MANNSDORFER, Schädigung).
  - Pränatale Schädigung: Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigeter Personen. Unter Berücksichtigung der Rechtslage im Ausland, insbesondere in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Freiburg i.Ü. 2000 (zit. MANNSDORFER, Ansprüche).
- MARCHAND SYLVAIN, Responsabilité fondée sur la confiance. Vie et mort d'un ornithorynque juridique, in: Responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung Zürich 2001.
- MARSCHALL VON BIEBERSTEIN WOLFGANG, Reflexschäden und Regressrechte. Die Ersatzansprüche Dritter bei mittelbaren Vermögensschäden infolge vertraglicher und ähnlicher Beziehungen zum Verletzten, Stuttgart 1967.
- MEDICUS DIETER, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, Heidelberg 1977.
- MORIN ARIANE, La responsabilité fondée sur la confiance: Etude critique des fondements d'une innovation controversée, Diss. Genf 2001.
- Le comportement contraire au principe de la bonne foi au sens de l'article 46 alinéa 2 de l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in: Réforme du droit de la responsabilité civile, Genf 2004 (zit. MORIN, comportement).
- MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft: Zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten. Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998 in: AJP 1999, S. 541 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von Wrongful birth- und Wrongful life-Klagen im schweizerischen Recht in: AJP 2003, S. 522 ff. (zit. MÜLLER, Haftpflicht).
- Vers une responsabilité médicale pour les handicaps congénitaux? in: Droit, santé mentale et handicap, Chêne-Bourg/Genève 2003, S. 19 ff. (zit. MÜLLER, handicaps).

- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil., 5. Aufl., Zürich 1995.
- PETERS FRANK, Zum Problem der Drittschadensliquidation, in: Archiv für die civilistische Praxis 1980/4, S. 329 ff.
- PIOTET PAUL, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994 (zit. PIOTET, débiteur).
- Le Tribunal Fédéral et la «Liquidation du dommage d'un tiers», in: JDT 1994 I, S. 194 ff. (zit. PIOTET, dommage).
- PLOTKE JON S., Vertrauenshaftung. Keine Haftung des Liegenschaftenschätzers für erwecktes Vertrauen - Bemerkungen in: AJP 2005, S. 350 ff.
- RANIERI FILIPPO, Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Wien 2003.
- REICHARD INGO, Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht, Diss. Bonn 1991.
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 511 ff. (zit. ROBERTO, Schutz).
- RÜETSCHI DANIEL, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation. Zugleich ein Beitrag zur Problematik «Kind als Schaden», in: AJP 1999, S. 1359 ff.
- SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. SCHAER, Grundzüge).
- Schockschäden und psychische Überlagerungen in: Relazioni tra diritto civile e assicurazioni sociali, Lugano 1993, S. 19 ff. (zit. SCHAER, Schockschäden).
- SCHEURER ANDREAS, Löschkosten bei Autobränden in: SVK 1988, S. 211 ff.
- SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg i.Ü. 1992 (zit. SCHMID, Geschäftsführung).
- SCHMID NIKLAUS, Strafrechtliche Schranken gegen Manipulationen mit ungeborenem Leben in: Festschrift Hegnauer (Ed. Riemer, H. M.), Bern 1996 (zit. SCHMID, Schranken).
- SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie in: HAVE 2004, S. 3 ff.

- VAN SPIJK PIET, Definition und Beschreibung der Gesundheit. Ein medizinhistorischer Überblick, Muri 1991.
- STARK EMIL W., Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989 (zit. STARK, Haftungsvoraussetzungen).
- Ausservertragliches Haftpflichtrecht: Skriptum, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Stark, Haftpflichtrecht).
- STEINER ISABELLE, Das «Kind als Schaden» – ein Lösungsvorschlag, in: ZBJV 2001, S. 646 ff.
- TERCIER PIERRE, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile. A propos de deux arrêts récents du Tribunal fédéral in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg i.Ü. 1977.
- THORENS JUSTIN, Le dommage causé à un tiers, Diss. Genf 1962.
- WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 2001 I, S. 79 ff.
- WEBER ROLF H., Drittschadensliquidation: Eine Zwischenbilanz, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990.
- WEIMAR PETER, Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes?, in: Festschrift Cyril Hegnauer [Ed. Riemer, H. M.], Bern 1986 (zit. WEIMAR, Schadenersatz).
- Der Begriff des Versorgers nach Art. 45 Abs. 3 OR, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989 (zit. WEIMAR, Versorger).
- WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung: Braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, in: recht 2003, S. 12 ff.
- WIDMER PIERRE, Privatrechtliche Haftung in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. Münch, P. und Geiser, T.), Basel / Genf / München 1999.
- WICK MARKUS, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht. Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid in: AJP 1995, S. 1270 ff.
- WINTERFELD ROSEMARIE, Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Versuch einer Abgrenzung, Diss. Bonn 1983.
- ZEN-RUFFINEN Piermarco, La perte de soutien, Diss. Neuenburg 1979.

## I. Einleitung

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

Ein *angemessener Schadenausgleich* ist deshalb ein *Gebot der Gerechtigkeit*. Nach dem auf *Aristoteles* zurückgehenden Konzept der Gerechtigkeit<sup>4</sup> besteht diese sowohl in einer *Ausgleichs-*<sup>5</sup> als auch in einer *Verteilgerechtigkeit*<sup>6</sup>. Im individuellen Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem richtet sich der Schadenausgleich primär nach den Prinzipien der ausgleichenden Gerechtigkeit (Tauschgerechtigkeit; Proportionalität). Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit wird unter dem Gesichtspunkt der Ausgleichsgerechtigkeit durch ein vorwerfbares Verhalten (Schädigungsvorsatz, pflichtwidriges Verhalten) ausgelöst. Die Zuteilung der Schadenausgleichslast muss dabei nicht ausschliesslich nur nach

---

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

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Art. 41 Abs. 2 OR.

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

<sup>4</sup> Weiterführend dazu JANSEN, *passim*. und KÜSTER, S. 541 ff.

<sup>5</sup> Auch «dikaion diorthotikon» oder «iustitia commutativa».

<sup>6</sup> Auch «dikaion dianemetikon» oder «iustitia distributiva».

kommutativen, sondern kann auch nach distributiven Kriterien erfolgen. Die Verteilgerechtigkeit verlangt mitunter, dass eine Person für einen Schaden haftet, obwohl sie selbst weder absichtlich Schaden zufügen wollte noch durch ihr pflichtwidriges Verhalten den Schaden bewirkt hat. Die Gefährdungs-, Zufalls- und Billigkeitshaftung sind Ausdruck der Verteilgerechtigkeit.

## II. Grundsatz der Nichtersatzfähigkeit von Drittschäden

### 1. Reflex- bzw. Drittschadenersatzverbot

Die Einordnung des «Drittschadens» – vorderhand verstanden als Schaden einer x-beliebigen Person – in dieses rechtsphilosophische Gravitationsfeld<sup>7</sup> ist auf den ersten Blick ziemlich simpel: Weil es keine absolute Erfolgshaftung gibt, ist der Drittschaden nicht ersatzfähig. Das Bundesgericht hat denn auch mehrfach festgehalten, dass *«aus unerlaubter Handlung ein Schadenersatzanspruch in der Regel nur für den, der hievon unmittelbar betroffen wird, nicht auch für Dritte, welche durch eine Reflexwirkung des Deliktes mittelbar benachteiligt werden»*<sup>8</sup>, entsteht<sup>9</sup>. Der Schaden von bloss mittelbar Betroffenen wird auch Dritt- oder Reflexschaden bezeichnet<sup>10</sup>. Die Lehre hat sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen und betont die Nichtersatzfähigkeit von

---

<sup>7</sup> Weiterführend zum Dritt- bzw. Reflexschaden: ARMBRÜSTER, S. 84 ff.; VON CAEMMERER, S. 341 ff.; GIOVANNONI, *dommage indirect*, S. 31 ff.; GIOVANNONI, *développements*, S. 239 ff.; TERCIER, S. 239 ff. und die weiteren Angaben im Literaturverzeichnis.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 57 II 180/181.

<sup>9</sup> Siehe BGE 63 II 18 E. 5, 71 II 225 E. 1, 82 II 36 E. 4a, 99 II 221 E. 2, 101 Ib 252 E. 2a und 104 II 95 E. 2a.

<sup>10</sup> Äquivalent sind die Begriffe «*dommage réfléchi*», «*dommage par ricochet*», «*dommage réflexe*» oder «*dommage d'un tiers*» bzw. «*danno riflesso*» oder «*danno di un terzo*».

Dritt- bzw. Reflexschäden<sup>11</sup>. Drittgeschädigte sind auch in strafrechtlicher Hinsicht weder Opfer noch Antragsberechtigte<sup>12</sup>.

## 2. Ausnahmen vom Reflex- bzw. Drittschadenersatzverbot

Der Reflexschaden ist nur dann zu ersetzen, wenn entweder eine *explizite Haftungsnorm* besteht<sup>13</sup>, die *Voraussetzungen der Drittschadensliquidation* erfüllt sind<sup>14</sup> oder dem Reflexgeschädigten ein *Regressrecht* zusteht<sup>15</sup>. *Drittschadenersatznormen* stellen z.B. Art. 45 Abs. 3 OR<sup>16</sup>, Art. 11 EHG<sup>17</sup> und Art. 754 OR/Art. 260 SchKG<sup>18</sup> sowie Art. 2 Abs. 2

<sup>11</sup> Statt vieler BREHM, BerK, N 20 ff. zu Art. 41 OR; EGLI, réparation, S. 51 ff. und WIDMER, S. 31 f.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Urteil KassGer ZH vom 18.02.1975 = ZR 1975 Nr. 47 E. II/2b. Nicht als Dritte gelten die Angehörigen eines Getöteten bzw. Verletzten (vgl. Urteil BGer vom 21.12.1999 = REP 1999, 101 E. 3b) und die Hypothekarbank bei einer Brandstiftung (vgl. Urteil BGer vom 21.12.2001 [1P.620/2001] E. 2.1).

<sup>13</sup> Statt vieler: Urteil BGer vom 29.08.2002 (4C.43/2002) E. 6.1 und BGE 81 II 129 E. 8a.

<sup>14</sup> Eine Drittschadensliquidation wird von der Rechtsprechung überaus zurückhaltend zugelassen, so bei der indirekten Stellvertretung (Kontrahieren in eigenem Namen für fremde Rechnung; vgl. Urteil BGer vom 02.07.2002 [4C.310/2001] E. 2.1, Urteil OGer ZH vom 18.06.2001 = ZR 2002 Nr. 83 E. 2.4.6/b und Urteil BezGer ZH vom 27.04.1984 = SGW 1984 Nr. 23 E. IV/5), bei der Hinterlegung, wenn die hinterlegte Sache bloss gemietet war (Urteil OGer ZH vom 18.06.2001 = ZR 2002 Nr. 83 E. 2.4.6/b, ferner BGE 81 II 129 E. 8.), und bei der Spedition von Ware (der Absender kann den Schaden des geschädigten Empfängers geltend machen; vgl. Urteil OGer ZH vom 18.06.2001 = ZR 2002 Nr. 83 E. 2.4.6/b) sowie bei Generalunternehmerverträgen (Urteil KGer SG vom 17.03.1978 = SJZ 1980, S. 194) und Schäden von Mitunternehmern (Urteil BGer vom 05.02.1987 i.S. Raymond Francioli c. Société coopérative Pro Familia = RVJ 1988, S. 348 E. 13b). Siehe dazu PIOTET, débiteur, passim; PIOTET, dommage, S. 94 ff.; PETERS, S. 329 ff.; WEBER, S. 215 ff. sowie infra Ziff. VI/3./B.

<sup>15</sup> Dazu MARSCHALL, passim.

<sup>16</sup> Vgl. dazu infra Ziff. VI/1.

<sup>17</sup> Vgl. Urteil BGer vom 08.04.2003 i.S. B. c. CFF SA = RJN 2003, S. 137 (Bemerkungen von PIERRE TERCIER) E. 5.

<sup>18</sup> Siehe dazu infra Fn. 21.

OHG<sup>19</sup> dar. Eine *Drittschadensliquidation* erfolgt in den Fällen, in denen die geschädigte und die verletzte Person nicht identisch sind, gleichwohl aber ein schutzwürdiges Restitutionsinteresse besteht. Ein solches bejaht die Praxis insbesondere beim Angehörigenschaden<sup>20</sup>, beim Gläubigerschaden<sup>21</sup> und beim Schaden des Auftraggebers, der durch den Substituten des Beauftragten verursacht wird<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. z.B. PVG 1998 Nr. 31 E. 4c und d.

<sup>20</sup> Dazu infra Ziff. VI.

<sup>21</sup> Der Gläubiger einer Aktiengesellschaft bzw. GmbH kann direkt durch eine Verletzung von Schutznormen (unmittelbarer Gläubigerschaden) oder indirekt als Folge einer Schädigung der Gesellschaft (mittelbarer Gläubigerschaden) geschädigt werden. Der mittelbare Gläubigerschaden kann im Konkurs gestützt auf Art. 757 OR bzw. Art. 260 SchKG geltend gemacht werden. Massgebliches Kriterium für die Abgrenzung von unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden bildet die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht, mithin die Art der Pflichtverletzung, die dem ins Recht gefassten Organ vorgeworfen wird, und die Interessen, deren Schutz die missachtete Vorschrift dient. Ein unmittelbarer Gläubigerschaden liegt demnach vor, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet. Werden Bestimmungen verletzt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt ein mittelbarer Schaden vor, welcher ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft, nach Konkurseröffnung jedoch durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger i.S.v. Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 260 SchKG geltend zu machen ist (statt vieler BGE 127 III 374 E. 3a, 125 III 86 E. 3a, 122 III 176 E. 7 sowie Urteil BGER vom 24.04.2001 [4C.275/2000] E. 2). Gegenüber der Gesellschaft und den Gläubigern übernimmt der Konkursrichter in ähnlichem Umfang Verantwortung wie die Gesellschaftsorgane; es ist deshalb sachgerecht, die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden auch dann Platz greifen zu lassen, wenn nicht ein Gesellschaftsorgan, sondern das Gemeinwesen ins Recht gefasst wird (vgl. BGE 127 III 374 E. 3d). Gegen die Bankenrevisionsstelle, die nicht ein gesellschaftsrechtliches Kontrollorgan ist, können die Bankengläubiger nur aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) klagen (vgl. BGE 117 II 315 E. 5e).

<sup>22</sup> Vgl. Art. 399 Abs. 3 OR. Siehe dazu BGE 121 III 310 E. 4a.

Aktionäre bzw. Gesellschafter demgegenüber besitzen kein schützenswertes Restitutionsinteresse<sup>23</sup>. Eine Drittschadenliquidation wird schliesslich auch bei vertragsfremden Dritten nur ausnahmsweise zugelassen<sup>24</sup>. Ein *Regressrecht* steht namentlich dem reflexgeschädigten Arbeitgeber<sup>25</sup> bzw. Sicherheitsfonds gemäss Art. 56a BVG<sup>26</sup> zu.

### 3. Unklarheit des Drittschadensbegriffs

Dass Schäden x-beliebiger Dritter nicht ersatzfähig sind, ist ohne weiteres einsichtig. Doch wie verhält es sich mit Angehörigen, Arbeitgeber, Vertragspartner oder Nachbarn des Geschädigten, die sich in seiner unmittelbaren Lebenssphäre befinden? Diese Personen sind nämlich keine x-beliebigen Dritten:

- S tötet bzw. verletzt G. Die Angehörigen von G und weitere Dritte erleiden als direkte Folge der Tötung bzw. der Körperverletzung einen Schaden. Die Angehörigen verlieren ihren Versorger, müssen im Fall der Tötung Begräbniskosten tragen oder erbringen (unentgeltlich) Mehrleistungen für den Verletzten und erleiden dadurch eine Vermögenseinbusse (Erwerbsausfall, Auslagen). Der Arbeitgeber muss eine Ersatzkraft einstellen; deren Instruktion kostet Geld; zudem ist ihre Produktivität geringer. Einem allfälligen Vertragspartner von G entgeht ein lukratives Geschäft, das er mit Hilfe von G hätte realisieren können.

---

<sup>23</sup> Aktionäre können aus den (Rechts-)Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten keine Ansprüche gegen Dritte ableiten; der Aktionär erleidet durch die Schädigung der Gesellschaft einen grundsätzlich nicht zu entschädigenden Reflexschaden (vgl. z.B. Urteile BGer vom 02.07.2002 [4C.310/2001] E. 2.1 und OGer ZH vom 18.06.2001 = ZR 2002 Nr. 83 E. 2.4.2). Siehe ferner Urteil HGer ZH vom 23.09.1992 = ZR 1994 Nr. 30 E. II/1b.

<sup>24</sup> Siehe die Hinweise supra Fn. 14 und infra Ziff. VI/3./B.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 121 III 521 = ARV 2001, S. 110 (Bemerkungen von WOLFGANG PORTMANN).

<sup>26</sup> Vgl. BGE 130 V 277 E. 2.1.

- S fällt ohne Einwilligung im Garten von G1 einen Baum, der seine Sicht behindert. Der Baum fällt nicht in die gewünschte Richtung, sondern auf einen Strommasten, der sich auf der Nachbarliegenschaft der Gemeinde G2 befindet, wodurch ein Stromausfall entsteht, der bei der Unternehmung G3 zu einem Produktionsausfall führt.
- S repariert die Bremsen des Autos von A mangelhaft. A leiht/verkauft das Auto seinem Freund. Dieser fährt auf Grund eines Bremsversagens in eine Menschenmenge und verletzt sich dabei ebenfalls.

Was bedeutet die bundesgerichtliche Formel von der «unmittelbaren Betroffenheit» in diesen Fällen genau? Auf welche Haftungsvoraussetzung bezieht sie sich? Ist damit die *Intensität des Kausalzusammenhangs* gemeint? Muss die Unmittelbarkeit in persönlicher, räumlicher und/oder zeitlicher Hinsicht gegeben sein? Besteht ein Schadenersatzanspruch von vornherein nur für Schäden von Personen, die sich im Zeitpunkt der Verwirklichung der Schadenursache/n neben ihr befunden haben? Oder können auch räumlich entfernt oder zeitlich später eintretende Schäden noch unmittelbar sein? Bezieht sich die Unmittelbarkeit letzten Endes gar nicht auf die Kausalität, sondern auf das *haftungsbegründende Ereignis* oder den *Schaden*?

Der Zweck des Unmittelbarkeitsgebots besteht darin, eine *ausufernde Haftung* zu verhindern. Es bezieht sich letztlich auf die *Beziehungsnähe* zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis, für das der Schädiger verantwortlich ist, und dem Schaden, den der Geschädigte erlitten hat. Die Beziehungsnähe hängt dabei sowohl vom *Kausalzusammenhang* als auch vom *haftungsbegründenden Ereignis* ab. Der Begriff des nichtersatzfähigen Drittschadens ändert deshalb sein Erscheinungsbild in Abhängigkeit von den Anforderungen, die an die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit<sup>27</sup> und die rechtserhebliche Kausalität<sup>28</sup> gestellt werden. Von Bedeutung sind ferner auch allfällige besondere Haftungsnormen, die

---

<sup>27</sup> Dazu infra Ziff. III und IV.

<sup>28</sup> Dazu infra Ziff. V.

eine Ersatzpflicht von Drittschäden explizit vorsehen, wie das beim Angehörigenschaden der Fall ist<sup>29</sup>.

### III. Haftungstheorie und Drittschadenbegriff

#### 1. Haftungstheorien

##### A. Verschuldenshaftung

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

##### B. Verhaltenshaftung

Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung knüpft die Verhaltenshaftung die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht an einem inneren Umstand (Schädigungsvorsatz), sondern am Verhalten des Schadenverursachers an. Haftungsbegründend ist ein Schaden verursachendes Verhalten dann, wenn es dem Schadenverursacher vorgeworfen werden kann bzw. pflichtwidrig war. Damit im rechtlichen Kontext von Pflichtwidrigkeit gesprochen werden kann, müssen rechtliche Verhaltenspflichten verletzt worden sein. Dazu zählen die genuin gesetzlichen, aber auch vertragliche<sup>30</sup> und sittliche Pflichten<sup>31</sup>. In den ersten beiden Fällen wird gegen gesetztes oder autonomes Recht verstossen, im letzten Fall werden ausserrechtliche

---

<sup>29</sup> Dazu infra Ziff. VI.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 97 ff. OR.

<sup>31</sup> Siehe Art. 41 Abs. 2 OR, dazu BGE 109 II 123 E. 2.

Pflichten verletzt, die jedoch auf Grund eines Verweises des Gesetzgebers als gesetzliche Pflichten im weitesten Sinne zu betrachten sind. Der Drittschaden umfasst in diesem Zusammenhang alle Schäden, die Personen erleiden, denen der pflichtwidrig handelnde Schadenverursacher nicht zur Schadenverhütung verpflichtet war.

## C. Erfolgshaftung

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

## 2. Rechtsnatur der Deliktshaftung (Art. 41 OR)

### A. Allgemeines

Bei der *Deliktshaftung*<sup>32</sup> knüpft der Gesetzeswortlaut die Ersatzpflicht an ein Verschulden («... sei es mit Absicht... »)<sup>33</sup> an. Neben dem Verschulden ist ferner Widerrechtlichkeit erforderlich. Was genau unter diesen beiden Haftungsvoraussetzungen zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Für die Drittschadenhaftung ist diese Frage aber zentral, weil sich – wie erwähnt – der Drittschadenbegriff in Abhängigkeit zur anwendbaren Haftungstheorie verändert.

---

<sup>32</sup> Vgl. Art. 41 ff. OR.

<sup>33</sup> Art. 41 Abs. 1 OR.

## B. Deliktsverschuldenshaftung

Anzeichen dafür, dass die schweizerische Verschuldenshaftung als reine Verschuldenshaftung konzipiert wurde, lieferte Art. 50 aOR. Diese Bestimmung setzte – in der französischen Fassung – voraus, dass der Schaden «sans droit» zugefügt worden war<sup>34</sup>. Von der Widerrechtlichkeit war im OR von 1881 explizit noch nicht die Rede. Die reine Verschuldenshaftung, vom Bundesgericht subjektive Widerrechtlichkeitstheorie genannt, hat sich in der Schweiz aber nicht durchzusetzen vermocht<sup>35</sup>. Die Lausanner Richter haben bereits unter der Geltung von Art. 50 aOR abwechselnd auf die Verhaltens-<sup>36</sup> oder die Erfolgstheorie<sup>37</sup> abgestellt. Die Deliktshaftung geht zudem in mehrfacher Hinsicht über die reine Verschuldenshaftung hinaus. Der Gesetzgeber macht die Haftung der schuldfähigen Personen nicht nur vom Verschulden, sondern zusätzlich auch von der Widerrechtlichkeit<sup>38</sup> abhängig und statuiert ferner bei Schuldunfähigen – in Konkretisierung der Verteilergerechtigkeit – eine Billigkeitshaftung<sup>39</sup>. Beim heute gebräuchlichen Verschuldensbegriff wird sodann nicht nur der Vorsatz, sondern auch *Fahrlässigkeit* als Teil des (objektiven) Verschuldens betrachtet.

Fahrlässigkeit setzt zwingend einen fehlenden Schädigungsvorsatz voraus; der diesbezügliche «Verschuldensvorwurf» besteht in einem vorwerfbareren pflichtwidrigen Verhalten<sup>40</sup>. Der Fahrlässigkeitsvorwurf kann

<sup>34</sup> Vgl. z.B. BOSSHARD, S. 45 ff.

<sup>35</sup> Siehe BGE 115 II 15 E. 3a.

<sup>36</sup> Exemplarisch: BGE 30 II 567 E. 3b.

<sup>37</sup> Siehe z.B. BGE 30 II 271 E. 4.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 54 OR.

<sup>40</sup> Leichte Fahrlässigkeit liegt vor bei einer geringfügigen Verletzung der erforderlichen Sorgfalt bzw. bei einer Abweichung vom Sorgfaltsmassstab, den eine gewissenhafte und sachkundige Person in vergleichbarer Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde. Grob fahrlässig handelt, wer elementare Vorsichtsgebote verletzt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde (BGE 111 Ib 192 E. 3 und 108 II 424 E. 2). Was als leichte oder grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 123 III 112 E. 3a).

sogar gegenüber unbewusst Handelnden erhoben werden<sup>41</sup>. Dass ein unbewusstes Verhalten haftungsbegründend sein kann, verdeutlicht, dass die Deliktshaftung von Art. 41 OR nicht nur Verschuldens-, sondern auch eine Verhaltenshaftung ist.

### C. Deliktsverhaltenshaftung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt der Blankettnorm nach Art. 41 Abs. 1 OR die sog. *objektive Widerrechtlichkeitstheorie* zu Grunde<sup>42</sup>. Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt wird (Erfolgsunrecht)<sup>43</sup> oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Ein haftungsbegründendes Verhaltensunrecht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten liegt vor, wenn der Zweck der fraglichen Rechtspflicht, die der Schädiger verletzt hat, darin besteht, den Geschädigten vor dem erlittenen Schaden zu schützen (*Erfordernis des Schutznormverstosses*) Solche Schutznormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt<sup>44</sup>. Ungeschriebene Pflichten entstehen insbesondere aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht<sup>45</sup> bzw. dem Gefahrensatz<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. BGE 130 IV 32 E. 5.1, 128 III 34 E. 5c.

<sup>42</sup> Siehe BGE 129 IV 322 E. 2.2.2, 126 Ib 367 E. 4b, 123 II 577 E. 4c, 123 III 306 E. 4a, 122 III 176 E. 7b, 118 Ib 473 E. 2b, 115 II 15 E. 3a, 113 Ib 420 E. 2 und 108 II 305 E. 2b.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 28 und 28a ZGB.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 119 Ia 332 E. 1b, 118 Ia 14 E. 2b (Immissionsschutzbestimmungen), 116 Ia 162 E. 2c-e, 115 II 15 E. 4a (vormundschaftliche Massnahmen), 107 Ib 160 E. 3a und 5 E. 2a, 103 Ib 65 E. 3, 95 II 481 E. 6 und 93 E. I/2 (Gefahrensatz), 95 III 83 E. 6c, 94 I 628 E. 4a und 5 (Vertrag mit Starkstrominspektorat) 93 E. 4b, 90 II 274 E. 4, 88 II 276 E. 4a, 82 II 25 E. 1, 80 II 327 E. 3a, 75 II 204 E. 3, 56 II 371 E. 2 (kantonales Polizeigesetz) und 55 II 331 E. 2 (kantonales Recht).

<sup>45</sup> Siehe supra Fn. 40.

<sup>46</sup> Nach diesem ungeschriebenen haftpflichtrechtlichen Grundsatz hat, wer Gefahren schafft, die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen (statt vieler BGE 116 Ia 162 E. 2c). Der Gefahrensatz ist zudem heranzuziehen, wenn der Kausal- bzw. der

Die Deliktshaftung ist insoweit ein *haftungstheoretisches Mischmasch zwischen Elementen von Verschuldens-, Verhaltens- und Erfolgshaftung*. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat immerhin festgestellt, dass die Deliktshaftung keine Verschuldenshaftung im klassischen Sinne sei<sup>47</sup>. In Anbetracht der mehrdeutigen Rechtsprechung wird in der Lehre seit je über die Frage, ob die Deliktshaftung eine Verhaltens- oder eine Erfolgshaftung sei, debattiert. Das eine Lager vertritt die Erfolgstheorie, während andere Autoren die Verhaltenstheorie befürworten<sup>48</sup>. Die Theorie der Erfolgshaftung ist im Kontext der Deliktshaftung abzulehnen, weil es nicht einsichtig ist, dass die blossе Schadenverursachung an sich eine Haftungsvermutung schafft, rechtmässiges Verhalten diese Vermutung aber wieder ausschliesst. Entscheidend muss – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Austauschgerechtigkeit – vielmehr sein, ob der Schadenverursacher pflichtwidrig gehandelt hat. Die *Widerrechtlichkeit* entspricht insoweit der *Verletzung gesetzlicher Sorgfaltspflichten gegenüber dem Geschädigten*.

Das haftungstheoretische Nebeneinander ist für die Deliktshaftung dann von Bedeutung, wenn die verletzte Sorgfaltspflicht die verletzten Rechtsgüter nicht schützt oder eine Schädigung unabhängig von einer Rechtsgutverletzung eingetreten ist. Im ersten Fall setzt eine Ersatzpflicht zwingend voraus, dass die Deliktshaftung eine Erfolgshaftung ist, was das Bundesgericht auch schon verneint hat<sup>49</sup>. Im zweiten Fall, so bei reinen Vermögensschäden, hängt ein allfälliger Schadenersatz von der Verletzung einer Schutznorm ab. Das Vorliegen einer Schutznorm bzw. deren persönlicher und sachlicher Geltungsbereich lässt sich aber nicht immer leicht ermitteln<sup>50</sup>, weshalb sich der Schadenersatz suchende Geschädigte

---

Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem eingetretenen Schaden zu beurteilen ist. Ferner begründet die Verletzung des Gefahrensatzes Verschulden; wer die gebotenen Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt seine Sorgfaltspflicht. Nicht geeignet ist der Gefahrensatz nach der bundesgerichtlichen Auffassung zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Unterlassung (so BGE 123 III 297 E. 5b). Siehe dazu BERGER, Gefahrensatz, S. 104 ff. und JAUN, S. 141 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 115 II 15 E. 3a.

<sup>48</sup> Siehe dazu den Überblick bei SCHÖNENBERGER, S. 3 ff.

<sup>49</sup> Siehe dazu die Beispiele infra Ziff. III/2./C.

<sup>50</sup> Siehe stellvertretend BGE 129 IV 322 E. 2 (Geldwäschereiverbot).

im Zweifelsfall auf eine *a priori* widerrechtliche Rechtsgutverletzung beruft.

## D. Deliktserfolgshaftung

Nach der Auffassung des Bundesgerichts ist die Deliktshaftung auch eine Erfolgshaftung. Das Wesen des Erfolgsunrechts liegt darin begründet, dass die Verletzung absoluter Rechtsgüter<sup>51</sup> immer rechtswidrig ist, und zwar unabhängig von deren Ursache<sup>52</sup>. Während positive, ein geschütztes absolutes Rechtsgut beeinträchtigende Handlungen ohne weiteres rechtswidrig sind – soweit kein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt – setzt die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung voraus, dass gegen eine spezifische Rechtspflicht zur Abwendung des drohenden Verletzungserfolges verstossen wurde<sup>53</sup>. Mithin können Unterlassungen auch bei Verletzung absoluter Rechtsgüter nur widerrechtlich sein, wenn i.S. des Verhaltensunrechts Rechtspflichten missachtet werden, auf Grund derer der Schädiger gegenüber dem Geschädigten eine *Garantenstellung* einnimmt<sup>54</sup>. Die Garantenstellung<sup>55</sup> kann entstehen im Zusammenhang mit *Obhutspflichten*, d.h. Garantenstellungen zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter gegenüber unbestimmt vielen Gefahren, und zum anderen mit *Überwachungspflichten*, d.h. Garantenstellungen zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen zum Schutze unbestimmt vieler Rechtsgüter<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Dazu infra Ziff. IV/1./B.

<sup>52</sup> Statt vieler OFTINGER/STARK, S. 175.

<sup>53</sup> Vgl. BREHM, BerK, N 56 zu Art. 41 OR.

<sup>54</sup> Vgl. Urteile BGer vom 28.01.2000 (4C.280/1999) = SJ 2000 I 554 = ZBJV 2000, S. 289 (Bemerkungen von CHRISTOPHE LEUENBERGER) und (4C.296/1999) (dazu KOLLER, Vertragspartei, S. 1 ff. und KOLLER, Haftung, S. 367 ff.), beide E. 1a.

<sup>55</sup> Siehe zum Begriff der Garantenstellung ferner BGE 123 II 577 E. 4d/ff., 120 IV 98 E. 2c, 117 IV 130 E. 2a und 113 IV 68 E. 5b.

<sup>56</sup> Siehe zur Kasuistik: BGE 123 III 24 E. 2b (Garantenstellung gemäss Art. 645 OR), 121 IV 353 E. 2b (Art. 268 OR – keine Garantenstellung des Vermieters gegenüber den Gläubigern des Mieters), 118 Ib 473 E. 19 (keine Garantenstellung der Behörde gegenüber Käseproduzenten bei Listerioseepidemie), 116 Ib 367 E. 5d (keine Garantenstellung der Submissionsbehörde gegenüber den Gläubigern des Beauftragten), 116 II 695 E. 4 (Garantenstellung des Raterteilenden), 116 II

Die Erfolgshaftung liegt der *Gefährdungs*-<sup>57</sup> und der *Zufallshaftung*<sup>58</sup> zu Grunde, da bei diesen der Schadenverursacher für sein letztlich rechtmässiges Verhalten den Schaden zu ersetzen hat, weil er eine erhöhte Schädigungsgefahr herbeigeführt oder für den zufällig eingetretenen Schaden aus Gründen der Billigkeit einzustehen hat. Eine Erfolgshaftung ist auch die *Billigkeitshaftung* des Urteilsunfähigen<sup>59</sup> und die *Staatshaftung für rechtmässige Schadenverursachung*<sup>60</sup>. Die einfache Kausalhaftung<sup>61</sup> und die Staatshaftung für widerrechtliche Schadenszufügung sind demgegenüber Anwendungsfälle der Verhaltenshaftung. Bei der Kausalhaftung löst

---

519 E. 3b/dd (Garantenstellung des Arztes gegenüber Patient nach Annahme des Behandlungsvertrages), 115 II 15 E. 4a (beschränkte Garantenstellung des Vormundes) und 115 IV 189 E. 3 (Garantenstellung der Bergbahn- und Skiliftunternehmen gegenüber Skifahrer).

<sup>57</sup> Bei der Gefährdungshaftung besteht die Schadenausgleichspflicht als Folge einer erhöhten Schädigungsgefahr der fraglichen Tätigkeit oder des Zustandes. So besteht eine Haftung für technische Anlagen (vgl. z.B. Art. 27 EleG, Art. 33 RLG, Art. 3 KHG und Art. 39 StSG), Fahrzeuge (vgl. z.B. Art. 1 EHG [dazu Urteil BGer vom 11.07.1995 i.S. X. et al c. SOB = Pra 1996 Nr.171 E. 1], Art. 64 LFG, Art. 48 ff. Seeschiffahrtsgesetz sowie Art. 15 BG über die Trolleybusunternehmen und Art. 58 SVG) sowie für gefährliche Tätigkeiten (vgl. z.B. Art. 15 Abs. 1 JSG).

<sup>58</sup> Grundsätzlich wird nicht für Zufall gehaftet. Der Gesetzgeber sieht eine Haftung für Zufall aus Gründen der Verteilergerechtigkeit in verschiedenen Fällen vor. So haften der Verzugsschuldner für zufälliges Unmöglichwerden seiner Leistung (Art. 103 OR), ebenso der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR; vgl. BGE 48 II 490 ff. und 61 II 97 f.). Eine Zufallshaftung besteht ferner kraft besonderer Vorschriften (vgl. z.B. Art. 299b OR [Haftung des Pächters nach Inventar], Art. 306 Abs. 3 OR [Haftung des Entlehners], Art. 474 Abs. 2 OR [Haftung des Aufbewahrers], Art. 487 OR [Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen] und Art. 490 OR [Haftung der Stallwirte für eingebrachte Tiere, Wagen und Sachen], siehe ferner Art. 104 f., Art. 195 Abs. 1, Art. 208 Abs. 2, Art. 237, Art. 365 Abs. 1 und Art. 531 Abs. 3 OR).

<sup>59</sup> Vgl. Art. 54 OR.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. § 75 Abs. 2 KV AG.

<sup>61</sup> Siehe z.B. Art. 55, 56 und 58 OR, Art. 333 und 679 ZGB, Art. 1 PrHG und Art. 39 StSG.

nämlich ein Fehlverhalten<sup>62</sup>, bei der Staatshaftung ein rechtswidriges amtliches Verhalten<sup>63</sup> die Ersatzpflicht aus.

### 3. Uneinheitlichkeit des Drittschadensbegriffs

#### A. Schädigung infolge fehlender Garantenstellung

##### a. Allgemeines

Das haftungstheoretische Durcheinander hat zu einem uneinheitlichen Drittschadensbegriff geführt. Unter der Geltung der Verhaltenshaftung ist der nichtersatzfähige Drittschaden mit dem Schaden von Personen gleichzusetzen, den sie erlitten haben, weil der Schädiger eine Rechtspflicht verletzt hat, die entweder auf sie nicht anwendbar ist<sup>64</sup> oder die sie nicht vor dem Schaden schützt, den sie erlitten haben. In beiden Fällen besteht *keine Garantenstellung des Schädigers* hinsichtlich des Geschädigten. Eine bloss indirekte Schutzwirkung der verletzten Rechtspflicht genügt nicht, weil sonst eine *doppelte Reflexhaftung* – Haftung für indirekten Schaden auf Grund einer indirekten Schutzwirkung – entstehen würde<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Vgl. z.B. Art. 55 OR («Auswahl-, Instruktions- oder Überwachungsmangel»), Art. 58 OR («Werkmangel») oder Art. 333 ZGB («Beaufsichtigungsmangel»).

<sup>63</sup> Vgl. Art. 61 Abs. 1 OR und Art. 3 Abs. 1 VG. Als Reflexgeschädigte gelten Personen, die von der Amtshandlung nicht direkt betroffen sind, z.B. die Mieter eines Gebäudes, dessen Abbruch widerrechtlich verweigert wurde (vgl. BGE 112 II 231 = Pra 1987 Nr. 65 E. 3c).

<sup>64</sup> Siehe z.B. BGE 120 Ia 220 E. 3b, wonach der Tatbestand des Landfriedensbruchs (Art. 260 StGB) einzig die öffentliche Friedensordnung, nicht aber privates Eigentum schützt.

<sup>65</sup> Vgl. Urteil BGer vom 03.07.2003 (2C.5/1999) E. 7.3.2.

## b. Fehlende persönliche Schutzwirkung

Gesetzliche und sittliche Pflichten gelten grundsätzlich *erga omnes*, während vertragliche Pflichten *inter partes* gelten<sup>66</sup>. Die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht löst eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Schädigers aber nur aus, wenn deren direkter Zweck darin bestand, die Person des Geschädigten vor dem erlittenen Schaden zu schützen. Ob eine direkte Schutzwirkung besteht, ist durch Normauslegung zu entscheiden. Das Bundesgericht verneint bei forstpolizeilichen Bestimmungen eine direkte Schutzwirkung zu Gunsten von Menschen überhaupt. Diese Vorschriften schützen nur den Wald, nicht aber Leben oder Gesundheit einzelner Personen<sup>67</sup>. Erleidet eine Person als Folge der Verletzung forstpolizeilicher Vorschriften eine Körperverletzung bzw. einen Personenschaden, ist dieser deshalb nicht ersatzfähig, was er aber wäre, wenn jagdpolizeiliche Bestimmungen verletzt worden wären. Diese schützen nämlich auch Menschen und nicht nur Flora und Fauna<sup>68</sup>. Eine partielle Anwendung auf bestimmte Personen besteht bei den Bestimmungen über die Finanzaufsicht und den -haushalt. Diese Normen gelten nur in Bezug auf die der Aufsicht unterworfenen Personen, nicht aber Dritte. Schäden, die Dritte, z.B. Banken, als Folge einer mangelhaften Aufsicht und Finanzkontrolle gegenüber aufsichtspflichtigen Personen bzw. Organisationseinheiten erleiden, stellen nichtersatzfähige Reflexschäden dar<sup>69</sup>.

## c. Fehlende sachliche Schutzwirkung

Fällt der Geschädigte in den persönlichen Schutzbereich, bedeutet dies nicht, dass sämtliche Schäden ersatzpflichtig sind. Die Schutzwirkung muss sich auf den konkret eingetretenen Schaden beziehen. Die Vorschriften über die Kontrolle der elektrischen Maschinen und Werkzeuge

<sup>66</sup> Zu den Ausnahmen *infra* Ziff. IV/1./C./b./aa.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 30 II 567 E. 3b.

<sup>68</sup> Siehe BGE 41 II 682 E. 3 und 31 II 281 E. 3.

<sup>69</sup> Siehe statt vieler: Urteil BGer vom 03.07.2003 (2C.1/2001) E. 7.3.3.1–3 («Leukerbad»).

sind z.B. ausschliesslich zum Schutze von Personen und Sachen gegen die vom elektrischen Strom ausgehenden Gefahren erlassen worden. Sie haben aber nichts mit dem Wettbewerb zu tun. Wenn sie sich auch mittelbar darauf auswirken, so ist das lediglich eine haftungsrechtlich unbeachtliche Reflexwirkung. Der Vermögensschaden, der einer Person im Zusammenhang mit der Verletzung von Starkstromvorschriften zugefügt wird, bezeichnet das Bundesgericht deshalb nicht als ersatzfähig<sup>70</sup>. Dieser Entscheid wurde von der Lehre mit dem zutreffenden Argument kritisiert, dass Kontrollvorschriften unmittelbar wettbewerbswirksam sind, weshalb sowohl ein Schutznormverstoss als auch die Adäquanz hätten bejaht werden müssen<sup>71</sup>.

## B. Schädigung infolge fehlender Rechtsgutverletzung

In den vorerwähnten Fällen des Personen- bzw. Vermögensschadens wäre demgegenüber von der Widerrechtlichkeit auszugehen, wenn durch das Verhalten des pflichtwidrig Handelnden Rechtsgüter des Geschädigten verletzt worden wären. Allgemein geschützte Rechtsgüter sind Leben, Gesundheit, Persönlichkeit und Eigentum, nicht aber das Vermögen<sup>72</sup>. Bei einer Brandstiftung – einem offensichtlich pflichtwidrigen Verhalten – liegt nach der Auffassung des Bundesgerichts in Bezug auf die Kosten der Gemeinde im Zusammenhang mit dem Löschen des Feuers keine Rechtsgutverletzung vor; eine solche wird nur hinsichtlich des verbrannten Dritteigentums bejaht<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 94 I 628 E. 5: «Wenn die Klägerin wegen des Versagens des Starkstrominspektorates im Konkurrenzkampf benachteiligt und geschädigt wurde, wie sie behauptet, so wurde sie nicht in einem durch die erwähnten Vorschriften geschützten Rechtsgut verletzt.»

<sup>71</sup> So etwa LANDOLT, S. 400 und STARK, Haftungsvoraussetzungen, S. 580. Siehe ferner die Hinweise bei GROSS, S. 176.

<sup>72</sup> Dazu weiterführend infra Ziff. IV/1./C./a.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 104 II 95 E. 2a. Siehe ferner VPB 1984 Nr. 12 E. 4 und 5 (keine Haftung des Bundes für Vermögensschäden bzw. Löschkosten mangels Rechtsgutverletzung), Entscheid Verwaltungsrekurskommission SG vom 06.01.1999 i.S. Berner Versicherungen c. Politische Gemeinde Gommiswald = SGW 1999 Nr. 1 (zur Bedeutung von Art. 59 USG) und ferner SCHEURER, S. 211 ff.

Es ist nicht ersichtlich, warum der Brandstifter die Löschkosten nicht bezahlen sollte. Wer vorsätzlich brandstiftet, der weiss bzw. nimmt zumindest in Kauf, dass die Feuerwehr ausrücken wird. Nach der Verschuldenshaftung bestünde eine Haftung, weil zwischen Schädigungsvorsatz und Löschkosten ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht. Unter der Geltung der Verhaltenshaftung stellt sich die Frage, ob die Brandstiftungsdelikte (Art. 221 ff. StGB) Schutznormen zu Gunsten der Gemeinde für Vermögensschäden darstellen. Die fraglichen Strafnormen gehören systematisch zur Gruppe der «gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen», was eine Schutzwirkung zu Gunsten der Gemeinde impliziert. Der Straftatbestand selbst stellt zudem ein konkretes Gefährdungsdelikt dar<sup>74</sup> und macht die Strafbarkeit u.a. von der vorsätzlichen Verursachung einer Feuersbrunst zum «Schaden eines anderen» abhängig<sup>75</sup>. Dass damit auch ein Vermögensschaden gemeint ist, ergibt sich *e contrario* aus der qualifizierten Strafandrohung, wenn wesentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr gebracht werden<sup>76</sup>. Eine Haftung des Brandstifters müsste so auch unter der Geltung der Verhaltenshaftung bejaht werden.

Die Erfolgshaftung kann auch zu einer Haftungsausweitung führen. Ehegatten sind einander zu Treue verpflichtet<sup>77</sup>. Aussenstehende Dritte sind nur ihren Ehegatten, nicht aber den Ehegatten verheirateter Personen treuepflichtig. Gleichwohl bejaht die Rechtsprechung eine Haftung des ausserehelichen Erzeugers für Prozesskosten des Ehemannes, der die Vaterschaftsvermutung erfolgreich angefochten hat<sup>78</sup>. Die Haftung ist nur erklärbar, wenn das Ehe- und Familienleben als Rechtsgut betrachtet wird<sup>79</sup>. Ist dem aber so, ist nicht nachvollziehbar, warum der Schaden des Ehegatten bzw. der Angehörigen verletzter oder getöteter Personen ein nicht ersatzfähiger Drittschaden sein soll<sup>80</sup>. Dieser Schaden sollte wie der

---

<sup>74</sup> Vgl. 123 IV 128 E. 2a.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 221 Abs. 1 StGB.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 221 Abs. 2 StGB.

<sup>77</sup> Vgl. Art. 159 Abs. 3 ZGB.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 109 II 4 E. 3.

<sup>79</sup> Dazu infra Ziff. IV/2./D./b.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4b/aa und 82 II 36 E. 4a. Siehe ferner BGE 117 II 50 E. 4a/bb.

Schaden von Angehörigen, die selbst auch einen Gesundheitsschaden erlitten haben<sup>81</sup> oder in ihrer Persönlichkeit verletzt worden sind<sup>82</sup>, als ersatzfähiger Direktschaden qualifiziert werden<sup>83</sup>.

### C. Schädigung infolge nicht verwirklichter Schädigungsgefahr

Die Konturen des Drittschadens verändern sich im Anwendungsbereich der «echten» Erfolgshaftung. Bei der Gefährdungshaftung besteht die Schadenausgleichspflicht als Folge einer *erhöhten Schädigungsgefahr* der fraglichen Tätigkeit oder des Zustandes. Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit setzt weder eine Verletzung von Schutznormen noch eine (widerrechtliche) Rechtsgutverletzung voraus. Die Verwirklichung der erhöhten Schädigungsgefahr genügt. Als Drittschaden gilt in diesem Kontext jeder Schaden, der nicht durch die erhöhte Schädigungsgefahr verursacht wurde. Die Erfolgshaftung infolge verwirklichter Schädigungsgefahr ist weiter als die Erfolgshaftung infolge Rechtsgutverletzung. Die Schädigungsgefahr bzw. die Gefährdungshaftung schützt nämlich grundsätzlich x-beliebige Dritte vor x-beliebigen Schäden<sup>84</sup>. So umfasst der Nuklearschaden nicht nur Personen- und Sach-, sondern auch den Vermögensschaden, egal, wo dieser seine Ursache hat<sup>85</sup>. Produktionsausfälle, die als Folge eines Reaktorunglücks im Ausland verursacht werden, sind deshalb ersatzfähig, was sie nicht wären, wenn die Deliktserfolgs- oder die Deliktsverhaltenshaftung gelten würde.

Die einschlägigen Haftungsbestimmungen schliessen jedoch eine Haftung für Vermögensschäden regelmässig aus bzw. sehen eine Ersatzpflicht nur

---

<sup>81</sup> Vgl. BGE 112 II 118 E. 5 und 54 II 138 E. 3 (beide betreffen einen Schockschaden). Der Haushaltschaden stellt ebenfalls keinen Reflexschaden dar (BGE 99 II 221 E. 2).

<sup>82</sup> Vgl. BGE 112 II 220 E. 2a (Eltern) und 226 E. 3 (Ehegatte), 114 II 144 E. 3a (Verlobte) und 117 II 50 E. 3a (Kinder).

<sup>83</sup> Dazu infra Ziff. VI/3.

<sup>84</sup> Siehe z.B. Art. 2 Abs. 1 KHG, Art. 39 Abs. 1 StSG sowie Art. 15 Abs. 1 JSG.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 116 II 480 E. 4.

für Personen- und Sachschäden vor<sup>86</sup>. Insoweit nähert sich die Gefährdungshaftung der Deliktserfolgshaftung an. Die Gefährdungshaftung setzt in diesen Fällen die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes voraus. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt einerseits Widerrechtlichkeit bzw. eine Rechtsgutverletzung<sup>87</sup>, lässt andererseits die Frage, ob im Bereich der Gefährdungshaftung Widerrechtlichkeit vorausgesetzt wird, offen<sup>88</sup>. Mit einem Teil der Lehre<sup>89</sup> ist daran zu erinnern, dass bei der Gefährdungshaftung verhaltens- und verschuldensunabhängig gehaftet wird, weshalb weder Widerrechtlichkeit noch Verschulden Haftungsvoraussetzungen sind. Eine Gefährdungshaftung besteht einzig dann nicht, wenn die Verwirklichung der Schädigungsgefahr als Schadenursache durch andere Schadenmitursachen derart in den Hintergrund gedrängt wird, dass sie unbedeutend wird, mithin der rechtserhebliche Kausalzusammenhang nicht (mehr) gegeben ist oder der für die erhöhte Schädigungsgefahr an sich Verantwortliche ausnahmsweise die Gefahr verwirklichen durfte. Ersteres ist der Fall bei höherer Gefahr<sup>90</sup>, grobem Selbst- oder Drittverschulden<sup>91</sup> oder mangelhafter Beschaffenheit des gefährlichen Gegenstandes<sup>92</sup>.

Die Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 52 OR (Notwehr, Notstand und Selbsthilfe), Art. 28 Abs. 2 ZGB (Einwilligung, überwiegende Interessen und gesetzliche Ermächtigung) und Art. 33 ff. StGB (Gesetz, Amts- oder Berufspflicht, Notwehr und Notstand) sind im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung grundsätzlich unbeachtlich, weil sie sich einerseits auf das schädigende Verhalten des Schädigers beziehen und die Wider-

---

<sup>86</sup> Vgl. z.B. Art. 1 EHG, Art. 27 Abs. 2 EleG (wonach auch für Sachschaden, nicht aber für Störungen im Geschäftsbetrieb gehaftet wird), Art. 64 Abs. 1 LFG, Art. 33 Abs. 1 RLG und Art. 58 Abs. 1 SVG sowie ferner Art. 2 Abs. 1 lit. c KHG (wonach keine Haftung für entgangenen Gewinn besteht).

<sup>87</sup> Vgl. BGE 112 II 118 E. 5e.

<sup>88</sup> BGE 116 II 480 E. 5

<sup>89</sup> DESCHENAUX/TERCIER, N 24 zu § 2.

<sup>90</sup> Vgl. z.B. Art. 1 EHG, Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

<sup>91</sup> Vgl. z.B. Art. 1 EHG, Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 5 Abs. 1 KHG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

<sup>92</sup> Vgl. z.B. Art. 59 Abs. 1 SVG. Dazu BGE 123 II 274 E. 1b (fehlerhafte Einstellung der Bremsen).

rechtlichkeit dieses Verhaltens ausschliessen und andererseits den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen. Bei der Gefährdungshaftung ist das Verhalten des haftungsrechtlich Verantwortlichen bedeutungslos; massgeblich ist einzig, ob der nach der jeweiligen Haftungsnorm entschädigungspflichtige Personen-, Sach- oder Vermögensschaden durch die fragliche Schädigungsgefahr verursacht wurde. Trifft dies zu, liegt ein ersatzfähiger Schaden, wenn nicht ein Drittschaden vor. Den allgemeinen Rechtfertigungsgründen kommt nur dann eine haftungsausschliessende Wirkung zu, wenn im einschlägigen Gesetz explizit auf sie verwiesen wird; in diesen Fällen schliesst ausnahmsweise erlaubtes Verhalten, das eine erhöhte Schädigungsgefahr verwirklicht, eine Haftung aus.

Nach motorfahrzeughaftpflichtrechtlichen Kriterien wird für die verwirklichte Betriebsgefahr gehaftet<sup>93</sup>. Massgeblich ist der maschinentechnische Betriebsbegriff und nicht der verkehrstechnische, wonach ein Fahrzeug in Betrieb ist, sobald und solange es sich auf einer öffentlichen Strasse, rollend oder ruhend, befindet. Der *maschinentechnische Betriebsbegriff* ist erfüllt, «wenn das schädigende Ereignis in seiner Gesamtheit betrachtet als adäquate Folge der Gefahr erscheint, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtungen (Motor, Scheinwerfer usw.) des Fahrzeuges geschaffen wird»<sup>94</sup>. Der Brand eines Motorfahrzeugs im Anschluss an einen Unfall gilt deshalb haftpflichtrechtlich als betriebsbedingt. Greift der Brand von den Unfallfahrzeugen auf Dritteigentum über, liegt streng genommen ein Reflexschaden vor, gleichwohl wird dafür nach SVG gehaftet<sup>95</sup>. Eine ähnlich weitgehende Schutzwirkung besteht bei der übrigen

---

<sup>93</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 SVG.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 114 II 376 E. 1b.

<sup>95</sup> Ein Gebäudebrand infolge Kurzschluss innerhalb des Motors eines seit 11 Stunden parkierten Lastwagens kann nicht auf den Betrieb zurückgeführt werden (Urteil BezGer Rheinfelden vom 16.03.1994 = SGW 1994 Nr. 15 E. 4). Kein Verwirklichung der Betriebsgefahr besteht, wenn beim Öffnen des Tanks eines parkierten Fahrzeugs eine Stichflamme aus dem Tank schießt und eine Scheune in Brand gesetzt wird (Urteil Bger vom 18.01.1984 i.S. Ecoeur c. Brasserie V S.A. = RJW 1984 Nr. 1 E. 1 und 2) oder der Brand als Folge einer Berührung des Katalysators mit einem mit einer brennbaren Flüssigkeit vollgesaugten Spannteppich, der sich unter dem in einer Garage parkierten Fahrzeug befindet, entsteht (Urteil KGer VD vom 26.11.1999 i.S. PB AG c. National Versicherungs-Gesellschaft = RJW 1999 Nr. 63). Offengelassen wurde, ob der durch einen

Halterhaftung. So stellt die Schädigung von Personen und Sachen durch herabfallende Flugzeug- bzw. Wrackteile eine Verwirklichung der Betriebsgefahr dar. Es spielt keine Rolle, ob der Personen- oder der Sachschaden unmittelbar oder bloss mittelbar entstand<sup>96</sup>.

## IV. Rechtsgüterschutz und Drittschadensbegriff

### 1. Geschützte Rechtsgüter

#### A. Allgemeines

Bei den Rechtsgütern eines Menschen ist zu unterscheiden, ob sie gegenüber jedermann (absolute Rechtsgüter) oder nur bestimmten Personen (relative Rechtsgüter) gelten. Die Verletzung absoluter oder relativer Rechtsgüter kann in persönlicher Hinsicht nur eine einzige Person (*singuläre Rechtsgutverletzung*) oder mehrere Personen (*mehrfache Rechtsgutverletzung*) betreffen. Eine Mehrfachverletzung liegt auch vor, wenn durch das haftungsbegründende Ereignis mehrere Rechtsgüter ein und derselben Person verletzt werden. Soweit die Erfolgshaftung gilt, hängt die Widerrechtlichkeit von der Verletzung eines absoluten Rechtsguts ab.

#### B. Absolute Rechtsgüter

##### a. Leben

Das Leben<sup>97</sup> beginnt mit der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod. Die Tötung eines Menschen ist unzulässig, sofern kein Rechtferti-

---

Motorfahrzeugbrand ausgelöste Brand des Restaurants noch als mit dem Betrieb des Motorfahrzeugs verbunden gelten kann (Entscheid Verwaltungsrekurskommission vom 06.01.1999 SG. i.S. Berner Versicherungen c. Politische Gemeinde Gommiswald = SGW 1999 Nr. 1 E. 3b/bb). Siehe dazu SCHEURER, S. 211 ff.

<sup>96</sup> Vgl. z.B. Urteil AmtsGer Sursee vom 12.12.1985 i.S. M.K. c. PSC = SGW 1985 Nr. 57 E. 2 und 4 (Haftung für Mehrkosten für Wohnungsmiete und Schockschaden bei Flugzeugabsturz in Gebäude).

<sup>97</sup> Vgl. z.B. Art. 45 und 47 OR sowie Art. 111 ff. StGB und Art. 10 Abs. 1 BV.

gungsgrund vorliegt. Die Einwilligung des Getöteten stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar, davon ausgenommen ist die altruistische Suizidhilfe<sup>98</sup>.

## b. Gesundheit

Die Gesundheit<sup>99</sup>, verstanden als körperliche und psychische Integrität, ist ebenfalls absolut geschützt<sup>100</sup>. Es spielt keine Rolle, aus welchem Grund der Eingriff erfolgt ist. Auch der ärztliche Eingriff in den Körper ist *per se* widerrechtlich und bedarf eines Rechtfertigungsgrundes<sup>101</sup>.

## c. Persönlichkeit

Die Persönlichkeit<sup>102</sup> eines Menschen darf nur mit Einwilligung des Betroffenen, aus überwiegenden Interessen oder gestützt auf einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund beeinträchtigt werden. Liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. Die geschützten Persönlichkeitsgüter sind persönlicher oder wirtschaftlicher Art<sup>103</sup>. Die *persönlichen Rechtsgüter* betreffen u.a. den Namen<sup>104</sup>, die Ehre<sup>105</sup> und das Privatleben, wozu namentlich auch das Ehe- und das Familienleben<sup>106</sup> gehören. Die *wirtschaftlichen Rechtsgüter* bzw. das Recht auf freie wirtschaftliche Entfaltung sind primär spezialgesetzlich geschützt<sup>107</sup>, nament-

---

<sup>98</sup> Vgl. Art. 115 StGB.

<sup>99</sup> Vgl. z.B. Art. 46 OR sowie Art. 122 ff. StGB und Art. 10 Abs. 2 BV.

<sup>100</sup> Statt vieler BGE 123 II 577 E. 4.

<sup>101</sup> Vgl. z.B. BGE 113 Ib 420 E. 2.

<sup>102</sup> Vgl. Art. 28 ff. ZGB und Art. 49 OR sowie Art. 13 ff. BV.

<sup>103</sup> Bei höchstpersönlichen Rechtsgütern (Ehre, Berufsgeheimnis usw.) ist Verletzter nur der Träger des Rechtsgutes selbst, bei anderen Rechtsgütern sind auch andere Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Erhaltung des Rechtsgutes haben, strafantragsberechtigt (BGE 118 IV 209 E. 3b).

<sup>104</sup> Siehe Art. 29 ZGB. Dazu BGE 116 II 463 E. 3.

<sup>105</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 481 E. 2b/aa, 111 II 209 E. 2 und 106 II 92 E. 2a.

<sup>106</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV.

<sup>107</sup> Statt vieler BGE 121 III 168 E. 3a.

lich im Zusammenhang mit unlauterem Wettbewerb und Kartellen<sup>108</sup>. Der Schutz vor einer unzulässigen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit besteht jedoch ganz allgemein, z.B. bei Boykotten<sup>109</sup> oder Beeinträchtigungen des Streikrechts<sup>110</sup> oder der Vertragsfreiheit<sup>111</sup>, namentlich im Zusammenhang mit einem Mobbing am Arbeitsplatz<sup>112</sup>.

#### d. Eigentum/Besitz

Eigentum bzw. Besitz<sup>113</sup> stellen ebenfalls absolute Rechtsgüter dar<sup>114</sup>. Der Eigentümer bzw. Besitzer kann ungerechtfertigte Eingriffe abwehren und Schadenersatz verlangen sowie Strafanträge stellen<sup>115</sup>. Einen eigentumsähnlichen Ausschliesslichkeitsschutz gewähren ferner die Immaterialgüterrechte<sup>116</sup>. Eine Eigentumsverletzung liegt nicht nur bei der Beschädigung, sondern auch bei einer widerrechtlichen Benützung vor<sup>117</sup>. Die Verschaffung von mangelhaftem Eigentum stellt keine Sachbeschädigung

<sup>108</sup> Siehe dazu UWG (siehe z.B. BGE 123 III 354 E. 2 und 116 II 463 E. 4) und KG (dazu BGE 112 II 268 E. 1/2 und 3, 104 II 209 E. 3, 103 II 307 E. 2 f., 98 II 365 E. 3 f., 91 II 313 E. 2-4, 62 II 97 E. 4 f.).

<sup>109</sup> Vgl. z.B. BGE 86 II 365 E. 4, 85 II 525 E. 11 f. und 489 E. 4-6, 82 II 292 E. 2, 81 II 117, 76 II 281 E. 3-5, 62 II 276 E. 1, 73 II 65 E. 6, 57 II 481 E. 3 und 334 E. 3, 56 II 431 E. 3 (Boykott).

<sup>110</sup> Vgl. BGE 111 II 245 E. 4a und b.

<sup>111</sup> Vgl. BGE 121 III 168 E. 3a/aa und 113 II 37 E. 4c (Verweigerung des Beitritts zu einem GAV), 114 II 91 E. 4 (selektives Vertriebsystem), 104 II 6 E. 2 (statutarisches Selbstdispensationsverbot), 102 II 211 E. 5-7 (Verbot, in einen anderen Fussball-Club überzutreten), 95 II 532 E. 3 (Sperrabrede), 82 II 308 E. 5 (Aussperrklausel bzw. Vertragsabschlussverbot), 75 II 305 E. 6 und 7 (Verpflichtung zur Vertragstreue und Solidaritätsbeiträgen [GAV]) und 73 II 65 E. 4-7 (Zustimmungserfordernis eines Mitkonkurrenten zum Abschluss eines Arbeitsvertrages).

<sup>112</sup> Vgl. BGE 125 III 70 E. 3.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 26 Abs. 1 BV und Art. 137 ff. StGB sowie Art. 679 und 926 ff. ZGB.

<sup>114</sup> Statt vieler BGE 108 II 305 E. 2b.

<sup>115</sup> Vgl. BGE 118 IV 209 E. 3b. Siehe ferner BGE 120 Ia 220 E. 3b.

<sup>116</sup> Siehe dazu Art. 33 ff. DesG, Art. 52 ff. MSchG, Art. 66 ff. PatG und Art. 61 ff. URG.

<sup>117</sup> Vgl. Urteil BGer vom 29.08.2002 (4C.43/2002) E. 6.1 (widerrechtliche Benützung einer Villa).

dar, auch dann nicht, wenn der Mangel zur Selbstzerstörung führt. Die Mangelhaftigkeit des vom Unternehmer ausgeführten und abgelieferten Werkes stellt deshalb keine Eigentumsverletzung dar, die geeignet wäre, dem Besteller einen Deliktsanspruch zu verschaffen<sup>118</sup>.

## C. Relative Rechtsgüter

### a. Vermögen

Das Vermögen setzt sich aus Aktiven und Passiven zusammen. Die Aktiven sind entweder Forderungen oder Sachwerte. Letztere stellen Eigentum, Besitz oder Immaterialgüterrechte dar. Diese Wirtschaftsgüter sind – wie soeben erwähnt – absolut geschützt. Das übrige Vermögen als solches ist kein absolutes Rechtsgut. Eine Vermögensschädigung für sich allein ist, selbst wenn sie vorsätzlich erfolgt, deshalb nach der Theorie der Erfolgshaftung nicht widerrechtlich<sup>119</sup>. Sie ist es nur dann, wenn eine Norm des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts verletzt wird, deren Zweck in der Verhinderung des eingetretenen Vermögensschadens besteht<sup>120</sup>. Einen nicht ersatzfähigen Schaden erleidet insbesondere die

<sup>118</sup> Der weiterfressende Mangel ist keine deliktsbegründende Eigentumsverletzung, obwohl er das vom Unternehmer ausgeführte Werk beim Besteller verschlechtert (vgl. Urteil OGer BL vom 16.09.1997 i.S. D. K. c. B. B. AG = BJM 1999, S. 91 E. 10).

<sup>119</sup> Unter der Geltung der Verschuldenshaftung wäre von der Widerrechtlichkeit auszugehen. Die Verschuldenshaftung klingt in Art. 41 Abs. 2 OR nach. Dieser Haftungsgrund ist aber nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen (BGE 95 III 83 E. 6a). Die Sittenwidrigkeit darf nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen. Wenn das Gesetz den Verstoß gegen die «guten Sitten» mit Schädigungsabsicht zum Haftungstatbestand erhebt, bedeutet dies nicht, dass es eine allgemeine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine hohe Ethik anstreben würde. Das Recht will nur ein ethisches Minimum gewährleisten. Art. 41 Abs. 2 OR erfasst in erster Linie die Schikane. Gegen die guten Sitten verstösst im Sinne dieser Bestimmung ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu Schädigen (BGE 123 III 297 E. 5e).

<sup>120</sup> BGE 118 Ib 163 E. 2, 116 Ib 193 E. 2a, 115 II 18 E. 3a und 107 Ib 164 und 103 Ib 68

Emissionszentrale der Schweizer Gemeinden, die Darlehen von Gemeinden absichert, wenn deren Gläubiger zahlungsunfähig werden<sup>121</sup>.

## b. Vertragsrechte

### aa. Schädigung von vertragsfremden Drittpersonen

Vertragliche Rechte bzw. Pflichten bestehen im Verhältnis zwischen Vertragspartnern, nicht im Verhältnis zwischen Vertragspartnern und Drittpersonen. Eine Ausdehnung der Vertragspflichten auf Dritte erfolgt lediglich bei einem (echten) Vertrag zu Gunsten Dritter<sup>122</sup>. Aber auch in diesem Fall gilt die vertragliche Schutzwirkung nur in Bezug auf den begünstigten Dritten, nicht aber zu Gunsten von anderen vertragsfremden Personen<sup>123</sup>. Der Schaden, den vertragsfremde Dritte erleiden, stellt einen Reflexschaden dar<sup>124</sup>. Der Schaden vertragsfremder Personen ist nur ersatzfähig, wenn die Voraussetzungen der Deliktshaftung i.S.v. Art. 41 OR oder eines anderen Haftungstatbestandes erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn entweder der Vertragspflicht, die verletzt worden ist, eine direkte Schutzwirkung zu Gunsten vertragsfremder Dritter zukommt, oder das vertragswidrige Verhalten ein absolutes Rechtsgut des vertragsfremden Dritten verletzt hat. Ausnahmsweise bejaht die Rechtsprechung eine Drittschadensliquidation<sup>125</sup>.

Als Folge der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie können vertragsfremde Dritte, die einen Personen- oder Sachschaden als Folge einer Verletzung vertraglicher Pflichten erleiden, diesen gegenüber der Vertragspartei, die die vertraglichen Pflichten verletzt hat, geltend machen. So können der verletzte Lenker bzw. die verletzten Insassen eines man-

<sup>121</sup> Siehe dazu Urteil BGer vom 03.07.2003 (2C.5/1999).

<sup>122</sup> Vgl. Art. 112 OR.

<sup>123</sup> Gemäss Art. 46 Abs. 2 VE-Haftpflichtgesetz ist vertragswidriges Verhalten widerrechtlich.

<sup>124</sup> Vgl. z.B. Urteil BGer vom 03.03./20.12.1988 i.S. X. c. Y = RVJ 1989, S. 305 E. 8b und c.

<sup>125</sup> Vgl. Urteil BGer vom 05.02.1987 i.S. Raymond Francioli c. Société coopérative Pro Familia = RVJ 1988, S. 348 E. 13.

gelhaft reparierten Fahrzeugs gegenüber dem Garagisten ausservertragliche Haftungsansprüche geltend machen. Dieser kann sich den Geschädigten gegenüber, die nicht seine Vertragspartner sind, nicht auf den Ablauf der vertraglichen Garantiefrist berufen und haftet deliktisch<sup>126</sup>. Wie erwähnt unterscheidet das Bundesgericht bei der Deliktserfolgshaftung, ob die Rechtsgutverletzung durch ein aktives oder passives Verhalten verursacht wurde<sup>127</sup>. Bei einer *aktiven Rechtsgutverletzung* impliziert die Rechtsgutverletzung die Widerrechtlichkeit, bei *passiven Rechtsgutverletzungen* muss die Unterlassung selbst pflichtwidrig sein. Insoweit hängt die Widerrechtlichkeit sowohl von der Rechtsgutverletzung als auch einer Pflichtverletzung ab. Fehlt ein Element, besteht keine Garantstellung und scheidet die Deliktserfolgshaftung.

Aktive und passive Verursachung einer Rechtsgutverletzung lassen sich oft nicht klar voneinander trennen<sup>128</sup>. Die mangelhaft reparierten Bremsen wurden im vorerwähnten Entscheid als aktive Verursachung qualifiziert. Genauso gut hätte man von einer unterlassenen Reparatur ausgehen können. Dann aber hätten die geschädigten Lenker bzw. Insassen des mangelhaft reparierten Autos eine Verletzung einer gesetzlichen Sorgfaltspflicht des Garagisten ihnen gegenüber beweisen müssen. Dass trotz aktivem Tun lediglich eine Unterlassung vorliegen kann, zeigen die Hangsicherungsurteile. Das Bundesgericht verneinte – anders die Vorinstanzen – eine Deliktshaftung im Fall eines Grundeigentümers, dessen Haus bei Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück beschädigt wurde, nachdem sich wiederholt Böschungsbrüche und Instabilitäten ereigneten. Die Haftung sowohl des Ingenieurs als auch des Geologen wurden verneint, weil die-

<sup>126</sup> Vgl. Urteil BGer vom 04.11.1980 i.S. Miremont Levant c. Treuter = RJW 1980 Nr. 26 E. 1a.

<sup>127</sup> Supra Ziff. III/2./D.

<sup>128</sup> Siehe exemplarisch BGE 115 IV 199 E. 2 und 4 («Hallenbaddeckenunfall Uster»): Der Bauingenieur, der trotz festgestellter Mängel an der Stahlaufhängung einer frei schwebenden Betondecke in einem Hallenbad (ein gebrochener Stahlbügel und braune Flecken auf anderen) und trotz Unklarheit über deren Ursache weder eine sorgfältige Untersuchung durch einen Fachmann (Stahlfachmann/Korrosionsexperte) veranlasst, noch die zuständigen Behörden informiert, sondern diesen bestätigt, die Aufhängungen seien kontrolliert worden und die Konstruktion befinde sich in einwandfreiem Zustand, verletzt die ihm obliegende Sorgfaltspflicht nach der Meinung des Bundesgericht durch ein Tun, nicht durch ein Unterlassen (anders die Vorinstanz).

sen gegenüber dem Geschädigten keine Garantenstellung zukomme<sup>129</sup>. Dass Garagisten, nicht aber Ingenieure bzw. Geologen – beides Vertragspartner bzw. Erfüllungsgehilfen des kausal haftenden Fahrzeughalters bzw. Grundeigentümers – für Schäden vertragsfremder Dritter haften sollen, die diese als Folge einer Verletzung eines absoluten Rechtsguts erleiden, entbehrt einer inneren Rechtfertigung.

*bb. Schädigung durch vertragsfremde Drittpersonen*

Vertragsfremde Personen verhalten sich grundsätzlich nicht widerrechtlich, wenn sie die Erfüllung von vertraglichen Pflichten oder die Wahrnehmung von vertraglichen Rechten Dritter behindern<sup>130</sup>. Die Vertragsbehinderung kann u.U. eine *Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf freie wirtschaftliche Entfaltung*<sup>131</sup> oder eine *Verletzung der guten Sitten*<sup>132</sup> darstellen. Im ersten Fall liegt eine Verletzung eines absoluten Rechtsguts, im zweiten Fall eine Verletzung einer Schutznorm vor. Die Vertragsbehinderung muss als «besonders anstössig» erscheinen, damit eine Widerrechtlich- bzw. Sittenwidrigkeit vorliegt<sup>133</sup>. Die Verleitung zum Vertragsbruch und die Ausbeutung einer Vertragsverletzung sind sittenwidrig, wenn der Vertrag vom Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird<sup>134</sup>. Die fortgesetzte Ausnützung eines vertragswidrigen Verhaltens stellt ein unlauteres Wettbewerbsverhalten dar<sup>135</sup> genauso wie die Abwerbung von Kunden, die vertraglich gebunden sind<sup>136</sup>. Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte ist wettbewerbsrechtlich nur dann

<sup>129</sup> Vgl. Urteile BGER vom 28.01.2000 (4C.280/1999) = SJ 2000 I 554 = ZBJV 2000, S. 289 (Bemerkungen von CHRISTOPHE LEUENBERGER) und (4C.296/1999) (dazu KOLLER, Vertragspartei, S. 1 ff. und KOLLER, Haftung, S. 367 ff.), beide E. 2b/c.

<sup>130</sup> Siehe BGE 108 II 305 E. 2b/c, 102 II 339 E. 2, 74 II 158 E. 4b, 63 II 18 E. 5, 53 II 333, 52 II 376, 34 II 686 und 26 II 142.

<sup>131</sup> Dazu supra Ziff. IV/1./B./c.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 2 OR.

<sup>133</sup> BGE 102 II 339 E. 2.

<sup>134</sup> Siehe BGE 108 II 305 E. 2c, 53 II 332/333 und 52 II 376 f.

<sup>135</sup> Vgl. BGE 114 II 91 E. 4a/bb und 52 II 380 E. 4.

<sup>136</sup> Vgl. BGE 14 II 91 E. 4a/bb und 57 II 338.

als unzulässig anzusehen ist, wenn besondere Umstände sie als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen lassen<sup>137</sup>.

### c. Treu und Glauben

Ein Teil der Lehre erachtet den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>138</sup> als absolutes Rechtsgut<sup>139</sup>. Es wird geltend gemacht, die Haftung für treuwidriges Verhalten sei in verschiedenen Bestimmungen<sup>140</sup> beispielhaft aufgeführt und stelle ein allgemeines Haftungsprinzip dar<sup>141</sup>. Andere wenden die Vertragshaftung analog an oder qualifizieren die Vertrauenshaftung als Haftungsform *sui generis*<sup>142</sup>. Die Vertrauenshaftung wurde seit dem *Swissair-Entscheid*<sup>143</sup> stetig konkretisiert, deren genaue Konturen sind aber bis heute unklar, weshalb sie mitunter kritisiert wird<sup>144</sup>. In einem neueren Entscheid wurde die Vertrauenshaftung vom Bundesgericht als Haftung zwischen Vertrag und Delikt qualifiziert<sup>145</sup>.

Eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes durch ausservertragliches Verhalten kann nach der Auffassung des Bundesgerichts «höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen» widerrechtlich sein<sup>146</sup>. Nach der Mei-

<sup>137</sup> Vgl. BGE 114 II 91 E. 4.

<sup>138</sup> Vgl. Art. 2 ZGB und Art. 9 BV.

<sup>139</sup> Gemäss Art. 46 Abs. 2 VE-Haftpflichtgesetz ist treuwidriges Verhalten widerrechtlich. Dazu: MORIN, *comportement*, S. 61 ff.

<sup>140</sup> Vgl. z.B. Art. 26, Art. 36 Abs. 2 und Art. 752 OR, Art. 2 UWG und Art. 252 StGB.

<sup>141</sup> So etwa KOLLER, *Vertragspartei*, S. 31.

<sup>142</sup> Stellvertretend CHAPPUIS, *confiance*, S. 30 f.

<sup>143</sup> BGE 120 II 331 ff. Dazu: GONZENBACH, S. 117 ff. und WICK, S. 1270 ff.

<sup>144</sup> Z.B. BUCHER, S. 231 ff. und WALTER, S. 79 ff.

<sup>145</sup> Vgl. BGE 130 III 345 = BR 2004, 105 (Bemerkungen von ROLAND HÜRLIMANN und THOMAS SIEGENTHALER) E. 2.1. Ferner PLOTKE, S. 350 ff. und KOLLER, *Vertragspartei*, S. 22 ff.

<sup>146</sup> Statt vieler BGE 108 II 305 E. 2b. Der Besteller eines Werks ist nicht verpflichtet, beim Abschluss und bei der Abwicklung eines Generalunternehmervertrages geeignete Vorkehren dafür zu treffen, dass die vom Generalunternehmer zu bezahlenden Handwerker für ihre Werklohnforderungen auch wirklich befriedigt werden. Eine solche Pflicht könnte höchstens dort in Erwägung gezogen werden, wo mit der Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers auf Grund konkreter

nung der Lausanner Richter ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB, dass der Vertrauensschutz bereits bestehende Rechte und Pflichten, mithin ein *vorbestehendes Vertrauensverhältnis* (rechtliche Sonderverbindung) voraussetzt. Ein solches Vertrauensverhältnis besteht namentlich im Zusammenhang mit vorvertraglichen Verhandlungen<sup>147</sup> und zwischen Vertragspartnern<sup>148</sup>. Wird dieses Vertrauen verletzt und entsteht daraus ein Schaden, haftet der Betreffende.

Erforderlich sind entweder eine besondere *Vertrauens- bzw. Garantstellung*<sup>149</sup>, wie sie Banken<sup>150</sup> oder Notaren<sup>151</sup> im Verhältnis zum Publikum zukommt, oder ein Verhalten des Schädigers, das geeignet ist, hinreichend konkrete und *bestimmte Erwartungen des Geschädigten* zu wecken<sup>152</sup>. Ein Vertrauensverhältnis kann nicht im Zusammenhang mit einem zufälligen bzw. ungewollten Zusammentreffen, sondern nur aus einem bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten des mutmasslich Ersatzpflichtigen entstehen<sup>153</sup>. Ein Vertrauensverhältnis besteht auch bei konkreten Gefahren. Wenn den Besuchern eines Verkaufslokals eine Ausgangstüre zur Verfügung gestellt wird, sind als Folge der Vertrauensgrundsatzes unmittelbar jenseits der Türe lauernde Gefahren, wie z.B. Glatteis auf dem Trottoir, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu beseitigen; in jedem Fall muss mit einem Warnschild auf konkrete Gefahren aufmerksam gemacht werden<sup>154</sup>.

---

Anhaltspunkte von Anfang an gerechnet werden muss (BGE 108 II 305 E. 2b).  
Siehe ferner BGE 116 Ib 367 E. 6c (keine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes eines GU, der Zahlungsfähigkeit der Unterakkordanten nicht prüft).

<sup>147</sup> Vgl. BGE 105 II 75 E. 2 f., 80 III 41 E. 3 und 68 II 295 E. 5. Siehe ferner 116 II 695 E. 3.

<sup>148</sup> Vgl. z.B. BGE 113 II 25 E. 2b und 112 II 347 E. 1a.

<sup>149</sup> Dazu die Hinweise supra Fn. 56.

<sup>150</sup> Vgl. BGE 111 II 471 4a (hinsichtlich Bankreferenzen) und ferner 68 II 295 ff. (hinsichtlich Sparguthabenprivileg). Ferner MOSER/BERGER, S. 541 ff.

<sup>151</sup> Vgl. BGE 90 II 274 ff.

<sup>152</sup> Siehe z.B. BGE 124 III 297 E. 6a, 121 III 350 E. 6c und 120 II 331 E. 5a.

Vgl. z.B. BGE 130 III 345 = BR 2004, 105 (Bemerkungen von ROLAND HÜRLIMANN und THOMAS SIEGENTHALER) E. 2.1. Ferner PLOTKE, S. 350 ff. und KOLLER, Vertragspartei, S. 22 ff.

<sup>154</sup> Siehe BGE 118 II 36 E. 3 und 4.

Ein *Gutachter* kann gegenüber einem vertragsfremden Dritten ausnahmsweise aus erwecktem Vertrauen haftbar werden<sup>155</sup>. Unerheblich ist, ob der Gutachter den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt; ob und inwieweit ein Vertrauensverhältnis begründet wird, beurteilt sich nach dem Inhalt der Expertise und deren Verwendungszweck<sup>156</sup>. Wurde das Verkehrswertgutachten im Zusammenhang mit einer Aufstockung der Hypothekarschuld erstellt, besteht ein Vertrauensverhältnis deshalb nur zur Bank, nicht aber zu weiteren Dritten, namentlich dem späteren Käufer der Liegenschaft<sup>157</sup>. Das Bundesgericht hat eine Sonderverbindung ferner zwischen einem vom bauenden Grundeigentümer zur Baugrundabklärung und Begleitung der Aushubarbeiten beauftragten Ingenieur bzw. Geologen und den Eigentümern der durch die Bauarbeiten beschädigten Nachbarliegenschaft verneint<sup>158</sup>.

Ein Vertrauensverhältnis kann ferner im Zusammenhang mit *Auskünften und Raterteilung* entstehen<sup>159</sup>. Neben der auskunft- bzw. raterteilenden Person haften auch Personengesellschaften, wenn sie gegen aussen einheitlich auftritt<sup>160</sup>. Voraussetzung ist, dass der Auskunftgebende *vertrauensbegründende Dispositionen* getätigt hat. Dies ist etwa der Fall bei einem Sportverein, der einem Athleten, der nach den Selektionskriterien qualifiziert ist, kurz vor Wettkampfbeginn einen zusätzlichen Ausschei-

---

<sup>155</sup> Der Schaden, den Dritte, die den Gutachtensauftrag nicht erteilt haben, erleiden, stellt grundsätzlich einen Reflexschaden dar (vgl. z.B. Urteil OGer ZH vom 23.08.1994 = ZR 1996 Nr. 8 E. II/2a). Nur ein absichtlich falsch bzw. in Schädigungsabsicht erstattetes Gutachten ist sittenwidrig i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR (vgl. z.B. Urteil OGer ZH vom 23.08.1994 = ZR 1996 Nr. 8 E. II/2c). Weiterführend HOFSTETTER, S. 261 ff., und rechtsvergleichend CANARIS, S. 441 ff.

<sup>156</sup> Vgl. BGE 130 III 345 = BR 2004, S. 105 (Bemerkungen von ROLAND HÜRLIMANN und THOMAS SIEGENTHALER) E. 2. Ferner PLOTKE, S. 350 ff. und KOLLER, Vertragspartei, S. 22 ff.

<sup>157</sup> Ibid. E. 3.

<sup>158</sup> Siehe Urteile BGer vom 28.01.2000 (4C.296/1999) (dazu KOLLER, Vertragspartei, S. 1 ff. und KOLLER, Haftung, S. 367 ff.) und vom 28.01.2000 (4C.280/1999) = SemJud 2000 I 554 = ZBJV 2000, S. 289 (Bemerkungen von CHRISTOPHE LEUENBERGER) je E. 3.

<sup>159</sup> Siehe z.B. BGE 120 III 331 ff, 90 II 274 ff. und 57 II 81 ff. sowie WERRO, S. 12 ff.

<sup>160</sup> Vgl. BGE 124 III 363 E. 2 und 5.

dungskampf auferlegt. Der ausgeschlossene Sportler darf auf die Wettkampfteilnahme vertrauen und ist schadenersatzberechtigt, wenn das Vertrauen verletzt wird<sup>161</sup>. Eine derartige Konstellation besteht ferner bei der *Haftung für eine Rechtsscheinvollmacht*<sup>162</sup>.

Eine ausservertragliche Vertrauenshaftung stellt ferner die *Haftung aus Konzernvertrauen* dar. Der bloße Umstand einer bestehenden Konzernverbindung vermag keine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft zu begründen. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken<sup>163</sup>. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Muttergesellschaft bestimmte Aussagen über die Tochtergesellschaft macht<sup>164</sup>. Ob und in welcher Hinsicht der Muttergesellschaft die Erweckung berechtigter Erwartungen entgegengehalten und deren Enttäuschung vorgeworfen werden kann, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalles<sup>165</sup>. Neben der Haftung für falsche Auskünfte kommt ferner eine Haftung für unterlassene Auskünfte<sup>166</sup> oder sogar Massnahmen in Betracht<sup>167</sup>.

## 2. Geltungsbereich des absoluten Rechtsgüterschutzes

### A. Allgemeines

Im Anwendungsbereich der Deliktserfolgshaftung setzt die Haftung für den Schaden Dritter voraus, dass das schadenverursachende Verhalten ein

---

<sup>161</sup> Vgl. BGE 121 III 350 E. 5 und 6.

<sup>162</sup> Vgl. Art. 33 Abs. 3 OR sowie BGE 120 II 197 E. 2 und 3. Ferner BERGER, Rechtsscheinhaftung, S. 201 ff.

<sup>163</sup> Vgl. BGE 124 III 297 E. 6.

<sup>164</sup> Siehe z.B. BGE 120 II 331 E. 5a.

<sup>165</sup> Vgl. BGE 120 III 331 E. 5a.

<sup>166</sup> Z.B. eine existenzbedrohende Entwicklung des Geschäftsverlaufs der Tochtergesellschaft verheimlicht (BGE 120 III 331 E. 5a).

<sup>167</sup> Z.B. Ausstattung mit denjenigen Finanzmitteln, die aus dem Blickwinkel redlicher Geschäftsleute erforderlich sind, um die realistischereweise zu erwartenden Risiken abzudecken (BGE 120 III 331 E. 5a).

absolutes Rechtsgut des Geschädigten verletzt hat. Der sachliche Geltungsbereich der vorerwähnten absoluten Rechtsgüter scheint auf den ersten Blick unproblematisch. Dank des Grundbuchs herrscht Klarheit, wer Grundeigentümer ist. Wer lebt oder tot ist, ist ebenfalls leicht feststellbar. Beim vorgeburtlichen Absterben ist unklar, ob nur die Mutter oder auch der Vater oder sogar andere Personen eine Rechtsgutverletzung erlitten haben. Beim Rechtsgut Gesundheit ist die Grenzziehung noch weniger klar. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bei pränatalen Schäden und bei den Schockschäden. Die Feststellung von Persönlichkeitsverletzungen, vor allem im familiären Kontext, ist schliesslich ebenfalls heikel. Wer in all diesen Fällen Geschädigter ist, hängt massgeblich vom sachlichen Geltungsbereich des jeweiligen Rechtsguts ab. Muss eine Rechtsgutverletzung in Bezug auf eine bestimmte Person verneint werden, ist diese, wenn sie einen Schaden erlitten hat, ein Nicht- bzw. Drittgeschädigter.

## **B. Hinsichtlich des Rechtsguts «Leben»**

### **a. Allgemeines**

Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod<sup>168</sup>. Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird<sup>169</sup>. Mit Bezug auf eine bereits geborene Person ist insoweit klar, wer lebt oder gestorben ist. Von der Zeugung bis zur Geburt besteht demgegenüber eine «Schwebezustand». Das ungeborene Kind, dessen Leben nach der Geburt rückwirkend ab dem Moment der Zeugung begonnen hat, ist bis zur Geburt Teil des Körpers der Mutter. Bei einer Körperverletzung bzw. Tötung der Mutter, die zu einem vorgeburtlichen Absterben oder zu einer pränatalen Körperverletzung des Kindes führt, stellt sich deshalb sowohl im Strafrecht als auch im Haftungsrecht die Frage, ob eine singuläre Rechtsgutverletzung (der Mutter bzw. des geborenen Kindes) oder eine Mehrfachver-

---

<sup>168</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB.

<sup>169</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB.

letzung (der Mutter bzw. des geborenen Kindes und des Vaters bzw. weiteren Drittpersonen) vorliegt.

## b. Vorgeburtliches Absterben

Das *abgestorbene Kind* war mangels vollendeter Geburt zu keiner Zeit rechtsfähig und konnte keine Rechte, auch keinen Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch, erwerben. Die Abtreibungsstraftatbestände<sup>170</sup> schützen das ungeborene Leben abschliessend<sup>171</sup>. Die Anwendung der Tötungstatbestände<sup>172</sup> setzt geborenes Leben und damit zumindest das Einsetzen des Geburtsvorganges voraus<sup>173</sup>. Entsprechendes gilt für die Körperverletzungsdelikte<sup>174</sup>.

Die Mutter ist vom Tod des Fötus unmittelbar in ihrer Gesundheit bzw. Persönlichkeit betroffen. Die Mutter eines abgestorbenen Kindes hat deshalb einen eigenen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch, weil sie einerseits eine Körperverletzung und andererseits auch eine Persönlichkeitsverletzung erleidet<sup>175</sup>. Das Basler Zivilgericht erachtet dabei die Persönlichkeit der «Eltern» als verletzt, weshalb auch der Vater bzw. Ehemann einen Genugtuungsanspruch i.S.v. Art. 49 OR geltend machen

---

<sup>170</sup> Vgl. Art. 121 f. StGB.

<sup>171</sup> BGE 119 IV 207 = Pra 1995 Nr. 155 = JDT 1995 IV 121 E. 2, wonach eine fahrlässige Tötung eines Fötus nicht strafbar ist.

<sup>172</sup> Vgl. Art. 111 bis Art. 117 StGB.

<sup>173</sup> Vgl. Urteil BGer vom 21.09.1993 (6S. 381/1993) = SJZ 1994, S. 12 f. = Pra 1995 Nr. 155), und BGE 119 Ia 460 E. 7a («Die Embryos in vitro geniessen den strafrechtlichen Schutz von Art. 118 ff. StGB nicht»).

<sup>174</sup> Der Zeugungsakt HIV-Positiver kann nicht als Körperverletzungsdelikt zum Nachteil des dadurch gezeugten Kinds angesehen werden (Urteil OGer TG vom 19.12.1996 [B 96 42] = RBOG 1997, S. 24). Die Freiburger Chambre d'accusation du Tribunal Cantonal hat in ihrem Entscheid vom 23.09.1997 = FZR 1997, S. 298 f., offengelassen, ob die Körperverletzungstatbestände (Art. 122 ff. StGB) auf den Embryo anwendbar sind. Siehe dazu SCHMID, Schranken, S. 433 ff.

<sup>175</sup> Vgl. Urteil ZivGer BS vom 23.08.1996 i. S. U. Sch. c. Dr. X. = BJM 1997, S. 193 E. 2c/ee (Genugtuung CHF 20 000.-).

kann, wenn das vorgeburtliche Absterben in haftungsrechtlich relevanter Weise verursacht wurde<sup>176</sup>.

## C. Hinsichtlich des Rechtsguts «Gesundheit»

### a. Pränatale Körperverletzung

Bei einer *pränatalen Schädigung* des Kindes ist die Rechtslage alles andere als klar<sup>177</sup>. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht zur Aktivlegitimation und zum Umfang einer allfälligen Ersatzpflicht, namentlich hinsichtlich der Unterhaltskosten des unerwünschten Kindes, im Zusammenhang mit einer pränatalen Schädigung eines Kindes noch nie Stellung beziehen müssen<sup>178</sup>. Bejaht wurde lediglich die Aktivlegitimation der Mutter eines pränatal geschädigten Kindes im Zusammenhang mit dem Geburtshilfevertrag, der zudem als Vertrag mit Schutzwirkung des zu gebärenden Kindes bezeichnet wurde<sup>179</sup>.

Das Bezirksgericht Arbon befusste sich 1985 mit einem Fall einer pränatalen Schädigung des Kindes. Der Arzt wurde – infolge einer fehlerhaften Sterilisation – zum Ersatz des Verdienstausfalles der Mutter für die Dauer von sechs Jahren und zur Leistung einer Genugtuung in Höhe von CHF 4'000.– verpflichtet<sup>180</sup>. Abgewiesen wurde aber der Genugtuungsanspruch der Tochter, die mit einem Hüftfehler geboren wurde, der mittels einer Spreizhose innert einer Frist von drei Monaten korrigiert werden konnte<sup>181</sup>. Das Berner Verwaltungsgericht hat die Frage, ob den Eltern eines

<sup>176</sup> Das Bundesgericht geht demgegenüber davon aus, dass der Vater pränatal geschädigter Kinder keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch hat (Urteil BGer vom 19.05.2003 [4C.32/2003] = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 6/2003, S. 65).

<sup>177</sup> Vgl. dazu LANDOLT, ZSR, S. 185 ff.; MANNSDORFER, Haftung, S. 605 ff.; MANNSDORFER, Entscheid, S. 1360 ff.; MANNSDORFER, Schädigung, S. 101 ff.; MÜLLER, Haftpflicht, S. 522 ff. und MÜLLER, handicaps, S. 19 ff.

<sup>178</sup> Vgl. Urteile BGer vom 01.12.1998 (4C.276/1993) = Pra 2000 Nr. 28 und vom 14.12.1995 i.S. X. c. Spitalverband Y. = Pra 1996 Nr. 18.

<sup>179</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 6/2003, 65 E. 2.2.

<sup>180</sup> Urteil BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SJZ 1986, S. 46 E. 3 und 4.

<sup>181</sup> Ibid., E. 5.

pränatal geschädigten Kindes ein haftungsrechtlich relevanter Schaden entstanden ist und wie allfällige Ersatzansprüche rechtlich zu qualifizieren wären, offen gelassen<sup>182</sup>.

Beeinflusst von der Diskussion, ob ein gesund geborenes Kind überhaupt einen Schaden darstellen kann<sup>183</sup>, wird in der Lehre mitunter bei der Geburt eines behinderten Kindes ebenfalls die Meinung vertreten, dass eine Haftung ausgeschlossen sei<sup>184</sup>. Andere wiederum wollen eine Haftung zulassen, wenn sich die Eltern in schlechten finanziellen Verhältnissen befinden<sup>185</sup>. Die dritte Meinung schliesslich bejaht die Ersatzfähigkeit des

<sup>182</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 24.11.2003 i.S. Z. (VGE 21322) = BVR 2004, S. 289 E. 3.4.

<sup>183</sup> Die Frage, ob und inwieweit die Geburt eines unerwünschten gesunden Kindes überhaupt einen ersatzfähigen Schaden darstellt und wofür Ersatz verlangt werden kann, wird von der Lehre und Rechtsprechung kontrovers beantwortet (siehe z.B. FELLMANN, S. 317 ff.; HONSELL, § 1 N 35; KOLLER, Aufklärung, S. 1197 ff.; KOLLER, Sterilisation, S. 1 ff.; KUHN, S. 32 ff.; RÜETSCHI, S. 1359 ff.; STEINER, S. 646 ff. und WEIMAR, Schadenersatz, S. 641 ff. – siehe ferner Urteile BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SJZ 1986, S. 46 ff. [fehlerhaft durchgeführte Sterilisation]; BGer vom 14.12.1995 i.S. A. und M. S. c. Spitalverband B = Pra 1996 Nr. 181 [Haftung für fehlerfrei durchgeführte, aber erfolglos gebliebene Sterilisation; Nachweis der hypothetischen Einwilligung] und dazu KOLLER, Sterilisation, S. 1 ff.; AppGer BS vom 23.10.1998 i. S. S.K./Kanton Basel-Stadt = BJM 2000, S. 306 ff. [Haftung für missglückte Schwangerschaftsunterbrechung] und dazu BOMMER, S. 664 ff. sowie Urteil BGer vom 01.12.1998 i.S. X-Y und X c. Staat LU [4C.276/1993] = Pra 2000 Nr. 28 [Haftung für fehlerfrei durchgeführte, aber infolge «Versagerrisiko» erfolglos gebliebene Sterilisation; keine Aufklärungspflichtverletzung] und dazu KOLLER, Aufklärung, S. 1197 ff.).

<sup>184</sup> So ist WEIMAR, Schadenersatz, S. 654, der Auffassung, dass eine Schadenersatzforderung bei der Geburt eines behinderten Kindes nicht in Frage kommt, solange ein Kindesverhältnis besteht. Eine Haftung ist seiner Meinung nach nur dann möglich, wenn eine allfällige Zustimmung der Eltern zur Adoption bindend geworden ist. Eine Haftung bei der Geburt eines behinderten Kindes schliesst ebenfalls RÜETSCHI, S. 1360, Fn. 5, aus, und zwar unter Hinweis auf die seiner Meinung herrschende Lehre.

<sup>185</sup> OFTINGER/STARK, S. 82 ff, bejahen z.B. eine Schadenersatzpflicht für ein unerwünschtes gesundes Kind nur bei schlechten finanziellen Verhältnissen der Eltern, halten aber bei der Geburt eines kranken Kindes dafür, dass sich die Frage, ob Unterhalts-, Erziehungs- und Ausbildungskosten eines Kindes Schaden seien, gar nicht stelle (S. 83 ad Fn. 59).

Vermögensschadens, der bei der Geburt eines pränatal geschädigten Kindes eintritt<sup>186</sup>.

Das pränatal geschädigte Kind kann nach der vorliegend vertretenen Auffassung sowohl einen vertraglichen als auch einen ausservertraglichen Ersatzanspruch geltend machen<sup>187</sup>. Es käme einer Diskriminierung der pränatal geschädigten Kinder gleich, wenn ihnen im Gegensatz zu den postnatal geschädigten Kindern, die gestützt auf Art. 46/47 OR aktivlegitimiert sind, sowohl ein Schadenersatz- als auch ein Genugtuungsanspruch verweigert würde<sup>188</sup>. Es kommt hinzu, dass in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht die geburtsgeschädigten Kinder und nicht deren Eltern anspruchsberechtigt sind<sup>189</sup>. Da die Rechtspersönlichkeit rückwirkend ab dem Moment der Zeugung entsteht, muss – bei einer konsequenten Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie – von der Widerrechtlichkeit bzw. Rechtsgutverletzung ausgegangen werden, sofern sich das haftungsbegründende Ereignis nach der Zeugung verwirklicht hat. Eine Haftung für Schadenursachen, die sich vor der Zeugung verwirklicht haben, aber für das Entstehen der pränatalen Schädigung verantwortlich sind, z.B. eine Schädigung der elterlichen Gene, kann nicht mit der Erfolgshaftung begründet werden, es sei denn, die zeitlich vorgelegerte Verursachung werde als mittelbare Rechtsgutverletzung betrachtet<sup>190</sup>. Eine Haftung für präkonzeptionelle Schadenursachen setzt sonst eine Verletzung von Verhaltenspflichten, z.B. eine fehlerhafte genetische Beratung<sup>191</sup>, voraus, die das ungeborene Kind schützen.

---

<sup>186</sup> So z.B. HONSELL, § 1 N 35; KELLER, Behandlung, S. 137; KELLER, Haftpflicht 2002, S. 69; KELLER, Haftpflicht 1997, S. 117 f. sowie MANNSDORFER, Ansprüche, S. 55 ff. und MANNSDORFER, Haftung, S. 605 ff.

<sup>187</sup> Der Geburtshilfevertrag z.B. wirkt zu Gunsten des ungeborenen Kindes (Urteil BGer vom 19.05.2003 [4C.32/2003] = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 6/2003, S. 65, E. 2.2).

<sup>188</sup> Siehe dazu LANDOLT, ZSR, S. 185 ff.

<sup>189</sup> Siehe dazu Art. 13 IVG und GgV.

<sup>190</sup> Dazu infra Ziff. V/3./A.

<sup>191</sup> Vgl. Urteil VerwGer BE vom 24.11.2003 i.S. Z. (VGE 21322) = BVR 2004, S. 289. Das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 08.10.2004 regelt die pränatale genetische Untersuchung und Risikoabklärung (siehe Art. 13, 14 und 16).

## b. Schockschäden

Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit<sup>192</sup> oder Gebrechen<sup>193</sup> und umfasst alle körperlichen und nichtkörperlichen Wesenseigenschaften des Menschen, mithin die «physische und psychische Integrität» eines Rechtssubjekts. Psychische Beschwerden werden von der Rechtsprechung bald als Körperverletzung i.S.v. Art. 46/47 OR<sup>194</sup>, bald als Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 49 OR<sup>195</sup> bezeichnet.

Eine Verletzung des Rechtsguts Gesundheit setzt eine ohne Rechtfertigungsgrund erfolgte Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraus<sup>196</sup>. Unerheblich sind Eingriffszweck<sup>197</sup> oder -mittel. Die Gesundheit kann durch mechanische Einwirkung oder andere Art beeinträchtigt werden. Selbst die blossе Wahrnehmung eines haftungsbegründenden Ereignisses genügt (sog. Schockschaden)<sup>198</sup>. Ersatzpflichtig ist der Schockschaden, wenn die Art und Weise der selbst erlittenen Körper- bzw. Persönlichkeitsverletzung erfahrungsgemäss zu

---

<sup>192</sup> Die Erkrankungen im medizinischen Sinne werden in der Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandten Gesundheitsprobleme (ICD-10) und im Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders der American Psychiatric Association (DSM-IV) umschrieben.

<sup>193</sup> Präambel Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946. Die für den Gesundheitsbegriff bedeutungsvollsten Klassifikationen der WHO sind die Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandten Gesundheitsprobleme (ICD-10) und die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF).

<sup>194</sup> Siehe z.B. BGE 44 II 149 E. 2 (Kopfschmerzen, Schwindel, geistige Ermüdbarkeit).

<sup>195</sup> Vgl. z.B. BGE 46 II 50/54 (souffrances morales).

<sup>196</sup> In der Regel stellt die psychische Körperverletzung i.S.v. Art. 46/47 OR auch eine behandlungsbedürftige Krankheit dar (vgl. z.B. BGE 96 II 392 E. 2, 80 II 348 ff., 28 II 200 E. 3 und 21 II 348 E. 4).

<sup>197</sup> Die Beeinträchtigung der Gesundheit eines anderen stellt auch im ärztlichen Kontext eine Rechtsgutverletzung dar (BGE 113 Ib 420 E. 2).

<sup>198</sup> Grundlegend dazu die Arbeiten von FISCHER, Haftung, passim. und KARCZEWSKI, passim; siehe ferner SCHAEER, Schockschäden, S. 19 ff. sowie ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 116 ff.

einer posttraumatischen Belastungsstörung führt<sup>199</sup> oder der Schockgeschädigte mit dem Verletzten bzw. Getöteten ein enges Verhältnis unterhielt und unmittelbar von den Folgen der Verletzung bzw. Tötung betroffen ist<sup>200</sup>. Erleiden andere Personen einen Schock, liegt ein nicht ersatzfähiger Reflexschockschaden vor<sup>201</sup>.

Die Abgrenzung von Schock- und Angehörigenschaden ist fließend. Deutsche und österreichische Rechtsprechung erachten Angehörige von getöteten bzw. schwerverletzten Personen nur dann als genugtuungsberechtigt, wenn sie einen Schock erlitten haben<sup>202</sup>. Die schweizerische Praxis demgegenüber unterscheidet den Schockschaden von der Angehörigenengutuung. Genugtuungsberechtigt sind auch Angehörige, die keinen Schock, sondern lediglich eine immaterielle Unbill erlitten haben<sup>203</sup>. Als immaterielle Unbill kommen Schmerzen, Leid, Ängste<sup>204</sup> und andere Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens in Frage, die keinen Vermögenswert aufweisen<sup>205</sup>. Keine immaterielle Unbill liegt vor, wenn ein Eingriff in einen Vermögenswert ohne Affektionswert erfolgt und der Vermögensschaden nur einige tausend Franken beträgt<sup>206</sup>. Was Rechtsgutverletzung und was (immaterieller) Schaden ist, ist in diesen Fällen nicht klar. Fest steht einzig, dass die immaterielle Unbill eine separate Genugtuungsvoraussetzung darstellt, weil eine Per-

<sup>199</sup> Ziffer F43 ICD-10 (2005) unterscheidet die akute Belastungsreaktion, die posttraumatische Belastungsstörung und die Anpassungsstörung. Die Rechtsprechung bejaht einen Schockschaden bei schwerwiegenden Unfallereignissen, vgl. z.B. Urteil Amtsgericht Sursee vom 12.12.1985 i.S. M.K. c. PSC = SGW 1985 Nr. 57 E. 4 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes, der das eigene Haus zerstört).

<sup>200</sup> Z.B. BGE 112 II 118 E. 5 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes, der den Sohn tötet).

<sup>201</sup> Nicht reflexschockgeschädigt ist das Kind, das im Mutterleib als Folge eines Schocks der Mutter geschädigt wird (rechtsvergleichend BGH vom 05.02.1985 = BGHZ 93, 351 = NJW 1985, S. 1390 = MDR 1985, 5683 = JZ 1985, 538 = FamRZ 1985, S. 46 = VersR 1985, S. 499).

<sup>202</sup> Vgl. z.B. Urteile BGH vom 11.05.1971 = BGHZ 56, 163 = NJW 1971, S. 1883 = JZ 1971, S. 122 und OGH vom 29.08.2002 [8 Ob 127/02p]; siehe dazu RANIERI, S. 97 ff.

<sup>203</sup> Dazu infra Ziff. IV/2./B./b.

<sup>204</sup> Z.B. Todesangst (BGE 125 III 412 E. 2b/aa).

<sup>205</sup> Statt vieler BGE 112 II 131 E. 2 und 4.

<sup>206</sup> Vgl. Urteil BGER vom 10.02.2004 i.S. X c.Y. = RVJ 2004, S. 156 E. 10.

sönlichkeitsverletzung an sich noch nicht genugtuungsberechtigtend wirkt<sup>207</sup>.

Dass umgekehrt eine immaterielle Unbill keine Rechtsverletzung darstellt bzw. widerrechtlich ist, geht aus dem Umstand hervor, dass nur eine Verletzung der Rechtsgüter Leben, Gesundheit und Persönlichkeit eine Genugtuung auslösen kann. Sowohl eine Verletzung des Rechtsgutes Eigentum als auch die Verletzung relativer Rechtsgüter begründen erst dann einen Genugtuungsanspruch, wenn die fragliche Rechtsgutverletzung auch einer Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 49 OR entspricht. Im Falle der Verletzung oder Tötung eines Tieres, das im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten wird, kann der Richter neuerdings dem Affektionswert, den dieses für seinen Halter oder dessen Angehörige hatte, bei der Festsetzung des Vermögensschadens angemessenen Rechnung tragen<sup>208</sup>.

## D. Hinsichtlich des Rechtsguts «Persönlichkeit»

### a. Ehrverletzung

Der Ehrenschatz nach Art. 28 ZGB geht über den strafrechtlichen Ehrenschatz<sup>209</sup> hinaus und umfasst nicht nur die Geltung eines Menschen als sittliche Person, sondern auch das berufliche und gesellschaftliche Ansehen einer Person<sup>210</sup>. Der zivilrechtlich geschützte Bereich der Ehre hängt, abgesehen von dem jedem Menschen zukommenden Mindestmass von Menschenwürde, weitgehend von der sozialen Stellung und der Umgebung der betroffenen Person ab<sup>211</sup>.

<sup>207</sup> Der Betroffene muss die Persönlichkeitsverletzung als eine «ausserordentliche Kränkung» (BGE 125 III 70 E. 3a) bzw. «seelischer Schmerz» (BGE 120 II 97 E. 2b) empfunden haben.

<sup>208</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 1bis OR.

<sup>209</sup> Vgl. Art. 173 ff. StGB.

<sup>210</sup> Vgl. BGE 129 III 715 = AJP 2004, S. 743 (Bemerkungen von LUCAS DAVID) E. 4.1 und 49 E. 2.2, 127 III 481 E. 2b/aa, 119 II 97 E. 4, 111 II 209 E. 2, 107 II 1 E. 2 und 105 II 161 E. 2.

<sup>211</sup> Statt vieler BGE 100 II 177 E. 5.

Ob die Ehre beeinträchtigt worden ist, ist nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen, sondern nach einem *objektiven Massstab* zu beurteilen<sup>212</sup>. Eine Äusserung ist aber bereits dann ehrenrührig, wenn sie an sich geeignet ist, den Ruf zu schädigen, unabhängig davon, ob der Empfänger der Äusserung die Beschuldigung oder Verdächtigung für wahr hält oder nicht<sup>213</sup>. Eine Beeinträchtigung der Ehre setzt nicht voraus, dass der Betroffene namentlich genannt wird; es genügt, dass nach den Umständen erkennbar ist, auf wen sie sich bezieht<sup>214</sup>. Bezieht sich eine ehrverletzende Sachaussage oder Wertung auf keine konkreten Personen, liegt keine Beeinträchtigung der Ehre vor<sup>215</sup>.

Leichte Fälle, wie sie im gesellschaftlichen Umgang laufend und oft ohne böse Absicht vorkommen, stellen keine objektive Beeinträchtigung der Ehre dar<sup>216</sup>. Wer sich trotzdem in seiner Ehre verletzt fühlt, erleidet keine Persönlichkeitsverletzung. Ein allfälliger daraus entstehender Schaden ist nicht ersatzfähig und stellt, sofern sich Dritte wegen einer «Ehrverletzung» einer anderen Person in ihrer eigenen Ehre verletzt fühlen, blosser Reflexschaden dar. Eine Beeinträchtigung der Ehre von Personengesellschaften setzt aber nicht voraus, dass einzelne Gesellschafter betroffen sind<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Vgl. z.B. BGE 119 II 97 E. 4, 105 II 161 E. 2 und 103 II 161 E. 1a. Bei Presseberichten ist auf den Wahrnehmungshorizont des Durchschnittslesers abzustellen (BGE 127 III 481 E. 1b/aa, 126 III 209 E. 3a, 123 III 385 E. 4a, 122 III 449 E. 2b, 119 II 97 E. 4a/aa und 111 II 209 E. 2).

<sup>213</sup> Vgl. BGE 103 IV 22/23.

<sup>214</sup> Vgl. BGE 99 IV 148 E. 1.

<sup>215</sup> Ein unterschiedslos gegen alle als Chirurgen tätigen Ärzte gerichteter Angriff stellt keine Ehrverletzung gegenüber bestimmten Ärzten dar und erfüllt auch den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs nicht (siehe Urteil BGer vom 08.12.1998 [6S.553/1998] = Pra 1999 Nr. 155 E. 2a und b).

<sup>216</sup> Vgl. BGE 129 III 715 = AJP 2004, S. 743 (Bemerkungen von LUCAS DAVID) E. 4.1 und 49 E. 2.2, 126 III 305 E. 4b/aa, 123 III 354 E. 2a.

<sup>217</sup> Vgl. BGE 114 IV 14 E. 2b.

## b. Ehe- und Familienleben

### aa. Allgemeines

Das Familienleben ist grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützt<sup>218</sup>. Es beinhaltet das Recht, eine Ehe einzugehen<sup>219</sup>, sich autonom fortzupflanzen<sup>220</sup> und um die Kinder zu kümmern<sup>221</sup>. Der Anspruch auf Achtung des Familien- und Ehelebens stellt ein absolutes Recht dar<sup>222</sup>. Ehegatten und Familienangehörige sind insoweit keine Reflexgeschädigte, sondern Direktgeschädigte, wenn der andere Ehegatte oder ein Angehöriger eine Rechtsgutverletzung erleidet. Praxisgemäss ist aber nicht jede Beeinträchtigung des Ehe- bzw. Familienlebens geeignet, eine Rechtsgutverletzung gegenüber dem mitbetroffenen Familienmitglied zu bewirken.

### bb. Beeinträchtigung des Ehelebens

#### aaa. Allgemeines

Die Beeinträchtigung der ehelichen Gemeinschaft durch Dritte ist bei den Ehegatten mit einer Persönlichkeitsverletzung verbunden, sofern die Störung objektiv von Bedeutung ist. Ob eine derartige Beeinträchtigung vorliegt, ist anhand der Ehedauer, des Ausmasses der Verletzung für das eheliche Verhältnis und des Umstands zu beurteilen, ob die Ehe kinderlos geblieben ist. Eine Beeinträchtigung des Ehelebens ist bei schweren Körperverletzungen<sup>223</sup>, nicht aber bei einer mehrmonatigen Trennung<sup>224</sup> anzunehmen.

---

<sup>218</sup> Vgl. z.B. Art. 13 BV.

<sup>219</sup> Vgl. Art. 14 BV, Art. 94 ff. ZGB.

<sup>220</sup> Siehe z.B. Art. 118 ff. StGB und BGE 112 II 226 E. 3a.

<sup>221</sup> Vgl. Art. 252 ff. ZGB.

<sup>222</sup> Siehe z.B. BGE 78 II 289 E. 2 und Urteil AppGer SG vom 24.01.1975 [GVP 1975, Nr. 7] = SJZ 1997, S. 110 = SGGVP 1975 Nr. 7 E. 2a.

<sup>223</sup> Vgl. BGE 112 II 220 E. 3a.

<sup>224</sup> Vgl. Urteile BGER vom 17.10.1994 i.S. X. und AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, S. 287 E. 2b

## bbb. Beeinträchtigung der Fortpflanzungsautonomie

Die Verursachung einer Impotenz stellt beim Betroffenen eine Körperverletzung, bei dessen Ehegatte<sup>225</sup> eine Beeinträchtigung des Ehe- bzw. Familienlebens dar. Bei der Beurteilung, ob eine objektiv schwere Beeinträchtigung der Persönlichkeit vorliegt, sind alle Umstände wie das Alter der Ehegatten, die Bedeutung des Geschlechtslebens in der vorliegenden Ehe, die Art der Impotenz, das heisst, ob und inwieweit zur *impotentia generandi* noch die *impotentia coeundi* hinzukommt, sowie die Ausgeprägtheit des Wunsches nach (weiteren) Kindern zu berücksichtigen<sup>226</sup>.

## ccc. Ehestörung

Sowohl der untreue Ehegatte als auch der an einer ehewidrigen Beziehung teilnehmende Dritte verletzen die eheliche Treuepflicht und verhalten sich gegenüber dem betrogenen Ehegatten widerrechtlich. Die Ehestörer sind deshalb dem bloss reflexweise betroffenen Ehegatten schadenersatzpflichtig<sup>227</sup>. Eine Genugtuungspflicht besteht, wenn die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt. Ob die Ehe als Folge der Ehestörung geschieden wird oder nicht, ist unerheblich<sup>228</sup>. Eine Genugtuungsklage gegen den Dritten ist sogar nach der Aussöhnung der Ehegatten noch möglich<sup>229</sup>. An die Annahme einer genugtuungsberechtigenden Ehestörung ist ein «besonders strenger Massstab» anzulegen<sup>230</sup>. Das ehebrecherische Verhalten muss einerseits objektiv schwer sein und andererseits beim betrogenen Ehegatten auch subjektiv «besonders empfindlich» treffen<sup>231</sup>. Ist die Ehe bereits gestört, kann von vornherein keine genugtuungsberechtigende subjektive Betroffenheit vorliegen; davon ist namentlich auszugehen, wenn sich der betrogene Ehemann im Scheidungsverfahren negativ über den anderen Ehegatten äussert<sup>232</sup>.

<sup>225</sup> Dem Ehegatten gleichgestellt sind Konkubinatspartner und Verlobte.

<sup>226</sup> Vgl. z.B. BGE 112 II 226 E. 3a.

<sup>227</sup> Vgl. BGE 109 II 4 E. 3 und 78 II 289 E. 2.

<sup>228</sup> Siehe BGE 84 II 329 E. 1, 78 II 289 E. 2 und 43 II 323 E. 5.

<sup>229</sup> Vgl. BGE 78 II 289 E. 6 und Urteil BGer vom 28.03.1927 i. S. Sch. c. G.

<sup>230</sup> Vgl. BGE 84 II 329 E. 1.

<sup>231</sup> Ibid., E. 2.

<sup>232</sup> Ibid.

Ein besonders schweres Verschulden des Ehestörers liegt vor, wenn dieser entweder «besondere Bemühungen» unternommen hat, den Ehegatten zu verführen, oder dessen wirtschaftliche Abhängigkeit zu ihm ausgenutzt hat. Die bloße aktive Mitwirkung genügt nicht<sup>233</sup>.

cc. *Beeinträchtigung des Familienlebens*

aaa. Vorenthaltene Elternschaft

Das Kind hat Anspruch auf Kenntnis seiner (leiblichen) Eltern<sup>234</sup>. Der verheiratete Ehemann wird automatisch Vater des während der Ehe geborenen Kindes<sup>235</sup>. Die Vaterschaft muss bei unverheirateten Eltern festgestellt werden<sup>236</sup>. Eine Ausnahme besteht bei der künstlichen Befruchtung mittels gespendeter Samenzellen<sup>237</sup>. Der Ehemann, welcher der künstlichen Befruchtung zugestimmt hat, gilt so in jedem Fall als Vater<sup>238</sup>. Eine Aufhebung des Kindschaftsverhältnisses bedarf grundsätzlich der Zustimmung der leiblichen Eltern, die persönlichkeitsrechtlich erforderlich ist<sup>239</sup>.

Das Interesse an der Feststellung der tatsächlichen Elternschaft ist widersprüchlich geschützt. Das Interesse des *Kindes* an der tatsächlichen Elternschaft ist umfassend geschützt. Es kann die Feststellung der tatsächlichen Vaterschaft sowohl positiv (gegenüber dem unverheirateten Vater<sup>240</sup>) als auch negativ (gegen den Ehemann der Mutter<sup>241</sup>) durchsetzen. Der *Ehemann*, der nicht der Vater ist, kann seine Nichtvaterschaft fest-

<sup>233</sup> Vgl. BGE 84 II 329 E. 2; ferner Urteil BGer vom 27.03.1945 i. S. J. c St. (Verschulden verneint).

<sup>234</sup> Siehe BGE 128 I 63 E. 2-5 und ferner BGE 112 Ia 97 ff. Dazu BESSON, S. 39 ff.

<sup>235</sup> Vgl. Art. 255 ZGB.

<sup>236</sup> Vgl. Art. 309 ZGB.

<sup>237</sup> Eine solche ist bei unverheirateten Personen aber unzulässig (vgl. Art. 3 Abs. 3 FMedG).

<sup>238</sup> Vgl. Art. 256 Abs. 3 ZGB.

<sup>239</sup> Vgl. BGE 113 Ia 271 E. 6-8.

<sup>240</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 1 ZGB.

<sup>241</sup> Vgl. Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

stellen<sup>242</sup>, während der *biologische Vater* weder die Nichtvaterschaft des Ehemannes noch seine Vaterschaft feststellen lassen kann. Die *Mutter* schliesslich kann nur die Vaterschaft, nicht aber die Nichtvaterschaft des Ehemannes feststellen lassen<sup>243</sup>.

Das unterschiedlich geschützte Interesse hat *haftungsrechtliche Konsequenzen*, wenn die Eltern- bzw. Vaterschaft verschwiegen wird. Das *Verschweigen der Eltern- bzw. biologischen Vaterschaft* stellt gegenüber dem Kind, das einen Anspruch auf Kenntnis der leiblichen Eltern hat, und dem Ehemann bzw. Registervater, der ein rechtlich geschütztes Interesse an der Nichtvaterschaft hat, einen Eingriff in die Persönlichkeit dar. Dem Ehemann steht – für die ehewidrige Zeugung – zwar ein Schadenersatz-, aber nur ausnahmsweise ein Genugtuungsanspruch gegenüber seiner Ehefrau und dem biologischem Vater zu<sup>244</sup>.

Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung noch nicht zur Frage Stellung bezogen, ob das Verschweigen der Vaterschaft zu einer Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 49 OR führen kann. In Analogie zur Ehestörung läge eine genugtuungsberechtigte Persönlichkeitsverletzung bei einem grossen Verschulden der Mutter und einer besonders empfindlichen psychischen Belastung beim Kind bzw. Ehemann vor. In anderem Zusammenhang hat das Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung u.a. deshalb bejaht, weil die «Selbstfindung erschwert» würde<sup>245</sup>. Kinder, die mit der «Lüge» keines bzw. eines falschen Vaters aufwachsen müssen, werden in ihrer Selbstfindung zweifellos nachhaltig beeinträchtigt, weshalb eine Haftung zu bejahen ist.

Der *biologische Vater* muss zwar (rückwirkend) für den Unterhalt des Kindes aufkommen, wenn Kind oder Registervater klagen, selbst kann er jedoch seine Vaterschaft nicht feststellen lassen. Ein Haftungsanspruch ist insoweit von vornherein ausgeschlossen, was dann stossend ist, wenn die Mutter aus egoistischen Gründen die Vaterschaft verschwiegen und so den biologischen Vater gehindert hat, eine Beziehung zu seinem Kind zu le-

<sup>242</sup> Vgl. Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

<sup>243</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 1 ZGB.

<sup>244</sup> Vgl. BGE 109 II 4 E. 3.

<sup>245</sup> Vgl. BGE 109 II 353 E. 4b.

ben. Da der Gesetzgeber dem biologischen, unverheirateten Vater aber kein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung seiner Vaterschaft zuspricht, ist der biologische Vater *ex lege* ein Reflexgeschädigter.

### bbb. Beeinträchtigung der Eltern-Kind-Beziehung

Die Eltern-Kind-Beziehung, insbesondere die Ausübung der Elternrechte, darf von Dritten bzw. dem Staat nur bei Vorliegen wichtiger Gründe<sup>246</sup> bzw. bei einer Scheidung<sup>247</sup> beeinträchtigt werden. Ein Anspruch auf persönlichen Kontakt zwischen Eltern und Kind besteht in jedem Fall<sup>248</sup>. Vater und Mutter haben zudem alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert<sup>249</sup>. Persönlichkeitsrechtlich geschützt ist dabei nicht nur die äussere, sondern auch die «innere Verbundenheit» mit den Eltern, selbst wenn das Kind bereits mündig ist<sup>250</sup>.

Eine *Verletzung der Eltern- bzw. Kinderrechte* durch den anderen Elternteil oder Dritte (sog. «Familienstörer») stellt, sofern es sich objektiv um einen schweren Eingriff handelt und kein Rechtfertigungsgrund besteht, eine Persönlichkeitsverletzung dar, die beim Kind oder den Eltern einen Genugtuungsanspruch nach Art. 49 OR führen kann, wenn dadurch eine immaterielle Unbill verursacht wird<sup>251</sup>. Ein Vater, dessen Kind durch einen Dritten gezüchtigt worden ist, kann z.B. eine eigene Genugtuungsforderung geltend machen, sofern im Verhältnis zu ihm eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens gegeben ist<sup>252</sup>. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn ein Dritter hartnäckig behauptet, er sei der Vater dessen Kindes<sup>253</sup>. Umstritten ist, inwieweit die Eltern ihren

<sup>246</sup> Vgl. Art. 307 ff. ZGB.

<sup>247</sup> Vgl. Art. 133 f. ZGB.

<sup>248</sup> Vgl. Art. 273 f. ZGB.

<sup>249</sup> Vgl. Art. 274 Abs. 1 ZGB.

<sup>250</sup> Siehe BGE 109 II 353 E. 4b.

<sup>251</sup> Vgl. BGE 108 II 344 = Pra 1983 Nr. 87 E. 2. Wer einen Lehrling ohne Grund fristlos entlässt, wird auch dem Inhaber der elterlichen Gewalt gegenüber schadenersatzpflichtig, und zwar sowohl gestützt auf Art. 41 ff. OR als auch vertraglich (Urteil ArbGer ZH vom 12.08.1980 = ZR 1981 Nr. 86).

<sup>252</sup> Vgl. Urteil KGer SG vom 09.05.1967 (GVP 1967, S. 92) = SJZ 1969, S. 97 f.

<sup>253</sup> Vgl. BGE 108 II 344 = Pra 1983 Nr. 87 E. 2 (CHF 10'000.– Genugtuung).

unmündigen Kinder bzw. Dritten den Umgang mit ihrem Kind verbieten können bzw. ein unerwünschter Umgang eines Dritten mit dem Kind eine Persönlichkeitsverletzung der Eltern darstellt<sup>254</sup>.

Ein minderjähriges Kind, das während sechs Tagen von seinem Vater getrennt und fremdplatziert wird, hat einen Genugtuungsanspruch<sup>255</sup>. Keine wesentliche Beeinträchtigung des Familienlebens stellt demgegenüber eine 58-tägige Trennung von Mutter und Kinder dar, wenn Erstere rechtmässig verhaftet wird<sup>256</sup>. Wird ein alleinerziehender Elternteil verletzt, ist beim Genugtuungsanspruch nach Art. 49 OR des Kindes die beeinträchtigte Elternschaft, namentlich in dem für die Entwicklung und Entfaltung wichtigen Lebensabschnitt zwischen dem 10. und dem 15. Lebensjahr, von besonderer Bedeutung. Eine immaterielle Unbill des Kindes wird auch durch die Mitbetroffenheit von den Leiden und der zurückgezogenen, isolierten Lebensweise des Elternteils hervorgerufen<sup>257</sup>.

### c. Postmortale Persönlichkeitsrechte

Die Rechtspersönlichkeit endet mit dem Tod<sup>258</sup>. Es ist deshalb unmöglich, dass ein Toter bzw. eine andere Person in seinem Namen einen persönlichkeits- oder vermögensrechtlichen Anspruch erheben kann<sup>259</sup>. Das Bundesgericht hat mitunter aber eine postmortale Wirkung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen anerkannt. Das Selbstbestimmungsrecht des Lebenden beinhaltet auch das Recht, über die Bestattungsmodalitäten<sup>260</sup> und die Verwendung des Leichnams<sup>261</sup> zu verfügen. So-

<sup>254</sup> Vgl. Urteil AppGer SG vom 24.01.1975 (GVP 1975, Nr. 7) = SJZ 1997, S. 110 = SGGVP 1975, Nr. 7 E. 2.

<sup>255</sup> Vgl. Entscheid Departement des Innern SO vom 31.08.1998 = plädoyer 1998/6, S. 70 = ZVW 1999, S. 37 E. 2.2.3.3 (fremdplatziertes Kind).

<sup>256</sup> Vgl. Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 i. S. G.T. = BJM 2003, S. 287 E. 4c/d.

<sup>257</sup> Vgl. BGE 125 III 412 E. 2c/bb.

<sup>258</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 ZGB.

<sup>259</sup> Siehe BGE 129 I 302 E. 1.2 und 104 II 225 E. 5b.

<sup>260</sup> Vgl. BGE 97 I 221 E. 4b.

<sup>261</sup> Vgl. BGE 129 I 173 E. 4 und 127 I 115 = Pra 2001 Nr. 161 E. 4a.

dann besteht das Patientengeheimnis über den Tod hinaus<sup>262</sup>. Der soeben Verstorbene kann schliesslich auch Opfer von strafbaren Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich und von Hausfriedensbruch sein<sup>263</sup>. Der Tote kann in diesen Fällen aber nicht Verfahrenspartei sein. An Stelle des Toten können jedoch Angehörige oder Freunde *in ihrem eigenen Namen* persönlichkeitsrechtliche Ansprüche geltend machen<sup>264</sup>. Dies trifft sowohl für die Regelung der Bestattungsmodalitäten<sup>265</sup> und die Verwendung des Leichnams<sup>266</sup>, soweit der Verstorbene keine Anordnungen getroffen hat, als auch den Andenkensschutz<sup>267</sup> zu. Die Entscheidungsbefugnis steht dabei in erster Linie demjenigen zu, der mit dem Verstorbenen am engsten verbunden war und der deshalb durch den Verlust am stärksten betroffen wurde<sup>268</sup>. Soweit keine postmortalen Persönlichkeitsrechte von Dritten bestehen, greifen straf- und öffentlichrechtliche Schutzbestimmungen<sup>269</sup>. Diese schützen aber die Angehörigen nicht; lediglich eine Verletzung von postmortalen Persönlichkeitsrechten der Angehörigen vermag einen Genugtuungsanspruch zu begründen. Die Praxis bejaht eine immaterielle Unbill jedoch nur mit grosser Zurückhaltung<sup>270</sup>.

---

<sup>262</sup> Vgl. Urteil BGER vom 26.04.1995 (2P.339/1994) = Pra 1996 Nr. 94 E. 3b. Die Einsicht in Krankengeschichten Verstorbener setzt ein überwiegendes Interesse voraus (vgl. Art. 1 Abs. 7 VDSG). Es ist zulässig, Einsicht in eine psychiatrische Krankengeschichte nur via eine ärztliche Vertrauensperson zu gewähren (siehe ZBI 2003, S. 600 E. 4e).

<sup>263</sup> Siehe BGE 118 IV 319 E. 3.

<sup>264</sup> Statt vieler BGE 104 II 225 E. 5b.

<sup>265</sup> Siehe BGE 129 I 173 ff.

<sup>266</sup> Vgl. BGE 127 I 115 = Pra 2001 Nr. 161 E. 6, 123 I 112 E. 4–6 und 101 II 177 E. 5.

<sup>267</sup> Vgl. BGE 129 I 302 E. 1.2.2, 109 II 353 E. 4a, 104 II 225 E. 5b, 101 II 177 E. 5a und 70 II 127 E. 2.

<sup>268</sup> Vgl. BGE 101 II 177 E. 5b.

<sup>269</sup> Siehe z.B. Art. 262 StGB, dazu BGE 129 IV 172 = Pra 2003 Nr. 182 (Entfernen eines Herzschrittmachers nur durch Arzt).

<sup>270</sup> Vgl. z.B. BGE 101 II 177 E. 6.

## V. Kausalität und Drittschadensbegriff

### 1. Drittschaden und natürliche Kausalität

Zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden bzw. der immateriellen Unbill muss ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang bestehen. Ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang setzt zunächst einen *natürlichen Kausalzusammenhang* voraus. Das haftungsbegründenden Ereignis ist im natürlichen Sinne kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg mithin der Schaden entfielen. Das Ereignis braucht nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein. Mit dieser Bedingungsformel (*conditio sine qua non*) wird ein hypothetischer Kausalzusammenhang untersucht und dabei geprüft, was beim Weglassen bestimmter Tatsachen geschehen wäre. Ein solchermaßen vermuteter natürlicher Kausalverlauf lässt sich nicht mit Gewissheit beweisen, weshalb es genügt, wenn das haftungsbegründende Ereignis mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Schadens bildete<sup>271</sup>. Die natürliche Kausalität eines Schadens, auch eines Drittschadens, ist deshalb zu bejahen, wenn er ohne das haftungsbegründende Ereignis nicht eingetreten wäre.

### 2. Drittschaden und adäquate Kausalität

Der natürliche Kausalzusammenhang ist nicht ausreichend für die Bejahung eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs. Im Interesse einer angemessenen Begrenzung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit<sup>272</sup> muss zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden, damit er ersatzfähig ist, ein nach wertenden Gesichtspunkten zu bestimmendes *Zuordnungsverhältnis* bestehen<sup>273</sup>. Die Zuordnung eines natürlich kausal verursachten Schadens ist dann angemessen, wenn das haftungsbe-

<sup>271</sup> Statt vieler BGE 125 IV 195 E. 2b, 116 IV 306 E. 2a, 106 Ib 357 E. 2c, 96 II 392 E. 1 und 85 II 350 E. 4.

<sup>272</sup> Vgl. BGE 107 II 269 E. 3.

<sup>273</sup> Vgl. BGE 109 II 4 E. 3 und 96 II 392 E. 2.

gründende Ereignis nach dem *gewöhnlichen Lauf der Dinge* und der *allgemeinen Lebenserfahrung* an sich geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Schaden also durch das haftungsbegründende Ereignis allgemein als begünstigt erscheint<sup>274</sup>. Dass Dritte mitgeschädigt werden, ist je nach den konkreten Umständen ohne weiteres mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung vereinbar.

Die Adäquanz von Drittschäden ist dann zu verneinen, wenn diese eine ganz *aussergewöhnliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses* sind. Die Rechtsprechung bejaht die Adäquanz mitunter aber auch bei einem aussergewöhnlichen Kausalgeschehen<sup>275</sup>. Wenn ein Ereignis an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, können selbst singuläre Rechtsgutverletzungen (s.c. Unfallfolgen) bzw. Schäden adäquat sein<sup>276</sup>. Nur bei «ganz aussergewöhnlichen» Geschehnissen<sup>277</sup> ist die Adäquanz zu verneinen. Eine aussergewöhnliche Drittorsache, namentlich höhere Gewalt, unterbricht den Kausalzusammenhang dann nicht, wenn die Person, die sich auf die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs beruft, die Verwirklichung der Drittorsache bzw. deren Folgen durch zumutbare Vorkehren hätte abwenden können<sup>278</sup>. Ein aussergewöhnlich hoher Schaden ist schliesslich ebenfalls adäquat; eine Reduktion eines aussergewöhnlich hohen Schadens darf nur bei Vorliegen eines expliziten Kürzungsgrundes<sup>279</sup> und zudem nur zu Gunsten des Ersatzpflichtigen, nicht auch zu Gunsten seines Haftpflichtversicherers erfolgen<sup>280</sup>.

<sup>274</sup> Statt vieler BGE 123 III 110 E. 3a und Urteil BGer vom 22.10.1981 i.S. X. c. S. = Pra 1982 Nr. 123 E. 3b.

<sup>275</sup> Vgl. BGE 107 II 238 E. 5a, 96 II 396 E. 2 und 87 II 127 je mit weiteren Hinweisen.

<sup>276</sup> Vgl. BGE 96 II 392 E. 2, 87 II 117 E. 6c und 80 II 338 E. 2b.

<sup>277</sup> Vgl. BGE 70 II 168 E. 1.

<sup>278</sup> Siehe z.B. BGE 91 II 474 E. 8 (aussergewöhnliche Regenfälle) und 88 II 283 E. 3c.

<sup>279</sup> Siehe z.B. Art. 62 Abs. 2 SVG.

<sup>280</sup> Vgl. BGE 111 II 295 E. 4a.

### 3. Drittschaden und (un)mittelbare Kausalität

#### A. Grundsatz der Haftung für mittelbaren Schaden

Bei Personen, die vom haftungsbegründenden Ereignis betroffen sind, spielt es keine Rolle, ob der Schaden durch das haftungsbegründende Ereignis in persönlicher<sup>281</sup>, sachlicher<sup>282</sup>, zeitlicher<sup>283</sup> oder räumlicher<sup>284</sup> Hinsicht unmittelbar oder bloss mittelbar verursacht wurde. «Grundsätzlich wird im schweizerischen Haftpflichtrecht nicht nur für den unmittel-

<sup>281</sup> Wer in seinen eigenen, durch absolute Rechte geschützten Gütern beeinträchtigt wird, ist auch dann unmittelbar geschädigt, wenn sich in der Kausalkette zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Geschädigten eine mit diesem in Beziehung stehende Person befindet (vgl. BGE 112 II 220 E. 2a und 121 E. 5e, 93 II 329 E. 5 [Ausstellen eines Akkreditivs], 79 II 66 E. 2–4 [Verletzung durch Eishockeyspieler, die erst durch ungenügende Abschränkung möglich war], 66 II 114 E. 1 [Herumliegenlassen von leeren, offenen Benzinfässern], 36 II 18 E. 2 [Ablagern und Bewerfen mit Kalk erfolgt durch verschiedene Personen], 33 II 594 E. 3 [Herum-liegenlassen und Verwenden einer Axt erfolgt durch verschiedene Personen] und 21, 622 E. 5 [Ausstellen und Einlösen eines gefälschten Wechsels]). Eine mittelbare Schädigung erfolgt insbesondere auch, wenn Tiere aufgeschreckt werden und die Rechtsgutverletzung bewirken (Urteil BGer vom 08.12.1986 i.S. Einwohnergemeinde Emmen c. W. = SGW 1986 Nr. 48 E. 2b [Sturz infolge eines scheuenden Pferdes, das durch Auto aufgeschreckt wird] und BGE 31 II 416 E. 2) oder in den Fällen mangelhafter Produkte bzw. mangelhafter Gebrauchsanleitungen (siehe dazu BGE 96 II 108, 49 I 465 und 27 II 579 sowie weiterführend LUTZ, S. 1 ff.).

<sup>282</sup> Mit- bzw. Drittorsachen unterbrechen den Kausalzusammenhang grundsätzlich nicht (vgl. z.B. BGE 116 II 480 E. 3c). Eine Mit- bzw. Drittorsache unterbricht den Kausalzusammenhang, wenn sie bei wertender Betrachtung als derart intensiv erscheint, dass sie die anderen Mitursachen gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt (statt vieler BGE 130 III 182 E. 5.4 und 116 II 519 E. 4b).

<sup>283</sup> Exemplarisch BGE 57 II 36 E. 2: «Wegen des Verfliessens einer gewissen Zeit zwischen Ursache und Wirkung ist der Kausalzusammenhang nicht zu verneinen. Die Wirkungen laufen in grösserem oder kleinerem Abständen innerhalb der Zeit ab, aber die Zeit selbst vermag an den Zusammenhängen nichts zu ändern; sie verhält sich passiv und hat keinen Einfluss auf den Ablauf.» Siehe ferner BGE 33 II 564 E. 6 (Haftung für den nachfolgenden Sturz im Spital bejaht).

<sup>284</sup> Vgl. z.B. BGE 116 II 480 E. 3 (Nuklearschaden Tschernobyl) und 102 II 85 E. 6b und 97 II 221 ff. (beides Kabelbruchschäden).

baren, sondern auch für den mittelbaren Schaden gehaftet, sofern dieser noch als adäquat kausale Folge des schädigenden Ereignisses erscheint.»<sup>285</sup> Das Bundesgericht hat mitunter aber betont, dass Art. 41 Abs. 1 OR «ausschliesslich unmittelbaren Schaden im Auge»<sup>286</sup> habe.

## B. Abgrenzung des mittelbaren Schadens vom Drittschaden

Der Reflex- bzw. Drittschaden ist der Schaden von Personen, die vom haftungsbegründenden Ereignis mittelbar betroffen sind. Der mittelbare Schaden demgegenüber ist der Schaden von unmittelbar Betroffenen. Die «Mittelbarkeit» bezieht sich beim Reflexschaden auf das haftungsbe gründende Ereignis, beim mittelbaren Schaden demgegenüber auf die Nähe des Kausalzusammenhangs. In der Lehre werden in diesem Zusammenhang die Begriffspaare *mittelbarer/unmittelbarer Schaden* und *indirekter/direkter Schaden* unterschieden<sup>287</sup>. Das erste Begriffspaar dient der Umschreibung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs bei Direktbetroffenen, während das zweite Begriffspaar auf die Unterscheidung zwischen Direkt- und Drittschaden abzielt. Diese Kategorienbildung trägt zwar zu einer begrifflichen Klärung bei und verdeutlicht, dass sich der mittelbare Schaden vom indirekten Schaden (Reflex- bzw. Drittschaden) unterscheidet, ändert aber an der Schwierigkeit der Abgrenzung nichts. Es kommt hinzu, dass sich Direkt- und Drittschaden betragsmässig decken können<sup>288</sup> und der Unterscheidung im Vertragsrecht, wo zwischen dem positiven und dem negativen Schaden unterschieden wird und mitunter

<sup>285</sup> BGE 118 II 176 E. 4c. Siehe ferner BGE 57 II 36 E. 2 («eine mittelbare Ursache, d.h. ein früheres Glied der Kausalkette» genügt) und 88 II 94 E. 4, wonach eine Haftung für mittelbaren Schaden nur dann ausgeschlossen ist, wenn eine explizite Gesetzesbestimmung besteht (bejaht für Art. 447, nicht aber für Art. 448 OR). Siehe ferner PVG 1975 Nr. 77 E. 4 (Leistungspflicht der Gebäudeversicherung für mittelbare Schäden).

<sup>286</sup> BGE 63 II 18 E. 5.

<sup>287</sup> Siehe z.B. HONSELL, § 1 N 44 ff.

<sup>288</sup> Der der Gesellschaft direkt zugefügte Schaden ist deckungsgleich mit dem Schaden, welcher den Aktionären und Gläubigern insgesamt indirekt entsteht (BGE 122 III 166 E. 3a E. 1a/cc).

Anspruch auf Ersatz des Drittschadens als Verzugs-<sup>289</sup> oder Mangelgeschadens<sup>290</sup> besteht, ohnehin eine geringe Bedeutung zukommt.

Der Begriff des Drittschadens hängt primär von der Umschreibung des haftungsbegründenden Ereignisses ab. Verwirklicht sich dieses nicht in der Person des Geschädigten, ist dieser zwar geschädigt, aber nicht auf eine haftungsbegründende Weise. Wenn aber eine zeitlich spätere oder räumlich entfernt erfolgende Verwirklichung des haftungsbegründenden Ereignisses genügt, um eine Haftung für «Fernwirkungsschäden» zu begründen, sollte *a fortiori* die Ersatzfähigkeit von Schäden angenommen werden, die Personen erleiden, die sie sich in unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Nähe des Geschädigten befinden. Das Bundesgericht bejaht die Ersatzfähigkeit von Drittschäden, wenn sich in der Kausalkette zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Geschädigten eine mit diesem in naher Beziehung stehende Person befindet, Voraussetzung ist allerdings, dass der Dritte auch eine Verletzung eines absoluten Rechtsgutes erlitten hat<sup>291</sup>.

Da das haftungsbegründende Ereignis i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR je nach Haftungstheorie einen anderen persönlichen und sachlichen Geltungsbereich aufweist und zudem der jeweilige Geltungsbereich je nach Rechtsgut oder Schutznorm nicht immer klar ist, bleibt die Abgrenzung des mittelbaren Schadens vom Drittschaden ein haftungsrechtliches Enigma. Einige Beispiele im Kontext des Vermögensschadens mit und ohne Eigentumsverletzung sollen dies anschaulich machen:

---

<sup>289</sup> Der Verzugschaden berechnet sich nach dem positiven Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Erfüllung und umfasst sowohl entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) wie abgeschlossene Vermögensverminderungen (*damnum emergens*). Der letztgenannte positive Schaden umfasst auch Vermögensverminderungen des Gläubigers, die daraus erwachsen, dass er wegen des Ausbleibens der Erfüllung seinerseits Verpflichtungen gegenüber Dritten nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen kann und deswegen Schadenersatz oder Konventionalstrafe entrichten muss (BGE 116 II 441 E. 2c und 32 II 271 E. 5).

<sup>290</sup> Vgl. z.B. Art. 368 OR (dazu BGE 117 II 550 E. 4b/cc und 116 II 305 E. 4a).

<sup>291</sup> Siehe *supra* Fn. 281.

- Beschädigt ein Bauunternehmer beim Ausheben einer Grube die Kabel einer Stromgesellschaft, liegt eine Rechtsgutverletzung (Eigentumsverletzung) nur ihr gegenüber, nicht aber gegenüber den Stromabnehmern vor. Das Bundesgericht bejaht gleichwohl die Haftung für den Produktionsausfall, der den Stromabnehmern entsteht<sup>292</sup>. Nach der Theorie der Erfolgshaftung wäre der Stromabnehmer ein Reflexgeschädigter, da er keine Rechtsgutverletzung erlitten hat. Die Vorenthaltung von Strom stellt namentlich keine Eigentumsverletzung dar. Der Produktionsausfall des Strombezügers ist insoweit ein Reflexschaden. Unterstellt man die Geltung der Verhaltenshaftung, so wäre der Produktionsausfall dann ein ersatzfähiger Direktschaden, wenn der Bauunternehmer eine Schutznorm, die den Stromabnehmer mitein-schliesst, verletzt hätte. Solches ist offensichtlich nicht der Fall, hat doch der Bauunternehmer, wenn überhaupt, nur den Werkvertrag, den er mit dem Bauherrn abgeschlossen hat, verletzt. Die Ersatzpflicht für Produktionsausfälle ist haftungstheoretisch einzig dann erklärbar, wenn der Schaden bzw. die Verursachung eines Vermögensschadens an sich bzw. die Verletzung von Vertragspflichten auch vertragsfremden Personen gegenüber als haftungsbegründendes Ereignis verstanden wird. Die Meinung des Bundesgerichts, dass Art. 239 StGB eine Schutznorm darstelle, ist fraglich, da dieser Straftatbestand explizit nur die Allgemeinheit und nicht individuelle Strombezüger schützt<sup>293</sup>.
- Bei einer Brandstiftung geht das Bundesgericht demgegenüber davon aus, dass die Gemeinde für die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Löschen des Brandes entstehen, keinen Ersatz verlangen kann, da sie bloss eine Reflexgeschädigte sei<sup>294</sup>. Wie bei den vorerwähnten Kabelbruchfällen wird kein absolutes

<sup>292</sup> Vgl. BGE 102 II 85 E. 6b, 101 Ib 252 E. 2d und 97 II 221 ff. Siehe zu den ersten beiden Urteilen ausführlich TERCIER, S. 239 ff.

<sup>293</sup> Gl. M. ROBERTO, Schutz, S. 522 mit Hinweisen.

<sup>294</sup> Vgl. BGE 104 II 95 ff. Siehe dazu VPB 1984 Nr. 12 E. 4 und 5, Entscheid Verwaltungsrekurskommission SG vom 06.01.1999 i.S. Berner Versicherungen c. Politische Gemeinde Gommiswald = SGW 1999 Nr. 1 (zur Bedeutung von Art. 59 USG) und ferner SCHEURER, S. 211 ff.

Rechtsgut der Gemeinde verletzt. Beeinträchtigt werden lediglich die Vermögensinteressen. Der Brandstifter hat im Gegensatz zum Bauunternehmer aber eine Strafnorm verletzt. Wenn gleichwohl eine Haftung verneint wird, bedeutet dies, dass die Strafnorm von Art. 221 StGB keinen Schutznormcharakter für Vermögensschäden aufweist, was schwerlich nachvollziehbar ist. Wäre das Bundesgericht wie bei den Kabelbruchfällen davon ausgegangen, dass die mittelbare Schädigung haftungsbegründend wirkt, hätte die Gemeinde Ersatz für ihre Löschkosten verlangen können, nicht zuletzt, weil das Legen eines Brandes natürlich und adäquat kausal das Ausrücken der Feuerwehr und damit den Vermögensschaden bewirkt hat.

- Als Reflexschaden wurde ebenfalls der Schaden eines Sägereiwerks in Italien bezeichnet, das von einem Schweizer Holzhändler Föhren erworben hatte, die Stahlmantelgeschosse der Schweizer Armee enthielten und die Sägereimaschinen beschädigten<sup>295</sup>. Unterstellt man die Verantwortlichkeit der Eidgenossenschaft für die Stahlmantelgeschosse in den Föhren, ist nicht ersichtlich, warum der Käufer des vor dem Kauf beschädigten Eigentums keinen Ersatz verlangen kann, wenn sich die Rechtsgutverletzung, die beim Verkäufer zu «wirken» begonnen hat, erst bei ihm einen Schaden bewirkt. Der räumlich und zeitlich mittelbar eingetretene Schaden des Eigentümers der beschädigten Sache ist genauso ersatzfähig wie der mittelbar bewirkte Schaden bei Angehörigen körperverletzter Personen<sup>296</sup>. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass nur der Träger des verletzten Rechtsgutes, nicht aber dieses selbst ausgewechselt wurde. Ob allerdings das Verschiessen von Stahlmantelgeschossen an sich geeignet ist, eine Schädigung von Sägereimaschinen zu bewirken, ist eine Frage der Adäquanz und nicht eine solche der Reflexschadenproblematik. Dem rechtsgutgeschädigten Verkäufer wurde auch nicht erlaubt, den Schaden des Käufers, den die-

---

<sup>295</sup> Vgl. Entscheid der Rekurskommission der Eidg. Militärverwaltung vom 29.09.1987 = VPB 1988 Nr. 42 E. II/2.

<sup>296</sup> Siehe supra Ziff. V/3./A. und infra Ziff. VI/2./B./b.

ser letztlich im Zusammenhang mit der Lieferung der mangelhaften Ware erlitten hat, an dessen Stelle geltend zu machen. Der Reflexschaden des Käufers wäre in diesem Fall als mittelbarer Haftungsdirektschaden des Verkäufers ersetzt worden.

- Die Liquidation des Reflexschadens als mittelbarer Haftungsschaden wird in anderen Fällen zugelassen, wie das folgende Beispiel illustriert: S betreibt eine Einzelunternehmung für Gartenbau, Gartengestaltung und Gartenunterhalt. Er wurde von der Verwalterin der Liegenschaft Seestrasse beauftragt, eine Platane und eine grosse Buche zu fällen. S führte die Arbeiten unter Beizug eines Pneukrans von R aus. Die Platane konnte ohne Schwierigkeiten herausgehoben werden, nicht aber die Buche. Als deren oberer Teil herausgehoben werden sollte, kippte der Pneukran nach vorne, was zu Schäden am Mehrfamilienhaus Seestrasse und am Einfamilienhaus der Nachbarliegenschaft Wannenberg führte. Die Verwalterin des Mehrfamilienhauses Seestrasse belastete S nicht nur für den am Mehrfamilienhaus, sondern auch für den am Einfamilienhaus Wannenberg entstandenen Schaden. S bezahlte diesen Betrag und fordert ihn von R zurück. Dieser wendet im Prozess u.a. ein, die Verwalterin bzw. die Eigentümer der Liegenschaft Seestrasse seien gar nicht geschädigt bzw. bloss reflexgeschädigt. Das Bezirksgericht Zürich anerkennt zwar (in Anwendung der Theorie der Erfolgshaftung), dass unmittelbar geschädigt lediglich die beiden Eigentümer der beschädigten Liegenschaften waren, erachtet aber die Verwalterin gegenüber S gleichwohl als schadenersatzberechtigt. Die Verwalterin könne als mittelbare Stellvertreterin der Eigentümerin Seestrasse sowohl den unmittelbaren Schaden im Zusammenhang mit dem Sachschaden am Mehrfamilienhaus als auch den mittelbar entstehenden Vermögensschaden im Zusammenhang mit der Haftung gemäss Art. 679 ZGB für den Schaden am Nachbar-einfamilienhaus geltend machen<sup>297</sup>. Warum der selbst nicht geschädigte Beauftragte den Schaden seines Vertragspartners und sogar den eines Dritten geltend machen kann, der Schaden, den der

---

<sup>297</sup> Vgl. Urteil BezGer ZH vom 27.04.1984 = SGW 1984 Nr. 23 E. IV/5.

Käufer von beschädigtem Eigentum erleidet, aber nicht ersatzfähig ist bzw. vom Verkäufer als mittelbarer Haftungsschaden liquidiert werden kann, entbehrt einer inneren Rechtfertigung.

Die Ersatzfähigkeit mittelbarer Schäden Direktgeschädigter und die Nichtersatzfähigkeit unmittelbarer Schäden Indirektgeschädigter befinden sich in einem eklatanten *Wertungswiderspruch*. Warum soll der Geschädigte, der (zufälligerweise) von einer Schutznorm erfasst bzw. von einem absoluten Rechtsgut geschützt wird, auch den *mittelbaren Schaden* ersetzt erhalten, der unmittelbar *Mitgeschädigte*, der (zufälligerweise) nicht von der Schutznorm erfasst wird oder keine Rechtsgutverletzung erlitten hat, aber nicht? Dieser Widerspruch wird besonders dann eklatant, wenn der Drittschaden als mittelbarer Schaden des Geschädigten ersetzt wird<sup>298</sup> oder der Dritte räumlich und zeitlich unmittelbar mitgeschädigt wird. Die haftungsbegründende Wirkung bloss mittelbarer Kausalverläufe bedeutet letztlich, dass extensiv für Schäden gehaftet wird, während das Reflexschadenersatzverbot mit einer Haftungslimitierung verbunden ist. Eine Haftungslimitierung verfolgt auch das Adäquanzerfordernis, weshalb man sich fragen kann, ob die zweifellos anzustrebende Haftungsbegrenzung von Drittschäden nicht primär im Rahmen der Adäquanzprüfung erfolgen sollte. Auf der Stufe «Widerrechtlichkeit» sollte lediglich entschieden werden, ob eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich besteht und nicht auch, ob eine Haftungslimitierung erfolgen soll. Dass der vorerwähnte haftungstheoretische «Wildwuchs» den Wertungswiderspruch mit einer gehörigen Prise «Zufallshaftung» anreichert, ist der Rechtssicherheit abträglich, vor allem wenn auch die Praxis zur Drittschadensliquidation klare Konturen vermissen lässt. Die Haftung für den

---

<sup>298</sup> Siehe dazu exemplarisch Urteil KGer SG vom 07.03.1985 i.S. Konkursmasse Seidenweberei Filzbach AG c. Flumroc AG = SGW 1985 Nr. 8 E. II/2. In Folge eines Brandes, für den die Flumroc AG verantwortlich war, musste die Seidenweberei Filzbach AG ihre Stoffe auf einer Ersatzwebmaschine produzieren. Da die auf der Ersatzwebmaschine produzierten Stoffe mangelhaft sind, muss sie gegenüber ihren Kunden Schadenersatz leisten und erleidet zudem einen Verspätungsschaden. Der Schaden der Kunden («Reflexschaden») wird vom Kantonsgericht als mittelbarer Schaden als Folge des Brandes betrachtet. Ähnlich Urteil BezGer ZH vom 27.04.1984 = SGW 1984 Nr. 23 E. IV/5.

Angehörigenschaden ist ein exemplarisches Beispiel für dieses haftungstheoretische Neben- bzw. Durcheinander.

## VI. Haftung für den Angehörigenschaden

### 1. Allgemeines

Die Angehörigen von Verletzten oder Getöteten, die einen Schaden erleiden, befinden sich im Graubereich zwischen «echtem» und «unechtem» Reflexschaden. Angehörige sind von der Schädigung eines anderen Angehörigen direkt betroffen, vor allem, wenn das Familienmitglied schwer verletzt oder getötet wird. Sie erleiden als Folge der Gesundheitsverletzung finanzielle Nachteile, sei es, weil der Verletzte oder Getötete sie nicht mehr finanziell unterstützen kann (sog. Ausfallsschaden) oder sie für ihn Mehrleistungen erbringen müssen und selbst einen Schaden (sog. Zuwendungsschaden) erleiden. Die mitgeschädigten Angehörigen sind nach der Erfolgshaftung als Reflexgeschädigte zu betrachten, wenn sie nicht auch verletzt wurden. Eine Haftung für den Angehörigenschaden scheidet nach der Verhaltenshaftung oft am Fehlen einer Pflichtverletzung des Schädigers ihnen gegenüber.

Die ältere Rechtsprechung ging gleichwohl davon aus, dass Angehörige von getöteten bzw. verletzten Personen einen eigenen Schadenersatzanspruch haben. So wurde der zahlende Angehörige eines Getöteten als anspruchsberechtigt betrachtet<sup>299</sup>. Ebenso wurden die Kosten eines Ehemannes, der seine hospitalisierte Ehefrau besuchte, als ersatzpflichtig bezeichnet, jedoch die Aktivlegitimation der Ehefrau mit dem Hinweis verneint, der Ehemann sei schadenersatzberechtigt<sup>300</sup>. Die Eltern getöteter Kinder wurden ebenfalls als Direktgeschädigte betrachtet<sup>301</sup>. In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts ist das Bundesgericht dazu übergegangen, das Reflexschadenersatzverbot auch auf den Angehörigen-

---

<sup>299</sup> Vgl. BGE 57 II 53 E. 2.

<sup>300</sup> Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b. Ferner BGE 69 II 324 E. 3a.

<sup>301</sup> Vgl. BGE 23 II 1033 E. 6 und 54 II 141 E. 3.

schaden anzuwenden<sup>302</sup>. Lehre und kantonale Rechtsprechung<sup>303</sup> haben sich dieser Rechtsprechung (stillschweigend) angeschlossen. Der Angehörigenschaden, insbesondere auch der Versorgungsschaden i.S.v. Art. 45 Abs. 3 OR, wird deshalb nicht als ein Direktschaden der Angehörigen, sondern als ein *restriktiv zu interpretierender Reflexschaden* qualifiziert<sup>304</sup>.

## 2. Direkte Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden

### A. Vertragsrechtliche Ersatzpflicht

Eine vertragliche Haftung kann grundsätzlich nur gegenüber Vertragspartnern, nicht aber vertragsfremden Dritten, die als Folge der Vertragsverletzung (mit-)geschädigt werden, entstehen. Die ältere Rechtsprechung bejahte eine vertragliche Haftung gegenüber Angehörigen getöteter Ver-

---

<sup>302</sup> Z.B. BGE 101 Ib 252 E. 2, 99 II 221 E. 2, 97 II 259 E. 2-4, 82 II 36 = Pra 1956 Nr. 70 E. 4a und 57 II 94 sowie Urteil BGer vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 8b. Nicht ersatzfähig sind insbesondere Vermögensausfälle, die ohne die Verletzung bzw. vorzeitige Tötung nicht eingetreten wären (Urteil BGer vom 28.04.1987 i.S. G. = RVJ 1989, S. 294 E. 3a [Verminderung der zukünftigen Erbschaft]); siehe aber BGE 97 II 222 E. 1c, wo beim Tod eines Selbstständigerwerbenden, der jeweils 40% des Einkommens in seine Unternehmungen investiert hatte, die Erwartung der überlebenden Ehefrau, vom Anstieg des Wertes der Beteiligung in Zukunft zu profitieren, als ersatzfähig betrachtet und bei der Berechnung des Versorgungsschadens berücksichtigt wurde.

<sup>303</sup> Vgl. z.B. Urteile BezGer SG vom 27.05.1988 i.S. Steinauer c. Kanton SG = SGW 1988 Nr. 35 E. 5a, OGer BL vom 20.08.1985 i.S. Schachtler c. Vaudoise = SGW 1985 Nr. 35 E. 3b und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SGW 1979 Nr. 16 E. 3.

<sup>304</sup> Statt vieler BGE 127 III 403 E. 4b/aa und c/aa, Urteil BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001) = RJJ 2002, S. 135 ff. = JDT 2003 I, 547 ff. E. 4, vom 20.07.2001 (5C.7/2001) E. 8b und vom 18.01.2000 (4C.194/1999) = SVK 8/2000, S. 48 E. 2b, BGE 112 II 118 E. 5c, 82 II 36 E. 4a, 57 II 180, 181 und 54 II 138 E. 3 sowie Urteil OGer TG vom 08.08.2002 = RBOG 2002 Nr. 8 = SJZ 2004, S. 244 E. 2; ferner statt vieler BREHM, BerK, N 35 zu Art. 45 OR; KELLER/GABI, S. 93; OFTINGER/STARK, § 6 N 260; SCHNYDER, BasK, N 7 zu Art. 45 OR; STARK, Haftpflichtrecht, N 97 und ZEN-RUFFINEN, S. 20.

tragspartner<sup>305</sup>. Nach der herrschenden Auffassung ist die Versorgungsschadenhaftung von Art. 45 Abs. 3 OR eine *ausservertragliche Haftung*. Wenn der Versorgungsschaden der Angehörigen als Folge einer vertragswidrig erfolgten Tötung entstanden ist, besteht deshalb keine Ersatzpflicht<sup>306</sup>. Der (mit)geschädigte Angehörige einer vertragswidrig getöteten bzw. verletzten Person kann einen *vertraglichen Schadenersatzanspruch* nur dann geltend machen, wenn er entweder auch Vertragspartei des Schädigers gewesen ist oder der Vertrag ausnahmsweise eine *Drittschutzwirkung* entfaltet hat<sup>307</sup>.

Eine Drittschutzwirkung besteht einerseits bei einem Vertrag zu Gunsten eines Dritten<sup>308</sup>, der von einem Vertragspartner zur Wahrung der Interessen des Geschädigten (Dritten) abgeschlossen wurde, und andererseits dann, wenn dem Vertragspartner beim Vertragsabschluss erkennbar war, dass der Vertrag der Wahrung von Drittinteressen dient<sup>309</sup>. Der *Arztbehandlungsvertrag*, der die schwangere Mutter abgeschlossen hat, schützt sowohl die Mutter als auch das ungeborene Kind<sup>310</sup>. Der Vertragszweck besteht darin, Gesundheit von Mutter und Kind zu schützen; zudem ist der *Nasciturus* unter dem Vorbehalt der Lebendgeburt ab dem Moment der Zeugung rechtsfähig<sup>311</sup> und kann ab dem Zeitpunkt der Zeugung vertragliche Rechte erwerben. Das Bundesgericht ist – entgegen der Auffassung des deutschen Bundesgerichtshofs – aber der Auffassung, dass der

<sup>305</sup> Vgl. BGE 36 II 218 E. 3, ferner BGE 59 II 428 E. 1 und 45 II 425 E. 2.

<sup>306</sup> BGE 97 II 123 = Pra 1971 Nr. 209 E. 2, 81 II 547, 64 II 200 E. 1 und 54 II 138 E. 3 sowie Urteil BGer vom 18.01.2000 (4C.194/1999) = SVK 2000/8, S. 48 ff. E. 3 und 5 (zu Art. 328 OR), offengelassen in Urteil BGer vom 17.07.1997 (4C.545/1996) E. 2; ferner BREHM, BerK, N 29 zu Art. 45 OR.

<sup>307</sup> Siehe dazu supra Ziff. IV/1./C./b./aa.

<sup>308</sup> Vgl. Art. 112 OR.

<sup>309</sup> Siehe z.B. Urteil AGer ZH vom 12.08.1980 = ZR 80 Nr. 86 (vertragliche und deliktische Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers gegenüber Eltern eines grundlos fristlos entlassenen Lehrlings).

<sup>310</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2 = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, S. 65.

<sup>311</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB und supra Ziff. IV/2./C./a.

Ehemann bzw. Vater des gezeugten Kindes nicht in den Schutzbereich des Arztvertrages fällt<sup>312</sup>.

## **B. Deliktsrechtliche Ersatzpflicht**

### **a. Schadenersatzanspruch**

Der Gesetzgeber sieht in Art. 45 Abs. 3 OR explizit einen Schadenersatzanspruch der Angehörigen für den Versorgungsschaden vor. Die neuere Praxis hat das Reflexschadenersatzverbot im Kontext mit dem Angehörigenschaden relativiert und festgestellt, dass das haftungsbegründende Ereignis – je nach den konkreten Umständen – bei nahen Angehörigen zu einem Schockschaden führen kann<sup>313</sup>. Für die daraus entstehenden finanziellen Nachteile (z.B. Heilungskosten und Erwerbsausfall) kann der direktgeschädigte Angehörige gestützt auf Art. 41 OR<sup>314</sup> bzw. Art. 46 OR<sup>315</sup> Ersatz verlangen.

### **b. Genugtuungsanspruch**

Der Gesetzgeber sieht in Art. 47 OR explizit einen Genugtuungsanspruch der *Angehörigen getöteter Personen* vor. Der Genugtuungsanspruch entsteht in der Person des Angehörigen und kann auch dann geltend gemacht werden, wenn der genugtuungsberechtigte Angehörige gleichzeitig Erbe des Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruches des Getöteten ist bzw. die Erbschaft ausgeschlagen hat. Erben die genugtuungsberechtigten An-

---

<sup>312</sup> Siehe Urteile BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2 = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, S. 65 und BGH vom 18.01.1983 (VI ZR 114/81) = BGHZ 86, 240 E. B/II.

<sup>313</sup> BGE 112 II 118 E. 5 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes) und 23 II 1033 E. 6 (Schockschaden nach Tod des eigenen Kindes).

<sup>314</sup> Vgl. z.B. BGE 109 II 4 E. 2 und 3 (Deliktshaftung bei Ehestörung durch Dritte; dazu supra Ziff. IV/2./D./b/bb.).

<sup>315</sup> Vgl. z.B. BGE 112 II 118 E. 5. Siehe ferner BGE 23 II 1033 E. 6.

gehörigen die Genugtuung des Getöteten, darf diese nicht bei ihrer Genugtuung voll angerechnet werden<sup>316</sup>.

Obwohl die Angehörigen in Art. 49 OR – im Gegensatz zu Art. 47 OR – nicht ausdrücklich genannt werden, bejaht die neuere Praxis die Aktivlegitimation von *Angehörigen verletzter Personen*. Anspruchsberechtigt sind die Angehörigen der Kernfamilie, d.h. Ehegatten<sup>317</sup>, Konkubinatspartner<sup>318</sup>, Eltern<sup>319</sup>, Nachkommen<sup>320</sup> sowie Geschwister<sup>321</sup>. Voraussetzung einer Angehörigenengugtuung nach Art. 49 OR ist allerdings, dass der eigentlich Geschädigte eine *schwere Körperverletzung*<sup>322</sup> erlitten hat und der Angehörige infolgedessen gleich oder schwerer betroffen ist als im Fall der Tötung. Eine Betroffenheit wie im Todesfall kann ohne weiteres auch bei minderschweren Körperverletzungen vorliegen, z.B. wenn die Eltern einen spektakulären Unfall ihres Kindes mitverfolgen,

<sup>316</sup> Siehe dazu BGE 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 E. 3, wonach die geerbte Genugtuungssumme einzelfallweise bei der Festsetzung der Höhe der Angehörigenengugtuung berücksichtigt werden darf.

<sup>317</sup> Vgl. BGE 112 II 220 E. 3 (CHF 60'000.– für den Ehemann einer pflegebedürftigen Frau) und Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8 (CHF 30'000.– für den Ehemann einer rollstuhlabhängigen, leicht hilfsbedürftigen Ehefrau).

<sup>318</sup> Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

<sup>319</sup> Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 116 II 95 E. 2c und Urteil BGER vom 19.05.2003 (4C.32/2003) E. 2.2 (Mutter eines als Folge eines Arztfehlers hirngeschädigten Kindes). Siehe aber BGE 115 II 27 E. 1 und 2 (Genugtuungsanspruch des Vaters eines durch Selbstunfall der Mutter getöteten Kleinkindes verneint). Den Schwiegereltern steht kein Genugtuungsanspruch zu (BGE 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 5).

<sup>320</sup> Vgl. BGE 117 II 50 E. 3 und 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2, 88 II 455 = Pra 1963 Nr. 48 E. 4, 72 II 170 E. 9, 58 II 248 E. 2, 56 II 2127 E. 7 = Pra 1946 Nr. 117, Pra 1932 Nr. 124 und Pra 1930 Nr. 74. Es sind keine Gesamtgenugtuung, sondern Einzelgenugtuungen je Kind auszusprechen (BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 2).

<sup>321</sup> Geschwister sind genugtuungsberechtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht (vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7, 118 II 404 = Pra 1994 Nr. 55 = ZBJV 1994, S. 283 E. 3b/bb, 89 II 396 = Pra 1964 Nr. 31 E. 3, 64 II 62 = Pra 1937 Nr. 106, 63 II 220 = Pra 1938 Nr. 27 sowie Urteil BGER vom 07.11.2002 [6S. 700/2001] = Pra 2003 Nr. 122 E. 4.3).

<sup>322</sup> Siehe zur Schleudertraumaproblematik den Anwendungsfall Urteil KGER ZG vom 23.08.1999 = plädoyer 1999/6, S. 57 ff. (Angehörigenengugtuung bejaht).

dieses aber nicht schwer verletzt wird. In solchen Fällen ist eine Genugtuung ebenfalls zuzusprechen, wenn die erlittene Unbill der Angehörigen (Schreck, Angst, Schmerz etc.) auf Grund der konkreten Umstände objektiv nachvollziehbar ist, mithin eine adäquate Folge der Rechtsgutverletzung gegenüber dem «Direktgeschädigten» darstellt<sup>323</sup>.

*Angehörige von persönlichkeitsverletzten Personen* sind genugtuungsbe-rechtigt, sofern die Persönlichkeitsverletzung bei ihnen ebenfalls eine Persönlichkeitsverletzung und zudem eine immaterielle Unbill zur Folge hat. Angehörige persönlichkeitsverletzter Personen können einen Genugtuungsanspruch praxismässig ebenfalls nur dann geltend machen, wenn ihre immaterielle Unbill derjenigen von Angehörigen einer getöteten bzw. schwerverletzten Person vergleichbar ist<sup>324</sup>. Dies ist bei Inhaftierungen<sup>325</sup>, strafprozessualen Massnahmen<sup>326</sup> oder fürsorgerischen Freiheitsentziehungen<sup>327</sup> in der Regel der Fall. Eine genugtuungsbegründende Schwe-

<sup>323</sup> Statt vieler BGE 112 II 118 E. 5.

<sup>324</sup> Vgl. Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, S. 287 E. 3c.

<sup>325</sup> Gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK ist die Schweiz nicht verpflichtet, den Angehörigen rechtswidrig inhaftierter Personen eine Genugtuung zu leisten (Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, S. 287 E. 4b; ferner NZZ vom 18.12.1997, Nr. 294, S. 19). Der Europarat empfiehlt jedoch, bei ausserordentlichem seelischem Schmerz («souffrances d'un caractère exceptionnel») den Angehörigen eine Genugtuung zu gewähren (Resolution 75-7 des Ministerkomitees des Europarates vom 14.03.1975, Empfehlung Nr. 13; dazu BGE 112 II 220 E. 3). Das eidgenössische Staatshaftungsrecht sieht einen Genugtuungsanspruch von Angehörigen verurteilter Personen vor, wenn das Strafurteil revisionsweise aufgehoben wird (Art. 237 Abs. 2 BG über die Bundesrechtspflege). Im kantonalen Entschädigungsrecht bestehen unterschiedliche Regelungen (siehe z.B. Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, S. 287 E. 4b).

<sup>326</sup> Der Entschädigungs- bzw. Genugtuungsanspruch im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmassnahmen wird im einschlägigen Strafprozessrecht abschliessend geregelt und kann weder auf das Staatshaftungsrecht noch Art. 49 OR abgestützt werden (Urteil KGer ZG vom 07.04.1998 i.S. S. = ZGGVP 1997, S. 69 E. 3.2; a.A. Urteile AppGer BS vom 05.10.1993 i.S. J.A. = BJM 1996, S. 43 E. 4b und vom 25.08.1993 i.S. H.R. = BJM 1996, S. 33 E. 4d).

<sup>327</sup> Vgl. z.B. Entscheid Departement des Innern SO vom 31.08.1998 = ZVW 1999, S. 37 E. 2.2.3.3 (fremdplatziertes Kind) und plädoyer 1998/6, S. 70/73 (Sohn).

re kann ferner auch gegeben sein, wenn ein Kind durch einen Dritten rechtswidrig gezüchtigt worden ist<sup>328</sup>.

### C. Bereicherungsrechtliche Ersatzpflicht

Denkbar wäre, den Angehörigen verletzter Personen für Schaden, den sie auf Grund einer Verletzung eines anderen Angehörigen «reflexweise» erleiden, einen Bereicherungsanspruch<sup>329</sup> in den Fällen zu gewähren, in denen der Verletzte von Angehörigen unentgeltlich Schadenausgleichsleistungen erhalten hat. Im Umfang der *eingesparten Ersatzkosten* läge beim Ersatzpflichtigen eine Bereicherung vor, die nicht gerechtfertigt ist, weil der Angehörige den Verletzten und nicht den Schädiger begünstigen will<sup>330</sup>. Soweit ersichtlich hat die schweizerische Praxis diesen Ansatz nicht verfolgt<sup>331</sup>. Mit einem Ersatzanspruch infolge ungerechtfertigter Bereicherung könnte ohnehin nur der Zuwendungs-, nicht aber der Ausfallschaden erfasst werden, weshalb sich das Bereicherungsrecht für die Regulierung des Angehörigenschadens nicht eignet.

---

<sup>328</sup> Siehe Urteil KGer SG vom 09.05.1967 (GVP 1967, S. 92) = SJZ 1969, S. 97 f.

<sup>329</sup> Vgl. Art. 62 ff. OR.

<sup>330</sup> BGE 62 II 290 und Urteil BGer vom 07.04.1936 i.S. Weissen c. Mengis. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Mutter die Arbeitgeberin des Geschädigten ist und den früheren Bar- bzw. Naturallohn trotz Arbeitsunfähigkeit weiterhin uneingeschränkt leistet (Urteil KGer VS vom 07.09.1982 i.S. Jacques-Louis Isoz c. La Compagnie Helvetia-Accidents = RVJ 1983, S. 174 E. 4d).

<sup>331</sup> Siehe rechtsvergleichend z.B. GUYENZ, S. 112 ff.

### 3. Indirekte Ersatzpflicht für den Angehörigenschaden

#### A. Regressanspruch

Schadenersatz kann entweder in natura oder in Geld erbracht werden<sup>332</sup>. Erbringen Angehörige in Erfüllung ihrer gesetzlichen Beistands- bzw. Unterhaltspflicht dem Verletzten Geld-, Sach- oder Dienstleistungen, mit denen dessen Vermögensschaden gedeckt wird, stellt sich die Frage, ob der Schadenersatzanspruch des Verletzten auf den Angehörigen übergeht. Eine Legalzession des Ersatzanspruchs erfolgt insbesondere bei Sozial- und Privatversicherern sowie beim Arbeitgeber<sup>333</sup>, die zu Gunsten des Verletzten gestützt auf eine gesetzliche Pflicht Dienst-, Sach- oder Geldleistungen erbringen. Erbringen beistands- und unterhaltspflichtige Angehörige dem Verletzten gegenüber Schadenausgleichsleistungen in natura oder Geld, sind sie als *nicht haftungsrechtlich Ersatzpflichtige i.S.v. Art. 51 Abs. 2 OR* zu betrachten. Sie können deshalb in den Haftungsanspruch des Direktgeschädigten gegenüber den aus Delikt oder Vertrag Ersatzpflichtigen regressieren<sup>334</sup>.

#### B. Angehörigenschaden als Schaden der verletzten Person

Angehörige erbringen in der Regel unentgeltlich Dienstleistungen für andere, insbesondere auch für verletzte Familienmitglieder. Auf Grund der Vertragsfreiheit können Angehörige für innerfamiliäre Geld-, Sach- und Dienstleistungen ein Entgelt verabreden<sup>335</sup>. Haus-, Betreuungs- und Pflegearbeit werden üblicherweise entgeltlich erbracht, weshalb sich im Hinblick auf Art. 320 Abs. 2 OR die Frage stellt, ob zwischen dem verletzten und dem Dienst Leistenden Angehörigen ein Arbeitsvertrag still-

---

<sup>332</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 1 OR und Art. 18 EntG, dazu BGE 128 II 368 E. 4.1, 107 II 134 E. 4, 105 Ib 88 E. 3, 100 II 134 E. 6, 99 II 176 E. 3 und 95 I 366 E. 4.

<sup>333</sup> Vgl. BGE 126 III 521 E. 2.

<sup>334</sup> Vgl. Art. 51 OR. Siehe ferner zur Regressfähigkeit von Reflexschäden BGE 130 V 277 E. 2.1.

<sup>335</sup> Vgl. z.B. Art. 165 Abs. 3 und Art. 168 ZGB.

schweigend abgeschlossen wird<sup>336</sup>. Besteht ein entgeltliches Dienstleistungsverhältnis, stellt der Angehörigenschaden keinen Reflex-, sondern einen Direktschaden der verletzten Person dar.

Das Bundesgericht hat das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag mitunter im innerfamiliären Verhältnis herangezogen<sup>337</sup>, insbesondere auch in Bezug auf Dienstleistungen von Angehörigen verletzter Personen<sup>338</sup>. Soweit eine Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber Angehörigen, die Schadenausgleichsleistungen erbringen, bejaht wird, erfolgt eine *Drittschadensliquidation*. Der Angehörigenschaden – verstanden als Reflexschaden – wird in einen Eigenschaden des Verletzten «uminterpretiert». Familiäre Dienstleistungen werden – eine fehlende vertragliche Leistungspflicht vorausgesetzt – entweder in Erfüllung einer Beistands- oder Unterhaltspflicht<sup>339</sup> oder dann freiwillig erbracht. Im ersten Fall besteht eine rechtliche Handlungspflicht, weshalb eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht möglich ist. Im letzten Fall fehlt dem geschäftsführenden Angehörigen oft eine Wiedererlangungsabsicht, was ebenfalls eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausschliesst<sup>340</sup>. Der Angehörige will – im Gegensatz zum Geschäftsführer – kein Geld, höchstens Dank und Gegenseitigkeit, wenn er sich in Zukunft in einer ähnlichen Situation befinden sollte («synallagmatisches Anstandsverhältnis»). Familiäre Dienstleistungen erfolgen zudem meistens unabhängig von einer zeitlichen Dringlichkeit, weshalb es mehr als nur fraglich ist, die Regeln der echten Geschäftsführung ohne Auftrag im innerfamiliären Verhältnis anzuwen-

<sup>336</sup> Das Bundesgericht lehnt die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR bei einer dreimonatigen Pflege und Betreuung der Mutter durch den Sohn ab (BGE 70 II 21 E. 2). Das EVG demgegenüber bezeichnet – gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR – ein Pflegeentgelt in Höhe von CHF 60'000.– für eine 12-jährige Pflege als angemessen (Urteil EVG vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c; ferner Urteil EVG vom 15.12.1997 i.S. M. – W. O. = AHI 1998, S. 153 E. 3 [Anwendbarkeit von Art. 320 Abs. 2 OR bei Pflege und Betreuung einer hochbetagten Mutter durch erwachsene Tochter bejaht]). Siehe ferner BGE 90 II 443 E. 1 (im Betrieb des Vaters unentgeltlich mitarbeitender Sohn, der den Betrieb erben soll).

<sup>337</sup> Vgl. BGE 83 II 533 ff. Siehe ferner BGE 123 III 161 E. 4.

<sup>338</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 4.

<sup>339</sup> Siehe z.B. Art. 159 Abs. 3 und Art. 272 ZGB.

<sup>340</sup> Statt vieler ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 656 und SCHMID, Geschäftsführung, N 262 und N 1390 ff.

den. Der Schaden des Geschäftsführers mithin des Angehörigen, der gemäss Art. 422 OR rückerstattungspflichtig ist, besteht zudem grundsätzlich nur im Ersatz von effektiven Verwendungskosten, nicht aber im Ersatz eines Verdienstausfalls. Da im innerfamiliären Verhältnis eine Unentgeltlichkeitsvermutung besteht<sup>341</sup>, verführt der Durchgriff via Geschäftsführung ohne Auftrag dazu, eine Ersatzpflicht nur für Kosten, nicht aber für Erwerbsausfall zu bejahen und den Kostenersatz nur für nützliche bzw. notwendige Auslagen, nicht aber für alle Verletzungsbedingten Mehrkosten zuzulassen<sup>342</sup>.

Die Drittschadensliquidation des Angehörigenschadens über die Geschäftsführung ohne Auftrag ist deshalb abzulehnen. Abzulehnen ist auch eine *Drittschadensliquidation des Angehörigenschadens über die Genugtuung des Verletzten*<sup>343</sup>. Sowohl Schadenersatz und Genugtuung<sup>344</sup> als auch der Schaden des Verletzten und der Angehörigenschaden sind voneinander zu unterscheiden. Der Genugtuungsanspruch entsteht unabhängig von einem allfälligen Vermögensschaden und richtet sich nach der Schwere der immateriellen Beeinträchtigung. Die Drittschadensliquidation über die Genugtuung des Verletzten bzw. ausnahmsweise des Angehörigen unterstellt die Richtigkeit des Reflexschadentheorems und vermischt materiellen und immateriellen Schadenersatz, weist also mehrere Nachteile auf.

---

<sup>341</sup> Dazu z.B. LANDOLT, Pfleregerecht, N 84 und 101 ff.

<sup>342</sup> So z.B. SCHAER, Grundzüge, N 220 f.

<sup>343</sup> So z.B. BREHM, BerK, N 21 zu Art. 45 OR, der den seiner Meinung nach nicht ersatzpflichtigen Angehörigenschaden bei der Festsetzung der Genugtuung des Verletzten berücksichtigen möchte.

<sup>344</sup> Der Schaden im Sinne des Art. 41 OR kann nur in einer Vermögenseinbusse bestehen (BGE 115 II 474 E. 3a und 87 II 290 E. 4a). Die Verletzung eines Affektionsinteresses gibt nur beim Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 49 OR einen Anspruch auf Wiedergutmachung (BGE 87 II 290 E. 4b). In einem Entscheid aus dem Jahre 1978 hat demgegenüber das Kantonsgericht Graubünden einer Braut unter dem Titel des Versorgungsschadens auch den Nachteil ausgleichen lassen, dass sie auf die Annehmlichkeiten eines eigenen Hauses verzichten musste (PKG 1978 Nr. 3).

#### 4. Angehörigenschaden als Direktschaden?

Im Hinblick auf die in der neueren Rechtsprechung unverkennbare Ausdehnung der Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens bzw. der Aktivlegitimation von Angehörigen verletzter Personen macht es *de lege lata* keinen Sinn, den Angehörigenschaden haftungstheoretisch als Reflexschaden zu verstehen, gleichzeitig aber Aktivlegitimation der (mitgeschädigten) Angehörigen stetig auszudehnen bzw. den vermeintlich nicht ersatzfähigen Angehörigenschaden via eine Drittschadensliquidation gleichwohl zu ersetzen. Es kommt zudem etwas ganz Entscheidendes hinzu: Angehörige sind keine Fremden!

Wenn der Blitz der Widerrechtlichkeit ins Hausdach einschlägt, wird nicht nur derjenige Hausbewohner «geschädigt», der vom Blitz getroffen wird, sondern alle, die unter dem fraglichen Dach wohnen. Entweder verlieren sie ihr Heim oder – wenn das Blitzopfer körperlich Schaden nimmt – ihren Versorger. Der Nachbar demgegenüber sonnt sich in Schadenfreude oder empfindet Mitleid – aber geschädigt ist er nicht.

Die Familie vor allem die Kernfamilie von Ehegatten und Kindern, bzw. der Privathaushalt ist eine *ökonomische Produktionseinheit*. Die volkswirtschaftliche Wertschöpfung erfolgt dabei nicht nur im Zusammenhang mit entgeltlichen, sondern auch mit unentgeltlichen Dienstleistungen. An diese ökonomische Einheit knüpft die Rechtsordnung sowohl in finanzieller als auch nichtfinanzieller Hinsicht mehrfach an:

- Ehegatten, Eltern und Kinder sowie Verwandte in gerader Linie bilden eine Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungseinheit, die sich von familienfremden Dritten abgrenzt.
- Das eheliche Güterrecht sieht eine interne und externe Einheit des ehelichen Vermögens vor, die erst mit der Scheidung, dem Tod oder ausnahmsweise beim Eintritt der Gütertrennung aufgehoben wird. Das ZGB kennt sodann in Art. 335 ff. besondere Regeln für das «Familienvermögen» (Familienstiftung und Gemeinderschaft).

- Die Einheit des Familienvermögens wird sodann im Erbrecht geschützt, das die Übertragung von Familienvermögen an Dritte zu Lebzeiten und beim Tod, zwar nicht absolut, aber doch erheblich einschränkt (Pflichtteilsschutz<sup>345</sup>, Herabsetzung<sup>346</sup>, Gläubigerbenachteiligung<sup>347</sup>).
- Das Steuerrecht schliesslich beruht auf dem Grundsatz der Familienbesteuerung und vollzieht deshalb die ökonomische und rechtliche Einheit<sup>348</sup>.
- Ehe und Familienleben sind grundrechtlich geschützt<sup>349</sup>; Familien sind zudem vom Staat zu fördern<sup>350</sup>.

Das Haftpflichtrecht muss – wie die übrige Rechtsordnung auch – die *Familie als Schadenseinheit* verstehen. Der Direktgeschädigte wird auf Grund seiner ökonomischen Einheit mit den Angehörigen auch als deren direkter Stellvertreter geschädigt. Die unmittelbare Widerrechtlichkeit gegenüber dem Verletzten bzw. Getöteten hat insoweit auch eine Widerrechtlichkeit gegenüber den anderen Familienmitgliedern zur Folge (*Einheitstheorie; Reflexwiderrechtlichkeit*). Der Angehörigenschaden sollte deshalb generell als ersatzfähiger Direktschaden qualifiziert werden, wenn er als adäquate Folge des haftungsbegründenden Ereignisses, von dem ein anderes Familienmitglied direkt betroffen ist, eintritt. Der Grundsatz der Familieneinheit wird denn auch ausdrücklich vom Gesetzgeber erwähnt, was nichts anderes bedeuten kann, als dass Angehörige haftungsrechtlich anders als familienfremde Dritte, insbesondere Vertragspartner des Geschädigten, zu betrachten sind.

Art. 45 Abs. 3 und 47 OR sehen nämlich nur zu Gunsten von Angehörigen, nicht aber von familienfremden Dritten, Schadenersatz- und

---

<sup>345</sup> Vgl. Art. 471 ff. ZGB.

<sup>346</sup> Vgl. Art. 527 ZGB.

<sup>347</sup> Vgl. Art. 497 und 524 ZGB.

<sup>348</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 5 und Art. 9 DBG sowie Art. 3 Abs. 3 StHG.

<sup>349</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 und 14 BV, und Art. 8 Abs. 1 EMRK.

<sup>350</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. c und e, 108 Abs. 4 und 119 Abs. 2 BV.

Genugtuungsansprüche vor. Art. 45 Abs. 3 OR stellt nach der herkömmlichen Reflexschaden- bzw. Unmittelbarkeitstheorie einen Ausnahmetatbestand vor, der Dritte gegenüber Angehörigen haften lässt, obwohl an sich nach Art. 41 Abs. 1 OR keine Haftung bestehen würde. Dieser Ansatz schliesst es aus, aus Art. 41 Abs. 1 OR (weitere) Schadenersatzansprüche Angehöriger abzuleiten. Die Qualifizierung des Angehörigenschadens als Reflexschaden wird durch den Wortlaut von Art. 47 OR gestützt, der zwar «Tötung» und «Körperverletzung» erwähnt, aber nur den «Angehörigen des Getöteten» einen Genugtuungsanspruch gewährt. *E contrario* können bei «Körperverletzung» nur der Verletzte, nicht aber Angehörige einen Anspruch geltend machen.

Werden die mitbetroffenen Angehörigen als Direktgeschädigte betrachtet, sind Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR zwar auch *leges specialis* zu betrachten, stellen aber nicht Ausnahmenormen dar, die eine gemäss Art. 41 Abs. 1 OR nicht bestehende Haftung begründen. Mit ihnen wird lediglich die bereits Art. 41 Abs. 1 OR immanente Haftung für Schäden, die Angehörige widerrechtlich getöteter Personen erleiden, geregelt<sup>351</sup>. Eine solche Konkretisierung ist bei der Tötung – im Gegensatz zur Körperverletzung – deshalb erforderlich, weil nicht klar ist, worin der Schadenersatzanspruch Angehöriger beim Tod, der ohnehin (später) eingetreten wäre, bestehen soll. Da jeder einmal stirbt, müssen Angehörige früher oder später um den Tod ihrer Lieben trauern. Die widerrechtliche Tötungshandlung des Dritten hat diesen Zeitpunkt bloss vorverlegt. Das Verhalten des Dritten ist damit – ähnlich einer überholenden Kausalität – eine Ursache, die ein Ereignis bewirkt, das später ohnehin eingetreten wäre. Soll dafür der Dritte haften? Besteht ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR? Art. 45 und Art. 47 OR bejahen diese Fragen für die immaterielle Unbill Angehöriger sowie für Bestattungs- und Heilungskosten und den Versorgungsschaden.

Aus Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR lässt sich *e contrario* die Reflexschadenqualität des Schadens von Angehörigen verletzter Personen nicht ab-

<sup>351</sup> Gl. M. entgegen der herrschenden Lehre WEIMAR, *Versorger*, S. 340 f. Ähnlich, aber zurückhaltend TERCIER, S. 258 und Fn. 67. Von der Direktschadenqualität des Angehörigenschadens geht ferner die Empfehlung (75) 7 des Europarates aus (vgl. dazu EGLI, *prix*, S. 325 und S. 338).

leiten. Im Gegensatz zum Tod erleidet man nicht zwingend einen Gesundheitsschaden. Ein solcher kann durch die Wechselfälle des Lebens eintreten, muss aber nicht. Zudem ist die Wahrscheinlichkeit geringer, durch Krankheit, Unfall oder widerrechtliches Verhalten eines Dritten eine (bleibende) Körperverletzung zu erleiden, als gesund zu bleiben. Nach aller Logik ist es aber nahe liegender, eine immaterielle Unbill für ein wahrscheinlich nicht eintretendes Ereignis zu bejahen, wenn es denn ausnahmsweise infolge eines schuldhaften Verhaltens doch eintreten sollte, als für ein Ereignis, das früher oder später ohnehin eintritt. Die ausdrückliche Bejahung eines Genugtuungsanspruchs Angehöriger beim Tod eines anderen Familienmitglieds in Art. 47 OR legt daher den Schluss nahe, dass ein solcher Anspruch bei einer Körperverletzung stillschweigend vorausgesetzt wird und der Gesetzgeber sich nur veranlasst sah, den unklaren Fall des (ohnehin eintretenden) Todesfalles zu regeln: Nicht nur Angehörige Verletzter, sondern auch getöteter Personen sollen eine Genugtuung beanspruchen können.

Die Angehörigen eines Verletzten oder Getöteten werden vom Schadenereignis intensiver betroffen als familienfremde Dritte. Die unmittelbare genugtuungsberechtigte emotionelle Betroffenheit kann einer Beeinträchtigung der Persönlichkeit<sup>352</sup> oder der Gesundheit entsprechen. Damit beim mitbetroffenen Angehörigen eine «Reflexwiderrechtlichkeit» angenommen werden kann, ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erforderlich, dass der Angehörige das Schadenereignis unmittelbar wahrgenommen hat<sup>353</sup> oder dessen Art bzw. Auswirkungen derart gravierend sind, dass beim Angehörigen als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erfahrungsgemäss ebenfalls ein Schaden auftritt<sup>354</sup>. Das Bundesgericht hat bereits vor mehr als hundert Jahren den Haftungsanspruch von mitgeschädigten Eltern anerkannt<sup>355</sup>. Ein direkter Haftungsanspruch wurde ebenfalls in Bezug auf Angehörigenbesuche bejaht<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> Statt vieler BGE 109 II 4 E. 2 und 3 (Deliktshaftung bei Ehestörung durch Dritte) und 109 II 353 E. 4 (Ausstrahlung einer Sendung über einen Straftäter).

<sup>353</sup> Vgl. BGE 112 II 118 E. 5 (Miterleben eines Flugzeugabsturzes).

<sup>354</sup> Vgl. BGE 54 II 138 E. 3 und 23 II 1033 E. 6.

<sup>355</sup> Siehe BGE 23 II 1033 E. 6.

<sup>356</sup> So hat das Bundesgericht in BGE 57 II 94 E. 3b den Besuch der hospitalisierten Ehefrau durch ihren Ehemann als entschädigungsfähig qualifiziert, den von der Ehefrau geltend gemachten Schadenersatzanspruch für die Besuchskosten des

Das Bundesgericht hat in BGE 97 II 259 E. 4 – ohne nähere Begründung – eine entgegengesetzte Auffassung vertreten. In dieser Entscheidung wurde der Angehörigenschaden als Reflexschaden bezeichnet. Bei der Begründung fällt die ausdrückliche Bezugnahme auf BGE 57 II 94 auf. Obwohl in dieser Entscheidung und in BGE 69 II 324 ausdrücklich festgehalten wurde, der (besuchende) Angehörige sei der Direktgeschädigte, bekräftigten die Lausanner Richter unter Hinweis auf das angebliche frühere Präjudiz – zu Unrecht – das Reflexschadentheorem. Weder wurde erkannt, dass das angebliche Präjudiz das Gegenteil aussagt noch wurde die Kehrtwendung näher begründet. Immerhin blieb sich das Bundesgericht in Bezug auf die Ersatzfähigkeit des Zuwendungsschadens treu. Da die Mutter als – vermeintlich – Reflexgeschädigte *a priori* nicht schadenersatzberechtigt sein konnte, gleichwohl aber ein gerechtfertigtes Kompensationsinteresse bejaht wurde, musste unter Zuhilfenahme der Geschäftsführung ohne Auftrag der «Reflexschaden» der Mutter in einen «Schaden» der Tochter umgedeutet werden. Diese Konstruktion war aber nur deshalb erforderlich, weil das Reflexschadenersatzverbot stillschweigend und in Abkehr von der früheren Rechtsprechung auch auf Angehörige ausgedehnt wurde.

Das Bundesgericht hat im selben Jahr, als es BGE 57 II 94 entschied, in BGE 57 II 180 Art. 45 Abs. 3 OR mit dem Reflexschadenersatzverbot in Verbindung gebracht. Im ersten Teil der Erwägungen wird auf die Unmittelbarkeitstheorie, so wie sie gegenüber familienfremden Dritten gilt, verwiesen. Angehörige getöteter Personen sollen nach der Auffassung des Bundesgerichts wie Dritte behandelt werden («Ansprüche solcher Drit-

---

Ehemannes jedoch verneint, «perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore» (BGE 57 II 94 E. 3b). Die Aktivlegitimation Angehöriger wurde in BGE 69 II 324 E. 3a nochmals ausdrücklich bestätigt: «Die Höhe der Heilungskosten – CHF 4'730.45 – ist von den Beklagten nicht bestritten worden, ebenso wenig die Höhe der den Angehörigen der Klägerin durch den Unfall erwachsenen Auslagen für Reisen usw. (CHF 500.–) noch das Recht der Klägerin, *diesen Schaden trotz Fehlens einer formellen Abtretung gegen die Beklagten geltend zu machen* (Hervorhebung durch Verfasser). Unter diesen Titeln ist der Klägerin daher die Hälfte der beiden Posten = CHF 2'615.25 zuzusprechen (und nicht CHF 2'815.25, wie das Zivilgericht im Dispositiv irrtümlich addiert)».

ter»). Interessant ist dabei der letzte Teil der Erwägung, in der gleichzeitig auf den Ausnahmecharakter von Art. 45 bzw. Art. 47 OR (Unmittelbarkeitstheorie) hingewiesen, gleichzeitig aber der Zweck von Art. 45 OR in einer Haftungslimitierung erblickt wird (Einheitstheorie). Wenn Art. 45 OR eine Haftungslimitierung bezweckt, dann kann das doch wohl nur heissen, dass eine Haftung gemäss Art. 41 ff. OR grundsätzlich besteht. Die weiteren Erwägungen erhellen, dass in dieser Entscheidung nicht die Schadenersatzberechtigung umstritten war. Der Beklagte bestritt vielmehr, dass «die verunfallte Frau Hess nicht als Versorgerin ihres Ehemannes und ihrer Kinder angesprochen werden könne, zumal da der Erstkläger auch ohne ihre Mithilfe im Haushalt und Geschäft sehr wohl in der Lage sei, für seinen und seiner Familie Lebensunterhalt aufzukommen»<sup>357</sup>. Das Bundesgericht verneinte diesen Einwand und bejahte eine Ersatzpflicht.

Weil das Bundesgericht in BGE 57 II 94, mithin weniger als hundert Seiten vorher, Angehörige *verletzter* Personen als Direktgeschädigte ansah und zudem der Ausgang des Verfahrens nicht von der Schadenersatzberechtigung abhing, kann wohl der – bezogen auf den Verfahrensausgang unerheblichen – Erwägung in BGE 57 II 181 nicht die Bedeutung beigegeben werden, dass der Angehörigenschaden ein Reflexschaden sei. Diese Schlussfolgerung wird durch den Umstand bekräftigt, dass das Bundesgericht in BGE 57 II 181 auf frühere Entscheide verweist. Interessant ist dabei vor allem der Hinweis auf BGE 54 II 138, der in E. 3 Art. 45 Abs. 3 ebenfalls als *Einschränkung* von Art. 41 OR und nicht als *Ausnahmehaftungstatbestand* versteht. Vor diesem Hintergrund ist mehr als fraglich, ob BGE 57 II 181 herangezogen werden kann, um einen generellen Ausschluss Angehöriger verletzter und getöteter Personen zu begründen<sup>358</sup>. Es trifft das Gegenteil zu: Weder in BGE 57 II 181 (Angehörige getöteter Personen) noch in BGE 97 259 E. 4 (Angehörige verletzter Personen) wurde einlässlich begründet, warum das Reflexschadenersatzverbot für Angehörige entgegen der früheren Praxis inskünftig gel-

---

<sup>357</sup> BGE a.a.O., 181 f.

<sup>358</sup> BREHM, BerK, N 19 zu Art. 41 OR, hält etwa unter Hinweis auf gerade diese Erwägung fest, dass Art. 45 Abs. 3 und 47 OR restriktiv anzuwendende Ausnahmen seien, die «*contrario* zum Ausschluss anderer Reflexgeschädigter» führen.

ten soll. Es wurde lediglich unter dem unzutreffenden Hinweis auf die früheren Entscheide eine Geltung des Reflexschadenersatzverbots angenommen. Dass der Angehörigenschaden an sich kein Reflexschaden ist, verdeutlicht die aktuelle Praxis, die zwar die Unmittelbarkeitstheorie prinzipiell auch auf Angehörige anwendet, im Ergebnis aber – mit rechtstheoretisch fragwürdigen Konstruktionen – so entscheidet, wie wenn die Einheitstheorie gelten würde. Es wäre haftungstheoretisch stringenter, den Angehörigenschaden als Direktschaden zu behandeln.

Gegen diese Qualifizierung lässt sich einwenden, dass die frühere bundesgerichtliche Praxis den verletzten Geschädigten und nicht den dienstleistenden Angehörigen als aktivlegitimiert betrachtete<sup>359</sup>. Die vorerwähnte Praxis zur Aktivlegitimation besuchender Angehöriger stelle vor diesem Hintergrund ein «Ausreisser» dar. Zudem habe das Bundesgericht in etwa zur selben Zeit von BGE 57 II 94 bestätigt, dass die Angehörigen verletzter Personen keine eigenen Schadenersatzansprüche geltend machen können, wenn der Verletzte stirbt und sie die Erbschaft ausschlagen<sup>360</sup>. Bei näherer Analyse erweisen sich diese Einwände als Stütze für die Einheitstheorie. Bei Angehörigen, die nicht einen eigenen bzw. zusätzlichen Schaden erleiden, sondern wie der Verletzte ein Restitutionsinteresse am Ersatz des Schadens des Verletzten haben, muss entschieden werden, wem der Schadenersatz zusteht. Soll der verletzungsbedingt entstehende Einkommensausfall des Verletzten diesem als Lohnausfallschaden oder den Angehörigen als Versorgungsschaden zugesprochen werden? Wie ist die Beeinträchtigung, unentgeltlich Dienstleistungen für sich und Angehörige zu erbringen, abzugelten? Als Haushaltschaden des Verletzten oder als Versorgungsschaden der Angehörigen? Stirbt der Verletzte, stellen sich diese Fragen nicht mehr. Folgerichtig spricht Art. 45 Abs. 3 OR den Angehörigen bzw. Versorgten die Aktivlegitimation zu. Was aber soll gelten, wenn der Verletzte nicht stirbt? Art. 46 OR erachtet in diesem Fall das Restitutionsinteresse des Verletzten höher als dasjenige des konkurrierenden Angehörigen.

---

<sup>359</sup> Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

<sup>360</sup> Vgl. BGE 58 II 127 E. 4b.

Der Verletzte besitzt jedoch dann kein überwiegendes Restitutionsinteresse, wenn der Angehörige einen eigenen bzw. zusätzlichen Schaden erleidet. Dies ist etwa beim Besuchsschaden der Fall. Einzig der besuchende Angehörige erleidet einen unfreiwilligen finanziellen Nachteil. Der Verletzte muss für die Besuche nichts bezahlen, sondern freut sich darüber oder auch nicht. Es ist deshalb nur folgerichtig, den besuchenden Angehörigen als aktivlegitimiert zu betrachten, so wie das die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung tat. Die Frage des *überwiegenden Restitutionsinteresses in Bezug auf identische Schäden* hat deshalb nichts mit der Frage zu tun, ob der Angehörigenschaden ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden sei. Der Angehörigenschaden ist *a priori* ersatzfähig; der Angehörige kann aber dann keinen Ersatz verlangen, wenn der Verletzte in Bezug auf identische Schäden ein überwiegendes Restitutionsinteresse hat. Könnte einerseits der Verletzte Ersatz für den Lohnausfall und andererseits der Angehörige Ersatz des Versorgungsausfalls, der als Folge des Lohnausfalls bei ihm entsteht, verlangen, würde derselbe Schaden doppelt abgegolten. Dass das nicht sein kann, braucht keine weitere Begründung. Die vorerwähnten Entscheide des Bundesgerichts betreffen deshalb genau besehen nicht die Ersatzfähigkeit des Schadens (Reflexschadenersatzverbot), sondern die Koordination der Schadenersatzansprüche verschiedener Geschädigter (Überentschädigungsverbot).

## VII. Schlussbetrachtung

Blosse Schadenverursachung ist kein Haftungsgrund. Damit der Schadenverursacher ersatzpflichtig wird, muss sein schadenverursachendes Verhalten widerrechtlich und schuldhaft sein (Art. 41 Abs. 1 OR). Der Schaden, der nicht widerrechtlich und schuldhaft verursacht wurde, ist nicht ersatzfähiger Dritt- bzw. Reflexschaden. Die Rechtsprechung versteht die Widerrechtlichkeit (haftungsbegründendes Ereignis) uneinheitlich. Bald wird das haftungsbegründende Ereignis verhaltensbezogen als pflichtwidriges Verhalten (Verhaltenshaftung), bald erfolgsbezogen als Verletzung eines absoluten Rechtsguts (Erfolgshaftung) verstanden. Diese «gemischte» Haftungstheorie stellt zwar eine Absage an die (reine) Verschuldenshaftung dar, wonach nur vorsätzliche Schadenszufügung eine Haftung auslöst, ist aber in sich ein Widerspruch.

Die «gemischte» Haftungstheorie ist für die Grenzziehung zwischen Direkt- und Drittschaden von Bedeutung:

- Der Schaden, den Personen als natürliche und adäquate Folge einer Rechtsgutverletzung einer anderen Person erleiden, ist nach der Erfolgshaftung nicht ersatzfähig. Der Geltungsbereich der absoluten Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Persönlichkeit, Eigentum/Besitz) ist jedoch nicht klar abgegrenzt. Uneinigkeit besteht zudem, ob der Grundsatz von Treu und Glauben ein absolutes Rechtsgut darstellt. Der Reflexgeschädigte kann mitunter einen eigenen Ersatzanspruch geltend machen, wenn die fremde Rechtsgutverletzung nicht nur einen Schaden, sondern auch eine Verletzung eigener Rechtsgüter bewirkt. Diese indirekte Schädigung als Folge einer «Reflexrechtsgutverletzung» anerkennt das Bundesgericht als direkte Schädigung.
- Der Schaden, den Personen als natürliche und adäquate Folge einer Pflichtverletzung des Schadenverursachers gegenüber einer anderen Person erleiden, ist nach der Verhaltenshaftung nicht ersatzfähig. Eine Ersatzpflicht entsteht, wenn die verletzte Pflicht den Geschädigten vor dem Eintritt des erlittenen Schadens zu schützen bezweckte. Eine bloss indirekte Schutzwirkung zu Gunsten von anderen Personen begründet keine Ersatzpflicht. Eine direkte Schutzwirkung kann bei gesetzlichen und sittlichen Pflichten (Rechtspflichten) bestehen, während Vertragspflichten vertragsfremde Personen grundsätzlich nicht schützen. Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Rechtspflichten ist ebenfalls nicht klar abgegrenzt; die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Schutznormen hat zudem einen stark aleatorischen Charakter.

Der Dritt- bzw. Reflexschaden ist vom *mittelbaren Schaden des Direktgeschädigten* zu unterscheiden. Als ersatzfähig wird nicht nur der zeitlich und räumlich unmittelbar eingetretene Schaden, sondern auch der zeitlich später oder räumlich entfernt eintretende Schaden (Fernwirkungsschaden) betrachtet. Zwischen der Ersatzfähigkeit des mittelbaren Direktschadens und der Nichtersatzfähigkeit des unmittelbaren Drittschadens besteht ein *Wertungswiderspruch*. Der Schadenverursacher wird zudem begünstigt, weil er nicht den gesamten Schaden, den das von ihm zu verantwortende haftungsbegründende Ereignis unmittelbar verursacht hat, ersetzen muss. Wenn schon Fernwirkungsschäden zu ersetzen sind, sollte – im Anwendungsbereich der Delikthaftung – auch der unmittelbare Direkt- und Drittschaden ersetzt werden müssen, sofern er natürliche und adäquate Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ist.

Das Dritt- bzw. Reflexschadenersatzverbot wird denn auch in mehrfacher Hinsicht gelockert, und zwar:

- durch *Drittschadenersatznormen*, die es Reflexgeschädigten ausnahmsweise erlauben, vom Haftpflichtigen Ersatz zu verlangen,
- durch *Regressnormen*, die es Reflexgeschädigten ermöglichen, für ihren an sich nicht ersatzfähigen Schaden gegenüber dem Haftpflichtigen (sofern ihr Schaden dem Direktschaden des Geschädigten entspricht und im internen Verhältnis entschädigt wurde) oder einer Drittperson Ersatz zu verlangen,
- im Rahmen einer *Drittschadenersatzliquidation*, bei welcher der an sich nicht ersatzfähige Reflexschaden eines Dritten als Direktschaden des Geschädigten von diesem gegenüber dem Haftpflichtigen geltend gemacht wird.
- durch *Ausdehnung der Vertragspflichten* auf vertragsfremde Personen.

Der Angehörigenschaden wird praxisgemäss als Drittschaden betrachtet. Die expliziten Haftungsnormen (Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR) werden entsprechend als restriktiv auszulegende Drittschadenersatznormen verstanden. Die ältere Rechtsprechung bejahte die Aktivlegitimation der geschädigten Angehörigen in Bezug auf ihren eigenen Schaden. Das Bundesgericht ging in der Mitte des 20. Jahrhundert dazu über, den Angehörigenschaden als Drittschaden zu titulieren, liess aber eine Drittschadenersatzliquidation zu. Die neuere Rechtsprechung zur Angehörigengenugtung weicht von dieser Auffassung zunehmend ab und gewährt den nahen Angehörigen von Personen, die in ihren Rechtsgütern Gesundheit und Persönlichkeit schwer verletzt sind, einen eigenen Genugtungsanspruch. Dieser Entwicklung ist zuzustimmen; der Angehörigenschaden ist kein Reflex-, sondern ein Direktschaden. Die Widerrechtlichkeit in Bezug auf ein Familienmitglied gilt für die gesamte *ökonomische Einheit Familie*.

*De lege lata et ferenda* ist der Hoffnung Ausdruck zu verleihen, dass im Anwendungsbereich der Deliktshaftung (Art. 41 OR) eine *einheitliche Drittschadenhaftungstheorie* angewendet wird. Der Verfasser favorisiert dabei die ausschliessliche Anwendung der Verhaltenshaftung und ist der Meinung, dass das Widerrechtlichkeitserfordernis die Haftung für den gesamten durch das pflichtwidrige Verhalten natürlich kausal verursach-

te Schäden, auch von bloss mittelbar Betroffenen, impliziert. Welche Schäden von Direkt- und Drittgeschädigten (nach heutiger Auffassung) noch als adäquat kausal und damit entschädigungswürdig betrachtet werden sollen, ist durch die Rechtsprechung fallweise zu entscheiden. Persönliche, zeitliche, räumliche und sachliche Unmittelbarkeit implizieren die Adäquanz, während bei einer ausschliesslich oder bloss teilweise mittelbaren Verursachung abzuwägen ist, ob der mittelbar verursachte Schaden erfahrungsgemäss noch als Folge des pflichtwidrigen Verhaltens betrachtet werden kann.