

---

# Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile

ARNOLD F. RUSCH\*

## Inhaltsverzeichnis

I. Anspruchsgrundlagen und ihre spezifischen Voraussetzungen .....	57
A. Haftung einer juristischen Person als Halterin für Bussen .....	57
B. Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR .....	58
C. Halterhaftung und ihre Ermässigung .....	60
D. Haftung nach Art. 64 LFG .....	61
E. Haftung nach Art. 40b EBG .....	61
F. Haftung nach Art. 15 Pauschalreisegesetz .....	62
G. Staatshaftung für Fahrschul-Prüfungsfahrten .....	64
II. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen .....	65
A. Schaden .....	65
B. Merkantiler Minderwert .....	66
C. Genugtuung .....	68
D. Kausalität .....	69
III. Verjährung .....	71
IV. Regress .....	74
V. Spezialfragen .....	81
A. Anfechtung eines Vergleichs .....	81
B. Wann geht es um Enteignung, wann um Schadenersatz? .....	81
C. Teilklage .....	82
D. Versagende Assistenzsysteme .....	84
E. VW-Abgasskandal .....	86
F. Touchscreen im Fahrzeug .....	87
Literaturverzeichnis .....	89

## I. Anspruchsgrundlagen und ihre spezifischen Voraussetzungen

### A. Haftung einer juristischen Person als Halterin für Bussen

#### 1. Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 2018 (BGE 144 I 242)

**Sachverhalt:** Ein Lenker überschritt mit einem auf die X. GmbH gelösten Fahrzeug die Höchstgeschwindigkeit um 14 km/h. Die Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 250 ging an die X. GmbH. Nachdem sie den verantwortlichen Lenker nicht nennen konnte und den Betrag nicht bezahlte, hat ihr die Staatsanwaltschaft mit Strafbefehl eine Busse in der Höhe von Fr. 250 eröffnet. Bei diesem Schuldspruch blieb es auch im Einsprache- und Berufungsverfahren. Mit Beschwerde in Strafsachen gelangte die X. GmbH ans Bundesgericht.

---

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hob die Busse aufgrund einer Verletzung des Legalitätsprinzips auf: «Der Wortlaut von Art. 6 OBG (...) sieht eine Verantwortlichkeit von Unternehmen für Übertretungsbussen hingegen nicht ausdrücklich vor. Aufgrund der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, insbesondere von Art. 102 und Art. 105 StGB, im Straßenverkehrsrecht einschliesslich des OBG (dazu Art. 333 Abs. 1 StGB; Urteil 6B\_366/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 1.2) sowie mangels einer ausdrücklichen, davon abweichenden gesetzlichen Regelung kommt eine Verurteilung juristischer Personen für Übertretungen im Bereich des OBG nicht in Frage. Der auf Art. 6 OGB gestützte Schuldspruch zum Nachteil der Beschwerdeführerin verletzt das Legalitätsprinzip. Er ist aufzuheben.» (E. 3.2).

**Bemerkungen:** Es ist tatsächlich so: Art. 102 Abs. 1 StGB verlangt ein Verbrechen oder Vergehen, damit die Bestrafung einer juristischen Person erfolgen kann. Art. 105 Abs. 1 StGB präzisiert sodann explizit, dass die Bestrafung der Unternehmung für Übertretungen nicht vorgesehen sei. Somit hätte es einer expliziten Grundlage für die Bestrafung der juristischen Person bedurft. Art. 6 OBG, der juristische Personen nicht erwähnt, konnte diesbezüglich nicht dienen.

## B. Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR

### 2. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 2019 (4A\_38/2018)

**Sachverhalt:** Der Kläger besuchte mit seiner Lebensgefährtin den Beklagten und dessen Lebensgefährtin auf dessen Anwesen. Als der Beklagte eine Siesta hielt, machte der Kläger mit den beiden Damen einen Ausflug auf dem Grundstück des Beklagten und betrat einen verschlossenen Pavillon, dessen Schlüssel stets am Türrahmen hing. Im Pavillon übersah er eine zu Lüftungszwecken geöffnete Falltür, stürzte in die Tiefe und zog sich mehrere Verletzungen zu. Die Zweitinstanz verneinte im Unterschied zur Erstinstanz jede Haftung aus Art. 58 Abs. 1 OR oder Art. 41 Abs. 1 OR.

Die Erben des mittlerweile verstorbenen Klägers gelangten in der Folge mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, das den abweisenden Entscheid schützte.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht untersuchte den Fehler des Bauwerks (Art. 58 OR). Dafür sei es nötig, *erstens* den Zweck der Baute zu bestimmen, anhand dessen *zweitens* sich der einzuhaltende Sorgfaltsmassstab bestimme. *Drittens* sei auch die Zumutbarkeit allfälliger Vorkehrungen zur Schadensvermeidung zu prüfen (E. 3.2.1-3.2.3). Angesichts des Beweisergebnisses habe sich gezeigt, dass der Pavillon einzig dem beklagten Eigentümer gedient habe (E. 3.4.1). Dieser hätte nicht merken müssen, dass seine Gäste dem Pavillon in seiner Abwesenheit einen Besuch abstatten würden; daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Schlüssel am Türrahmen hingen (E. 3.4.2).

Bei der Beurteilung der Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR seien dieselben Argumente wiederum entscheidend. Es treffe ihn kein Verschulden und keine widerrechtliche Handlung, indem er keine Vorsichtsmassnahmen getroffen habe, da der Pavillon nur für Besucher in seiner Gegenwart bestimmt gewesen sei (E. 4.2).

**Bemerkungen:** Das Urteil überzeugt. Kann man sich aber wirklich immer gegen eine Haftung aus Art. 58 OR verteidigen, indem man dem Kläger vorhält, er habe in diesem Werk nichts zu suchen gehabt? Es sollte funktionieren, klappt aber nicht immer.

In BGer 4A\_385/2013 fuhr ein Motorradfahrer auf einem privaten Areal einen Kieshügel hoch, den der Arealbesitzer auf der anderen Seite bereits wieder abgetragen hatte. Der Motorradfahrer fiel dort fünf Meter in die Tiefe und zog sich diverse Verletzungen zu. Das Bundesgericht löste dies über die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aufgrund schweren Selbstverschuldens – für diese Frage

war aber auch wieder wichtig, ob der Motorradfahrer sich für befugt halten durfte, den Kieshügel zu befahren, was offensichtlich nicht der Fall war.<sup>1</sup>

Ausnahmen bestehen insbesondere für Anlagen mit Publikumsverkehr, die Kinder zu unvorsichtigem Verhalten verleiten, oder bei Anlagen, bei denen die Unvernunft der Kinder gefährliche Konsequenzen haben kann.<sup>2</sup> Die Formulierungen des Bundesgerichts lassen aber den Schluss zu, dass man als Werkeigentümer auch dann Vorsichtsmassnahmen treffen muss, wenn es sich um eine vollkommen private Anlage handelt, die aber zugänglich ist oder als öffentlich zugänglich erscheinen konnte.<sup>3</sup>

### 3. Urteil des Bundesgerichts vom 6. August 2018 (4A\_189/2018)

**Sachverhalt:** Die Geschädigte, eine Malerin, sprang von einem Baugerüst maximal einen halben Meter auf eine tiefere Etage des Gerüsts. Das Holz brach, worauf sich die Geschädigte diverse Verletzungen zufügte. Sie klagte aus Art. 58 OR gegen den Eigentümer des Baugerüsts, der dieses für den Bauherrn installiert hatte. Die Vorinstanzen und das Bundesgericht schützten die Klage.

**Erwägungen:** Die Gerüstbauerin bleibe auch nach der Übergabe Eigentümerin des Baugerüsts und damit die passivlegimierte Partei im Verfahren – der bloss mittelbare Besitz ändere daran nichts (E. 4.2.1). Auch die in der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen von der direkten sachenrechtlichen Anknüpfung am Eigentümerstatus seien vorliegend nicht anwendbar. Diese Aufnahme betrifft nach mehreren gerichtlichen Einschränkungen nur noch Werke, die *die öffentliche Hand betreibe*<sup>4</sup> (E. 4.2.2).

Das Bundesgericht erinnerte daran, dass Werke einen sicheren bestimmungsgemäßen Gebrauch gewährleisten müssen. Der Sprung aus einer Höhe von einem halben Meter als bestimmungsgemässer Gebrauch ergebe sich bereits aus den expliziten Anforderungen des Bundesrechts für Baugerüste (Art. 37 Abs. 2 lit. e BauAV; E. 4.3.2).

**Anmerkungen:** Die Gerüstbauerin wollte sich dadurch verteidigen, dass sie keinen Zugang zum Gerüst gehabt habe und deshalb keine Wartung daran hätte vornehmen können. Die Vorinstanz erfasste dies mit der vertraglichen Hilfspersonenhaftung: Die Gerüstbauerin hafte auch für das Verhalten der Bauherrin. Das Bundesgericht wies dies zu Recht zurück, da Art. 101 OR bei der deliktischen Haftung gemäss Art. 58 OR nicht anwendbar sei (E. 4.2.1). Zwischen der Malerin und der Gerüstbauerin gab es mit hoher Wahrscheinlichkeit auch keinen Vertrag. Die Werkeigentümerin haftet auch dann für den fehlenden Unterhalt, wenn sie keinen Zugang hatte.

---

<sup>1</sup> BGE, 4A\_385/2013, 20.2.2014, E. 6.2 und 6.4.2.

<sup>2</sup> BGE 130 III 736 E. 1.5-1.6.

<sup>3</sup> BGE, 4A\_385/2013, 20.2.2014, E. 6.1: «Dass ein Werk nicht für eine Begehung durch das Publikum bestimmt ist, spielt dabei keine Rolle, sofern es doch allgemein zugänglich ist oder zumindest als allgemein zugänglich erscheinen konnte (...).», unter Hinweis auf BGE 130 III 736 E. 1.5.

<sup>4</sup> BGE 91 II 258 E. 5 sah weite Ausnahmen vor, die das Bundesgericht in BGE 121 III 448 E. 2d einschränkte: «Vom formellen Kriterium des Eigentums abzusehen, rechtfertigt sich aber jedenfalls dann, wenn ein Gemeinwesen aufgrund seiner besonderen Rechtsstellung eine mit privatem Sacheigentum vergleichbare Sachherrschaft über das Werk ausübt. Diesfalls ist das Gemeinwesen aufgrund seiner – ganz oder teilweise – im öffentlichen Recht begründeten Sachherrschaft unter dem Gesichtspunkt von Art. 58 OR einem privatrechtlichen Werkeigentümer gleichzustellen.»; vgl. auch BSK OR I-KESSLER, Art. 58 N 22.

## C. Halterhaftung und ihre Ermässigung

### 4. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2018 (4A\_290/2018)

**Sachverhalt:** «B. verunfallte am 9. Juni 2010 tödlich, als er auf der Gotthardstrasse Richtung Norden ein gemietetes Motorrad lenkte, welches bei der A. AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdeführerin) haftpflichtversichert war. Die Ehefrau (Klägerin/Beschwerdegegnerin 1) des Verstorbenen sowie deren gemeinsame vier Söhne (Kläger/Beschwerdegegner 2–5) verlangten in der Folge Schadenersatz sowie Genugtuung von der Versicherung. Die Versicherung widersetzte sich und stellte sich auf den Standpunkt, dass ihre Haftung aufgrund eines schweren Selbstverschuldens des verstorbenen Motorradlenkers entfalle.» B. fuhr in der Linkskurve angesichts seiner mangelnden Kenntnisse der Strecke und seiner mangelnden Erfahrung (generell als Motorradfahrer und konkret als Lenker dieses gemieteten Motorrads) mit leicht übersetzten 63 km/h und prallte mit dem Kopf in die Felswand. Diese Stelle hätte ein geübter Motorradfahrer gemäss Gutachten bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h mit bis zu 70 km/h noch befahren können.

**Erwägungen:** Die Vorinstanz habe angesichts des nur leichten Verschuldens zu Recht eine Reduktion von 10% gemäss Art. 59 Abs. 2 SVG bejaht und die Befreiung nach Art. 59 Abs. 1 SVG abgelehnt. Die Halterversicherung berufe sich zu Unrecht auf den in BGer, 4A\_262/2016, 10.10.2016, E. 4.4.2.2 erwähnten Anscheinsbeweis, wonach die übersetzte Geschwindigkeit die alleinige Ursache des Kontrollverlusts darstelle.<sup>5</sup> Dieser sei nur dann anwendbar, wenn es keine Hinweise auf eine andere Ursache für den Kontrollverlust gebe: «*In vorliegendem Fall ist gemäss den willkürfreien Feststellungen im angefochtenen Urteil hingegen nicht auszuschliessen, dass zur leicht übersetzten Geschwindigkeit des Motorradfahrers ausserhalb seines Herrschaftsbereichs liegende Elemente hinzukamen, welche den Unfall in mehr oder weniger massgeblicher Weise mitverursachten.*» (E. 2.4.1).

**Anmerkungen:** Die Kürzung des Anspruchs um lediglich 10% wirkt stossend. Es ist mit Händen zu greifen, dass dieser Motorradfahrer angesichts der fehlenden Erfahrung zu schnell gefahren ist und deshalb verunglückt ist. Im Gutachten befinden sich jedoch ein paar Spekulationen über mögliche Drittursachen – und schon ist der an sich realistische Anscheinsbeweis gescheitert. Daraus folgt, dass die Halterversicherung für den Unfall zu 90% aufkommen muss. Das ist zugegebenermassen nicht rechtlich argumentiert. Zwei Argumente sprechen aber auch mit rechtlich klarer Fundierung deutlich für eine grössere Reduktion. *Erstens* muss man sich vorstellen, wie die entsprechende Situation ausgesehen hätte, wenn der Halter des Motorrads selbst gefahren wäre – er hätte gar nichts erhalten!<sup>6</sup> Insbesondere BREHM und konkret zum vorliegenden Fall REICHLE/SCHEIWILER schlagen vor, die durch den Lenker realisierte Betriebsgefahr stärker zu berücksichtigen.<sup>7</sup> *Zweitens* erwähnt PROBST,

---

<sup>5</sup> BGer, 4A\_262/2016, 10.10.2016, E. 4.4.2.2: «Dass ein Lenker die Beherrschung seines Fahrzeugs verliert, ist aber eine typische Folge einer den Verhältnissen offensichtlich nicht angepassten, übersetzten Geschwindigkeit. Sollte sich also ergeben – was von der Vorinstanz noch nicht geprüft wurde –, dass der Schädiger angesichts der Verhältnisse mit übersetzter Geschwindigkeit fuhr und keine Hinweise auf eine andere Ursache für den Verlust der Kontrolle bestehen, ist für die Frage der tatsächlichen Kausalität von einem Anscheinsbeweis auszugehen.»

<sup>6</sup> BSK SVG-PROBST, Art. 58 N 242: «Nicht anspruchsberechtigter Geschädigter ist der Halter seines unfallverursachenden Motorfahrzeugs, dessen Betriebsgefahr sich (ohne Beteiligung eines andern haftpflichtigen Halters oder Dritten) verwirklicht hat. In diesem Fall müsste der Geschädigte einen Anspruch gegen sich selber als haftpflichtigen Halter geltend machen, was nicht möglich ist, da ein solcher Anspruch durch Vereinigung untergeht (Art. 117 OR). Deshalb steht ihm auch kein Anspruch gegenüber seinem Haftpflichtversicherer zu.»

<sup>7</sup> BREHM, Betriebsgefahr, 71: «Trifft den Lenker kein schweres Verschulden, das den Halter befreite, dürfte jedoch der Richter, zusätzlich zum allfälligen Selbstverschulden des Lenkers, die Auswirkung der Betriebsgefahr, welche allein vom Lenker abhängt, als «Umstand» i.S. von Art. 44 OR berücksichtigen und den Schadenersatz des Lenkers entsprechend herabsetzen. Der fragliche «Umstand» ist dann nicht die Betriebsgefahr selbst, sondern der Einfluss,

dass bei leichtem Verschulden des Lenkers im Rahmen der Anwendung von Art. 59 Abs. 2 SVG eine bedeutend höhere Reduktion von grundsätzlich 35% angebracht sei.<sup>8</sup>

#### D. Haftung nach Art. 64 LFG

##### 5. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2020 (4A\_529/2019)

Siehe hinten, Nr. 19.

#### E. Haftung nach Art. 40b EBG

##### 6. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2019 (4A\_602/2018)

**Sachverhalt:** Der infolge Drogenabhängigkeit und psychischen Erkrankungen urteilsunfähige B stiess den Rentner A auf dem Bahnsteig im Bahnhof Affoltern am Albis/ZH unter den einfahrenden SBB-Zug, der ihn einige Meter mitzog. Der Rentner verlangte vor Handelsgericht von den SBB eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 35'000 gestützt auf Art. 40b EBG. Das Handelsgericht hat die Klage gutgeheissen. Mit Beschwerde in Zivilsachen haben die SBB die Aufhebung dieses Urteils und die Abweisung dieser Klage verlangt.

**Erwägungen:** Beim vorliegenden Unfall hätten sich die charakteristischen Risiken des Bahnbetriebs verwirklicht: Hohes Gewicht, langer Bremsweg, keine Ausweichmöglichkeit aufgrund der Schienengebundenheit, fehlende Übersicht des Lokführers: «*Es fällt danach ohne Weiteres unter das charakteristische Risiko, dass Personen gefährdet sind, wenn sie sich in Bahnhöfen in grosser Menge auf Perrons aufhalten und nahe den Schienen auf einfahrende Züge warten.*» (E. 2.1).

Der Entlastungsgrund gemäss Art. 40c EBG – also höhere Gewalt oder grobes Selbst- oder Drittverschulden – liege nicht vor. Mit der Neuformulierung dieser Artikels habe der Gesetzgeber die Selbsttötung als Entlastungsgrund aufzunehmen, die übrige Rechtslage indes nicht ändern wollen (E. 3.1). Ein Entlastungsgrund müsse generell den Kausalverlauf unterbrechen, was der Fall sei, wenn mit dem Verhalten nicht zu rechnen sei (E. 3.3.3). Wesentlich sei, «*(...) ob das Verhalten des urteilsunfähigen Dritten im vorliegenden Fall nach wertender Betrachtung insoweit die Hauptursache für den Schaden darstellt, als es einen Wirkungsgrad aufweist, der derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass die von der Beschwerdeführerin zu verantwortende charakteristische Betriebsgefahr im Vergleich damit von solch untergeordneter Bedeutung ist, dass sie nur noch als eine zufällige, unbedeutende Teilursache des Schadens erscheint.*» (E. 3.4).

Es sei zwar schon so, dass auch die Handlungen einer urteilsunfähigen Person als schweres Drittverschulden zählen könnten (E. 3.3.3.2). Die Vorinstanz habe jedoch zutreffend erwogen, dass der Stoss in kaum einer anderen denkbaren Situation derart gravierende Verletzungen hätte mitverursachen können. Es gehöre zum Betriebsrisiko der Eisenbahn, dass Personen auf die Geleise gestossen werden

---

den allein der Lenker durch seine Verfügungsgewalt (auch ohne Verschulden) auf die Betriebsgefahr eines fremden Fahrzeugs ausüben konnte.» und REICHLE/SCHEIWILER, AJP 2019, 855 f.

<sup>8</sup> BSK SVG-PROBST, Art. 59 N 65: «Fällt dagegen dem Nicht-Motorfahrzeughalter lediglich ein mittleres oder gar nur ein leichtes Verschulden zur Last, so kommt es zu einer Aufteilung der Haftung zwischen Motorfahrzeughalter und Nicht-Motorfahrzeughalter nach Massgabe der Betriebsgefahr und des Verschuldens. Im Falle eines mittleren Verschuldens des Nicht-Motorfahrzeughalters erscheint grundsätzlich eine hälftige Aufteilung als angemessen, während bei einem leichten Verschulden des Nicht-Motorfahrzeughalters grundsätzlich eine Aufteilung im Verhältnis von 35% zu 65% zulasten des Motorfahrzeughalters als angezeigt erscheint.»

können – aus unsinnigen Gründen oder aufgrund eines Gedränges. Auch dies falle unter das charakteristische Risiko des Bahnbetriebs (E. 3.4.1). Das Bundesgericht wies die Beschwerde deshalb ab.

**Bemerkungen:** Vordergründig klingt es verrückt, dass jemand eine Person vor den Zug stösst und damit die SBB zu Zahlungen verpflichten kann. Tatsächlich ist aber der Stoss vor den Zug nur gefährlich, weil eben der Zug gefährlich ist.

Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt dennoch nicht, denn ähnliche Ausschlüsse sind auch im Strassenverkehrsrecht und im allgemeinen Haftpflichtrecht einschlägig, werden dort jedoch anders gelebt und nicht auf die Situation der Selbsttötungen beschränkt. Grobes Drittverschulden im gewöhnlichen Deliktsrecht liegt beispielsweise vor, wenn das betreffende Verschulden derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt und derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war.<sup>9</sup> Das vorliegende Verhalten war unsinnig, was auch das Bundesgericht einräumt. Es passiert zum Glück so selten, dass nicht damit zu rechnen ist. Das Bundesgericht behauptet das Gegenteil – es sei stets mit Gedränge auf dem Perron zu rechnen. Gedränge auf dem Perron ist aber nicht unsinniges Verhalten, sondern entsteht meist aus leichter Fahrlässigkeit oder gänzlich unverschuldet. Die Rechtsprechung zu Art. 59 Abs. 1 SVG nahm grobes Drittverschulden auch bei fahrlässig verursachten Unfällen an.<sup>10</sup> Auch diese Unfälle wären ohne Beteiligung der Fahrzeuge kaum derart gravierend ausgefallen. Ich erachte deshalb das vorliegende Urteil als nicht richtig.<sup>11</sup>

## F. Haftung nach Art. 15 Pauschalreisegesetz

### 7. Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2019 (4A\_396/2018)

**Sachverhalt:** Der Kläger erlitt bei einem Unfall anlässlich der Fahrt vom Flughafen zu seinem Hotel in Indien schwere Verletzungen. Seine mitreisende Gattin starb an den Folgen des Unfalls. Der Schweizer Veranstalter der Indien-Pauschalreise hat diese Fahrt durch einen lokalen Anbieter ausführen lassen. Der Konsument forderte teilklageweise und vor den ersten beiden Instanzen erfolgreich die Bezahlung von Fr. 30'000 Genugtuung vom Veranstalter. Dagegen richtete sich die Beschwerde in Zivilsachen des Veranstalters.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hielt fest, dass die Teilklage über Fr. 30'000 nicht rechtsmissbräuchlich sei. Der Veranstalter beklagte sich, dass diese Klage ihn der Möglichkeit der Streitverkündigung und des ordentlichen Verfahrens beraube. Das Bundesgericht folgte diesem Vorbringen nicht und hielt dem entgegen, dass der Beklagte es in der Hand habe, mit einer negativen Feststellungswiderklage den Streit vor den ordentlichen Richter zu tragen (E. 4.2.3, unter Hinweis auf BGE 145 III 299 E. 2). Das Bundesgericht verneinte den Rechtsmissbrauch auch mit einem Hinweis darauf, dass dieser Prozess dem Kläger angesichts des beträchtlichen Prozessrisikos *als Pilotprozess diene* (E. 4.2.3). Offensichtlich sieht das Bundesgericht in diesem *Testlauf* ein schützenswertes Motiv.

Das Bundesgericht widmete sich sodann der Rechtsnatur des pauschalreisegesetzlichen Haftungsanspruchs gemäss Art. 14 PauRG. Nach längerem Herumeiern kam es zum Schluss, die Rechtsnatur entspreche derjenigen des Art. 101 Abs. 1 OR (E. 5.8.1). Zunächst hat es die Nähe zu Art. 55 OR

---

<sup>9</sup> BGer, 4A\_115/2014, 20.11.2014, E. 6.4.1: «Das Verhalten eines Dritten vermag den Kausalzusammenhang nur zu unterbrechen, wenn diese Zusatzursache derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524 mit Hinweisen).»

<sup>10</sup> Grobes Drittverschulden im Sinne des Art. 59 SVG bejaht in BGE 102 II 33 E. 1b und BGE 95 II 344 E. 6 f., verneint in BGE 95 II 630 E. 5.

<sup>11</sup> A.M. HOCHSTRASSER, AJP 2019, 1053.

betont (E. 5.5). Der Anspruch garantiere teilweise ein Ergebnis wie bei einem Kauf, einem Werkvertrag oder einer Miete (E. 5.8.2). In der nächsten Erwägung analysiert es den konkreten Anspruch dennoch nach den Vorgaben des Auftrags, weil bei einem Transport nur sorgfältiges Handeln, nicht aber ein Erfolg geschuldet sei (E. 5.8.2). Sodann setzte es zur Prüfung an, ob denn eine Vertragsverletzung vorliege, was es mangels entsprechender Vorbringen des Klägers und aufgrund des illiquiden Sachverhalts verneinte.

**Anmerkungen:** Der Pauschalreisevertrag ist angesichts der Regelung durch das PauRG kein Innovatkontrakt mehr, doch bedarf es zur Auslegung der Haftung teilweise dennoch eines Rückgriffs auf die Ähnlichkeiten zu Nominatverträgen.<sup>12</sup> Umstritten ist in diesem Kontext noch immer, ob der hier relevante Transportvertrag zum Auftrag oder zum Werkvertrag zählt.<sup>13</sup> Das Bundesgericht hat sich für den Auftrag entschieden, doch besteht bei einem Transport meines Erachtens durchaus ein objektiv garantiefähiger Erfolg, der sich mit einer einfachen Frage eindeutig beantworten lässt: *Ist der Passagier am vereinbarten Ort angekommen?* Wenn nicht, hat der Transporteur den Vertrag nicht richtig erfüllt. Nun wird sofort jedermann einwenden, dass man nicht objektiv garantiefähig ausschliessen könne, dass ein Meteorit die Strasse zerstöre oder sich ein unverschuldeter Verkehrsunfall ereigne. Solche Probleme schliessen einen Werkvertrag nicht aus, sondern zählen zum Themenkreis der Gefahrtragung, den die werkvertraglichen Normen genauso adressieren (Art. 378 f. OR).

Viel einfacher und intuitiver wäre es, angesichts des Unfalls eine Haftung gemäss Art. 14 PauRG zu bejahen und ein Verschulden zu vermuten, von dem sich der Veranstalter gemäss den Vorgaben in Art. 15 PauRG befreien könnte. So hat es das Kantonsgericht Genf als Vorinstanz anschaulich vorerzichtet: «*En l'occurrence, le dommage subi par l'intimé est consécutif à l'accident de la circulation survenu au cours de l'exécution d'une prestation touristique (transfert en voiture entre l'aéroport et l'hôtel) proposée par l'appelant et exécutée par l'un de ses prestataires de services. Partant, dans la mesure où l'organisateur de voyage est responsable du fait de ses auxiliaires, même sans faute de leur part, les conditions de la violation d'une obligation et du dommage sont réunies.*»<sup>14</sup> Das Kantonsgericht widmet sich sodann den Befreiungsgründen und verneint ein Verschulden des Konsumenten sowie den Beweis des Verschuldens des Camionfahrers, der in das Taxi des Konsumenten gefahren ist. Nach der bundesgerichtlichen Beweislastverteilung obliegt dieser Beweis dem Konsumenten – er müsste nachweisen, dass der Veranstalter oder dessen Hilfsperson eine Vertragsverletzung begangen hätten, was kaum der Sinn des Gesetzes gewesen sein kann.<sup>15</sup> Die Vertragsverletzung

<sup>12</sup> ROBERTO, AJP 2020, 520: «Die Bestimmungen des Obligationenrechts können allenfalls im Rahmen der Auslegung beigezogen werden, wenn der Wortlaut des Pauschalreisegesetzes unklar ist.»

<sup>13</sup> Vgl. BSK OR I-ROBERTO, Vorb. PauRG N 3: «Obwohl die Normen zum Pauschalreisevertrag nun in einem Sondergesetz niedergelegt sind, bilden sie doch Teil des allgemeinen Vertragsrechts und werden durch diese Vorschriften ergänzt (...). Bei der Auslegung des PRG sind daher die früher in Lehre und Rsp. erarbeiteten Regeln zum Pauschalreisevertrag zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach früherem Recht die Beförderung mehrheitlich als Auftrag qualifiziert wurde (...). Gegen diese Ansicht spricht schon die im Auftragsrecht vorgesehene jederzeitige Kündbarkeit (Art. 404 Abs. 1 OR). Richtiger Auffassung nach ist der Beförderungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren (...).»

<sup>14</sup> TC GE, C/9097/2015, ACJC/663/2018, 27.4.2018, c. 5.4.

<sup>15</sup> Vgl. dazu ROBERTO, AJP 2020, 521: «Werden in einem Hotel die örtlichen Sicherheitsstandards nicht eingehalten, bietet man auf einem Kreuzfahrtschiff salmonellenverseuchtes Essen an, kippt bei einer Jeep-Safari ein Fahrzeug in den Dünern um, explodiert auf einer Segeljacht eine Gasflasche oder verursacht der Fahrer eines Reisebusses bzw. – wie im vorliegenden Fall – eines Autos einen Unfall, kann der vom Reisemangel geschädigte Reisende, der seine Pauschalreise bei einem schweizerischen Reiseveranstalter gebucht hat, seine Ansprüche in der Schweiz direkt gegen diesen geltend machen. Der Reiseveranstalter hat die Möglichkeit, sich nach einem der in Art. 15 PRG erwähnten Entlastungsgründe von der Haftung zu befreien. Eine weitergehende Befreiung der Haftung für Personenschäden ist gemäss Art. 16 Abs. 1 PRG ausgeschlossen.»

ist nämlich bereits dadurch erstellt, dass der Konsument nicht oder nicht heil am Zielort angekommen ist. Die Haftung ergibt sich sodann, weil der Veranstalter sich nicht exkulpieren kann.

## G. Staatshaftung für Fahrschul-Prüfungsfahrten

### 8. Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juni 2018 (2C\_94/2018)

**Sachverhalt:** Am 15. Juli 2016 absolvierte B. in einem Personenwagen der A. GmbH die Führerprüfung. Diese wurde von einem Experten des Strassenverkehrsamts des Kantons Aargau abgenommen. Auf dem Rücksitz fuhr ein Fahrlehrer in Ausbildung mit. Während der Prüfungsfahrt kollidierte der Kandidat in Lenzburg mit einer Signaltafel; die Kollision konnte nicht verhindert werden, obwohl der Prüfungsexperte über die Fahrschul-Doppelpedale eine Vollbremsung einleitete. Die A. GmbH verlangte vom Kanton Aargau Schadenersatz für die Beschädigungen am Fahrzeug. Die Aargauer Gerichte haben ihr dies verweigert: Der Abstand zur umgefahrenen Signaltafel sei zu gering gewesen, um den Wagen davor noch zum Stehen zu bringen. Auch sei nicht nachgewiesen, dass der Experte vor dem Ausschwenken nach links das Manöver hätte abbrechen müssen. Die A. GmbH gelangt mit Beschwerde vor Bundesgericht mit der Begründung, es gehe um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht erklärte die Beweisproblematik bei Prüfungsfahrten so: «*Die amtliche Tätigkeit des Prüfungsexperten sei in der Regel nicht überprüfbar, weil normalerweise keine neutrale Drittperson an der Prüfung teilnehme, so dass die Staatshaftung nicht greife. Dadurch müssten die Fahrschulen die entstandenen Schäden regelmässig selber tragen. Es müsste im Rahmen der Konstellation bei Führerprüfungen analog zu Art. 71 SVG eine Erweiterung des Halterbegriffs (Art. 58 SVG) auf den Staat vorgenommen werden, weil sonst der Staat von jeglicher Haftung befreit und der Schaden den Fahrschulen zugerechnet werde.*» (E. 4).

Das Bundesgericht prüfte deshalb, ob der Kanton als Halter des Fahrschulfahrzeugs während der Prüfung gelten könnte: Damit würde der Kanton zwar nicht für den Schaden am Fahrzeug (E. 4.2), wohl aber für den Schaden an der umgefahrenen Signaltafel haften. Angesichts des Nutzens der Prüfungsfahrt, der nach wie vor beim Fahrschüler oder der Fahrschule anfalle, sei die Haltereigenschaft des Kantons zu verneinen (E. 4.3.2). In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung sei jemand, dem ein Fahrzeug freiwillig nur zum gelegentlichen Gebrauch zur Verfügung gestellt werde, ohne dass er Betriebskosten zu tragen hätte, nicht Halter (E. 4.3.1). Die Haftung des Kantons lasse sich auch nicht über Art. 71 Abs. 1 SVG (Unternehmer, der wie ein Halter haftet) erstellen, da das Fahrzeug nicht zur Aufbewahrung, Reparatur, Wartung, zum Umbau oder zu ähnlichen Zwecken übergeben worden sei (E. 4.4).

Angesichts der fehlenden Haftung des Kantons prüfte das Bundesgericht das Vorliegen einer Lücke und verneinte eine solche. Die Haftung des Staats sei im konkreten Fall nicht generell, sondern nur angesichts der konkreten Situation verneint worden. Blos weil niemand hafte, bestehe noch keine Lücke. Eine Halterhaftung hätte überdies den Schaden am Fahrzeug selbst gar nicht gedeckt. Es existiere folglich keine Lücke, die das Gericht füllen müsste (E. 4.5.2).

**Anmerkungen:** Das scheint alles vernünftig. Wann gilt bei einer Fahrschulfahrt eigentlich der Beifahrer als Lenker? Eigentlich immer: «*Der Begleiter ist damit nicht ein gewöhnlicher Beifahrer; er ist im Gegenteil von Gesetzes wegen an der Führung des Fahrzeugs durch den Fahrschüler beteiligt. In diesem Sinn führen beide, Fahrschüler und Begleiter, das Fahrzeug gemeinsam.*»<sup>16</sup> Einschlägig

---

<sup>16</sup> BGE 128 IV 272 E. 3.1.

sind auch Art. 100 Ziff. 3 i.V.m. Art. 15 SVG, die den Ausbildungsstand des Fahrschülers berücksichtigen.<sup>17</sup> Diese Normen lassen sich auch zivilrechtlich als Schutznormen für die Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR heranziehen, die für die Haftung des Lenkers<sup>18</sup> und damit auch für die des Fahrlehrers einschlägig ist.

## II. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

### A. Schaden

#### 9. Urteil des Bundesgerichts vom 9. April 2018 (4A\_254/2017)

**Sachverhalt:** Die SUVA ging aus Subrogation gegen den Halterversicherer vor, nachdem ein Gericht diesen in einem vom Geschädigten angestrengten Direktschadensprozess zur Zahlung von Fr. 521'543.20 verurteilt hatte. Die SUVA beklagt sich, dass in diesem Subrogationsprozess derselbe Kapitalisierungszinssatz von 3.5% wie im Direktschadensprozess zur Anwendung gelangt sei; angemessen sei vielmehr ein Satz von 2%.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht erinnerte daran, dass es den Kapitalisierungszinsfuss von 3.5% schon seit 1946 anwende (E. 3.1) und macht auch gleich klar, dass es nur bei entsprechender Klarheit davon abweichen werde: «*Die Frage, wann die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gegeben wären, indem hinreichend sichere Anzeichen dafür bestehen, dass ein Realertrag von 3,5% auf Kapitalabfindungen in absehbarer Zukunft nicht realisierbar ist, und sich mit hinreichender Gewissheit sagen lässt, dass der seit 1946 geltende Kapitalisierungszinsfuss mit dem Grundsatz des vollen Schadensausgleichs nicht zu vereinbaren ist (...), lässt sich nur aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände beantworten und zeitlich nicht exakt festlegen.*» (E. 3.3). Es hielt weiter fest, dass es eine Rechtsprechungsänderung ohnehin nicht in einem Subrogationsprozess vornehmen würde, in welchem die Schadensliquidierung bereits mit dem Satz von 3.5% erfolgt sei. Das Bundesgericht gibt den folgenden Tipp: «*Will die Beschwerdeführerin eine Überprüfung des Kapitalisierungzinssatzes erreichen, hat sie nach dem Gesagten dafür zu sorgen, dass diese Frage bereits zu Beginn der Schadensliquidation thematisiert wird, damit sich die Parteien darauf einstellen können und die Vorhersehbarkeit und die Rechtssicherheit im konkreten Fall der Anpassung des Zinssatzes nicht entgegenstehen.*» (E. 3.4).

**Anmerkung:** Ist das eine Anleitung, wie man die Rechtsprechungsänderung einleiten könnte? Kaum, denn das Bundesgericht hat auch in späteren Entscheiden immer wieder diesen Satz zur Anwendung gebracht.<sup>19</sup> Zu wünschen wäre eine Rechtsprechungsänderung insofern, als die Literatur über diese Unsicherheit mittlerweile ganze Bibliotheken füllt.

**Worum geht es eigentlich?** Die Kapitalisierung stellt eine Vorteilsanrechnung dar. Die geschädigte Person erhält mit dem Kapital den Schaden vor der Fälligkeit ersetzt und muss sich deshalb anrechnen lassen, dass sie das Geld zinsbringend anlegen kann.

<sup>17</sup> In Deutschland verneint man die Lenkereigenschaft des Fahrlehrers, vgl. BGH, 4 StR 92/14, 23.9.2014, in: DAR 2015, 97; die vorbehaltlose Bejahung der Lenkereigenschaft des Beifahrers führt in der Schweiz jedoch zu Inkonsistenzen, denn streng genommen müsste man auch einen Beifahrer büßen, der mit dem Telefon ohne Freisprechanlage telefoniert, wenn er als Lenker gilt (verneinend KÜBLER, Strassenverkehr 2/2014, 41).

<sup>18</sup> BSK SVG-PROBST, Art. 58 N 230; BGE 91 II 226 E. 1.

<sup>19</sup> So beispielweise in BGer, 4A\_437/2017, 14.6.2018, 6.2.1 und 4A\_599/2018, 26.9.2019, E. 3.4.

*Welche Anlagerendite ist aber richtig?* Schon eine kleine Senkung des Kapitalisierungzinssatzes lässt den Schadensbetrag stark wachsen. Vielleicht wäre es angezeigt, dass eine angesehene Institution einen variablen Referenzzinssatz publiziert und diesen jährlich den Gegebenheiten anpasst.

## B. Merkantiler Minderwert

### 10. Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2019 (4A\_394/2018)

**Sachverhalt:** Die Beklagte liess durch ihren Rechtsvorgänger für die Kläger drei Häuser bauen. In der Folge ereignete sich ein Wassereinbruch, der auf einen mangelhaften Hochwasserschutz zurückzuführen war. Die Kläger rügten dies und liessen daraufhin ein Hochwasserschutzkonzept als Ersatzvornahme realisieren. Gestützt auf diese Bauarbeiten machten sie einen merkantilen Minderwert der Häuser aus Delikt geltend.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht anerkennt die Existenz des merkantilen Minderwerts grundsätzlich und beschreibt diesen so: «*Unter dem merkantilen Minderwert versteht man die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt. Dieser merkantile Minderwert orientiert sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem nicht technisch begründeten Preisabschlag reagiert, ohne Belang ist. Während diese Wertminderung sich regelmäßig – etwa bei einer beschädigten Sache – mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären lässt, sind auch andere wertmindernde Faktoren rein psychologischer Art denkbar.*

Das Bundesgericht richtet den Fokus sodann auf die Tatsache, dass ein merkantiler Minderwert mit der Zeit abnehme und wie dies zu berücksichtigen sei. Es sei richtig, Fahrzeuge und Immobilien getrennt zu betrachten: «*Im Gegensatz zu Immobilien beruht die Veränderung des Schadens aus merkantilem Minderwert bei Autos im Zeitablauf nicht primär darauf, dass das Vertrauen des Marktes in die Sache mit der Zeit wieder zunimmt bzw. das schadenstiftende Ereignis vergessen geht. Dass die Bedeutung des merkantilen Minderwertes für die Bewertung eines Fahrzeuges mit der Zeit abnimmt, ist vielmehr in erster Linie darauf zurückzuführen, dass das Fahrzeug im Zeitablauf an Wert einbüsst, bis es schliesslich zum Gebrauch ungeeignet ist, weshalb die merkantile Wertminderung ebenfalls unbedeutend wird (...).*» Bei Fahrzeugen sei deshalb die abstrakte Schadensberechnung richtig (E. 4.2.2).

Bei Immobilien sei dies anders: «*Ein allfälliger merkantiler Minderwert vermindert sich bei Immobilien nicht parallel zum Minderwert, den die Sache ohnehin durch Zeitablauf erfährt. Wie dargelegt hängt der Umstand, dass ein allfälliger Schaden aus merkantilem Minderwert bei Immobilien mit der Zeit abnimmt, vielmehr mit dessen Natur zusammen. Nach allgemeiner Verkehrsauffassung wird eine Immobilie infolge eines schadenstiftenden Ereignisses nicht langfristig als minderwertig angesehen. Es besteht aus Sicht des Eigentümers kein bleibender, sondern allenfalls ein bloss vorübergehender Schaden, der nach höchstens 15 Jahren bei der Immobilienbewertung bedeutungslos wird.*konkrete Schadensberechnung zuzulassen. Da nur zwei der sechs Kläger über ihr Haus verfügt haben und dabei kein Mindererlös ersichtlich gewesen sei, sei es richtig, keinen merkantilen Minderwert zuzusprechen.

**Anmerkungen:** Die bundesgerichtlichen Unterscheidungen überzeugen nicht. Ich möchte mich der Problematik anhand mehrerer Fragen nähern.

*Ist es richtig, den mit der Zeit sinkenden Minderwert bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen?* Meines Erachtens ist das zumindest denkbar, sofern der Minderwert im relevanten Zeitpunkt der Schadensberechnung bereits gesunken ist. Das Bundesgericht sieht das anders. Es will in diesem Zeitpunkt die *zukünftige Schadensentwicklung* mitberücksichtigen. Wenn das richtig wäre, müsste der Schaden immer wegfallen, denn ein merkantiler Minderwert fällt nach ein paar Jahren stets weg, sei es durch den Wertzerfall der Sache selbst oder durch den Wegfall der merkantilen Minderbewertung – weil sich der Verdacht der versteckten Mangelhaftigkeit in Luft auflöst. Nach der Lektüre des Urteils scheint sich diese Problematik allerdings nur auf den Zeitpunkt der Schadensermittlung und bei der Unterscheidung zwischen Fahrzeugen und Immobilien auszuwirken, weshalb direkt darauf einzugehen ist.

*Ist es richtig, zwischen Fahrzeugen und Immobilien zu unterscheiden und bei Immobilien nur die konkrete Schadensberechnung zuzulassen?* Das Bundesgericht nimmt bei Fahrzeugen aufgrund des merkantilen Minderwerts einen bleibenden Schaden an, der durch die Entwertung der Sache selbst langsam verschwindet. Bei Immobilien nimmt es einen temporären Schaden an, der langsam in Vergessenheit gerät. Deshalb lässt es bei Immobilien nur eine *konkrete Schadensberechnung* zu. Für die konkrete Schadensberechnung muss der Grundeigentümer das Grundstück also tatsächlich verkaufen und dabei aufgrund des merkantilen Minderwerts einen Mindererlös erhalten. ROBERTO wird dieser Argumentation sofort entgegnen, dass man damit den Grundeigentümer zum Verkauf zwinge, wenn er seinen Schaden überhaupt erhältlich machen wolle. Das Bundesgericht hält diesen Einwand für unerheblich, da man ein Haus nicht einfach so verkaufe (E. 4.2.3). Damit räumt das Bundesgericht indes die Kritik von ROBERTO nicht aus, sondern bestätigt diese. Das Schadenersatzrecht strebt einen Ausgleich der Schädigung an, indem es die Lage ohne Schädigung wiederherstellen möchte. Diese Lage verschlechtert sich jedoch, wenn man den Ausgleich nur erhält, sofern man die Sache sofort veräussert.<sup>20</sup> Wer weiss, ob er das Haus später nicht doch noch verkaufen muss? Aufschlussreich ist die durchaus denkbare Konstellation, in der ein Grundeigentümer elf Jahre nach der Schädigung sein Haus aus irgendwelchen Umständen verkaufen muss. Realistischerweise besteht ein merkantiler Minderwert nach dieser Zeit noch, doch wäre der Anspruch verjährt (Art. 60 Abs. 1 OR). Noch viel schlimmer sieht die Situation im Gewährleistungsrecht aus, für das die bundesgerichtlichen Überlegungen wohl auch gelten. Ein merkantiler Minderwert wäre dann stets nur innert der Fünfjahresfrist (Art. 219 Abs. 3 OR; bei Werkverträgen bezüglich Gebäuden Art. 371 Abs. 2 OR) und nur bei einem konkreten Verkauf mit Mindererlös realisierbar. Die unterschiedliche Behandlung lässt sich nicht halten.

Das Urteil suggeriert überdies, dass die Reparatur notwendig sei, um den merkantilen Minderwert festzustellen. Der Zeitpunkt der Schädigung sei deshalb nicht der relevante Anknüpfungspunkt: «*Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass der Geschädigte, der neben dem Ersatz der Reparaturkosten auch einen Schaden aus merkantilem Minderwert geltend macht, für dessen Bestimmung nicht auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses abstellen kann. Da im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses die Reparatur noch nicht erfolgt ist, kann ein allfälliger trotz Reparatur bestehender merkantiler Minderwert noch gar nicht eintreten.*21 muss gleiches auch für den merkantilen Min-

<sup>20</sup> ROBERTO, Schadensrecht, 164: «Gewährt man den merkantilen Minderwert nur bei tatsächlicher Reparatur und anschliessender Veräusserung, so stellt man den Geschädigten (...) «vor die Wahl, entweder sofort zu verkaufen oder auf Ersatz zu verzichten. Mit dieser Alternative würde aber die Lage, die ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestünde, nicht wiederhergestellt, sondern sie wäre für den Ersatzberechtigten erheblich verschlechtert.»»

<sup>21</sup> BGer, 4A\_61/2014, 25.6.2015, E. 4.2: «Le fait que celui-ci n'ait pas été contresigné par le lésé n'est pas pertinent dès lors que l'évaluation du dommage n'est pas subordonnée à l'exécution de la réparation de la chose endommagée par

derwert gelten. Man muss sich den Schaden mitsamt den fiktiven Reparaturkosten und dem merkantilen Minderwert denken. Das ist sehr wohl auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts möglich. Richtig sieht das VUIA, den ich ungekürzt zitieren möchte: «*Der „merkantile“ Minderwert stellt einen unmittelbaren Sachschaden dar, weil auch nach einer Reparatur der Sache die Gefahr einer größeren Schadensanfälligkeit und verborgener Schäden oder Mängel der Reparatur verbleibt. Der Schaden entsteht unabhängig davon, ob der Geschädigte die Sache weiter nutzt, verkauft oder überhaupt reparieren lässt.*»<sup>22</sup> Das Bundesgericht hat dies in einem früheren Entscheid auch so gesehen.<sup>23</sup> Die Verwirrung hängt mit dem Unterschied zwischen dem Kompensations- und dem Restitutionsinteresse zusammen.<sup>24</sup> Es muss richtig sein, den merkantilen Minderwert als Teil des Kompensationsinteresses mit fiktiven Reparaturkosten kombinieren zu können.<sup>25</sup>

### C. Genugtuung

#### 11. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2019 (6B\_1145/2018)

**Sachverhalt:** Ein Motorradfahrer fand den Tod, weil ein Automobilist auf einer Kreuzung das Rotlicht missachtete. Das Bezirksgericht Baden sprach den Automobilisten der eventualvorsätzlichen Tötung sowie der groben Verletzung von Verkehrsregeln schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 5½ Jahren. Es verpflichtete ihn, dem Vater des Verstorbenen eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 30'000 zu bezahlen. Das Obergericht sprach den Automobilisten auf Berufung hin lediglich der fahrlässigen Tötung schuldig. Es reduzierte die Freiheitsstrafe auf 18 Monate und die Genugtuung auf Fr. 15'000. Die Oberstaatsanwaltschaft und der Vater des verstorbenen Motorradfahrers gelangten mit Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht. Die Beschwerde blieb erfolglos.

**Erwägungen:** Die Beschwerdeführer konnten mit ihrer Rüge der willkürlichen Sachverhaltsermittlung nicht durchdringen (E. 2).

Bezüglich der Genugtuung erinnerte das Bundesgericht an das grosse Ermessen der Gerichte bei deren Bemessung. Die Genugtuung bezwecke den Ausgleich für erlittene immaterielle Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht werde. Bemessungskriterien seien vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen, der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, ein allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags (E. 3.1). Dabei könne das Gericht sich dennoch an Präjudizien orientieren und Anpassungen an den konkreten Fall vornehmen. Dabei sei keine generelle

---

le lésé (cf. ATF 108 II 422 consid. 3 p. 428, cité par MÜLLER, op. cit., n. 634 p. 206), qu'une facture liée à la réparation effective ne sera pas nécessairement établie et qu'un devis peut parfaitement, en tant que tel, servir de base de calcul d'un dommage (BREHM, op. cit., no 24 ad art. 42 CO; BENOIT CHAPPUIS, Le moment du dommage, 2007, n. 484 ss, p. 231 ss.);»; offengelassen in BGer, 4A\_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2; vgl. auch BGer, 4D\_103/2010, 14.3.2011, E. 5.

<sup>22</sup> VUIA, NJW 2012, 3061.

<sup>23</sup> BGer, 4A\_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.1.

<sup>24</sup> Vgl. ROBERTO/PAVATAJ, AJP 2020, 986, m.w.H.

<sup>25</sup> ROBERTO, Schadensrecht, 164: «Eine rechtstheoretische Einordnung des Problems muss von der Überlegung ausgehen, dass oftmals eine Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes nicht restlos möglich ist, Restitution und Kompensation infolgedessen nebeneinander geschuldet sein können. In diesem Sinne ist die Reparatur Ausdruck einer Restitution, während der merkantile Minderwert das Kompensationsinteresse ausgleicht, das von der Restitution nicht abgedeckt ist.»

Erhöhung der Genugtuungssummen angezeigt. Vielmehr sei es notwendig, Präjudizien den aktuellen Gegebenheiten anzupassen (E. 3.2).

Die Vorinstanz habe bei der Festsetzung der Genugtuung sowohl das Alter des verstorbenen Motorradfahrers von 26 Jahren als auch das mittelschwere bis schwere Verschulden des Automobilisten berücksichtigt. Dass sie das Alter weder ausdrücklich als Herabsetzungs- oder Erhöhungsgrund bezeichnet habe, sei nicht zu beanstanden, da sie das Alter in den Kontext der familiären Beziehung stelle. Auch die enge Beziehung zwischen dem Verstorbenen und seinem Vater sei so berücksichtigt worden. Der Motorradfahrer habe zwar noch zu Hause gelebt. Gleichwohl sei er in einem Alter gewesen, in welchem die Bindung zwischen Eltern und Kind lockerer und die Selbständigkeit grösser werde, zumal sich der Verstorbene auch nicht mehr in Ausbildung befunden habe. Diesem Umstand sei mit einer angemessenen Herabsetzung des Genugtuungsanspruchs Rechnung getragen worden.

**Bemerkungen:** Das Bundesgericht stützt die Präjudizienvergleichsmethode, wobei der Vergleichbarkeit der Präjudizien besonderes Augenmerk zu richten sei.<sup>26</sup> Die Präjudizien in Hütte/Ducksch starten beim Verlust eines Kindes bei einer Genugtuung von Fr. 22'500. Berücksichtigt man die Fahrlässigkeit anstelle des Eventualvorsatzes und die enge Bindung, scheinen Fr. 15'000 gerechtfertigt.

#### D. Kausalität

##### 12. Urteil des Bundesgerichts vom 10. September 2018 (4A\_138/2018)

**Sachverhalt:** Ein Fahrzeuglenker verletzte den Geschädigten, der als Fussgänger unterwegs war, im Alter von zehn Jahren. Die Vorinstanz verurteilte die Halterversicherung zur Bezahlung von Schadenersatz. Die Versicherung machte geltend, der Entscheid verletze Art. 44 OR, weil er die psychotische Prädisposition des Geschädigten nicht berücksichtigt habe.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz und bestätigte die bundesgerichtliche Praxis, wonach die Prädisposition nicht bei der Schadensberechnung im Sinne von Art. 42 OR berücksichtigt werden könne, da sie sich ohne Unfall nicht ausgewirkt hätte (E. 3.1). Wenn sich der Schaden wie im vorliegenden Fall aufgrund der konstitutionellen Prädisposition lediglich vergrössert habe, falle dies unter Art. 44 OR.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die konstitutionelle Prädisposition allein für eine Reduktion nach Art. 44 OR nicht genüge. Hinzutreten müssten andere Umstände wie z.B. ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Schwere und den dramatischen Folgen des Unfalls: «*L'art. 44 al. 1 CO n'autorise le juge à opérer une réduction que lorsqu'il apparaît inéquitable de mettre à la charge du responsable la réparation de la totalité du préjudice. Concrètement, cela signifie que d'autres circonstances doivent s'ajouter à la prédisposition constitutionnelle, comme une disproportion manifeste entre la cause fondant le dommage et l'importance du préjudice. En d'autres termes, l'acte dommageable ne doit plus avoir aucun rapport avec l'ampleur du dommage subi par le lésé (...), ce qui, selon les circonstances, sera le cas lorsque la collision, de faible intensité, se situe "dans la zone d'innocuité" et qu'elle a pourtant eu des conséquences dramatiques pour le lésé (en l'occurrence, une pathologie psychiatrique sévère liée à la modification durable de sa personnalité ayant conduit à une invalidité totale) (...).*» (E. 3.1). Die Beurteilung dieser Reduktion sei eine Rechtsfrage. Der vorliegende Unfall (Zusammenstoss bei einer Geschwindigkeit von 50 km/h mit einem Fussgänger) sei von einer gewissen Schwere und eigne sich deshalb nicht für eine solche Reduktion.

<sup>26</sup> Vgl. dazu TRACHSEL, 141 ff.

### 13. Urteil des Bundesgerichts vom 2. September 2019 (4A\_87/2019)

**Sachverhalt:** A gewährte C ein Darlehen mit einem vertraglich definierten Zweck. Er liess dieses Darlehen via seine Bank B an die von C angegebenen Kontonummern überweisen. Die Bank B bemerkte dabei zwar, dass die Kontonummern nicht auf C lauteten. Dennoch liess sie das Geld überweisen. C erhielt das Geld, investierte es vertragswidrig für andere Zwecke und konnte die Rückzahlung nicht mehr leisten. A klagte gegen die Bank auf Schadenersatz. Kreis- und Kantonsgericht wiesen die Klage bzw. die dagegen erhobene Berufung ab: Es liege zwar eine Sorgfaltspflichtverletzung der Bank vor, doch hätte A die Beträge auch mit der von ihm geforderten Rücksprache der Bank mit ihm auszahlen lassen. Deshalb sei die Adäquanz der Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der hypothetischen Kausalität für den Eintritt des Schadens nicht gegeben.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht erachtete die Sorgfaltspflichtverletzung der Bank als Tun, nicht als Unterlassen: «*Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin die Gutschriften vorgenommen, obwohl die Voraussetzungen dafür (Kongruenz der Angaben) nicht gegeben waren. Hätte sie dies nicht getan, wäre das Geld (zumindest vorerst) nicht in die Hände des Darlehensnehmers gelangt und damit der behauptete Schaden nicht entstanden. Es gibt also eine Handlung, welche die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen nicht hätte vornehmen dürfen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden [...] entfiele. Eine Unterlassung stünde zur Debatte, wenn der Schädiger zur Vermeidung des Schadens zusätzlich noch bestimmte Handlungen hätte vornehmen müssen (und dies pflichtwidrig unterlassen hat). Dies war zur Erfolgsabwehrung nicht nötig. Gestützt auf die Feststellungen im angefochtenen Entscheid besteht mithin ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem sorgfaltswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Erfolg.*» (E. 4.2).

Dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sich die Bank sorgfaltspflichtgemäß verhalten und die Gutschriften nicht vorgenommen hätte, gehöre zum Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, für das die Bank die Beweislast trage (E. 4.2.1). Die Vorinstanz habe die entsprechenden Vorbringen des A für theoretisch denkbar befunden. Damit müsse der Beweis der Bank des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht zwingend scheitern, doch sei dies nur relevant, wenn das Verhalten der Bank für den Schaden auch adäquat kausal gewesen sei (E. 4.2.2).

Das Bundesgericht verneinte schliesslich die Adäquanz: «*Wer eine Überweisung vornimmt, ohne die nötigen Kontrollen durchzuführen, muss damit rechnen, einen Erfolg herbeizuführen oder ihn jedenfalls zu begünstigen, der daraus entsteht, dass das Geld in die Verfügungsmacht nicht des beabsichtigten Zahlungsempfängers, sondern eines Dritten gelangt. Er muss nicht damit rechnen, dass er einen Erfolg begünstigt, der dadurch entsteht, dass der beabsichtigte Zahlungsempfänger wie beabsichtigt die Verfügungsmacht über das ihm zugesetzte Geld erhält, denn darin lag ja der Zweck der Überweisung überhaupt und dies sollte durch die Beachtung der Sorgfaltspflicht gesichert werden.*»

**Anmerkungen:** Das Bundesgericht hat mit der vorliegenden Adäquanzprüfung die Schutzzwecklehre angewendet, wie dies die Lehre gefordert und beim Bundesgericht auch schon gelegentlich beobachtet hat.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. die Hinweise bei BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 16a.

### III. Verjährung

#### 14. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Januar 2019 (4A\_487/2018)

**Sachverhalt:** Bei einer Magnetbehandlung hat das Pferd des Y mit einem Schlag den X am 27. Dezember 2010 verletzt, so dass er am linken Auge erblindete. X klagte 2014 gegen Y als Pferdehalter und Z als Mithalter des Pferdes und Werkeigentümer auf Schadenersatz. A, der Versicherer von Y und Z, stellte folgende Verjährungsverzichtserklärungen im eigenen Namen und gestützt auf die AVB im Namen von Y und Z aus, stets unter dem Vorbehalt, dass die Verjährung noch nicht eingetreten sei:

- 11. Oktober 2011 (bis 31. Dezember 2012)
- 2. Dezember 2013 (bis 31. Dezember 2014)

X kannte den Schaden seit dem 14. August 2012, als die IV seine Erwerbsunfähigkeit auf 81.73% festsetzte. Von da an lief die Verjährung. Eine weitere Verzichtserklärung vom 11. Dezember 2012 konnte aufgrund verspäteten prozessualen Vorbringens nicht berücksichtigt werden. Die Vorinstanzen erachteten den Anspruch aufgrund dieser Lücke im Zeitpunkt der erneuten Erklärung vom 2. Dezember 2013 bereits seit dem 15. August 2013 als verjährt. Zusätzlich verneinte die Vorinstanz, dass die Versicherung gültig im Namen von Y und Z auf die Verjährung verzichtet habe.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht stellte zuerst die Funktionsweise der Geltendmachung der Verjährung klar. Die Beklagten hätten die Verjährungseinrede erhoben. Von da an sei der Ball beim Kläger gewesen. Er hätte vorbringen müssen, weshalb die Verjährung nicht eingetreten sei: *«A l'instar des juges cantonaux, on ne discerne pas pourquoi les défendeurs auraient dû contester cette affirmation de manière plus précise qu'elle n'était exposée, en alléguant eux-mêmes que la prescription était déjà acquise à la date de la renonciation du 2 décembre 2013, ou, en d'autres termes, en attirant l'attention de leur partie adverse sur la période non couverte par les pièces versées au dossier. Du moment que les défendeurs contestaient son allégation relative à la renonciation à invoquer la prescription, la demanderesse devait savoir qu'il lui incombaît d'apporter la preuve des faits de nature à paralyser l'exception de prescription soulevée par les défendeurs, en prouvant que la prescription aurait été interrompue ou que les défendeurs auraient renoncé à se prévaloir de la prescription alors que celle-ci n'était pas encore acquise.»*

Das Bundesgericht ging in einem zweiten, eigentlich überflüssigen Schritt auf die Gültigkeit der stellvertretenden Abgabe der Verjährungsverzichtserklärungen durch die Versicherung ein. Es hielt fest, dass die Versicherung ohne Vollmacht gehandelt und die Versicherten auch keine Vollmacht kundgegeben hätten (E. 5.3). Es erinnerte an die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes, insbesondere bei einer Anscheinsvollmacht. Es hielt dazu fest, dass der Anwalt der Versicherung selbst dem Kläger gesagt habe, für Verzichtserklärungen von Y und Z seien diese direkt zu kontaktieren: *«En l'espèce, les juges cantonaux ont exposé que, dans ses premiers courriers des 11 et 17 octobre 2011, A. avait certes déclaré renoncer, en son nom et celui des défendeurs, à se prévaloir de l'exception de prescription jusqu'au 31 décembre 2012; toutefois, elle avait également précisé au mandataire de la demanderesse que s'il désirait en plus obtenir une renonciation à invoquer la prescription signée par ses assurés, comme il l'avait sollicitée le 7 octobre 2011, il lui appartenait d'entreprendre les démarches nécessaires directement auprès de ces derniers.»* (E. 5.3). Einen relevanten Vertrauensstatbestand könne man daraus nicht ableiten. Spätere, für diesen Fall nicht mehr relevante Verjährungsverzichtserklärungen erfolgten nur namens der Versicherung.

**Bemerkungen:** Das ist alles richtig. Interessant wäre die Frage gewesen, ob die Versicherung sich hätte auf die AGB stützen können, um eine tatsächliche Vollmacht geltend zu machen. FUHRER sieht

eine solche Ermächtigung in den AGB der Betriebshaftpflichtversicherungen enthalten. Die Klausel hat folgenden Wortlaut: «*Die Gesellschaft führt die Verhandlungen mit dem Geschädigten. Sie ist Vertreterin der Versicherten, und ihre Erledigung der Ansprüche des Geschädigten ist für die Versicherten verbindlich. Die Gesellschaft ist berechtigt, den Schadenersatz dem Geschädigten direkt und ohne Abzug eines allfälligen Selbstbehaltes auszurichten; der Versicherte hat ihr in diesem Falle unter Verzicht auf sämtliche Einwendungen den Selbstbehalt zurückzuerstatten. Die Versicherten sind verpflichtet, direkte Verhandlungen mit dem Geschädigten oder dessen Vertreter über Ersatzansprüche, jede Anerkennung einer Haftung oder Forderung, den Abschluss eines Vergleichs und die Leistung von Entschädigungen zu unterlassen, sofern nicht die Gesellschaft hierzu ihre Zustimmung gibt.*» FUHRER sieht darin eine interne und externe Bevollmächtigung durch Kundgabe, da die relevanten AGB meist denselben Inhalt aufweisen.<sup>28</sup>

## 15. Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2019 (2C\_1098/2018)

**Sachverhalt:** A und B sind Eigentümer eines Grundstücks, das infolge eines Unwetters im Jahr 2011 Schaden genommen hat. Die Gemeinden U und W haben daraufhin die dringendsten Aufräumarbeiten organisiert. Nach deren Durchführung und der Erstellung eines provisorischen Schutzbauwerks lag das Trassee vor ihrer Hütte ca. 80 cm tiefer zur Strasse. Gefällte Bäume und Schwemmmholz liegen zudem zu Bergen aufgetürmt auf ihrem Grundstück.

Gestützt auf einen Augenschein hielt die Gemeinde U. mit Schreiben vom 6. Juli 2012 fest, dass die beiden Gemeinden *darauf hinwirken würden*, damit im Rahmen einer militärischen Dienstleistung Terrainarbeiten im Raum der Hütte von A und B erfolgen können, dass bei einem allfälligen Einsatz des Militärs oder anderer Organisationen (Feuerwehr und Zivilschutz) diese vorgängig orientiert würden. Diese Terrainarbeiten wurden offenbar nicht an die Hand genommen.

Nach einem erneuten Schreiben von A und B reichten diese am 6. Mai 2015 eine Offerte für die Geländeangepassungen von Fr. 66'321.30 der Gemeinde U. ein. Am 10. Juli 2015 erhoben sie Klage auf Zahlung von Fr. 66'321.30 und Fr. 14'688. Bezirks- und Kantonsgericht wiesen die Klage wegen Verjährung ab. A und B gelangten mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hielt fest, die eigentlich eingetretene einjährige Verjährung sei aufgrund des Vertrauenschutzes unbeachtlich: «*Die Gemeinde ist sich ihrer Verantwortung denn auch bewusst, wenn sie mit den Beschwerdeführern den Ort begutachtet und im Anschluss daran festgehalten hat, dass sie darauf hinwirken werde, dass der Schaden durch den Verursacher beseitigt werde. Mit dem Wort "hinwirken" zeigt die Gemeinde, dass sie die Sache an die Hand nehmen werde und die Beschwerdeführer sich nicht darum zu kümmern hätten. Insofern anerkennt sie ihre Schuld und setzt diesbezüglich einen Vertrauenstatbestand. Gestützt darauf durften die Beschwerdeführer davon ausgehen, dass sie ihre Forderung nicht innert der einjährigen Verjährungsfrist geltend machen mussten. Denn der von den Behörden gesetzte Vertrauenstatbestand ist – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – nicht mit der Verjährungsfrist gleichzusetzen, andernfalls er seines Sinnes entleert würde. Der gesetzte Vertrauenstatbestand kommt daher einer Schuldankennung im Sinne von Art. 137 Abs. 2 OR sehr nahe, wenn nicht gar gleich. Die anderen, oben aufgeführten Voraussetzungen (E. 2.6.2) sind ebenfalls gegeben, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht von einer Verjährung der Forderung ausgegangen ist.*» (E. 2.6.3).

**Anmerkungen:** Die Gemeinden hielten fest, dass sie darauf *hinwirken* werden, damit im Rahmen einer militärischen Dienstleistung Terrainanpassungsarbeiten im Raum Ihrer Hütten erfolgen können. Das ist meines Erachtens keine Schuldankennung im Sinne des Art. 135 Ziff. 1 OR. Erst recht

---

<sup>28</sup> FUHRER, HAVE 2019, 157.

ist es keine urkundliche Schuldanerkennung im Sinne des Art. 137 Abs. 2 OR, die stets eine zehnjährige Frist auslöst.

«Hinwirken» bedeutet keine Anerkennung. Gemäss Duden bedeutet hinwirken «*Anstrengungen unternehmen, sich einsetzen, um etwas zu veranlassen*». Mit solchen Parolen hat man gerade nichts anerkannt, geschweige denn versprochen und auch noch überhaupt nichts getan. Passend dazu hielt das Bundesgericht in einem früheren Urteil fest: «*Keine Anerkennung ist der Vorschlag, der Sache nachzugehen (...).*»<sup>29</sup> Wenn die Gemeinde darauf hinwirkt, dass das Militär Dienstleistungen erbringt, dann bedeutet das, dass sie versuchen wird, das Militär zu einer Leistung zu bewegen. Mit der Anerkennung einer Pflicht im Sinne von Art. 135 OR hat das nichts zu tun. Schutzwürdiges Vertrauen lässt sich aus solchen Aussagen jedenfalls nicht ableiten.

Die Voraussetzungen des Art. 137 Abs. 2 OR sind noch strenger: «*Die bloss grundsätzliche Anerkennung einer Schuldspflicht (z.B. die Zusicherung der Schadensdeckung durch eine Haftpflichtversicherung) mag unter Art. 135 Ziff. 1 fallen, erfüllt aber nicht den Tatbestand des Art. 137 Abs. 2 (BGE 113 II 268 E. 2d; 75 II 232 E. 3b).*»<sup>30</sup> Gerade der hier erwähnte BGE 113 II 268 hat deutlich festgehalten, dass eine Deckungszusage nicht ausreiche. So hält auch BERTI fest, was folgt: «*Bei Sachleistungen erfüllt die Vertröstung "Die Ware bekommen Sie schon" möglicherweise den Tatbestand einer Anerkennung nach Art. 135 Ziff. 1, aber nicht den Voraussetzungen von Art. 137 Ziff. 2.*»<sup>31</sup> Die bundesgerichtliche Aussage, die Aussage der Gemeinde komme einer urkundlichen Anerkennung «*sehr nahe, wenn nicht gar gleich*», ist somit im Lichte dieser Zitate eindeutig falsch.

Dem Entscheid lässt sich höchstens etwas abgewinnen, wenn man dessen Bedeutung rein auf den öffentlichrechtlichen Vertrauenschutz einschränkt und deshalb die Verjährung als nicht eingetreten erachtet, wie HOCHSTRASSER/FRAUENFELDER schreiben: «*Der bejahte Vertrauenschutz dürfte nur bedeuten, dass die Forderung nicht verjährt ist – es steht damit aber noch nicht fest, dass und in welchem Umfang die behauptete Forderung gegen die Gemeinde besteht. Dass der Gemeinde unter diesen besonderen Umständen die Einrede der Verjährung verwehrt wird und sie sich der geltend gemachten Haftungsforderung inhaltlich zu stellen hat, erscheint unter dem Aspekt von Treu und Glauben gerechtfertigt.*»<sup>32</sup>

#### 16. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2019 (180021): Keine absolute Verjährungsfrist gemäss Zürcher Haftungsgesetz

**Sachverhalt:** Es ging um den Schaden der Klägerin, die diese nach einer Operation im Jahre 2003 in einem staatlichen Spital im Kanton Zürich erlitten hatte. Die Haftpflichtversicherung des Spitals wollte nicht bezahlen, weil der Schadenersatzanspruch seit dem 20. August 2013 (d.h. zehn Jahre nach der Operation) absolut verjährt sei.

Die Klägerin richtete den Schadenersatzanspruch fortan gegen ihren Anwalt. Sie reichte am 8. Juni 2016 die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes vom 11. April 2016 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur ein. Mit Urteil vom 8. August 2018 wies dieses die Klage ab. Dagegen hat die Klägerin Berufung ans Obergericht des Kantons Zürich erklärt. Auch vor Obergericht ist die Klägerin gescheitert.

<sup>29</sup> BGer, 4C.134/2004, 14.10.2004, E. 4.3.

<sup>30</sup> BSK OR I-DÄPPEN, Art. 137 N 3.

<sup>31</sup> ZK-BERTI, Art. 137 N 15.

<sup>32</sup> Hochstrasser/Frauenfelder, AJP 2020, 117.

**Erwägungen:** Das Obergericht erläuterte im Anwaltshaftungsprozess zwecks Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung des Anwalts zuerst die Grundlagen des angeblich verjährten Schadenersatzanspruchs gegen den Kanton: Der Anspruch stütze sich auf das kantonale Haftungsrecht des Kantons Zürich, das in § 24 HG folgende Regelung vorsehe:

*1 Die Haftung des Kantons erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Feststellung, Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert zwei Jahren seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beim Kanton einreicht.*

*2 Bestreitet die zuständige Behörde den Anspruch, so hat der Geschädigte innert der Verjährungsfrist von einem Jahr, von der Mitteilung an gerechnet, Klage beim zuständigen Gericht einzureichen.*

Im vorliegenden Verfahren sei klar, dass der Anwalt das Begehren innert zwei Jahren beim Kanton eingereicht habe. Dieser habe jedoch den Anspruch nie bestritten, wie das § 24 Abs. 2 HG ZH vorsehe. Der Streit drehe sich jetzt um die Frage, ob das kantonale Haftungsgesetz gestützt auf subsidiär anwendbares Bundesrecht (§ 29 HG ZH) die absolute Verjährung gemäss Art. 60 Abs. 1 OR (in der Fassung vor der Revision des Verjährungsrechts) vorsehe.

Die Materialien der Fassung des Haftungsgesetzes aus dem Jahre 1969 hätten klar festgehalten, dass man bewusst auf eine absolute Verjährungsfrist habe verzichten wollen, um die Rechte der Geschädigten nicht zu verkürzen. In einem solchen Fall gehe es nicht an, Art. 60 OR als ergänzendes Recht heranzuziehen. Bei der Fassung in der Revision von 1990 sei indes nicht klar, ob es sich noch immer um ein qualifiziertes Schweigen oder eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handle. Aus den Materialien der zweiten Revision und aus weiteren Überlegungen sei jedoch erkennbar, dass es keine absolute Verjährungsfrist gebe: «*Das Verständnis der Klägerin hätte zur Folge, dass der Geschädigte nach der Anmeldung seines Begehrens nicht erst nach einer Ablehnung durch den Kanton die relative Verjährungsfrist für die Einreichung der Klage, sondern bereits vorher die absolute Verjährung beachten muss, falls sich der Kanton mit der Ablehnung seines Begehrens bis zum Ablauf der absoluten Frist Zeit lässt. Nicht nur widerspricht es dem Sinn des Instituts der Verjährung, wenn der Geschädigte die Verjährung unterbrechen muss, obwohl es eigentlich am Schuldner wäre, die nächste Handlung vorzunehmen, sondern es widerspricht auch dem Geist des zweistufigen Systems mit einer verwaltungsinternen ersten Phase, wenn der Geschädigte während der ersten Phase die Verjährung mit einer Rechtsverfolgungshandlung unterbrechen muss, die eigentlich in die zweite Phase gehört.*»<sup>33</sup>

Dem Anwalt sei somit keine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorzuwerfen, als er nach ausgebliebener Haftungsbestreitung durch den Kanton keine Klage eingeleitet habe (E. 14).

## IV. Regress

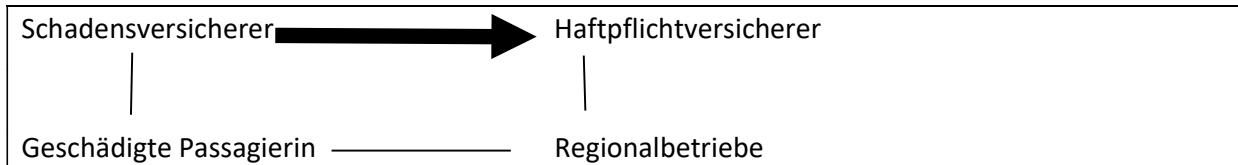
### 17. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 (4A\_602/2017)

**Sachverhalt:** Das ruppige Anfahren eines Busses der Berner Regionalbetriebe C. AG (nachfolgend: Regionalbetriebe) führte dazu, dass eine Passagierin im Bus stürzte. Der Zusatzversicherer A. AG zur obligatorischen Grundversicherung (nachfolgend: Schadensversicherer) der Passagierin bezahlte ihr für halbprivate Zusatzleistungen im Heilungsprozess CHF 33'088.40. Die Regionalbetriebe waren als Halterin des Busses obligatorisch haftpflichtversichert bei der Genossenschaft B. (VVST) Genossenschaft (nachfolgend: Haftpflichtversicherer). Der Schadensversicherer klagte vor Handelsgericht Bern gegen den Haftpflichtversicherer auf Zahlung von CHF 33'088.40. Er berief sich in diesem

---

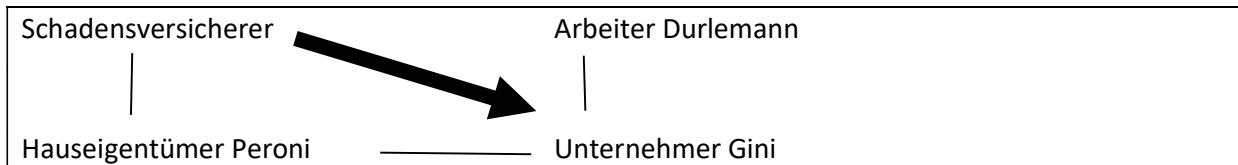
<sup>33</sup> Siehe dazu eingehend DALLA VECCHIA, AJP 2019, 639 ff.

Verfahren erfolglos auf den Standpunkt, die Praxis gemäss BGE 137 III 352 sei zu ändern, indem der Regress auch gegen Kausalhaftpflichtige bzw. deren Haftpflichtversicherer gewährt werde. Es war schon vor Handelsgericht Bern nicht mehr strittig, dass die Regionalbetriebe aus Art. 58 SVG für den Unfall kausal haften und dass den Chauffeur des Busses am Unfall kein Verschulden trifft. Eventualiter berief sich der Schadensversicherer ebenso erfolglos auf Abtretungserklärungen und subeventuell auf Art. 60 Abs. 2 SVG. Gegen den abweisenden Entscheid des Handelsgerichts ergriff der Schadensversicherer die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.



**Erwägungen:** Das Bundesgericht gab der Kritik an der Gini/Durlemann-Praxis statt und änderte seine Rechtsprechung: «*Die private Schadenversicherung ist im Verhältnis zum kausal haftpflichtigen Unfallverursacher gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG gleich zu behandeln wie die Sozialversicherungen, welche insoweit in die Stellung der geschädigten Person subrogieren, als sie diese entschädigt haben. Auf den Versicherer gehen nach Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit, als er eine Entschädigung geleistet hat, die Ersatzansprüche über, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zustehen. Verursacht ein Kausalhaftpflichtiger einen Unfall, so begeht er eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Bestimmung, selbst wenn ihn kein Verschulden an der Unfallverursachung trifft. Denn ein Verschulden ist nach dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 VVG nicht gefordert. [...] Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress von Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, findet keine Anwendung.*» (E. 2.6).

**Anmerkungen:** Diese Praxisänderung war überfällig. Ich habe ursprünglich befürchtet, dass die neue Rechtsprechung eine weitere Regresslücke schafft. Wie nimmt der Schadensversicherer Regress an der Person, die aus Vertrag haftet? Dieses Problem lag dem berühmten BGE 80 II 247 zugrunde, der die sog. *Gini-Durlemann-Praxis* begründet hat. Peroni liess sein Haus von Gini renovieren. Durlemann, ein Angestellter Ginis, musste dabei alte Farbe entfernen. Er verwendete dafür eine Brennlampe und löste damit einen Brand aus. Das ist die klassische Gini/Durlemann-Konstellation:



Der Versicherer Peronis kam für den Schaden auf und wollte auf Gini Regress nehmen. Ginis Haftung liess sich nicht auf Art. 55 Abs. 1 OR stützen, da er den Befreiungsbeweis erfolgreich geleistet hatte.<sup>34</sup> Gini hätte gegenüber Peroni aus Art. 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 364 Abs. 1 OR für den Schaden einstehen müssen, doch konnte der Versicherer aus Art. 72 VVG nicht gegen ihn vorgehen – die Subrogation erfolgt nur in Ansprüche aus *unerlaubter Handlung*.<sup>35</sup> Weil Art. 51 Abs. 2 OR auf Haftpflichtige gleicher Stufe nicht anwendbar ist, begründete das Bundesgericht den Regress mit Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR. Im konkreten Fall liess es den Regress gegen Gini dennoch nicht zu, weil

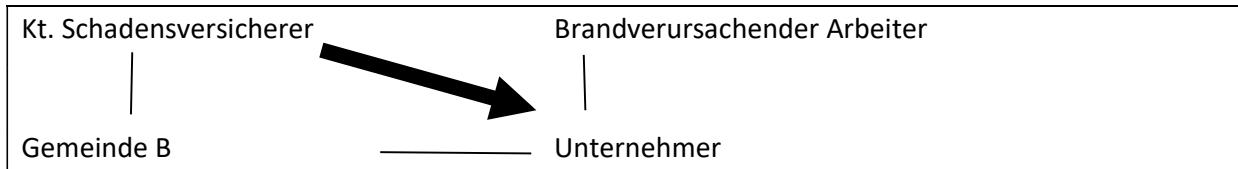
<sup>34</sup> BGE 80 II 247 E. 4a.

<sup>35</sup> BGE 80 II 247 E. 5.

Durlemann nur leichtverschuldet gehandelt hatte.<sup>36</sup> Ermessensweise lässt das Bundesgericht seither den Regress des Versicherers auf eine vertraglich haftpflichtige Person zu, es sei denn, diese oder ihre Hilfsperson treffe nur ein leichtes Verschulden.<sup>37</sup>

Der neue Entscheid sagt jetzt aber deutlich, dass Art. 51 Abs. 2 OR auf den Schadensversicherer nicht mehr anwendbar sei, *da dieser nicht hafte, sondern nur seinen Vertrag erfülle*.<sup>38</sup> Somit steht der Regress des Schadensversicherers gestützt auf Art. 50 f. OR gegen die vertragshaftpflichtige Person streng genommen nicht mehr offen. Der damals herangezogene Art. 51 Abs. 1 OR kann jedenfalls als Begründung nicht mehr dienen, denn er basiert wie Art. 51 Abs. 2 OR auf dem Konzept einer gemeinsamen Haftung gegenüber dem Geschädigten. Auch Art. 50 Abs. 2 OR geht von einer Haftung aus gemeinsamem Verschulden aus, das beim erfüllenden Schadensversicherer nicht vorliegt.

Mit dieser Frage befasst sich ein neuer Entscheid des Handelsgerichts Zürich.



Das Handelsgericht Zürich erachtete die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung als Bestätigung der Regressmöglichkeit auch gegen aus Vertrag haftpflichtige Personen: *«Dies führt dazu, dass die Kassadenordnung gemäss Art. 51 Abs. 2 OR auf die kantonale Schadenversicherung keine Anwendung finden kann und sich der Regress entsprechend Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR allein aufgrund richterlichen Ermessens bestimmt. Richterliches Ermessen ist pflichtgemäß auszuüben und hat sich an den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen zu orientieren. Aufgrund der verglichenen mit den Privatversicherungen und den Sozialversicherungen sehr ähnlichen Position kantonaler Schadenversicherungen ist es angezeigt, das Ermessen in diesem Sinne auszuüben und auch bei kantonalen Schadenversicherungen ein Regress auf Kausalhaftpflichtige (ohne zusätzliches Verschulden vorauszusetzen) zuzulassen. Der Ansatz des Bundesgerichts lässt sich – entgegen der Meinung der Beklagten (...) – noch weiterentwickeln und zwar in Bezug auf den Regress von Schadenversicherern auf aus Vertrag haftende Personen. Der Umstand, dass der Schadenversicherer nicht mehr als eine aus Vertrag haftende Person im Sinne von Art. 51 OR gilt, muss auch diesbezüglich das richterliche Ermessen beeinflussen: Täte er das nicht, so wäre es nun plötzlich schwieriger auf aus Vertrag Haftende als auf Kausalhaftpflichtige Regress zu nehmen. Dies kann aufgrund der sich in der (nicht anwendbaren) Regresskaskade widerspiegelnden Grundwertung des Gesetzgebers und in Anbetracht der Bedeutung der Verschuldenskomponente nicht sein. Konsequenterweise ist deshalb auch der Regress der Schadenversicherer auf aus Vertrag haftende Personen zu erleichtern und diesen bereits bei leichtem Verschulden – dieses ist nötig, damit überhaupt der vertragliche Haftungstatbestand erfüllt ist (...) – zuzulassen.»*<sup>39</sup>

<sup>36</sup> BGE 80 II 247 E. 5: «En tout cas; il s'impose de le refuser lorsque le tiers répond seulement d'une faute contractuelle légère, qu'il l'ait commise lui-même ou qu'elle soit le fait de ses employés.»

<sup>37</sup> BGer, 4C.92/2007, 31.7.2007, E. 3.1; BGer, 4C.148/2001, 6.6.2002, E. 5.2; BGE 114 II 342 E. 3.

<sup>38</sup> BGer, 4A\_602/2017, 7.5.2018, E. 2.4 und 2.6.

<sup>39</sup> HGer ZH, HG160139, 2.10.2018, E. 2.4.2.2.

**18.** Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2018 (BGE 144 III 319)

**Sachverhalt:** Der Geschädigte erlitt bei einem Arbeitsunfall in einem Abwasserkontrollschacht Verbrennungen. Seine Arbeitgeberin war beauftragt, die Kanalisationsleitungen und die Schächte zu saniieren und abzudichten. Während der Geschädigte im Schacht arbeitete, entzündete sich an einer von ihm gerauchten Zigarette – die Arbeitgeberin hatte kein Rauchverbot ausgesprochen – im Schacht befindliches Gas. Der Geschädigte erlitt Verbrennungen und leidet seither an psychischen Folgen des Unfalls. SUVA, IV und AHV richteten nach dem Unfall Leistungen aus. Das Gas stammte aus einer lecken Gasleitung des bei der Versicherungsgesellschaft A. AG haftpflichtversicherten Gaswerks. SUVA, IV und AHV wollten Regress auf den Versicherer des Gaswerks nehmen. Das Bundesgericht kam in BGE 143 III 79 E. 6.1.3.4 in gleicher Angelegenheit zum Schluss, der Sozialversicherer müsse sich den Vorteil anrechnen lassen, der seinen versicherten Arbeitgebern zugestanden werde. Gemeint war damit das Regressprivileg des Arbeitgebers (Art. 75 Abs. 2 ATSG). Die Vorinstanz liess in der Folge den Regress gegen den Versicherer des Gaswerks nicht zu. Es argumentierte, dass der Arbeitgeber im internen Verhältnis gemäss Art. 51 Abs. 2 OR alles hätte alleine tragen müssen und das kausalhaftpflichtige Gaswerk erst an dritter Stelle hafte. Die Sozialversicherer zogen den Streit mit Beschwerde vor Bundesgericht.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vorkommnisse nicht den gängigen Abläufen entsprochen hätten, weil das bereits ausgetretene Gas sich aufgrund des vom Arbeitgeber nicht durchgesetzten Rauchverbots entzündet habe: «*Zum Schaden ist es nicht gekommen, weil erst durch eine Vertragsverletzung die Gefahr, die sich realisiert hat, heraufbeschworen wurde, wie dies etwa der Fall wäre, wenn grobfahrlässig von Dritten Arbeiten an Rohrleitungen ohne die dabei notwendigen Sicherheitsmassnahmen vorgenommen werden. Im zu beurteilenden Fall hatte sich die typische Betriebsgefahr vielmehr bereits unabhängig von der Vertragsverletzung im entzündlichen Luft-Gasgemisch ausserhalb der Rohrleitungen manifestiert. Das vertragswidrige Verhalten beeinflusste nur die Auslösung der Gefahrverwirklichung. Einem derartigen Zusammenspiel trägt die starre Stufenfolge von Art. 51 Abs. 2 OR nicht Rechnung.*» (E. 5.5.2).

Es erinnerte deshalb daran, dass die Regresskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR nur *in der Regel* gelte und beim vorliegenden Zusammenspiel von Vertragsverletzung und Betriebsgefahr nicht angemessen sei: «*Zu den hier zu beurteilenden Unfallfolgen kam es damit aufgrund eines Zusammenspiels der Betriebsgefahr mit einer – wenn auch nicht grobfahrlässigen – Pflichtverletzung der Arbeitgeberin. Dieses Zusammenspiel lässt es gerechtfertigt erscheinen, für die Bemessung der Regressforderung der Beschwerdeführerinnen [i.e. AHV, IV und SUVA] gegen die Beschwerdegegnerin einen allfälligen Schaden intern zwischen der Arbeitgeberin (die sich freilich auf das Privileg berufen kann) und der Beschwerdegegnerin hälftig aufzuteilen. Den hälftigen Anteil, den die Arbeitgeberin ohne Subrogation intern zu tragen hätte und den die Beschwerdegegnerin zufolge des Regressprivilegs nicht erhältlich machen kann, müssen sich die Beschwerdeführerinnen anrechnen lassen.*» (E. 5.5.3).

**Bemerkungen:** Hat dieses Urteil wirklich eine Änderung des Regresses eingeläutet, wie es JAUN vorbringt? «*Nachdem Art. 51 Abs. 2 OR nach der neuen Rechtsprechung auf den Regress des Schadensversicherers keine Anwendung mehr findet, ist die ratio der Stufenordnung obsolet geworden und der Weg im Verhältnis zu den Kausalhaftung frei für eine sektorelle Verteilung des Schadens in Würdigung aller Umstände, wie sie etwa im Anwendungsbereich von Art. 60 Abs. 2 und Art. 61 OR [recte SVG] praktiziert wird. In der Sache geht es darum zu quantifizieren, in welchem Ausmass der vom Ersatzpflichtigen zu vertretende Haftungsgrund für das Schadenereignis kausal war und sich das betreffende Risiko verwirklicht hat. Aus dem vorliegenden Entscheid lässt sich dabei folgern,*

*dass eine Gefährdungshaftung nur ausser Betracht fallen kann, wenn ein Verschulden so stark überwiegt, dass die Betriebsgefahr als quantité négligeable erscheint. Dasselbe muss sinngemäss auch für die gewöhnlichen Kausalhaftungen gelten.»<sup>40</sup>*

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil diese Sichtweise relativiert, indem es festhielt, dass Art. 51 Abs. 2 OR *in der Regel eben doch gelte* (siehe Nr. 20).

#### 19. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2020 (4A\_529/2019)

**Sachverhalt:** Ein für eine Gemeinde eingesetzter Arbeitnehmer hatte einen Arbeitseinsatz im Rahmen der Säuberung eines unwettergeschädigten Gebietes. Er musste den Transport von Holz in Säcken durch einen Heliokopter vom Boden aus unterstützen. Nach der Leerung eines Sackes blieb ein Holzstück darin hängen und fiel aus 5-8 Metern Höhe auf seinen Kopf. Der Arbeitnehmer trug keinen Helm. Er richtete Klagen gegen seine Arbeitgeberin und die Heliokopterbetreiberin.

**Erwägungen:** In einem ersten Schritt bejahte das Bundesgericht die vorinstanzliche Würdigung der Haftung gemäss Art. 64 LFG: «*Il a retenu qu'au sens de cette disposition, une pièce de bois chutant d'un sac suspendu par une élingue à un hélicoptère devait être considérée comme provenant d'un aéronef et le demandeur comme un tiers.*» (E. 3).

In einem zweiten Schritt lehnte es die Haftung der Gemeinde als faktische Arbeitgeberin ab, denn die rechtliche Arbeitgeberin habe das Sicherheitsdispositiv konzipiert und die Sicherheitsausrüstung zur Verfügung gestellt. Die Arbeitgeberin habe ungenügend überwacht, ob die Arbeiter der Helmtragepflicht nachkommen. Aber auch die Mitarbeiter der Heliokopterbetreiberin hätten die Arbeiten sofort einstellen müssen, als sie bemerkt haben, dass die Arbeiter der anderen Unternehmung keinen Helm trugen.

Die zwei Fehler des verletzten Arbeiters – er hat keinen Helm getragen (mittleres Versäumnis) und den Blickkontakt zum Heliokopter beim Abflug nicht gehalten (schweres Versäumnis) – vermöchten die Kausalität nicht zu unterbrechen. Es sei aber richtig, die Ansprüche des Klägers um 70-75% des Schadens zu kürzen. Das Verschulden der Heliokopterbetreiberin, die den Transport nicht abgebrochen habe, sei zweitrangig. Ihr Verschulden zusammen mit der Verantwortlichkeit aus Art. 64 LFG kompensierte teilweise das Eigenverschulden des Klägers. Dieser müsse sich deswegen nur noch eine Reduktion um 50% anrechnen lassen.

Das Bundesgericht schützte im Innenverhältnis der Beklagten die hälftige Verteilung des Schadens auf die Arbeitgeberin und die Heliokopterbetreiberin (E. 3).

**Bemerkungen:** Es geht um die unechte Solidarität (Art. 51 OR) – die Arbeitgeberin haftet aus Verschulden, die Heliokopterbetreiberin aus Kausalhaftung und aus Verschulden. Bundesgericht und Vorinstanz haben in diesem Urteil erneut auf BGE 144 III 319 (siehe oben, Nr. 18) Bezug genommen. Die Arbeitgeberin monierte, dass der Anteil der Heliokopterbetreiberin zu niedrig ausgefallen sei und die Vorinstanz vom Schema des Art. 51 Abs. 2 OR abgewichen sei. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass die Vorinstanz gerade wegen des zusätzlichen Verschuldens der Heliokopterbetreiberin von diesem Schema abgewichen sei – hätte sie das Schema zur Anwendung gebracht, trüge die Arbeitgeberin den Schaden alleine (E. 6.2.2). Die Einschätzung der Anteile an der Verursachung und der Haftung scheinen deshalb vernünftig. Fraglich ist einzlig, ob der gerichtliche Verweis auf BGE 144 III 319 wirklich passt. Er ist meines Erachtens nicht richtig, denn das Bundesgericht wollte, wie es im nachfolgend besprochenen Urteil festhält, die Regel des Art. 51 Abs. 2 OR keineswegs

---

<sup>40</sup> JAUN, ZBJV 2020, 178.

ständig aushebeln, sondern nur in besonderen Fällen, die hier nicht einschlägig sind (siehe nachfolgend, Nr. 20). Hinzu kommt, dass die vorliegende interne Aufteilung schon nach bisherigen Grundsätzen möglich war: Wenn den Arbeitgeber und die Helikopterbetreiberin ein Verschulden trifft, ging man schon vorher von einer internen Schadensaufteilung anhand der Verschuldens aus: «*Mit Verschulden i.S.v. Art. 51 Abs. 2 ist eigenes, persönliches Verschulden gemeint. In diese Kategorie fallen somit v. a. Haftpflichtige, die nach Art. 41 haften. Aber auch ein Haftpflichtiger, der aus Vertrag und aus Art. 41 haftet (BGE 120 II 58, 60 E. 3a; 113 II 246, 247 E. 3; BK-Brehm, N 54a), und ein Kaufhaftpflichtiger, den zusätzlich ein Verschulden trifft, sind in diese Kategorie einzureihen und in dem Umfang regressverpflichtet, als sie aufgrund ihres Verschuldens als Verschuldenshaftpflichtige einzustehen haben (BK-Brehm, N 56; vgl. BGE 107 II 489, 496 E. 5b; 120 II 58, 60f. E. 3a).»<sup>41</sup>*

Die Reduktion der Ansprüche des Klägers um die Hälfte entspricht den strassenverkehrsrechtlichen Gegebenheiten, auf die die Vorinstanz explizit verweist. Wenn ein Motorradfahrer unvorsichtig und ohne Helm in eine Strasse einbiegt, wo ihn ein Automobil erfasst, dessen Halter ein mittleres Verschulden trifft, so führt dies gemäss BREHM zu einer Aufteilung von 40-50% für den Motorradfahrer und 50-60 für den Automobilisten.<sup>42</sup> Das passt hier: Der Arbeitnehmer ersetzt hier den Motorradfahrer, die Helikopterbetreiberin steht für die Automobilhalterin – bloss muss man den Anteil der Schadensverursachung durch das Automobil auf die Arbeitgeberin und die Helikopterbetreiberin noch intern aufteilen.

Wer muss die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften kontrollieren? Ist es der Arbeitsverleiher oder der Einsatzbetrieb, hier also die Gemeinde? Im vorliegenden Fall war es anders: Die Arbeitgeberin des Klägers war eine Gesellschaft, die zum Zweck Geniearbeiten hatte. Die Gemeinde war lediglich ihre Kundin, nicht ein Einsatzbetrieb (E. 5.2.2). Ansonsten wäre es aber schon so, dass der Einsatzbetrieb für die Sicherheit zu sorgen hat: «*Der Arbeitgeber, der in seinem Betrieb Arbeitskräfte beschäftigt, die er von einem anderen Arbeitgeber ausleiht, hat hinsichtlich der Arbeitssicherheit gegenüber diesen die gleichen Pflichten wie gegenüber den eigenen Arbeitnehmern.*» (Art. 10 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, SR 832.30).

## 20. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 2020 (4A\_397/2019)

**Sachverhalt:** Die B.A. AG ist Mieterin einer Liegenschaft, die der A. AG gehört. Zwei Mitarbeitende der B.A. AG, der Lagerleiter D. und die Aushilfe E., hatten direkt vor dem Warenlift eines von sechs Boden-Metallgittern aus der Verankerung gelöst, um Schmutz zu entfernen. Chauffeur F., ebenfalls Mitarbeiter der B.A. AG, fiel deshalb vier Meter tief. Unter dem entfernten Gitter befand sich nämlich lediglich eine Styroporplatte, um den Luftzug zu stoppen. AHV und IV mussten Leistungen erbringen und wollten bei der A. AG als Werkeigentümerin Regress nehmen. Beide Vorinstanzen wiesen die Klage ab und verneinten schon die Haftbarkeit des Werkeigentümers.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. Es liess die Frage der Haftbarkeit des Werkeigentümers offen, weil auch bei bestehender Werkeigentümerhaftung kein Regressrecht auf den Werkeigentümer bestehe.

Die Beschwerdeführerinnen AHV und IV wollten in einem ersten Schritt die neue Rechtsprechung umstossen, wonach auch der nicht privilegierte Haftpflichtige (i.c. der Werkeigentümer) den regressierenden Sozialversicherern nur insoweit erstattungspflichtig ist, als er im Innenverhältnis mit dem

<sup>41</sup> BSK OR I-GRABER, Art. 41 N 15.

<sup>42</sup> BREHM, Responsabilité, N 593 f.

privilegierten Haftpflichtigen (d.h. dem Arbeitgeber) den Schaden tragen müsste, wenn kein Regressprivileg (Art. 75 Abs. 2 ATSG) bestünde (BGE 143 III 79 E. 6.1.3.3). Das Bundesgericht bekräftigte indessen die Erwägungen dieses Urteils.

In einem weiteren Schritt wollten die Beschwerdeführerinnen das Urteil umstossen, indem sie eine deliktische Haftung des Arbeitgebers aus Art. 55 OR und nicht aus Art. 101 OR geltend machten. Bei einer Haftung aus Art. 55 OR hätte diese im Sinne des Art. 51 Abs. 2 OR auf gleicher Ebene wie die Werkeigentümerhaftung gestanden, was eine Aufteilung ermöglicht hätte.<sup>43</sup> Das Bundesgericht ging zuerst auf die Frage ein, ob Art. 101 OR auf nebenvertragliche Schutz- und Verhaltenspflichten überhaupt anwendbar sei, liess die Frage aber offen (E. 6.2), da Art. 101 Abs. 1 OR eindeutig anwendbar sei: Der Leiter des Lagers D. sei zweifellos in einer Vorgesetztenfunktion gegenüber dem verunfallten Lagermitarbeiter und Chauffeur und daher verpflichtet, für die Arbeitgeberin die gesetzlichen Schutzpflichten wahrzunehmen.

Schliesslich beriefen sich die Sozialversicherer auf BGE 144 III 319 (siehe oben, Nr. 18) und machen geltend, wie dort sei die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Kaskadenordnung nicht anwendbar. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass sich in BGE 144 III 319 die Gefahr einer Gasleitung unabhängig von einer unsachgemässen Manipulation aufgrund des Gaslecks bereits manifestiert habe, während im vorliegenden Fall erst die Wegnahme des Gitters ohne Schutzvorkehrungen die Gefährlichkeit manifestiert habe: «*Indem das Gitter ohne die notwendigen Schutzmassnahmen entfernt wurde, schufen die handelnden Personen genau die Gefahr, die sich danach realisiert hat und gegen die sie bei korrektem Verhalten Schutzmassnahmen hätten ergreifen müssen.*» (E. 7.4.2). Dies rechtfertigte keine Abweichung von der Regel des Art. 51 Abs. 2 OR.

**Bemerkungen:** Die Abgrenzung zu BGE 144 III 319 hat das Bundesgericht gut verständlich vermittelt und damit klar gemacht, dass es in der Regel bei Art. 51 Abs. 2 OR bleibt.

Die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 OR auf vertragliche Verhaltens- und Nebenpflichten liess das Bundesgericht offen. *Wie müsste man diese Frage beantworten?* Folgenerwägungen können bei der Entscheidfindung helfen. Fallen Nebenpflichten auch unter die Hilfspersonenhaftung, strapaziert dies den funktionellen Zusammenhang, weil der Geschäftsherr für jede Handlung seiner Gehilfen haften müsste – denn hätte er im Sinne der hypothetischen Vorwerfbarkeit diese Handlung selbst vorgenommen, würde sie unter die Nebenpflichtverletzung fallen.<sup>44</sup> Ebenso müsste man sich fragen, ob die ohnehin viel zu grosszügige Freizeichnungsmöglichkeit in Art. 101 Abs. 2 OR ein noch grösseres Anwendungsfeld erhielte, wenn die Hilfspersonenhaftung auch solche Schutzpflichten umfasste. Eine solche Freizeichnung würde in der Regel die deliktische Haftung nach Art. 55 OR mitumfassen.<sup>45</sup> Lässt man die Schutzpflicht bei der vertraglichen Hilfspersonenhaftung aussen vor, könnte man im Falle einer Freizeichnung immerhin auf die Anwendung von Art. 55 OR ausweichen, sofern dessen Voraussetzungen – und insbesondere der funktionelle Zusammenhang – vorliegen.

---

<sup>43</sup> Vgl. BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 26.

<sup>44</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 101 N 10.

<sup>45</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 100 N 3.

## V. Spezialfragen

### A. Anfechtung eines Vergleichs

#### 21. Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2018 (4A\_228/2018)

**Sachverhalt:** Die Klägerin schloss nach einem Autounfall am 7. August 2000 einen Vergleich mit der Haftpflichtversicherung des Halters über Fr. 180'000. Schon im Januar 2001 focht sie den Vergleich an und machte später eine Forderung über Fr. 2.8 Mio. geltend. Die Klage blieb erfolglos.

**Erwägungen:** Der Streit drehte sich um zwei Fragen: Schloss der Vergleich vom Sommer 2000 *ers tens* alle Unfallfolgen ein und *zweitens*, falls dies nicht der Fall sein sollte, konnte die Klägerin den Vergleich im Sinne von Art. 87 Abs. 2 SVG anfechten?

Die Vorinstanz erachtete die Saldoklausel für neue und unvorhergesehene Ansprüche als nicht anwendbar, verneinte indes die Unvorhersehbarkeit – nicht im Sinne der absoluten Unvorhersehbarkeit, sondern der Möglichkeit des unerwarteten negativen Verlaufs. Der eingetretene Verlauf sei in diesem Sinne vorhersehbar gewesen. Dies vermochte die Klägerin auch vor Bundesgericht nicht umzustossen (E. 3.3 f.).

Sodann repetierte das Bundesgericht die Erfordernisse der Anfechtung gemäss Art. 87 Abs. 2 SVG: «*Nach Art. 87 Abs. 2 SVG sind Vereinbarungen, die eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung festsetzen, binnen Jahresfrist seit ihrem Abschluss anfechtbar. Ob die vereinbarte Entschädigung als offensichtlich unzulänglich betrachtet werden muss, ist anhand eines Vergleichs mit dem Mindestbeitrag zu entscheiden, der im Prozessfall gerichtlich zugesprochen worden wäre (...). Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung (...). Die vereinbarte Entschädigung muss nach dem Wortlaut des Gesetzes im Vergleich zur angemessenen "offensichtlich unzulänglich" sein. Es muss ein eindeutiger, krasser Unterschied bestehen (...). Dies bedeutet aber keineswegs, dass mehr als ein "offenbares Missverhältnis" vorliegen muss (...). Im Übrigen entspricht das Kriterium nach Lehre und Rechtsprechung jenem des "offenbaren Missverhältnisses" bei der Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR (...). Das Gericht hat einen doppelten Ermessensentscheid zu treffen. Zunächst bestimmt es unter Würdigung der Umstände die Bandbreite der objektiv angemessenen Entschädigung. Alsdann hat es diese mit der vereinbarten Abgeltungssumme zu vergleichen und zu entscheiden, ob es die Differenz als noch annehmbar betrachtet oder als derart eklatant, dass die Abgeltungssumme offensichtlich unzulänglich erscheint (...). Der Beweis für das offensichtliche Ungenügen der Entschädigung obliegt dem Geschädigten (BGE 109 II 347 E. 2 S. 348).» (E. 4.1).*

**Bemerkungen:** Es ist unglaublich schwierig, einen solchen Vergleich anzufechten. Als vorsichtige Anwältin und als vorsichtiger Anwalt drängt es sich angesichts dieser Erwägungen fast schon auf, bei den Verhandlungen auf die Aufnahme von vertraglichen Anpassungsgründen und -klauseln für nicht erwartete Verläufe zu pochen.

### B. Wann geht es um Enteignung, wann um Schadenersatz?

#### 22. Urteil des Bundesgerichts vom 14. Februar 2019 (5A\_773/2017)

**Sachverhalt:** Ein Grundeigentümer klagte gegen die Gemeinde auf Schadenersatz aus Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB. Bei der Renovation der öffentlichen Strasse im Gemeingebräuch verursachten Erschütterungen Risse bei seinem Gebäude. Das Bezirksgericht trat auf die Klage nicht ein – es gehe vielmehr um eine Enteignung im Sinne von Art. 5 EntG, die auf dem Staatshaftungsweg zu

behandeln sei. Der Grundeigentümer machte demgegenüber geltend, ein Schadenersatzanspruch könne nicht enteignet werden.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hielt zunächst fest, Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB seien bei Grundstücken der öffentlichen Hand uneingeschränkt nur auf Grundstücke im Finanzvermögen anwendbar: «*Bei Immissionen aus Grundstücken des Verwaltungsvermögens oder im Gemeingebräuch kann sich der geschädigte Private gegenüber dem Gemeinwesen nach der Rechtsprechung jedoch nicht in jedem Fall auf Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB berufen, sondern ist er unter Umständen auf den Enteignungsweg verwiesen.*» (E. 3.2).

Entgegen der Ansicht des Grundeigentümers sei es möglich, Schadenersatzansprüche zu enteignen: «*Allerdings ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass alle aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte gemeint sind. Insbesondere wurden auch die Schadenersatzansprüche immer wieder erwähnt und zu den der Enteignung zugänglichen Ansprüchen gezählt bzw. wurde darauf hingewiesen, dass alle von Art. 679 ZGB eingeräumten Ansprüche enteignet werden könnten (...). Es besteht insoweit durchaus [...] eine langjährige und konstante Rechtsprechung in diesem Sinne.*» (E. 3.3.1). Das relevante Kriterium sei die Vermeidbarkeit: «*Gehen die Einwirkungen von einem Werk aus, das im öffentlichen Interesse liegt und für welches dem Werk- bzw. Grundstückseigentümer das Enteignungsrecht zusteht, und können die Immissionen nicht oder nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand (insbesondere an Kosten) vermieden werden, so weichen die Abwehransprüche des Grundeigentümers dem vorrangigen öffentlichen Interesse und es stehen ihm die nachbarrechtlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche gemäss Art. 679 ZGB nicht zur Verfügung.*» (E. 3.2).

Für die Vermeidbarkeit musste gemäss Obergericht Zürich der geschädigte Grundeigentümer die Beweislast tragen. Das Bundesgericht lehnte dies ab: Der Grundeigentümer habe lediglich geltend zu machen, die Immissionen seien vermeidbar; die Beweislast treffe sodann die Gemeinde. Es begründete diese Beweislastverteilung mit der Beweisnähe der bauenden Gemeinde (E. 3.4).

**Bemerkungen:** Das klingt alles vernünftig, aber es bleibt die Frage, weshalb man einen Schadenersatzanspruch enteignen muss, um dafür eine Entschädigung zu zahlen. Und weshalb hat man eigentlich den Art. 679a ZGB geschaffen? Dort ging es doch gerade darum, erlaubte Umbautätigkeiten keinem Unterlassungsanspruch auszusetzen. Die Argumente des Klägers haben durchaus etwas für sich.

### C. Teilklage

#### 23. Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2018 (4A\_442/2017 = BGE 144 III 452)

**Sachverhalt:** Es ging um eine Verantwortlichkeitsklage einer Bank gegen Organe einer Gesellschaft (Revisionsstelle, faktisches Organ und einziger Verwaltungsrat) im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung. Von total Fr. 6 Mio. klagte die Klägerin nur Fr. 3 Mio. ein. Die Vorinstanzen traten auf die Klage nicht ein, weil die Klägerin es bei dieser Teilklage mit objektiver Klagehäufung unterlassen habe, die Prüfungsreihenfolge und den jeweiligen Umfang in ihrem Rechtsbegehren im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 143 III 254 und 142 III 683<sup>46</sup> darzulegen.

---

<sup>46</sup> BGE 142 III 683 E. 5.4: «Zusammenfassend ist festzuhalten, dass immer, wenn mehrere teilbare Ansprüche gegen denselben Schuldner in einer Klage gehäuft werden, davon aber bloss ein Teil eingeklagt wird, in der Klage zu präzisieren ist, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden (...).»

**Erwägungen:** Das Bundesgericht stellt nach beissender Kritik aus der Lehre und der Klägerin fest, dass die sichere Festlegung der verschiedenen Lebenssachverhalte unmöglich sei: «*Mangels eindeutiger Kriterien ist für die klagende Partei nicht zuverlässig vorherzusehen, ob die von ihr zur Begründung vorgetragenen Tatsachen als ein einziger, einheitlicher Lebenssachverhalt gewürdigt oder ob und gegebenenfalls wie sie vom Gericht aufgegliedert werden. Folglich hat sie keine Klarheit darüber, inwieweit sie – unter sonstiger Nichteintretensfolge – angeben muss, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang die einzelnen Teilbeträge geprüft werden müssen. Demgegenüber muss sich die beklagte Partei ohnehin – also auch bei Angabe der Prüfungsreihenfolge – gegen alle vorgetragenen Ansprüche verteidigen. Unter diesen Umständen kann an dieser Unterscheidung nicht festgehalten werden. Vielmehr ist in Änderung der Rechtsprechung auf das Erfordernis zu verzichten, dass, wenn mehrere Ansprüche in einer Teilklage gehäuft werden, in der Klage zu präzisieren ist, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden. Im Sinne der Praxis vor Inkrafttreten der ZPO ist lediglich zu verlangen, dass die klagende Partei hinreichend substanziert behauptet, es bestehe eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung (...).» (E. 2.4).*

**Bemerkungen:** Es ist ein grosses Glück, dass dieser Spuk ein so schnelles Ende gefunden hat. Mit der geforderten Präzisierung des Rechtsbegehrens machte das Bundesgericht den sog. *Auffüleffekt*<sup>47</sup> der Teilklage zunichte, der massgeblich geholfen hat, eine Klage einfacher zu erheben. Folge davon war eine weitere Erschwerung der Klage und damit ein noch weiter versperrter Zugang zum Recht. Die unspezifizierte Klage hat das Bundesgericht früher wohl ausgerechnet deshalb zugelassen, weil es dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen wollte.<sup>48</sup> Zum Glück geht das wieder!

#### 24. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 2019 (4A\_29/2019 = BGE 145 III 299)

**Sachverhalt:** Die Klägerin verlangte mit ihrer Klage vor Arbeitsgericht Zürich von ihrer Arbeitgeberin die Bezahlung von Fr. 14'981.25 unter Vorbehalt der Nachklage. Es handle sich um eine Teilklage aus der Gesamtforderung für Überzeitentschädigung der Jahre 2014, 2015 und 2016 im Betrag von insgesamt Fr. 51'850, wovon sie nur die Überzeitentschädigung aus dem Jahre 2016 geltend mache. Die Arbeitgeberin erhob Feststellungswiderklage, wonach sie keine Entschädigung aus Überzeit schulde. Das dafür notwendige Feststellungsinteresse liege darin, dass die Forderung sie in ihrer Privatsphäre beeinträchtige.

Der Einzelrichter am Arbeitsgericht trat mit Verfügung vom 17. Mai 2018 auf die Widerklage nicht ein und wies den Antrag der Arbeitgeberin auf Überweisung in das ordentliche Verfahren ab. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Berufung der Arbeitgeberin mit Urteil vom 27. November 2018 ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Arbeitgeberin gut, hob das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurück.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht ging zuerst auf den früheren Entscheid BGE 143 III 506 E. 4.1-4.4 ein. Dort hatte es entschieden, dass eine negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage im vereinfachten Verfahren möglich sein müsse, selbst wenn für die negative Feststellungswiderklage aufgrund des höheren Streitwerts eine andere Verfahrensart – das ordentliche Verfahren – anwendbar sei. Diesfalls sei die Widerklage, die einen höheren Streitwert als Fr. 30'000 aufweise, zusammen mit der Teilklage im ordentlichen Verfahren zu behandeln.

<sup>47</sup> Vgl. zum Auffüleffekt WAGNER/SCHMID/SANTSCHI, HAVE 2013, 322 ff., 327; vgl. auch die Überlegungen in BGER, 4A\_111/2016, 24.6.2016, E. 4.5 f.; STAHELIN, 640.

<sup>48</sup> Vgl. STAHELIN, 633 f., m.w.H.

Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass es die eben begonnene Rechtsprechung nicht etwa auf *echte* Teilklagen beschränkt wissen wolle: «Wenn das Bundesgericht in 143 III 506 darauf hingewiesen hat, dass es sich um eine sogenannte echte Teilklage handle, dann deshalb, weil in solchen Fällen – etwa bei einer Klage auf Bezahlung eines vom Kläger einzig betragsmässig beschränkten Teils einer Kaufpreisforderung (...) – das Interesse der beklagten Partei an der negativen Feststellungswiderklage auf der Hand liegt, zumal sie den Streitgegenstand nicht anderweitig rechtshängig machen kann (Art. 64 Abs. 1 lit. a und Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Indessen ist die Ausnahme vom Erfordernis der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO nicht auf diesen Fall beschränkt, sondern gilt allgemein dann, wenn die Teilklage eine Ungewissheit zur Folge hat, die es rechtfertigt, im Sinne von Art. 88 ZPO die Feststellung des Nichtbestands einer Forderung oder eines Rechtsverhältnisses zu verlangen.»<sup>49</sup>

**Anmerkungen:** Bei einer *echten* Teilklage liegt das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungswiderklage auf der Hand, da sich der widerklageweise Anspruch sonst sich gar nicht vorbringen lässt. Bei der *unechten* Teilklage muss der Feststellungswiderkläger ein Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 88 ZPO dartun. Üblicherweise ergibt sich ein solches aus der Beeinträchtigung der Privatsphäre. Die Autoren RHINER/WOHLGEMUTH betonen in diesem Zusammenhang das *Reaktionserfordernis*, das sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen ergebe: Die negative Feststellungsklage muss als *Reaktion* auf die Teilklage erfolgen, weil sich ohne Feststellungswiderklage die Gefahr *sich widersprechender Urteile* zeige. So war es auch hier: Die Überzeit für das Jahr 2016 bedingte auch einen Entscheid über die beiden vorangegangenen Jahre, weil 2016 zum Teil Überzeit aus den beiden vorangegangenen Jahren kompensiert worden sei.<sup>50</sup>

#### D. Versagende Assistenzsysteme

##### 25. Urteil des Obergerichts Zürich vom 20. August 2018 (SU170056-O/U/ad)

**Sachverhalt:** Der Fahrer eines Volkswagens prallte auf der Autobahn ins Heck eines vor ihm fahrenden Mazdas, dessen Fahrer verkehrsbedingt bis zum Stillstand abbremsen musste. Der Unfall ereignete sich, «weil der Beschuldigte infolge mangelnder Aufmerksamkeit zu spät bemerkt habe, dass die automatische Abstandsregelung seines Fahrzeugs nicht reagiert habe und statt abzubremsen, das Fahrzeug stark beschleunigt habe».<sup>51</sup>

**Erwägungen:** «Der Auffassung der Vorinstanz [...], wonach de lege lata alle durch eigenes Fahren vermeidbaren Fehler von Assistenzsystemen strafrechtlich zulasten des Fahrzeugführers gehen und dieser die Verantwortung nicht an die Fahrassistenzsysteme delegieren kann, ist zu folgen.»<sup>52</sup> Das Obergericht schützte damit die Verurteilung des Lenkers wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 SVG und Art. 3 Abs. 1 VRV (Nichtbeherrschung des Fahrzeugs).

**Bemerkungen:** Die strafrechtliche Beurteilung versagender Assistenzsysteme knüpft weiterhin ausschliesslich beim Lenker an. Die Kurzformel lautet: De lege lata gehen alle durch eigenes Fahren vermeidbaren Fehler von Assistenzsystemen strafrechtlich zulasten des Fahrzeugführers. Im vorliegenden Fall ging es um einen Abstandsassistenten. Damit verdichtet sich die Rechtsprechung zu den versagenden Assistenzsystemen, wie die nachfolgenden Urteile zeigen:

---

<sup>49</sup> BGE 145 III 299 E. 2.3.

<sup>50</sup> BGE 145 III 299 E. 2.4, mit Verweis auf SJ 1988, 609 ff., E. 1d; RHINER/WOHLGEMUTH, AJP 2019, 1224.

<sup>51</sup> OGer ZH, SU170056-O/U/ad, 20.8.2018, E. III.1.

<sup>52</sup> OGer ZH, SU170056-O/U/ad, 20.8.2018, E. 3.2.

- OGer ZH, SB170053, 12.5.2017: Es ging um den Lenker eines Audi A7, der mit eingeschalteten Abstands- und Notbremsassistenten über eine Distanz von ca. 690 Metern und bei einer Geschwindigkeit von durchschnittlich 114 km/h mit einem Abstand von lediglich 7,1–10,9 Metern dem vor ihm fahrenden Fahrzeug folgte. Der Lenker konnte sich nicht darauf berufen, dass der Assistent diesen Abstand gewählt habe.
- Regionalgericht Emmental-Oberaargau, PEN 1716 DIP, 30.11.2017: Ein Tesla-Fahrer prallte auf der Autobahn mit 100 km/h ungebremst in einen grossen, gut sichtbaren und schon 500 Meter vorher angekündigten Signalisationsanhänger. Dabei vertraute er vollumfänglich den Funktionen «Autosteer» und «Traffic-Aware Cruise Control», ohne sich dem Verkehr zu widmen. Das konnte ihn nicht entlasten: Die Verurteilung erging wegen grober Verkehrsregelverletzung, jedoch beurteilte das Gericht das Verschulden als relativ gering, weil der Lenker einfach dem Assistenzsystem vertraute. Diese Äusserung stiess auf Kritik.<sup>53</sup>
- BGer, 1C\_95/2014, 13.6.2014: In einem früheren Urteil hielt das Bundesgericht obiter – es ging eigentlich um einen Führerausweisentzug aufgrund eines strafrechtlich bereits beurteilten Unfalls – fest, dass man so fahren müsse, dass das Fahrzeug auch bei einem Ausfall der Assistenzsysteme beherrschbar bleibe. Es ging um einen Mercedes E 250, der bei widrigen Strassenverhältnissen, übersetzter Geschwindigkeit, abgefahrener Reifen und ausgefallenem ESP («Fahrhilfesystem») ins Schleudern geriet.
- BGer, 6B\_661/2016, 23. Februar 2017: Der Lenker eines Tesla fuhr zu schnell (115 km/h anstelle der erlaubten 80 km/h) und machte geltend, sein Tacho habe nicht richtig funktioniert. Hier geht es zwar nicht um ein Assistenzsystem, doch zeigt sich eine ähnliche Argumentation: *«Nach dem soeben Gesagten ist für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes von Art. 90 Abs. 2 SVG nicht entscheidend, ob die Tachometeranzeige richtig funktioniert hat. Gleichermaßen gilt für den Einwand, wonach die angezeigte Geschwindigkeit aufgrund der zu grossen Reifen geringer gewesen sei, als die tatsächlich gefahrene. So oder anders musste dem Beschwerdeführer die massive Geschwindigkeitsüberschreitung bewusst sein und ist zumindest von grober Fahrlässigkeit auszugehen.»* (E. 1.3.2).<sup>54</sup>

Einzigster mir bekannter Ausreisser ist die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 24. Mai 2018. Der Lenker eines Tesla kollidierte im Autopilot-Modus mit einem Verkehrsteiler, den er bei eigenhändigem Fahren mit Sicherheit bemerkt hätte.<sup>55</sup>

Die Rechtsprechung zu den versagenden Assistenzsystemen ist zwar richtig und begrüssenswert. Dennoch birgt sie für die Automobilisten Gefahren. Diese verlassen sich immer stärker auf Assistenzsysteme, indem sie einen forschen Fahrstil wählen und ihre Aufmerksamkeit dem Telefon oder anderen Ablenkungen zuwenden. Was bringt ein Autopilot, wenn man weiterhin die Aufmerksamkeit ungeteilt dem Verkehr widmen muss? Hat sich ein Vertrauen in die Assistenzsysteme entwickelt, leidet die Aufmerksamkeit fast schon zwangsläufig. Die oben dargelegte Rechtsprechung trägt diesem Faktum keine Rechnung, entspricht aber den Gegebenheiten des geltenden Rechts, das die volle Aufmerksamkeit des Lenkers zu allen Zeiten verlangt.

<sup>53</sup> ZURKINDEN, Jusletter 3.12.2018, N 20 ff. und 40; RUSCH, AJP 2019, 136.

<sup>54</sup> Zu weiteren Fällen abweichender angezeigter Geschwindigkeiten aufgrund eines fehlerhaften Tempomats siehe LOHMANN/RUSCH, HAVE 2015, 350.

<sup>55</sup> Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Graubünden, VV.2016.2612/ME, 24.5.2018.

## E. VW-Abgasskandal

### 26. Urteil des BGH vom 25. Mai 2020 (VI ZR 252/19)

**Sachverhalt:** Der Kläger hat am 10. Januar 2014 von einem Autohändler einen gebrauchten VW Sharan 2.0 TDI zum Preis von € 31'490 erworben. Die Beklagte Volkswagen AG ist die Herstellerin dieses Fahrzeugs. Der Fahrzeugtyp erhielt die Typgenehmigung der Schadstoffklasse Euro 5. Das am 12. Juli 2012 erstmals zugelassene Fahrzeug wies beim Erwerb einen Kilometerstand von 20'000 km auf. Die Software des Motors dieses Fahrzeugs erkannte den Prüfstand und reinigte die Abgase nur dort korrekt. Im September 2015 räumte die Beklagte öffentlich die Verwendung dieser Software ein. Auf behördliche Verpflichtung hin führte die Beklagte ein Update der betroffenen Fahrzeuge durch. Beim Kläger geschah dies im Februar 2017.

Mit Schreiben vom 15. September 2017 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Erstattung des Kaufpreises unter Fristsetzung bis zum 1. Oktober 2017 auf und bot Zug um Zug die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs an. Mit seiner Klage verlangte er die Zahlung von € 31'490 nebst Zinsen und Kosten gegen Übergabe des Fahrzeugs, das im relevanten Zeitpunkt einen Kilometerstand von 72'229 km aufwies.

**Erwägungen:** Der BGH schützte den Schadenersatzanspruch des Klägers gestützt auf § 826 BGB. Volkswagen habe sich entschieden, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse das Kraftfahrbundesamt systematisch zu täuschen. Dabei habe es Fahrzeuge in Verkehr gebracht, denen bei Aufdeckung der Täuschung die Stilllegung gedroht hätte. Dieses Verhalten komme einer unmittelbaren Täuschung der Endkunden gleich und sei mit der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar. Die entsprechende Entscheidung sei vom Leiter der Motorenabteilung wenn nicht selbst getroffen, von ihm gebilligt worden und deshalb Volkswagen zurechenbar.

Der Schaden des Klägers liege im Kauf eines Fahrzeugs, den er in Kenntnis der Umstände nicht getätigt hätte, da man ein Fahrzeug erwerbe, um es benutzen zu können. Die Möglichkeit einer Stilllegung stehe dem entgegen und lasse den Kauf als unvernünftig erscheinen. Der BGH befürwortete die Naturalrestitution: Der Kläger erhalte Schadenersatz in Höhe des Kaufpreises, müsse aber das Fahrzeug der Beklagten herausgeben und sich die zwischenzeitliche Nutzung des Fahrzeugs anrechnen lassen: «Das Berufungsgericht hat die von dem Kläger gezogenen Vorteile gemäss § 287 ZPO geschätzt, indem es den von dem Kläger gezahlten Bruttokaufpreis (31.490 €) für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (280.000 km) geteilt und diesen Wert mit den gefahrenen Kilometern (52.229) multipliziert hat (...).»

**Bemerkungen:** In der Schweiz wäre in dieser Konstellation Art. 41 Abs. 2 OR einschlägig. Die Voraussetzungen sind identisch, doch hält sich teilweise das Gerücht, dieser Artikel sei nur zurückhaltend anwendbar, wofür es keinerlei Gründe gibt. Da die Norm im Gesetz steht, klare Voraussetzungen benennt und wichtige Rechtsschutzlücken bei Absatzketten<sup>56</sup> zu füllen vermag, ist die Zurückhaltung Schweizerischer Gerichte<sup>57</sup> bei der Anwendung des Art. 41 Abs. 2 OR unverständlich.<sup>58</sup>

Die Abwicklung des Schadenersatzanspruchs erfolgt besonders elegant via *Naturalrestitution*. Es ist keine Wandlung, denn der Käufer gibt das Fahrzeug nicht dem Verkäufer, sondern dem Hersteller

---

<sup>56</sup> Dazu RUSCH/SCHWIZER, AJP 2016, 1304 f.; das Problem liegt darin, dass die Fahrzeughändler als Verkäufer mangels Kenntnis der Manipulationen kein Verschulden trifft; der Fahrzeugkäufer wiederum steht nicht in einem Vertragsverhältnis mit dem Hersteller.

<sup>57</sup> BGE 124 III 297 E. 5e und BGer, 4C.353/2002, 3.3.2003, E. 5.1.

<sup>58</sup> So auch BK-BREHM, Art. 41 N 237.

zurück. Im Gegenzug erhält er Schadenersatz in der Höhe des Kaufpreises. Damit entfällt die aufwendige Festlegung des sicher strittigen Restwerts des Fahrzeugs. Auf diese Weise muss der Hersteller das Risiko tragen, ob er das Fahrzeug noch verkaufen kann. Das Bundesgericht hat die Naturalrestitution mehrfach geschützt.<sup>59</sup>

Der Schadenersatzanspruch kann jedoch nicht in voller Höhe des Kaufpreises bestehen, da der Kunde das Fahrzeug von der Ablieferung bis zur Rückgabe des Fahrzeugs nutzen konnte. Schweizer Präjudizien verwenden dafür die Differenz zwischen den Werten *zu Beginn und Ende der Nutzung*.<sup>60</sup> Diese Lösung taugt für vorliegenden Fall nicht, da der geschädigte Kunde bei einem neuen Fahrzeug den Löwenanteil der Abschreibung tragen müsste. Er müsste sogar den zusätzlichen und besonders hohen Abschlag tragen, den das Fahrzeug aufgrund des technischen Minderwerts und des Vertrauensverlustes erleidet. Auch eine Berechnung anhand der Leasing- oder Mietkosten für ein entsprechendes Fahrzeug führt zu überhöhten Werten,<sup>61</sup> weil sie nicht geschuldete Gewinne und die besonders hohe Anfangs-Abschreibung enthalten. Einzig die deutsche Lösung mit *linearer Teilwertabschreibung* anhand der gefahrenen Kilometer im Verhältnis zu einer Gesamtkilometerleistung von 300'000 km überzeugt deshalb.

Leider lassen sich diese Erkenntnisse für die hiesige Abwicklung des Abgasskandals kaum mehr verwenden. Die Klage der Stiftung für Konsumentenschutz, die sich Ansprüche vieler VW-Lenker hat abtreten lassen, ist mangels Prozessfähigkeit der Stiftung gescheitert. Die Geltendmachung der Ansprüche im Rahmen einer *Sammelklage sui generis* sei vom Zweck der Stiftung nicht gedeckt.<sup>62</sup> Damit bleibt das deplorable Ergebnis, dass Schweizer VW-Kunden im Unterschied zum praktisch gesamten Ausland noch immer auf Entschädigungen warten und diese vielleicht gar nie erhalten werden.

## F. Touchscreen im Fahrzeug

### 27. Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe/BRD (1. Senat) vom 27. März 2020 (1 Rb 36 Ss 832/19)

**Sachverhalt:** «Nach den insoweit getroffenen Feststellungen hatte der Betroffene [...] als Führer des Fahrzeugs der Marke „Tesla“ [...] den fest neben dem Lenkrad über der Mittelkonsole des Fahrzeugs installierten Berührungs Bildschirm (Touchscreen) benutzt, um so die Intervalle des bereits wegen starken Regens eingeschalteten Scheibenwischers einzustellen. Aufgrund nicht angepasster Blickzurwendung auf den Bildschirm und der damit verbundenen Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen kam der Betroffene bei regennasser Fahrbahn und starkem Regen jedoch von der Fahrbahn nach rechts ab, fuhr in eine Böschung und kollidierte dort mit einem Netz knoten stationierungszeichen und mehreren Bäumen.»

Das Amtsgericht Karlsruhe verurteilte den Lenker wegen vorschriftwidrigen Benutzens eines elektronischen Gerätes nach § 23 Abs. 1a StVO zu einer Geldbusse von 200 € und verbot ihm für die Dauer von einem Monat das Führen von Kraftfahrzeugen im Strassenverkehr. Der Lenker beschwerte sich dagegen erfolglos beim Oberlandesgericht Karlsruhe.

**Erwägungen:** Die Bedienung eines Touchscreens in voller Fahrt falle unter § 23 Abs. 1a StVO, unabhängig davon, ob der Touchscreen für Unterhaltung, Navigation oder, wie im vorliegenden Falle,

<sup>59</sup> BGer, 4A\_297/2019, 29.5.2020, E. 6.5; BGE 99 II 176 E. 3; vgl. dazu RUSCH/MICHLIG, AJP 2016, 665 ff.

<sup>60</sup> BGer, 4C.197/2004, 27.9.2004, E. 4.2.

<sup>61</sup> MAISSEN, 91 f., m.w.H., der sich ebenfalls für die deutsche Berechnungsformel ausspricht.

<sup>62</sup> BGer, 4A\_43/2020, 16.7.2020 und HGer ZH, HG170257-O, 6.12.2019, E. 7.

für die eigentliche Bedienung des Fahrzeugs eingesetzt werde. Satz 2 von Abs. 1a erweiterte die Definition des elektronischen Geräts, indem es Beispiele dafür aufzähle: «(...) insbesondere Mobiltelefone oder Autotelefone, Berührungsbildschirme, tragbare Flachrechner, Navigationsgeräte, Fernseher (...).» In diesem Satz seien auch «Flachrechner» genannt, die mit Unterhaltung und Navigation nichts zu tun hätten. Der Touchscreen falle deshalb ungeachtet seiner Funktion unter die Definition des elektronischen Geräts, auf das man den Blick nur kurz wenden dürfe. Auch Sinn und Zweck der Norm führten zu diesem Resultat: Für die Verkehrssicherheit spielt es keine Rolle, zu welchem Zweck man sich durch den Touchscreen ablenken lasse.

**Bemerkungen:** Dieses Urteil könnte dem Trend zum leeren und knopflosen Armaturenbrett bremsen. Bei vielen Fahrzeugen existieren nur noch wenige Knöpfe. Als Ersatz dient ein Touchscreen, auf dem man Funktionen in Menus und Untermenüs wählen muss. Das beansprucht die Aufmerksamkeit des Lenkers meist ungleich länger als herkömmliche Bedienelemente.

*Würde ein Schweizer Richter zum selben Urteil kommen?* Ich glaube ja. Art. 3 Abs. 1 VRV differenziert zwar zwischen *Verrichtungen* und der *Bedienung* des Fahrzeugs. Angesichts des klaren ersten Satzes in Art. 3 Abs. 1 VRV, wonach die Aufmerksamkeit Strasse und Verkehr gehöre, gibt es jedoch keinen Raum, zwischen der *Bedienung* des Fahrzeugs und anderen *Verrichtungen* zu differenzieren. Aufgrund der neuen Trends in der Cockpitgestaltung kann auch die Bedienung des Fahrzeugs eine von Art. 3 Abs. 1 VRV erfasste Ablenkung bewirken, wenn diese zu lange dauert und den Lenker ablenkt. Es existieren tatsächlich auch Verurteilungen aufgrund der Ablenkung *durch eigentliche Fahrzeugbedienung*. Es ging um einen Lenker, der nicht wusste, wie man das Licht einschaltet: «*Jede Verrichtung, welche die Fahrweise erschwert und damit die Aufmerksamkeit des Führers vom Verkehr ablenkt, ist während der Fahrt zu unterlassen, auch wenn sie zur Bedienung des Fahrzeugs gehört. Wenn der Angeklagte, wie er selbst angibt, das Fahrzeug seines Bruders noch zu wenig kannte, um den Lichtschalter zu finden, ohne sich vom Verkehr ablenken zu lassen, wäre es seine Pflicht gewesen, die Fahrt zu unterbrechen, um die Beleuchtung des Armaturenbrettes einzuschalten.*»<sup>63</sup> Zwei weitere Urteile thematisieren am Rande die Bedienung der Lüftung.<sup>64</sup>

*Weist ein Fahrzeug einen Mangel auf, wenn man genuine Fahrfunktionen nur noch auf dem Touchscreen einstellen kann?* Ich denke, das könnte man bejahen. Tatsächlich liegt der Gedanke einer Fehlkonstruktion durch ein unsinniges Bediensystem nahe: Nutzt man es bestimmungsgemäss, schafft man eine Gefahr oder macht sich strafbar. Der Fall erinnert an Konstruktionsmängel von früheren Automatikgetrieben, die man ohne Betätigung der Bremse von *Park* zu *Drive* wechseln konnte – eine Pedalverwechslung hatte eine unvermittelte Beschleunigung zur Folge.<sup>65</sup> Ein Konstruktionsmangel liegt beispielsweise auch dann vor, wenn der Getränkelhalter im Fahrzeug sich dort befindet, wo auslaufende Getränke die Klimaanlagensteuerung zerstören können.<sup>66</sup> Im Unterschied zu diesen beiden Fällen liegt beim Touchscreen nicht einmal eine fehlerhafte oder unvorsichtige, sondern eine *bestimmungsgemäss und vorhersehbare* Bedienung während der Fahrt vor.

---

<sup>63</sup> KGer GR, SB 71/69, 20.6.1969, E. 1, in: PKG 1969, 113.

<sup>64</sup> Nicht entscheidrelevant thematisiert in OGer ZH, SU150042, 22.12.2015, E. 2.5.3 und KGer SG, 27.10.2015, E. 3c.cc, in: GVP 2015 Nr. 52.

<sup>65</sup> Vgl. JOHN POLLARD/E. DONALD SUSSMAN, An Examination of Sudden Acceleration, January 1989, 43; offensichtlich zeigen sich derzeit viele Bedienfehler und Unfälle bei «*mono-stable shifters*» (joystick-ähnliche Automatikwählhebel ohne Schaltkulisse), weil Lenker irrtümlich glauben, sie hätten «*Park*» gewählt, der Wagen später aber wegrollt; vgl. In re FCA US LLC Monostable Elec. Gearshift Litig., 377 F. Supp. 3d 779 (noch nicht entschieden).

<sup>66</sup> LG Köln, 10 S 273/04, 23.2.2005.

## Literaturverzeichnis

- BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 127–142 OR, Das Erlöschen der Obligation, 3. A., Zürich 2002 (zit. ZK-BERTI).
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. A., Bern 2013 [zit. BK-BREHM].
- BREHM ROLAND, Die Betriebsgefahr als Voraussetzung der Haftung nach Art. 58 SVG, in: Probst Thomas/Werro Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010, 10.-11. Juni 2010, Bern 2010, 59 ff. [zit. BREHM, Betriebsgefahr].
- BREHM ROLAND, La responsabilité civile automobile, 2. A., Bern 2010 [zit. BREHM, Responsabilité].
- FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Bern 2013.
- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (51), HAVE 2019, 154 ff.
- JAUN MANUEL, Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 156/2020, 168 ff.
- DALLA VECCHIA DAVID, Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil 180021 vom 26. Februar 2019, K. gegen A., Anwaltshaftung, Verjährungsregel nach zürcherischem Staatshaltungsgesetz. Urteilsbesprechung 180021, AJP 2019, 639 ff.
- HOCHSTRASSER MICHAEL, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_602/2018 vom 28. Mai 2019, Schweizerische Bundesbahnen SBB gegen A., Eisenbahnhaftpflicht, AJP 2019, 1052 ff.
- HOCHSTRASSER MICHAEL/FRAUENFELDER ARTHUR, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C\_1098/2018 vom 27. September 2019, AJP 2020, 116 ff.
- KÜBLER MARTIN, Verantwortlichkeit und Strafbarkeit auf Begleitfahrten, Strassenverkehr 2/2014, 38 ff.
- LOHMANN MELINDA FLORINA/RUSCH ARNOLD F., Fahrassistsysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung, HAVE 2015, 349 ff.
- MAISSEN LINUS, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Diss. Zürich 1998, NIGGLI MARCEL A./PROBST THOMAS/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Basler Kommentar Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014 [zit. BSK SVG-Verfasser].
- REICHLE SEBASTIAN/SCHEIWILER TOBIAS, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_290/2018 vom 11. Oktober 2018, A. AG gegen B.B., C.B., D.B., E.B. und F.B., Motorradunfall, Haftung, AJP 2019, 852 ff.
- RHINER FRANZiska/WOHLGEMUTH MARC, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_29/2019 vom 10. Juli 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B., Arbeitsrecht, Widerklage, AJP 2019, 1221 ff.,
- ROBERTO VITO, BGE 145 III 409: Rechtsnatur der Haftung des Reiseveranstalters nach Pauschalreisegesetz und Beweislast; Art. 14 f. PRG, AJP 2020, 517 ff. [zit. ROBERTO, AJP 2020]
- ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel 1997 [zit. ROBERTO, Schadensrecht].
- RUSCH ARNOLD F., Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Probst Thomas/Werro Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.–22. Juni 2016, Bern 2016, 259 ff.

- RUSCH ARNOLD F., Strafrechtliche Erfassung versagender Assistenzsysteme im Strassenverkehr, AJP 2019, 134 ff.
- RUSCH ARNOLD F./MICHIG MATTHIAS, Naturalrestitution bei falscher Beratung, AJP 2016, 665 ff.
- RUSCH ARNOLD F./SCHWIZER ANGELO, Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Ansprüchen, AJP 2016, 1299 ff.
- STAHELIN DANIEL, Die unspezifizierte unechte Teilklage, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Zürich 2016, 627 ff.
- TRACHSEL JOHN, Die Bemessung der Genugtuung, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 288, Zürich 2018.
- VERDE MICHEL, Unverjährbarkeit von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen? Das Zusammenspielen von Art. 60 Abs. 2 OR und Art. 97 Abs. 3 StGB, AJP 2017, 837 ff.
- VUIA MIHAI, Der merkantile Minderwert als Teil des Vermögensschadens, NJW 2012, 3057 ff.
- WAGNER GERHARD, Münchener Kommentar, §§ 823-853 BGB, 7. A., München 2017.
- WAGNER PATRICK/SCHMID MARKUS/SANTSCHI BENOÎT, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zur risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE 2013, 322 ff.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. A., Basel 2019 [zit. BSK OR I-VERFASSER].
- ZURKINDEN NADINE, Vertrauen in Fahrzeugautomatisierung als strafmindernder Umstand?, Jusletter 3.12.2018.