

Haftpflichtrecht – wichtige Urteile

Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2021–2023



ARNOLD F. RUSCH*

I. Anspruchsgrundlagen und ihre spezifischen Voraussetzungen

A. Haftung aus Art. 55 OR

1. BGer, 4A_603/2020, 16.11.2022

Sachverhalt: Ein Vermögensverwalter hat bei einer Bank 1999 zwei Konten eröffnet. Der Bank teilte er mit, es handle sich um Konten für seine Provisionen. In Tat und Wahrheit liefen über die beiden Konten unzählige Transaktionen ab. Der Vermögensverwalter beglich über dieses Konto versprochene Gewinne und Zinsen aus vorgeblichen Investitionen mit den Einzahlungen anderer Klienten: «*Le prétendu gérant a berné ses clients pendant plusieurs années en leur faisant croire qu'il investissait leurs fonds dans des opérations rentables alors qu'en réalité, il utilisait l'argent confié par de nouvelles victimes pour en rembourser d'autres ou leur payer de prétendus intérêts. Il détournait aussi une partie des fonds sur des comptes ouverts dans d'autres banques, ou dans des sociétés de courtage, ou encore dans des placements sur titres*» (A.c). Er starb im Jahre 2007, die Bank bemerkte von den Machenschaften nichts.

Erst im Jahre 2011 zeigte sich die Bank bei der Aufsichtskommission der GwG-Selbstregulierungsorganisation selbst an. Die Untersuchung deckte mehrere Schwachstellen in der Compliance auf. Die Aufsichtskommission sprach aufgrund der Verletzung der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) in der damals anwendbaren Fassung eine Konventionalstrafe («*amende conventionnelle*») in der Höhe von CHF 230'000 aus. Dabei stellte die Kommission auch einen Eventualvorsatz bei der Bank fest: «*Les versements entrants, leurs montants et les motifs figurant sur les avis de crédit étaient incompatibles avec le but indiqué à l'ouverture des comptes. Un système informatique incapable d'identifier la nature insolite d'un tel trafic de paiements (cf. supra) ne remplissait pas les exigences de la CDB. La banque avait accepté le risque que des transactions suspectes ne fussent pas détectées. Elle avait omis, par dol éventuel, de répéter la procédure*

destinée à identifier l'ayant droit économique des fonds et d'effectuer de plus amples vérifications» (A.f).

Mehrere Geschädigte wollten nun von der Bank Schadenersatz gestützt auf Art. 55 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 305^{bis} StGB. In der ersten Instanz hatten sie keinen Erfolg. Die Zweitinstanz hob dieses Urteil auf und wies die Erstinstanz an, das Verfahren fortzuführen. Die Bank richtete dagegen eine Beschwerde in Zivilsachen.

Erwägungen: Das Bundesgericht prüfte die Haftungsvoraussetzungen des Art. 55 Abs. 1 OR und richtete bei der Suche nach einer Schutznorm – schliesslich ging es hier um einen reinen Vermögensschaden – den Fokus auf Art. 305^{bis} StGB. Eine Schutznorm weite die Haftpflicht nicht aus, sondern bestehe nur in deren Anwendungsbe- reich (E. 4.3). Art. 305^{bis} StGB bestrafe jedoch nur vorsätzliches oder eventualvorsätzliches Handeln (E. 4.4), das bei den einzelnen Mitarbeitern vorliegen müsse (E. 5.2). Die kantonalen Richter hätten jedoch keine Schuld einzelner, genau benannter Mitarbeiter der Bank festgestellt. Damit falle eine Haftung aus Art. 55 OR weg (E. 7).

Das Bundesgericht liess offen, ob Art. 102 StGB als zivilrechtliche Schutznorm dienen könne: «*On peut se demander s'il est admissible de recourir à une norme d'imputation pénale pour fonder une responsabilité civile délictuelle de la banque (s'y oppose JÖRG ALAIN SCHWARZ, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Eine Bestandesaufnahme nach 134 III 529 [Geldwäscherei], in REAS 2009 p. 16; cf. aussi CHAPPUIS, op. cit., p. 93 s., qui l'exclut aussi pour l'art. 102 al. 1 CP, mais pré suppose que l'al. 2 sanctionne un comportement illicite de l'entreprise, thèse depuis lors écartée par le Tribunal fédéral). C'est en principe dans le droit civil que doit être recherchée une telle norme d'imputation, que l'on trouve à l'art. 55 CC. Pour le surplus, l'on a déjà constaté que l'art. 55 CO n'était pas applicable, faute d'acte illicite*» (E. 8). Das Bundesgericht hielt dazu fest – die Kläger stützten sich ohnehin gar nicht auf den Art. 102 StGB –, dass für die Anwendung beider Absätze dieses Artikels der Nachweis einer Straftat nach Art. 305^{bis} StGB vorliegen müsse, was vorliegend gerade nicht der Fall sei: «*De toute façon, l'on retombe sur le même écueil: dans les deux variantes de l'art. 102 CP, il faut établir qu'une infraction sous-jacente (ici l'art. 305^{bis} CP) a été commise, et donc que ses éléments objectifs et subjectifs sont réalisés*» (E. 8).

Bemerkungen: Das Resultat irritiert irgendwie gewaltig. Eine Bank verletzt die nötigen Vorschriften für die Geldwäscherei – und muss dafür nicht geradestehen. Wäre es nicht denkbar, die Schuld im Sinne von Art. 305^{bis} StGB einfach irgendeinem nichtgenannten Mitarbeiter

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

zuzuschreiben, um die Bank haften zu lassen? Jemand muss es schliesslich getan haben, könnte man salopp argumentieren. Im normalen Anwendungsbereich des Art. 55 OR geht das. Dort muss man nicht darlegen, welcher Mitarbeiter konkret den Schaden verursacht hat: «Nicht erforderlich ist sodann, dass die Identität der den Schaden verursachenden Hilfsperson feststeht; es reicht vielmehr aus, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass irgendeine Hilfsperson des Geschäftsherrn den Schaden bewirkt hat [...]»¹ Bei Vorsatzdelikten funktioniert diese Argumentation jedoch nicht mehr,² es sei denn, man wende das Konzept des *Kollektivvorsatzes* an, bei dem man auf der Wissensseite alles Wissen der Mitarbeiter kumulativ betrachtet.³ Ebenfalls denkbar wäre das Konzept der *generellen Anlasstäterschaft*, bei dem von den äusseren Umständen normativ auf die subjektiven Komponenten des Tatbestands schliesst und diese einer generellen, nicht konkret benannten Person zuschreibt.⁴

Überdenken müsste man das Fehlen der Schutznormqualität auch des Selbstregulierungsrechts des Bankensandes. Dieses dient als Ersatz für eine staatliche Regulierung. Eine entsprechende staatliche Regulierung wiese

Schutznormqualität auf, also sollte auch die Verletzung des Selbstregulierungsrechts für eine Haftpflicht genügen. Denkbar wäre das Selbstregulierungsrecht auch als Auslegungshilfe für gesetzliche Pflichten.

Solange diese Problematik nicht gelöst ist, empfiehlt sich ein Rückgriff auf die in Teilen der Lehre vertretene Lösung gemäss Art. 50 Abs. 3 OR.⁵ Das Kantonsgericht Baselland und das Obwaldner Obergericht betrachten Art. 50 Abs. 3 OR («Der Begünstigte haftet nur dann und nur soweit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat») nicht als Einschränkung zu Art. 50 Abs. 1 OR, sondern als eigenständige Haftungsnorm des Begünstigten.⁶ Dafür genügt auch Fahrlässigkeit,⁷ wobei die Begünstigung keinen zusätzlichen Schaden notwendig macht, die geldwaschende Bank aber in Solidarität mit dem Vortäter haften lässt.⁸

2. BGer, 4A_635/2020, 5.5.2021

Sachverhalt: Die Klägerin verunfallte in einem Lift, den die Beklagte im Januar 1993 in einem Gebäude installiert

¹ BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 10, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019; ebenso ROLAND BREHM, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021, Art. 55 OR N 20: «Der Geschädigte muss beweisen, dass der schadensverursachende Arbeiter für den fraglichen Geschäftsherrn arbeitete. Haben mehrere Hilfspersonen eines Geschäftsherrn zur Vorbereitung oder Ausführung der schädigenden Handlung beigetragen (z.B. Equipenarbeit), so hat der Geschädigte die Identität des Verursachers nicht nachzuweisen (BGE 59 II 150/155; Zürich, ZR 1957 156/161; *Oftinger/Stark II/1* 326 Rz 109). Allerdings muss dann feststehen, dass der Schadensverursacher jedenfalls (irgend)eine Hilfsperson des beklagten Geschäftsherrn gewesen sein musste; arbeiten mehrere Unternehmer auf einer Baustelle und kann der Täter nicht mehr eruiert werden, so liegt alternative Kausalität vor (vgl. Art. 41 N 145 ff.), und der Geschädigte geht leer aus (Waespi 23).»

² GERHARD WAGNER, *Münchener Kommentar*, §§ 823–853 BGB, 8. A., München 2020 (zit. MK-WAGNER), § 831 N 35: «Eine Ausnahme gilt nach der Rspr. für Vorsatzdelikte, bei denen über das allgemeine Verschulden hinaus – wie bei § 826 – subjektive Elemente Voraussetzung der unerlaubten Handlung sind. Dies trifft nicht nur auf § 826, sondern auch auf die Haftung nach § 823 Abs. 2 iVm Vorsatzdelikten des Strafrechts, wie zB §§ 263, 264a, 266 StGB, zu. Soweit die Rechtswidrigkeit ihrerseits subjektiv «gefärbt» ist, müssen diese Voraussetzungen auch in der Person des Gehilfen erfüllt sein. Eine Haftung des Geschäftsherrn für eine vorsätzlich-sittenwidrige Schädigung seines Gehilfen setzt also voraus, dass Letzterem vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden kann. Die Beweislast dafür trägt der Geschädigte; § 280 Abs. 1 S. 2 ist nicht anzuwenden.»

³ CHRISTIAN HEIERLI, *Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei*, Diss. Zürich 2012, N 143.

⁴ HEIERLI (FN 3), N 143.

⁵ HEIERLI (FN 3), N 1190; CHRISTIAN HEIERLI, *Geldwäscher als «Begünstigter»* (Art. 50 Abs. 3 OR), in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, Zürich 2018, 565 ff., 579: «Abs. 3 führt vielmehr dazu, dass der Begünstigte zusammen mit den Vortätern für denjenigen Schaden mithaftet, der bereits durch die Vortat – ohne Beteiligung des Begünstigten – verursacht worden ist, soweit der Begünstigte ihn perpetuiert hat. Durch die Perpetuierung setzt der Begünstigte zwar nicht eine Bedingung für die Entstehung des Vortatschadens, wohl aber für dessen Weiterbestand. Er verursacht den Vortatschaden insoweit nachträglich mit. Ein zusätzlicher, über die bereits durch die Vortat eingetretene Schädigung hinausgehender Schaden ist für die Haftung nach Art. 50 Abs. 3 OR entsprechend nicht erforderlich»; a.M. LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, BGE 146 IV 211: *Zivilrechtliche Haftung des Geldwäschers – eine kritische Würdigung*, AJP 2021, 127 ff., 133.

⁶ KGer BL, 400 19 62, 10.9.2019, E. 5.2.1, und Obergerichtskommission OW, 9.9.2008, in: *AbR* 2008/09, Nr. 17, 106 ff.

⁷ HEIERLI (FN 5), 581 f.: «Diese Auffassung ist im vorliegenden Zusammenhang von Brisanz, da die herrschende Ansicht für eine Haftung nach Art. 50 Abs. 3 OR, wie noch aufzuzeigen sein wird, fahrlässiges Handeln des Begünstigten ausreichen lässt, also nicht nur ein Verhalten des Begünstigten zur Haftung führt, das den Tatbestand der (vorsätzlichen) Geldwäscherei nach Art. 305bis StGB (als vom Bundesgericht anerkannte Vermögensschutznorm im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR) erfüllt. Entsprechend hat die Obergerichtskommission des Kantons Obwalden eine «Geldwäscherin» – ohne zu untersuchen, ob der Tatbestand von Art. 305bis StGB erfüllt war und ob dieser Norm die Qualität als Vermögensschutznorm zukommt – direkt gestützt auf Art. 50 Abs. 3 OR zu Schadenersatz gegenüber dem Opfer der Vortat verurteilt (in Solidarität mit dem Vortäter, der sich des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage schuldig gemacht hatte).»

⁸ Vgl. die Ergebnisse und Beispiele bei HEIERLI (FN 3), 1175–1177.

hatte. Sie versuchte, nachdem sie einen Ruck verspürt hatte, den Aufzug mit der linken Hand voraus wieder zu verlassen. Sie erlitt dabei diverse Verletzungen. Sie klagte gegen die Herstellerin des Lifts auf CHF 30'000 Genugtuung. Das Regional- und das Obergericht bejahten diesen Anspruch.

Erwägungen: Aufgrund des Baujahrs des Lifts kam das PrHG nicht zur Anwendung (Art. 13 PrHG, in Kraft seit 1.1.1994); die einschlägige Norm war damit Art. 55 OR (E. 2.1).

Das Problem lag darin, dass die Vorinstanzen die eigentliche Schadensursache nicht eruieren konnten, einen Schadenersatzanspruch aber dennoch bejaht haben. Dazu hielt das Bundesgericht fest: «(Erst) wenn erstellt ist, dass ein durch die Fehlerhaftigkeit des Produkts verursachter Schaden eingetreten ist, stellt sich die Frage, ob dem Produzenten der Entlastungsbeweis gelungen ist» (E. 3.2).

Einzig im Bereich des PrHG habe das Bundesgericht lediglich auf die Sicherheitserwartungen abgestellt: «Das Bundesgericht hat in Bezug auf Art. 4 PrHG in BGE 133 III 81 («Kaffeekannen-Fall») festgehalten, dass die geschädigte Person nicht die Ursache des Mangels zu beweisen habe. Es genüge, wenn sie aufzeige, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Konsumenten nicht erfüllt habe (E. 4.1). Ob diese Rechtsprechung auf Art. 55 OR zu übertragen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls setzt die Fehlerhaftigkeit eines Produkts (auch) im Bereich der Geschäftsherrenhaftung voraus, dass das Produkt einen gefährlichen Zustand schafft und eine sicherere Konstruktion im Zeitpunkt der Inverkehrbringung möglich und zumutbar war. Dies folgt aus dem Gefahrensatz, welcher die Grundlage der gestützt auf Art. 55 OR entwickelten Produzentenhaftung darstellt [...]» (E. 4.2).

Der Beweis eines Konstruktionsfehlers und der Möglichkeit, wie dieser auf zumutbare Weise zu beseitigen ist, bleibe notwendig: «Aus dem Umstand allein, dass der Lift «bei der Entstehung des Schadens eine Rolle» gespielt hat [...], lässt sich nicht folgern, dass der Schaden (kausal) durch eine Fehlerhaftigkeit des Produkts [...] verursacht worden ist. Auch der Umstand, dass im Nachhinein im Allgemeinen leicht feststellbar ist, durch welche Massnahmen in der Konstruktion eines Produkts ein Schaden hätte verhindert werden können, begründet als solcher keine Haftung [...]. Die Vorinstanz scheint im Übrigen ganz allgemein aus dem Schadenseintritt zu schliessen, dass der Aufzug wohl fehleranfällig gewesen sein müsse. Dieser Schluss hält vor Bundesrecht nicht stand [...]. Damit ist aber der Beweis eines kausalen Produktfehlers

gescheitert und fehlt es an einer haftungsbegründenden Voraussetzung von Art. 55 Abs. 1 OR» (E. 4.4).

Bemerkungen: Die Spitzfindigkeiten nehmen überhand. Das Bundesgericht stützt sich für den Konstruktionsfehler auch auf den Gefahrensatz (E. 4.2). Nur schon die Tatsache erscheint suspekt, dass man die Hand aus dem Lift strecken kann, die Türe sodann die Hand ein-klemmt anstatt sich wieder zu öffnen – man erwartet bei einem Lift eine andere Reaktion. Mir scheint klar, dass man aus diesem Vorfall mit Hilfe des Gefahrensatzes problemlos einen Konstruktionsfehler des Lifts begründen kann.

B. Haftung aus Art. 56 OR

3. BGer, 4A_25/2021, 24.8.2021

Sachverhalt: Eine Brauerei liess ihr Bier durch eine Pferdekutsche ausliefern. Das Pferd scheute wegen eines Mistkrans, brach aus und rannte ohne den von der Kutsche heruntergefallenen Fuhrmann weiter. Es verletzte dabei ein Kleinkind in einem Veloanhänger schwer. Das Regionalgericht wies die Klage aus Art. 41 Abs. 1 OR gegen den Fuhrmann (mangels späteren Weiterzugs rechtskräftig) ab und bejahte die Verantwortlichkeit aus Art. 56 OR der Brauerei, während das Obergericht die Verantwortlichkeit verneinte.

Erwägungen: Vor Bundesgericht war einzig strittig, ob der Befreiungsbeweis der Tierhalterin gelungen ist. Zur Beweislast und zum Thema des Befreiungsbeweises hielt das Bundesgericht fest: «An den Entlastungsbeweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Tierhalter kann sich nicht darauf berufen, die allgemein übliche Sorgfalt aufgewendet zu haben. Vielmehr hat er nachzuweisen, dass er sämtliche objektiv notwendigen und durch die Umstände gebotenen Massnahmen getroffen hat. Bleiben über die entlastenden Tatsachen Zweifel bestehen, ist die Haftung des Tierhalters zu bejahen» (E. 2.7).

Solche Zweifel gab es für einen entscheidenden Moment des Unfallhergangs: «Es ist unbestritten, dass der Sachverständige dem Fuhrmann fast durchweg ein einwandfreies Vorgehen bescheinigte. [...] Allerdings musste der Sachverständige offen lassen, ob der Fuhrmann zwischen der Linkswende und dem Durchgehen des Pferds eine Sorgfaltspflicht verletzt hatte. Der Sachverständige bemerkte sogar, es wäre interessant gewesen, die Leinenhaltung und die Leineneinwirkung des Fuhrmanns unmittelbar vor dem Durchgehen des Pferds zu kennen. Wie die Erstinstanz zutreffend erwog, wäre es an der Beschwerdegegnerin gelegen, die Beweislosigkeit in dieser entscheidenden Zwischenphase zu beseitigen» (E. 2.7).

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und bejahte die Haftung der Brauerei als Tierhalterin aus Art. 56 OR.

Bemerkungen: Für die Brauerei entpuppten sich die fehlenden Bemerkungen des Regionalgerichts zu einer allfälligen Sorgfaltpflichtsverletzung des Fuhrmanns als Hilfsperson der Brauerei als trügerisch. Genau diese Sorgfaltpflichtsverletzung muss das Gericht nicht feststellen – es genügt, wenn es den Befreiungsbeweis als gescheitert betrachtet. Es ist auch nicht an der Geschädigten, entsprechende Vorwürfe zu formulieren. Allerdings wendet das Bundesgericht dieses Prinzip nicht konsequent an.⁹ Bei der Haftung aus dem Pauschalreisegesetz beispielsweise verlangte das Bundesgericht vom Geschädigten genau die Formulierung solcher Vorwürfe, unter Anwendung vertraglicher Grundsätze an Stelle der Kausalhaftung des Pauschalreisegesetzes.¹⁰ Ebenso zeigt sich in anderen Urteilen,¹¹ dass das Bundesgericht den Sorgfaltsbeweis auch schon grosszügig zulies, obwohl nicht alles zum Besten bestellt war und vieles – wie im vorliegenden Fall – unklar blieb.¹²

C. Haftung aus Art. 58 OR

4. BGer, 4A_450/2021, 21.3.2022

Sachverhalt: Der 22-jährige Kläger sprang vom Badesteg kopfvoran ins Seebad Horgen. Die Benutzung der Badeanstalt ist kostenpflichtig. Es gab keine Verbotsschilder; das Benutzungsreglement verbot solche Sprünge auch nicht. Beim Sprung prallte er mit dem Kopf auf den Seeboden und ist seither gelähmt. Der Badesteg befindet sich 60 cm über dem Wasser, die Wassertiefe beträgt 1,1 m. Kopfsprünge in den See vom Badesteg aus waren damals üblich. Kein Bademeister schritt dagegen ein.

Das Bezirksgericht Horgen hiess die Klage gut. Es bejahte eine Haftung der beklagten Gemeinde aus Werkei-

gentümerhaftung. Den Haushaltschaden bezifferte es auf CHF 57'568.50, wobei es den Anspruch des Klägers wegen Selbstverschuldens um 40% herabsetzte. Angesichts der bejahten Haftung aus Art. 58 OR prüfte das Bezirksgericht die vertragliche Haftpflicht nicht. Das Obergericht Zürich wies eine dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ab.

Erwägungen: Das Bundesgericht erinnerte daran, dass es für Art. 58 OR auf den bestimmungsgemässen Gebrauch ankomme: «Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet [...]» (E. 4.1.2). Bei öffentlich zugänglichen Werken seien erhöhte Sicherheitsanforderungen anwendbar; deren Grenze sei die Zumutbarkeit (E. 4.1.3). Ein Missbrauch des Werkes könne aber auch in Betracht fallen: «Ausnahmsweise bejahen Lehre und Rechtsprechung die Haftung des Werkeigentümers selbst bei einem zweckwidrigen Verhalten bestimmter Personengruppen, insbesondere von Kindern. Zu denken ist erstens an Werke, bei denen aufgrund ihrer Beschaffenheit augenfällig ist, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren Schädigungen führen können [...]» (E. 4.1.4).

Angesichts der Üblichkeit solcher Kopfsprünge schützte das Bundesgericht die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Gemeinde hätte Massnahmen dagegen einleiten müssen: «In der Tat ist angesichts der beschriebenen konkreten Situation, des angesprochenen Benutzerkreises der gegen Entgelt zugänglichen Badeanstalt der Beschwerdeführerin sowie der nach vorinstanzlicher Feststellung üblich gewordenen Kopfsprünge vom Steg unverständlich, weshalb der Badesteg nur auf der linken Seite [...] über ein Gelände verfügte, während auf der rechten Seite [...] weder Verbotsschilder noch eine rote Linie oder sonstige Bodenmarkierungen vorhanden waren, die (Kopf-) Sprünge vom Steg in den See verboten hätten. Dass ihr die Vornahme entsprechender Sicherheitsvorkehrungen unzumutbar gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend» (E. 4.2).

Zur Rüge, das Obergericht habe die Unterbrechung der Kausalität aufgrund eines schweren Selbstverschuldens zu Unrecht verneint, hielt das Bundesgericht fest, es sei vorliegend von besonderen Verhältnissen auszugehen: «So handelt es sich um ein Strandbad, das zwar über einen Bademeister verfügte, dieser jedoch nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid trotz erkannter Gefahr von Kopfsprüngen vom Badesteg nicht gegen solche einschritt, auch nicht am Unfalltag selber, sondern Kopfsprünge an der fraglichen Stelle im Gegenteil über längere Zeit hinweg geduldet wurden. Zudem ist auch im vorliegenden Fall nicht erstellt, dass

⁹ Vgl. die Kritik bei VITO ROBERTO/ANNA SCHNEIDER, Scheuendes Pferd verletzt Kind, recht 2023, 108 ff., 112 f., mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ BGer, 4A_396/2018, 29.8.2019, E. 5.8.3: «Celui-ci a ainsi échoué à prouver que le prestataire de services avait commis un manquement constitutif d'une violation contractuelle (violation du devoir de diligence) dont l'organisateur de voyage devrait répondre»; kritisiert bei ARNOLD F. RUSCH, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2021, Bern 2021, 57 ff., 63 f.

¹¹ Vgl. die Kritik bei ROBERTO/SCHNEIDER (FN 9), 112, mit weiteren Hinweisen.

¹² BGer, 4A_372/2019, 19.11.2019, E. 2.5: «Die rein theoretische Möglichkeit, dass sich nicht mehr vollständig rekonstruierbare Vorgänge anders verhielten, führt nicht zum Scheitern des (Entlastungs-) Beweises (vgl. zum vorliegend anwendbaren ordentlichen Beweismass BGE 140 III 610 E. 4.1 mit Hinweisen).»

sich an der konkreten Unfallstelle jenseits des Stegandes andere Badende aufrechtstehend im Wasser befunden hätten [...]. Hinsichtlich der Wassertiefe wurden auch keine Warnungen oder sonstigen Hinweise festgestellt; so blieb im kantonalen Verfahren insbesondere unbewiesen, dass vor dem fatalen Sprung von einem Freund ein Warnhinweis bezüglich ungenügender Wassertiefe erfolgte, der vom Beschwerdegegner gehört worden wäre. Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht vielmehr darauf ab, der Beschwerdegegner habe die genaue Wassertiefe nicht abschätzen können» (E. 5.2).

Bemerkungen: Die Erwägungen erinnern an den Plauschbad-Fall des Bundesgerichts, der eine ähnliche Argumentation aufweist. Dort sprang ein Junge seitlich ins zu wenig tiefe Wellenbad.¹³

Es bleibt ein ungutes Gefühl, wenn das Bundesgericht die vertragliche Haftung nicht prüft, weil es die Haftung im Sinne von Art. 58 OR bejaht hat. Die Werkeigentümergehaftung regelt den Zufallskontakt ohne Vertragsschluss. M.E. ergeben sich in einem vertraglichen Schuldverhältnis andere Sorgfaltspflichten, was sich eigentlich auch auf das relevante Selbstverschulden des Geschädigten auswirken müsste. Auch wenn diese Rechtsprechung schon mehrere Jahrzehnte alt ist¹⁴ und sich im vorliegenden Fall vielleicht kein Unterschied ergeben würde, dürfte der Massstab bei Art. 97 Abs. 1 OR ruhig strenger sein, denn man hat sich schliesslich *vertraglich* verpflichtet.

D. Haftung aus Art. 58 SVG

5. BGer, 4A_314/2022, 24.1.2023

Sachverhalt: Der Kläger beauftragte einen Handwerker mit einer Arbeit. Dieser fuhr seinen Lieferwagen zum Umladen von Bauholz in die Tenne des Klägers und liess ihn dort stehen. Der erhitzte Katalysator des Lieferwagens führte zur Entzündung des herumliegenden brennbaren Materials und zu einem Brand des Stallgebäudes. Die *action directe* (Art. 65 Abs. 1 SVG) richtete sich gegen die Versicherung des Fahrzeughalters. Das Bezirksgericht March schützte die Klage, während sie das Kantonsgericht Schwyz¹⁵ abwies. Die dagegen gerichtete Beschwerde ans Bundesgericht blieb erfolglos.

Erwägungen: Dreh- und Angelpunkt des Verfahrens bildete die Frage, ob der Betrieb des Fahrzeugs diesen Schaden verursacht hat (vgl. Art. 58 Abs. 1 SVG: «Wird

durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden»). Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass der Betrieb nicht in einem verkehrstechnischen Sinne zu verstehen sei; es komme nicht darauf an, ob sich das Fahrzeug in Bewegung befunden habe. Auszugehen sei vielmehr vom maschinentechnischen Betriebsbegriff. Dabei müsse sich die besondere Gefahr des Motorfahrzeugs realisieren: «Entscheidend ist daher die vom Gesetz als gefährlich vorausgesetzte Eigenart des Motorfahrzeugs, das latente Schädigungspotenzial, das im Fahrzeug zu erblicken ist, wenn dieses sich mit selbstständig entwickelten und umgesetzten Kräften fortbewegt [...]» (E. 3.3).

Das Bundesgericht verneinte eine betriebsbezogene Gefahr: «Der Katalysator war zwar aufgrund der vorangehenden Fahrt erhitzt und war für den Brand auch ursächlich, aber die Brandgefahr war nicht dem Betrieb eines Motorfahrzeugs eigen. Vielmehr weist jeder erhitzte Gegenstand, der an einer leicht entflammaren Stelle aufbewahrt wird, eine ähnliche Brandgefahr auf. Es verwirklichte sich daher eine gewöhnliche Gefahr, die im Zusammenhang mit Gegenständen auftreten kann, die an einem dafür weder vorgesehenen noch geeigneten Ort gelagert werden» (E. 3.4.3).

Bemerkungen: Die Erwägungen des Bundesgerichts erörtern das Problem sehr umfangreich und schlüssig, aber es geht m.E. immer noch um einen Grenzfall, den die Gerichte genauso gut anders hätten entscheiden können.

Fakt ist, dass der Katalysator beim unmittelbar vorher abgestellten Fahrzeug besonders heiss ist und deshalb besonders leicht Brände verursachen kann. Diese zeitliche Nähe zum Betriebsvorgang spielt als *Nachwirkung des Betriebsvorgangs*¹⁶ in der Rechtsprechung und der Lehre zur Haftung aus Art. 58 Abs. 1 SVG durchaus eine Rolle und zeigt sich in Konstellationen des momentanen Anhaltens¹⁷ oder des Zusammenstosses mit eben gerade abgestellten Fahrzeugen¹⁸.

Der Katalysator erhitzt sich einzig aufgrund des Betriebsvorgangs und ist für den Betrieb erforderlich, da die Zulassung des Fahrzeugs eine Abgasreinigung notwendig macht. Er benötigt für die Abgasreinigung als solche und

¹³ BGE 116 II 422.

¹⁴ Vgl. BGer, 4A_359/2013, 13.1.2014, E. 3.3; BGE 126 III 113 E. 2a/bb und BGE 113 II 246 E. 3.

¹⁵ KGer SZ, ZK1 2021 31, 30.5.2022.

¹⁶ Vgl. KGer SZ, ZK1 2021 31, 30.5.2022, E. 3a/bb, 3b.

¹⁷ HGer SG, HG.2010.440, 8.11.2012, E. 2a.

¹⁸ BGE 113 II 323 E. 2; TC VS, RVJ 1983, 118, 4.3.1983, E. 1c: «Certains auteurs admettent toutefois l'emploi si l'explosion, ou l'incendie, survient pendant, juste après ou juste avant une course (cf. Brehm, *op. cit.* no 150; Oftringer/Stark, *op. cit.* p. 161)»; vgl. auch BGE 102 II 281 E. 2 und BSK SVG-PROBST, Art. 58 N 157, in: Marcel A. Niggli/Thomas Probst/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Strassenverkehrsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2014.

für den optimalen Wirkungsgrad eine hohe Betriebstemperatur.¹⁹ Das Argument, dass sich die Sorgfalt zur Schadensverhinderung in diesem Falle nicht von der Handhabung anderer (erhitzter) Geräte unterscheidet, hat aber durchaus etwas für sich: «Die Brandgefahr erforderte daher zu ihrer Abwendung auch keine besonders erhöhte Aufmerksamkeit, dies gerade im Unterschied zu den üblichen Gefahren des ordentlichen Motorfahrzeugbetriebs. So hätte die Brandgefahr abgewendet werden können, wenn der Lieferwagen auf einem ordentlichen Parkplatz abgestellt worden wäre. Mithin hätte die vorliegende Gefahr bereits unter Aufbringung der üblichen Sorgfalt, die bei der Lagerung von heissen Gegenständen zu beachten ist, vermieden werden können. Insgesamt manifestierte sich daher keine dem Betrieb eigene Gefahr, sondern eine gewöhnliche Gefahr, welche sich bei der unsachgemässen Lagerung von heissen Gegenständen ergeben kann» (E. 3.4.5).

In ähnlichen Sachverhalten haben die Gerichte das Vorliegen des Betriebserfordernisses ebenfalls verneint. Bei der Explosion eines Camions im Rahmen einer Kontrolle des Tanks nach erfolgter Fahrt verneinte das Walliser Kantonsgericht den Betrieb des Fahrzeugs.²⁰ Bei einem durch den Motor oder den Katalysator ausgelösten Brand verneinte das Kantonsgericht Waadt ebenfalls den erforderlichen Betrieb.²¹

E. Haftung aus Art. 40b EBG

6. BGer, 4A_131/2021, 11.2.2022

Siehe dazu Nr. 12 (in den Bemerkungen).

7. BGer, 4A_179/2021, 20.5.2022

Siehe dazu Nr. 12.

F. Haftung aus Art. 1 EHG

8. BGer, 4A_91/2002, 31.5.2022

Siehe dazu Nr. 12 (in den Bemerkungen).

¹⁹ Eintrag zu Fahrzeugkatalysator in Wikipedia: «Da die optimale katalytische Aktivität nur in einem bestimmten Temperaturbereich vorhanden ist, kann sowohl durch den Aufbau der Abgasanlage als auch durch die Betriebsstrategie die Wirksamkeit erheblich beeinflusst werden», Internet: <https://de.wikipedia.org/wiki/Fahrzeugkatalysator> (Abruf 9.9.2023).

²⁰ TC VS, RVJ 1983, 118, 4.3.1983, E. 1d.

²¹ TC VD, RJ 1999 n° 1425, 26.11.1999, E. III.

G. Direktanspruch aus Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG

9. Rechtsnatur des Direktanspruchs

Das direkte Forderungsrecht in Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG steht seit dem 1. Januar 2022 in Kraft und dürfte meines Erachtens in vielen Haftpflichtfällen für einen *Paradigmenwechsel* sorgen. Bei Vorliegen eines Versicherungsobligatoriums besteht eine Auskunftspflicht der Aufsichtsbehörde über die relevante Versicherung (Art. 60 Abs. 3 VVG); ebenso können die Versicherungen dem Geschädigten diverse Einreden aus dem Versicherungsvertrag nicht mehr entgegenhalten (Art. 59 Abs. 3 VVG).²²

Eine Auseinandersetzung zwischen Autoren richtet sich auf die Frage, ob der Geschädigte hier eine *Deckungsleistung* oder den gewöhnlichen *Schadenersatz* einklagt, wenn er direkt gegen den Versicherer klagt. Aus mehreren Gründen muss es um den gewöhnlichen Schadenersatz gehen, der sich einfach gegen den Versicherer statt den Schädiger richtet. Nur schon aus Art. 59 Abs. 3 VVG ergibt sich deutlich, dass der Direktanspruch weit über den Deckungsanspruch aus Versicherungsvertrag hinaus reicht,²³ aber die Garantiesumme dennoch nicht überschreitet.²⁴ Diese Qualifikation des Direktanspruchs zeitigt Folgen, beispielsweise beim relevanten Deliktsforum gemäss Art. 36 ff. ZPO²⁵ und bei der Verjährung, die sich nicht nach dem Versicherungsvertrag richtet, sondern der zugrundeliegenden Schädigung.²⁶ Auf diese Weise hat man schon die *action directe* im Strassenverkehrsrecht verstanden: «*La responsabilité de l'assureur*

²² Art. 59 Abs. 3 VVG: «Bei obligatorischen Haftpflichtversicherungen können geschädigten Personen gegenüber Einreden aus grobfahrlässiger oder vorsätzlicher Verursachung des versicherten Ereignisses, Verletzung von Obliegenheiten, unterbliebener Prämienzahlung oder einem vertraglich vereinbarten Selbstbehalt nicht entgegengehalten werden.»

²³ Dieses Argument bei MARCEL SÜSSKIND, Rechtsnatur des direkten Forderungsrechtes gegen den Versicherer, HAVE 2022, 101 ff., 101.

²⁴ ALEXANDRE GUYAZ, L'action directe de la victime contre l'assureur RC, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), La responsabilité civile en arrêts et une nouveauté législative de taille, Bern 2022, 227 ff., 235: «L'assureur répond du préjudice subi par le lésé dans les mêmes conditions et dans la même mesure que l'assuré responsable, dans les limites de la somme d'assurance, l'action directe n'ayant pas pour fonction d'étendre la responsabilité de l'assuré», unter Hinweis auf BGE 127 III 580 E. 2a.

²⁵ SÜSSKIND (FN 23), 101.

²⁶ GUYAZ (FN 24), 235: «Une autre conséquence du fait que l'action directe naît en même temps et aux mêmes conditions que l'action principale dirigée contre l'assuré est qu'elle est soumise aux mêmes règles de prescription que cette action principale. Cela inclut notamment le délai de prescription plus long de l'action pénale prévu à l'art. 60 al. 2 CO, même si l'assureur n'a bien entendu lui-même commis aucune infraction.»

ne derive pas à proprement parler du contrat passé avec le détenteur [...]; c'est la loi qui, par une disposition expresse, attache à ce contrat un droit direct du lésé contre la compagnie, droit qui n'appartient nullement à la nature de l'assurance responsabilité civile [...].»²⁷

H. Juristische Personen und SVG-Ordnungsbussen

Am 1. Oktober 2023 tritt im Rahmen der SVG-Revision eine erweiterte Halterhaftpflicht auch für juristische Personen mit Bezug auf Ordnungsbussen ein, vgl. Art. 7 Abs. 1 OBG: «Wird die Fahrzeugführerin oder der Fahrzeugführer nicht anlässlich der Widerhandlung gegen das SVG, die gestützt darauf erlassenen Verordnungen oder das NSAG angetroffen oder angehalten, so wird die Busse der im Fahrzeugausweis als Fahrzeughalterin oder Fahrzeughalter eingetragenen natürlichen oder juristischen Person auferlegt.»

Das Bundesgericht hat die Auferlegung von SVG-Ordnungsbussen auf juristische Personen als Fahrzeughalterinnen mangels gesetzlicher Grundlage abgelehnt.²⁸ Mit der neuen Bestimmung ist diese Rechtsprechung Geschichte. Juristische Personen sind jetzt natürlichen Personen gleichgestellt. Auch juristische Personen können selbstverständlich den Lenker als Täter bezeichnen, damit sich das Verfahren gegen diesen richtet (Art. 7 Abs. 4 OBG).

I. Versorgerschaden

10. BGer, 4A_389/2020 / 4A_415/2020, 18.5.2021 = BGE 147 III 402

Sachverhalt: Ein von der A. AG (Beklagte) haftpflichtversicherter LKW überrollte und tötete die Geschädigte. Die AHV und die BVG-Stiftung (Klägerinnen) richteten dem Ehemann sowie den beiden gemeinsamen Söhnen Hinterlassenenleistungen aus. Die Klägerinnen gelangten an das Handelsgericht des Kantons Zürich und verlangten von der Haftpflichtversicherung Ersatz für die von ihnen erbrachten Leistungen an den Witwer sowie die beiden Söhne aus übergegangenem Recht; das Handelsgericht hiess die Klagen teilweise gut. Alle Parteien haben Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhoben.

Erwägungen: Die Klägerinnen verlangten eine Änderung der bundesgerichtlichen Praxis zur Berechnung des Versorgerschadens. Das Bundesgericht berechnet die

sen schon seit BGE 84 II 292 abstrakt auf den Todestag, während die Klägerinnen eine zweiphasige Berechnung – konkret zu berechnender Schaden bis zum Urteilstag mit samt Kapitalisierung des künftigen Schadens per Urteilstag – wünschten.

Die Klägerinnen machen geltend, sachlich richtig sei einzig die Berechnung der Regressforderung gestützt auf die tatsächlich ausgerichteten, addierten Renten. Im Urteilszeitpunkt habe es gar keinen künftigen zu kapitalisierenden Versorgungsschaden mehr gegeben. Die abstrakte Berechnung führe dazu, dass die nach dem Tod der Versorgerin eingetretenen Tatsachen bei der Berechnung des Versorgungsschadens nicht berücksichtigt würden. Schliesslich habe sich in der Praxis die zweiphasige Berechnung schon seit Jahren eingespielt.

Ein Teil der Lehre lehnt die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus den folgenden Gründen ab: Es gehe darum, bei Todesfällen gleich wie bei Invaliditätsfällen vorzugehen. Die konkrete Berechnung sei möglich, da man im Urteilszeitpunkt wisse, ob die zu versorgenden Personen noch leben. Die Kapitalisierung auf den Todestag sei auch deshalb unzulässig, weil damit der aufgelaufene Schaden bis zum Rechnungstag abgezinst werde, obwohl die Versorgten in dieser Periode das Kapital noch gar nicht zur Verfügung hätten und dieses folglich auch nicht zinsbringend anlegen könnten. Mit dieser Methode nehme das Bundesgericht in Kauf, dass der Teuerung zwischen Todes- und Urteilstag überhaupt nicht oder höchstens sehr beschränkt Rechnung getragen werden könne. BGE 84 II 292 habe schliesslich noch mit Praktikabilitätsgründen argumentiert, die seit der Einführung neuer Programme nicht mehr von Relevanz seien (Zusammenfassung der Meinungen in E. 5.3.2.2).

Das Bundesgericht lehnte jedoch eine Praxisänderung ab: Die Kritik an der bundesgerichtlichen Vorgehensweise sei so alt wie diese selbst. In den Gerichtsverfahren verstreiche regelmässig viel Zeit zwischen dem Tod und dem letztmöglichen Zeitpunkt, in dem Noven noch einfließen können. Diese lange Dauer mache eine konkrete Berechnung des Schadens bis zum Urteilszeitpunkt ungleich komplizierter und fehleranfälliger (E. 5.3.4.4). Die zweiphasige Berechnung lade zudem zu Prozesstaktik ein (E. 5.3.4.5).

Strittig waren vor Bundesgericht auch die Anrechnung von Vermögenserträgen an den Versorgerschaden, wenn diese Erträge nicht bereits zu Lebzeiten, also während des Versorgungsverhältnisses, dem Unterhalt dienten. Das Bundesgericht nahm eine Präzisierung vor, indem es den Fokus weg von der Lebenshaltung des Anspruchsberechtigten auf die ausfallenden Leistungen des

²⁷ BGE 69 II 162 E. 1; ebenso GUYAZ (FN 24), 231.

²⁸ BGE 144 I 242 E. 3.2.

Versorgers richtete: «Der Versorgungsschaden ist ein positiv-rechtlich geregelter Reflexschaden [...]. Zu entschädigen ist der durch die Tötung des Versorgers entstandene Schaden. Auch wenn in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon die Rede ist, es solle der bisherige Lebensstandard weiterhin gewährleistet sein, geht es darum, dass die versorgende Person mit ihren bisherigen Leistungen diesen Lebensstandard finanzierte und dieser Ausfall zu ersetzen ist [...]. Entsprechend erfolgt der Hinweis auf den Anspruch auf Gewährleistung der bisherigen Lebensführung im Zusammenhang mit der Bestimmung der Versorgungsquote [...]. Formulierungen in früheren Urteilen, namentlich in BGE 95 II 411, wonach kein Bedarf nach Unterstützung bestehe und daher auch kein Versorgungsschaden, soweit das ererbte Vermögen der versorgten Person erlaube, ihren Unterhalt ganz oder teilweise zu bestreiten und eine standesgemässe Lebensführung beizubehalten [...], sind missverständlich. Dies wäre nur dann richtig, wenn vor dem Tod des Erblassers dessen Vermögen zur Versorgung der versorgten Personen verwendet worden wäre [...]. Der Blick ist somit nicht auf die versorgte Person und deren Bedarf im Sinn der Unterstützungsbedürftigkeit gerichtet, sondern auf die versorgende Person und deren (ausfallende) Leistungen. Entsprechend kann es keine Rolle spielen, wie die Vorinstanz richtig festhielt, dass die versorgte Person zum Erhalt ihres bisherigen Lebensstandards allenfalls gar nicht auf die Leistungen angewiesen ist, weil sie mit den Erträgen aus ihrem eigenen Vermögen (die sie zuvor nicht verwenden musste) den bisherigen Lebensstandard weiterführen kann. In der Lehre wird daher zu Recht gesagt, dem Kriterium der Bedürftigkeit komme keine eigenständige Bedeutung zu [...]» (E. 10.5.1).

Das Bundesgericht machte auch Überlegungen zur Sparquote. Die Sparquote des Versorgers sei vom Schaden abzuziehen, da dieser Teil als Versorgung nicht ausfällt: «In der Folge ermittelte sie einen Sparanteil der Versorgerin von Fr. 142'849.– und entsprechend ein massgebliches jährliches Versorgungseinkommen der Versorgerin von Fr. 316'472.– (Nettoeinkommen von Fr. 459'320.– ./ Sparanteil von Fr. 142'849.–)» (E. 6). Das Handelsgericht als Vorinstanz habe angesichts von Beweisschwierigkeiten und angesichts fehlender konkreter Angaben eine Schätzung vorgenommen (Art. 42 Abs. 2 OR) und dabei auf Daten der Haushaltbudgeterhebung (HABE) abgestellt. Bei diesen Daten habe es auch die Plausibilität der Sparquote aufgrund des während der Ehe geäußerten Vermögens überprüft. Das Bundesgericht schützte dieses Vorgehen (E. 6.3).

Schliesslich behandelte das Bundesgericht auch die Bestimmung der Unterhaltskosten, die es ebenfalls anhand der HABE-Daten ermittelt habe. Die Klägerinnen monierten, dass in diesen die Kosten der Privatschule und der Haushälterin aber offensichtlich nicht enthalten seien, und wollten diese berücksichtigt wissen. Das Bundesgericht lehnte dies ab: «Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, sind bei der abstrakten (einphasigen) Berechnung des Versorgungsschadens auf den Todestag Umstände, die sich erst nach dem Versterben des Versorgers ereignen, grundsätzlich unbeachtlich. Sie können im Einzelfall ausnahmsweise und nur zurückhaltend und nicht einseitig zulasten einer Partei berücksichtigt werden [...]» (E. 7.3).

Auch der Verteilung der Fixkosten innerhalb des Versorgungsgesamtschadens widmete sich das Bundesgericht. Bei mehreren versorgten Personen ist der Versorgungsgesamtschaden auf die einzelnen Personen aufzuteilen. Bei den Fixkosten tendiere die neuere Praxis zu einer gleichmässigen Verteilung nach Köpfen. Die Vorinstanz rechnete dem Witwer 34% und den Söhnen je 33% der Fixkosten an, was das Bundesgericht ebenfalls schützte: «Die Vorinstanz begründete die Verteilung nach Köpfen unter Verweis auf WEBER mit der Unmöglichkeit, die fixen Kosten den einzelnen Anspruchsberechtigten zuzuordnen. Diese Begründung überzeugt. Es erscheint nicht gerechtfertigt, Erwachsenen per se einen höheren Anteil an den Fixkosten zuzuweisen als Kindern. So nutzen Kinder und Jugendliche etwa die Wohnung regelmässig intensiver als ein erwerbstätiger Erwachsener, der tagsüber büroabwesend ist. Demzufolge müssten die Kosten für Wohnen und Energie, die in der erwähnten HABE-Statistik die mit Abstand grösste Kostenposition ausmachen, zu einem grösseren Teil den Kindern zugerechnet werden. Mit Blick auf die mannigfaltigen unterschiedlichen und in der Zeit variierenden Lebens- und Arbeitsmodelle sowie die zahlreichen Fixkostenpositionen wäre eine Zuordnung der Fixkosten zum jeweiligen Verursacher nicht praktikabel» (E. 8.3).

E. 9 widmete sich sodann dem Wiederverheiratungs- und Scheidungsabzug. Die Vorinstanz verneinte im konkreten Fall einen Wiederverheiratungsabzug, weil dieser eine Heirat mit einer wirtschaftlich ebenso erfolgreichen Partnerin bedingen würde. Auch einen Abzug für das Scheidungsrisiko lehnte die Vorinstanz ab. Es gebe keine konkreten Anhaltspunkte für die Zerrüttung der Ehe. Dies ist gemäss Bundesgericht korrekt, weil auch beim Abstellen auf eine Statistik jene «Werte zu berücksichtigen seien, welche die konkreten Verhältnisse widerspiegeln. So sei beim Scheidungsabzug beispielsweise das Alter der

Eheleute bei der Verheiratung, die Dauer der Ehe und die Tatsache, ob Kinder aus der Ehe hervorgingen, zu berücksichtigen. Ein Faktor sei auch, ob es sich bei den erfassten Scheidungen um erstmalige oder um wiederholte Scheidungen der betreffenden Eheleute handle. Vorliegend seien die Eheleute bei der Heirat bereits 40 und 35 Jahre alt gewesen, die Ehe habe 15 Jahre gedauert und sie hätten zwei gemeinsame Kinder gehabt. Es sei ein auch statistisch verschwindend kleiner Prozentsatz, der auf die vorliegenden Verhältnisse überhaupt Anwendung finden könnte. Dem ist ohne Weiteres zu folgen. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz mangels zuverlässiger Berechnungsgrundlagen von der Berücksichtigung eines Wiederverheirungsabzugs absah. Vorliegend erzielte die Versorgerin ein sehr hohes Einkommen und trug dementsprechend (ökonomisch) viel zum Unterhalt der Familie bei. Ein derart atypischer Sachverhalt wird – wie die Klägerinnen korrekt vorbringen – in den Statistiken über die Wiederverheirungschancen nicht abgebildet» (E. 9.2).

Die Klägerinnen rügten sodann eine Verletzung von Art. 96 VVG, indem die Vorinstanz die Anrechnung von Erträgen aus Summenversicherungsleistungen vorsah, weil insoweit die Versorgungsbedürftigkeit der versorgten Personen entfalle (E. 10.7.1). Das Bundesgericht schützte die Anrechnung mit folgender Begründung: *«Die Bestimmung von Art. 96 VVG ist eng auszulegen. Sie betrifft lediglich die Anrechnung des Stammkapitals, nicht jedoch die daraus entstehenden Erträge. Der Summenversicherte rechnet mit dem für den Versicherungsfall versprochenen Kapital, das er kumulativ zum Schaden erhält. Wenn er auf diesem Kapital zusätzlich einen Ertrag erwirtschaften kann, ist nicht einzusehen, weshalb er diesen nicht für seinen Unterhalt soll verwenden müssen, so dass sich seine Versorgungsbedürftigkeit, die Art. 45 Abs. 3 OR einzig ausgleichen will, vermindert. Des Weiteren ist Folgendes zu beachten: Wird ein Versicherungsanspruch – wie in casu – nicht zu Lebzeiten zugunsten eines Dritten begründet, bildet die Versicherungsleistung Teil der Erbschaft (Art. 476 ZGB). Deshalb ist es folgerichtig, den Ertrag aus diesem Teil der Erbschaft genauso zu berücksichtigen wie den Ertrag aus der übrigen Erbschaft» (E. 10.7.3).*

Bemerkungen: Der Versorger Schaden – oder besser, wie immer häufiger zu lesen ist – der Versorgungsschaden bleibt ein Anspruch, der in einem komplexen Zusammenspiel zwischen konkreter und abstrakter Sichtweise zu berechnen ist. Dieses Urteil schafft aber mit einer verbindlichen Anordnung Rechtssicherheit, auch wenn die Kritik in der Lehre mit diesem Urteil kaum verstummen wird.

Die bundesgerichtlichen Erwägungen leuchten jedenfalls bei sorgfältiger Lektüre ein.

II. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

A. Schaden

11. BGer, 4A_18/2023, 9.5.2023

Siehe dazu unten Nr. 17.

B. Kausalzusammenhang

12. BGer, 4A_179/2021, 20.5.2022

Sachverhalt: Ein Tram der Verkehrsbetriebe Zürich kollidierte mit dem Geschädigten: *«Nach den Feststellungen der Vorinstanz stand der Beschwerdegegner an der Tramhaltestelle mit dem Rücken zum einfahrenden Tram. Er richtete seinen Blick auf das Mobiltelefon, bevor er unvermittelt den Gleisbereich betrat, ohne dabei nach links zu schauen und zu prüfen, ob ein Tram herannaht. Dann wurde er vom Tram erfasst.»* Der Geschädigte erlitt schwere Verletzungen. Seine Klage richtete sich gegen die Stadt Zürich und forderte die Bezahlung von CHF 30'000 nebst Zins. Bezirks- und Obergericht Zürich bejahten den Anspruch aus Art. 40b Abs. 1 EBG im Grundsatz, während das Bundesgericht die Beschwerde der beklagten Stadt Zürich guthiess.

Erwägungen: Das Bundesgericht bejahte eine Entlastung durch Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aufgrund groben Selbstverschuldens im Sinne von Art. 40c Abs. 2 lit. b EBG: *«Er war zweifellos ortskundig. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ereignete sich der Unfall bei schöner Witterung und trockenem Strassenzustand auf einer geraden Strecke bei übersichtlichen Verhältnissen. Der Strassenverlauf erlaubte dem Beschwerdegegner, die Trams von Weitem zu erkennen, selbst wenn gleichzeitig ein Bus hielt. Es gab keine Hindernisse, welche die Sicht behinderten. Somit lag keine komplexe Verkehrssituation vor, die zu einer Fehleinschätzung des Tramverkehrs führte. Vielmehr begab sich der Beschwerdegegner unvermittelt in den Gleisbereich. Er nahm das einfahrende Tram nicht wahr, weil er durch sein Mobiltelefon abgelenkt war und nicht nach links schaute. Damit liegt ein völlig unbedachtes und unbesehenes Betreten der Geleise vor» (E. 4.3.6).*

Damit wies das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz ab, die den über das Mobiltelefon gebeugten Fussgänger als gängiges Phänomen der heutigen Zeit bezeichnete, mit dem man rechnen müsse (E. 4.2.2).

Bemerkungen: Dieses Urteil scheint den Ausreisser des Bundesgerichts zu korrigieren: Es bejahte seinerzeit die Haftpflicht der SBB, als ein urteilsunfähiger Junkie einen Rentner vor den Zug gestossen hatte.²⁹ In diesem Urteil betonte das Bundesgericht, mit Gedränge auf dem Perron sei zu rechnen; auch sei es so, dass der Stoss nur im Kontext einer Eisenbahn derart schwerwiegende Folgen zeitige und deshalb im Betriebsrisiko einer Eisenbahn liege.³⁰ Nun, mit stark abgelenkten Fussgängern ist heute noch viel stärker als mit Gedränge zu rechnen, was im Lichte dieses Urteils für einen Unterbruch der Kausalität sprechen würde.

Zum Unterbruch der Kausalität bei der Eisenbahnhafung ergingen *zwei weitere Urteile*, die die Haftung ebenfalls verneinten. Zum ersten *Fahrrad-Fall*: Ein Fahrradfahrer befuhr den linken Gehsteig einer Einbahnstrasse in die falsche Richtung. Wegen eines vortrittsberechtigten, von links kommenden Trams musste er brüsk bremsen, fiel hin, worauf ihn das Tram erfasste und mitschleifte. Das Bundesgericht sah in der grob unsorgfältigen und krass unvernünftigen Fahrweise die alleinige Ursache des Unfalls und bejahte einen unterbrochenen Kausalzusammenhang.³¹

Im zweiten, sog. *Katamaran-Fall* bewegten die beiden Geschädigten ihren Katamaran auf einem Anhänger mit ausgefahrenem Masten und berührten so die Stromleitung der Eisenbahn. Dabei erlitten sie schwere Verletzungen. Das Bundesgericht schützte die Erwägungen der Vorinstanz, wonach die vollkommene Gedankenlosigkeit der beiden Geschädigten die Kollisionsgefahr geschaffen hätte, so dass die Betriebsgefahr der Eisenbahn in den Hintergrund trete.³² Das Bundesgericht betonte im Katamaran-Fall zusätzlich, dass es dabei nicht auf die subjektive Vorwerfbarkeit ankomme: «*Dabei wird nicht auf die subjektive Zurechenbarkeit abgestellt. Zur Beurteilung, ob ein Sachverhalt vorliegt, der den adäquaten Kausalzusammenhang unterbricht, soll vielmehr ausschliesslich das objektive Verhalten des Dritten in Beziehung gesetzt werden zum Einfluss der charakteristischen Betriebsgefahr der Eisenbahn [...].*»³³ Der Anwalt der Kläger brachte vor, dass es sich um eine *unbewusste* Fahrlässigkeit handle, die die Betriebsgefahr der Eisenbahn niemals ver-

dränge.³⁴ Das Bundesgericht lehnte dies kategorisch ab.³⁵ Das finde ich richtig. Beim schweren Selbst- oder Drittverschulden kommt es nicht auf die Urteilsunfähigkeit an. Auch ein Junkie im Vollrausch kann ein schweres Drittverschulden darstellen. Die Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit ist deshalb nicht zielführend.

Ein Erklärungsversuch HOCHSTRASSERS³⁶ für die Abkehr vom *Junkie-Fall* geht dahin, dass das Bundesgericht das *Selbstverschulden* anders als das *Drittverschulden* würdige. Der Junkie, der den Rentner vor den Zug gestossen hatte, zählt nach dieser Logik zum Risiko eines Bahnhofs und damit zum Risiko der Bahn. Ich vermute eher, dass es sich um eine Billigkeitsrechtsprechung in einem besonders ungünstigen Fall gehandelt hat, der mit diesem Urteil die erhoffte Korrektur erlebt.

III. Verjährung

13. BGer, 4A_417/2021, 1.9.2022 (zur Publikation vorgesehen)

Sachverhalt: Der Arzt verkannte in seinem Untersuchen vom 27. November 2002 eine bedeutende Krebserkrankung des Patienten. Dieser erstattete am 30. Juni 2011 eine Strafanzeige wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung und konstituierte sich als Zivilkläger, ohne einen Betrag zu beziffern.

Am 8. Februar 2012 erging eine Nichtanhandnahmeverfügung, die später aufgehoben wurde. Später erfolgte eine Einstellung des Verfahrens, weil die strafrechtliche Verfolgungsverjährung 2009 eingetreten sei. Das Bundesgericht schützte diese Verfügung.³⁷

Daraufhin stellten die Erben des Patienten am 3. Mai 2018 ein Schlichtungsgesuch gegen den Arzt und verlangten Schadenersatz und Genugtuung. Die Erstinstanz verneinte den Eintritt der Verjährung, da die Einreichung der Strafanzeige den Fristenlauf unterbrochen habe. Anders die Zweitinstanz: Sie wies den Anspruch wegen Verjährung ab, was das Bundesgericht später geschützt hat.

²⁹ BGer, 4A_602/2018, 28.5.2019.

³⁰ BGer, 4A_602/2018, 28.5.2019, E. 3.4.1.

³¹ BGer, 4A_91/2002, 31.5.2022, E. 5.3.3.

³² BGer, 4A_131/2021, 11.2.2022, E. 1.3.

³³ BGer, 4A_131/2021, 11.2.2022, E. 1.1.

³⁴ Unter Hinweis auf WALTER FELLMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Bern 2013, 192 f., und MANUEL JAUN, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, Bern 2007, 172.

³⁵ BGer, 4A_131/2021, 11.2.2022, E. 2.2.

³⁶ MICHAEL HOCHSTRASSER, Grobes Selbstverschulden als Unterbrechungsgrund der Eisenbahnhafthpflicht (zum dritten und zum vierten), AJP 2022, 1143 ff., 1146.

³⁷ BGer, 6B_287/2015, 13.4.2016.

Erwägungen: Die wesentliche Frage lautete, ob man die Verjährung einer vertraglichen Forderung durch strafrechtliche Vorkehrungen und insbesondere die Konstituierung als Zivilkläger unterbrechen kann. Das Bundesgericht verneinte dies – der adhäsionsweise geltend gemachte Anspruch weise nur auf Delikte, nie auf einen Vertrag: «*La plupart du temps, le fondement juridique de ces prétentions réside dans les règles relatives à la responsabilité civile des art. 41 ss CO [...], comme aussi des art. 58 et 62 LCR [...]. Il peut également s'agir d'autres prétentions de droit privé, comme les actions tendant à la protection de la personnalité (art. 28 ss CC), en revendication (art. 641 CC) ou possessoires (art. 927, 928 et 934 CC) et encore les actions de l'art. 9 LCD en cas d'infraction à l'art. 23 LCD, lorsque ces actions tendent à la satisfaction ou à la protection des droits de la partie plaignante et qu'elles reposent sur un acte illicite [...]. En revanche, les prétentions contractuelles ne se fondent pas sur une infraction pénale et sont donc exclues du champ d'application de l'art. 122 al. 1 CPP; elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une action civile par adhésion à la procédure pénale [...]*» (E. 3.2.1).

Bemerkungen: Das Urteil überzeugt nicht, denn sonst beurteilt man die Klageeinreichung nach dem Lebenssachverhalt. Bei diesem ist der in Anspruchskonkurrenz existierende vertragliche Anspruch ebenfalls enthalten. Bei hängiger Adhäsionsklage wäre die Klage bezüglich des Deliktsanspruchs rechtshängig, weshalb der Kläger den *vertraglichen* Anspruch aufgrund der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit nicht zusätzlich vor einem anderen Gericht geltend machen könnte.³⁸ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwingt im Bereich der vertraglichen Verantwortlichkeit Anwälte, neben der Konstituierung der Klienten als Zivilkläger im Strafverfahren auch Unterbrechungshandlungen gemäss Art. 135 OR vorzunehmen.

Eine weitere Unklarheit ergibt sich daraus, dass das Bundesgericht die Frage offenlässt, ob für eine strafrechtliche Unterbrechung eine *Bezifferung des Anspruchs* vonnöten ist: «*Il n'y a pas lieu de se prononcer ici sur la question de savoir si et quand les conclusions d'une telle action civile par adhésion doivent être chiffrées et motivées pour entraîner l'interruption de la prescription, dès lors que l'on ne se trouve pas en présence d'une action délictuelle de l'art. 41 CO, qui aurait été introduite par adhésion à la procédure pénale et que le lésé serait renvoyé à faire valoir par la voie civile, soit devant le tribunal*

civil, conformément à l'art. 126 al. 2 CPP» (E. 3.3.2). In einem früheren Urteil war davon nicht die Rede.³⁹ Auch in den Lehrmeinungen zum einschlägigen Art. 123 Abs. 1 StPO heisst es, die Bezifferung sei nicht erforderlich – es handle sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift.⁴⁰

Was gilt, wenn das Strafgericht die adhäsionsweise eingeklagte Forderung auf den Zivilweg verweist? Da der Katalog der Unterbrechungshandlungen in Art. 135 OR gemäss Bundesgericht die Unterbrechungsgründe abschliessend regelt und die adhäsionsweise Klage nicht darunterfällt (E. 3.3.2), haben BETTICHER/MÜLLER die Frage aufgeworfen, ob die damit zusammenhängende Anwendung des Art. 138 Abs. 1 OR weg falle, wonach die Verjährungsfrist mit Beendigung des Prozesses vor der jeweiligen Instanz neu zu laufen beginne.⁴¹ Das ist wohl zu befürchten, doch gibt es Lehrmeinungen, die für diesen Fall die analoge Anwendung des Art. 63 ZPO vorsehen.⁴²

³⁹ BGer, 6B_321/2014, 7.7.2014, E. 1.3; vgl. die Zusammenstellung der Urteile in Cour de Justice GE, C/10279/2018, ACJC/827/2021, 18.6.2021, E. 5.1.7.

⁴⁰ BSK StPO-DOLGE, Art. 123 N 1, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StPO, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Verfasser): «*Art. 123 statuiert die Obliegenheit der Zivilklägerschaft, die Klage möglichst frühzeitig zu beziffern und zu begründen, sowie die diesbezüglichen Beweismittel zu nennen. Damit ist die Formulierung des Rechtsbegehrens, die Substanziierung der Klage und die Einreichung bestehender Beweismittel gemeint. Die frühe Bezifferung und Begründung der Klage ist aber keine Pflicht und – anders als im Zivilprozess – zunächst auch keine prozessuale Last, welche bei Unterlassung prozessuale Nachteile zur Folge hätte. Meldet die Zivilklägerschaft ihre Klage ohne Bezifferung und Begründung i.S.v. Art. 119 Abs. 2 lit. b an, hat dies für sie keine negativen Folgen. Art. 123 Abs. 1 ist damit eine blosse Ordnungsvorschrift*»; CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE/ANDREW GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Action civile adhésive au procès pénal – no man's land procédural?, SJ 2021 II 185 ff., 199: «*Certes, la loi encourage la partie plaignante, «dans la mesure du possible», à chiffrer et motiver par écrit ses conclusions directement dans sa déclaration au sens de l'art. 119 CPP (art. 123 al. 1 CPP). Au stade de la déclaration toutefois, cela n'est pas nécessaire.*»

⁴¹ BETTICHER/MÜLLER (FN 38), AJP 2023, 110: «*Gemäss Art. 138 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung bei Abschluss des Verfahrens vor der befassen Instanz von Neuem zu laufen. Es könnte daher argumentiert werden, dass dies auch in dem Fall gelten soll, in welchem eine Adhäsionsklage auf den Zivilweg verwiesen wird. Da gemäss Bundesgericht die in Art. 135 Ziff. 2 OR aufgeführten verjährungsunterbrechenden Massnahmen jedoch einen numerus clausus darstellen und die Adhäsionsklage nach Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO in diesem Katalog nicht aufgeführt wird, scheint die Anwendung von Art. 138 Abs. 1 OR fraglich.*»

⁴² BSK StPO-DOLGE (FN 40), Art. 126 N 30: «*Da die Verweisung auf den Zivilweg einem Nichteintreten auf die Zivilklage entspricht, kann die Rechtshängigkeit aufrechterhalten werden, wenn die Klage innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Stelle eingeleitet wird (s. Art. 63 Abs. 1 ZPO)*»; befürwortend auch BETTICHER/MÜLLER (FN 38), AJP 2023, 110.

³⁸ PASCAL BETTICHER/DOMINIQUE MÜLLER, Zur Unterbrechung der Verjährung von zivilrechtlichen Ansprüchen durch Geltendmachung im Strafverfahren, Besprechung von BGer, 4A_417/2021, 1.9.2022 (zur Publikation vorgesehen), AJP 2023, 105 ff., 108 f.

IV. Spezialfragen

A. Fernabschaltung der gemieteten Fahrzeugbatterie

14. BGH, XII ZR 89/21, 26.10.2022

Sachverhalt: Ein Verbraucherschutzverein beanstandet die AGB-Klausel, wonach die Renault-Bank die lediglich gemietete Fahrzeugbatterie des ansonsten gekauften Elektrofahrzeugs Renault Zoé bei Nichtbezahlung der Batteriemiete für künftige Aufladungen sperren kann.

Die Klausel weist folgenden Wortlaut auf: *«Im Falle der ausserordentlichen Vertragsbeendigung infolge Kündigung wird die Vermieterin die Sperre der Wiederauflademöglichkeit der Batterie zunächst mit 14-tägiger Frist vorher ankündigen. Die Androhung kann auch zusammen mit der Kündigung erfolgen. Die Vermieterin ist in diesem Fall nach Ablauf der Ankündigungsfrist berechtigt, ihre Leistungspflicht einzustellen und die Wiederauflademöglichkeit der Batterie zu unterbinden. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs bleibt hiervon unberührt.»*

Erwägungen: Der BGH bejaht die Unwirksamkeit der Klausel in Anwendung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Er hielt fest,

- dass die vorliegende Konstellation mit der zulässigen Einstellung von Versorgungsleistungen nicht vergleichbar sei, da *«die Sachnutzung stattdessen durch den Zugriff auf die Batterie entgegen der Ausschlussmacht des Besitzers und daher durch eine Besitzbeeinträchtigung gehindert»* werde (N 20);
- dass sich aus der automatischen oder digitalen statt der willentlichen oder körperlichen Deaktivierung der Batterie kein Unterschied in den rechtlichen Folgen ergebe (N 19, 21);
- dass keine Einwilligung des Mieters vorliege, da eine solche im Eingriffszeitpunkt immer noch vorliegen müsse: *«Auch wenn man der streitgegenständlichen Klausel eine solche Einwilligung entnehmen wollte, müsste diese jedenfalls auch noch bei Sperrung der Auflademöglichkeit aktuell sein [...]». Da die Klausel hingegen ihrem Wortlaut nach ausnahmslos gilt und daher – jedenfalls nach dem im Verbandsprozess geltenden Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung [...] – auch für den Fall eingreift, dass der Mieter etwa nach Kündigung der Sperrung widerspricht, würde eine anfängliche Einwilligung des Mieters die Unwirksamkeit der Klausel nicht ausschliessen»* (N 22);

- die Abweichung zu den Grundsätzen der Selbsthilfe und der Besitzesstörung führten zu einer Abwälzung der Klagelast zur Sicherung der weiteren Nutzung auf den Mieter, was eine unangemessene Benachteiligung des Mieters als Verbraucher bewirke; ebenfalls sehe die Klausel keine Berücksichtigung von Einwendungen des Mieters vor (N 26a, 30).

Bemerkungen: Das Urteil ist richtungsweisend, denn es setzt dem technischen Selbstvollzug des Leistungsstörungsrechts durch *smart contracts* oder *blockchain* einen wichtigen rechtsstaatlichen Riegel. Es wäre sicher unglaublich praktisch und kostengünstig, wenn das E-Banking bei Zahlungsverzug des Mieters automatisch das Türschloss der Wohnung so programmieren würde, dass der Mieter diese nur noch verlassen, aber nicht mehr betreten kann. In Amerika ist offensichtlich das so genannte *starter interrupt device* bereits gängig. Wer die Leasingraten nicht bezahlt, dessen Fahrzeug lässt sich nicht mehr starten. Noch besser wäre in Zukunft nur noch, wenn das selbstfahrende Fahrzeug bei Nichtbezahlung oder Ablauf der Miete gleich selber zum Eigentümer zurückfahren würde, was die Fahrzeugherstellerin Ford unlängst patentieren liess.⁴³ Das Gesetz sieht für die Rückgabe der Mietsache indes klare gerichtliche Verfahren vor, die nicht verhandelbar sind. Bei der Selbsthilfe und der Besitzesstörung verhält sich dies genauso. Diese Lösungen lassen sich auch für die Schweiz in Anwendung von Art. 8 UWG oder mit der Ungewöhnlichkeitsregel bejahen.

Der deutsche BGH hat sich in seinem Urteil auf AGB-Recht gestützt, dabei aber andere Entscheidungsgründe der Vorinstanz offengelassen. Das OLG Düsseldorf hielt beispielsweise noch klar fest, dass die Deaktivierung der Batterie eine *Besitzesstörung* darstelle.⁴⁴ Die Renault-Bank berief sich ohne Erfolg auf das Recht, die Einstellung der Versorgung mit Energie und Wasser sei bei einem gewerblichen Mieter zulässig. Den Strom für die Batterie muss der Batteriemietler ohnehin anderswo beziehen; das Risiko, dass sich die Batterie durch weitere Ladevorgänge weiter abnutzt, muss im Rahmen des Verzugs bei der Rückgabe oder der Mietzinse typischerweise der Vermieter tragen.⁴⁵ Das OLG Düsseldorf hielt auch fest, dass man in eine Besitzesstörung nicht einwilligen könne, *«weil das Recht zur Selbsthilfe einer stark eingeschränkten Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegt [...]». Selbst für den Fall, dass der Mieter durch Abschluss*

⁴³ Vgl. das neue Ford-Patent *systems and methods to repossess a vehicle*, US Patent US 2023/0055958 A1.

⁴⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, 20 U 116/20, 7.10.2021, N 30 ff.

⁴⁵ OLG Düsseldorf, 20 U 116/20, 7.10.2021, N 34.

des Mietvertrags der Sperrung der Batterie im Falle der ausserordentlichen Vertragskündigung zugestimmt hätte, liegt trotz vorheriger Zusage im Vertrag verbotene Eigenmacht vor; wenn bei Eingriff in den Besitz der Wille des Besitzers, eine solche Massnahme zu gestatten, nicht mehr vorhanden ist [...]»⁴⁶

Auch für die Schweiz ist es richtig, in der Deaktivierung der Batterie eine *Besitzesstörung* zu erkennen.⁴⁷ Ebenso bejahen Stimmen in der Schweizer Lehre, dass es nur eine konkrete und bewusste Einwilligung in die Besitzesstörung geben kann. Die vorgängige Einwilligung existiert also, lässt sich aber jederzeit widerrufen.⁴⁸ Hier würde die Einwilligung durch eine gänzlich unbewusste Übernahme der AGB erfolgen. Es existiert folglich weder eine konkrete Vorstellung der Besitzesstörung noch ein Bewusstsein der Einwilligung. Ähnliches gilt für die *Selbsthilfe*. Es kann keine Einwilligung in die Selbsthilfe geben,⁴⁹ was sich in der Schweiz nur schon aus der gesetzlichen Konkretisierung des Verbots des Verfallpfands (Art. 894 ZGB) ableiten lässt. Wenn schon der Pfandgläubiger, der sich *im Besitz des Pfands* befindet, zur Aneignung des Pfandes nicht berechtigt ist, so kann dies *erst recht nicht* für den Vermieter erlaubt sein, der sich die aus der Hand gegebene Mietsache eigenmächtig wieder zurückholen will.

Auch für die Schweiz ist es so, dass eine abweichende AGB-Regelung ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten im Sinne des Art. 8 UWG schafft, denn die Abweichung der vertraglichen Regelung zum gesetzlichen Leistungsstörungsrecht ist eklatant und in ihrer Unerbittlichkeit geeignet, berechnete Einwendungen der Mieter ins Leere laufen

zu lassen. Der BGH hat gerade dies vorgehoben, unter Anwendung der kundenfeindlichsten Auslegung: «Da die Klausel hingegen ihrem Wortlaut nach ausnahmslos gilt und daher – jedenfalls nach dem im Verbandsprozess geltenden Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung [...] – auch für den Fall eingreift, dass der Mieter etwa nach Kündigung der Sperrung widerspricht, würde eine anfängliche Einwilligung des Mieters die Unwirksamkeit der Klausel nicht ausschliessen» (N 22). Die kundenfeindlichste Auslegung ist in Deutschland nicht nur im Verbandsprozess einschlägig, sondern auch in der individuellen AGB-Auseinandersetzung. Für die Schweiz ist dies strittig.⁵⁰

In weiterführender Hinsicht beantwortet das Urteil die Frage nach dem Prinzip *code is law* abschlägig. Ein Autor hat beispielsweise das Vorliegen einer Besitzesstörung abgestritten, weil nichts von aussen komme – der Mieter habe das Fahrzeug schon «mit dem Schatten einer eventuellen späteren Selbstsperrung» erhalten bekommen. Er vergleicht das deaktivierte Fahrzeug mit einem bockenden Pferd.⁵¹ Dem ist nicht so, vielmehr gilt: *the law rules the code, too!*

B. Abgasskandal

15. EuGH, C 100/21, 21.3.2023

Sachverhalt: Ein Käufer hat in einem Autohaus am 20. März 2014 einen gebrauchten Mercedes C 220 CDI für EUR 29'999 erworben. Der Motor dieses Fahrzeugs verfügt über ein *Thermofenster*, das die Abgasreinigung bei tiefen Aussentemperaturen abstellt. In der Folge verlangte er von der Herstellerin Mercedes-Benz Group vor dem LG Ravensburg Schadenersatz, da die in seinem Motor verbaute Abschaltvorrichtung Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 verletzt. Das Gericht legte die Frage, ob diese Norm Schutznormqualität im Sinne von Art. 823 Abs. 2 BGB aufweist, dem EuGH zur Entscheidung vor.

Erwägungen: Der EuGH begründete das Vorliegen einer Schutznorm für den einzelnen Erwerber eines Fahrzeugs mit folgender Begründung: Wer ein Fahrzeug immatrikulieren will, benötigt eine EU-Typenbescheinigung,

⁴⁶ OLG Düsseldorf, 20 U 116/20, 7.10.2021, N 43.

⁴⁷ ARNOLD F. RUSCH/ADRIAN FISCHBACHER, Deaktivierte Geräte, in: Wolfgang Portmann/Helmut Heiss/Peter R. Isler/Florent Thouvenin (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 397 ff., 406.

⁴⁸ Vgl. dazu die Aussagen bei EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 2. A., Bern 2016, Vorbemerkungen Besitzerschutz zu Art. 926–929 ZGB N 26, 31; dabei kann es aber nicht darauf ankommen, dass der Mieter gerade bei der Störung protestiert. Es muss ausreichen, wenn er nach Kenntnis der Störung seinen Widerspruch äussert, vgl. dazu MATTHIAS CASPER/ADRIAN GRIMPE, Sachenrechtliche und AGB-rechtliche Zulässigkeit digitalen Fernzugriffs auf vernetzte Sachen, ZIP 2022, 661 ff., 666: «Wenn der Besitzer im Zeitpunkt des Fernzugriffs keine Kenntnis von diesem hatte, kann trotzdem ein Widerwille angenommen werden, wenn < sich aus dem darauffolgenden Verhalten des Besitzers [...] ergibt, dass er im Zeitpunkt der Wegnahme mit ihr nicht einverstanden war. »

⁴⁹ Für Deutschland siehe beck online Grosskommentar-RÖVEKAMP, § 229 N 63 f., und OLG Düsseldorf, 20 U 116/20, 7.10.2021, N 43.

⁵⁰ Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich, AJP 2014, 203 ff.; vgl. die Erwägung dieser Überlegungen in HGer ZH, HG210223, 21.6.2023, E. 21: «Nach dem Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel im dargelegten für den Kunden nachteiligen Sinne auszulegen, wenn diese Auslegung zur Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit der Klausel führt [...]. Diese Überlegung kann sich auf stichhaltige Gründe stützen.»

⁵¹ MARTIN FRIES, Schadenersatz ex machina, NJW 2019, 901 ff., 905.

die die Konformität des Fahrzeugs mit den Zulassungsvorschriften bestätigt: «Infolgedessen ergibt sich aus den in den Rn. 78 bis 80 des vorliegenden Urteils genannten Bestimmungen der Rahmenrichtlinie, dass diese eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Automobilhersteller und dem individuellen Käufer eines Kraftfahrzeugs herstellt, mit der diesem gewährleistet werden soll, dass das Fahrzeug mit den massgeblichen Rechtsvorschriften der Union übereinstimmt. Da der Hersteller eines Fahrzeugs bei der Aushändigung der Übereinstimmungsbescheinigung an den individuellen Käufer des Fahrzeugs für die Zulassung, den Verkauf oder die Inbetriebnahme dieses Fahrzeugs die sich aus Art. 5 der Verordnung Nr. 715/2007 ergebenden Anforderungen beachten muss, ermöglicht diese Bescheinigung insbesondere, den Käufer davor zu schützen, dass der Hersteller seine Pflicht, im Einklang mit dieser Bestimmung stehende Fahrzeuge auf den Markt zu bringen, nicht einhält» (N 82).

Bemerkungen: Das Urteil hilft im Streit gegen die Hersteller der Schummeldiesel und der Dieselmotoren mit Abschaltvorrichtung. Schadenersatz vom Hersteller gab es bislang nur aufgrund der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäss § 826 BGB/DE,⁵² wobei Vorsatz oder Eventualvorsatz⁵³ nicht immer einfach zu beweisen sind. Bei den Dieselmotoren des Volkswagen-Konzerns lagen zum Teil entsprechende Geständnisse vor. Bei den milderen Varianten des Thermofensters hingegen lässt sich die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht so einfach belegen. Mit diesem Urteil eröffnet sich der Weg über das gewöhnliche Delikt, weil eine Schutznorm für die Interessen der Erwerber dieser Fahrzeuge vorliegt.

Lassen sich die Überlegungen des EuGH auch auf das Schweizer Haftpflichtrecht übertragen? Da Lehre und Rechtsprechung bei der Anwendung des Art. 41 Abs. 2 OR aus unerfindlichen Gründen stets von einer zurückhaltenden Anwendung ausgehen⁵⁴ und weil Vorsatz oder Eventualvorsatz und Sittenwidrigkeit sich nicht immer ohne Weiteres ergeben, wäre ein Wechsel auf Art. 41 Abs. 1 OR auch in der Schweiz willkommen. Auch in der Schweiz muss man für die Immatrikulation die Regelkonformität des Fahrzeugs mit der EU-Übereinstimmungsbescheinigung des Herstellers belegen (Art. 30a Abs. 1 lit. a

VTS). Die EU-Übereinstimmungsbescheinigung ist «die vom Hersteller ausgestellte Bestätigung, dass ein einzelnes Fahrzeug mit einer EU-Gesamtgenehmigung in jeder Hinsicht übereinstimmt» (Art. 2 lit. e TGV). Damit lässt sich nicht nur eine deliktische, sondern meines Erachtens auch eine vertragliche, garantieähnliche Erklärung des Herstellers gegenüber jedem Erwerber eines Fahrzeugs begründen.

In haftpflicht- und immatrikulationsrechtlicher Hinsicht liesse sich der Argumentation des Gerichts entgegen, dass die vorliegenden Fahrzeuge zu jedem Zeitpunkt im Verkehr zugelassen waren. Diese Ansicht verkennt erstens, dass sich der Schaden schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben hat, als man noch nicht wissen konnte, wie sich die Zulassung des Fahrzeugs und damit seine Betriebsbereitschaft entwickeln wird, wie der BGH später in Umsetzung des EuGH-Spruchs festgehalten hat.⁵⁵ Sie verkennt zweitens, dass der Schaden schon im Kauf des relevanten Fahrzeugs besteht, den man in Kenntnis der wahren Umstände nicht getätigt hätte.⁵⁶ Eine später erreichte Konformität durch eine Softwareanpassung beseitigt den unerwünschten Kauf nicht.⁵⁷ Hinzu

⁵⁵ BGH, VIa ZR 335/21, 26.6.2023, N 76: «Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Massgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung.»

⁵⁶ Vgl. dazu unten, Nr. 17; BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020, N 48: «Im Streitfall ist der Kl. veranlasst durch das einer arglistigen Täuschung gleichstehende sittenwidrige Verhalten der Bekl. eine ungewollte Verpflichtung eingegangen. Dabei kann dahinstehen, ob er einen Vermögensschaden dadurch erlitten hat, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs eine objektive Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht gegeben war [...], auch wenn dafür angesichts des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen verdeckten Sachmangels, der zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte führen können [...], einiges spricht. Denn ein Schaden ist hier jedenfalls deshalb eingetreten, weil der Vertragsschluss nach den oben genannten Grundsätzen als unvernünftig anzusehen ist. Der Kl. hat durch den ungewollten Vertragsschluss eine Leistung erhalten, die für seine Zwecke nicht voll brauchbar war», und N 49: «Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Kl. den Kaufvertrag in Kenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung nicht abgeschlossen hätte, § 286 ZPO. Dabei hat es seiner Würdigung einen sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts ergebenden Erfahrungssatz zugrunde gelegt, wonach auszuschliessen ist, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann.»

⁵⁷ BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020, N 58: «Aus diesem Grund trifft auch die Ansicht der Revision, der Schaden sei durch das später durchgeführte Update wieder entfallen, nicht zu. Der im Januar 2014 unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Kl. sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertrags-

⁵² BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020.

⁵³ MK-WAGNER (FN 2), § 826 N 28: «Darüber hinaus ist es nicht erforderlich, dass der Täter den Erfolgseintritt für sicher gehalten hat, sondern es reicht das Bewusstsein, dass die Schädigung im Bereich des Möglichen liegt, sowie das billigende Inkaufnehmen des Schädigungsrisikos (dolus eventualis).»

⁵⁴ BGE 124 III 297 E. 5e und KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 37, je m.w.H., in: Heinrich Honsell (Hrsg.), KUKO OR, Basel 2014.

kommt drittens, dass man die nicht konformen Fahrzeuge soft- und hardwareseitig anpassen musste. Dass dies unmöglich ohne nachteilige Folgen geschieht, leuchtet ein: Ein Fahrzeug, dessen gesamte Technik auf eine mehrheitlich abgeschaltete Abgasreinigung ausgerichtet ist, steht bei permanent laufender Abgasreinigung unter dem *Verdacht des höheren Verschleisses*. Aus irgendeinem Grund haben die Hersteller die Abgasreinigung nur Teilzeit arbeiten lassen – sie hätten dies kaum getan, wenn es nicht Vorteile mit sich bringen würde.⁵⁸

Gilt das EuGH-Urteil auch direkt in der Schweiz? Die im Urteil erwähnten Gedanken sind nicht nur problemlos ins Schweizer Recht übertragbar, wie der vorgehende Abschnitt belegt. Vielmehr basiert das Immatrikulations-system der Schweiz auf einer autonomen Übernahme und weitgehenden Anerkennung des EU-Rechts. Bei einem autonomen Nachvollzug ausländischen Rechts drängt sich die Übernahme der späteren Änderungen durch den Gesetzgeber und die Gerichte ebenfalls auf, da sonst der Übernahmeeffekt mit der Zeit verpufft.⁵⁹ Der Harmonisierungsvorgang betraf im vorliegenden Fall jedoch nur die Immatrikulationsvoraussetzungen und nicht das Haftpflichtrecht. Die entsprechende EU-Richtlinie enthält auch einen Effektivitätsgrundsatz, wonach wirksame Instrumente zur Durchsetzung bestehen müssen.⁶⁰ Diesen Grundsatz sucht man in der Schweizer Abgasgesetzgebung vergebens. Der autonome Nachvollzug hat hier einen Halt gemacht.

Der EuGH verlangt nicht, dass die Abwicklung ausserhalb der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung mittels «grossen» Schadenersatzes erfolge, d.h. Schaden-

ersatz in Höhe des Kaufpreises gegen Aushändigung des Fahrzeugs. Eine sinnvolle und einfache Abwicklung dieses Schadenersatzprozesses findet meines Erachtens aber gerade auf dem Wege der Naturalrestitution statt.⁶¹ Der österreichische OGH⁶² hat das auch so gesehen, der deutsche BGH nicht (vgl. unten Ziff. 16). Der Hersteller bezahlt Schadenersatz in Höhe des an den Verkäufer entrichteten Verkaufspreises gegen Herausgabe des Fahrzeugs. Die bereits gefahrenen Kilometer sind an eine Gesamtfahrleistung von 300'000 km anzurechnen.⁶³ Diese *lineare Teilwertabschreibung* stellt sicher, dass der Geschädigte nicht auch noch die besonders hohe Wertebusse beim erstmals zugelassenen Fahrzeug und den Minderwert aufgrund der Abschaltvorrichtung tragen muss.⁶⁴

Ist eine Rechtsdurchsetzung in der Schweiz möglich? Bei Klagen aus Delikt gegen deutsche Hersteller ergeben sich die Gerichtsstände des Handlungs- und des Erfolgsorts (Art. 5 Nr. 3 LugÜ).⁶⁵ Auf die in der Schweiz eingereichte Klage ist Schweizer Recht als das am Erfolgsort anwendbare Recht einschlägig (Art. 133 Abs. 2 IPRG); in Deutschland besteht ein Wahlrecht (§ 40 Abs. 1 EGBGB/DE). Dabei ist auch die Verjährung gemäss Art. 60 OR von drei Jahren relativ und zehn Jahren absolut zu beachten.

16. BGH, VIa ZR 335/21, 26.6.2023

Sachverhalt: Der Kläger hat am 15. November 2017 von einer Fahrzeughändlerin ein gebrauchtes Dieselfahrzeug gekauft, das von der Beklagten hergestellt worden war. Das Fahrzeug verfügte über ein Thermofenster und eine Fahrkurvenerkennung. Das Fahrzeug hat er über ein Darlehen finanziert. Der Kläger verlangte von der beklagten Herstellerin Zahlung in Höhe der bereits geleisteten Darlehensraten abzüglich eines dem Wert der gezogenen Nutzungen entsprechenden Betrags nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs und Übertragung der

schluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, wird durch das im Februar 2017 – zumal angesichts einer anderenfalls drohenden Betriebsuntersagung – durchgeführte Software-Update nicht rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss.»

⁵⁸ Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH/ANGELO SCHWIZER, BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19: Verurteilung von Volkswagen als Herstellerin zur Rücknahme eines abgasmanipulierten Fahrzeugs, AJP 2016, 1205 ff., 1207, m.w.H.; vgl. das «statement of facts» im amerikanischen Abgasprozess, Internet: <https://www.mass.gov/doc/vw-statement-of-factspdf/download> (Abruf 20.6.2023), N 47: «*In or around 2012, hardware failures developed in certain of the 2.0 Liter Subject Vehicles that were being used by customers on the road in the United States. VW AG engineers hypothesized that vehicles equipped with the defeat device stayed in «dyno» mode (i.e., testing mode) even when driven on the road outside of test conditions. Since the 2.0 Liter Subject Vehicles were not designed to be driven for longer periods of time in «dyno» mode, VW engineers suspected that the increased stress on the exhaust system from being driven too long in «dyno mode» could be the root cause of the hardware failures.»*

⁵⁹ BGE 129 III 335 E. 6.

⁶⁰ Vgl. Art. 13 VO 715/2007/EG.

⁶¹ RUSCH/SCHWIZER (FN 58), AJP 2020, 1208.

⁶² Siehe ob FN 66.

⁶³ BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020, N 83.

⁶⁴ RUSCH/SCHWIZER (FN 58), AJP 2020, 1208.

⁶⁵ BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 553, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), LugÜ, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2016: «*Bei Distanzdelikten, also bei einem Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort, ist die Formulierung «Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht» nach konstanter Rechtsprechung als Verweis sowohl auf den «Ort des ursächlichen Geschehens» als auch auf den «Ort, an dem sich der Schadenserfolg verwirklicht hat», zu verstehen. Art. 5 Ziff. 3 eröffnet somit dem Kläger bei Distanzdelikten die Wahl zwischen Handlungs- und Erfolgsort [...]. Die Verfasser des Übereinkommens hatten offenbar bewusst auf eine präzise Formulierung verzichtet [...].»*

Anwartschaft auf dessen Übereignung sowie Freistellung von den weiteren, noch nicht fälligen Darlehensraten.

Erwägungen: Im vorliegenden Fall gehe es nicht um eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB/DE, sondern um eine unerlaubte Handlung, wobei die dafür notwendige Schutznorm in der Übereinstimmungserklärung der Herstellerin bestehe.

Da keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung vorlag, verneinte der BGH in Übereinstimmung mit dem Spruch des EuGH das Recht auf den grossen Schadenersatz, d.h. Schadenersatz in der Höhe des Kaufpreises Zug um Zug gegen Aushändigung des Fahrzeugs. Die in der Übereinstimmungserklärung bestehende Schutznorm umfasse das Interesse an einer schadenersatzrechtlichen Rückabwicklung des Kaufs nicht (N 22 f.); es handle sich dabei um einen unterschiedlichen Unwertgehalt (N 24).

Um den in Art. 13 VO 715/2007/EG festgelegten europäischen Effektivitäts- und Verhältnismässigkeitsgrundsatz nachzukommen, hielt der BGH fest, dass Schadenersatz in Höhe zwischen mindestens 5% und höchstens 15% des Neuwerts des Fahrzeugs geschuldet sei: *«Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5% des gezahlten Kaufpreises. Anderenfalls wäre die Sanktionierung eines auch bloss fahrlässigen Verstosses gegen Art. 5 Abs. EWG VO 715 2007 im Hinblick auf die Förderung der unionsrechtlichen Ziele wegen ihrer Geringfügigkeit nicht hinreichend wirksam»* (N 74). Auf diesen Schaden hat der Geschädigte Anspruch, auch wenn der Schaden im konkreten Fall tiefer oder höher ausgefallen sein sollte: *«Für die Schätzung des Tatrichters ist Vortrag der Parteien dazu ohne Relevanz, die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen gesunken oder der Schaden belaufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5% oder mehr als 15% des gezahlten Kaufpreises. Entsprechende Behauptungen sind, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismässigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen, unerheblich und können eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht rechtfertigen»* (N 79).

Bemerkungen: Der BGH hat mit diesem Urteil die Vorgaben des EuGH umgesetzt. Der österreichische OGH bejahte in Umsetzung des EuGH-Spruchs trotzdem die Möglichkeit der Rückgabe des Fahrzeugs und hielt explizit fest, dass die Abwicklung mit grossem Schadenersatz, also mit Schadenersatz in der Höhe des Kaufpreises gegen Aushändigung des Fahrzeugs, das richtige Mittel sei, um

diesen Vorgang adäquat abzuwickeln: *«Aufgrund der unionsrechtlichen Vorgabe, dass die Sanktionen für Verstösse gegen die Vorschriften der VO 715/2007/EG wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen [...], kann der Ersatz daher – jedenfalls in dem Fall, dass eine (geeignete) Beseitigung der unzulässigen Abschaltseinrichtung durch Reparatur des Fahrzeugs nicht angeboten wird – in Form einer Erstattung des Kaufpreises gegen Übergabe des mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung versehenen Fahrzeugs (Zug-um-Zug-Abwicklung) verlangt werden [...].»*⁶⁶

Der Effektivitätsgrundsatz, den man im EU-Recht an mehreren Orten antrifft, ist ein grossartiges Mittel gegen die Tendenz der Parlamente, eine schöne, aber unwirksame Schaufenster-Gesetzgebung zu betreiben. Der Effektivitätsgrundsatz bestimmt, dass Sanktionen und Rechtsbehelfe effektiv wirken müssen. Im AGB-Bereich bestimmt der Effektivitätsgrundsatz beispielsweise, dass die Instrumente des AGB-Korrektivs missbräuchlichen Klauseln ein Ende setzen.⁶⁷ Einen solchen Effektivitätsgrundsatz kennen wir in der Schweiz bekannterweise nicht nur im AGB-Recht nicht.

17. BGer, 4A_18/2023, 9.5.2023 (s. Entscheidbesprechung ab S. 1311)

Sachverhalt: Der Kläger hat ein Dieselfahrzeug mit einer bloss teilzeitätigen Abgasreinigung (sog. Abschaltseinrichtung für die Abgasreinigung mittels Software; auch «Thermofenster» genannt) am 3. Februar 2015 für CHF 56'920 gekauft. Am 4. Juni 2020 reichte er gegen die Fahrzeugherstellerin (nicht die Verkäuferin) eine Schadenersatzklage in der Höhe des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs ein: *«Im Hauptbegehren beantragt sie, sie sei (in den Zustand ohne Schädigung) zurückzusetzen; es sei ihr mit anderen Worten unter dem Titel (Naturalrestitution) der Kaufpreis zu erstatten, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs»* (E. 6.3). Nach dem Verkauf des Fahrzeugs an eine Drittperson für CHF 23'000 korrigierte er sein Begehren auf die Bezahlung von CHF 33'920, was der Differenz zwischen Kaufpreis und Wiederverkaufspreis entspricht. Eventualiter machte er Schadenersatz im Umfang von 25% des Neupreises geltend, was CHF 14'230 entspricht.

⁶⁶ OGH Österreich, 10Ob2/23a, 25.4.2023, N 35.

⁶⁷ Art. 7 Abs. 1 RL 93/13/EWG: *«Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schliesst, ein Ende gesetzt wird.»*

Das Handelsgericht wies die Klage am 24. November 2022 ab,⁶⁸ worauf der Kläger mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte.

Erwägungen: Das Bundesgericht fokussierte auf das Element des Schadens, ohne auf die anderen Anspruchsvoraussetzungen einzugehen. Es verortete dabei den Anspruch in «Art. 41 ff. respektive Art. 55 OR in Verbindung mit lauterkeits- und strafrechtlichen Normen», ohne diese genauer zu spezifizieren (E. 3).

Das Bundesgericht verneinte in der Folge einen Schaden, der im Abschluss eines in Kenntnis der wahren Sachlage nicht getätigten Geschäfts bestehe: «Diese Konzeption ist dem schweizerischen Recht fremd. Indem der Beschwerdeführer auf diese Erwägungen des deutschen Bundesgerichtshofs verweist, wird deutlich, dass er nicht auf den Ausgleich eines materiellen, wirtschaftlichen Vermögensschadens zielt. Stattdessen will er eine Entschädigung dafür, dass er eine (ungewollte) Verpflichtung eingegangen ist, die bei einer ex-ante-Betrachtung vermeintlich als (unvernünftig) erscheint. Der (ungewollte) Abschluss eines Fahrzeugkaufvertrags stellt als solcher aber keinen ersatzfähigen Schaden im deliktsrechtlichen Sinn dar; sofern damit keine konkreten wirtschaftlichen Einbussen verbunden sind (Erwägung 5.3.1). In der Sache begehrt der Beschwerdeführer (verkappte Genugtuung für Sachmangel) (vgl. ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Aufl. 2021, N. 83 zu Art. 41 OR), die ihm unter Art. 41 und 55 OR nicht zugesprochen werden kann» (E. 5.3.3).

Bezüglich der konkreten Einbussen hielt das Bundesgericht fest, dass der Kläger solche nicht geltend gemacht habe (E. 5.3.2).

Zum Schluss verlangte der Kläger, dass das Deliktsrecht eine Präventionsfunktion übernehme: «Dies sei problematisch; der (Präventionsfunktion des Deliktsrechts gegenüber arglistiger Vermögensschädigung) müsse zum Durchbruch verholfen werden» (E. 7.3.4). Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass der Kläger damit die Rechtsordnung und nicht die Rechtsanwendung kritisiere, was ins Leere ziele.

Bemerkungen: Irritierend ist *erstens*, dass das Bundesgericht einen Schaden negiert, der im Abschluss eines unerwünschten Geschäfts besteht. Das hat es früher durchaus bejaht: «Die Beklagte ist somit grundsätzlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Kläger daraus entstanden ist, dass er durch die absichtliche Täuschung zum Abschluss des Mietvertrages veranlasst worden

ist.»⁶⁹ Bei einem Betrug dürfte der Schaden primär im Abschluss eines unerwünschten Geschäfts liegen.⁷⁰

Zweitens irritiert, dass der Kläger sehr wohl einen Minderwert des Fahrzeugs von 25 % geltend gemacht hat. Somit hätte auch die auf die Differenzhypothese fixierte Argumentation des Bundesgerichtes einen Schaden erfassen können.

Drittens irritiert, dass das Bundesgericht den Begriff der Naturalrestitution wie ein vollkommen abwegiges Konzept stets in Anführungszeichen setzt, als hätte es noch nie davon gehört. Vielmehr hat das Bundesgericht die Naturalrestitution schon mehrere Male erfolgreich und sinnvoll praktiziert.⁷¹ Gerade in ähnlichen Fällen hat sich die Naturalrestitution für die Abwicklung eines unerwünschten Geschäfts als besonders passend erwiesen, weil man den konkreten und meist strittigen Restwert der erworbenen Sache nicht ermitteln muss. Dabei ging es nicht etwa um eine vertragliche Haftung, sondern um genau deliktsrechtliche Tatbestände, wie zu zeigen ist:

In BGE 41 II 77 ging es um eine Bank, die irreführend Auskünfte über eine ihrer Klientinnen gab, was den Auskunftsempfänger zum Kauf von Aktien dieser Klientin bewegte. In einem solchen Fall geht es um einen unerwünschten Kauf, bei dem man sich den erhaltenen Wert richtigerweise aber schon anrechnen lassen muss: «Aus der unerlaubten Handlung der Beklagten ist ferner dem Kläger ein Schaden erwachsen. Sein Vermögen hat sich um die Differenz zwischen den bezahlten 25,000 Fr. und dem geringem Wert der erworbenen Aktien vermindert. Ziffermässig steht dieser Minderwert zur Zeit noch nicht fest, er scheint aber recht erheblich zu sein. Nach einer Erklärung des Liquidators der Backofenfabrik wäre sogar das Aktienkapital vollständig verloren und damit die Aktien des Klägers wertlos.»⁷²

⁶⁹ BGE 108 II 419 E. 5; siehe zu diesem Schadenskonzept eingehend MARKUS VISCHER, Diesel-Abgasskandal: Auf der Suche nach dem Schaden, AJP 2023, 1311 ff., 1317 (in diesem Heft).

⁷⁰ MK-WAGNER (FN 2), § 826 N 44: «Dieser kann auch in der Verteilung tatsächlicher Erwerbsaussichten und Anwartschaften oder in der Eingehung einer (ungewollten) Verbindlichkeit bestehen, selbst wenn dieser eine Forderung auf eine objektiv gleichwertige Gegenleistung gegenüber steht», und N 45: «Das Vermögen wird nicht nur als ökonomischer Wert geschützt, sondern zugleich auch die auf das Vermögen bezogene Dispositionsfreiheit des jeweiligen Rechtssubjekts [...]. Folglich stellt bereits die Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung einen gemäß § 826 zu ersetzenden Schaden dar.»

⁷¹ Vgl. die Hinweise bei ARNOLD F. RUSCH/MATTHIAS MICHLIG, Naturalrestitution bei falscher Beratung, AJP 2016, 665 ff., 667; vgl. die Hinweise in BGE 99 II 176 E. 3.

⁷² BGE 41 II 77 E. 7.

⁶⁸ HGer ZH, HG200093-O, 24.11.2022.

In BGE 71 II 86 verpflichtete das Bundesgericht einen Kunsthändler, der über einen Mittelsmann gefälschte Bilder verkaufen liess, zur Rücknahme der Bilder und zur Begleichung von Schadenersatz in Höhe des Kaufpreises: *«Tatsächlich ist das Vermögen des Berufungsbeklagten durch den Abschluss des Kaufvertrages vom 31. Mai 1941 um Fr. 30,000.– kleiner geworden, denn wie unbestritten ist, bezahlte er bei Kaufabschluss Fr. 250.– und am 2. Juni 1941 den Restkaufpreis von Fr. 29,750.–. Richtig ist nun allerdings, dass der Beklagte zufolge des nichtigen Kaufvertrages, d. h. des schädigenden Ereignisses, nicht nur einen Schaden erlitten hat, sondern es ist ihm dadurch auch ein Vorteil erwachsen, indem er in den Besitz der sieben Bilder gelangte. Es ist ein längst anerkannter Grundsatz im schweizerischen Schadenersatzrecht, dass – gleichgültig ob es sich um vertraglichen oder ausservertraglichen Schadenersatz handelt – eine Vorteilsanrechnung stattzufinden hat, da sonst eine Bereicherung des Geschädigten stattfinden würde (OFTINGER, Haftpflichtrecht S. 134 ff. und die dort zitierte Judikatur und Literatur).»*⁷³

Während die Hinweise des Handels- und des Bundesgerichts, dass ein solcher Schaden nur vertragsrechtlich oder auf dem Weg der Anfechtung des Kaufvertrags erhältlich sei,⁷⁴ damit widerlegt sind, bleibt der Makel, dass der Kläger im vorliegenden Verfahren sich die Nutzung des Fahrzeugs im Rahmen von 58'000 km nicht anrechnen lassen wollte. Dies wäre meines Erachtens tatsächlich nötig gewesen, unabhängig von der deliktischen oder vertraglichen Anspruchsgrundlage. Die Anrechnung darf jedoch nicht von der tatsächlichen Wertentwicklung des Fahrzeugs ausgehen, sondern muss im Rahmen einer *linearen Teilwertabschreibung* bei einer Fahrzeugleistung von 300'000 km erfolgen, also im Umfang von 58/300,⁷⁵ weil der Geschädigte sonst die besonders hohe Wertebusse des Schummeldiesels mittragen müsste.

Ich betrachte die Naturalrestitution primär als Schadensabwicklungsmassnahme, die von einer exakten Schadensberechnung des Minderwerts der Sache dispensiert. Es ist gerade in Konstellationen wie diesen höchst strittig, welchen Wert der Schummeldiesel tatsächlich noch aufweist. Das Konzept funktioniert aber auch in der Konstellation, in der jemand eine Sache erwirbt, die zwar wertvoll ist, er in Kenntnis des wahren Sachverhalts aber nichts oder eine andere Sache gekauft hätte, wie es der BGH richtig schreibt: *«Im Streitfall ist der Kl. veranlasst durch das einer arglistigen Täuschung gleichstehende sittenwidrige Verhalten der Bekl. eine ungewollte Verpflichtung eingegangen. Dabei kann dahinstehen, ob er einen Vermögensschaden dadurch erlitten hat, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs eine objektive Wertlosigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht gegeben war (§ 249 Absatz I BGB), auch wenn dafür angesichts des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen verdeckten Sachmangels, der zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung hätte führen können [...], einiges spricht.»*⁷⁶ Insbesondere bei der Anlageberatung wäre denkbar, dass der Bankkunde die Rückabwicklung sämtlicher von einem Interessenkonflikt oder einer Delikthandlung betroffenen, mit einer Drittpartei geschlossenen Geschäfte verlangt, unabhängig davon, ob sie im konkreten Fall Gewinne oder Verluste erzielt haben.

Der Kläger hat eventualiter von Anfang an klar behauptet, dass das Fahrzeug einen Minderwert von 25 % aufweist. Wenn er nicht dieses Fahrzeug gekauft hätte, hätte er nach der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens logischerweise ein Fahrzeug ohne Abgas-Abschaltvorrichtung gekauft.⁷⁷ Muss man jetzt wirklich diese Positionen miteinander vergleichen, wie es das Bundesgericht verlangt? Wie zeigt man, dass das hypothetisch gewählte, andere Fahrzeug einen geringeren Wertverlust aufgewiesen hätte, wenn man schon den Wertverlust des eigenen Fahrzeugs kaum belegen kann?⁷⁸ Die richtige Lösung bildet hier in erster Linie die Naturalrestitution, wie es der deutsche BGH bei den Dieselmotoren mit Ge-

⁷³ BGE 71 II 86 E. 4.

⁷⁴ BGER, 4A_18/2023, 9.5.2023, E. 5.4: *«Zusammengefasst macht der Beschwerdeführer keinen Schaden im haftpflichtrechtlichen Verständnis geltend. Er ist vielmehr mit dem Kaufvertrag unzufrieden, den er nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr zu diesen Konditionen abschliessen würde. Hierfür stehen die vertragsrechtlichen Behelfe zur Verfügung»*; HGER ZH, HG200093-O, 24.11.2022: *«Mit dem Hauptrechtsbegehren macht der Kläger streng genommen nicht Schadenersatz geltend, sondern verlangt im Ergebnis wie im Fall der Ungültigkeit des Vertrages wegen Willensmängeln (Irrtum nach Art. 23 f. OR und/oder Täuschung nach Art. 28 OR) die Rückzahlung der von ihm erbrachten Vertragsleistung. Eine Rückforderung wegen Ungültigkeit des Vertrages scheitert aber bereits daran, dass zwischen den Prozessparteien nie ein Vertrag abgeschlossen wurde.»*

⁷⁵ Siehe dazu RUSCH/SCHWIZER (FN 58), AJP 2020, 1208.

⁷⁶ BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020, N 48.

⁷⁷ Der BGH hat das hypothetische Verhalten nicht geprüft, weil man den streitgegenständlichen Volkswagen nur mit Abschaltvorrichtung kaufen konnte, vgl. BGH, VI ZR 252/19, 25.5.2020, N 82. Dies ist eine äusserst praktikable Annahme, weil sie ein kaum bewältigbares Beweisthema umschifft.

⁷⁸ Hinzu kommen weitere Ereignisse, die ebenso Einfluss auf den Wert der Fahrzeuge hatten. Aufgrund aktueller Krisen unterbrochene Lieferketten sorgten für Preissteigerungen im Occasionsmarkt, vgl. AUTO GEWERBE VERBAND SCHWEIZ, Gebrauchtwagenpreise um 28 Prozent gestiegen, Meldung vom 18. Oktober 2022, Internet: <https://www.agvs-upsa.ch/de/news/news-archiv/gebrauchtwagenpreise-um-28-prozent-gestiegen> (Abruf 9.9.2023).

ständnis aus dem VW-Konzern⁷⁹ und der österreichische OGH auch bei Thermofenster-Dieseln praktiziert,⁸⁰ und in zweiter Linie ein Rückgriff auf die Lebenserfahrung wie bei Unfallwagen⁸¹ sowie auf eine Schätzung des Schadens gemäss Art. 42 Abs. 2 OR⁸². Wenn das Bundesgericht dem Kläger die unterlassene Darlegung des konkreten Minderwerts vorwirft, verkennt es, dass dies bei der Naturalrestitution gar nicht notwendig ist – darin besteht gerade ihr Vorteil. Die Naturalrestitution funktioniert selbst dann noch, wenn der Kläger das Fahrzeug einem Dritten weiterverkauft hat. Er muss sich dann lediglich den Verkaufspreis anrechnen lassen.

Dass das Fahrzeug als solches einen Minderwert aufweist, dürfte sich bei richtiger Betrachtung der Situation im Zeitpunkt der Schädigung, die im Kauf des Fahrzeugs liegt, klar ergeben. Aber auch später liegt noch ein Schaden vor. Nur schon durch die Umrüstung auf die permanente Abgasreinigung wird klar, dass ein Fahrzeug, dessen Konstruktion auf eine Teilzeit-Abgasreinigung ausgerichtet ist, bei voller Beanspruchung zusätzlichen, nicht einkalkulierten Belastungen und Abnützungen ausgesetzt ist.⁸³ Wenn man sich noch vergegenwärtigt, dass

sich die Fahrzeughersteller mit der Teilzeit-Abgasreinigung irgendwelche Vorteile versprochen haben, wird klar, dass deren Korrektur Nachteile mit sich bringt. Wer diesen Fahrzeugen den vollen Wert zuspricht, verkennt die Realität, auch wenn sich die konkrete Wertminderung ohne aufwendige Studien nur schwierig beweisen lässt.

Das Urteil hätte sich schon noch mit der Grundlage des Anspruchs gegen den Fahrzeughersteller auseinandersetzen müssen. Der Käufer ist beispielsweise Opfer einer absichtlichen, sittenwidrigen Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR) oder einer gewöhnlichen unerlaubten Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR) geworden, bei der die Schutznorm in der zulassungsrechtlichen Übereinstimmungserklärung⁸⁴ des Herstellers oder in einer Verletzung des UWG liegt. Bei diesen Grundlagen wird klar, dass der Geschädigte das Fahrzeug unabhängig von einer konkreten Vermögensminderung nicht gekauft hätte und der unerwünschte Kauf als solcher die Schädigung bildet.

Das Handelsgericht dreht dem Kläger zusätzlich den Strick daraus, dass er nach dem Verkauf des unerwünschten Fahrzeugs den Tatsachenvortrag in der Replik nicht angepasst habe, unter Geltendmachung des konkreten, tieferen Wiederverkaufspreises, unter Anrechnung der Nutzung.⁸⁵ Nach richtiger Auffassung ist jedoch für die gezogenen Nutzungen und Vorteile *der Schädiger beweispflichtig*.⁸⁶ Wenn der Kläger noch CHF 33'920 verlangt hat, hat er den Weiterverkaufspreis angerechnet. An der Beklagten wäre es sodann gewesen, die Nutzung während 58'000 km geltend zu machen und vom Schadenersatz abzuziehen. Weil es sich um ein deutsches Qualitätsprodukt handelte, wäre bei einer Lebensleistung von 300'000 km ein Abzug von 58/300 vom Anschaffungspreis von CHF 56'920 angezeigt gewesen, wie es deutsche Gerichte praktizieren.⁸⁷ Die richtige Lösung würde also darin bestehen, dass man den geltend gemachten Schadenersatz um die vom Schädiger zu beweisenden Nutzungen reduziert.

Das Urteil ist eine herbe Enttäuschung, denn in richtiger Anwendung der Naturalrestitution hätte sich durchaus ein Anspruch begründen lassen. Dieses Verfahren führte

⁷⁹ Vgl. ob FN 76.

⁸⁰ Vgl. ob FN 66.

⁸¹ BGE 145 III 225 E. 4.1.3: «Das beurteilende Gericht verfügt nicht immer bereits zum Zeitpunkt des Urteils über sämtliche Elemente zur Bemessung des Schadens. Dies trifft insbesondere zu, wenn die Schadensentwicklung im Urteilszeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist. In diesem Fall werden regelmässig einerseits der bereits entstandene Schaden ermittelt, andererseits der künftige Schaden aufgrund einer Prognose so konkret wie möglich bestimmt (Urteil 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 5). Dies gilt auch, wenn der Schadenumfang von künftigen Ereignissen abhängt und zum Urteilszeitpunkt noch nicht mit Sicherheit ermittelt werden kann. Dass die zukünftige Weiterentwicklung des Schadens definitionsgemäss unsicher ist, führt folglich nicht etwa zum Aufschub des Urteils. Vielmehr wird die Streitsache auf der Basis BGE 145 III 225, 236 einer Prognose der zukünftigen Entwicklung nach der allgemeinen Lebenserfahrung endgültig erledigt (BGE 95 II 255 E. 6; FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., S. 464 Rz. 1372; CHAPPUIS, a.a.O., S. 151 ff. Rz. 317 ff.; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 2 50 Rz. 9). Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist, bezieht sich nicht nur auf den bereits eingetretenen Schaden, sondern auch auf Nachteile, die der Geschädigte voraussichtlich noch erleiden wird (BGE 114 II 253 E. 2a).»

⁸² MANUEL JAUN, Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2019 und 2020, ZBJV 2021, 377 ff., 386: «Das Gericht hat ihn daher gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen, d.h. nach Recht und Billigkeit mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen und zu ermitteln, «was in solchen Fällen üblicherweise geschieht» (Fellmann/Burger, a.a.O., S. 2 67).»

⁸³ Vgl. die Angaben in FN 58; vgl. auch den Gedanken in BGE 91 II 344 E. 5.

⁸⁴ Vgl. oben Nr. 15.

⁸⁵ HGer ZH, HG200093-O, 24.11.2022, E. 2.2.2. Im gleichzeitig ergangenen Parallelfall BGer, 4A_17/2023, 9.5.2023, fand kein vorzeitiger Verkauf des Fahrzeugs statt (HGer ZH, HG200081-O, 24.11.2022), weshalb sich die Argumentation darauf beschränkte, der unerwünschte Vertrag als solcher sei kein Schaden.

⁸⁶ Weil der Schädiger daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB); vgl. die konkreten Hinweise bei THOMAS RIEHM, Deliktischer Schadenersatz in den «Diesel-Abgas-Fällen», NJW 2019, 1105 ff., 1108; Staudinger-HÖPFNER, Berlin 2021, § 249 BGB N 152; BGH, II ZR 75/10, 23.4.2012, N 44.

⁸⁷ Vgl. oben FN 75.

ins Nichts, während Konsumentinnen und Konsumenten erfolgreich ihr Recht in ganz Europa und in Amerika sowieso umsetzen konnten. Nun, in Europa gibt es im Abgasrecht einen Effektivitätsgrundsatz, der wirksame Instrumente zur Anspruchsdurchsetzung vorschreibt.⁸⁸ In Amerika gibt es das *american package* mit Erfolgshonorar, class actions und punitive damages, die im Verbund eine bemerkenswerte Klagefreudigkeit hervorrufen.⁸⁹ Davon haben wir rein gar nichts: Die hiesigen Gerichte verleugnen Methoden, die sie früher durchaus praktiziert haben. Sie verlangen sogar einen vexatorischen Schadensnachweis durch Vergleich mit der Wertentwicklung eines hypothetisch gekauften Fahrzeugs.

C. Teilnehmer bei Urheberrechtsverletzung

18. LG Leipzig, 05 O 807/22, 1.3.2023

Sachverhalt: Sony als Rechteinhaber des Musikalbums «The Bitter Truth» von Evanescence verlangte vom DNS-Resolver Quad9, dass er zwei Einträge auf Internetseiten von seiner DNS-Datenbank entferne. Bei den beiden eingetragenen Servern konnte man diese und andere Musik in Verletzung des Urheberrechts herunterladen.

Erwägungen: Das LG Leipzig erachtete den DNS-Resolver Quad9 als Täter: «Die Beklagte haftet im vorliegenden Fall als Täter aus §§ 97 Abs. 1, 15, 19 a, 85 UrhG. Die Beklagte haftet als Täterin, weil sie Internetnutzern ihren DNS-R. zur Verfügung stellt und darüber auf die Seiten des Dienstes *canna.to* mit den rechtsverletzenden Downloadangeboten betreffend das streitgegenständliche Musikalbum verwiesen wird» (N 23).

Ebenso verpflichtete das Landgericht Quad9 zu Vorsorgemassnahmen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen: «Der Diensteanbieter muss zum einen zumutbare Vorsorgemassnahmen ergreifen, mit denen das Hochladen von Dateien mit vergleichbarem rechtsverletzenden Inhalt in Zukunft verhindert wird und ist zum anderen auch zur Beseitigung fortdauernder und damit in die Zukunft reichender Rechtsverletzungen verpflichtet [...]» (N 30).

Bemerkungen: Weshalb ist dieses Urteil so bemerkenswert, gerade haftpflichtrechtlich? Quad9 leistet lediglich einen äusserst untergeordneten Beitrag, indem er den Namen der aufgerufenen Internetseite in deren IP-Adresse umwandelt; es geht sozusagen um das *Telefon-*

buch des Internets. Wer die IP-Adresse kennt, kann die entsprechende Seite also dennoch direkt aufrufen. Einen solchen Beitrag würde man in der Schweiz wohl als nicht adäquatkausal zur Urheberrechtsverletzung betrachten.⁹⁰ Stellt der Beitrag keine Urheberrechtsverletzung dar, ist auch Art. 50 OR nicht anwendbar: Unterlassungsansprüche fallen ausser Betracht. Das Urteil aus Leipzig ist noch nicht rechtskräftig und bereits heftig kritisiert worden.⁹¹

D. Staatshaftung

19. BGer, 2E_4/2019, 28.10.2021

Sachverhalt: Ein Anwalt zog diverse Verfahren seiner Klienten immer wieder bis vor Bundesgericht, wo er die Besetzung des Spruchkörpers als verfassungs- und konventionsrechtswidrig monierte. Das Bundesgericht ging einmal ausführlich darauf ein, mit abschlägigem Ergebnis. Aufgrund der häufigen Wiederholungen begann das Bundesgericht, dem Anwalt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen – teils mit, teils ohne Anonymisierung seines Namens. Der Rechtsanwalt gelangte in eigener Sache an das Bundesgericht und verlangte von der Schweizerischen Eidgenossenschaft Schadenersatz in Höhe von CHF 7'000'000. Die Publikation der nichtanonymisierten Urteile habe zu seinem wirtschaftlichen Ruin geführt, indem er die bestehende Klientschaft verloren habe und keine neuen Klienten mehr habe gewinnen können.

Erwägungen: Das Bundesgericht hielt erstens fest, es sei rechtens, den Namen des Anwalts nicht zu anonymisieren, da dieser in seiner beruflichen Stellung tätig wer-

⁸⁸ Vgl. oben ob FN 60.

⁸⁹ Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Zürich 2015, 569 ff., 570.

⁹⁰ Vgl. BGE 145 III 72 E. 2.3.1 f. In diesem Fall ging es um einen Access-Provider, einen «Zugangsdienstleister», dessen Nähe zur Tätigkeit der eigentlich urheberrechtsverletzenden Internetseite im Vergleich zum DNS-Resolver eher bejaht werden könnte. Dennoch hat das Bundesgericht einen relevanten Tatbeitrag verneint: «Am entsprechenden Zugänglichmachen auf den (ausländischen) Rechnern liefert die Beschwerdegegnerin keinen konkreten Tatbeitrag. Ihre Beteiligung liegt einzig darin begründet, dass sie – zusammen mit zahlreichen weiteren Access Providern [...] – die technische Infrastruktur bereitstellt, damit ein Zugang zum weltweiten Internet von der Schweiz aus überhaupt möglich ist. Dies reicht für eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit als Teilnehmerin an den zur Diskussion stehenden Urheberrechtsverletzungen unbekannter Dritter nicht aus. Der in der Beschwerde vertretene Ansatz würde gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OR eine Verantwortlichkeit sämtlicher der zahlreichen Access Provider in der Schweiz für alle auf dem weltweiten Internet urheberrechtswidrig zur Verfügung gestellten Inhalte begründen» (E. 2.3.2).

⁹¹ Es handle sich um eine privilegierte Diensteanbietung, vgl. ARNE NEUBAUER, MMR 2023, 381: «Richtigerweise findet folglich Art. 4 Abs. 1 DSA, dessen Wortlaut weitgehend mit § 8 Abs. 1 TMG übereinstimmt, auch auf Betreiber von DNS-Resolvern wie Quad9 Anwendung.»

de: «Die Anonymisierung der Namen der verfahrensbeiliegten Parteien findet ihre Begründung darin, dass die Parteien sich durch die Publikation ihrer Namen unter Umständen davon abhalten lassen könnten, an das Gericht zu gelangen [...]. Dies gilt es zu verhindern. Keinen derartigen Schutzmechanismus können die Rechtsvertretungen anrufen, insbesondere die gewerbsmässig tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Zu deren beruflichen Aufgaben zählt vornehmlich auch, die Klientschaft vor Gericht zu vertreten. Wird die Identität der Rechtsvertretung bekannt, so berührt dies nicht die Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte, sondern die äusserlich sichtbare Wahrnehmung ihrer beruflichen Pflichten» (E. 3.2.4).

Problematisch sei jedoch die Anwendung von Art. 12 VG, wonach sich rechtskräftige Urteile nicht nochmals auf dem Wege der Staatshaftung überprüfen lassen. Bundesgerichtliche Urteile sind schon mit ihrer Ausfällung rechtskräftig. Unter die Schrankenwirkung des Art. 12 VG falle, was das Bundesgericht entschieden habe. «Dabei handelt es sich um die entscheidungstragenden Erwägungen und das Dispositiv» (E. 4.3.5.2). «Nicht zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 12 VG zählen Ausführungen, die nicht erforderlich sind bzw. letztlich gar nicht in das Dispositiv einfließen. Erwägungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur stehen (nur) ausserhalb der Schrankenwirkung, solange sie nicht zumindest mittelbar in die Motive einfließen, solange sie also nicht entscheidend begründend ausgestaltet sind» (E. 4.3.5.2).

In Anwendung dieser Erwägung schloss das Bundesgericht die Argumente des Anwalts aus, die sich auf kategorische Abweisungen seiner Begehren, abschlägige Urteile des Bundesgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege für seine Klienten und die Kostenaufgabe auf ihn selbst bezogen. Diese fielen unter die Schrankenwirkung (E. 5.3.1).

Auf den Vorwurf des Anwalts, das Bundesgericht hätte seine Anträge ignoriert oder sinnentstellend dargestellt, trat das Bundesgericht ein, soweit er diese gehörig substantiiert hatte: «Auch mag sein, dass sie überhart formuliert sind und besser unterblieben wären, weil sie zur Entscheidungsfindung nichts Wesentliches beitragen. Wie es sich damit verhält, muss freilich nicht abschliessend geklärt werden: Eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG [...] ist von vornherein nicht gegeben, fehlt es doch an der Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht. Von einer «violation d'une prescription importante des devoirs de fonction» [...] kann nicht gesprochen werden, nachdem es um eine beiläufige Würdigung geht, ohne welche das Dispositiv nicht anders ausgefallen wäre» (E. 5.3.2.5).

Die Anonymisierung der Rechtsvertreter, die ebenfalls überprüfbar sei, sei manchmal gerechtfertigt, liege jedoch

im Ermessen des Gerichts: «Auch wenn der Ansicht zu folgen wäre, dass eine Anonymisierung sachlich am Platz gewesen wäre, vermöchte dies keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG zu begründen» (E. 5.4.9).

Bemerkungen: Wenn das Bundesgericht unter Hinweis auf die beruflichen Pflichten des Anwalts dessen Namen offen publiziert, suggeriert es, dass es auch eine Warnung an die Bevölkerung vor diesem ausspricht, mithin ein aufsichtsrechtliches Ziel verfolgt. Es ist mit JAAG zu bezweifeln, dass dies Aufgabe des Bundesgerichts ist.⁹²

Das Urteil bedeutet, dass das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes in Art. 12 VG eine wichtige Einschränkung erfahren hat: Was nicht Teil des Dispositivs wird, lässt sich grundsätzlich überprüfen. Diese zusätzliche Überprüfung ist umso bemerkenswerter, als sich das abweisende Staatshaftungsurteil ohne Verrenkungen auch auf die fehlende Kausalität der Anonymisierung hätte zurückführen lassen, wie JAAG festhält: «Näherliegend ist es, dass das vom Bundesgericht kritisierte Verhalten des Klägers an seiner Eignung als Rechtsanwalt und Parteivertreter zweifeln lässt. Insofern wäre wohl auch von einem erheblichen Selbstverschulden des Klägers auszugehen, das den Kausalzusammenhang zwischen der Nichtanonymisierung seines Namens und dem eingetretenen Schaden unterbrach.»⁹³ Stossend bleibt, dass das Bundesgericht eine Staatshaftungsklage selbständig beurteilt, die eigenes Verhalten zum Thema hat. Auch hier ist JAAG zuzustimmen, wenn er solche Klagen dem Bundesverwaltungsgericht anvertraut sehen möchte.⁹⁴

E. Aufsicht in Badeanstalten

20. BGer, 6B_388/2020, 30.9.2021

Sachverhalt: Ein neunjähriges Mädchen ertrank in einem Schwimmbad. Zur Zeit des Ertrinkens befanden sich 6–7 Leute im Bassin, 4 befanden sich ausserhalb.

Erwägungen: Eine Badeanstalt setze eine Aufsicht voraus, die sich permanent beim Bassin oder in dessen Nähe befinde; das überwachende Personal müsse stets in der Lage sein, sofort einzuschreiten: «Celle-ci revêt un caractère essentiel et implique, de la part du gardien, une attention soutenue, depuis le bord ou à proximité de la piscine, à l'égard de tout acte ou événement insolite ou pouvant présenter un danger, pour autant qu'il soit perceptible. Le gardien doit ainsi être en mesure d'intervenir

⁹² TOBIAS JAAG, BGer 2E_4/2019: Anonymisierung von Bundesgerichtsentscheiden und Staatshaftung, AJP 2022, 359 ff., 365.

⁹³ JAAG (FN 92), AJP 2022, 366.

⁹⁴ JAAG (FN 92), AJP 2022, 366 f.

de façon immédiate dès qu'une anomalie ou un danger lui est signalé par toute personne l'ayant perçu» (E. 4.1.2.1). Dies führe aber nicht dazu, dass jeder einzelne Schwimmer permanent zu überwachen sei: *«Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que la diligence à observer dans la surveillance ne peut pas raisonnablement porter sur tous les actes des usagers, même lorsqu'ils se trouvent dans l'eau. Il n'appartient pas au gardien de vérifier que chaque baigneur reste en surface, ou s'il est sous l'eau, qu'il remonte à temps»* (E. 4.1.2.1).

Bemerkungen: Der betreffende Bademeister war gerade mit dem Einzug von Eintrittsgeldern beschäftigt, als er Schreie von Besuchern hörte. Sofort eilte er dorthin und zog das Mädchen aus dem Bassin. Es erfolgte in Übereinstimmung mit den obigen Erwägungen ein Freispruch vom Vorwurf der fahrlässiger Tötung.

F. Aufsicht über Skipisten

21. BGer, 6B_1209/2020, 26.10.2021

Sachverhalt: Auf einer gesperrten Schlittelpiste verunfallten zwei Schlittenfahrer nach Betriebsschluss in der Silvesternacht schwer. Sie hatten an einem öffentlichen Silvesteranlass in einer Hütte teilgenommen. Das Bergbahnunternehmen hatte ihnen einen Schlitten vermietet und sie zur Hütte transportiert. Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung durch Unterlassen gegen unbekannte Täterschaft ein, da es sich um eine erkennbar gesperrte Piste gehandelt habe und deshalb keinerlei Verkehrssicherungspflichten bestanden hätten.

Erwägungen: Das Bundesgericht erinnerte daran, dass es für die relevanten Sorgfaltspflichten auch auf anerkannte Verhaltensregeln von Privaten zurückgreife: *«Das Mass der im Einzelfall zu beachtenden Sorgfalt richtet sich, wo besondere, der Unfallverhütung und der Sicherheit dienende Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, in erster Linie nach diesen Vorschriften [...]. Fehlen solche, kann sich der Vorwurf der Fahrlässigkeit auf allgemein anerkannte Verhaltensregeln privater oder halbprivater Vereinigungen [...] oder auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie den allgemeinen Gefahrensatz stützen [...]*» (E. 2.4.2).

Die Vorinstanz habe es unterlassen, wesentliche Fakten zu berücksichtigen. *«Ohne Berücksichtigung der Tatsachen, dass das Angebot der Schlittenvermietung und des Transports mittels Seilbahn direkt zum Schlittelweg auch nach der Sperrung des Schlittelwegs weiterbestand, dass in der nur über den Schlittelweg erreichbaren Hütte G. ein öffentlicher Silvesteranlass stattfand und dass im Internet ein Werbeflyer einsehbar war, der die Öffnung des Schlit-*

telwegs im Unfallzeitpunkt propagiert, kann in Bezug auf die vorliegenden Verhältnisse nicht hinreichend beurteilt werden, ob der Bergbahnbetreiberin trotz des im Unfallzeitpunkt mit roten Informationstafeln formell gesperrten Schlittelwegs eine Sicherungspflicht zukam» (E. 2.5.1).

Auch die Untersuchung des Unfalls sei nicht rechtsgenügend erfolgt: *«Hinsichtlich der Prüfung des Bestehens einer Sicherungspflicht ist im Weiteren auch die Frage von Bedeutung, inwieweit sich der Veranstalter des Silvesteranlasses in der Hütte G. mit den Sportbahnen F. abgesprochen hat, mithin ob der betreffende Veranstalter die Bergbahnbetreiberin über seinen Anlass orientiert und um Benutzung der Piste bzw. des Schlittelwegs und insbesondere um eine Transportmöglichkeit der Gäste via Seilbahn ersucht hat. Der Inhalt einer entsprechenden Absprache kann sich entscheidend auf die Verantwortlichkeit für die Benutzung des Schlittelwegs durch die Gäste auswirken (vgl. SBS-Richtlinien 2019 Ziff. 231 i.V.m 195 und E. 2.4.4 oben)»* (E. 2.5.2).

Bemerkungen: Es ist erstaunlich, wie detailliert die privaten Richtlinien solche Fragen regeln. Von Relevanz waren vorliegend die SKUS-Richtlinien 2015. SKUS steht für Schweizerische Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten.⁹⁵ Für Schlittelwege existieren zusätzliche Richtlinien des SBS (Seilbahnen Schweiz).⁹⁶ Letztere sehen auch Absprachen und Vorkehrungen bei besonderen Nacht-Events vor.⁹⁷ Das Bundesgericht fühlt sich aber zu Recht nicht daran gebunden, indem es festhält, dass relevante Pflichten auch über die Regelwerke hinausgehen könnten (E. 2.5.1) und die Bedeutung der Regelwerke insbesondere im Sinne einer Konkretisierungsfunktion bestehe: *«Obwohl diese Richtlinien kein objektives Recht darstellen, erfüllen sie eine wichtige Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflicht [...]»* (E. 2.4.3).⁹⁸

⁹⁵ Zu den aktuellen SKUS-Richtlinien (Auflage 2022) vgl. Internet: https://www.skus.ch/admin/data/files/file/file/58/2022_skus_rabu_schneesportanlagen_richtlinien_de_fr.pdf?lm=1671722527 (Abruf 9.9.2023).

⁹⁶ Vgl. Internet: <https://www.seilbahnen.org/de/index.php?section=downloads&download=14323> (Abruf 9.9.2023).

⁹⁷ Vgl. N 195 der SBS-Richtlinien (siehe oben FN 96).

⁹⁸ Vgl. auch BGE 130 III 193 E. 2.3: *«Das Bundesgericht ist an die Richtlinien nicht gebunden, sondern entscheidet selbst, welche Sorgfalt im Einzelfall geboten war, wobei das Sorgfaltsmass eine flexible, sich stets nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu richtende Grösse bildet [...]»*