

re0190

recht 1/1990

# Haftung für reinen Vermögensschaden

recht-1990-19

Lic. iur. Franco Lorandi. Erlenbach/ZH

## I. Personen-, Sach- und reiner Vermögensschaden

Der Schaden wird dogmatisch nach verschiedenen Kriterien in mehrere sich überschneidende Schadensarten unterteilt<sup>1,2</sup>. Einigkeit herrscht darüber, nach welchen Kriterien die Unterscheidungen erfolgen sollen. Bei der Bezeichnung der verschiedenen Schadensarten konnte man sich aber nicht überall auf eine einheitliche Terminologie einigen<sup>3</sup>.

Wählt man als Unterscheidungskriterium die Art des verletzten Rechtsgutes, so führt dies zur Dreiteilung des Schadens in Personen-<sup>4</sup>, Sach-<sup>5</sup> und reinen Vermögensschaden.

Personenschaden ist die Vermögensverminderung infolge Tötung oder Verletzung eines Menschen<sup>6</sup>. Das Gesetz sieht in den Art. 45 und 46 OR Sonderregeln vor, für die Berechnung des zu leistenden Schadenersatzes<sup>7</sup>. Als Sachschaden bezeichnet man die Vermögensverminderung, welche durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache entsteht<sup>8</sup>. Folgeschäden, vor allem in Form von entgangenem Gewinn (lucrum cessans), werden, soweit sie in einem adäquaten Kausalzusammenhang zu einer Körperverletzung, Tötung oder Sachbeschädigung stehen (und die gleiche Person betreffen), als Personen- bzw. Sachschaden behandelt.

Als dritte Schadensart verbleibt der sogenannte reine Vermögensschaden. Diese Terminologie ist jedoch keineswegs anerkannt. Die angebotenen Begriffe sind gleichermassen zahlreich wie unplastisch. Ein Überblick über die Vielfalt der verwendeten Ausdrücke soll dies veranschaulichen. Anzutreffen sind die Begriffe: «Vermögensschaden»<sup>9</sup>, «reiner Vermögensschaden»<sup>10</sup>, «Vermögensschaden i.e. S.»<sup>11</sup>, «sonstiger Vermögensschaden»<sup>12</sup>,

recht-1990-20

«sonstiger Schaden»<sup>13</sup>, «übriger Schaden»<sup>14</sup> und «weiterer Schaden»<sup>15</sup>. An Ausdruckskraft lassen alle der vorgeschlagenen Begriffe zu wünschen übrig. Dies ist jedoch im wesentlichen darauf zurückzuführen, dass der zu umschreibende Inhalt nicht homogen ist und deshalb auch als Ganzes nicht mit der wünschbaren begrifflichen Prägnanz erfasst werden kann.

Mit der fehlenden Homogenität ist gemeint, dass sich reine Vermögensschäden nicht durch ein gemeinsames Merkmal positiv charakterisieren, sondern höchstens in einzelne Fallgruppen unterteilen lassen. Solche Fallgruppen sind zum Beispiel Schäden infolge:

- Verletzung von Immaterialgüterrechten,
- unzulässiger Wettbewerbsbehinderungen (durch Kartelle oder ähnliche Organisationen),

- unlauteren Wettbewerbs,
- Kreditbeeinträchtigungen.

Die Folge ist, dass diese Schadensart umfassend nur negativ beschrieben werden kann. Als reinen Vermögensschaden bezeichnet man deshalb gemeinhin denjenigen Schaden, der weder Personen noch Sachschaden ist, der also weder auf einer Tötung oder Körperverletzung eines Menschen noch auf der Beschädigung, Zerstörung oder dem Verlust einer Sache beruht<sup>16</sup>. Die Schadensart des reinen Vermögensschaden hat somit die Funktion eines Auffangbeckens.

## II. Bedeutung der Unterscheidung

Im vertraglichen Haftpflichtrecht ist die erwähnte Dreiteilung des Schadens bedeutungslos. Wer (als Vertragspartei) einen Vertrag verletzt, hat seinem Vertragspartner grundsätzlich jeden adäquat verursachten Schaden zu ersetzen (unabhängig von der Art des verletzten Rechtsgutes), sofern er sich nicht zu exkulpieren vermag (Art. 97 ff. OR).

Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht ist die Unterscheidung der drei Schadensarten dagegen in zweifacher Hinsicht von Bedeutung.

### 1. Ausschluss gewisser Schadensarten vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes

Verschiedene Spezialgesetze<sup>17</sup> beschränken die Haftpflicht des Schädigers auf Personen und/oder Sachschaden. Reiner Vermögensschaden ist nach diesen scharfen Kausalhaftungen nicht ersatzfähig<sup>18</sup>. Oftinger und ihm folgend auch das Bundesgericht verneinen in diesen Fällen generell eine Haftpflicht des Schädigers für reinen Vermögensschaden. Sie begründen dies damit, dass Spezialgesetze, die eine Kausalhaftung statuieren, gemäss dem Satz «lex specialis derogat legi generali» sowohl den Kausalhaftungsnormen des OR und ZGB als auch der Verschuldenshaftung von Art. 41 OR vorgehen<sup>19</sup>.

Es ist offensichtlich, dass eine solch formale Betrachtungsweise nicht zu überzeugen vermag. Die in den genannten Spezialgesetzen verankerten (scharfen) Kausalhaftungen haben ganz offenbar den Sinn, den Geschädigten im Vergleich zu den allgemeinen Haftungsnormen besser zu stellen<sup>20</sup>. Versagt man dem Geschädigten Ersatz für reinen Vermögensschaden, indem man ihm die Berufung auf die allgemeinen Haftungsbestimmungen verwehrt, so steht dies im krassen Widerspruch zur ratio dieser scharfen Kausalhaftungen. Die Konsequenz ist die, dass im Extremfall, wo nur reiner Vermögensschaden entsteht, ein Schädiger, der einer bestimmten Gefährdungshaftung untersteht, keinen Schadenersatz zu leisten hat, während ein Verursacher, der keinem solchen Spezialgesetz, sondern den allgemeinen Haftungsbestimmungen des OR und ZGB untersteht, voll ersatzpflichtig wird.

Dieses Ergebnis ist gleichermassen widersinnig wie stossend. Es führt zu einer Bestrafung des Geschädigten (dereinen reinen Vermögensschaden erlitten hat) dafür, dass sich die Haftpflicht seines Schädigers mehr oder weniger zufällig aus einem Spezialgesetz ableitet, das den Betroffenen doch gerade

recht-1990-21

besser stellen wollte! Es muss ihm daher offenstehen, seinen reinen Vermögensschaden nach den allgemeinen Haftungsnormen geltend zu machen<sup>21</sup>. Dogmatisch überzeugend lässt sich dieses Ergebnis damit begründen, dass die Spezialgesetze eben nur in bezug auf die Schadensarten exklusive Geltung haben, die eine besondere Regelung erfahren (Personen- und Sachschaden), nicht jedoch für reine Vermögensschäden, die von ihnen gar

nicht erfasst werden<sup>22</sup>.

Festzuhalten bleibt, dass die Unterscheidung von Personen-, Sach- und reinem Vermögensschaden im Rahmen der oben genannten Spezialgesetze von grosser Bedeutung ist. Beharrt man auf der Exklusivität der Spezialgesetze, so ergeben sich keine weiteren Probleme; die Zuordnung eines Schadens zu einer der drei Arten beantwortet auch schon die Frage nach seiner Ersatzfähigkeit. Reiner Vermögensschaden folgt dann dem Grundsatz «casum sentit dominus». Verneint man dagegen aus den erwähnten Gründen die absolute Exklusivität der spezialrechtlichen Haftungsbestimmungen, so verlagert sich die Frage nach der Überwältzbarkeit von reinem Vermögensschaden auf die Ebene der Haftungsnormen des ZGB und OR.

## **2. Umfassender Schadensbegriff**

Weder das ZGB noch das OR unterscheiden in ihren (ausser vertraglichen) Haftungsnormen zwischen verschiedenen Schadensarten. Dasselbe gilt für alle übrigen, nicht oben erwähnten bundesrechtlichen Spezialhaftpflichtgesetze<sup>23</sup>. Alle diese Bestimmungen sprechen vom Schaden schlechthin und erfassen damit alle drei Schadensarten, auch den reinen Vermögensschaden. Insofern ist die Unterscheidung der drei Arten bei diesen Bestimmungen von geringerer Bedeutung. Doch nur wenn der reine Vermögensschaden nicht schon aufgrund des Schadensbegriffs der jeweiligen Haftungsnorm von deren sachlichen Geltungsbereich ausgeschlossen ist, bedarf es weitergehender Betrachtungen, um die Ersatzfähigkeit dieser Schadensart zu beurteilen. Dies soll nun nachfolgend geschehen.

## **III. Ersatzfähigkeit von reinem Vermögensschaden nach dem heutigen Stand von Lehre und Rechtsprechung**

### **1. Allgemeine Haftungs-voraussetzungen im ausser vertraglichen Haftpflichtrecht**

Damit ein Schädiger ausserhalb eines Vertrages schadenersatzpflichtig wird, müssen die folgenden allgemeinen<sup>24</sup> Voraussetzungen erfüllt sein:

- Einer (anderen) Person muss ein Schaden entstanden sein,
- der sich als widerrechtlich<sup>25</sup> darstellt und
- in einem adäquaten Kausalzusammenhang
- zu einem gesetzlichen Anknüpfungstatbestand (menschliches Verhalten oder qualifizierter Gefahrenzustand) steht.
- Erforderlich ist zudem, dass das jeweilige Zurechnungskriterium (Verschulden, Verletzung einer Sorgfaltspflicht, Nutzen-Risikokompensation oder Billigkeit) gegeben ist.

Von diesen Voraussetzungen beurteilt sich einzig die Widerrechtlichkeit innerhalb der drei Schadensarten verschieden. Nur ihr Vorliegen ist abhängig von der Art des betroffenen Rechtsgutes; die übrigen Haftungsvoraussetzungen haben keinen spezifischen Bezug zum massgebenden Unterscheidungskriterium und tragen daher zur Beantwortung der Frage nach der Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden nichts bei. Von ihrem Vorliegen wird im folgenden ausgegangen.

## 2. Die Widerrechtlichkeit im besonderen

Das schweizerische Recht steht auf dem Boden der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie<sup>26</sup>. Danach ist ein Verhalten dann widerrechtlich, wenn es gegen eine Norm verstösst.

recht-1990-22

Dem für die Schweiz grundlegenden Aufsatz von Merz<sup>27</sup> folgend, prüft die herrschende Lehre und das Bundesgericht die so verstandene Widerrechtlichkeit in zwei Phasen. In einer ersten Phase ist zu untersuchen, ob ein absolutes Recht verletzt wurde. Ist dies der Fall, so ist die Widerrechtlichkeit grundsätzlich zu bejahen, gleichgültig wie der Schädiger gehandelt hat. Wurde kein absolutes Recht verletzt, ist in einer zweiten Phase zu prüfen, ob der Schädiger eine Verhaltensnorm übertreten hat, von deren Schutzbereich auch der Geschädigte erfasst ist (Schutznormtheorie)<sup>28,29</sup>. Ist keine solche Norm verletzt, so ist entstandener Schaden nicht überwältigbar.

Dabei spielt es keine Rolle, ob Personen, Sach- oder reiner Vermögensschaden als Erst- oder Reflexschaden vorliegt. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit erfolgt in gleicher Weise<sup>30</sup>. Das Dogma von der Nichtersatzfähigkeit von Reflexschäden<sup>31</sup> darf heute glücklicherweise, zumindest bezüglich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, als überwunden gelten<sup>32</sup>. Entscheidend ist daher nicht, ob ein Schaden als Erst- oder Reflexschaden zu qualifizieren ist, sondern allein, ob es sich dabei um einen Sach-, Personen- oder reinen Vermögensschaden handelt. Die erstgenannte Unterscheidung ist nur von akademischem Interesse, aber ohne jede praktische Bedeutung<sup>33</sup>

### a) Verletzung absoluter Rechte

Absolute Rechte sind solche Rechte, die gegenüber jedermann (erga omnes) wirken und zur Geltung gebracht werden können. In der schweizerischen Rechtsordnung sind die Persönlichkeits-, die Eigentums- und die Immaterialgüterrechte als absolute Rechte ausgestaltet. Daraus ergibt sich, dass beim Vorliegen eines Personen- oder Sachschadens stets ein absolutes Recht (Recht auf Leben, körperliche Integrität bzw. Eigentumsrecht) verletzt und demzufolge Widerrechtlichkeit gegeben ist.

Demgegenüber sind reine Vermögensschäden nur zum Teil, aber immerhin auch aufgrund der Verletzung absoluter Rechte als rechtswidrig zu qualifizieren. Keine Probleme ergeben sich bei den Immaterialgüterrechten. Schaden, der auf die Verletzung eines der vom Numerus clausus der Immaterialgüterrechte erfassten Exklusivitätsrechte zurückzuführen ist, ist grundsätzlich widerrechtlich. Auch das Eigentumsrecht erschöpft sich nicht im Schutz vor Sachschäden, es erstreckt sich darüber hinaus auch auf reine Vermögensschäden, insbesondere dort, wo der Schädiger nicht in die Substanz der Sache eingreift, sondern deren Gebrauch stört oder verunmöglicht. Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten führt dagegen nur selten zu reinem Vermögensschaden. In Frage kommen vor allem das Recht auf den eigenen Namen (Art. 29 ZGB) und das Recht auf Privatsphäre<sup>34</sup>. Obwohl zu den von Art. 28 ZGB geschützten Persönlich

recht-1990-23

keitsrechten auch das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung zu zählen ist, entscheidet sich die Zulässigkeit von Schädigungen im Wirtschaftsleben aus Praktikabilitätsgründen erst in der zweiten Phase der Widerrechtlichkeitsprüfung (Verletzung des UWG bzw. des Kartellgesetzes), ohne dass dies am Ergebnis etwas ändern würde.

## b) Verletzung einer Verhaltensnorm

Diese zweite Phase ist subsidiär zur ersten. Nur wenn die Untersuchung, ob ein absolutes Recht verletzt wurde, negativ verlief, stellt sich überhaupt die Frage nach der Übertretung von Verhaltensnormen. Diese zweite Phase ist somit nur bei einem Teil der reinen Vermögensschäden erforderlich.

Ausgangspunkt aller Probleme im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit ist der Umstand, dass die schweizerische Rechtsordnung keine Norm kennt, die das Vermögen als solches absolut schützt. Das Vermögen wird deshalb als nur relativ geschütztes Rechtsgut bezeichnet: sein Schutz ist, ausserhalb des Schutzbereichs absoluter Rechte, nur punktuell und unvollkommen. Er richtet sich nicht mehr nach der Natur des Rechtsgutes, sondern nur noch nach der Art und Weise der Schädigung. Der Geschädigte muss eine Verhaltensnorm der Struktur «Du sollst nicht ... wie... jemanden in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzen»<sup>35</sup> finden, die auch ihn schützen will und die übertreten wurde. Man spricht von der Theorie vom Schutzzweck der Norm<sup>36</sup>. Sie soll in drei Teilkomponenten zerlegt werden, die kumulativ erfüllt sein müssen. Zu fordern ist:

dass einer Norm qualifizierte Schutzfunktion zukommt,

dass der Geschädigte vom Schutzbereich der Norm erfasst wird und

dass diese Norm auch verletzt wurde.

1. Zunächst ist zu prüfen, ob einer Norm qualifizierte Schutzfunktion im haftpflichtrechtlichen Sinn zukommt. Dies ist dann der Fall, wenn sie überhaupt bezweckt irgendjemanden vor Vermögenseinbussen zu bewahren («Du sollst nicht ... wie ... jemanden am Vermögen schädigen»). Solche Verhaltensnormen finden sich in der gesamten Rechts Ordnung; im eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Recht, im Bereich des öffentlichen oder des Privatrechts, als geschriebene oder ungeschriebene Rechtsquellen<sup>37</sup>.

Der Verstoß gegen Bestimmungen, die gewisse Handlungen bloss anfechtbar erklären (z. B. die paulianische Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG), genügt beispielsweise nicht<sup>38</sup>. Die blosser Anfechtbarkeit einer Handlung ist eine geringe gesetzliche Missbilligung eines Verhaltens. Einer solchen Norm kommt somit auch nur eine schwache Schutzfunktion zu, die nicht ausreicht, um ein Verhalten im haftpflichtrechtlichen Sinn als widerrechtlich erscheinen zu lassen. Dazu bedarf es Vorschriften, die eine erhöhte Missbilligung eines Tuns (oder einer Unterlassung) zum Ausdruck bringen.

2. Kernproblem der Theorie vom Schutzzweck der Norm ist die Frage nach dem personellen Schutzbereich einer Norm, d. h. danach, ob der Geschädigte zum Kreis der geschützten Personen zu zählen ist. Welche Personen den Schutz einer Gesetzesbestimmung geniessen, ist durch deren Auslegung zu ermitteln, die sich allerdings bei Normen, deren Schutzbereich mit unzureichender Klarheit umschrieben ist, mitunter als äusserst schwierig erweisen kann.

Für Schadenersatzansprüche natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts kann nur die Verletzung solcher Bestimmungen Widerrechtlichkeit begründen, deren Schutzobjekt die wirtschaftliche Interessensphäre Privater ist. Will eine Vorschrift dagegen eine Gesamtheit von Personen als solche, insbesondere den Staat schützen, kommt sie als Widerrechtlichkeitsquelle für Ersatzansprüche Privater nicht in Frage. So entschied das Bundesgericht in BGE 30 II 255 ff., dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über den Waldabstand nur dem Schutz des Waldes dienen (und damit Interessen der Allgemeinheit wahren). Der Grundeigentümer, dessen Nachbar beim Bau seines Hauses den gesetzlichen Waldabstand nicht einhielt und ihm deshalb teilweise die Aussicht versperrte, wurde mit seiner Schadenersatzklage daher abgewiesen. Demgegenüber erkannte unser höchstes Gericht in BGE 75 II 204 ff. einer Postkonzession für den regelmässigen Personentransport auch den Zweck zu, den Konzessions-

sionär gegen nachteilige Konkurrenz zu schützen. Die Kontroverse bezüglich des personellen Schutzbereichs der Art. 13 und 14 GSG, die Wasserverunreinigungen verbieten, hat sich an einem konstruierten, aber realistischen Beispiel<sup>39</sup> entzündet. Die Streitfrage geht darum, ob der Verursacher der Verunreinigung eines Baches für die auf den üblen Geruch des Gewässers zurückzuführende Umsatzeinbusse eines Gastwirtes haftet, dessen Wirtschaft in unmittelbarer Nähe des Baches liegt. Für eine Schadenersatzpflicht des Verursachers treten Oftinger<sup>40</sup>, Lorenz-Wiegand<sup>41</sup> und Stark<sup>42</sup> ein. Demgegenüber verneint Widmer<sup>43</sup> die Widerrechtlichkeit mangels Schutzfunktion der genannten Normen für Privatinteressen.

Als weiterer Aspekt des personellen Schutzbereichs einer Norm ist zu prüfen, ob der Geschädigte zum Kreis der geschützten Privatpersonen (natürliche oder juristische Personen des Privatrechts) gehört. So dienen beispielsweise die Bestimmungen des Bankengesetzes über die Bankaufsicht (Art. 23ff. BankG) nicht dem Schutz der Banken, sondern nur deren Gläubiger<sup>44</sup>. In BGE 705 IV 39 ff. hielt der Kassationshof des Bundesgerichts fest, dass Art. 221 StGB (Brandstiftung) und Art. 222 StGB (fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst) nicht den Zweck hätten, den Versicherer eines Brandobjekts zu schützen. Vom personellen Schutzbereich der erwähnten Bestimmungen sei dagegen nicht nur der Eigentümer einer Sache, sondern auch dessen Hypothekargläubiger erfasst.

In zwei viel beachteten Entscheidungen<sup>45</sup> hatte das Bundesgericht zwei sog. «Kabelbruchfälle» zu beurteilen. Der Sachverhalt war in beiden Fällen in etwa derselbe: Die Beschädigung einer der Gemeinde gehörenden Wasser- bzw. Stromleitung führte bei angeschlossenen Unternehmungen zu Produktionsausfall. Das Bundesgericht begründete die Widerrechtlichkeit mit einem Verstoss gegen Art. 239 StGB. Diese Bestimmung, die sich im neunten Titel des Strafgesetzbuches (Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr) befindet, droht u. a. demjenigen Strafe an, der schuldhaft den Betrieb einer zur Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage hindert, stört oder gefährdet. Die Lausanner Richter führten aus, dass vom Schutzbereich dieser Strafnorm nicht nur die Inhaber der Anstalt oder Anlage (Staat, Gemeinde oder private Unternehmung), sondern auch deren Abnehmer erfasst seien. Dieser Ansicht ist in der Lehre zum Teil heftige Kritik erwachsen<sup>46</sup>.

3. Zuletzt ist zu untersuchen, ob die betreffende Gesetzesbestimmung auch verletzt wurde. Zu prüfen ist also die Tatbestandsmässigkeit des Lebenssachverhaltes. Dies gilt gleichermassen für Verbote wie Gebote.

## **IV. Kritik am heutigen Stand von Lehre und Rechtsprechung**

### **1. Ungleichbehandlung von Sach- und reinem Vermögensschaden**

Die Wurzel des Übels und Ausgangspunkt aller Kritik ist die unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit ungleiche Behandlung von Personen- bzw. Sachschäden einerseits und reinen Vermögensschäden andererseits. Während eine Privilegierung von Personenschäden aufgrund der Wichtigkeit des verletzten Rechtsgutes noch als gerechtfertigt erscheinen mag, lässt sich die unterschiedliche Behandlung von Sach- und reinen Vermögensschäden zwar rechtshistorisch mit der traditionellen Trennung von Sachen- und Obligationenrecht erklären, sie vermag jedoch aus heutiger Sicht nicht zu überzeugen. Die teilweise Ausklammerung des Vermögens vom

Kreis der geschützten Rechtsgüter- Kramer<sup>47</sup> spricht gar von einer Diskriminierung von reinem Vermögensschaden - erfolgt ohne stichhaltige Begründung; sie folgt weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 41 Abs. 1 OR. Wertungsmässig gleichgelagerte Fälle werden

unverständlicher- und zufälligerweise rechtlich ungleich behandelt<sup>48</sup>.

Während Sachschäden grundsätzlich immer widerrechtlich sind, wird derjenige, der einen reinen Vermögensschaden erleidet, nur zum Teil eine Verletzung absoluter Rechte geltend machen können<sup>49</sup>. Er ist darauf angewiesen, dass irgendwo in der Rechtsordnung eine Norm existiert, die (auch) ihn genau vor einer Schädigung der Art und Weise bewahren wollte, wie sie ihm widerfahren ist. Gibt es keine solche Norm (oder findet er bzw. sein Anwalt oder der Richter sie nicht), so hat er seinen Schaden selbst zu tragen. Dies ist für den Juristen unbefriedigend und für den Geschädigten unbegreiflich, wird er doch von beiden Schadensarten in gleicher Weise betroffen; Sach- und reiner Vermögensschaden sind für ihn von gleicher (gleich schlechter) Qualität.

## 2. Probleme mit der Schutzzwecktheorie

Die Anwendung der Theorie von Schutzzweck der Norm induziert verschiedene rechtliche Probleme. So erfordert sie die Transponierung von Normen aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten ins Haftpflichtrecht. Oftmals ist es dabei unklar, welcher Schutzzweck solchen Normen, die sachlich auf ganz andere als auf haftpflichtrechtliche Regelungslagen ausgerichtet sind, im Hinblick auf privatrechtliche Schadenersatzansprüche zukommt<sup>50</sup>.

Des weiteren gibt auch die unvermeidbare Lückenhaftigkeit der bestehenden Schutzgesetze Anlass zu Kritik. Derjenige, der einen reinen Vermögensschaden erleidet und irgendwo in der Rechtsordnung eine (mehr oder weniger) passende Gesetzesbestimmung findet, die (vielleicht) auch ihn vor Schaden bewahren will, kann den Schädiger zur Verantwortung ziehen. Wer nicht fündig wird, trägt seinen Schaden selbst. Das Haftpflichtrecht wird zum Glücksspiel, oder wie Kramer sich ausdrückt: «Das buntscheckige Bild gesetzlicher Schutznormen lässt es ... als recht zufällig erscheinen, ob für den konkreten Fall gerade eine passende Vorschrift zur Verfügung steht oder nicht.»<sup>51</sup>

Diese Schwäche des Systems führt unübersehbar zum Versuch, die auftretenden Lücken im Einzelfall zu schliessen. Unter dem Banner der Systemtreue wird die Schutzzwecktheorie ausgehöhlt. Der Richter, der Schadenersatz zusprechen möchte, weil ihm dies wertungsmässig angemessen erscheint, wird die Rechtsordnung durchstöbern, bis er eine für den zu entscheidenden Fall einigermaßen passende Norm findet. Durch eine «zielorientierte» interpretatorische Aufbereitung lässt sich aus einer Bestimmung solch ein Schutzgedanke herauslesen, wie er gerade erforderlich ist<sup>52</sup>. Die Gefahr der Methodenunehrlichkeit<sup>53</sup> ist nicht zu verleugnen.

## 3. Ungleichbehandlung von Folgeschäden

Aus rechtlicher Sicht unbefriedigend ist auch die unterschiedliche Behandlung von Folgeschäden, je nachdem, ob sie als Erst- oder Reflexschäden auftreten<sup>54</sup>. Der direkt Geschädigte kann den mittelbaren Schaden einer Körperverletzung oder Sachbeschädigung immer auf den Verursacher überwälzen, wenn der adäquate Kausalverlauf zu bejahen ist; der Folgeschaden zählt dann zum Personen- bzw. Sachschaden<sup>55</sup>. Dagegen sind für die Ersatzfähigkeit eines Reflexschadens (als reiner Vermögensschaden) als Folge eines Personenoder Sachschadens eines Erstgeschädigten nicht nur die Untiefen der Adäquanz, sondern auch die Klippen der Widerrechtlichkeit zu umschiffen. Der Betroffene wird daher beim Versuch, Ersatz für einen solchen Schaden zu erhalten, oftmals Schiffbruch erleiden. Ein kleiner Unterschied im Tatsächlichen kann zu einem grossen Unterschied im Rechtlichen führen<sup>56</sup>. Auch dies ist letztlich eine Konsequenz der traditionellen Trennung von Sachen- und Obligationenrecht.

recht-1990-26

## V. Ein Lösungsansatz

Vorauszuschicken ist, dass trotz allen mit ihr zusammenhängenden Problemen an der Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung festzuhalten ist. Nicht jeder von einem Dritten verursachte Schaden kann auf diesen überwältigt werden. Vielmehr gibt es auch - insbesondere im Wirtschaftsleben - erlaubte Schädigungen, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorhanden sein müsste. Weiter ist festzuhalten, dass der bestehende Zustand in den weitaus meisten Fällen zu überzeugenden und befriedigenden Resultaten führt. Er ist aber dort ergänzungsbedürftig, wo das Vermögen keinen Schutz durch die Rechtsordnung geniesst, obwohl wertungsmässig ein solcher gerechtfertigt wäre<sup>57</sup>.

Zu bedenken ist, dass die Prüfung der Widerrechtlichkeit eine digitale Entscheidung ist; entweder liegt Widerrechtlichkeit vor oder nicht. Zwischenstufen existieren nicht. Ein Verneinen der Rechtswidrigkeit führt immer<sup>58</sup> zum Ausschluss einer Haftpflicht. Betrachtet man die Haftungsvoraussetzungen bildlich gesehen als eine Abfolge von mechanischen Trennvorrichtungen zur Scheidung des überwältzbaren vom selbst zu tragenden Schaden, so hat die Widerrechtlichkeit die Funktion eines ersten groben Siebs, mittels welchem die erlaubten Schädigungen ausgeschieden und einer Haftpflicht entzogen werden sollen. Dieses Sieb weist jedoch zum Teil eine sehr unterschiedliche Maschenweite auf. Anzustreben ist deshalb, die Maschen da und dort mit der Ahle zu vergrössern, damit die Durchlässigkeit überall (d. h. für alle Schadensarten) in etwa gleich wird.

Ich möchte mich daher für eine Erweiterung des Katalogs der Schutzgesetze durch die Entwicklung von Verkehrspflichten für fremdes Vermögen<sup>59</sup> aussprechen. Der Vorzug dieses Lösungsansatzes liegt darin, dass er die Bereiche mit der grössten praktischen Bedeutung erfasst, da nur für solche Verkehrspflichten zu entwickeln sind. Anzusetzen ist an den neuralgischen Punkten, d.h. dort, wo wertungsmässig ein Schutz des Vermögens zu unrecht fehlt. Bei Schädigungen im Wirtschaftskampf sind das UWG und das Kartellgesetz durchaus taugliche Instrumente zur Scheidung des ersatzfähigen vom nicht ersatzfähigen Schaden. Dagegen tritt die Virulenz des Problems in verschiedenen anderen Bereichen, wie z. B. bei fahrlässig falscher Auskunftserteilung ausserhalb eines Vertrages, zutage<sup>60</sup>. Durch die kontrollierte und gezielte Ausdehnung des Widerrechtlichkeitserfordernisses besteht denn auch kaum die Gefahr einer «unabsehbaren Ausweitung des Schadenersatzrechtes»<sup>61</sup>. Um beim Bild des Siebs zu bleiben, sind mit zusätzlichen Schutzgesetzen die Maschen dort zu weiten, wo sie aus heutiger Sicht unangemessen eng erscheinen. Die Ahle ist zurückhaltend, aber gezielt einzusetzen. Damit können zwar zweifellos längst nicht alle im Zusammenhang mit der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie auftretenden Probleme gelöst werden, doch lassen sich damit immerhin die grössten «wertungsmässigen Engpässe» beseitigen.

In Anbetracht des heute schon wahrlich verwirrenden Zustandes im Anwendungsbereich der Schutznormtheorie ist zudem kaum zu befürchten, dass durch die Einführung weniger Schutzgesetze die Voraussehbarkeit des Prozessausgangs wesentlich beeinträchtigt würde, zumal dieser Gefahr dadurch zu begegnen ist, dass die einzelnen Verkehrspflichten von Lehre und Rechtsprechung möglichst genau auszuformulieren sind. Die durch den Umstand gewonnene Flexibilität, dass Grenzfällen im Rahmen der Schadensbemessung (Art. 43 und 44 OR) Rechnung getragen werden kann, führt nach meinem Dafürhalten per saldo zu einer positiven Beurteilung dieses Ansatzes. Durch die Anerkennung solcher Verkehrspflichten als Normen des ungeschriebenen Rechts lässt er sich zudem nahtlos in das bestehende System integrieren.

---

[1] Literaturlauswahl (die nachstehenden Werke werden jeweils nur mit dem Verfassernamen zitiert, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz; weitere Literatur in den Fussnoten): Brehm. Berner Kommentar. Bd. VI, 1/3/1. Art. 41–44 OR. Bern 1986. und Art. 45–48 OR, Bern 1987; Deschenaux/Tercier. La responsabilite civile, 2. Aufl., Bern 1982; Gabriel. Die Widerrechtlichkeit in Art. 41

Abs.1 OR. Diss. Freiburg/Schweiz 1987; Gauch/Sweet. Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag. Zürich 1989, 117ff.; Giovannoni. Note sur la responsabilite civile en cas de «dommage purement économique». Schweizerische Versicherungszeitschrift 1980 277 ff; Keller. Haftpflichtrecht im Privatrecht. Bd. I, 3. Aufl., Bern 1978; ders.. Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd. II. Bern 1987; Keller/Gabi. Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II. Haftpflichtrecht, 2. Aufl.. Basel/Frankfurt a. M. 1988; Keller/Landmann. Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, Zürich 1979; Kramer, Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984128ff.; Merz. Die Widerrechtlichkeit gemäss Art 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 37bis (1955) 301ff.; Oftinger. Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I. AT. 4. Aufl., Zürich 1975; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II. BT, 4. Aufl., Zürich 1987; Raschein, Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts. Diss. Bern 1985; Stark, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Aufl., Zürich 1988; Tercier. De la distinction entre dommage corporel, dommage materiel et autres dommages, in: Festschrift ASSISTA, Genf 1979, 247 ff.

- [2] Vgl. den Überblick bei Keller/Landmann, T 11.
- [3] Die Worte Oftingers (Oftinger,10) wurden nicht erhört.
- [4] Gleichbedeutend ist der Ausdruck Körperschaden («dommage corporel»): Deschenaux/Tercier,§3 Nr. 19; Tercier.252; Giovannoni,279; Stark, Nr. 54 ff.
- [5] Die französische Terminologie lautet «dommage matériel: Deschenaux/Tercier.§3 Nr. 20; Tercier.253; Giovannoni,277 ff
- [6] Oftinger.61; Deschenaux/Tercier.§ 3 Nr. 19; Keller. I, 44; Keller/Gabi.13. Etwas weiter gefasst wird der Personenschaden von Tercier.252 f.. und Gabriel.78.
- [7] Die Aufzählung der Schadensposten wird als abschliessend betrachtet: Oftinger,189/90; Brehm, N. 4 zu Art. 46 OR; BGE 5311124. 54 II141, 58 II 41. – Diese Auffassung erscheint allerdings als fragwürdig. Im schweizerischen Haftpflichtrecht ist grundsätzlich jeder adäquat verursachte Schaden vom Schädiger zu ersetzen. Auch der Wortlaut des Gesetzes erheischt keineswegs eine abweichende Auslegung.
- [8] Oftinger,61; Deschenaux/Tercier,§ 3 Nr. 20; Brehm, N. 77 zu Art. 41 OR; Keller. I, 44; Keller/Gabi,13. Auch hier verwenden Tercier.253, und Gabriel.78, den Begriff etwas umfassender.
- [9] Keller. I, 44.
- [10] Krämer.128ff.; Raschein.269ff.; Gauch/Sweet.117ff.; Giovannoni.280 («dommage purement économique»); BGE 112 II 128 («dommage purement patrimonial»).
- [11] Oftinger/Stark.§ 16 Nr. 17; Stark. Nr. 153 ff.
- [12] Brehm. N 85 zu Art. 41 OR.
- [13] Oftinger.61; Oftinger/Stark.§ 16 Nr. 17: Deschenaux/Tercier.§3 Nr.21; Tercier.251ff. («autres dommages»); Merz. SPR VI/1: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel/Frankfurt a. M. 1984, 189; Keller/Gabi.13; Keller/Landmann. T 17 f.; BGE106 II 78 f.
- [14] Oftinger/Stark.§ 16 Nr.17; Stark. Nr. 153ff.
- [15] Stark. Nr. 153 ff.
- [16] Oftinger, 61; Deschenaux/Tercier. § 3 Nr 21; Tercier. 279; Brehm. N.85zu Art. 41 OR; Merzen. 13), 189; Stark. Nr. 153; Keller. I, 44; Keller/Landmann. T 17 f.
- [17]

- Art. 58 Abs. 1 SVG; Art. 27 EIG; Art. 1 EHG; Art. 64 Abs. 1 LFG; Art. 33 Abs. 1 RLG.
- [18] Zur grundsätzlichen Fragwürdigkeit der Unterscheidung in diesem Zusammenhang vgl. Tercier, 261 ff.; Stark. ZSR 1967 II 77 ff.
- [19] Oftinger. 479, 481/82; BGE 72 II 210, 96 II 114, 106 II 75. Oftinger erwähnt immerhin, dass nur dort, wo das Spezialgesetz eine bestimmte Frage erschöpfend regelt, aus dem Schweigen dieses Spezialgesetzes die Nichtanwendung der allgemeinen Haftungsnormen abzuleiten sei (Oftinger a. a. O).
- [20] So auch Oftinger. 479.
- [21] Diese Regelung ist in Deutschland und Österreich zum Teil ausdrücklich im Gesetz positiviert; vgl. Kramer, 130
- [22] Deschenaux/Tercier, § 15 Nr. 24. 51. Im Ergebnis gleich, aber mit anderer Begründung: Kramer. 131.
- [23] Beispielhaft seien erwähnt: Art 13 JVG: Art. 36 Abs. 1 GSG: Art 27 Abs. 1 SSG; Art. 22 f. und 33 Abs. 2 MO
- [24] Auf die speziellen Haftungsvoraussetzungen der verschiedenen Kausalhaftungsnormen wird hier nicht eingegangen: sie sind bei dem hierzu erörternden Problemkreis nicht von Bedeutung.
- [25] Die Widerrechtlichkeit ist auch im Rahmen der Kausalhaftungen eine unerlässliche Haftungsvoraussetzung, obschon sie von den jeweiligen Haftungsnormen regelmässig nicht explizit erwähnt wird: Oftinger. 134 ff.: Keller. I. 69: Stark. ZSR 1967 II 164 Fn. 19: BGE 112 II 128
- [26] Oftinger. 128 ff.; Deschenaux/Tercier. § 6 Nr. 9 ff.; Keller/ Gabi. 37; Stark. Nr. 259; Oftinger/Stark. § 16 Nr. 43; Giovannoni. 280; Merz. 306; BGE 107 I b 5, 109 II 123.
- [27] Siehe Fussnote. 1.
- [28] Auch die Verletzung eines absoluten Rechts ist genau genommen nur eine Reflexwirkung der Verletzung einer Rechts norm. Vgl. dazu Känzig, Die Widerrechtlichkeit nach Artikel 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1939. 49 ff
- [29] Bei der negativen Voraussetzung der Widerrechtlichkeit, der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen, handelt es sich (wenn man der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie folgt) um ein nach gelagertes Problem, das erst aktuell wird, wenn die Rechtswidrigkeit einmal begründet ist. Auf die Rechtfertigungsgründe wird hier daher nicht näher eingegangen.
- [30] Für Reflexschäden: Verletzung absoluter Rechte: BGE 106 II 75 (bezüglich der Zweitklägerin). 112 II 118. 112 II 222 (wo auf den vorgenannten Entscheid Bezug genommen wird). Übertretung einer Verhaltensnorm: BGE 101 I b 252, 102 II 85.
- [31] So noch Oftinger, 64; Keller. I, 41; ders.. II. 30/31; Stark. Nr. 159 ff.: Becker. Berner Kommentar, Bd. VI, 1, Art. 1-183 OR, Bern 1941. N. 115 ff. zu Art. 41 OR; Oser/Schönenberger. Zürcher Kommentar, Bd. V, 1, Art. 1-183 OR. Zürich 1929, N. 52 zu Art. 41 OR; Guhl/Merz/Kummer. Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, 65; von Tuhr/Peter. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Zürich 1979, 432/33; von Caemmerer. ZBJV 1964/341 ff.
- [32] BGE 101 I b 252, 102 II 85, 104 II 98 (in casu jedoch verneint). 112 II 128. 112 II 222/23. - Die Tatsache, dass das Bundesgericht seine mit BGE 101 I b 252 und 102 II 85 eingeleitete Praxisänderung mit einem terminologischen Kunstgriff vertuscht, tut

dem Ergebnis keinen Abbruch. Unser oberstes Gericht vertritt die Auffassung, dass jede Person, die die Verletzung eines absoluten Rechts geltend machen kann oder die vom Schutzzweck einer übertretenen Norm erfasst ist, als direkt und nicht mehr bloss als indirekt Geschädigter zu betrachten sei (BGE 101 I b 256, 102 II 89/90, 104 II 98, 112 II 125). Es vermischt damit den auf Tatsachen abstellenden Begriff des Reflexschadens, nämlich ob sich ein Schaden nur von einem, bei einem anderen eingetretenen Erstschaden ableitet, mit der Rechtsfrage der Ersatzfähigkeit eines solchen Schadens. Nach der bundesgerichtlichen Ansicht bleibt es - allerdings rein begrifflich - dabei, dass indirekter Schaden nie zu ersetzen ist.

- [33] Ob sich ein Schaden einer Person nur aus einem solchen eines anderen ableitet (Reflexschaden) oder ob er unabhängig davon eintritt (Erstschaden), hat zwar einen entscheidenden Einfluss auf dessen Zuteilung zu den drei genannten Schadensarten, und zwar derart, dass Folgeschäden einer Körperverletzung, Tötung oder Sachbeschädigung nur dann zum Personen- bzw. Sachschaden gerechnet werden, wenn sie bei derselben Person entstehen wie der unmittelbare Schaden (vgl. oben I), andernfalls dagegen als reine Vermögensschäden gelten (siehe zu diesem Problemkreis unten IV. 3). Geht man aber von der gängigen Abgrenzung der nach der Art des verletzten Rechtsgutes unterschiedenen Schadensarten aus, so bleibt es dabei, dass deren Qualifizierung als Erst- oder Reflexschäden weder zusätzliche Erkenntnisse liefert, noch weitere Folgen zeitigt.
- [34] Vgl. dazu die bemerkenswerten Entscheide: BGE 109 II 4 ff. sowie SJZ 1987 257ff.
- [35] Merz.312.
- [36] Die deutsche Lehre behandelt diese zusätzliche Voraussetzung unter dem Titel des Widerrechtlichkeitszusammenhangs.
- [37] Oftinger. 129; Deschenaux/Tercier, §6 Nr. 19; Merz. 308; BGE 101 I b 255.
- [38] BGE 95 III 91. 58 III 127.
- [39] Wiedergegeben von Oftinger. SJZ 1972 107.
- [40] Oftinger (Fn39). 107.
- [41] Lorenz-Wiegand, Haftung für Gewässerverschmutzung, Diss. Zürich 1976. 79 f.
- [42] Oftinger/Stark. §23 Nr. 123 ff. Stark begründet die Haftpflicht allerdings mit einer Rechtsgutverletzung nicht mit einem Normverstoss. Nach der Theorie vom Schutzzweck der Norm verneint er die Überwälzbarkeit des Schadens des Verletzten.
- [43] Widmer, ZBJV 1974323/24 Fn. 84.
- [44] BGE 1061 b 362/63.
- [45] BGE 101 I b 252. 102 II 85.
- [46] Merz. ZBJV 1977180 Fn.2; ders., ZBJV 7979130f.; Giovannoni.281: ders.. ZSR 1977 I 60; Kramer.133; Tercier. La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift Jäggi, Freiburg 1977, 261 ff.; Keller/Gabi.70/71; Bürge. Die Kabelbruchfälle. Juristische Blätter 198165; Bücher SJZ 198231. Interessant ist hier der Vergleich mit der Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs zum Problem der Kabelbruchfälle. Im ersten Fall, den er zu entscheiden hatte, lehnte er eine Ersatzpflicht für reinen Vermögensschaden ab (BGHZ 29, 65). In einem späteren Urteil reagierte der BGH auf die gegen diesen ersten Entscheid ergangene Kritik und hat dem Schadenersatzbegehren einer Unternehmung stattgegeben (BGH NJZ 1968 1279). Er argumentierte dabei mit der Schutzzwecktheorie und sprach einer Art. 239 StGB analogen Norm Schutzfunktion auch für Abonnenten zu. 1976, also kurz nachdem das Bundesgericht für die

- schweizerische Praxis die erwähnten Leitentscheide fällte, nahm der BGH erneut eine Praxisänderung vor. Er verneinte diesmal den Schutzzweck einer Art. 239 StGB entsprechenden Bestimmung für den einzelnen Stromabnehmer (BGHZ 66, 388).
- [47] Kramer, 132.
- [48] Taupitz, Haftung für Energieleitungsstörungen durch Dritte, Diss. Göttingen 1981. 198; Herrmann, Zum Nachteil des Vermögens. Diss Köln 1978. 25; Hoffstetter. ZBJV 1963236
- [49] Siehe dazu oben III.2 a.
- [50] Vgl z. B. in bezug auf Art. 13 und 14 GSG sowie bezüglich Art. 239 StGB das oben Gesagte (III.2.b unter Punkt 2 und 3)
- [51] Kramer, 133.
- [52] Vgl. das sehr anschauliche Beispiel: BGE 102 II 87/88.
- [53] So Kramer, 133.
- [54] Gauch/Sweet. 122.
- [55] Vgl. dazu auch oben III.2. und Fn. 33
- [56] Vgl. dazu das Paradebeispiel BGE 106 II 75.
- [57] So auch Gauch/Sweet,121 und 136.
- [58] Von der unbedeutenden Ausnahme von Art. 41 Abs. 2 OR abgesehen.
- [59] Vgl. dazu vor allem von Bar. Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1980; Brüggemeier. Deliktsrecht, Baden-Baden 1986, Nr.445 ff.
- [60] Vgl. BGE 111 II 474, wo das Bundesgericht diesen Wegbeschriften hat.
- [61] Oftinger/Stark.§ 16 Nr. 96 Fn. 151.