

Zusammenstellung der Vernehmlassungen

**Vorentwurf für ein Bundesgesetz
über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts**

Classement des réponses à la procédure de consultation

**Avant-projet relatif à une loi fédérale
sur la révision et unification du droit de la responsabilité civile**

Risultati della procedura di consultazione

**Avamprogetto relativo a una legge federale sulla
revisione e l'unificazione del diritto della responsabilità civile**

Inhaltsverzeichnis
Table des matières
Indice

| | |
|---|-----|
| Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse..... | 1 |
| Résumé des résultats de la consultation | 3 |
| Risultati della procedura di consultazione | 6 |
| 1 Allgemeines / Généralités / Generalità | 10 |
| 2 Verzeichnis der Eingaben Liste des organismes ayant répondu Elenco dei partecipanti | 11 |
| 3 Zusammenstellung der Vernehmlassungen Classement des réponses à la procédure de consultation Risultati della procedura di consultazione | 17 |
| 31 Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs Appréciation générale de l'avant-projet Giudizio generale sull'avamprogetto..... | 17 |
| 311 Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio | 17 |
| 312 Grundsätzliche Ablehnung Rejet de principe Rigetto di principio..... | 48 |
| 32 Revision des OR oder Spezialgesetz über die Haftpflicht? Révision du CO ou loi spéciale sur la responsabilité civile? Revisione del CO o legge speciale sulla responsabilità civile? | 67 |
| 33 Vorschläge für zusätzliche Bestimmungen Propositions de dispositions supplémentaires Proposte di disposizioni supplementari | 74 |
| 34 Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Des dispositions particulières de l'avant-projet Le singole disposizioni dell'avamprogetto..... | 80 |
| 341 Obligationenrecht, erster Titel, zweiter Abschnitt Code des obligations, titre premier, chapitre II Codice delle obbligazioni, titolo primo, capo secondo | 80 |
| 341.01 Art. 41..... | 80 |
| 341.02 Art. 42..... | 83 |
| 341.03 Art. 43..... | 117 |
| 341.04 Art. 43a..... | 155 |
| 341.05 Art. 44..... | 160 |
| 341.06 Art. 45..... | 162 |
| 341.07 Art. 45a..... | 171 |
| 341.08 Art. 45b..... | 172 |
| 341.09 Art. 45c..... | 172 |
| 341.10 Art. 45d..... | 176 |
| 341.11 Art. 45e..... | 192 |
| 341.12 Art. 45f..... | 196 |
| 341.13 Art. 46..... | 198 |
| 341.14 Art. 46a..... | 212 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 341.15 | Art. 47..... | 214 |
| 341.16 | Art. 47a..... | 216 |
| 341.17 | Zu den Haftungsgründen im Allgemeinen Fondements de la responsabilité en général Le cause di responsabilità in generale..... | 220 |
| 341.18 | Art. 48..... | 225 |
| 341.19 | Art. 48a..... | 227 |
| 341.20 | Art. 48b..... | 233 |
| 341.21 | Art. 49..... | 234 |
| 341.22 | Art. 49a..... | 239 |
| 341.23 | Art. 50..... | 257 |
| 341.24 | Art. 51..... | 273 |
| 341.25 | Art. 51a..... | 274 |
| 341.26 | Art. 52..... | 275 |
| 341.27 | Art. 52a..... | 280 |
| 341.28 | Art. 53..... | 282 |
| 341.29 | Art. 53a..... | 283 |
| 341.30 | Art. 53b..... | 284 |
| 341.31 | Art. 53c..... | 286 |
| 341.32 | Art. 54..... | 288 |
| 341.33 | Art. 54a..... | 290 |
| 341.34 | Art. 54b..... | 293 |
| 341.35 | Art. 54c..... | 294 |
| 341.36 | Art. 54d..... | 299 |
| 341.37 | Art. 54e..... | 300 |
| 341.38 | Art. 54f..... | 301 |
| 341.39 | Art. 54g..... | 302 |
| 341.40 | Art. 54h..... | 305 |
| 341.41 | Art. 54i..... | 307 |
| 341.42 | Art. 55..... | 307 |
| 341.43 | Art. 55a..... | 317 |
| 341.44 | Art. 55b..... | 318 |
| 341.45 | Art. 55c..... | 319 |
| 341.46 | Allgemeine Bemerkungen zu den Verfahrensbestimmungen | 320 |
| 341.47 | Art. 56..... | 323 |
| 341.48 | Art. 56a..... | 324 |
| 341.49 | Art. 56b..... | 325 |
| 341.50 | Art. 56c..... | 325 |
| 341.51 | Art. 56d..... | 329 |
| 341.52 | Art. 56e..... | 343 |
| 341.53 | Art. 56f..... | 345 |
| 341.54 | Art. 56g..... | 349 |
| 341.55 | Art. 56h..... | 353 |
| 341.56 | Art. 57..... | 358 |
| 341.57 | Art. 58..... | 364 |
| 341.58 | Art. 59..... | 366 |
| 341.59 | Art. 59a..... | 366 |
| 341.60 | Art. 60..... | 369 |
| 341.61 | Art. 60a..... | 371 |
| 341.62 | Art. 61..... | 372 |
| 341.63 | Art. 61a..... | 379 |
| 342 | Revision weiterer Bestimmungen des OR Révision d'autres dispositions du CO Revisione di altre disposizioni del CO..... | 380 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 342.01 | Art. 31 Abs. 3 Art. 31, 3 ^e al. Art. 31 cpv. 3 | 380 |
| 342.02 | Art. 97 Abs. 1 Art. 97, 1 ^{er} al. Art. 97 cpv. 1 | 380 |
| 342.03 | Art. 99 Abs. 3 Art. 99, 3 ^e al. Art. 99 cpv. 3 | 381 |
| 342.04 | Art. 100..... | 381 |
| 342.05 | Art. 101 Abs. 2 und 3 Art. 101, 2 ^e et 3 ^e al. Art. 101 cpv.2 e 3 | 381 |
| 342.06 | Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7 (neu) Art. 134, 1 ^{er} al., ch.7 (nouveau) Art. 134 cpv. 1 n. 7 (nuovo)..... | 381 |
| 342.07 | Art. 759 und 760 Art. 759 et 760 Art. 759 e 760..... | 382 |
| 342.08 | Art. 918 und 919 Art. 918 et 919 Art. 918 e 919..... | 382 |
| 342.09 | Art. 928..... | 382 |
| 35 | Aufhebung des Bundesgesetzes vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post Abrogation de la loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes Abrogazione della legge federale del 28 marzo 1905 su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste | 383 |
| 36 | Änderung von Bundesgesetzen Modification de lois fédérales Modifiche di leggi federali | 384 |
| 361 | Staat - Volk - Behörden Etat - Peuple - Autorités Stato - Popolo - Autorità..... | 384 |
| 361.1 | Verantwortlichkeitsgesetz (VG) Loi sur la responsabilité de la Confédération (LRCF) Legge su la responsabilità della Confederazione (LResp)..... | 384 |
| 361.11 | Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 Art. 3, 1 ^{er} , 2 ^e et 3 ^e al. Art. 3, cpv. 1, 2 e 3 | 384 |
| 361.12 | Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Art. 10, 2 ^e al. et art. 11 Art. 10 cpv. 2 e art. 11 | 385 |

IV

| | | |
|----------|--|-----|
| 361.2 | Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) Loi sur la procédure administrative (PA) Legge sulla procedura amministrativa (PA) | 386 |
| 361.3 | Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (öBG) Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) Legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub)..... | 386 |
| 361.4 | Beamtengesetz (BtG) Loi sur les fonctionnaires (LFonct) Ordinamento dei funzionari (OF)..... | 386 |
| 362 | Privatrecht - Zivilrechtspflege - Vollstreckung Droit privé - Procédure civile - Exécution Diritto privato - Procedura civile - Esecuzione | 387 |
| 362.01 | Zivilgesetzbuch Code civil Codice civile | 387 |
| 362.01.1 | Art. 46..... | 387 |
| | Art. 426..... | 387 |
| 362.01.3 | Art. 427 - 430 | 388 |
| 362.01.4 | Art. 454 und 455 Art. 454 et 455 Art. 454 e 455..... | 389 |
| 362.01.5 | Art. 849..... | 389 |
| 362.01.6 | Art. 955..... | 390 |
| 362.02 | Pro memoria: Bundesgesetz vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Schweizerischen Post Pro memoria: Loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes Pro memoria: Legge federale del 28 marzo 1905 su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste | 391 |
| 362.03 | Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP) Legge sulla responsabilità per danno da prodotti (LRDP) | 391 |
| 362.04 | Versicherungsvertragsgesetz (VVG) Loi sur le contrat d'assurance (LCA) Legge sul contratto d'assicurazione (LCA)..... | 392 |
| 362.04.1 | Art. 46 Abs. 1 ^{bis} (neu) Art. 46, al.1 ^{bis} (nouveau) Art. 46 cpv. 1 ^{bis} (nuovo) | 392 |
| 362.04.2 | Art. 72..... | 392 |
| 362.05 | Urheberrechtsgesetz (URG) Loi sur le droit d'auteur (LDA) Legge sul diritto d'autore (LDA)..... | 392 |
| 362.06 | Topographiengesetz (ToG) Loi sur les topographies (LTo) Legge sulle topografie (LTo) | 393 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 362.07 | Markenschutzgesetz (MSchG) Loi sur la protection des marques (LPM) Legge sulla protezione dei marchi (LPM)..... | 393 |
| 362.08 | Muster- und Modellgesetz (MMG) Loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI) Legge sui disegni e modelli industriali (LDMI)..... | 393 |
| 362.09 | Patentgesetz (PatG) Loi sur les brevets d'invention (LBI) Legge sui brevetti (LBI) | 393 |
| 362.10 | Sortenschutzgesetz (SOSG) Loi sur la protection des obtentions végétales (LOB) Legge sulla protezione delle novità vegetali | 393 |
| 362.11 | Datenschutzgesetz (DSG) Loi sur la protection des données (LPD) Legge sulla protezione dei dati (LPD) | 394 |
| 362.12 | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Loi sur la concurrence déloyale (LCD) Legge contro la concorrenza sleale (LCSI) | 394 |
| 362.13 | Kartellgesetz (KG) Loi sur les cartels (LCart) Legge sui cartelli (LCart) | 394 |
| 362.14 | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) Legge sulla esecuzione e sul fallimento (LEF)..... | 394 |
| 362.14.1 | Art. 5..... | 394 |
| 362.15 | Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) Loi sur le droit international privé (LDIP) Legge sul diritto internazionale privato (LDIP) | 395 |
| 363 | Strafrecht - Strafrechtspflege – Strafvollzug Droit pénal - Procédure pénale – Exécution Diritto penale - Procedura penale – Esecuzione | 395 |
| 363.1 | Opferhilfegesetz (OHG) Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) Legge concernente l'aiuto alle vittime di reati (LAV) | 395 |
| 364 | Landesverteidigung Défense nationale Difesa nazionale..... | 395 |
| 364.1 | Militärgesetz (MG) Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) Legge militare (LM) | 395 |
| 364.2 | Zivilschutzgesetz (ZSG) Loi sur la protection civile (LPCi) Legge sulla protezione civile (LPCi)..... | 396 |
| 365 | Öffentliche Werke - Energie – Verkehr Travaux publics - Energie - Transports et communications Lavori pubblici - Energia - Trasporti e comunicazioni | 396 |

VI

| | | |
|-----------|---|-----|
| 365.01 | Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG) Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN) Legge sulla responsabilità civile in materia nucleare (LRCN)..... | 396 |
| 365.01.1 | Art. 4..... | 396 |
| | Art. 26 Sachüberschrift sowie Abs. 1 Art. 26, Titre médian ainsi que 1 ^{er} al. Art. 26 Titolo e cpv. 1 | 397 |
| 365.02 | Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 (EleG) Loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE) Legge federale del 24 giugno 1902 sugli impianti elettrici (LIE)..... | 397 |
| 365.02.1 | Art. 27..... | 397 |
| 365.03 | Strassenverkehrsgesetz (SVG) Loi sur la circulation routière (LCR) Legge sulla circolazione stradale (LCStr) | 398 |
| 365.03.01 | Art. 58..... | 398 |
| 365.03.02 | Art. 59..... | 404 |
| 365.03.03 | Art. 60..... | 405 |
| 365.03.04 | Art. 61..... | 406 |
| 365.03.05 | Art. 62..... | 407 |
| 365.03.06 | Art. 64..... | 407 |
| 365.03.07 | Art. 65..... | 407 |
| 365.03.08 | Art. 66..... | 408 |
| 365.03.09 | Art. 69 Abs. 3 und 4 Art. 69, al. 3 et 4 Art. 69 cpv. 3 e 4 | 408 |
| 365.03.10 | Art. 70 Abs. 3 und 7 Art. 70, al. 3 et 7 Art. 70 cpv. 3 e 7 | 408 |
| 365.03.11 | Art. 72 Abs. 4, letzter Satz Art. 72, al. 4, dernière phrase Art. 72 cpv. 4 ultimo periodo | 408 |
| 365.03.12 | Art. 73..... | 409 |
| 365.03.13 | Art. 75..... | 409 |
| 365.03.14 | Art. 79..... | 409 |
| 365.03.15 | 4. Abschnitt: Art. 80 - 81 (aufgehoben) Chapitre quatrième: Art. 80 et 81 (abrogé) Capo quarto: Art. 80 - 81 (abrogato) | 410 |
| 365.03.16 | Art. 82..... | 411 |
| 365.03.17 | Art. 83..... | 411 |
| 365.03.18 | Art. 84..... | 411 |
| 365.03.19 | Art. 86..... | 412 |
| 365.03.20 | Art. 87..... | 412 |
| 365.03.21 | Art. 88..... | 412 |
| 365.04 | Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG) Loi sur les chemins de fer (LCdF) Legge sulle ferrovie (Lferr) | 412 |
| 365.04.1 | Art. 40b (neu / nouveau / nuovo)..... | 412 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 365.05 | Transportgesetz vom 4. Oktober 1985 (TG) Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le transport public (LTP) Legge federale del 4 ottobre 1985 sul trasporto pubblico (LTP)..... | 413 |
| 365.05.1 | Art. 19 Abs. 2 und 3, Art. 23 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 Art. 19, 2 ^e et 3e al., art. 23, 2 ^e al., et art. 39, 2 al. Art. 19 cpv. 2 e 3, 23 cpv. 2 e 39 cpv. 2..... | 413 |
| 365.06 | Personenbeförderungsgesetz vom 18. Juni 1993 (PBefG) Loi fédérale du 18 juin 1993 sur le transport des voyageurs (LTV) Legge federale del 18 giugno 1993 sul trasporto viaggiatori (LTG)..... | 417 |
| 365.06.1 | Art. 5 Abs. 1 Art. 5, 1er al. Art. 5 cpv. 1..... | 417 |
| 365.07 | Bundesgesetz vom 29. März 1950 über die Trolleybusunternehmen Loi fédérale du 29 mars 1950 sur les entreprises de trolleybus Legge federale del 29 marzo 1950 sulle imprese filoviarie..... | 418 |
| 365.07.1 | Art. 15..... | 418 |
| 365.08 | Rohrleitungsgesetz vom 4. Oktober 1963 (RLG) Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites (LITC) Legge federale del 4 ottobre 1963 sugli impianti di trasporto in condotta (LITC)..... | 418 |
| 365.08.1 | Art. 33..... | 418 |
| 365.09 | Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschifffahrt (BSG) Loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure (LNI) Legge federale del 3 ottobre 1975 sulla navigazione interna (LNI)..... | 421 |
| 365.09.1 | Art. 5 Abs. 2 Art. 5, 2e al. Art. 5 cpv. 1..... | 421 |
| 365.09.2 | Art. 30a (neu / nouveau / nuovo)..... | 421 |
| 365.09.3 | Art. 39..... | 422 |
| 365.10 | Seeschifffahrtsgesetz (SSG) Loi sur la navigation maritime (LNM) Legge sulla navigazione marittima (LNM)..... | 423 |
| 365.10.1 | Art. 48 Abs. 2 Art. 48, 2e al. Art. 48 cpv. 2..... | 423 |
| 365.11 | Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948 (LFG) Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA) Legge sulla navigazione aerea (LNA)..... | 423 |
| 365.11.1 | Art. 64 Abs. 1 Art. 64, 1er al. Art. 64 cpv. 1..... | 425 |
| 365.11.2 | Art. 64a (neu / nouveau / nuovo)..... | 425 |
| 365.11.3 | Art. 66 - 69..... | 426 |
| 365.12 | Postgesetz vom 30. April 1997 (PG) Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste (LPO) Legge federale del 30 aprile 1997 sulle poste (LPO)..... | 426 |

VIII

| | | |
|----------|---|-----|
| 365.13 | Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997 (TUG) Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'entreprise de télécommunications (LET) Legge federale del 30 aprile 1997 sull'azienda delle telecomunicazioni (LATC)..... | 426 |
| 366 | Gesundheit - Arbeit - Soziale Sicherheit Santé - Travail - Sécurité sociale Sanità - Lavoro - Sicurezza sociale..... | 427 |
| 366.1 | Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 (USG) Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE) Legge federale del 7 ottobre 1983 sulla protezione dell'ambiente (LPAmb) | 427 |
| 366.11 | VARIANTE A..... | 427 |
| 366.11.1 | Art. 59..... | 427 |
| 366.11.2 | Art. 59a..... | 428 |
| 366.12 | VARIANTE B..... | 428 |
| 366.12.1 | Art. 59..... | 428 |
| 366.12.2 | Art. 59a Abs. 1, 3 und 4-6 Art. 59a, 1 ^{er} , 3 ^e et 4 ^e à 6 ^e al. Art. 59a cpv. 1, 3 e 4 – 6 | 431 |
| 366.2 | Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991 (GSchG) Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux) Legge federale del 24 gennaio 1991 sulla protezione delle acque (LPAc) | 433 |
| 366.21 | Art. 54..... | 433 |
| 366.3 | Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 (StSG) Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP) Legge federale del 22 marzo 1991 sulla radioprotezione (LRaP)..... | 434 |
| 366.4 | Lebensmittelgesetz vom 9. Oktober 1992 (LMG) Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires (LDAI) Legge federale del 9 ottobre 1992 sulle derrate alimentari (LDerr) | 434 |
| 366.5 | Zivildienstgesetz vom 6. Oktober 1995 (ZDG) Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (LSC) Legge federale del 6 ottobre 1995 sul servizio civile (LSC)..... | 435 |
| 366.51 | Art. 59..... | 435 |
| 366.6 | Unfallversicherungsgesetz (UVG) Loi sur l'assurance-accidents (LAA) Legge sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF) | 435 |
| 366.61 | Art. 44..... | 435 |
| 367 | Wirtschaft - Technische Zusammenarbeit Economie - Coopération technique Economia - Cooperazione tecnica | 435 |
| 367.1 | Jagdgesetz vom 20. Juni 1986 (JSG) Loi sur la chasse du 20 juin 1986 (LChP) Legge sulla caccia del 20 giugno 1986 (LCP)..... | 435 |
| 367.11 | Art. 15..... | 436 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 367.2 | Bundesgesetz vom 20. Juni 1991 über die Fischerei Loi fédérale du 20 juin 1991 sur la pêche Legge federale del 20 giugno 1991 sulla pesca..... | 436 |
| 367.21 | 6. Abschnitt / Art. 15 Section 6 / Art. 15 Sezione 6 / Art. 15..... | 436 |
| 367.3 | Edelmetallkontrollgesetz vom 20. Juni 1933 (EMKG) Loi fédérale du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) Legge federale del 20 giugno 1933 sul controllo dei metalli preziosi (LCMP) | 439 |
| 367.4 | Sprengstoffgesetz vom 25. März 1977 Loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles Legge federale del 25 marzo 1977 sugli esplosivi | 439 |
| 367.5 | Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait Legge federale del 18 giugno 1993 concernente i viaggi „tutto compreso“ | 439 |
| 367.6 | Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994 (AFG) Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP) Legge federale del 18 marzo 1994 sui fondi d'investimento (LFI)..... | 440 |
| 367.7 | Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG) Loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB) Legge sulle banche dell'8 novembre 1934 (LBCR)..... | 440 |
| 37 | Übergangsrecht Droit transitoire Diritto intertemporale | 440 |

Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse

1. Allgemeines

Zwei Experten, Prof. Pierre Widmer und Prof. Pierre Wessner, haben einen Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ausgearbeitet. Dieser sieht einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im Obligationenrecht und eine Anpassung der haftpflichtrechtlichen Bestimmungen in Spezialgesetzen vor.

Das Vernehmlassungsverfahren zum Expertenentwurf dauerte von Oktober 2000 bis April 2001. Geantwortet haben das Bundesgericht, 23 Kantone, 5 Parteien und 43 Organisationen.

2. Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs

21 Kantone, 3 Parteien (FDP, LPS, SP) und 29 Organisationen befürworten grundsätzlich den Expertenentwurf. Sie sind mit dem Grundgedanken der Revision - Schaffung eines Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts im Obligationenrecht - einverstanden. Von den Befürwortern melden aber 13 Kantone, 2 Parteien (FDP, LPS) und 14 Organisationen (insbesondere Bauernverband, Elektrizitätswerke, Notarenverband, Vereinigung öffentlicher Verkehr, Versicherungsverband, Universitäten Genf und Lausanne) Vorbehalte an, weil sie gewisse Änderungen ablehnen, vor allem jene zugunsten der Geschädigten. Andererseits wünschen die SP und 5 Organisationen (Anwaltsverband, Gewerkschaftsbund, Konsumentenforum, Krankenkassen, pro natura) weiter gehende Änderungen zugunsten der Geschädigten.

Abgelehnt wird der Vorentwurf von 2 Kantonen (Basel-Landschaft, Thurgau), einer Partei (SVP) und 7 Organisationen (economiesuisse, Bankiervereinigung, Baumeisterverband, Chemische Industrie, Gewerbeverband, Hauseigentümerverband, Universität Zürich). Sie machen geltend, die Vorlage sei unausgereift. Sie schaffe keine substantziellen Verbesserungen bzw. verbessere in unüberlegter Weise die Rechtsstellung des Geschädigten. Sie enthalte zu viele unklare Bestimmungen. Teils wird geltend gemacht, das heutige System der Spezialgesetze habe seine Berechtigung (BL), teils wird die Beibehaltung der Spezialgesetze gerügt (TG).

Keine allgemeine Stellungnahme zum Vorentwurf haben das Bundesgericht, die CVP und 7 Organisationen abgegeben.

3. Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts

Die meisten Stellungnahmen sprechen sich für die Einordnung des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts im Obligationenrecht aus. Nur 2 Kantone und eine Organisation befürworten ein Spezialgesetz.

Bezüglich des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts wurden zahlreiche Bestimmungen abgelehnt oder kritisiert, auch in Stellungnahmen, welche die Vorlage grundsätzlich befürworten.

- Am grössten ist der Widerstand gegen die vorgeschlagene Zusammenführung der vertraglichen und der deliktischen Haftung (Art. 42 VE-OR). Die Ausdehnung der ausservertraglichen Haftung auf positive Vertragsverletzungen schaffe neue Abgrenzungsprobleme. Sie verschlechtere die Stellung

des Geschädigten und werde den Besonderheiten des Vertragsverhältnisses nicht gerecht.

- Es wird kritisiert, dass bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit (Art. 48a VE-OR) die Eigenschaften und Fähigkeiten einer Person zu berücksichtigen sind (subjektiver Massstab), wogegen heute die Rechtsprechung auf das Verhalten einer Durchschnittsperson abstellt (objektiver Massstab). Explizit abgelehnt wird dies von einem Kanton, der FDP und SP sowie von 7 Organisationen. Grundsätzlich unterstützt wird die Idee von 3 Kantonen und 2 Organisationen.
- Umstritten ist der Vorschlag, wonach das Gemeinwesen künftig für alle nicht hoheitlichen Handlungen nach Privatrecht haften soll (Art. 43/43a VE-OR). Befürwortet wird dies von 7 Kantonen und 2 Organisationen. Ablehnung oder Bedenken äussern 12 Kantone, die LPS, die SP und 7 Organisationen. Der Eingriff des Bundes in das kantonale Recht wird als verfassungswidrig erachtet. Das Kriterium der "hoheitlichen Gewalt" schaffe Abgrenzungsprobleme und sei sachlich nicht gerechtfertigt.
- Eine (privatrechtliche) Haftung für Umweltschäden (Art. 45d VE-OR) wird grundsätzlich befürwortet von 7 Kantonen, der SP und 5 Organisationen. Kritisch äussern sich 1 Kanton, die FDP und 2 Organisationen. Abgelehnt wird die Bestimmung von 4 Kantonen, von LPS und SVP und 12 Organisationen. Die Gegner und Kritiker machen geltend, die Bestimmung sei zu unbestimmt, die Einordnung ins öffentlichrechtliche Umweltschutzrecht sei vorzuziehen. Auf Widerstand stösst auch das Klagerecht privater Organisationen.
- Bei der Umschreibung der Widerrechtlichkeit in Artikel 46 VE-OR wird von vielen Stellungnahmen (6 Kantone, FDP, SVP, 6 Organisationen) beanstandet, dass der Verstoss gegen Treu und Glauben ohne Einschränkungen als Voraussetzung der Widerrechtlichkeit genannt wird. Es wird befürchtet, dass dies zu einer Ausweitung der Haftung führe.
- 2 Kantone, die FDP und die SP sowie 5 Organisationen stimmen einer Verschärfung der Haftung für mangelhafte Organisation (Art. 49a VE-OR) zu und wollen teilweise noch weiter gehen. Abgelehnt wird die Bestimmung von 6 Kantonen, LPS und SVP sowie von 9 Organisationen. Der Entlastungsbeweis der einwandfreien Organisation wird von ihnen als zu streng erachtet. Sie lehnen die Haftung für Schäden ab, die nicht in Ausführung dienstlicher Pflichten der Hilfsperson oder durch technische Defekte verursacht wurden. Kritisch äussern sich 7 Kantone und 4 Organisationen. Es wird vor allem geltend gemacht, der Anwendungsbereich der Bestimmung sei unklar.
- Die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE-OR) wird von 6 Kantonen, der SP und 6 Organisationen befürwortet. 3 Organisationen verlangen eine eingeschränkte Formulierung. 6 Kantone, FDP, LPS und SVP sowie 12 Organisationen lehnen die Bestimmung ab. Sie erachten sie als zu unbestimmt, was zu Rechtsunsicherheit führe und der Rechtsprechung zu viele Kompetenzen gebe. Ferner befürchten sie eine Ausweitung der Haftung.
- Die Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist von 10 auf 20 Jahre in Artikel 55 wird von 6 Kantonen, FDP, SP und 8 Organisationen befürwortet. Abgelehnt wird sie von 3 Kantonen, LPS, SVP und 8 Organisationen. Die Befürworter erachten die Verlängerung angesichts von Spätschäden als

dringlich und schlagen teilweise vor, dass die Frist erst mit Eintritt des Schadens beginnen dürfe. Die Gegner weisen auf die generelle 10-jährige Verjährungsfrist im OR, auf Verfahrens- und Beweisprobleme und auf die Rechtssicherheit hin. Teilweise wird einer längeren Frist in Spezialfällen zugestimmt.

- Bei den Verfahrensbestimmungen sind vor allem die Beweiserleichterungen umstritten (Art. 56d Abs. 2 VE-OR). Die Möglichkeit des Gerichts, eine Tatsache als erwiesen zu erachten, wenn eine "einleuchtende" Wahrscheinlichkeit dafür spricht, wird mehrheitlich abgelehnt. Die Möglichkeit des Gerichts, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, wird von 3 Kantonen, FDP und SP sowie von 9 Organisationen grundsätzlich bejaht, aber von 8 Kantonen, LPS und SVP sowie von 10 Organisationen als zu weit gehend abgelehnt. Auf erhebliche Kritik oder Ablehnung stossen auch die Bestimmungen über Kosten und Entschädigungen (Art. 56 f und 56g VE-OR) und über vorläufige Zahlungen an den Geschädigten (Art. 56h VE-OR).

4. Revision anderer Bestimmungen des Obligationenrechts und weiterer Bundesgesetze

Zur Revision der Bestimmungen anderer Bundesgesetze gab es verhältnismässig wenig Bemerkungen. Die Verkehrsverbände erachten die Revisionen des Eisenbahngesetzes und des Transportgesetzes als zu streng, da für Reisegepäck und Frachtgut eine scharfe Kausalhaftung eingeführt wird. Bei der Revision des Umweltschutzgesetzes wurde jene Variante bevorzugt, wonach in diesem Gesetz ein spezieller Haftungstatbestand beibehalten wird (Art. 59a VE-USG) und die Kosten staatlicher Massnahmen zur Abwehr, Feststellung und Behebung des Schadens im Verwaltungsverfahren den Verursachern überbunden werden. Mehrere Stellungnahmen befürworteten die Beibehaltung von Artikel 15 des Fischereigesetzes (Ersatz des abstrakt berechneten Ertragsvermögens eines Fischereigewässers).

5. Fazit

Eine deutliche Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer begrüsst das Revisionsvorhaben und ist auch mit dem Konzept des Vorentwurfs im Grundsatz einverstanden. Bei den meisten der vorgeschlagenen Neuerungen zeichnet sich hingegen kein Konsens ab. Die grösste Sorge richtet sich dabei gegen die im Vorentwurf ausgemachte Tendenz, die Haftung zu verschärfen bzw. die Rechtsstellung des Geschädigten zu verbessern. Auch wenn dies nicht den Intentionen der Verfasser des Vorentwurfs entspricht, wird eine starke Ausuferung der Haftung befürchtet. Namentlich von akademischer Seite werden ferner gewisse für den Vorentwurf wesentliche dogmatische Weichenstellungen kritisiert. Schliesslich missbilligen die Kantone die Zurückdrängung des Staatshaftungsrechts.

Résumé des résultats de la consultation

1. Généralités

Deux experts, les Prof. Pierre Widmer et Pierre Wessner, ont élaboré un avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile. L'avant-projet prévoit de créer, dans le Code des obligations, une Partie générale du droit de la responsabilité civile et d'adapter à celle-ci les disposi-

tions de responsabilité civile contenues dans les lois spéciales. Il a été mis en consultation du mois d'octobre 2000 au mois d'avril 2001. Le Tribunal fédéral, 23 cantons, 5 partis et 43 organisations se sont prononcés à cette occasion.

2. *Appréciation globale de l'avant-projet*

L'avant-projet d'experts a récolté le soutien de principe de 21 cantons, de 3 partis (PRD, PLS, PSS) et de 29 organisations, qui ont adhéré à l'objectif fondamental de la révision, à savoir la création d'une Partie générale du droit de la responsabilité civile dans le Code des obligations. Parmi ces entités, on trouve toutefois 13 cantons, 2 partis (PRD, PLS) et 14 organisations (en particulier l'Union suisse des paysans, l'Association des entreprises électriques suisses, la Fédération suisse des notaires, l'Union des transports publics, l'Association suisse d'assurances, ainsi que les universités de Genève et de Lausanne) qui ont émis des réserves parce qu'elles refusent certaines modifications, avant tout celles qui sont favorables aux lésés. Par contre, le PSS et 5 organisations (la Fédération suisse des avocats, l'Union syndicale suisse, le Forum des consommateurs, le Concordat des assureurs-maladie suisses, et Pro natura) ont proposé d'autres modifications visant à améliorer la situation des lésés.

L'avant-projet a été rejeté par 2 cantons (Bâle-Campagne, Thurgovie), un parti (UDC) et 7 organisations (economiesuisse, l'Association suisse des banquiers, la Société suisse des entrepreneurs, la Société suisse des industries chimiques, l'Union suisse des arts et métiers, l'Association suisse des propriétaires fonciers, et l'université de Zurich). Ces entités sont tantôt d'avis que le projet n'est pas suffisamment élaboré, qu'il ne crée pas d'améliorations substantielles, qu'il améliore de manière inconsidérée la situation juridique du lésé, ou encore qu'il contient trop de dispositions imprécises. Elles estiment que le système actuel des lois spéciales se justifie (Bâle-Campagne) ou, au contraire, critiquent leur maintien (Thurgovie).

Le Tribunal fédéral, le PDC et 7 organisations ont, quant à eux, renoncé à prendre position de façon générale sur l'avant-projet.

3. *Partie générale du droit de la responsabilité civile*

La plupart des participants à la consultation se sont prononcés en faveur de l'insertion de la Partie générale du droit de la responsabilité civile dans le Code des obligations. Seuls 2 cantons et une organisation préconisent l'adoption d'une loi spéciale.

Quant aux dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile, nombre d'entre elles ont été rejetées ou critiquées, même dans des prises de positions favorables sur le principe à l'avant-projet.

- La résistance la plus forte s'est manifestée à l'encontre de la proposition de réunion des responsabilités contractuelle et délictuelle (Art. 42 AP-CO). Selon les opposants à cette proposition, l'extension de la responsabilité extracontractuelle aux cas de violation positive du contrat engendre de nouveaux problèmes de délimitation, péjore la situation de la victime et ne tient pas compte des particularités du rapport contractuel.
- La proposition de prendre en considération, lors de l'appréciation de la négligence (art. 48a AP-CO), les qualités et aptitudes d'une personne (critères subjectifs) a été critiquée. Elle va en effet à l'encontre de la jurisprudence actuelle qui se fonde sur une notion objective de la négligence, autrement dit sur le comportement qu'aurait eu en l'occurrence un citoyen moyen. Cette

proposition a été rejetée par un canton, le PRD et le PSS, ainsi que par 7 organisations, alors que 3 cantons et 2 organisations l'ont approuvée.

- A également été contestée la proposition de soumettre à l'avenir au droit privé la responsabilité des collectivités publiques à raison de toutes leurs activités qui ne relèvent pas de la puissance publique (art. 43/43a AP-CO). Cette proposition a été saluée par 7 cantons et 2 organisations, alors que 12 cantons, le PLS, le PSS et 7 organisations l'ont désapprouvée ou ont exprimé des doutes à son sujet. L'intrusion de la Confédération dans le droit cantonal est considérée comme contraire à la constitution. Quant au critère de la "puissance publique", il engendre des problèmes de délimitation et ne se justifie pas d'un point de vue objectif.
- Une responsabilité (de droit privé) pour les dommages causés à l'environnement (art. 45d AP-CO) a reçu le soutien de principe de 7 cantons, du PSS, et de 5 organisations. Cette disposition a été critiquée par 1 canton, par le PRD, ainsi que par 2 organisations, et désapprouvée par 4 cantons, le PLS, l'UDC et 12 organisations. De l'avis des participants qui s'y opposent ou qui la critiquent, cette disposition est trop indéterminée et il serait préférable qu'elle prenne place dans le droit public de la protection de l'environnement. Par ailleurs, le droit à réparation conféré aux organisations privées a également suscité des objections.
- La définition de l'illicéité proposée à l'art. 46 AP-CO a suscité la critique de nombreux participants (6 cantons, PRD, UDC, 6 organisations), qui craignent que la violation de la bonne foi – en tant que forme possible de l'illicéité, sans aucune limitation – ne conduise à une extension de la responsabilité.
- 2 cantons, le PRD et le PSS, ainsi que 5 organisations ont approuvé l'idée d'une aggravation de la responsabilité pour défaut d'organisation (art. 49a AP-CO) et voudraient partiellement aller plus loin encore. Cette idée a, en revanche, été rejetée par 6 cantons, le PLS, l'UDC, et 9 organisations, qui sont d'avis que la preuve libératoire de l'organisation irréprochable est trop stricte. Ils refusent également la responsabilité pour les dommages qui ne sont pas causés dans l'accomplissement des tâches de l'auxiliaire ou qui sont dus à des défauts techniques. En outre, des critiques ont été émises par 7 cantons et 4 organisations, qui ont avant tout dénoncé le fait que le champ d'application de l'art. 49a n'est pas défini de manière suffisamment précise.
- La clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP-CO) a été saluée par 6 cantons, le PSS, et 6 organisations. 3 organisations ont estimé que cette clause doit être formulée de façon plus restrictive. 6 cantons, le PRD, le PLS, l'UDC, et 12 organisations ont désapprouvé l'art. 50 AP-CO. Ils estiment que cette disposition est formulée de manière trop vague pour que la sécurité du droit soit réellement garantie et qu'elle accorde un trop large pouvoir d'appréciation aux juges. Ils craignent en outre une extension de la responsabilité.
- La prolongation du délai absolu de prescription de 10 à 20 ans – telle qu'elle est prévue à l'art. 55 AP-CO – a été saluée par 6 cantons, le PRD, le PSS et 8 organisations, tandis qu'elle a été rejetée par 3 cantons, le PLS, l'UDC et 8 organisations. Les partisans de cette prolongation la considèrent comme urgente pour permettre la réparation des dommages différés. Plusieurs d'entre eux proposent que le délai ne commence à courir qu'à partir de la survenance du dommage. Quant aux opposants, ils soulignent que le délai général de prescription prévu dans le Code des obligations est de 10 ans. Ils

sont également d'avis qu'une telle prolongation s'accompagnerait de problèmes de procédure et de preuve et qu'elle créerait une insécurité juridique. Par ailleurs, certains d'entre eux approuvent l'allongement des délais dans des cas spéciaux.

- S'agissant des dispositions de procédure, ce sont avant tout les allègements prévus en matière de preuve qui ont été contestés (art. 56d, al. 2, AP-CO). La faculté donnée au juge de se contenter d'une vraisemblance "convaincante" pour considérer un fait comme établi a été majoritairement rejetée. Quant à la possibilité conférée au juge de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance, elle a été approuvée dans son principe par 3 cantons, par le PRD et le PSS, ainsi que par 9 organisations, et rejetée par 8 cantons, par le PLS et l'UDC, ainsi que par 10 organisations. Enfin, d'autres dispositions ont également été vivement critiquées ou rejetées, soit celles sur les frais et les dépens (art. 56f et 56g AP-CO) et celles relatives aux paiements anticipés à la victime (art. 56h AP-CO).

4. *Révision d'autres dispositions du code des obligations et d'autres lois fédérales*

Les dispositions d'autres lois fédérales ont donné lieu à peu de remarques. La révision proposée de la loi sur les chemins de fer et de la loi sur le transport public a été considérée comme trop sévère par les associations intéressées, dans la mesure où elle prévoit une responsabilité objective aggravée des entreprises concernées en cas de dommages causés aux bagages ou aux marchandises. En ce qui concerne la révision de la loi sur la protection de l'environnement, la préférence a été donnée à la variante qui propose de maintenir dans cette loi une norme spécifique de responsabilité (art. 59a AP-LPE) et de mettre les frais résultant des mesures étatiques pour prévenir un dommage, en déterminer l'existence et y remédier, à la charge de ceux qui en sont la cause, dans le cadre d'une procédure administrative. Enfin, plusieurs participants à la consultation préconisent de conserver l'art. 15 de la loi sur la pêche (indemnisation de la diminution de la capacité de rendement des eaux affectées, calculée de façon abstraite).

5. *Condensé*

Une nette majorité des participants à la procédure de consultation approuve le projet de révision et est également en principe d'accord avec le concept de l'avant-projet. Un consensus ne s'est par contre pas dégagé sur la plupart des innovations proposées. La préoccupation la plus vive concerne la tendance, décelée dans l'avant-projet, d'aggraver les conditions de la responsabilité et d'améliorer ainsi la situation juridique des victimes. Cette tendance suscite des craintes que le droit de la responsabilité civile ne connaisse d'importantes dérives, même si cela ne correspond pas aux intentions des auteurs de l'avant-projet. Certaines positions dogmatiques essentielles pour l'avant-projet ont en outre été critiquées notamment par le monde académique. Enfin, les cantons désapprouvent la régression de la responsabilité de droit public.

Risultati della procedura di consultazione

1. *In generale*

I professori Pierre Widmer e Pierre Wessner, nella veste di periti, hanno elaborato un avamprogetto di legge federale sulla revisione e l'unificazione del diritto della responsabilità civile. L'avamprogetto prevede l'inserimento nel Codice

delle obbligazioni di una Parte generale del diritto della responsabilità civile e la modifica delle disposizioni relative alla responsabilità civile previste da leggi speciali.

La procedura di consultazione relativa all'avamprogetto si è aperta nell'ottobre 2000 e si è conclusa nell'aprile 2001. Alla consultazione hanno preso parte il Tribunale federale, 23 Cantoni, cinque partiti e 43 organizzazioni.

2. *Valutazione generale dell'avamprogetto*

L'avamprogetto ha ottenuto un'approvazione di principio da parte di 21 Cantoni, tre partiti (PLR, PLS, PS) e 29 organizzazioni, che si sono detti d'accordo sul principio fondamentale della revisione, ossia l'istituzione di una Parte generale del diritto della responsabilità civile nel Codice delle obbligazioni. Tra questi, 13 Cantoni, due partiti (PLR, PLS) e 14 organizzazioni (in particolare l'Unione Svizzera dei Contadini, l'Associazione delle aziende elettriche svizzere, la Federazione svizzera dei notai, l'Unione dei trasporti pubblici, l'Associazione Svizzera d'Assicurazioni e le università di Ginevra e Losanna) hanno emesso delle riserve quanto ad alcune proposte, in particolare quelle a favore delle parti lese. Il PS e cinque organizzazioni (Federazione Svizzera degli avvocati, Unione sindacale svizzera, Konsumentenforum, Concordato degli Assicuratori Malattia Svizzeri e Lega svizzera per la protezione della natura) hanno invece domandato ulteriori modifiche a tutela delle parti lese.

L'avamprogetto è stato respinto da due Cantoni (Basilea Campagna, Turgovia), un partito (UDC) e sette organizzazioni (Federazione delle imprese svizzere, Associazione svizzera dei Banchieri, Società Svizzera degli Impresari-Costruttori, Società Svizzera delle Industrie Chimiche, Unione svizzera delle arti e mestieri, Associazione dei proprietari fondiari e Università di Zurigo) per i quali il progetto non è ancora maturo. A loro avviso non apporta benefici sostanziali, migliora in maniera sconsiderata la posizione giuridica delle persone lese o presenta troppe disposizioni imprecise. Inoltre alcuni ritengono che il sistema attuale delle leggi speciali sia giustificato (BL). Altri, al contrario, ne criticano il mantenimento (TG).

Il Tribunale federale, il PPD e sette organizzazioni hanno rinunciato ad esprimere considerazioni generali sull'avamprogetto.

3. *Parte generale del diritto della responsabilità civile*

La maggior parte dei partecipanti alla consultazione si è espressa a favore dell'inserimento della Parte generale del diritto della responsabilità civile nel Codice delle obbligazioni. Solo due Cantoni e un'organizzazione raccomandano l'adozione di una legge speciale.

Quanto alla Parte generale del diritto della responsabilità civile, numerose disposizioni sono state respinte o criticate, anche nei pareri di principio favorevoli all'avamprogetto.

- L'opposizione maggiore si è manifestata contro la proposta di unificare la responsabilità contrattuale e la responsabilità delittuale (art. 42 AP-CO). L'estensione della responsabilità extracontrattuale ai casi di violazione contrattuale positiva causerebbe nuovi problemi di delimitazione, peggiorerebbe la situazione della vittima e non terrebbe conto delle particolarità del rapporto contrattuale.

- È criticata la proposta di misurare la negligenza (art. 48a AP-CO) secondo le capacità e le qualità della persona (criterio soggettivo). Tale proposta è infatti contraria all'attuale giurisprudenza, che si basa sul comportamento del cittadino medio (criterio oggettivo). Un Cantone, il PLR, il PS e sette organizzazioni respingono esplicitamente la proposta, approvata invece da tre Cantoni e due organizzazioni.
- Parimenti contestata è la proposta di assoggettare alle disposizioni di diritto privato la responsabilità dell'ente pubblico per tutto ciò che esula dall'esercizio della forza pubblica (art. 43/43a AP-CO). La proposta è stata accolta favorevolmente da sette Cantoni e due organizzazioni, mentre 12 Cantoni, il PLS, il PS e sette organizzazioni si sono detti contrari o hanno espresso dubbi al riguardo. L'ingerenza da parte della Confederazione nel diritto cantonale è considerata anticostituzionale. Il criterio della "forza pubblica" creerebbe problemi di delimitazione e non sarebbe obiettivamente giustificato.
- Il principio della responsabilità (di diritto privato) per i danni ambientali (art. 45d AP-CO) è approvato da sette Cantoni, dal PS e da cinque organizzazioni. È invece criticato da un Cantone, dal PLR e da due organizzazioni e disapprovato da quattro Cantoni, dal PLS, dall'UDC e da 12 organizzazioni. Secondo i partecipanti critici o sfavorevoli alla disposizione, la stessa non è sufficientemente precisa e dovrebbe piuttosto essere inserita nella legge sulla protezione dell'ambiente. Ha suscitato obiezioni anche il diritto accordato alle organizzazioni private di chiedere il risarcimento del danno.
- La definizione di illiceità proposta all'articolo 46 AP-CO ha suscitato le critiche di numerosi partecipanti (sei Cantoni, il PLR, l'UDC, sei organizzazioni), i quali disapprovano il fatto che la semplice violazione della buona fede costituisca un criterio generale di illiceità. Essi temono che ciò possa comportare un'estensione della responsabilità.
- Due Cantoni, il PLS, il PS e cinque organizzazioni hanno approvato l'idea di inasprire la responsabilità per carente organizzazione (art. 49a AP-CO). Alcuni di essi auspicano addirittura maggiore severità. La proposta è stata invece respinta da sei Cantoni, dal PLS, dall'UDC e da nove organizzazioni, i quali ritengono che sia troppo difficile provare l'irreprensibilità dell'organizzazione. Essi rifiutano inoltre la responsabilità per danni che persona ausiliaria non causa nell'esercizio delle sue incombenze o dovuti a guasti tecnici. Sono state inoltre emesse critiche da sette Cantoni e quattro organizzazioni, che lamentano soprattutto che il campo d'applicazione dell'articolo 49a AP-CO non sia definito in modo sufficientemente preciso.
- La clausola generale della responsabilità per rischio (art. 50 AP-CO) è accolta positivamente da sei Cantoni, dal PS e da sei organizzazioni. Tre organizzazioni ritengono che la clausola debba essere formulata in modo più restrittivo. Sei Cantoni, il PLR, il PLS, l'UDC e 12 organizzazioni disapprovano l'articolo. Ritengono che la disposizione, formulata a loro avviso in modo eccessivamente vago, porti all'incertezza giuridica e deleghi poteri eccessivi alla giurisprudenza. Temono inoltre un'estensione della responsabilità.
- L'estensione del termine assoluto di prescrizione da 10 a 20 anni – prevista all'articolo 55 AP-CO – è stata accolta favorevolmente da sei Cantoni, dal PLR, dal PS e da otto organizzazioni. È stata invece respinta da tre Cantoni, dal PLS, dall'UDC e da otto organizzazioni. I partecipanti che si sono

espressi a favore di un termine più lungo ritengono necessario intervenire con urgenza per permettere il risarcimento dei danni tardivi e propongono di far decorrere il termine solo dal momento in cui sopraggiunge il danno. I detrattori della proposta sottolineano che il termine generale di prescrizione previsto nel Codice delle obbligazioni è di dieci anni. Sono inoltre del parere che una tale estensione causerebbe problemi procedurali e probatori tali da creare incertezza giuridica. Alcuni di loro approvano invece l'estensione del termine in casi speciali.

- Quanto alle disposizioni di procedura, sono principalmente contestate le agevolazioni probatorie (art. 56d cpv. 2 AP-CO). È stata respinta dalla maggioranza la facoltà conferita al giudice di accontentarsi di una verosimiglianza «convincente». Tre Cantoni, il PLR, il PS e nove organizzazioni hanno approvato di principio la possibilità conferita al giudice di fissare l'ammontare del risarcimento in funzione del grado di verosimiglianza, respinta invece da otto Cantoni, dal PLS, dall'UDC e da dieci organizzazioni. Hanno suscitato vive critiche o sono state respinte le disposizioni sulle spese processuali e ripetibili (art. 56f e 56g AP-CO) e sull'anticipo provvisorio dell'indennità (art. 56h AP-CO).

4. *Revisione di altre disposizioni del Codice delle obbligazioni e di altre leggi federali*

Le disposizioni di altre leggi federali hanno suscitato poche osservazioni. La revisione proposta della legge sulle ferrovie e sul trasporto pubblico è stata considerata troppo severa dalle associazioni interessate, nella misura in cui prevede una responsabilità oggettiva aggravata in caso di danni causati ai bagagli o alle merci. Per quanto concerne la revisione della legge sulla protezione dell'ambiente, è stata preferita la variante che propone di mantenere in tale legge una norma specifica sulla responsabilità (art. 59a AP-LPAmb) e che addossa all'autore del danno le spese che lo Stato ha sostenuto per prevenire il danno, determinarne l'esistenza e porvi rimedio nel quadro di una procedura amministrativa. Numerosi partecipanti alla consultazione propongono di mantenere l'articolo 15 della legge sulla pesca (risarcimento della diminuzione del rendimento piscicolo delle acque danneggiate, calcolato in modo astratto).

5. *Conclusione*

Una chiara maggioranza dei partecipanti alla consultazione accoglie favorevolmente le proposte di revisione ed è altresì favorevole, di principio, al concetto dell'avamprogetto. La maggior parte delle innovazioni non riesce tuttavia ad accogliere un consenso. La preoccupazione principale riguarda la tendenza, attribuita all'avamprogetto, ad inasprire la responsabilità o a migliorare la posizione giuridica della persona lesa. Anche se ciò non corrisponde alle intenzioni degli autori dell'avamprogetto, si teme un allargamento sconsiderato della responsabilità. Alcune posizioni dogmatiche fondamentali dell'avamprogetto sono state segnatamente criticate dal mondo accademico. Infine, i Cantoni giudicano negativamente il ridimensionamento della responsabilità di diritto pubblico.

1 Allgemeines Généralités Generalità

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte vom 9. Oktober 2000 bis 30. April 2001. Zur Vernehmlassung eingeladen wurden das Bundesgericht, das Eidgenössische Versicherungsgericht, alle Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien und 83 Organisationen.

Geantwortet haben das Bundesgericht, 23 Kantone, 5 Parteien und 43 Organisationen.

39 nicht offizielle Teilnehmer haben eine Stellungnahme eingereicht.

Ausdrücklich verzichtet auf eine Stellungnahme haben das Eidgenössische Versicherungsgericht, die Kantone Appenzell-Innerrhoden und Uri sowie die Stiftung für Konsumentenschutz. Der Schweizerische Arbeitgeberverband verweist auf die Stellungnahme der *economiesuisse*. Die *Fédération Romande des Consommateurs* verweist auf die Stellungnahme der *Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana*.

La procédure de consultation s'est étendue sur une période allant du 9 octobre 2000 au 30 avril 2001. Le Tribunal fédéral à Lausanne, le Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, tous les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ainsi que 83 organisations ont été invités à y participer.

Le Tribunal fédéral, 23 cantons, 5 partis politiques et 43 organisations se sont prononcés.

39 prises de position ont été envoyées par des participants non-officiels.

Le Tribunal fédéral des assurances, les cantons d'Appenzell Rh.-Int. et d'Uri ainsi que la Stiftung für Konsumentenschutz ont expressément renoncé à prendre position. Le Schweizerischer Arbeitgeberverband s'est référé à la prise de position d'*economiesuisse*. La *Fédération romande des consommateurs* s'en est remise à la prise de position de l'*Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana*.

La procedura di consultazione è durata dal 9 ottobre 2000 al 30 aprile 2001. Sono stati invitati a partecipare alla stessa il Tribunale federale di Losanna, il Tribunale federale delle Assicurazioni di Lucerna, tutti i cantoni, i partiti rappresentati nell'Assemblea federale e 83 organizzazioni.

Hanno risposto il Tribunale federale, 23 cantoni, 5 partiti e 43 organizzazioni.

39 partecipanti non invitati ufficialmente hanno mandato il loro parere.

Hanno espressamente rinunciato a dare il loro avviso il Tribunale federale delle Assicurazioni, i cantoni Appenzello Interno e Uri e la Stiftung für Konsumentenschutz. Lo Schweizerischer Arbeitgeberverband ha rinviato al parere di *economiesuisse*, e la *Fédération romande des consommateurs* a quello dell'*Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana*.

2 Verzeichnis der Eingaben
Liste des organismes ayant répondu
Elenco dei partecipanti

(in der Zusammenstellung sind die Abkürzungen vorangestellt)
 (dans le classement, les abréviations précèdent les avis)
 (nel riassunto dei risultati, le abbreviazioni precedono i pareri)

Eidgenössische Gerichte
Tribunaux fédéraux
Tribunali federali

Bger Schweizerisches Bundesgericht / Tribunal fédéral suisse / Tribunale federale svizzero

Kantone
Cantons
Cantoni

AG Aargau / Argovie / Argovia
AR Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE Bern / Berne / Berna
BL Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE Genf / Genève / Ginevra
GL Glarus / Glaris / Glarona
GR Graubünden / Grisons / Grigioni
JU Jura / Giura
LU Luzern / Lucerne / Lucerna
NE Neuenburg / Neuchâtel
OW Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO Solothurn / Soleure / Soletta
SZ Schwyz / Svitto
TG Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI Tessin / Ticino
VD Waadt / Vaud / Vaud
VS Wallis / Valais / Vallese
ZG Zug / Zoug / Zugo
ZH Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien**Partis politiques****Partiti politici**

- CVP** Christlichdemokratische Volkspartei
Parti Démocrate-Chrétien
Partito Popolare Democratico
- FDP** Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz
Parti radical-démocratique suisse
Partito liberale-radicale svizzero
- LPS** Liberale Partei der Schweiz
Parti libéral suisse
Partito liberale
- SP** Sozialdemokratische Partei der Schweiz (SP)
Parti Socialiste Suisse (PS)
Partito Socialista Svizzero (PS)
- SVP** Schweizerische Volkspartei
Union Démocratique du Centre
Unione Democratica di Centro
Uniun Democratica dal Center

Organisationen**Organisations****Organizzazioni**

- ACS** Automobil Club der Schweiz
Automobile Club de Suisse
Automobile Club Svizzero
- ACSI** Associazione consumatrici della Svizzera italiana
- AEROSUISSE**
Dachverband der schweizerischen Luftfahrt
Fédération faîtière de l'aéronautique suisse
Società principale dell'aeronautica svizzera
- bfu** Schweizerische Beratungsstelle für Unfallverhütung
Bureau suisse de prévention des accidents
Ufficio svizzero per la prevenzione degli infortuni
- CHJV** Dachverband Schweizerischer Jagdverbände
Fédération des Associations Suisses des Chasseurs
Federazione delle Associazioni Svizzere di Caccia
- economiesuisse**
Verband der Schweizer Unternehmen
Fédération des entreprises suisses
Federazione delle imprese svizzere
- FMH** Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
Fédération des médecins suisses
Federazione di medici svizzeri
- FRI** Fédération romande immobilière

- FRS** Schweizerischer Strassenverkehrsverband
Fédération routière suisse
- HEV** Hauseigentümerversband Schweiz
- KF** Konsumentenforum
- KSK** Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer
Concordat des assureurs-maladie suisses
Concordato degli Assicuratori Malattia Svizzeri
- pro natura**
Schweizerischer Bund für Naturschutz
Ligue suisse pour la protection de la nature
Lega svizzera per la protezione della natura
Lia svizra per la protecziun da la natira
- SAV** Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
- SBMV** Schweizerischer Baumeisterverband
Société suisse des entrepreneurs
Società Svizzera degli Impresari-Costruttori
- SBV** Schweizerischer Bauernverband
Union Suisse des Paysans
Unione Svizzera dei Contadini
- SBVer** Schweizerische Bankiervereinigung
- SFV** Schweizerischer Fischerei-Verband
Fédération suisse de pêche
Federazione Svizzera di pesca
- SGB** Schweizerischer Gewerkschaftsbund
Union syndicale suisse
Unione sindacale svizzera
- SGCI** Schweizerische Gesellschaft für Chemische Industrie
Société Suisse des Industries Chimiques
Società Svizzera delle Industrie Chimiche
- SGV** Schweizerischer Gewerbeverband
Union suisse des arts et métiers
Unione svizzera delle arti e mestieri
- sia** schweizerischer ingenieur- und architektenverein
société suisse des ingénieurs et des architectes
società svizzera degli ingegneri e degli architetti
- SNV** Schweizerischer Notarenverband
Fédération suisse des notaires
Federazione svizzera dei notai
- SOV** Schweizerischer Olympischer Verband
Association Olympique Suisse
Swiss Olympic Association
- SPO** Schweizerische Patienten-Organisation
- SUVA** Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
Istituto nazionale svizzero di assicurazione contro gli infortuni

- SVR** Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter
Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire
Associazione svizzera dei magistrati
- SVS** Schweizerische Vereinigung für Schifffahrt und Hafenwirtschaft
Association suisse de navigation et d'économie portuaire
Associazione svizzera di navigazione e di economia portuale
- SVV** Schweizerischer Versicherungsverband
Association Suisse d'Assurances
Associazione Svizzera d'Assicurazioni
- SVZ** Schweizerischer Verband der Zivilstandsbeamten
Association suisse des officiers de l'état civil
Associazione svizzera degli ufficiali dello stato civile
- SWISSGAS**, Zürich
- TCS** Touring Club Schweiz
Touring Club Suisse
Touring Club Svizzero
- Uni GE** Université de Genève
- Uni LA** Université de Lausanne
- Uni ZH** Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät, mit Referaten der Professoren Heinrich **Honsell**, Tobias **Jaag**, Isaak **Meier**, Wolfgang **Portmann**, Christian **Schwarzenegger**. Die Referate sind gekürzt wiedergegeben.
- VKF** Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen
Association des établissements cantonaux d'assurance incendie
- VöV** Verband öffentlicher Verkehr (Gemeinsame Stellungnahme mit Seilbahnen Schweiz und Verband Schweizerischer Schifffahrtsunternehmen)
- VSAV** Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder
Association suisse des tuteurs officiels
Associazione svizzera dei tutori ufficiali
- VSE** Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
Association des entreprises électriques suisses
Associazione delle aziende elettriche svizzere
- VSGV** Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter
Société suisse des conservateurs du registre foncier
Società svizzera degli ufficiali del registro fondiario
- WWF** World Wide Fund for Nature
Stiftung für Natur und Umwelt

Nicht offizielle Vernehmlassungsteilnehmer und -teilnehmerinnen
Participants non officiels
Partecipanti non consultati ufficialmente

Angesichts ihres grossen Umfanges sind diese Stellungnahmen hier nicht wiedergegeben. Sie werden jedoch bei den Gesetzgebungsarbeiten berücksichtigt.

Les prises de position des participants ci-dessous ne sont pas reproduites en raison de l'ampleur importante de la présente consultation. Mais elles seront prises en compte dans les travaux législatifs.

I pareri dei partecipanti sopra indicati non sono riprodotti qui a causa della loro ampiezza. Essi verranno tuttavia presi in considerazione nel corso dei lavori legislativi.

ALK Albula-Landwasser Kraftwerke AG, Filisur GR
arosaenergie Bündner Energiedienstleister, Arosa
BLS Lötschbergbahn AG, Bern
CENTRE PATRONAL, Lausanne
coop Basel
EGL Elektrizität-Gesellschaft Laufenburg AG
Energieforum Schweiz
eos énergie ouest suisse, Lausanne
erdgas Verband der Schweizerischen Gasindustrie
EUROPEAN CENTER OF TORT AND INSURANCE LAW, Wien, Österreich
FSP Fédération Romande des Syndicats Patronaux
Georg Fischer AG, Schaffhausen
HESS-ODONI, Urs, Rechtsanwalt, Luzern
HK Handelskammer und Arbeitgeberverband, Graubünden
KESSLER, Franz, Rechtsanwalt, Schaffhausen
KGL Gewerbeverband des Kantons Luzern
KHR Kraftwerke Hinterrhein AG, Thusis
KRAMER, Ernst Professor an der Universität Basel
MUELLER, Christophe, Avocat, Neuchâtel
PATVAG KRAFTWERKE AG, Ilanz
SairGroup, Zürich
SCHMID Jörg / GAUCH Peter, Professoren an der Universität Freiburg
SHV Schweizer Hotelier-Verein
SKG Schweizerische Kynologische Gesellschaft
Stiftung für das Tier im Recht, Zürich
SUISA Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke
SWISSMEM Die Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie

Treuhand-Kammer

Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten

UGZ Umwelt- und Gesundheitsschutz Zürich

USF Union Suisse des Fiduciaires

usic Union Suisse des Ingénieurs-Conseils

VAP Verband Schweizerischer Anschlussgeleise- und Privatgüterwagenbesitzer

VBE Vereinigung Bündnerischer Elektrizitätswerke

Vereinigung der Geschädigtenanwältinnen und -anwälte

Vsaiaisa Vereinigung schweizer Automobil-Importeure

VSCI Schweizerischer Carrosserieverband

VSG Verband der Schweizerischen Gasindustrie

VSIG Vereinigung des schweizerischen Import- und Grosshandels, Basel

VVST Versicherungsverband Schweizerischer Transportunternehmen, Basel

WERRO, Franz Professeur à l'Université de Fribourg

- 3** **Zusammenstellung der Vernehmlassungen**
Classement des réponses à la procédure de consultation
Risultati della procedura di consultazione
- 31** **Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs**
Appréciation générale de l'avant-projet
Giudizio generale sull'avamprogetto
- 311** **Grundsätzliche Zustimmung**
Approbation de principe
Approvazione di principio

Kantone / Cantons / Cantoni

- AG:** Wir begrüßen die vorgeschlagene Revision. Durch die Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe und Regelungen wird der Zersplitterung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts entgegengewirkt bzw. werden bestehende Rechtsungleichheiten beseitigt. Von einer vereinheitlichten Regelung erhoffen wir uns eine Vereinfachung der Anwendung des Rechts, was nicht zuletzt den Geschädigten zugute kommt. Die Übernahme der Entwicklungen aus der Gerichtspraxis führt im Weiteren dazu, dass der Gesetzestext wieder im Einklang mit der Rechtswirklichkeit steht. Beide Aspekte stärken die Rechtssicherheit und dienen der erleichterten Anwendung durch die Rechtssuchenden.
- AR:** Die mit dem Vorentwurf (VE) angestrebte Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts wird grundsätzlich begrüsst.
- Eine konsequente Umsetzung der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts liegt auch darin, dass die Verschuldenshaftung und die Gefährdungshaftung in Bezug auf ihre Wirkungen gleich behandelt werden (Art. 52 ff. VE).
- Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit ist zu begrüßen, dass bundesrechtliche Mindestvorschriften für das Verfahren und den Beweis eingeführt werden (Art. 56 ff. VE).
- BE:** Der Regierungsrat des Kantons Bern begrüsst den vorliegenden Vorentwurf zu einem revidierten und vereinheitlichten Haftpflichtrecht.
- BS:** Grundsätzlich begrüßen wir die Bestrebungen zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Mit einzelnen Punkten, auf die im folgenden noch einzugehen sein wird, können wir uns jedoch weniger einverstanden erklären. Dazu gehört insbesondere die Einführung eines subjektivierten Fahrlässigkeitsbegriffes, der unseres Erachtens die Vertrauensgrundlage für ein geregelter Zusammenleben in unserer Gesellschaft zu sehr strapaziert. Auch die Angleichung der Vertrags- und der Deliktshaftung erachten wir als eher problematisch, insbesondere, da sie nur unvollständig vollzogen wird. Hier werden ohne Not neue Probleme geschaffen. Grundsätzlich sollte zudem auf die Einführung neuer Begriffe verzichtet werden, wenn nicht tatsächlich Neuerungen aufgenommen werden.

Wir schlagen vor, dass mit der Haftpflichtrevision eine Spezialregelung für die Haftung für medizinische Behandlung eingeführt wird (Vgl.33).

FR: La révision et l'unification du droit de la responsabilité civile répondent à un besoin. En effet, le droit de la responsabilité civile a connu un développement législatif et jurisprudentiel tel que la consultation de ses sources n'est pas aisée. En outre, les solutions différenciées auxquelles parviennent les nombreuses règles ne sont pas toujours justifiées. Nous saluons dès lors le principe de la révision du droit de la responsabilité civile et l'avant-projet des experts qui pose les bases d'une réflexion approfondie sur les principes appliqués en matière de responsabilité civile.

Cela dit, nous ne sommes pas convaincus par toutes les propositions. Les principales remarques qu'elles nous inspirent sont les suivantes.

GE: L'unification du droit de la responsabilité civile nous paraît se justifier étant donné le grand nombre de dispositions instituant des chefs de responsabilité, disséminées dans des lois spéciales. L'idée d'introduire une partie générale de la responsabilité civile dans le code des obligations mérite dès lors d'être saluée. Il en va de même du principe selon lequel les dommages causés à l'environnement sont soumis à réparation. La clarification du concours de responsabilités et des relations entre responsabilité civile et assurances est un autre mérite de l'avant-projet. L'allongement du délai de prescription à trois ans, de même que le retour à une notion plus subjective de la faute doivent également être approuvés.

Un certain nombre de critiques s'imposent toutefois. En particulier, l'assujettissement au droit privé du domaine de la responsabilité publique voulu par les auteurs de l'avant-projet n'est sans doute pas conforme à la Constitution fédérale, dans la mesure où il retire aux cantons la liberté de légiférer en ce domaine. De plus, les conséquences pratiques négatives de la réglementation proposée apparaissent nettement l'emporter sur les quelques améliorations qu'elle entraînerait, aussi bien pour les lésés que les agents de l'Etat. Nous avons relevé par ailleurs que la structure générale de l'avant-projet correspondait davantage à celle d'un ouvrage de doctrine et qu'à celle d'un texte de loi. Il en est résulté un texte trop long, parfois encombré d'éléments descriptifs.

Nous avons demandé à la Faculté de droit de l'Université de Genève une appréciation des textes mis en consultation (cf. sous Uni GE)

GL: Generell ist die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, letzteres integriert in das Obligationenrecht, zu begrüssen. Bedauerlich ist, dass die Zersplitterung des Privatrechts voranschreitet, was jedoch im Bereich des Haftpflichtrechts nicht aufzuhalten ist. Die Zersplitterung wird durch den allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (Art. 41 - 58 VE OR) teilweise aufgewogen. Ob es sachgerecht ist, den zweiten Abschnitt (Art. 41 - 61 a VE OR) auch auf vertragswidriges Verhalten anzuwenden (so Art. 42 VE OR), wird noch eingehend zu diskutieren sein.

Wohlthuend fällt auf, dass der Vorentwurf kein einfaches, rasches und zudem kostenloses Verfahren vorsieht. Gegen die Regelungen zum Beweis sowie zu den Kosten und Entschädigungen (Art. 56c - 56g VE OR) ist nichts einzuwenden.

Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass die Tierhalterhaftung neu als Gefährdungshaftung ausgestaltet werden soll (Art. 60 VE OR). Allerdings ist zu überlegen, ob insoweit nicht konsequenterweise eine Haftpflichtversicherung als obligatorisch erklärt werden müsste. Schliesslich ist die vorgeschlagene Solidarhaftung von Eigentümer und Besitzer eines Werkes (Art. 61 Abs. 1 VE OR) konsequent (vgl. auch Unterhaltspflichten/Mängelbehebung im Mietrecht) und somit ebenfalls zu begrüßen. Insgesamt erscheint der vorgelegte Entwurf als ausgewogen. Ob die Haftungsstatbestände eher grosszügig oder restriktiv ausgestaltet werden sollen, ist letztlich eine politische Frage.

GR: Die Regierung begrüsst das gewählte Vorgehen zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch die Revision des OR sowie durch Änderungen, Aufhebungen und Globalverweise auf den Allgemeinen Teil des OR-Haftpflichtrechts (Art. 41-58 OR gemäss Vorentwurf) in den verschiedenen Spezialgesetzen. Zu Recht wurde dieses Vorgehen dem Erlass eines Spezialgesetzes vorgezogen. Eine in diesem Zusammenhang wohl erfolgte gänzliche Ausklammerung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts aus dem OR wäre sicher zu weit gegangen. Durch die Schaffung eines Allgemeinen Teils des OR-Haftpflichtrechts können die in zahlreichen Gesetzen geregelten, untereinander nicht oder ungenügend koordinierten Haftungsbestimmungen vereinheitlicht werden, indem in diesen Gesetzen jeweils im Sinne einer Globalverweisung subsidiär auf das OR verwiesen wird. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass die von den besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Spezialgesetzes geprägten Bestimmungen in diesen Gesetzen verbleiben und somit beachtet werden müssen. Insofern kann die bestehende Unübersichtlichkeit auch mit der Revision nicht ganz beseitigt werden.

JU: Le Gouvernement de la République et Canton du Jura se félicite de la volonté du législateur fédéral de refondre entièrement le droit de la responsabilité civile suisse. En effet, la doctrine souligne depuis de nombreuses années, à raison, les lacunes et l'absence de cohérence du système mis en place (voir notamment: Oftinger, Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 5^{ème} éd., 1995, § 1, pt 73).

Si le législateur a fait un effort ces dernières années pour ne pas aggraver la situation, il existe toutefois un besoin urgent de rétablir un certain ordre et une certaine cohérence entre les dispositions du Code des obligations ou du Code civil (art. 41ss CO, 28, 333 et 679 CC) et les nombreuses lois qui contiennent des articles sur le sujet.

Cependant, une telle refonte est d'une grande complexité. En effet, elle implique dans un premier temps de se demander quelle est la meilleure solution pour rétablir l'unité perdue (nouvelle loi ou refonte de la partie du CO consacrée à la responsabilité civile (art. 41ss CO). Cette question est d'autant plus délicate que le droit de la responsabilité civile touche de très près à d'autres branches du droit, notamment à la responsabilité contractuelle ou au domaine extrêmement complexe des assurances. Or, le droit des assurances sociales est lui aussi en plein bouleversement (FF 2000, p. 2657), ce qui implique un effort supplémentaire de coordination, sous peine de limiter les effets bénéfiques des réformes en cours.

Une fois ce premier choix opéré, il s'agit de fixer les principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile, en tenant compte notamment de la pratique qui s'est développée au cours des années sur le sujet. Il convient en l'espèce de régler les différents problèmes que la jurisprudence a pu se poser et auxquels aucune réponse satisfaisante ou claire n'a encore pu être donnée. Il en est ainsi par exemple du problème du dommage indirect, qui donne lieu à une jurisprudence assez hésitante.

Enfin, il convient d'aborder les questions de détail qui se sont posées en pratique et qui n'ont pas encore pu trouver de solution satisfaisante.

Au vu des constatations qui précèdent, nous avons donc choisi de découper notre réponse à votre procédure de consultation en trois parties, la première abordant les questions liées au choix adopté par les Professeurs Widmer et Wessner dans leur avant-projet. Puis, nous traiterons des propositions de cet avant-projet concernant les principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile et enfin, des quelques articles particuliers du projet sur lesquels il nous apparaît important de nous arrêter.

S'il nous arrivera parfois d'être très critique concernant les modifications proposées ainsi que le rapport explicatif, nous tenons à souligner l'excellence du travail fourni tant par la Commission d'étude que par les Professeurs Widmer et Wessner sur le sujet, professeurs grâce auxquels nous disposons d'un rapport explicatif très détaillé.

Systématique et rédaction: Nous n'avons que peu de remarques à formuler concernant le plan adopté par les experts. En effet, ce plan correspond à un découpage classique, qui apparaît tout à fait approprié.

Seule la place de la partie consacrée aux rapports entre la responsabilité civile et les assurances privées pourrait être discutée. Il s'agit à notre avis d'une question particulière qui devrait se trouver après les dispositions de procédure et preuves, qui touchent un problème plus général et concernent l'ensemble des cas touchés par les art. 41ss CO. De par leur spécificité, les questions liées aux assurances devraient donc se trouver juste avant les dispositions spéciales des art. 59ss CO.

Quant à la rédaction des articles, elle est en règle générale excellente. Elle permet une bonne compréhension des règles applicables, y compris pour le non juriste. De plus, les auteurs de l'avant-projet ont codifié à raison les règles de jurisprudence, ce qui permet de trouver plus facilement la réponse aux questions que se pose le praticien.

Par conséquent, nous jugeons très favorablement tant la construction adoptée par l'avant-projet que la rédaction des articles qu'il contient.

Relations entre la partie générale de la responsabilité civile et les autres règles y relatives: Le Gouvernement de la République et Canton du Jura approuve, de manière générale, la volonté de la commission d'experts d'harmoniser les dispositions spéciales en matière de responsabilité avec les dispositions générales des art. 41ss CO. Cette harmonisation est nécessaire et permet une meilleure compréhension du droit de la responsabilité civile. Elle simplifie également le système très complexe qui est actuellement en vigueur. En outre, il faut souligner la volonté des rapporteurs de moderniser le droit de la responsabilité en proposant un projet du droit de la responsabilité qui s'affranchisse de la condition de la

faute et prend toujours mieux en considération les risques que peuvent faire courir certains comportements ou certaines activités.

L'effort d'harmonisation est particulièrement remarquable pour ce qui touche aux rapports entre les dispositions du CO et de la LCR. En effet, cette dernière avait introduit, notamment lors de ses révisions de 1975, 1989 et 1995 des dispositions modernes en matière de responsabilité civile, qui différaient sur plusieurs points des règles générales des art. 41ss CO. L'option choisie de généraliser certaines dispositions de la LCR et de les introduire dans la partie générale du droit de la responsabilité civile permet d'adapter notre droit de la responsabilité aux exigences actuelles.

L'harmonisation du droit de la responsabilité civile entraîne une importante simplification de ce droit, en limitant au minimum les dispositions spéciales dans les différentes lois spéciales.

Nous aurions été en faveur de la réunion de ces dispositions spéciales dans un seul code. Ces dispositions auraient pu, au vu de leur nombre relativement limité, être regroupées dans une partie spéciale d'un Code de la responsabilité civile, ce qui aurait grandement facilité leur recherche et évité à l'avenir au maximum que le législateur ne crée une disposition en matière de responsabilité qui soit contraire à la systématique mise en place.

Rapport entre les assurances sociales et la responsabilité civile: Cette question a été, à raison, réglée par la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (FF 2000, p. 4674). Le rapport entre le droit des assurances sociales et la responsabilité civile est complexe et il était nécessaire de retenir un système cohérent avec celui adopté par les experts concernant les rapports entre les assurances privées et la responsabilité civile, afin de disposer d'un système logique et compréhensible.

D'une manière générale, quatre systèmes étaient envisageables: celui du cumul, de la subrogation, de l'imputation ou de la subsidiarité. Le système retenu par la LPGA est celui de la subrogation à son art. 72 avec droit préférentiel de l'assuré ou de ses survivants en ce qui concerne les droits qui ne passent pas à l'assuré (art. 73 al. 2 LPGA). Ce dernier est également retenu par l'avant-projet sur le droit de la responsabilité civile en matière d'assurance de dommages (art. 54 al. 2).

Cependant, il convient de souligner une différence entre les deux dispositions en matière de subrogation: en matière d'assurance sociale, la subrogation a lieu dès la survenance de l'événement dommageable alors qu'elle n'intervient que dès le paiement des prestations pour les assurances privées de dommage. Nous nous demandons donc ce qui peut justifier une telle distinction et s'il ne serait pas adéquat de prévoir une règle identique pour les deux dispositions.

Au surplus, il manque à notre avis une disposition dans la partie générale sur la responsabilité civile qui renvoie aux dispositions de la LPGA pour ce qui est des rapports entre les assurances sociales et la responsabilité civile. Cet article pourrait être simplement inséré aux art. 54ss CO. Il conviendrait alors de modifier le titre de la lettre G. en éliminant le terme „pri-

vée“. Ainsi, nous aurions: „G. Responsabilité civile et assurances“ et un nouvel art. 54j CO.

Rapports avec les assurances sociales: Les rapports entre le droit de la responsabilité civile et celui des assurances sociales sont régis par la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000.

Rapport entre assurances privées et responsabilité civile: La création d'une réglementation claire des rapports entre les assurances privées et la responsabilité civile constitue une avancée indéniable, permettant une clarification et une harmonisation des règles essentiellement jurisprudentielles appliquées actuellement. Elle a aussi le mérite d'instaurer un système cohérent pour les différentes questions posées en matière d'assurances privées, notamment pour les questions liées au droit préférentiel de la personne lésée ou d'action directe de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité civile.

Le maintien du cumul des prestations possible en matière d'assurance de personnes constitue en l'état actuel une bonne chose. Cependant, cette disposition pourrait à l'avenir devenir choquante dans la mesure où le Tribunal fédéral augmenterait par trop les indemnités qu'il accorde en matière de tort moral (système à l'américaine). En effet, il faut veiller à ce que l'assuré n'ait pas un intérêt à ce que l'événement dommageable se produise. Cependant, dans l'état actuel, le système tel qu'il est proposé aboutit à une situation qui nous semble parfaitement équilibrée.

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura estime que l'avant-projet proposé est novateur et qu'il constitue une avancée importante vers une harmonisation des dispositions tant en matière de responsabilité civile que d'assurances.

Dans le cadre de la révision du droit de la responsabilité civile, l'introduction d'une partie générale posant le champ d'application ainsi que les conditions de cette responsabilité est à saluer. Le projet présente un certain nombre de qualités indéniables dans cette partie qui sont notamment une très grande clarté, une excellente cohérence et une construction intelligente. Cependant, quelques détails doivent encore être revus, notamment en apportant certaines précisions sur des termes dont le sens pourrait être mal compris.

En conclusion, le Gouvernement de la République et Canton du Jura approuve la décision de revoir en profondeur le droit de la responsabilité civile. Il partage les grandes lignes retenues par l'avant-projet élaboré ainsi que les options adoptées par ses auteurs et en apprécie la cohérence et la clarté. Seuls certains articles, trop vagues, demandent à être quelque peu précisés, afin de ne pas entraîner des difficultés lorsque les juges seront confrontés à un cas d'application.

Le Gouvernement regrette cependant que le législateur fédéral ne soit pas allé au bout de sa démarche, en profitant de la présente révision, pour créer un véritable droit suisse en matière de responsabilité, englobant aussi bien la responsabilité civile que la responsabilité contractuelle. Il pense en effet qu'une telle approche présenterait de nombreux avantages, notamment en ce qui concerne l'accessibilité de ce droit au profane.

LU: Die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts halten wir für sachgerecht.

Bei den Änderungsvorschlägen fällt auf, dass die Terminologie in den Sachüberschriften verschiedener Bundesgesetze uneinheitlich ist. So wird beispielsweise sowohl der Ausdruck „Haftpflicht“ als auch „Haftung“ verwendet. Eine einheitliche Terminologie ist anzustreben.

NE: L'unification du droit de la responsabilité est souhaitable et même nécessaire. Elle doit apporter une meilleure coordination dans ce domaine complexe où la nature des règles, parfois publiques et souvent privées, ne donne pas la clarté qu'on peut attendre. A n'en pas douter, le justiciable et le praticien du droit en seront les bénéficiaires.

Nous saluons ici le travail considérable des auteurs de ce projet qui se sont attachés non seulement à intégrer dans la loi les principes dégagés par la jurisprudence mais qui se sont avant tout livrés à une réflexion fondamentale sur la responsabilité, à la lumière des développements connus dans cette matière à l'étranger également.

Certains aspects de ce projet (tort moral et prescription notamment) nous font craindre un dérapage de la responsabilité civile dans un sens encore inconnu chez nous mais malheureusement déjà bien établi outre Atlantique. Il serait hautement regrettable pour notre société que nous nous installions dans un système de responsabilité civile qui devienne l'apanage d'avocats spécialisés et qu'il offre le terrain à des pratiques presque indécentes dont on voit malheureusement trop souvent la manifestation dans le monde anglo-saxon.

S'agissant du tort moral, par exemple, nous pensons que l'extension de ce droit aux proches de la victime, même si cela est conforme à la jurisprudence, ne devrait pas être précisée dans la loi mais laissée, comme jusqu'ici, à l'appréciation des tribunaux.

Quant à l'allongement des délais de prescription, nous n'y sommes pas favorable et proposons le maintien de la solution actuelle. L'allongement du délai de prescription absolue, pour certains risques spécifiques évoqués par les auteurs du projet, peut, par contre, s'envisager. Le départ du délai de prescription est fixé par la connaissance du dommage et de la personne qui en assume la responsabilité. Dans ces conditions, il nous paraît conforme à la sécurité du droit de pouvoir attendre du lésé qu'il agisse dans un délai plus court que celui de trois ans proposé.

L'avant-projet de loi rédigé par les professeurs Widmer et Wessner est le résultat d'un long processus qui a commencé en 1988 déjà. L'importance du rapport explicatif suffit à lui seul pour démontrer les difficultés auxquelles se sont heurtés les deux rédacteurs du projet dans leur travail de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile. De manière générale, nous pouvons souscrire aux grandes lignes de cette nouvelle approche du droit de la responsabilité civile. Certaines de ces dispositions nous semblent cependant aller au-delà de ce que nous pensons que doit être le droit de la responsabilité civile en Suisse.

Le débat à ce sujet ne fait cependant que commencer et nous y participerons. C'est donc avec beaucoup d'intérêts que nous attendons de connaître le résultat de cette consultation.

OW: Das Anliegen der Gesetzesrevision begrüßen wir, verzichten aber auf eine Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen, da vom Standpunkt der Föderalismus- und Vollzugstauglichkeit keine Bemerkungen zu machen sind.

SG: Grundsätzlich begrüßen wir die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts (OR).

SH: Wir begrüßen grundsätzlich die Bestrebungen der Revision, das schweizerische Haftpflichtrecht mittels Ausgestaltung eines Anwendungsbereiches von Allgemeinen Bestimmungen zu vereinheitlichen. Im Einzelnen haben wir dazu aber Bemerkungen.

SO: Wir begrüßen es, dass der Bund das Haftpflichtrecht mit einem allgemeinen Teil vereinheitlichen will. Insbesondere die Vereinheitlichung der Begriffe und der Verjährungsregeln auf diesem weiten Gebiet ist ein Fortschritt. Allerdings erscheint uns die Wahl der Begriffe nicht immer gelungen und die subsidiäre Verjährungsfrist übermässig lang.

Zudem werden wir auf Unklarheiten hinweisen, die sich für uns bei der Anwendung des allgemeinen Teils auf Vertragsverhältnisse ergeben.

Des Weiteren sind nicht alle Regelungen, die in das Zivilprozessrecht der Kantone eingreifen von der Sache her gerechtfertigt.

SZ: Derzeit arbeitet eine Expertenkommission am Entwurf zu einer Eidgenössischen Zivilprozessordnung. Wir gehen davon aus, dass zwischen den verfahrensrechtlichen Vorschriften im Entwurf zum Haftpflichtrecht und der entstehenden Zivilprozessordnung die notwendige Abstimmung gesucht wird.

Aus dem Vorentwurf lässt sich der Trend zu einer Verschärfung des Haftpflichtrechts und insbesondere eine Verbesserung der Stellung Geschädigter herauslesen. Soweit dies durch die Schaffung oder Vergrößerung von Gefahrenmomenten durch technische Entwicklungen sich begründen lässt, werden die Vorschläge unterstützt. Soweit der Trend indessen bloss einer vor allem in den USA stark verbreiteten Unsitte folgt, für alles und jedes einen Haftpflichtprozess vom Zaune zu reissen, ist den Änderungen mit Entschiedenheit entgegen zu treten. Wenn neue Haftungstatbestände, verschärfte Haftungstatbestände sowie Erleichterungen im Beweisrecht erst einmal eingeführt sind, lassen sie sich praktisch nicht wieder beseitigen. Negative Folgen für die Volkswirtschaft aus einer falsch verstandenen Verschärfung des Haftpflichtrechts können immense Ausmasse annehmen.

TI: Quella messa in consultazione rappresenta una normativa completamente nuova della materia che attualmente, in buona parte, è collocata in testi di legge diversi. Il complesso lavoro legislativo compiuto dagli estensori dell'AP rispecchia la volontà di allestire una legge (una serie di norme, suddivise in una parte generale e in una parte speciale) corrispondente a tutti i casi di responsabilità civile, tenuto conto in particolare delle fattispecie emergenti da situazioni di fatto nuove che rientrano nell'esercizio di attività ad alto rischio. Già il breve commentario all'AP indica come l'attuale assetto legislativo sia suscettibile di critica a causa della carente coordinazione fra le numerose leggi che disciplinano la materia, ciò che può ingenerare il rischio di ineguaglianza giuridica a seconda delle norme

applicabili di volta in volta; come ulteriore momento alla base dell'intervento legislativo, evoca inoltre la necessità di prevedere la regolamentazione di nuove responsabilità causali (Breve commentario, N. 112). Il tema della necessità, rispettivamente dell'opportunità e della portata dell'intervento legislativo è già stato oggetto, di critica e di riflessione a livello federale dopo il 1996, ossia da quando è stata pubblicata la parte generale della normativa in esame (cfr. Manetti S., La responsabilità civile - Punti salienti del progetto di revisione totale, in *Il Ticino e il diritto*, CFPG 1997, pag. 456; diversi contributi in ZSR 4 1997, pag. 257 e segg., in particolare Gauch P., *Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung*, pag. 341). Tutto sommato, al di là dei diversi pareri che sono stati e che verranno espressi su questo aspetto fondamentale dell'operazione, si ritiene di dover almeno condividere l'opinione che l'AP costituisce un testo atto a correggere alcune caratteristiche negative della legislazione vigente, in particolare la mancanza di unità normativa (specie per quanto concerne l'esercizio di azioni giudiziarie), la carente sicurezza, l'assenza di coordinazione fra le diverse leggi e la mancanza di un concetto di base delle diverse norme che reggono la responsabilità civile (cfr. Tercier P., *La réforme du droit de la responsabilité civile*, in ZSR cit., pag. 263 e segg.).

Lo scrivente Consiglio non pretende di operare una disamina completa dell'AP e ritiene altresì inopportuno che troppe critiche di dettaglio sul merito della nuova normativa finiscano per sconvolgerne l'organicità e per annullarne le caratteristiche innovative. Tuttavia, pur aderendo nella sostanza al contenuto dell'AP e accogliendo con particolare favore le novità proposte nell'ambito processuale (art. 56 - 56h AP), riteniamo di dover esprimere alcune perplessità su singoli punti del documento.

- VD:** Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas en soi au renforcement de la position du lésé, voulu par l'AP, mais il s'interroge sur ses conséquences. Ainsi, l'introduction d'une responsabilité pour risque dont les limites sont mal définies, ainsi que, dans certains cas, l'assouplissement ou le renversement du fardeau de la preuve et le durcissement des preuves libératoires, sont de nature à déresponsabiliser la personne lésée face à son propre comportement. Le Conseil d'Etat s'inquiète ainsi de voir apparaître en Suisse des dérives telles que celles constatées aux Etats-Unis ces dernières années, où une personne s'étant brûlée avec son café a pu, il y a quelque temps, obtenir réparation devant un juge, en faisant valoir que le restaurant qui lui avait vendu le café en question n'avait pas mentionné que celui-ci était chaud et qu'il y avait donc des risques de brûlures si on le renversait. Le Conseil d'Etat ne souhaite pas voir un tel jugement rendu en Suisse. De même, dans le domaine de la santé, on assiste à une déresponsabilisation du patient face aux risques que comporte une intervention médicale, quelle qu'elle soit. Doit-on pour autant suivre cette tendance et admettre que l'acte médical est une activité spécifiquement dangereuse, au sens de l'art. 50 AP? Certes le rapport explicatif l'exclut, mais un juge pourra en décider autrement, en vertu du pouvoir d'appréciation que lui confère cette norme. Il y a lieu de s'opposer à une telle tendance, car elle est incompatible avec le principe de la responsabilité personnelle qui doit régir tout rapport de droit entre individus. Le Conseil d'Etat rejette donc toutes les innovations tendant à déresponsabiliser la personne

lésée, contenues en particulier aux art. 49, 49a AP (renversement du fardeau de la preuve), et 50 (responsabilité pour risque).

En outre, plusieurs dispositions de l'AP sont présentées comme une simple codification de la jurisprudence. Or, dans certains cas, celle-ci est contestée. En outre, le Conseil d'Etat n'est pas certain qu'une telle codification simplifie la pratique du droit actuel, car les nouvelles dispositions engendreront à leur tour une abondante jurisprudence. Dans ces conditions, la codification de la jurisprudence actuelle n'apparaît pas une justification suffisante de l'AP, aux yeux du Conseil d'Etat.

VS: Dans sa teneur actuelle, le droit de la responsabilité civile est réglementé dans plusieurs lois insuffisamment coordonnées entre elles. A ce manque de clarté s'ajoutent plusieurs lacunes, en particulier au chapitre de la responsabilité objective. Répondant à l'attente des auteurs de la doctrine et des tribunaux, le Département fédéral de justice et police a constitué, en 1988, une Commission d'étude mandatée de la révision totale du droit de la responsabilité civile.

Présidée par le Professeur Pierre Widmer, réunissant en son sein plusieurs professeurs ainsi que des représentants des assurances et du barreau, la Commission d'études œuvra pendant quatre ans et a sollicité, sur plusieurs questions, les opinions d'experts externes. Son rapport final, formulé en 102 thèses, a servi de référence à la poursuite des travaux par deux membres de la Commission d'étude, les Professeurs Pierre Widmer et Pierre Wessner, qui, de 1992 à 1999, ont élaboré un avant-projet accompagné d'un rapport explicatif. Douze années de recherches entreprises par les meilleurs spécialistes que compte le pays, un avant-projet de plus de 70 articles et modifiant une trentaine de lois fédérales, un rapport explicatif de plus de 400 pages et 1'800 autres notes, voilà l'objet de la présente procédure de consultation. L'ampleur de la matière, sa difficulté intrinsèque, sa relative méconnaissance de la part d'un Gouvernement cantonal qui n'a pas à appliquer le droit de la responsabilité civile sont autant de circonstances qui soulignent les limites du droit de participation des cantons au processus de décision sur le plan fédéral (art. 45n Cst.).

Le Conseil fédéral met en consultation l'avant-projet des experts sans avoir pris, préalablement, une position officielle. C'est dire que la procédure de révision extraparlamentaire va se poursuivre. De l'avis du Conseil d'Etat, la consultation des Tribunaux cantonaux s'impose de toute évidence, tant il est vrai que le juge occupe une position centrale dans la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile, position que l'avant-projet renforce sensiblement.

Ainsi, le Gouvernement valaisan va-t-il se borner à exprimer quelques considérations de portée générale.

L'objectif poursuivi consiste dans l'unification du droit de la responsabilité civile. L'unification maximale implique un élargissement notable du champ d'application des dispositions générales. Pour y parvenir, les auteurs de l'avant-projet usent très (trop) largement de concepts juridiques indéterminés et s'en remettent quasi systématiquement à l'appréciation du juge, invité à moult circonstances à prendre le relais du législateur. Ainsi, la probabilité d'interprétations différentes et de jugements contradictoires est-

elle programmée. En d'autres termes, les instruments normatifs mis en œuvre vont générer des effets exactement inverses au but recherché par la révision.

De plus, la démarche porte atteinte à la qualité de la loi dans la mesure où l'exigence de prévisibilité n'est plus satisfaite. La loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à chacun de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions sa responsabilité est engagée et dans quelle mesure. Exagérément abstraite et abandonnant la solution pratique aux circonstances et/ou à l'équité, la norme trop imprécise ne cerne pas suffisamment la position juridique de l'auteur du dommage et de la victime.

ZG: Wir teilen die Auffassung, dass die zahlreichen Gesetze, in welchen das Haftpflichtrecht heute geregelt ist, miteinander nicht oder nur ungenügend koordiniert sind. Dies führt zuweilen zu Unübersichtlichkeiten, welche für die Rechtssuchenden von Nachteil sind. Im Sinn einer Vereinheitlichung und Vereinfachung der Rechtsgrundlagen sind wir im Grundsatz mit dem Inhalt und der Zielrichtung des uns zugestellten Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts einverstanden.

ZH: Den Entscheid, den Expertenentwurf in die Vernehmlassung zu geben, ohne dass der Bundesrat dazu Stellung genommen hat, bedauern wir ausserordentlich. Als Kantonsregierung würden wir gerne zu Vorhaben des Bundes Stellung nehmen können, die vom Bundesrat zumindest einer ersten politischen Bewertung unterzogen worden sind.

Die Bestrebung der Revision, das schweizerische Haftpflichtrecht mittels Ausgestaltung eines Anwendungsbereiches von Allgemeinen Bestimmungen zu vereinheitlichen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Die vorgeschlagene Art und Weise der Umsetzung ist indessen zu hinterfragen.

Die Revisionsvorschläge dienen nicht nur der Vereinheitlichung des Rechts, sondern zielen schwergewichtig auf eine Besserstellung des Geschädigten ab. Allerdings ist diese Privilegierung zu stark und einseitig ausgerichtet und erfolgt teilweise ohne Berücksichtigung der heutigen Praxis, was erhebliche Gefahren in Bezug auf die Rechtssicherheit birgt. Die Vorlage erhält durch diesen Aspekt eine beachtliche politische Dimension. Der Vorentwurf geht offensichtlich von der Grundannahme aus, dass ein „armer“ Geschädigter einem gut gestellten Schädiger gegenübersteht. Diese Annahme trifft aber in vielen Fällen nicht von vornherein zu. Die vorgeschlagenen Bestimmungen dürften viele potenziell Haftpflichtige mittels Abschluss entsprechender Versicherungen und Kostenfolgen zur Risikominimierung zwingen. Der haftungsrechtliche Grundsatz, wonach derjenige, der einen Schaden erleidet, diesen auch tragen soll, verliert stark an Bedeutung. Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Besserstellung der Geschädigten wäre auch zu beachten, dass die Schweiz über ein sehr gut ausgebautes Sozialversicherungssystem verfügt.

Abzulehnen ist der Systemwechsel vom öffentlichen Verwaltungsverfahren zum zivilen Prozessrecht bei Umweltschäden, demzufolge Umweltschutzbehörden auf den zivilen Klageweg verwiesen werden sollen. Wir

verlangen, dass das bisherige Regime beibehalten wird (vgl. Bemerkungen zu Art. 45d VE, Art. 54 GSchG und Art. 59 bzw. 59a USG).

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP: Die CVP Schweiz begrüsst die Anstrengungen des Bundesrates, das Haftpflichtrecht zu vereinheitlichen und somit mehr Transparenz für die Rechtssuchenden und die Rechtsanwender zu schaffen. Bei diesen Bestrebungen soll als Prinzip die Schaffung von Rechtssicherheit im Vordergrund stehen.

Im Rahmen des Vorentwurfs verzichtet die CVP auf die Würdigung einzelner Artikel und möchte dies anhand des vom Bundesrat verabschiedeten konkreten Entwurfs zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

FDP: Die von der Revision verfolgten Ziele der Vereinheitlichung, Vereinfachung und Lückenschliessung im Schweizerischen Haftpflichtrecht werden aus unserer Sicht grundsätzlich erreicht. Dennoch sind zahlreiche konkrete Vorbehalte zu tätigen, auf die nachfolgend eingegangen wird. Besonders hervorgehoben seien hier vorab der fehlende Vergleich mit dem Recht der EU bzw. deren Mitgliedstaaten sowie - innerstaatlich - die fehlende Berücksichtigung der hängigen Arbeiten zur Schaffung einer eidgenössischen Zivilprozessordnung. Wir erachten denn auch die entsprechenden prozessualen Minimalvorschriften als unnötig. Sollten diese Bestimmungen (z.B. Art. 56b, 56d Abs. 2, 56e, 56f und 56g) jedoch, entgegen unserer Ansicht, im Entwurf beibehalten werden, dürften diese die Vereinheitlichungsbemühungen im Bereich des Zivilprozessrechts aber in keinem Fall inhaltlich präjudizieren.

Wir begrüssen die Neuerungen, womit die herrschende Lehre und Rechtsprechung nachgeführt werden. Verschiedene Neuerungen, so z.B. die Einführung einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung (Art. 50), das Instrument der vorläufigen Zahlungen (Art. 56h), der Umbau der Tierhalterhaftung in eine Gefährdungshaftung (Art. 60) oder die Einführung einer Werkhalterhaftung (Art. 61, anstelle der Werkeigentümerhaftung) sind jedoch aus den nachfolgend dargelegten Gründen abzulehnen.

Ein Haftpflichtrecht, das den Ausgleich von Schädigungen aus zurechenbarem Fehlverhalten und verwirklichten besonderen Risiken regelt, wird zu Recht weiterhin als unentbehrlich erachtet. Es ist dies nicht nur eine Frage der Ökonomie (im Sinne einer ökonomischen Analyse des Rechts), sondern auch der Selbstverantwortung und damit der generalpräventiven Funktion des Rechts.

LPS: Si l'on peut comprendre la nécessité de réviser, dans une loi de portée générale, les dispositions relatives à la responsabilité civile et approuver cette démarche, il n'en demeure pas moins qu'un grand nombre des dispositions prévues suscitent des interrogations ou des oppositions de notre part. Nous vous prions donc d'enregistrer notre accord sur le principe mais de tenir compte de toutes les modalités et réserves que nous émettons ci-dessous. Si elles n'étaient pas retenues dans le cadre du projet qui sera soumis aux chambres fédérales, le parti libéral suisse serait opposé à l'adoption d'une législation allant dans le sens de celle qui nous est soumise en tant qu'avant-projet.

Sur le plan des remarques générales, nous nous étonnons que de nombreuses réserves à des dispositions spéciales soient faites dans l'avant-projet (articles 42, 43a, 50, 53, etc...). Nous nous étonnons également que les délais de prescription ne soient pas unifiés, de même que les éventuels chevauchement entre législations.

Nous constatons par ailleurs que les propositions vont dans le sens d'une aggravation des cas de responsabilités, ce qui est pour le moins surprenant, puisque le droit actuel offre aux victimes de responsabilités dites objectives, des moyens de droit pour faire valoir leurs prétentions.

Nous nous opposons par ailleurs à une „procédurisation“ du code des obligations. Nous y reviendrons plus bas.

En conclusion, le parti libéral suisse pourrait entrer en matière sur l'avant projet qui est soumis (on peut comprendre la nécessité de réviser le droit de la responsabilité civile), mais à la condition que ses remarques soient prises en compte. Si tel n'était pas le cas, il serait probablement opposé à la révision qui est proposée.

SP: Die SP Schweiz beschränkt sich auf Bemerkungen zu politisch wichtigen Grundsatzfragen des zukünftigen Haftpflichtrechts. Viele Änderungen im Revisionsentwurf sind rein technischer Natur, z. B. die Bestimmungen über das Zusammenwirken von Haftpflicht und Versicherungen. Die SP kommentiert diese Bestimmungen nicht, sondern beschränkt sich auf zehn wichtige Anliegen, welche insbesondere dem verstärkten Schutz des haftpflichtrechtlich Geschädigten dienen.

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

ACSI: L'ACSI sostiene pienamente l'intenzione dell'avamprogetto di conseguire tramite la prevista revisione l'unificazione del diritto della responsabilità civile.

Gli svantaggi della situazione attuale, in particolare la mancanza di coordinazione tra le varie norme disperse in numerose leggi, sono conosciuti da tempo e comportano effettivamente per i consumatori e le consumatrici una mancanza di chiarezza e di conseguenza ingenerano loro insicurezza e confusione.

In particolare l'ACSI sostiene le seguenti modifiche e proposte:

- mantenimento delle tre categorie di responsabilità e loro disciplinamento più uniforme (art. 45-47a)
- definizione della negligenza (art. 48a)
- ampliamento della responsabilità per rischio e introduzione di una clausola generale (art. 50)
- possibilità dell'azione diretta della persona lesa nei confronti dell'assicuratore di responsabilità civile (art. 54c)
- prolungamento del termine di prescrizione attuale con l'introduzione di un termine ordinario di tre anni e uno assoluto di vent'anni (art. 55)
- le agevolazioni probatorie nei confronti della persona lesa (art. 56-56h), in particolare la norma prevista dall'art. 56d cpv. 2 e 3 nonché le

norme relative all'anticipo spese (art. 56f) e loro determinazione (art. 56g).

AEROSUISSE: Wir halten den Gesetzesentwurf als Ganzes für gut gelungen und sehen davon ab, ihn eingehend zu kommentieren. Wie aus dem Kurzkomentar des Bundesamts für Justiz hervorgeht, handelt es sich zum grossen Teil um eine Nachführung dessen, was die Praxis der Gerichte vorgezeichnet hat. Das gilt namentlich für die Tendenz, die Stellung des Geschädigten zu verbessern, und die Berücksichtigung des Umstandes, dass in der heutigen Welt der Einzelne immer weniger in der Lage ist, die Folgen seines Verhaltens zu überblicken.

bfu: Zu den vorgeschlagenen Änderungen äussern wir uns nicht im Detail, da wir Unfälle im Nichtberufssektor verhüten und keine Haftpflichtfälle lösen. Wir orientieren höchstens über mögliche haftpflichtrechtliche Folgen in den Bereichen Strassenverkehr, Sport, Haus und Freizeit und versuchen, das menschliche Verhalten derart zu beeinflussen, dass Haftpflichtfälle gar nicht erst entstehen. Wir begrüssen es generell, wenn schon auf Gesetzesebene eindeutiger als heute festgehalten wird, welche haftpflichtrechtlichen Folgen bestimmte Verhaltensweisen nach sich ziehen können.

CHJV: Wir haben zur Vorlage keine Änderungswünsche anzubringen.

FMH: Das Wichtigste vorweg:

- a) Wir begrüssen, dass der Entwurf die Medizin nicht als "besonders gefährlich" einstuft;
- b) Wir lehnen für die Medizin die a priori-Fehlervermutung für Unternehmen (also die Beweislastumkehr) ab. Diese Lösung ist nicht sachgerecht, und sie würde das Verhältnis zwischen Patienten und Ärzten/Spitälern übermässig belasten.
- c) Wir schlagen vielmehr vor, im Bereich der Medizin anstelle der Organisationshaftung das System der No-Fault-Compensation einzuführen, das den ökonomischen Ausgleich von Patientenschäden ermöglicht, ohne dass die Patienten einen Fehlervorwurf an einzelne Personen oder an ein Spital erheben müssen.

Die ‚Toilettage‘ und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts in der Schweiz ist ein überfälliges Postulat. So ist es heute für Patienten insbesondere im Bereich der Haftungsfragen im Zusammenhang mit möglichen Behandlungsfehlern in der Medizin unverständlich und zudem auch sachlich nicht überzeugend vertretbar, dass die Verjährungsfristen unterschiedlich sind je nachdem, ob die Behandlung in der Arztpraxis bzw. dem Privatspital oder aber in einem öffentlichen Spital stattfand (10-jährige absolute Verjährungsfrist ohne relative Verjährungsfrist bei Arztpraxis bzw. Privatspital versus in der Regel 10-jährige absolute und höchst unterschiedliche relative Verjährungs- oder gar Verwirkungsfristen für die öffentlichen Spitäler). Für die Medizin ist die Frage also nicht, ob das Haftungsrecht revidiert werden soll, sondern eher, wie dies am Besten zu geschehen habe.

Dabei ist von zentraler Bedeutung, die Weiche nicht Richtung Beweislastumkehr zu stellen, sondern konsequent weiterzugehen zum System der No-Fault-Compensation. Die Diskussion um die Vermeidung von Untersuchungs- und Behandlungsfehlern bewegt in den letzten Monaten

zu Recht auch die Schweiz. Die internationalen Erfahrungen zeigen, dass die Sicherheit vor allem dann wirkungsvoll verbessert werden kann, wenn die meldenden Personen nicht persönlich zu „Sündenböcken“ gestempelt werden. Wir verweisen auf das Interview mit dem BSV-Beauftragten für Qualitätsmanagement im Bund vom 10. April 2001, wo die Redaktorin zu Recht die Frage aufwarf: „Meldet denn jemand einen Fehler, wenn er oder sie eine gerichtliche Verfolgung zu gewärtigen hat?“.

FRI: Si l'unification est un objectif louable en soi, l'exercice nous semble partiel dans la mesure où les lois spécifiques subsisteront à l'avenir, rendant le domaine de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle difficile d'accès pour les justiciables.

Relevons également les nombreuses réserves en faveur de dispositions spéciales qui ressortent de l'avant-projet, notamment concernant les articles 42, 43 a, 50, 53 c.

Au niveau des modifications introduites dans le Code des obligations, force est de constater que l'ensemble des propositions conduit à une aggravation sensible des cas de responsabilité, plus particulièrement des responsabilités dites „objectives“, alors même que le droit actuel ne laisse pas les victimes de dommages dépourvues de moyens de droit.

Nous avons, en résumé, le sentiment que, sous couvert d'une harmonisation souhaitable et partiellement réalisée, l'occasion est saisie pour étendre et aggraver les cas de responsabilité civile, parfois sans justification évidente, ce que nous ne pouvons accepter. Sur le plan des principes, l'élargissement excessif des cas de responsabilités objectives pourrait engendrer un découragement non souhaitable de l'initiative privée.

Nous nous opposons donc aux propositions faites concernant le dommage en cas d'atteinte à l'environnement (article 45 d), de responsabilité pour les auxiliaires (articles 49 et 49 a) et pour les ouvrages (article 61) et regrettons les options prises en matière de responsabilité pour risque (article 50) et de prescription (article 55).

FRS: Es ist nach Auffassung des Schweizerischen Strassenverkehrsverbands FRS unbestritten, dass das eidgenössische Haftpflichtrecht formell und materiell einer Vejüngungskur bedarf. Eine Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts kann aber auf Grund der Besonderheit dieser Materie nicht nur aus juristischer Sicht beurteilt werden. Ebenso wichtig und nicht zu vernachlässigen ist eine ökonomische Analyse der Auswirkungen der geplanten Bestimmungen. Diesbezüglich gilt es eine wesentliche Erkenntnis zu berücksichtigen: In den meisten Fällen besteht die effiziente Lösung darin, dass sowohl potenzielle Schädiger als auch Geschädigte zur Vermeidung des Schadens beitragen. Dies trifft insbesondere für den Betrieb eines Motorfahrzeugs oder den Gebrauch eines Produktes zu. Aus dieser Optik ist die einseitige Verschärfung des Haftpflichtrechts zu Lasten des Verursachers, wodurch erhebliche volkswirtschaftliche Zusatzkosten geschaffen werden, äusserst kritisch zu beurteilen. Der Strassenverkehrsverband FRS stellt fest, dass es dem Vorentwurf an einer solchen kritischen Beurteilung mangelt. Aussagen zu den (volks-) wirtschaftlichen Auswirkungen bestehen nur punktuell. Dies ist zu revidieren. Der Vorentwurf muss auf seine wirtschaftliche Tragbarkeit hin geprüft werden.

Strengere Haftung muss nicht zwangsläufig höhere Sicherheit bedeuten. Dies zeigt der Vergleich mit den USA. Die dortigen, überaus strengen Haftungsnormen haben selten zu höherer Sicherheit von Produkten, vielfach jedoch wegen zu übrissener Schadenersatzforderungen zu Geschäftsaufgaben geführt. Haftpflichtrecht kann nur dann wirksam sein, wenn es Teil eines integralen Sicherheitssystems ist. Dieses muss eine sorgfältige Prüfung zu Beginn der Arbeit, ein laufendes Monitoring der Auswirkungen einer Tätigkeit oder eines Produkts sowie eine Behebung von Fehlern umfassen. Zu klären bleibt ausserdem, wie sich die aus dem vorliegenden Vorentwurf zusätzlich resultierenden Vorsorgekosten seitens der Verursacher entwickeln könnten und ob durch die jetzige Revision nicht Innovationen verhindert werden.

Im weiteren lassen die vorliegenden Vorschläge einen systematischen Rechtsvergleich mit den entsprechenden Regelungen in der Europäischen Union (EU) bzw. deren Mitgliedstaaten schmerzlich vermissen. Auf Grund der Aussenhandelsabhängigkeit der Schweiz ist es unabdingbar, dass helvetische Regelungen mit den Entwicklungen in der EU kompatibel sind. Keinesfalls dürfen sie weiter gehen als geltendes EU-Recht.

KF: Der Gesetzesentwurf bringt gewichtige Neuerungen:

- Längere Verjährungsfrist von 20 Jahren
- Erleichterung bei der Beweislast
- Haftung ohne Nachweis von Verschulden
- Vorsorge- und Ersatzpflicht bei Umweltschäden

Wir begrüssen die klare Gliederung des Entwurfs in allgemeine Voraussetzungen, Haftungsgründe, Haftpflicht und Privatversicherung, Verjährung, Verfahren und Beweise.

Andererseits bestehen wertvolle besondere Bestimmungen zu

- Haftung bei rechtmässiger Schädigung
- Haftung für Tiere / Retentionsrecht / Haftung für Werke

Generell umstritten ist der Gesetzesentwurf vor allem in zwei Punkten.

1. Die Versicherungswirtschaft hat schon im Laufe der Vorarbeiten die Einführung einer Haftung für Umweltschäden und Erleichterungen der Beweislast abgelehnt.
2. Ein Klagerecht von Organisationen, eine Umkehr statt nur Erleichterung bei der Beweislast und die Erfassung unbekannter Entwicklungsrisiken wurde gefordert und leider nicht berücksichtigt.

Aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten müssten diese Punkte unbedingt berücksichtigt werden.

Der Allgemeine Teil ist klassisch gegliedert: Zuerst werden die Haftungsprinzipien und ihr Anwendungsbereich festgelegt, danach werden die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung umschrieben und schliesslich werden ihre Einzelheiten geregelt. Das Konsumentenforum begrüsst diese klare Gliederung dieses Abschnitts wie auch die Beibehaltung der Trilogie Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung und Haftung für Hilfspersonen.

Das Haftpflicht-Prüfungsschema (Schaden, Widerrechtlichkeit inkl. Rechtfertigungsgründe, Ursachenzusammenhang, Verschulden) finden wir ebenfalls klar und übersichtlich im Gesetzesentwurf verwirklicht.

Verschiedene Verbesserungen im Gesetzesentwurf wie namentlich die Erfassung von Umweltschäden und immaterielle Schäden, die Regelung der Mehrheit von Haftungen, der allgemeine Teil der Haftpflicht im Privatversicherungsbereich, die Verlängerung der Verjährung sowie die Kostenregelungen werden begrüsst. Zudem ist die Rechtsprechung weitgehend in den Entwurf integriert. Trotzdem fehlt ein Klagerecht der Organisationen, eine Umkehr statt nur Erleichterungen bei der Beweislast und die Erfassung unbekannter Entwicklungsrisiken. Hier zeigt sich die Zurückhaltung, die für den Gesetzesentwurf angewendet worden ist. Deshalb erlaubt sich das Konsumentenforum kf einige kritische Anmerkungen zum Vorschlag aufzuführen.

Der Gesetzesentwurf deckt sich, abgesehen von den aufgeführten kritischen Bemerkungen, grundsätzlich mit den Vorstellungen des Konsumentenforums kf. Werden diese Anregungen in den definitiven Entwurf aufgenommen, steht aus unserer Sicht der Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts nichts mehr im Wege.

KSK: Generelles zum Revisionsvorschlag: Angesichts der heute bestehenden Zersplitterung der Haftungsordnung und der damit einhergehenden Unübersichtlichkeit begrüssen wir eine Gesamtrevision im Sinne einer Vereinheitlichung. Zu den einzelnen Punkten nehmen wir nur insofern Stellung, als unsere Verbandsmitglieder durch die Gesetzesrevision betroffen sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn sie als Krankenversicherer aufgrund eines Versicherungsvertrages im Bereich der Krankenzusatzversicherung Leistungen an eine versicherte Person erbringen und die versicherte Person für den Versicherungsfall ebenfalls einen haftpflichtigen Dritten belangen könnte. Es geht um die Frage, wie der Rückgriff des Krankenversicherers im Bereich der Krankenzusatzversicherung auf haftende Dritte und deren Haftpflichtversicherung geregelt ist

Der Rückgriff des Sozialversicherers ist im ATSG geregelt und wurde nicht in die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts des OR einbezogen. Aus diesem Grund betrifft die vorgeschlagene Revision die Krankenversicherer nur im Bereich der Zusatzversicherung, die den Bestimmungen des VVG untersteht.

Folgende Beispiele mögen veranschaulichen, in welchen Fällen die Krankenversicherer durch die Bestimmungen des Haftpflichtrechts betroffen sind:

Beispiel 1: Unfall einer Hausfrau

Personen, die nicht dem UVG unterstehen, sind beim Krankenversicherer für die Heilungskosten eines Unfalles versichert. Sie können beim Krankenversicherer auch eine Unfallversicherung im Zusatzversicherungsbereich abschliessen. Erleidet eine Hausfrau bei einem Verkehrsunfall Verletzungen, so kommt der Krankenversicherer für die Heilungskosten gemäss KVG und im Zusatzversicherungsbereich gemäss Vertrag auf. Falls der Unfall von einem Autofahrer verschuldet worden ist, stellt sich die

Frage, wie der Krankenversicherer auf die haftpflichtige Person bzw. auf deren Haftpflichtversicherer Rückgriff nehmen kann.

Beispiel 2: Ein Leistungserbringer fügt einer Person einen Schaden zu (sog. Kunstfehler und andere Fehler)

Leistungserbringer im Sinne des KVG sind unter anderem Ärzte, Apotheker, Chiropraktoren, Hebammen, Laboratorien, Spitäler, Pflegeheime. Es ist vorstellbar, dass ein Leistungserbringer einen Fehler begeht, und dadurch einem Patienten einen Schaden zufügt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn einem Patienten im Spital falsche Medikamente verabreicht werden und dadurch gesundheitliche Schäden entstehen. Falls kein Unfall vorliegt oder der Unfall vom Krankenversicherer gedeckt wird, kommt der Krankenversicherer für die Heilungskosten auf. Falls der Leistungserbringer aufgrund einer vertraglichen Sorgfaltspflichtverletzung oder aufgrund einer anderen Anspruchsgrundlage für den Schaden aufkommen muss, interessiert den Krankenversicherer, wie er auf den Leistungserbringer bzw. auf dessen Haftpflichtversicherer Rückgriff nehmen kann.

Spezielle Umstände beim Krankenversicherer: Die vertraglichen Leistungen der Krankenversicherer an ihre versicherten Personen unterscheiden sich in vielen Fällen wesentlich von den Leistungen eines gewöhnlichen privatrechtlichen Schadensversicherer. Bei einem Diebstahl oder einem Brandfall ist der Umfang des Schadens in der Regel in relativ kurzer Zeit bekannt. Der Schadensversicherer kommt seiner Pflicht als Versicherer durch eine einmalige Zahlung nach.

Anders verhält es sich aber bei den Leistungen des Krankenversicherers. Gesundheitliche Schäden können oft erst viele Jahre nach der eigentlichen schädigenden Handlung eintreten. Bei einer gesundheitlichen Schädigung durch den Fehler eines Leistungserbringers kommt zudem erschwerend hinzu, dass es sehr lange gehen kann, bis der Zusammenhang zwischen der fehlerhaften Handlung oder Unterlassung und dem Schaden bekannt ist. Aus diesen Gründen ist es für den Krankenversicherer besonders wichtig, dass die Verjährungsfristen grösszügig angesetzt werden. Anders als ein privater Schadensversicherer kennt der Krankenversicherer die Höhe eines konkreten Leistungsfalles oft nicht, weil gesundheitliche Schädigungen unter Umständen eine lebenslange Behandlung erfordern. Aus diesem Grunde ist die Möglichkeit einer Feststellungsklage für den Krankenversicherer dringend notwendig. Ferner unterscheidet sich der Krankenversicherer auch in der Art, wie er die Leistungen erbringt, klar von den privaten Schadensversicherer. Während letztere sich regelmässig durch eine einmalige Zahlung von der Leistungspflicht befreien, bezahlt der Krankenversicherer die Pflegekosten immer dann, wenn sie anfallen. Dies kann - wie oben erwähnt - unter Umständen ein Leben lang der Fall sein.

Dies ist beim Festlegen des Zeitpunktes der Subrogation zu beachten. Zusammenfassend kann man festhalten, dass sich die Stellung des privaten Krankenversicherers im Bereich der Zusatzversicherung wesentlich von der Stellung eines privaten Schadensversicherers unterscheidet.

Die Art der Schäden und die Art der Auszahlung der Versicherungsleistungen sind beim Krankenzusatzversicherer gleich wie beim KVG-

Krankenversicherer. Deshalb sollte für die Krankenversicherer im Bereich der Zusatzversicherung nicht ohne Grund von den Bestimmungen des ATSG abgewichen werden. Dies wird in der Folge bei den einzelnen Punkten erläutert.

Pro natura: Wir begrüßen die präzisere Abgrenzung der Haftungsprinzipien; der Verschuldens-, Organisations- und Gefährdungshaftung.

Insbesondere bedeuten die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung und die Anerkennung eines Umweltschadens eine signifikante Verbesserung unseres Rechtssystems.

Des Weiteren möchten wir uns der Stellungnahme der SP anschliessen.

SAV: Der SAV begrüsst die Bestrebungen für eine Neuregelung des Haftpflichtrechts. Eine Revision mit dem Ziel, ein gerechteres, praktikableres und den modernen Anschauungen entsprechendes Schadenersatzrecht zu schaffen, wird grundsätzlich befürwortet.

Als vordringlich erachtet der SAV insbesondere eine *Vereinheitlichung* der heute geltenden unterschiedlichen Regelungen gleicher Fragen im Obligationenrecht (Art. 41 ff. OR) einerseits und in zahlreichen Spezialgesetzen des privaten und öffentlichen Rechts andererseits.

Dass im Zuge einer Vereinheitlichung auch Bestimmungen, die sich in der Praxis nicht bewährt haben, die rechtspolitisch oder dogmatisch überholt sind, einer *Revision* unterzogen werden, ist legislatorische Notwendigkeit.

Sodann erscheint es richtig, dass auch alte, zum Teil seit Jahrzehnten postulierte *Neuerungen* auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts nun realisiert werden.

Mit dem zur Vernehmlassung stehenden Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts tragen die Autoren des Vorentwurfs in verdienstvoller Weise diesen dreifachen Anliegen nach Vereinheitlichung, Revision und Neuerung Rechnung. *Der Grundkonzeption und der Zielsetzung des Vorentwurfs wird zugestimmt.*

Der Vorentwurf verfolgt das ehrgeizige Ziel, in den Art. 41 - 61 OR eine ausserordentlich komplexe Materie mit einer Fülle kontroverser Fragen möglichst umfassend zu regulieren. Die Revision wird zum Anlass genommen für zahlreiche Neuformulierungen, Konkretisierungen und Nachführungen. Dabei handelt es sich über weite Strecken um reine Kodifikation der herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Der praktische Nutzen solcher Nachführungen ist gering. Die künftige Weiterentwicklung von Lehre und Praxis wird dadurch eher behindert als unterstützt. *Auf blosse Nachführungen ohne Erkenntnisgewinn sollte daher verzichtet werden.* Diese Kritik beschlägt einerseits das Redaktionelle, andererseits den Umfang der revidierten Bestimmung. *Wo keine sachliche Notwendigkeit besteht, sollten das heute geltende Recht sowie unbestrittene und konsensfähige Begriffe aus Gründen der Rechtssicherheit beibehalten werden.* Insofern wird für eine *Redimensionierung der Revision* plädiert.

Zu weit geht dem SAV namentlich der dogmatisch brisante Vorschlag, den Anwendungsbereich der deliktischen Haftungsbestimmungen auf die Haftung zwischen Vertragspartnern auszudehnen.

Anliegen der Anwaltschaft

Umfassende Gesetzesrevisionen wie die vorliegende bereiten dem Anwalt in aller Regel nicht eitel Freude. Die Umstellung auf neue Konzepte beinhaltet stets auch eine Einbusse an Rechtssicherheit und die Gefahr des Unabwägbareren. Die Beratung der Klientschaft in Haftpflichtfällen wird durch die Novelle bis zur Konkretisierung durch die Rechtsprechung schwieriger. Selbst für den spezialisierten Haftpflichtanwalt bedeutet dies eine zusätzliche Herausforderung; was gerne in Kauf genommen würde, wenn der Revisionsentwurf Gewähr für einfachere und schnellere Schadenregulierung bieten würde. Die Grundproblematik der langen Regulierungs- und Verfahrensdauer bleibt indes erhalten. *Ein Rezept für effizientere und schnellere Durchsetzung von Haftpflichtansprüchen - ein zentrales Anliegen der Anwaltschaft - ist dem Vorentwurf nicht zu entnehmen.* Diesbezüglich werden vom Gesetzgeber noch konkrete Verbesserungsvorschläge erwartet.

Aus der Sicht des Anwaltes ist die Harmonisierung der über zahlreiche Spezialgesetze zersplitterten Haftungsbestimmungen wünschenswert. Vorab die angestrebte *Vereinheitlichung und Verlängerung der Verjährungsbestimmungen* entspricht einem alten Postulat der Anwaltschaft. Dasselbe gilt für die *Vereinheitlichung von Verfahrens- und Beweisvorschriften*. Nachdem die Harmonisierung des Zivilprozessrechtes auf sich warten lässt, ist es sinnvoll, für alle Haftpflichtprozesse geltende Verfahrensgrundsätze ins materielle Recht aufzunehmen.

Die vorgeschlagene Revision des Haftpflichtrechts tendiert auf eine *Ausweitung der Haftungstatbestände, eine Besserstellung des Geschädigten und eine weitmögliche Waffengleichheit* in der Auseinandersetzung mit der Versicherung. Diesen Bestrebungen kann sich der SAV bedenkenlos anschliessen.

In der Praxis sieht sich der Rechtsanwalt regelmässig mit der Frage von Unfallopfern konfrontiert, in welcher Grössenordnung *Genugtuungsansprüche* geltend gemacht werden können. In diesem Zusammenhang bereitet es häufig Mühe, geschädigten Personen die im europäischen Vergleich ausserordentlich tiefen Ansätze der schweizerischen Praxis verständlich zu machen. Wenn das Bundesgericht für einen Tetraplegiker eine Genugtuungssumme von Fr. 120'000.-- als an der oberen Grenze bezeichnet, so sollte dies für den Gesetzgeber Anlass sein, korrigierend einzugreifen. Vergleichbare Fälle immaterieller Unbill werden im EU-Raum mit einem Mehrfachen abgegolten. Es wird daher postuliert, im Rahmen der anstehenden Revision des Haftpflichtrechts Instrumentarien zu schaffen, welche eine zeitgemässe Regulierung immaterieller Schäden zulassen. Das soll keineswegs bedeuten, dass die schweizerische Anwaltschaft „amerikanische Verhältnisse“ herbeiwünscht.

All den kritischen Anmerkungen in der vorliegenden Vernehmlassung zum Trotz sei abschliessend nochmals betont, dass der SAV die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts als notwendig erachtet. Grundkonzept und Zielsetzung des Vorentwurfs sind richtig und werden unterstützt. Zweifel bestehen bezüglich des Umfangs der Revision, die weiter geht, als es Harmonisierung und Modernisierung an sich erheischen würden. Diverse Bestimmungen und Neuformulierungen des Vorentwurfs erweisen sich als problematisch sowohl bezüglich des materiellen Inhaltes

als auch bezüglich der Redaktion. Verfehlt wäre es, deswegen das Projekt aufs Eis zu legen. Der Entwurf bedarf indes der Überarbeitung und der Entschlackung. Der SAV ist bereit, in einer zu diesem Zwecke einzusetzenden Fachkommission die Mitarbeit seiner Praktiker zur Verfügung zu stellen.

SBV: Wenn wir auch die Revision des Haftpflichtrechts befürworten, so möchten wir Ihnen doch unsere ernsthaften Bedenken in Bezug auf die im Entwurf generell feststellbare Ausweitung und Verschärfung des Haftpflichtrechts, die weit über die Anpassung im Sinne einer Nachführung des Rechts an die heutige Praxis und über eine erwünschte Vereinheitlichung hinaus geht, mitteilen. Wir erachten es als wenig sinnvoll und als nicht akzeptierbar, wenn das Schweizerische Haftpflichtrecht in eine Richtung entwickelt wird, welche unweigerlich zu den aus den USA bekannten negativen Begleiterscheinungen führt. Eine Gesetzesrevision mit solchen Inhalten müssten wir ablehnen. Deshalb beantragen wir Ihnen, die Normen, die ein grösseres Ermessen den Gerichten zusprechen wollen, sowie Bestimmungen, die vermehrte und überrissene Klagen aus Haftpflichtbestimmungen fördern, gar nicht in ein neues Gesetz aufzunehmen.

Wir bedauern, dass heute bestehende Lücken im Haftpflichtrecht, die gerade im Zusammenhang mit der BSE-Problematik aufgezeigt wurden, gemäss dem vorliegenden Entwurf nicht geschlossen werden sollen.

SFV: Im Hinblick auf den Umfang und die Komplexität der Materie möchten wir unsere Vernehmlassung auf jene Bestimmungen beschränken, die für unsere Mitglieder - Kantonalverbände, regionale und lokale Fischereivereine sowie Pächter von Fliessgewässern und Kleinseen - von praktischer Bedeutung sind.

SGB: Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) beschränkt sich auf Bemerkungen zu politisch wichtigen Grundsatzfragen des zukünftigen Haftpflichtrechts. Der SGB kommentiert die vielen Bestimmungen technischer Natur nicht, z.B. diejenigen über das Zusammenwirken von Haftpflicht und Versicherungen, nicht sondern beschränkt sich auf zehn wichtige Anliegen, welche insbesondere dem verstärkten Schutz des haftpflichtrechtlich Geschädigten dienen.

sia: Mit dem neuen Bundesgesetz soll einerseits das schweizerische Haftpflichtrecht, die ausservertragliche Haftung, vereinheitlicht werden. Der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts soll aber nicht nur für ausservertragliche, sondern - mit wenigen, genau definierten Ausnahmen - auch für die vertragliche Haftung gelten.

Der sia begrüsst diese umfassende Reform des Haftpflichtrechts, beschränkt sich aber in seiner Vernehmlassung auf einige, im Bau- und Planungssektor wesentliche Aspekte.

Der sia teilt den gedanklichen Ausgangspunkt der Studienkommission, wie er im Bericht zitiert wird: „Der erste Zweck des Haftpflichtrechts besteht darin, den sozial adäquaten Ersatz von Schäden zu gewährleisten. Mit anderen Worten muss es Verluste unter den beteiligten Personen nach einleuchtenden Kriterien verteilen, die den allgemeinen Zielsetzungen der Rechtspolitik entsprechen. Die betreffenden Regeln haben deshalb eine

doppelte Aufgabe: sie dienen gleichzeitig dazu, die Ersatzpflicht zu rechtfertigen und sie in vernünftigen Grenzen zu halten.“

SNV: Der SNV ist der Meinung, der angestrebten Vereinheitlichung, welche doch für den Rechtssuchenden auch eine Vereinfachung mit sich bringen sollte, sei man mit dieser Vorlage näher gekommen nur beschränkt näher gekommen. Nach wie vor werden eine Reihe von Spezialgesetzen vorbehalten, unterschiedliche Verjährungsfristen beibehalten, neue Abgrenzungsschwierigkeiten begründet und Fragen offen gelassen bzw. den Gerichten zur Beurteilung vorbehalten. Zudem hat man stellenweise den Eindruck, es würde der Rechtssuche nach amerikanischem Muster Vorschub geleistet. Insofern sind die gesteckten Ziele nicht gänzlich erreicht worden. Der SNV begrüsst deshalb zwar die im VE konzipierte Neuregelung dem Grundsatz nach, allerdings unter den nachfolgend aufgeführten Vorbehalten.

Der SNV ist der Meinung, dass der vorliegende VE die gesteckten Ziele nicht erreicht und in vielen Punkten unausgegoren ist. Es wäre bedauerlich, wenn das Vorhaben nicht umfassend überarbeitet würde.

SOV: Unsere Stellungnahme wurde vom Exekutivrat des Schweiz. Olympischen Verbandes Swiss Olympic am 9. Mai 2001 verabschiedet; sie stützt sich unter anderem auf eine Umfrage unter unseren Mitgliederverbänden.

Nach einer ersten Prüfung des Vorentwurfs sind es nach unserer Einschätzung die Art. 50 und 57 VE, welche speziell aus der Sicht des Sports problematisch sind und in der vorliegenden Formulierung kaum akzeptiert werden können.

SPO: Die Schweizerische Patienten- und Versichertenorganisation SPO begrüsst nicht nur die Bestrebungen für eine Neuregelung des Haftpflichtrechts, sondern stellt sich auch vollumfänglich hinter die dem Vorentwurf zu entnehmende Leitlinie auf Besserstellung der Geschädigten bei der Geltendmachung berechtigter haftpflichtrechtlicher Ansprüche. Verschiedene Bestimmungen des Entwurfs, insbesondere im Bereich Verfahren und Beweis (Art. 56 bis 58) werden die bis heute offensichtlich nicht vorhandene Waffengleichheit in der Auseinandersetzung mit den Versicherungen weitgehend herbeiführen. Dies ist nur gerecht und dient dem Rechtsfrieden.

Sie betrachtet die Revision auch in zeitlicher Hinsicht als dringend. Es wäre zu wünschen, wenn der vorliegende Vorentwurf möglichst bald weiterbearbeitet und dem Parlament zugeleitet würde, damit die damit verbundenen Verbesserungen so schnell wie möglich für die Geschädigten wirksam werden.

Die SPO hat mit haftpflichtrechtlichen Fragen im Wesentlichen im Zusammenhang mit Behandlungsfehlern durch Medizinalpersonen in Spitälern sowie Praxen zu tun. Wir beschränken uns daher in unserer Vernehmlassung auf Bemerkungen zu Bestimmungen des Vorentwurfes, welche unseres Erachtens für die Arzt- oder Spitalhaftpflicht von besonderer Bedeutung sind.

Die SPO voll hinter den Revisionsbestrebungen und dem Revisionsentwurf steht. Der Vorentwurf ist als echten Fortschritt zu bezeichnen. Er trägt

den immer komplexer werdenden Verhältnissen im Bereich der medizinischen Behandlung Rechnung.

Wir gestatten uns nochmals den Wunsch auf zügige Weiterbehandlung der Revision. Insbesondere sollte von einer nochmaligen Überarbeitung des Entwurfes durch eine neue Fachkommission, wie es offenbar von Versicherungsseite vorgeschlagen wird, abgesehen werden. Dies würde nur zu weiteren Verzögerungen führen und dem Zweck dienen, den innovativen Vorentwurf ungebührlich zu verwässern.

SUVA: Der Gesamteindruck des VE ist sehr gut. Die Suva steht hinter dem Revisionskonzept (Teilrevision des OR statt Erlass eines Spezialgesetzes), auch wenn mit der Vielzahl der eingeschobenen Artikel – zumindest aus Sicht des noch nicht gewöhnten Rechtsanwenders – die Übersichtlichkeit ein wenig leidet.

Die Vereinheitlichung im allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts wird seitens der Suva sehr begrüsst. Dies gilt namentlich für die in Art. 50 VE vorgesehene Generalklausel der Gefährdungshaftung. Zumindest jene Bestimmung müsste unbedingt ins OR einfließen, selbst wenn die geplante Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts als Gesamt-Paket scheitern sollte.

SVR: L'Association suisse des magistrats a examiné avec intérêt le texte mis en consultation ainsi que le rapport explicatif. Elle salue l'avant projet de loi mis en consultation, qui constitue un incontestable progrès quant à la systématisation de la réglementation dans le domaine du droit de la responsabilité civile.

SVS: Die SVS begrüsst die Vereinheitlichung und die damit zu gewinnende Übersichtlichkeit des schweizerischen Haftpflichtrechts und insbesondere die Unterbringung der grundsätzlichen Bestimmungen in einem klar gegliederten „Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts“, der ins Schweizerische Obligationenrecht eingefügt wird (OR Art. 41 – 61a).

Die im Erläuternden Bericht festgehaltene Vorgeschichte der nunmehr in Gang gesetzten Haftpflichtrechtrevision, beginnend beim begleitenden Referat des Basler Regierungsrates und Vorstehers des Justizdepartements, Prof. Dr. Carl Christoph Burckhardt-Schatzmann am Juristentag 1903, macht die Novellierung dieses Bereichs unserer Rechtsordnung augenfällig.

Wir stellen mit Befriedigung fest, dass bezüglich der Prinzipien und Grundlagen des Haftpflichtrechts das bisherige schweizerische System, das auf der klassischen Trilogie der Haftpflichtkriterien beruht, auch in einem totalrevidierten Haftpflichtrecht beizubehalten ist.

Allerdings werden diese drei Prinzipien – Verschuldens-, Kausal- oder Gefährdungshaftung sowie die ausserhalb der „Grundnorm der Zurechnung“ (Art. 41 VE) sich befindende „einfache“ Haftung – in Art. 42 VE auch auf die Haftung zwischen Vertragspartnern für anwendbar erklärt. Diese gelten somit auch für Schäden, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht worden sind. Ob sich dieser Eingriff in die Vertragsfreiheit, die heute grundsätzlich durch OR Art. 20 und, was die Grenzen der Wegbedingung der Haftung angeht, durch OR Art. 100 eingeschränkt wird, im Interesse des Konsumentenschutzes rechtfertigen lässt, sei als Frage

aufgeworfen und, nicht zuletzt im Hinblick auf die zu erwartende politische Diskussion, nochmals zu erörtern.

SVV: Wir erachten den Zeitpunkt für gegeben, um das Haftpflichtrecht neu zu kodifizieren und punktuell weiterzuentwickeln. Wir stehen daher dem Vorhaben positiv gegenüber. *Diese positive Haltung setzt voraus, dass an der Vorlage Korrekturen oder Weglassungen vorgenommen werden, um das Gesetz insgesamt praxistauglich zu gestalten. Wir stimmen der Vorlage daher nur unter der Voraussetzung zu, dass diese (im Nachfolgenden im Detail beschriebenen) Änderungsvorschläge berücksichtigt werden.*

Die Revisionsvorlage ist eine Gesamtschau des Haftpflichtrechts aus juristischer Sicht. Aussagen zu den wirtschaftlichen Auswirkungen bestehen nur punktuell. Das ist ein Mangel.

Unsere Analysearbeiten haben ergeben, dass der Vorentwurf aus heutiger Sicht grundsätzlich keine Positionen der Unversicherbarkeit aufzeigt; *gewichtige Vorbehalte* müssen jedoch insbesondere in Bezug auf die vorgesehene *Haftung für Umweltschäden* angebracht werden.

Die Vorlage sieht in zahlreichen Bereichen Haftungsverschärfungen vor (Ausdehnung der Haftung auf Vermögensschäden durch den erweiterten Widerrechtlichkeitsbegriff, den Einbezug der Schadenverhütungskosten, Haftung der Unternehmungen, Gefährdungshaftung, Regress gegen den Haftpflichtversicherer, Tierhalterhaftpflicht, usw.). *Prämienerhöhungen werden daher nicht zu vermeiden sein. Wenn der Markt diese nicht aufnimmt, sind auch Deckungseinschränkungen unumgänglich.* Wir schlagen daher bei zahlreichen Bestimmungen Änderungen vor, mit welchen sich der mutmassliche Mehraufwand punktuell reduzieren lässt, um allzu weitgehende finanzielle Belastungen auszuschliessen.

Koordination mit dem Sozialversicherungsrecht: Es besteht Bedarf, die Vorlage mit dem Sozialversicherungsrecht zu koordinieren. Dazu sieht der Vorentwurf nichts vor. Angesichts der beschränkt verfügbaren Zeit für die Ausarbeitung einer Vernehmlassung haben wir in diesem Punkt auf konkrete Vorschläge verzichtet. Entsprechende Anpassungen in der Vorlage sind unserer Ansicht nach jedoch unumgänglich.

Verhältnis Haftpflichtrecht / vertragswidriges Verhalten: Nach Art. 42 VE-OR soll das allgemeine Haftpflichtrecht neu auf Schäden anwendbar sein, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden. Diesen Systemwechsel *lehnen wir ab*. Die Neuerung hat experimentellen Charakter mit nicht absehbaren Konsequenzen. Dass geltende System der Anspruchskonkurrenz zwischen ausservertraglicher Haftung und vertraglicher Haftung hat sich in der Praxis bewährt, weshalb kein Reformbedarf besteht.

Haftung für Umweltschäden (Ökoschaden): Die Frage der Haftung für Umweltschäden ist ein rechts- und gesellschaftspolitisches Problem von grosser Bedeutung. Heute bestehen in verschiedenen umweltrechtlichen Gesetzen (Umweltschutzgesetz, Gewässerschutzgesetz, Natur- und Heimatschutzgesetz usw.) Sondernormen. Die *Versicherungswirtschaft unterstützt den Willen, die Haftung für Umweltschäden einheitlich zu regeln* und damit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen.

Die rechtliche Erfassung der Haftung für Umweltschäden ist ausserordentlich komplex, weil das Phänomen Umwelt und die Ursachenketten eines

Umweltschadens vielschichtig und zum Teil auch (natur-)wissenschaftlich noch kaum verlässlich erfasst sind. Der im Revisionsentwurf gewählte *Ansatz, die bisherigen Haftungsnormen des Umweltschutzgesetzes mit einigen redaktionellen Anpassungen ins private Haftpflichtrecht zu überführen, ist ein interessanter Ansatz, der unterstützt werden kann*. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen sind heute aber noch nicht mit aller Deutlichkeit sichtbar.

Die Frage der *Versicherbarkeit* einzelner oder aller Umweltschäden, insbesondere auch von schleichenden Langzeitschäden, stellt *besondere Probleme*. In diesem Bereich ist neben der Versicherbarkeit die Frage der notwendigen Prämien erhöhungen von besonderer Bedeutung. Nach unserer Beurteilung kann kaum eine lückenlose Deckung angeboten werden. *Jedenfalls werden grosse Risiken erhebliche Prämien erhöhungen notwendig* machen.

Bei dieser Ausgangslage stellen wir den Antrag, die Regelung der Haftung für Umweltschäden im Rahmen dieses Revisionsverfahrens noch vertiefter mit Einbezug der betroffenen Wirtschaftskreise abzuklären. Die Versicherungswirtschaft bietet dabei Hand für die Erarbeitung praktikabler und versicherbarer Lösungen, um die mit der heute vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung absehbar verbundenen Schwierigkeiten zu verbessern.

Zu klären ist namentlich auch die schwierige Frage, welche sogenannten Ökoschäden haftpflichtrechtlich ersatzfähig sind oder wären, noch näher zu konkretisieren. Auch hier müssen Lösungen gefunden werden, die praxistauglich sind und nicht zu unabsehbaren – und daher nicht akzeptablen - Haftungen führen werden.

Hilfspersonenhaftung: In Art. 49a VE-OR ist eine generelle Hilfspersonenhaftung auf der Basis des bestehenden Art. 55 OR vorgesehen. Im Unterschied zur gegenwärtigen gesetzlichen Regelung findet faktisch eine Ausdehnung auf den nicht gewerblichen Teil statt. Zudem wird das Erfordernis des Bestehens eines Subordinationsverhältnisses zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson aufgegeben. Damit wird eine Haftung für Hilfspersonen eingeführt, die in der Regel nicht im Einflussbereich des Auftraggebers stehen. Dies geht eindeutig zu weit.

Organisationshaftung: Nach Art. 49a VE-OR soll die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, für den Schaden haften, der im Rahmen dieser Tätigkeit verursacht wird; der Unternehmer kann jedoch den Entlastungsbeweis führen, dass seine Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.

Diese Organisationshaftung stellt eine Neuerung bei den Haftungsgründen dar. Sie ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur wie auch in einzelnen Entscheiden des Bundesgerichts bereits vorgezeichnet. Generell lässt sich in der Rechtsprechung die Tendenz feststellen, dass die Verantwortung des Unternehmers für eine sachgemässe Organisation seines Betriebs erhöht worden ist und wohl noch erhöht werden wird.

Nicht zugestimmt wird dem Gesetzesvorschlag insoweit, als er für die Haftung nicht mehr auf einen funktionellen Zusammenhang zur unternehmerischen Tätigkeit abstellt. Die Haftung ist auf diejenigen Schäden zu

begrenzen, die *in Ausführung der wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit der Hilfsperson* des Unternehmers verursacht wurden und selbstverständlich sollte auch hier ein Subordinationsverhältnis verlangt werden.

Gefährdungshaftung: Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so soll dafür die Person, die dieses Risiko betreibt, haften, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt (Art. 50 VE-OR). Mit dieser Vorschrift wird die Verantwortlichkeit ausgedehnt. Bereits in der Stellungnahme zum Vorentwurf 1997 wurde anerkannt, dass es eine Generalklausel für die Gefährdungshaftung der Rechtsprechung ermöglicht, bestehende und neu entstehende Gesetzeslücken zu schliessen. Eine Vorschrift über die Gefährdungshaftung hat den Vorteil, dass die Rechtsfortbildung durch den Richter in Bahnen gelenkt und damit besser voraussehbarer wird (SVZ 65 / 1997 S. 191).

Eine Generalklausel für die Gefährdungshaftung ist jedoch nur bei hinreichender Konkretisierung des Gesetzestatbestandes vertretbar. Die Gefährdungshaftung muss sich zudem auf *verhaltensunabhängige Risiken* beschränken. Dies geht aus dem Vernehmlassungsentwurf nicht mit der wünschbaren Deutlichkeit hervor. Eine Haftung für ausschliesslich menschliches Verhalten, wie z.B. die Tätigkeit von Ingenieuren und Ärzten, lehnen wir ab.

Haftpflicht und Versicherung: Neu sollen im Haftpflichtrecht Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privatversicherung aufgenommen werden. Dieser Vorschlag ist zu begrüessen, denn die Koordinationsregeln im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) sind mangelhaft und mit zahlreichen Kontroversen belastet. Zudem finden sie sich verstreut in verschiedene Spezialvorschriften (z.B. im Strassenverkehrsgesetz/SVG). Die Revisionsvorlage bringt hier eine wünschbare Vereinheitlichung.

Die neuen *Vorschriften über den Regress* bringen im Grossen und Ganzen eine erhebliche *Verbesserung und Klärung der Rechtslage*, auch wenn *nicht zu verkennen* ist, dass das neue Rückgriffsrecht des Versicherers gegen die haftpflichtige Person *eine Erhöhung des Risikoteils der Haftpflichtprämien* mit sich bringen wird.

Das *unmittelbare Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer* (nicht nur bei Versicherungsobligatorien wie im SVG) wird als zu weit gehender und unnötiger Eingriff in die Privatautonomie *abgelehnt*.

Abzulehnen ist auch eine generelle Kompetenz des Bundesrates, auf dem blossen Verordnungswege unter Ausschaltung des demokratischen Gesetzgebungsprozesses Versicherungsobligatorien einzuführen.

Verfahrensvorschriften / Beweisrecht / Kausalzusammenhang: Der Gesetzesentwurf enthält Vorschriften zur einheitlichen Regelung der Haftpflichtprozesse. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsvereinheitlichung begrüessen wir das. Mit Bezug auf die *Beweislast bzw. auf das Beweismass enthält der Gesetzesvorschlag aber nicht akzeptierbare Beweiserleichterungen*. Wir schlagen daher eine neue Regelung vor,

welche vertretbare Anforderungen an den Nachweis der Haftung enthält und unberechtigten Schadenersatzleistungen nicht Tür und Tor öffnet.

Freizeichnung: Freizeichnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für die Haftung bei Tötung oder Körperschäden sind im heutigen Umfeld sachlich berechtigt. Das vorgesehene allgemeine Verbot, Freizeichnungen (auch) für Vermögensschäden in allgemeinen Geschäftsbedingungen auszunehmen, wird versicherungstechnisch Mehraufwand auslösen, da besondere Vereinbarungen ausgehandelt werden müssen. Das wird zu einem Prämienmehrbedarf führen.

Sachlich ungerechtfertigt ist, dass Freizeichnungen für Haftungen aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit generell nichtig sein sollen. Da sich die entsprechenden Tätigkeiten stark unterscheiden, kann ein Freizeichnungsverbot nicht allgemein im Haftpflichtrecht geregelt werden, sondern muss in den Spezialgesetzen vorgesehen sein.

Nach unserer Auffassung ist es *unberechtigt, haftungsbeschränkende Freizeichnungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen generell zu verbieten*. Für das Unternehmensgeschäft ist ein solches Verbot unnötig. Das Freizeichnungsverbot sollte auf Konsumentenverträge begrenzt werden.

Verschiedene Schwerpunkte: Die – quasi im Gegenzug zur Gefährdungshaftung – vorgesehene Subjektivierung des Verschuldens ist zu begrüßen, da sie nicht nur sachgerechter ist, sondern sich auch haftungsmildernd auswirken dürfte.

Mit der Ablehnung der Bestimmung über den Sachschaden und dem stellvertretend vorgeschlagenen Artikel über die Schadensberechnung (u.a. Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit), der Beschränkung des direkten Forderungsrechtes auf den Bereich der obligatorischen Versicherungen, der Ablehnung des Begriffs von Treu und Glauben bei der Widerrechtlichkeit, der Vorschläge zur Widerrechtlichkeit zwecks Eingrenzung ersatzfähiger Vermögensschäden schlagen wir ausserdem weitere wichtige Schranken zur Verhinderung einer schwer einschätzbaren und daher gerade unter versicherungstechnischen Aspekten unerwünschten Ausdehnung von Schadenersatzleistungen vor.

Die Vorlage enthält zahlreiche gute Lösungen. In unseren Augen ist es den Verfassern gelungen, eine adäquate Regelung für die interne Aufteilung der Regressansprüche (Art. 53c VE-OR) zu präsentieren, die Häufung von Haftungen (Art. 53 VE-OR) und die Haftungskollision (Art. 53a VE-OR) treffend zu regeln sowie einen guten Ansatz bei der Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE-OR) festzulegen. Wir begrüßen, dass die öffentliche Hand nach privatrechtlichen Grundsätzen haften soll (Art. 43, 43a VE-OR).

Zusammenfassend halten wir fest, dass wir unter der Voraussetzung, dass an der Vorlage die vorstehend genannten Korrekturen oder Weglassungen vorgenommen werden, die Vorlage als praxistauglich erachten und ihr daher mit diesem Vorbehalt zustimmen können.

Im Übrigen wiederholen wir den Antrag, die Regelung der Haftung für Umweltschäden im Rahmen dieses Revisionsverfahrens noch vertiefter mit Einbezug der betroffenen Wirtschaftskreise abzuklären. Die Versiche-

rungswirtschaft bietet dabei Hand für die Erarbeitung praxistauglicher und versicherbarer Lösungen.

SVZ: Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ist unseres Erachtens sinnvoll und begrüßenswert. Die zahlreichen Gesetze, in denen heute das Haftpflichtrecht geregelt ist, müssen übersichtlicher gestaltet werden, damit sich die Ratsuchenden wieder besser zurechtfinden.

TCS: Le TCS a pris connaissance avec grand intérêt de l'important rapport explicatif des professeurs Widmer et Wessner concernant la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile. Il tient à dire qu'il a été très favorablement impressionné par la qualité de ce rapport qui peut être considéré comme un ouvrage de référence complet en matière de droit actuel de la responsabilité civile.

D'une manière générale, le TCS salue l'idée d'une unification du droit de la responsabilité civile dont certaines législations éparses nécessitent réellement une coordination générale.

Quant à savoir si l'unification doit se faire, d'un point de vue formel, dans une loi spéciale ou dans le code des obligations, le TCS exprime sa préférence pour cette dernière solution qui, à son sens, permet d'assurer une meilleure intégration au droit de la responsabilité en général.

La seule partie qui, de l'avis du TCS, mériterait que l'on refasse certaines réflexions fondamentales est la partie concernant les dommages à l'environnement. Il semble que là, on ne soit pas encore dans une direction suffisamment réaliste et praticable, permettant d'envisager une couverture d'assurance sur des bases certaines. Pour le reste, et comme le relève le rapport explicatif en p. 352, le TCS, qui a toujours tout mis en œuvre pour promouvoir une indemnisation la plus complète possible des victimes, en particulier des victimes de la route, puisqu'il s'agit là de son domaine d'activité statutaire, a pu constater avec satisfaction que son optique a été promue au rang de principe, puisque les dispositions en matière de circulation routière (LCR) ont servi de modèle pour l'entier du projet.

Dans son étude du projet, le TCS s'est donc volontairement limité à s'exprimer uniquement sur les modifications proposées en matière de LCR et sur les dispositions générales directement liées à cette dernière, puisqu'en partie reprises de la LCR. En conclusion, on peut dire qu'il n'y a dans le projet aucune disposition qui serait défavorable à la victime d'un accident de circulation routière. Certaines dispositions sont même plus favorables (notamment les règles sur la prescription). Le TCS voit donc indirectement, dans le projet qui lui a été présenté un satisfecit de la manière dont il s'est toujours préoccupé de sauvegarder au mieux les intérêts des lésés.

UniGE: L'unification du droit de la responsabilité civile constitue l'une des priorités que se sont fixées les auteurs de l'avant-projet de révision. Le but est louable, étant donné le grand nombre de dispositions instituant des chefs de responsabilité, disséminées dans des lois spéciales. L'idée d'introduire une partie générale de la responsabilité civile dans le code des obligations mérite dès lors d'être saluée. Il en va de même du principe selon lequel les dommages causés à l'environnement sont soumis à réparation. La clarification du concours de responsabilités et des relations entre

responsabilité civile et assurances est un autre mérite de l'avant-projet. L'allongement du délai de prescription à trois ans, de même que le retour à une notion plus subjective de la faute doivent également être approuvés.

Un certain nombre de critiques s'imposent toutefois. Ainsi, la structure générale de l'avant-projet correspond davantage à celle d'un ouvrage de doctrine et qu'à celle d'un texte de loi. Il en résulte un texte trop long, parfois encombré d'éléments descriptifs. Les auteurs de la présente réponse sont fondamentalement opposés au réaménagement, voulu par l'avant-projet, entre la responsabilité pour inexécution d'une obligation et la responsabilité extra-contractuelle, de même qu'à et à la „privatisation“ de la responsabilité publique. Ils contestent par ailleurs la nécessité de fonder tous les chefs de responsabilité – pour faute propre, pour les auxiliaires, dans les entreprises, pour risque, etc. – sur la condition de l'illicéité.

Conclusions générales

Vu la richesse des propositions figurant dans l'avant-projet, la taille du rapport explicatif et le remaniement profond du droit de la responsabilité civile qui est projeté, la brièveté de la procédure de consultation est particulièrement regrettable.

Les principales propositions figurant dans la présente réponse peuvent être résumées de la manière suivante:

- 1) biffer la norme générale d'imputation (art. 41 AP)
- 2) renoncer à soustraire la „violation positive du contrat“ aux art. 97 ss CO pour la traiter comme un acte illicite soumis aux art. 41 ss CO
- 3) ne pas faire de l'illicéité la condition nécessaire de toutes les hypothèses de responsabilité, mais réserver cette condition à celle du comportement personnel fautif (art. 48 AP) et du comportement de l'auxiliaire (art. 49 AP)
- 4) renoncer à „privatiser“ la responsabilité de l'Etat
- 5) compléter la réglementation par une prétention en remise du gain.

Uni LA: La Faculté de droit de l'Université de Lausanne s'est limitée, dans les présentes déterminations, à l'examen de questions essentielles où les options du projet des experts soumis à consultation lui paraissent fondamentalement erronées. Elle tient cependant à relever le travail remarquable qui a été accompli, ainsi que le fait que nombre de dispositions de l'avant-projet mériteraient, sur le plan des principes, un accueil favorable, notamment l'allongement des délais de prescription, la possibilité de procéder à des avances sur dommages-intérêts ou tort moral, ainsi que le travail d'uniformisation opéré par rapport aux lois spéciales fédérales, comme pour le principe d'une responsabilité pour risque et du fait de l'entreprise.

La Faculté de droit n'émet que quelques réflexions qui ne sont pas exhaustives. Elles n'ont trait qu'aux options juridiques fondamentales du projet.

VKF: Grundsätzlich begrüßen wir die Revision des Haftpflichtrechts. Durch die Vereinheitlichung mehrerer Rechtsbegriffe und Regelungen (z.B. Verjährungsfristen) wird der Zersplitterung des Haftpflichtrechts entgegengewirkt, welche die Handhabung in der Praxis zunehmend erschwert. Die

Aufnahme zahlreicher Entwicklungen aus der Gerichtspraxis führt im Weiteren dazu, dass der Gesetzestext wieder im Einklang mit der Rechtswirklichkeit steht. Beide Aspekte stärken die Rechtssicherheit und dienen der erleichterten und vereinfachten Anwendung durch die Rechtssuchenden.

VöV: Der Verband öffentlicher Verkehr (VöV), die Seilbahnen Schweiz (SBS) und der Verband Schweizerischer Schifffahrtsunternehmen (VSSU) danken für die Einladung zur Vernehmlassung zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (HPG). Die drei Verbände vertreten seit dem Beitritt der Schweizerischen Bundesbahnen und dem Postautodienst praktisch alle schweizerischen Transportunternehmen in den Bereichen öffentlicher Verkehr, Seilbahnen und Schifffahrt.

Wir begrüßen den Zweck der Revision: die Überwindung der Rechtsungleichheit durch Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Insbesondere sind wir davon überzeugt, dass eine Vereinheitlichung das Haftpflichtrecht klarer und übersichtlicher macht und damit der Rechtssicherheit dient. Wir gestatten uns dennoch folgende Bemerkungen und Einwände, weil wir glauben, dass wesentliche Elemente des öffentlichen Verkehrs, der Seilbahnen und der Binnenschifffahrt nicht gebührend berücksichtigt wurden.

Unsere Bemerkungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- *Das HPG beschränkt sich auf die ausservertragliche Haftung:* Im öffentlichen Verkehr soll das COTIF die vertragliche Haftung des Verkehrsrechts bestimmen und das revidierte Haftpflichtrecht soll sich auf die ausservertragliche Haftung beschränken.
- *Ablehnung der Gefährdungshaftung:* Wir sind gegen eine allgemeine Gefährdungshaftung und lehnen die Generalklausel ab. Eine allgemeine Gefährdungshaftung würde zu einer ungerechtfertigten Ausweitung des Richterrechts führen - in der Schweiz gilt aber das Primat der Legislative. Insbesondere ist der Tatbestand zu weit gefasst, sind doch davon auch bekannte und vermeidbare Gefahren darin geregelt. Wir schlagen vor, dass bekannte Gefahren in einem Spezialgesetz geregelt werden und nur unbekannte Gefahren in einer allgemeinen Gefährdungshaftung aufgefangen werden sollen. Nur die Neuheit der Gefahr rechtfertigt eine umfassende Generalklausel.
- *Aufwertung der Eigenverantwortung:* Bei bekannten und vermeidbaren Gefahren soll die Eigenverantwortung des Geschädigten gleich stark gewichtet werden wie die Verantwortung des Schädigers. Wenn sich bei bekannten und vermeidbaren Gefahren ein Unfall deshalb ereignet, weil sich der Geschädigte nicht entsprechend verhält, soll das zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges führen. Wer sich mit Wissen und Wollen in eine Gefahr begibt, von dem kann verlangt werden, dass er sich so verhält, dass sich ein Unfall nicht ereignet.
- *Aufhebung des EHG und Privilegierung des öffentlichen Verkehrs:* Grundsätzlich sind wir mit der Aufhebung des EHG einverstanden und wir haben keine Einwände gegen den Einbau der Bahnhaftung ins Eisenbahngesetz. Aber eine Schlechterstellung des öffentlichen Verkehrs können wir nicht hinnehmen. Insbesondere die Artikel 45 c und e wären eine Schlechterstellung (von Verschuldens- zur Gefährdungshaftung). Zum Ausgleich beantragen wir eine Privilegierung des

öffentlichen Verkehrs. Denn der öffentliche Verkehr hat die Aufgabe, den Service Public aufrechtzuerhalten und er fördert die Nachhaltige Entwicklung wie sie im Zweckartikel der Bundesverfassung gefordert wird. Aus diesen Grund beantragen wir ein Regressprivileg bei der Haftungskonkurrenz.

- *Beachtung des internationalen Transportrechts*: Das neue HPG soll ins internationale Recht eingebettet sein. Das nationalen und internationalen Recht muss eine Einheit bilden. Diese Forderung gilt insbesondere für den öffentlichen Verkehr, denn dort werden regelmässig Personen und Güter über die Grenzen hinaus transportiert. Der grenzüberschreitende Verkehr ist etwas alltägliches. Eine Zersplitterung des Rechts ist auf jeden Fall zu vermeiden.

VSE: Grundsätzlich begrünnen wir die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Dieses ist heute in zahlreichen Gesetzen geregelt, die miteinander nicht oder ungenügend koordiniert sind. Deshalb ist eine Konzentration der Haftpflichtbestimmungen in einem allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts anzustreben. Die Bestimmungen im OR, bzw. in einem Spezialgesetz sollen für alle haftpflichtrechtlichen Erlasse des Bundes gelten und haftpflichtrechtliche Spezialgesetze sollten nur noch bestehen, soweit dies dringend notwendig ist.

Der Zweck einer möglichst umfassenden Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts wird mit der Revision erreicht. Hingegen geht der Vermehmlassungsentwurf teilweise weit über das gesteckte Ziel hinaus, indem mit materiellen Änderungen der Schutzgedanke zugunsten des Geschädigten überdehnt und die Haftpflichtbestimmungen zu stark ausgeweitet werden. So werden die Gefährdungshaftungen in bestehenden Spezialgesetzen ausgedehnt und zusätzlich eine Generalklausel eingeführt. Die vorgeschlagene Organisationshaftung als einfache Kausalhaftung wird die Schweizer Wirtschaft belasten und zu jahrelangen Interpretationsdiskussionen führen. Auch bezüglich Vermögensschäden bei Einwirkungen auf die Umwelt wurde der Schadensbegriff stark ausgeweitet. Schliesslich erhalten die Gerichte bei der Beurteilung einen zu grossen Ermessensspielraum, was der Rechtssicherheit zuwiderläuft. Der Revisionsentwurf sollte sich auf die Vereinheitlichung und Systematisierung des Haftpflichtrechts konzentrieren und von einer extensiven Einführung weiterer Haftpflichtbestimmungen absehen. Aufgrund der in sich abgeschlossenen Regelung im Bereich Haftpflichtrecht drängt sich der Erlass eines Spezialgesetzes auf.

VSGV: La nostra presa di posizione è, considerata anche la fase interlocutoria, di principio favorevole per quanto ci concerne in modo particolare.

312 Grundsätzliche Ablehnung
Rejet de principe
Rigetto di principio

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Das Schweizerische Haftpflichtrecht ist heute im OR sowie in zahlreichen Spezialgesetzen (Strassenverkehrsgesetz, Umweltschutzgesetz, usw.) geregelt. Im Weiteren sind die öffentlichrechtlichen Haftpflichtbestimmungen in den Verantwortlichkeitsgesetzen des Bundes und der Kantone sowie in zahlreichen Spezialgesetzen wie etwa dem Militärgesetz oder dem Personalrecht des Bundes geregelt. Diese gesetzlichen Regelungen werden ergänzt durch die während den letzten Jahrzehnten von den Gerichten entwickelten Grundsätze. Die zurzeit geltenden gesetzlichen Regelungen sowie die Praxis der Gerichte werden allgemein als zufriedenstellend angesehen. Ein dringender Revisionsbedarf ist nicht auszumachen. Dort, wo in den letzten Jahren Lücken im Haftpflichtrecht lokalisiert wurden, hat der Gesetzgeber diese mit dem Erlass von auf den konkreten Problembereich fein abgestimmten Spezialgesetzen geschlossen.

Der vom Bundesrat unterbreitete Entwurf für eine umfassende Neugestaltung und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sieht zahlreiche Neuerungen und eine Verschiebung eines Grossteils der Regelungen von den Spezialgesetzen in einen allgemeinen Teil vor. So sind zahlreiche Besserstellungen des Geschädigten wie Beweiserleichterungen, erschwelter Sorgfaltsbeweis, vermehrte Kausalhaftungen und eine allgemeine Gefährdungshaftung vorgesehen.

Diese einseitige Ausrichtung des Entwurfs auf die Interessen des Geschädigten ist abzulehnen. Mit jeder Verbesserung der Stellung des Geschädigten werden die vom Gesetz als Haftpflichtige bezeichneten Rechtssubjekte schlechter gestellt. Die übermässige Berücksichtigung der Interessen des Geschädigten, wie sie im Entwurf vorgesehen ist, führt zu einer unerwünschten Beeinträchtigung wirtschaftlicher Aktivitäten. Gerade das Beispiel der USA zeigt, dass eine einseitige Ausrichtung auf die Interessen des Geschädigten gravierende Folgen haben kann. Der Übernahme von haftpflicht-, respektive schadenersatzerweiternden Bestimmungen aus den USA und deren Integration in unser Rechtssystem ist deshalb mit grösster Vorsicht zu begegnen. In der vorliegenden Form ist der Entwurf deshalb abzulehnen.

Im Weiteren sieht der Vorentwurf eine umfassende Vereinheitlichung der Haftpflichtbestimmungen vor, indem diese in den Spezialgesetzen nicht mehr oder nur noch im Grundsatz geregelt werden. Stattdessen soll das einheitliche Haftpflichtrecht auf alle Tatbestände anwendbar sein. Diese einheitliche Regelung ist problematisch. Die vom Bund und den Kantonen erlassenen Spezialgesetze wurden im Gesetzgebungsverfahren durch das Parlament, die Vernehmlassungsteilnehmer und das Volk fein ausbalanciert. Jede Regelung wurde ausgiebig auf die Notwendigkeit diskutiert und die Detailregelungen den Verhältnissen des Strassenverkehrs, des Luftverkehrs, des Postverkehrs usw. angepasst. So ist es beispielsweise möglich, dass der Gesetzgeber sich aufgrund der unterschiedlichen Verhältnisse für unterschiedliche Verjährungsfristen entscheidet.

Abgesehen von einer besseren Übersichtlichkeit für den Rechtsanwender, resultieren aus einer Vereinheitlichung kaum Vorteile. Das vom Gesetzgeber während Jahrzehnten aufgebaute System von Spezialgesetzen sollte deshalb nicht ohne zwingenden Anlass geändert werden. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Spezialgesetze den Vorteil aufweisen, dass sie flexibler sind, indem jederzeit mit kleineren Anpassungen in klar abgegrenzten Teilbereichen Korrekturen vorgenommen werden können.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zurzeit keine gravierenden Unzulänglichkeiten auszumachen sind, welche eine generelle Revision des Haftpflichtrechts rechtfertigen. Ausserdem kann festgestellt werden, dass der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts zu einer übermässigen Ausdehnung der Haft- und Schadenersatzpflicht zu Gunsten des Geschädigten und zu Lasten des Haftpflichtigen führt. Diese Ausdehnung wird unter Hinweis auf die in einzelnen Bundesstaaten der USA gemachten Erfahrungen vom Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft klar abgelehnt. Die Risiken von wirtschaftlichen Aktivitäten müssen berechenbar bleiben und versicherbar sein.

Wie oben dargelegt ist der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft der Meinung, dass im Bereich des Haftpflichtrechts zurzeit kein genereller Revisionsbedarf besteht. Auf die Vorlage ist deshalb nicht einzutreten. Im Weiteren ist es nötig, dass ein eingehender Vergleich mit den Rechtsordnungen der USA und der EU stattfindet. Gerade für ein kleines Land wie die Schweiz, die wirtschaftlich stark mit anderen Ländern verflochten ist, ist es unabdingbar, dass neu geschaffenes Recht auf die Kompatibilität mit anderen Rechtsordnungen überprüft wird. Dabei ist auch sicherzustellen, dass negative Rechtsentwicklungen nicht in das schweizerische Recht übernommen werden. Ebenfalls vor dem Erlass von Detailbestimmungen müssen die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Änderung des Haftpflichtrechts eingehend untersucht werden. So ist zu analysieren, welche Partei mit welchen Kosten für die Versicherung oder Prävention belasten wird, ob gewisse wirtschaftliche Tätigkeiten überhaupt noch versicherbar sind und welche gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eine allfällige Hemmung der Innovationslust der Wirtschaft hat.

Für den Fall, dass der Bundesrat aufgrund der eingereichten Vemehmlasungen zur Auffassung kommen sollte, dass der Vorentwurf weiterzuerfolgen ist, nehmen wir Stellung zu den einzelnen Bestimmungen.

TG: Die Notwendigkeit einer Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts in der vorliegenden Grössenordnung ist nur in Teilen nachvollziehbar. Dass sich heute Haftpflichtbestimmungen in diversen Gesetzen befinden (in der Regel Spezialgesetz und subsidiär Bestimmungen des Obligationenrechts; OR) ist für den Rechtssuchenden grundsätzlich nicht weiter nachteilig und wird durch die jetzt vorgeschlagene Lösung nicht geändert. So müsste ein Geschädigter im Schadensfall nach wie vor sowohl die Spezialgesetze als auch die nun vorgeschlagenen Haftungsbestimmungen konsultieren (z.B. Schadenereignis im Zusammenhang mit Skiliften, Eisenbahn etc.). Im Übrigen ist gerade in diesem Zusammenhang nicht zu vergessen, dass Geschädigte in Schadensfällen grösstenteils von sich aus fachlichen Beistand aufsuchen oder über Versicherungen verfügen, welche fachkundige Berater haben. Darüber hinaus zielen die

Revisionsvorschläge schwergewichtig auch auf eine Besserstellung des Geschädigten. Diese Privilegierung ist allerdings zu stark und einseitig ausgerichtet und erfolgt teilweise ohne Berücksichtigung der heutigen Praxis, was der Rechtssicherheit abträglich ist. Der Entwurf geht offensichtlich von der Grundannahme aus, dass ein „armer“ Geschädigter einem gutgestellten Schädiger gegenübersteht. Diese Annahme trifft aber in einer Vielzahl von Fällen zum vornherein nicht zu. Die vorgeschlagenen Bestimmungen dürften viele potentiell Haftpflichtige mittels Abschluss entsprechender Versicherungen und Kostenfolgen zur Risikominimierung zwingen. Der Grundsatz „casum sentit dominus“ verliert stark an Bedeutung. Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Besserstellung der Geschädigten sollte auch beachtet werden, dass die Schweiz über ein sehr gut ausgebautes Sozialversicherungssystem verfügt. Grundsätzliche Verlagerungen von Haftungsansätzen bedürften einer gesamtheitlichen Analyse ihrer Auswirkungen, einschliesslich der Aspekte Versicherbarkeit, Vorsorgekosten, Innovations- bzw. Innovationsverhinderungseffekte usw.; das erscheint vorliegend noch ungeklärt.

Entgegen der Ausführungen im Kurzkomentar (S. 30 Ziff. 5) ist es im Übrigen keinesfalls so, dass der Vorentwurf nur jene Kantone, die eine verschuldensunabhängige Staatshaftung kennen, keine finanziellen Auswirkungen hätte. Hierzu wird nachfolgend noch näher einzugehen sein.

Ebenfalls abzulehnen ist der Systemwechsel vom öffentlichen Verwaltungsverfahren zum zivilen Prozessrecht bei Umweltschäden, wonach Umweltschutzbehörden auf den zivilen Klageweg verwiesen werden sollen. Der bisherige Zustand ist ganz klar beizubehalten (vgl. Bemerkungen zu Art. 45d des Vorentwurfs [VE], Art. 54 des Gewässerschutzgesetzes und Art. 59 bzw. Art. 59a des Umweltschutzgesetzes).

Die aus heutiger Sicht wichtigsten Probleme liegen im Bereich der Haftungskollisionen (Art. 53 ff. VE), beim Verhältnis zwischen Haftpflicht- und Privatversicherung (Art. 54 ff. VE) sowie bei der z.T. sachlich nicht gerechtfertigten, ungleichen Regelung gleicher Fragen (z.B. Verjährung). Unseres Erachtens wäre es wesentlich sinnvoller die Revision auf diese Punkte zu beschränken.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP: Die SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI lehnt die vorgesehene Revision des Haftpflichtrechts ab. Der wirtschafts- und unternehmungsfeindliche Tenor des Vorentwurfes sowie mehrere materielle Bestimmungen sind für die SVP unakzeptabel.

Durch die Schaffung eines allgemeinen Teils für das gesamte Haftpflichtrecht ergäben sich zwar einige Vereinfachungen, dafür bringt der Entwurf wiederum neue, zusätzliche Komplikationen, so z. B. bei der Abgrenzung der Vertrags- von der Verschuldenshaftung und bei der Abgrenzung zwischen der positiven Vertragsverletzung und der Nichterfüllung.

Die beabsichtigte Verbesserung der Rechtsgleichheit und –sicherheit wurde nicht erreicht. Vielmehr führen z. B. die fehlende Definition des reinen Vermögensschadens und die mangelnde Eingrenzung der neuen

Organisationshaftung zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Dies gilt auch in Bezug auf den oftmals unklaren Wortlaut des Gesetzes.

Einzelne Elemente des Vorentwurfes zeigen Parallelen zum amerikanischen Recht. Eine solch extreme Ausgestaltung unseres Haftpflichtrechtes ist unbedingt zu vermeiden.

Schliesslich ist festzustellen, dass seit Anhandnahme der Revision wesentliche Lücken des Haftpflichtrechtes geschlossen wurden. Für eine Reform des Haftpflichtrechtes besteht somit keinerlei Handlungsbedarf.

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

economiesuisse: Aus Sicht der Wirtschaft ist die Zielsetzung einer Vereinheitlichung und Vereinfachung des Haftpflichtrechtes unterstützenswert. Leider wird mit dem Expertenentwurf diese Zielsetzung in keiner Weise erreicht. Vielmehr zeichnet sich die Vorlage durch eine nicht akzeptable Ausdehnung der Haftpflicht vielfach zu Lasten der unternehmerischen Tätigkeit aus. Ihr mangelt eine fundierte Analyse der volkswirtschaftlichen Konsequenzen, auch wurden Bemerkungen der Wirtschaft zum Bericht der Studienkommission nicht berücksichtigt. Entsprechend weisen wir den Expertenentwurf in der vorliegenden Form zurück. Die umfangreiche juristische Arbeit muss durch eine gleichwertige ökonomische Analyse der Auswirkungen von vorgeschlagenen Neuerungen – insbesondere auch auf die Klein- und Mittelunternehmen (KMU) – ergänzt werden. Änderungen müssen sich auf die Behebung klarer Missstände konzentrieren und der wirtschaftlichen Tragbarkeit Rechnung tragen. In die Überarbeitung ist die Wirtschaft eng mit einzubeziehen.

Der Expertenentwurf der Professoren Pierre Widmer und Pierre Wessner ist eine wertvolle Übersicht über den Stand der Rechtslehre auf dem Gebiete des Schweizerischen Haftpflichtrechtes und damit eine gute Basis für die weitere Diskussion der Entwicklung des Haftpflichtrechtes aus juristischer Sicht. Er gründet auf dem Bericht vom August 1991 der Studienkommission Widmer, ohne aber die bereits seinerzeit vorgebrachten Kritiken angemessen zu berücksichtigen.

Vorgeschlagen wird im Expertenentwurf die Schaffung eines neuen allgemeinen Teils zum Haftpflichtrecht im Obligationenrecht. Wenn sich der Entwurf auch an die Grundregeln des heutigen Rechts anlehnt, führen doch Berücksichtigung von politischen Vorstössen oder Postulaten der Lehre zu substanziellen Änderungen, in aller Regel zu Lasten der potentiell Haftpflichtigen. Dazu zählen namentlich

Gleichstellung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung

- Einführung des Vermögensschadens ohne einschränkende Kriterien
- Ersatz von eigentlichen Umweltschäden
- Generalklausel der Gefährdungshaftung für sogenannte „gefährliche Tätigkeiten“
- Haftung für Hilfspersonen bzw. Einführung der Organisationshaftung für Unternehmen
- Direkte Ansprüche von Geschädigten gegenüber Versicherungen
- Verlängerung der Verjährungsfrist

- Wichtige Beweislast erleichterungen zu Gunsten der Geschädigten
- Verbot von haftungsbeschränkenden Vereinbarungen (auch Verträgen unter Unternehmen)
- Anfechtbarkeit von Vergleichen

Trotz des umfangreichen Begleitberichts fehlen eine klare Analyse der ökonomischen Konsequenzen dieser weitgehenden Änderungen und auch ein umfassender Rechtsvergleich. Für die Wirtschaft ist die Regelung der Haftpflicht von weittragender Bedeutung und betrifft alle Unternehmen – nicht nur als potenzielle Schädiger, sondern auch als mögliche Geschädigte. Entsprechend wichtig ist die Einbettung in unser Rechtssystem (insbesondere das Schuldrecht) und die Beachtung der im Schweizer Recht verankerten Grundsätze. Dazu gehört insbesondere auch das Prinzip „casum sentit dominus“, wonach ein Geschädigter seinen Schaden prinzipiell selbst zu tragen hat – ausser es besteht eine besondere Rechtsgrundlage für die Beanspruchung eines Dritten. Es wäre aus ordnungspolitischer Sicht verfehlt, dem Zeitgeist folgend anzunehmen, dass für jeden Schaden grundsätzlich ein Dritter einzustehen habe.

Das Haftpflichtrecht konkretisiert nicht nur diese Anspruchsgrundlage, sondern muss auch gleichzeitig die Haftpflicht begrenzen, um die Schadenskosten nach gerechten, ökonomisch vertretbaren und für die Rechtsunterworfenen voraussehbaren Kriterien zu verteilen. Nur dann kann das Haftpflichtrecht auch seine lenkende und im Sinne der Motivation zur Schadensvermeidung bzw. –minderung präventive Funktion erfüllen. Verfehlt und volkswirtschaftlich schädlich wäre es, das Haftpflichtrecht nach amerikanischem Vorbild für den Zweck des Sozialschutzes zu instrumentalisieren.

Die Vorlage ist unausgereift:

- Nach Ansicht von *economiesuisse* rechtfertigt sich eine Gesamtrevision des Haftpflichtrechts nur dann, wenn entweder schwerwiegende Missstände der geltenden Rechtslage behoben werden oder ein substantieller Mehrwert geschaffen wird, der die Nachteile einer Änderung zumindest aufwiegt. Beide Vorgaben werden nicht erreicht.
- Gesetzgeber und Gerichtspraxis haben in den vergangenen 20 Jahren wesentliche Lücken geschlossen; es besteht daher keine Dringlichkeit zur Überarbeitung. Wohl könnte das schweizerische Haftpflichtrecht verbessert werden. Ein dringender Handlungsbedarf besteht aber nicht. Die Vorlage bringt zudem neue Komplikationen (z.B. Abgrenzung Vertrags-/Verschuldenshaftung), sodass die gewünschte Vereinfachung nicht erreicht wird.
- Eine Beurteilung, ob eine Revision - und gegebenenfalls in welcher Form und in welchem Umfang – zur Behebung von Missständen nötig ist, muss im Lichte des gesamten Rechtssystems erfolgen und darf sich nicht auf einen Vergleich von Haftungsnormen beschränken. Abzuklären ist, ob die Gefahren, für die grundsätzlich oder verstärkt gehaftet werden sollen, nicht zwischenzeitlich durch andere Bestimmungen und Massnahmen eingegrenzt worden sind. Ebenso muss überprüft werden, ob Annahmen und Hypothesen tatsächlich zutreffen. Entgegen einer vielfach vertretenen These bewirkt etwa eine strengere Haftung nicht automatisch eine höhere Sicherheit. Ein Vergleich mit

den USA zeigt, dass die dortigen strengen Haftungsnormen oft zu Geschäftsaufgaben, meist nicht aber zu höherer Sicherheit der Produkte im Vergleich zu europäischen Produkten geführt haben. Eine strenge Haftung des Herstellers allein kann zudem gar kontraproduktiv sein, setzt sie doch oft falsche ökonomische Anreize und entlastet diejenigen, welche die Kontrolle über die Anwendung haben, womit der Sicherheit keinen Dienst erwiesen wird.

- Eine Analyse der gesetzgeberischen Tätigkeit der letzten 20 Jahre zeigt, dass der Gesetzgeber bei seiner Tätigkeit das Schwergewicht bei der Regelung gefährlicher Tätigkeiten zu Recht nicht auf die Haftung, sondern auf Prävention gelegt hat, auf Verbote, wenn eine Tätigkeit als zu gefährlich erschien, und auf Verhaltensgebote, wenn eine Tätigkeit nach Auffassung des Gesetzgebers einer Regelung bedurfte. Bei Verstößen gegen derartige Verbote oder Gebote besteht eine weitgehende Haftung.
- Die Vorlage neigt dazu, die Stellung des Geschädigten zu verbessern, ohne aber die dazu erforderliche wirtschaftliche Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Sie enthält etwa eine Reihe von verfahrens- und beweisrechtlichen Bestimmungen, welche dem Geschädigten die Durchsetzung seines Ersatzanspruchs erleichtern sollen. Die Regelung der Kosten, Entschädigungen und vorläufigen Zahlungen im Verfahren lassen den Verdacht aufkommen, dass nach der „deep pocket“-Theorie der Geschädigte ermutigt werden soll, Ersatzansprüche gegen denjenigen Schädiger gerichtlich durchzusetzen, der sich aus finanzieller Hinsicht als am lukrativsten erweist. In Kombination mit der Ausdehnung der Ersatzpflicht an sich führen diese Bestimmungen zu einer Instrumentalisierung des Haftpflichtrechts für die Zwecke des Sozialschutzes. Dies darf nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts sein. Im Gegensatz zu der Situation in den Vereinigten Staaten von Amerika besitzt die Schweiz ein gut ausgebautes Privat- und Sozialversicherungssystem, welches in der Lage ist, Härtefälle aufzufangen. Eine Amerikanisierung des Haftpflichtrechts lehnen wir wegen ihrer volkswirtschaftlich schädigenden Wirkung ab.

Der Vorlage fehlen wesentliche Elemente:

- Es fehlt trotz vielen Einzelverweisen auf Regelungen im Ausland ein zusammenhängender *rechtsvergleichender Teil*, der nicht nur die EU, sondern auch die USA einschliessen müsste. *economiesuisse* geht davon aus, dass diese zentrale Analyse im Entwurf deshalb fehlt, weil sie gar nicht angestellt worden ist. Regelungen in einem vom Export lebenden Land wie der Schweiz müssen mit ausländischen Regelungen kompatibel sein und dürfen nicht Nachteile für unsere Unternehmen schaffen. Gerade wegen der extremen Ausgestaltung des Haftpflichtrechts in den USA und auch wegen der vorgeschlagenen Übernahme einzelner Elemente kann ein Vergleich mit dieser Rechtsentwicklung aufzeigen, welche Entwicklungen bei uns zu vermeiden sind. Auch ein Blick auf das EU-Recht ist instruktiv. Zum einen hat es die EU bisher unterlassen, in einer Vertragsrevision (Maastricht etc.) die Rechtsgrundlagen für eine Harmonisierung des allgemeinen Haftpflichtrechts zu schaffen. Sie hat damit wohl auch die Aussage gemacht, dass Revision und Harmonisierung nicht vordringlich seien.

Beim Umwelthaftpflichtrecht wurde das White Paper seit der Vernehmlassung durch die Publikation von ökonomischen und anderen Analysen bereichert. Inhaltlich allerdings weist auch das „White Paper“ ähnliche Schwächen auf wie die Vernehmlassungsvorlage. Dennoch ist der Vorschlag der Kommission und die Modifikationen der zuständigen EU-Parlamentskommission weniger radikal, als die vorgeschlagene generelle Gefährdungshaftung in der Schweiz. Die Schweiz würde durch besonders radikale Vorschläge verfehlte Differenzen zur EU-Gesetzgebung schaffen.

- Weiter fehlt eine *ökonomische Analyse der Auswirkungen* der einzelnen Massnahmen und des Massnahmenpaketes insgesamt auf die Betroffenen (sowohl Schädiger, Geschädigter wie Versicherungsbranche), sowie eine volkswirtschaftliche Gesamtanalyse und eine Analyse dessen, was versicherbar ist. Es existiert eine umfangreiche Literatur zu den ökonomischen Grundlagen der Ausgestaltung des Haftpflichtrechts, mit dem Ziel, die im Zusammenhang mit den Schäden entstehenden Präventions- und Reparationskosten und damit den Schaden selbst zu minimieren und den Nutzen von wirtschaftlichen (und anderen Tätigkeiten) zu berücksichtigen. Die wohl wichtigste Erkenntnis dieser Analysen ist, dass - ausser in den wenigen Fällen, wo nur eine Partei den Schaden vermeiden kann - effiziente Lösungen meist darin bestehen, dass beide Parteien zur Vermeidung des Schadens beitragen. Die Vernehmlassungsvorlage geht nicht auf derartige Überlegungen ein, sondern postuliert eine massive Verschärfung des Haftpflichtrechts zu Lasten des „Verursachers“. Eine solche Lösung schafft erhebliche volkswirtschaftliche Zusatzkosten.
- Die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung, einer völlig undefinierten zivilrechtlichen Haftung für eigentliche Umweltschäden, die Ausdehnung der Organisationshaftung oder das Verbot von Haftungsbeschränkungen und Beweiserleichterungen wirft grundsätzlich die wichtige *Frage der Versicherbarkeit*, des allfälligen Versicherungsumfanges und der allenfalls von der Branche zu erwartenden Einschränkungen und Bedingungen auf. Die entstehenden ökonomischen und anderen Konsequenzen sind unklar und nicht unter dem Aspekt der Versicherbarkeit geprüft worden.
- Unter gesamtwirtschaftlicher Optik ist zu klären, wie sich die durch die Vorlage nötig gemachten *zusätzlichen Vorsorgekosten* seitens der „Verursacher“ entwickeln könnten (sofern die technischen Möglichkeiten zu solchen Massnahmen bestehen und der abnehmende Grenznutzen berücksichtigt wird). Derartige Betrachtungen müssen für die wichtigsten Sektoren einzeln vorgenommen werden, und zwar unter Berücksichtigung des Einflusses auf die Innovation.

Wertung und weiteres Vorgehen

- Auch wenn die Begehren für eine Revision des Haftpflichtrechts weit zurückreichen, besteht keine Dringlichkeit. Mit verschiedenen Teilrevisionen wurde aktuellen Problemen Rechnung getragen, allerdings zum Preis einer Zersplitterung. Wir unterstützen daher die Bestreben, dieses zentrale Rechtsgebiet zu vereinheitlichen und zu vereinfachen.

- Prioritär muss nun die fundierte juristische Auslegeordnung durch eine gleichwertige ökonomische Analyse der Auswirkungen vorgeschlagener Änderungen ergänzt werden.
- Die gesamtheitliche Überarbeitung der Vorlage muss von den tatsächlichen Mängeln im Haftpflichtrecht ausgehen. Eine Umwälzung des Rechtsgebietes ohne klare Vorteile wäre nicht zu rechtfertigen, selbst wenn sie dogmatisch noch so gut zu begründen wäre.
- In die Überarbeitung der Vorlage ist die Wirtschaft besser mit einzubeziehen als bisher. Wir stehen Ihnen mit unseren Experten dazu gerne zu Verfügung.

HEV: Die Regelung des Haftpflichtrechtes kann eine gesellschaftliche Entwicklung massgeblich mitprägen. Vom Haftpflichtrecht betroffen sind nämlich alle Personen und Institutionen, die etwas unternehmen (z.B. KMU), aber auch Eigentümer oder Halter von Sachen, von denen Gefahren oder Schaden ausgehen können (z.B. Werkeigentümer). Beide schaffen oder generieren Mehrwerte, was aber zwangsläufig auch mit einem Schadenpotential verbunden ist. Etwas zugespitzt ausgedrückt stehen sich Mehrwert, Innovation, Aktivität auf der einen Seite dem damit nun einmal verbundenen Schadenpotential, Beharren und Passivität auf der andern Seite gegenüber. Angesichts dieser Antinomie kann schon eine relativ geringfügige Schwerpunktverlagerung im Haftpflichtrecht zu massgeblichen gesellschaftlichen Veränderungen führen, welche die Innovation der gerade bei uns so massgeblichen KMU schwächt, zumal sich diese weder durch erforderliches Eigenkapital noch über die kostspielige Assekuranz absichern können. Namentlich kann aber auf diese Weise auch das hiezulande zu Recht gross geschriebene eigenverantwortliche Handeln des potentiell Geschädigten untergraben werden. Insgesamt droht dadurch die Gefahr, dass wir uns der weit überzogenen Schadenersatzpraxis amerikanischer Prägung annähern, die unserer europäischen Rechtskultur entgegensteht. Nicht zuletzt aus diesem Grunde lehnen wir sowohl die Schaffung einer allgemeinen und notabene sehr weitgefassten Gefährdungshaftungs-Bestimmung wie auch die vorgesehene Verknüpfung von Vertragshaftung mit Deliktshaftung ab. Viel zu weit gehen auch die Bestimmungen über den Vermögensschaden gemäss den Art. 45 ff. Ebenso abzulehnen ist eine ganze Reihe von prozessrechtlichen Bestimmungen, welche die ohnehin schon weitreichende Praxis noch überholen.

Gerade auch aus diesen gesellschaftspolitischen Überlegungen ist es für uns nicht verständlich, dass der Bundesrat zum Vorentwurf der beiden Experten nicht Stellung bezogen und als politisch verantwortliche Führungsbehörde die Marschrichtung in diesen entscheidenden Frage nicht im Voraus bestimmt hat. Die Durchführung einer Vernehmlassung über eine nicht kommentierte Expertenvorlage, welche sich zudem ausschliesslich auf die rechtliche Problematik beschränkt, vermag in diesem politisch sensiblen Bereich schlechterdings nicht zu überzeugen. Kommt hinzu, dass in der Folge die Vernehmlassungsantworten zu einem Expertenvorschlag erfolgen, der in der politischen Umsetzung durch den Bundesrat ganz andere Züge annehmen kann. Abgesehen davon, dass durch das gewählte Vorgehen die politische Verantwortlichkeit verwischt wird, können die Stellungnahmen der Vernehmlasser in der parlamenta-

rischen Beratung nur mehr wenig hilfreich sein, weil diese möglicherweise zu einem andern Gesetzesprojekt erfolgt sind.

Insbesondere vermissen wir aber auch eine ökonomische Analyse der vorgeschlagenen Revision. Angesichts der vorgesehenen massiven Verschärfung des Haftpflichtrechtes zulasten des Schädigers sind nebst den juristischen Aspekten die Fragen der mikro- und makroökonomischen Auswirkungen transparent darzustellen. Auch gilt es, eine allfällige Beeinträchtigung der Innovationskraft auszumachen. Letztlich muss auch erläutert werden, ob Versicherungen überhaupt und wenn ja zu welchen Bedingungen die neuen Risiken abdecken werden.

Wir erachten die von der Revision angestrebte Ausdehnung der Ersatzpflicht für sehr problematisch. Namentlich auch für die Hauseigentümer, welche aufgrund ihres Besitzes zur Kategorie der „attraktiven Beklagten“ gehören (bei denen es etwas zu holen gibt), wird das Haftungsrisiko mit der vorgeschlagenen Revision noch verschärft. Für uns unverständlich ist die Einführung einer allgemeinen Gefährdungsbestimmung, welche - wie oben dargelegt - rechtspolitisch fragwürdig und zudem auch dem geplanten Revisionszweck (Vereinheitlichung und Rechtssicherheit) entgegen läuft. Denn mit der Einführung einer (zu allgemeinen) Generalklausel sind wiederum die Gerichte zur Konkretisierung aufgerufen, was nicht zuletzt auch unter dem Druck der Medien zu einer ausufernden Schadenersatzpraxis der Gerichte führen könnte. Überdies ist die Aufnahme einer allgemeinen Gefährdungshaftung auch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmässigkeit mehr als zweifelhaft.

Der Hauseigentümer lebte schon unter dem geltenden Recht mit einem erhöhten Haftpflichtrisiko. Mit dem fraglichen Revisionsentwurf wird dieses Risiko jedoch beachtlich erhöht. Wie unter Ziff. 2 hievor dargelegt, bewirken zahlreiche Bestimmungen eine Haftungsausdehnung mit u.a. auch für den Hauseigentümer erschwerenden Folgen. Wir begrüssen zwar den Grundgedanken der Revision zur Koordination der vielfältigen Haftpflichtbestimmungen in zahlreichen Erlassen. Allerdings stellen wir fest, dass viele der neuen Bestimmungen über das Ziel hinausschiessen, indem insbesondere die Ersatzpflicht respektive die Rechte der geschädigten Person viel zu stark gewichtet werden. Die Gerichte haben viele Lücken in den letzten Jahren geschlossen, so dass sich eine weitergehende Regelung in einem Bundesgesetz nicht aufdrängt. Wir lehnen zwar die sozialpolitischen Bestrebungen, die im Revisionsentwurf erkennbar sind, nicht grundsätzlich ab. Es fragt sich allerdings, ob die Gewichte derart stark zu verlagern sind und ob hierfür das Zivilrecht der richtige Weg ist. Jedenfalls stehen wir der Einführung von Generalklauseln skeptisch gegenüber. Denn wir fragen uns, ob es Sinn und Zweck einer Revision ist, die Konkretisierung des neuen Rechts weitgehend den Gerichten zu übertragen. Nach unserer Ansicht werden jedenfalls die Haftpflichtprobleme rund um das Haus bereits im geltendem Recht zufriedenstellend gelöst.

Zusammenfassend erachten wir formelle und redaktionelle Anpassungen in gewissen Bereichen für sinnvoll. Eine umfassende materielle Revision in der vorgeschlagenen Form mit der massiven sozialpolitisch motivierten Akzentverlagerung zu Lasten der Sacheigentümer und Unternehmer lehnen wir ab. Wir geben unserer Erwartung Ausdruck, dass der Bundesrat seine Vorlage an das Parlament auf ein vertretbares Mass zurücknimmt

und dabei nebst der reinen juristischen Betrachtungsweise auch den ökonomischen wie auch den gesellschaftspolitischen Aspekt gebührend Beachtung schenkt.

SBMV: Mit der Revision soll die Ersatzpflicht qualitativ und quantitativ erheblich ausgedehnt werden. Dies erscheint uns vorab schon deshalb fragwürdig, da im schweizerischen Haftpflichtrecht (bis anhin) der Grundsatz gilt, wonach der Geschädigte seinen Schaden prinzipiell selbst zu tragen hat, und weder ein ökonomisches noch sozialpolitisches Bedürfnis für die vorgeschlagene Ausdehnung nachgewiesen wird. Absolut unverständlich ist die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung (Art. 50 VE). Diese Bestimmung verstösst klar gegen das verfassungsmässige Grundprinzip der Gesetzmässigkeit.

Die vorgeschlagene Revision hat - wie der Titel des dazu vorgelegten Bundesgesetzes klar zu erkennen gibt - zwei Stossrichtungen, nämlich die Revision und die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Eine Vereinheitlichung respektive bessere Koordination unter den einzelnen Erlassen begrüssen wir sehr. Andererseits sind nach unserer Beurteilung die meisten der materiellen Vorschläge zwar durchaus gut gemeint, zielen aber regelmässig über das Ziel hinaus, indem die Ersatzpflicht respektive die Rechte der geschädigten Person viel zu stark erweitert werden. Insbesondere sind wir der Ansicht, dass bewährte Regelungen nur mit guten Gründen aufzugeben sind. Zudem haben Gesetzgeber und Gerichtspraxis in den letzten Jahren und Jahrzehnten die wesentlichen Lücken geschlossen oder Härten gemildert. Unter Berücksichtigung aller Umstände ist deshalb eine materielle Revision des Haftpflichtrechts nicht angezeigt.

SBVer: Wir unterstützen die Stossrichtung und massgebenden Überlegungen der *economiesuisse*, der wir als Mitglied angehören. Ergänzend dazu bemerken wir:

1. In verschiedenen Bestimmungen enthält der Entwurf „Einfallstore“ zu künftigen Verschärfungen des Haftpflichtrechts, wie sie teilweise schon der bisherigen Rechtsprechung innewohnen und zumal aus den USA bekannt sind. Gegen solche Ausweitungen sind umso mehr Bedenken anzumelden, als ihre soziale Begründung und ökonomischen Auswirkungen nicht belegt sind. Zahlreiche dieser Bestimmungen halten bloss Entwicklungen der Rechtsprechung fest. Trotzdem bergen solche Positivierungen das Risiko einer Beschleunigung schon heute feststellbarer Tendenzen: An die Stelle der Eigenverantwortung des Geschädigten tritt immer ausgeprägter seine „Opferrolle“ und die Suche nach einem Ersatzpflichtigen, was uns bei Vermögensschäden in solcher Allgemeinheit unverhältnismässig scheint. Dafür bietet der Expertenbericht weder sozialetische Leitplanken noch ökonomische Abklärungen. Entsprechende Vorarbeiten müssten geleistet sein, bevor man auf eine Vorlage zur umfassenden Revision des Haftpflichtrechts im Sinne des vorliegenden Entwurfs eintreten könnte.
2. In Begründung und Auswirkungen fragwürdig scheint uns auch die Umwandlung des Deliktsrechts in einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (Art. 42 VE, s. dort). Dadurch würden Entwicklungen der Rechtsprechung zum Vertragsrecht wie z.B. die Lehre von der positiven Vertragsverletzung oder vom Vertrauensschaden durch ihre teilweise

„Auslagerung“ ins Deliktsrecht unnötig in Frage gestellt. Die Folge davon wäre Rechtsunsicherheit, bis die Gerichte wieder das Nötige klargestellt hätten, was Jahrzehnte dauern könnte.

3. Schliesslich könnte der Entwurf umfangmässig durch die Streichung von Repetitionen und Positivierungen ohne „regulatorischen Mehrwert“ gestrafft werden.

Wir ersuchen Sie deshalb, die Vorlage zur Revision des Haftpflichtrechts jedenfalls in der vorliegenden Fassung nicht weiterzuverfolgen. Sollten Sie am Revisionsbedarf festhalten, ersuchen wir Sie, die Vorlage im Sinne der nachstehenden Bemerkungen und jener der *economiesuisse* überarbeiten zu lassen.

SGCI: 1. Allgemeines und Anträge

Die SGCI lehnt die vorgeschlagene Haftpflichtrevision ab. Die Vorlage ist unausgereift und entscheidende Elemente fehlen oder sind nicht berücksichtigt.

Nach Ansicht der SGCI rechtfertigt sich eine Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, wie sie in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagen wird, nur dann, wenn entweder schwerwiegende Missstände behoben werden können oder ein substantieller Mehrwert geschaffen wird, der die mit der Revision verbundenen Nachteile zumindest aufwiegt. Beide Vorgaben werden nicht erreicht, weshalb die Vorlage schon aus diesen Gründen abzulehnen ist. Ausserdem ist die SGCI der Auffassung, dass der Vernehmlassungsvorlage entscheidende Elemente fehlen. Sie kann deshalb nicht ohne gründliche Überarbeitung und Ergänzung als Grundlage für eine Botschaft dienen. Insbesondere fehlen eine ökonomische Analyse der Auswirkungen der einzelnen Massnahmen und des Massnahmenpaketes insgesamt auf die Betroffenen (sowohl Schädiger, Geschädigter wie Versicherungsbranche), sowie eine volkswirtschaftliche Gesamtanalyse und eine Analyse dessen, was versicherbar ist. Ebenso fehlt ein zusammenhängender rechtsvergleichender Teil, der nicht nur die EU, sondern auch die USA einschliessen müsste. Die SGCI geht davon aus, dass diese grundsätzlichen und grundlegenden Analysen und Überlegungen im Entwurf deshalb fehlen, weil sie gar nicht angestellt worden sind. Sie müssen deshalb nachgeholt werden und deren Ergebnisse sind bei der Überarbeitung der Vorlage darzustellen und zu berücksichtigen.

Eine Vernehmlassung zu einer derart unvollständigen Vorlage muss notgedrungen nicht allzu detailliert ausfallen. Obwohl die SGCI die Vorlage gesamthaft zurückweist, nimmt sie zu einigen wichtigen Teilen Stellung. Sie behält sich ferner vor, zu einer überarbeiteten und ergänzten Vorlage nochmals in allen Teilen Stellung zu nehmen.

2. Die Notwendigkeit der Revision

Die SGCI ist sich bewusst, dass das schweizerische Haftpflichtrecht formell und inhaltlich verbessert werden könnte. Unter diesem Aspekt ist auch eine Überarbeitung des Haftpflichtrechts durchaus angezeigt. Gesetzgeber und Gerichtspraxis haben jedoch in den letzten Jahren und Jahrzehnten die wesentlichsten Lücken geschlossen oder Härten korrigiert. Ein Handlungsbedarf, wie er noch zurzeit der Auftragserteilung

bestanden haben mag, besteht heute in dieser Art und in diesem Umfang nicht mehr.

Eine Beurteilung, ob eine Revision - und gegebenenfalls in welcher Form und in welchem Umfang - noch nötig ist, darf sich nicht auf einen Vergleich von Haftungsnormen beschränken. Ebenso wichtig bei der Beurteilung ist, ob die Gefahren, für die grundsätzlich oder verstärkt gehaftet werden sollen, noch im gleichen Masse bestehen, wie dies zum Zeitpunkt des Revisionsauftrags der Fall war, oder ob nicht der zwischenzeitliche Erfolg anderer Bestimmungen und Massnahmen eine Neuurteilung nötig macht. Ebenso muss überprüft werden, ob die dem Auftrag zugrunde gelegten Annahmen und Hypothesen auf Grund der Erfahrungen, die seit Auftragserteilung gemacht wurden, noch zutreffen. So bedarf etwa die vielfach vertretene These, eine strengere Haftung bewirke automatisch eine höhere Sicherheit, der empirischen Nachkontrolle. Ein Vergleich mit den USA zeigt, dass die dortigen, überaus strengen Haftungsnormen oft zu Geschäftsaufgaben, aber selten zu höherer Sicherheit der Produkte im Vergleich etwa zu europäischen Produkten geführt haben. Wir wissen heute auch, dass das Haftpflichtrecht nur wirksam sein kann, wenn es Teil eines integralen Sicherheitssystems ist, welches a) eine sorgfältige Prüfung am Anfang der Tätigkeit, b) laufendes Monitoring der Auswirkungen einer Tätigkeit oder eines Produktes und Behebung von Fehlern und c) eine Haftung nur für die Verletzung der entsprechenden Pflichten umfassen muss. Eine strenge Haftung z.B. des Herstellers allein ist zudem oft kontraproduktiv, setzt sie doch oft falsche ökonomische Anreize und entlastet diejenigen, welche die Kontrolle über die Anwendung haben.

Beim Erlass von Spezialgesetzen haben die Behörden selbst hin und wieder erkennen lassen, dass sie selbst nicht von der Notwendigkeit besonders strenger Haftungsvorschriften überzeugt waren. So findet sich in der Botschaft zur Revision des Gewässerschutzgesetzes von 1991 zu den Haftpflichtbestimmungen der Hinweis, dass die extreme Strenge der privatrechtlichen Gefährdungshaftung nach diesem Gesetz in der Praxis bisher keine Rolle gespielt habe und daher nicht wirklich nötig gewesen sei. Auf eine Reduktion der Haftung solle aber verzichtet werden, denn es könnte ja sein, dass sie später einmal, vielleicht bei einem Katastrophenfall, sinnvoll sein könne. In Wirklichkeit genügten damals wie heute die (hier nicht zur Diskussion stehenden) öffentlich-rechtlichen Haftungsbestimmungen. Der Gewässerschutz wird sichergestellt und der Verschmutzer muss den eigentlichen Umweltschaden bezahlen: Dies gilt nicht nur für den Gewässerschutz, sondern auch für den Umweltschutz.

Eine Analyse der gesetzgeberischen Tätigkeit der letzten 20 Jahre zeigt, dass der Gesetzgeber bei seiner Tätigkeit das Schwergewicht bei der Regelung gefährlicher Tätigkeiten zu Recht nicht auf die Haftung, sondern auf Prävention gelegt hat, auf Verbote, wenn eine Tätigkeit als zu gefährlich erschien, und auf Verhaltensgebote, wenn eine Tätigkeit nach Auffassung des Gesetzgebers einer Regelung bedurfte. Das heutige, sehr hohe Sicherheitsniveau ist auf diese Massnahmen zurückzuführen. Ob dagegen eine Ergänzung durch eine extreme Haftung nötig ist, bleibt fraglich. Was wirklich gebraucht wird, ist eine Haftung, die den Verstoss gegen die oben

genannten Verbote und Gebote sanktioniert. Eine solche Haftung existiert aber in aller Regel bereits.

3. Mehrwert

Es bestehen ernsthafte Zweifel daran, ob der Vernehmlassungsentwurf wirklich erhebliche Vorteile aufweist, wie es im Kommentar dazu dargestellt wird. So behaupten die Autoren, die Angleichung der Vertragshaftung an die Verschuldenshaftung bringe eine Vereinfachung. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass die bisherige Regelung der Vertragshaftung für Nicht- und Späterfüllung des Vertrages weiter gelten soll, was einer Versplitterung der Vertragshaftung entspricht und damit den Vereinfachungseffekt aufhebt. Zudem ergeben sich zusätzliche Komplikationen bei der Abgrenzung zwischen positiver Vertragsverletzung und Nichterfüllung. Auch die angestrebte Vereinheitlichung der Verjährungsfristen wird nicht durchgehend realisiert und ebenso wenig wird eine grössere Übersichtlichkeit erreicht.

Auch die behauptete Verbesserung der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit bei der Anwendung muss kritisch hinterfragt werden. Die bewusst fehlende Definition des reinen Vermögensschadens führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Dasselbe gilt auch für die mangelnde Eingrenzung der neuen Organisationshaftung. Die Einführung von Beweiserleichterungen, die Anfechtbarkeit von Vergleichen sowie die Kostenvorschuss-Regelung für die Beweisführung sind, systematisch gesehen, nur Privilegien für die Geschädigten, sicher aber keine Massnahmen zur Herstellung der Rechtsgleichheit. Vor allem unbefriedigend erscheint der SGCI, dass der vorgeschlagene Gesetzestext nicht umfassend und klar genug ist, dass direkt aus dem Gesetz eine sachgerechte Einzellösung abgeleitet werden kann. Das trifft sowohl für den reinen Vermögensschaden als auch z.B. für die Definition dessen, was ein eigentlicher Umweltschaden ist, zu. Ob eine solche Rechtssetzungstechnik nach den Vorschriften der neuen Bundesverfassung (wonach grundlegende und wichtige Vorschriften Gesetzesnorm haben müssen) überhaupt noch zulässig ist, lässt sich mit Fug bezweifeln.

4. Fehlender Rechtsvergleich

Die Vorlage enthält zwar viele Einzelverweise auf Regelungen im Ausland, aber ein eigentlicher und systematischer Rechtsvergleich fehlt, wobei die Gründe für dieses Fehlen nicht erläutert werden, obwohl ein Rechtsvergleich aus mehreren Gründen unerlässlich erscheint. Zum einen müssen Regelungen in einem vom Export lebenden Land wie die Schweiz mit ausländischen Regelungen kompatibel sein und zumindest nicht Nachteile schaffen, zum anderen muss im Gesetzgebungsverfahren ein Rechtsvergleich mit Entwicklungen in der EU heute geradezu als zwingend erachtet werden. Bei diesen rechtsvergleichenden Darstellungen wäre zudem zu berücksichtigen, dass die Haftpflichtdiskussion sowohl in den USA als auch in der EU und in den einzelnen Mitgliedstaaten teilweise kontrovers verläuft. Es müssten deshalb zwingend die wesentlichen Tendenzen und Entwicklungen aufgezeigt werden.

Ein Vergleich mit dem Haftpflichtrecht der USA (Bund und einzelstaatliche Regelungen) ist zwar wegen des völlig anderen Rechtssystems schwierig, aber keineswegs unmöglich. Nötig ist der Vergleich, weil einzelne

Elemente der vorgeschlagenen Revision Entwicklungen und Gedankengut im US-amerikanischen Rechtsbereich berücksichtigen. Gerade wegen der extremen Ausgestaltung des Haftpflichtrechts in den USA und auch wegen der Übernahme einzelner Elemente kann ein Vergleich mit dieser Rechtsentwicklung beispielsweise aufzeigen, welche Entwicklungen bei uns unbedingt zu vermeiden sind.

Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass die oft übermässigen Urteile der US-amerikanischen (Jury-)Gerichtsbarkeit (verbunden mit dem System der „punitive damages“) in Produkthaftpflicht-Fällen zunehmend ihren eigentlichen Zweck verfehlen, nämlich eine Schadenskompensation zu schaffen und für sicherere Produkte zu sorgen. Sie nehmen immer mehr den Charakter einer Strafexpedition mit fatalen Folgen für die betroffenen Firmen an. Es ist dabei offensichtlich, dass amerikanische Produkte (z.B. Autos) dadurch nicht sicherer geworden sind als ihre europäischen und japanischen Konkurrenzprodukte. Wesentlich für den Rechtsvergleich sind die Erkenntnisse, dass eine Verschärfung der Haftung nicht notwendigerweise zu „besseren“ Ergebnissen oder Produkten führt und dass extreme Haftungsnormen Firmen und ganze Branchen in der Existenz gefährden können.

Zwei Elemente des amerikanischen Rechts sind von besonderer Bedeutung. Zum einen wurde die sogenannte „preemption“-Doktrin (wonach eine staatliche Bewilligung haftungsausschliessende Wirkung hat), im Unterschied zu Art. 50 Abs. 1 der Vernehmlassungsvorlage von der Praxis nie grundsätzlich durchbrochen, zum anderen sind die wenigen und bescheidenen Versuche, die übermässige Haftung wenigstens etwas zu beschränken, erfolgreich gewesen und haben die Branche wiederbelebt (z.B. der „General Aviation Revitalisation Act, 1994“).

Auch ein Vergleich mit dem EU-Recht ist zwar nur teilweise möglich, aber durchaus instruktiv. Zum einen hat es die EU bisher unterlassen, in einer Vertragsrevision (Maastricht etc.) die Rechtsgrundlagen für eine Harmonisierung des allgemeinen Haftpflichtrechts zu schaffen. Sie hat damit wohl auch die Aussage gemacht, dass Revision und Harmonisierung nicht vordringlich seien. Zum anderen hat sie in demjenigen Bereich, in welchem sie über entsprechende Kompetenzen verfügt, ein völlig anderes Vorgehen gewählt, wie die laufende Diskussion um das Umwelthaftpflichtrecht zeigt. Nicht ein ausformulierter Entwurf, sondern ein Grundsatzpapier (White Paper) wurde zunächst in die Vernehmlassung geschickt und die durch diese Vernehmlassung ausgelöste Diskussion wurde seither durch die Publikation von ökonomischen und anderen Analysen bereichert. Auch die ersten Diskussionen im europäischen Parlament betrafen die Grundsätze und nicht etwa einen Entwurf einer ausformulierten Direktive. Inhaltlich allerdings weist auch das „White Paper“ ähnliche Schwächen auf wie die Vernehmlassungsvorlage. In Sachen „Umweltschaden“ etwa ist auch das „White Paper“ nicht besser als die Vernehmlassungsvorlage, denn auch dort fehlt jede fassbare Definition des Umweltschadens. Nur am Rande sei zum Thema „Umwelthaftung“ vermerkt, dass der Vorschlag der Kommission und die Modifikationen der zuständigen Parlamentskommission in manchen Teilen (so fehlt etwa das Klagerecht der Umweltverbände in der Stellungnahme des Parlamentes) wesentlich weniger radikal sind als die nunmehr vorgeschlagene generelle

Gefährdungshaftung in der Schweiz oder gar die zurzeit in Diskussion stehende Haftungsregelung im Rahmen der Genlex. Die Schweiz würde einmal mehr durch besonders radikale Vorschläge zusätzliche Differenzen zur EU-Gesetzgebung schaffen.

5. Fehlender Bezug zu den ökonomischen Grundlagen von Haftpflichtregelungen

Zusätzlich zu den anderen Einwänden gegen den Expertenentwurf besteht ein wesentlicher Mangel der Vernehmlassungsvorlage darin, dass weder die ökonomischen Grundlagen des Haftpflichtrechtes noch die Auswirkungen auf das gesamtwirtschaftliche Umfeld geprüft worden sind.

- Ökonomie des Haftpflichtrechtes (law and economics)

Es existiert eine umfangreiche Literatur zu den ökonomischen Grundlagen der Ausgestaltung des Haftpflichtrechtes, mit dem Ziel, die im Zusammenhang mit den Schäden entstehenden Präventions- und Reparationskosten und damit den Schaden selbst zu minimieren und den Nutzen von wirtschaftlichen (und anderen Tätigkeiten) zu berücksichtigen. Die wohl wichtigste Erkenntnis dieser Analysen ist, dass - ausser in den wenigen Fällen, wo nur eine Partei den Schaden vermeiden kann - effiziente Lösungen meist darin bestehen, dass beide Parteien zur Vermeidung des Schadens beitragen. Zu den wenigen Fällen gehört etwa die Haftung für Staumauern, zu den häufigen Fällen etwa der Betrieb eines Autos, das Verhalten eines Fussgängers im Verkehr oder der Gebrauch eines Produktes.

Die Vernehmlassungsvorlage geht in keiner Art und Weise auf derartige Überlegungen ein, sondern postuliert eine massive einseitige Verschärfung des Haftpflichtrechtes zu Lasten des „Verursachers“. Jede so gestaltete Lösung schafft erhebliche volkswirtschaftliche Zusatzkosten, die vermieden werden könnten.

- Frage der Versicherbarkeit

Die Einführung z.B. einer allgemeinen Gefährdungshaftung, einer völlig undefinierten zivilrechtlichen Haftung für eigentliche Umweltschäden, die Ausdehnung der Organisationshaftung oder das Verbot von Haftungsbeschränkungen und Beweiserleichterungen schafft Haftungsrisiken, welche die generelle Frage der Versicherbarkeit, des allfälligen Versicherungsumfanges und der allenfalls von der Branche zu erwartenden Einschränkungen und Bedingungen aufwerfen. Die hieraus entstehenden ökonomischen und anderen Konsequenzen sind ebenfalls völlig unklar und offenbar nicht überdacht und unter dem Aspekt der Versicherbarkeit geprüft worden. Wir zweifeln stark daran, ob sich ein solches „Paket“ überhaupt versichern lässt.

- Gesamtwirtschaftliche und sektorielle Betrachtungen

Unter gesamtwirtschaftlicher Optik ist unbedingt zusätzlich zu klären, wie sich die durch die Vorlage nötig gemachten zusätzlichen Vorsorgekosten seitens der „Verursacher“ in etwa entwickeln könnten (sofern die technischen Möglichkeiten zu solchen Massnahmen bestehen und der abnehmende Grenznutzen berücksichtigt wird). Derartige Betrachtungen können und müssen für die wichtigsten Sektoren einzeln vorge-

nommen werden, und zwar unter Berücksichtigung des Einflusses auf die Innovation (Opportunity Cost).

Soweit durch die Revisionsvorlage die bisher geltenden sektoriellen gesetzlichen Regelungen geändert werden, müssen diese Änderungen auch einzeln und für einzelne Teilbereiche untersucht werden.

Stellungnahme zu ausgewählten Bestimmungen / Vorbemerkungen

Funktionen des Haftpflichtrechts im allgemeinen

Die Revision des Haftpflichtrechts ist ein Projekt von grösster wirtschaftlicher, politischer und wissenschaftlicher Bedeutung; sie betrifft ausserdem ein Kerngebiet des Privatrechts. Es ist deshalb mit grösstmöglicher Sorgfalt darauf zu achten, dass ob allem Revisionseifer nicht die elementaren Grundsätze des Haftpflichtrechts verschüttet werden. Darüber hinaus ist das Haftpflichtrecht keine vom restlichen Obligationenrecht isolierte Materie, sondern es existieren zahlreiche Querbezüge (z.B. das Schadensrecht). Eine Änderung haftpflichtrechtlicher Bestimmungen muss daher ins Gesamtsystem des Schuldrechts passen. Die Vernehmlassungsvorlage verletzt diesen Punkt insbesondere bei der partiellen Gleichschaltung von Delikts- und Vertragsrecht, bei der zu wenig die Konsequenzen der Änderung für das Vertragsrecht bedacht wurden.

In diesem Zusammenhang erinnert die SGCI daran, dass im schweizerischen Haftpflichtrecht keine Regel existiert, wonach für jeden Schaden zwingend eine Ersatzpflicht besteht oder geschaffen werden muss. Dies ist wichtig zu vermerken, da durch die Revision die Ersatzpflicht qualitativ und quantitativ erheblich ausgeweitet werden soll, ohne dass - wie bereits sub Ziff. I festgestellt wurde - eine ökonomische oder sozialpolitische Begründung für diese Ausdehnung erbracht wird.

Aus dogmatischer Sicht begründen somit Haftpflichtnormen eine Ausnahme zum Grundsatz, dass jeder seinen Schaden selbst tragen muss; als Anspruchsgrundlage für die Schadenersatzpflicht haben sie aber gleichzeitig die Funktion, die Haftpflicht zu begrenzen. Haftpflichtrechtliche Normen haben ausserdem die Aufgabe, Schadenskosten nach gerechten, ökonomisch vertretbaren und für die Rechtsunterworfenen voraussehbaren Kriterien zu verteilen (distributive Funktion). Verschiedene geplante zentrale Bestimmungen verletzen diese Prinzipien (z.B. Art. 46 [Widerrechtlichkeit], Art. 50 [Allgemeine Gefährdungshaftung]). Auch aus rechtsstaatlicher Sicht weckt die damit verbundene ausufernde Haftung ernste Bedenken, da derartige Blankonormen das verfassungsrechtlich verankerte Legalitätsprinzip verletzen. Jenes besagt, dass die grundlegenden Bestimmungen und Wertungen vom Gesetzgeber selbst zu erlassen sind und nicht in die Hände der Rechtsprechung gelegt werden dürfen.

Tendenz zur Sozialisierung des Haftpflichtrechts

Der Vorentwurf enthält eine ganze Reihe von verfahrens- und beweisrechtlichen Bestimmungen (z.B. Art. 52a, 56c, 56d, 56f-h VE), welche dem Geschädigten die Durchsetzung seines Ersatzanspruchs erleichtern sollen. In Kombination mit der bereits angesprochenen Ausdehnung der Ersatzpflicht an sich führen diese Bestimmungen zu einer Instrumentalisierung des Haftpflichtrechts für die Zwecke des Sozialschutzes.

Dies kann und darf jedoch nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts sein. Im Gegensatz zu der Situation in den Vereinigten Staaten von Amerika besitzt die Schweiz ein gut ausgebautes Privat- und Sozialversicherungssystem, welches durchaus in der Lage ist, Härtefälle aufzufangen. Es ist mit anderen Worten nicht notwendig, dem Geschädigten à tout prix die Durchsetzung seines Ersatzanspruchs zu vereinfachen. Insbesondere die Regelung der Kosten, Entschädigungen und vorläufigen Zahlungen im Verfahren (Art. 56f-h VE) lassen den Verdacht aufkommen, dass nach der „deep pocket“-Theorie der Geschädigte ermutigt werden soll, Ersatzansprüche gegen denjenigen Schädiger gerichtlich durchzusetzen, der sich aus finanzieller Hinsicht als am lukrativsten erweist. Diese schlechende Amerikanisierung des schweizerischen Haftpflichtrechts ist in ihrer volkswirtschaftlich schädigenden Tendenz abzulehnen.

SGV: Der SGV hat sich im Zusammenhang mit der rubrizierten Revision an den Arbeiten der von der economiesuisse eingesetzten Expertengruppe beteiligt. Folgedessen teilt er grundsätzlich die von dieser Seite eingebrachte Beurteilung. Darüber hinaus liegt ihm daran, die vereinigten Hauptkritikpunkte seiner gewerblichen Mitgliedorganisation im bestätigenden und ergänzenden Sinne in einer eigenen Vernehmlassung aufzunehmen.

Aus der Sicht des SGV ist die Zielsetzung einer Vereinheitlichung und Revision im Sinne einer Vereinfachung des Haftpflichtrechts grundsätzlich zu unterstützen.

Leider wird mit dem Expertenentwurf diese Zielsetzung in keiner Weise erreicht. Vielmehr zeichnet sich die Vorlage durch eine inakzeptable Ausdehnung der Haftpflicht primär zu Lasten der unternehmerischen Tätigkeit aus. In der vorliegenden Fassung droht eine Instrumentalisierung des Haftpflichtrechts nach amerikanischem Vorbild für den Zweck des Sozialschutzes.

Die Revisionsvorlage stellt eine vorzügliche Gesamtschau des Haftpflichtrechts aus juristischer Sicht dar. Aussagen zu den wirtschaftlichen Auswirkungen dagegen bestehen nur punktuell. Die in der Vorlage vorgesehen Haftungsverschärfungen (Ausdehnung der Haftung auf Vermögensschäden in gewissen Bereichen, Haftung für Unternehmungen, Gefährdungshaftung, Regress gegen den Haftpflichtversicherer, Tier- und Werkhalterhaftpflicht usw.) führen zu massiven Erhöhungen des Risikoteiles der Prämien. Gerade für die KMU ist die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit von entscheidender Bedeutung. Diese ist zwingend der Vorlage beizufügen.

Im Weiteren fehlt die Stellungnahme des Bundesrates, welcher bei Geschäften dieser Tragweite eine ebenfalls entscheidende Rolle zukommt.

Aus diesen Gründen sieht sich der SGV gezwungen, den Expertenentwurf zurückzuweisen. Er empfiehlt, die Überarbeit raschmöglichst unter Einbezug der Wirtschaft an die Hand zu nehmen.

Der SGV weist die Vorlage entschieden zurück. Er wird diese offensichtlich sozialpolitisch motivierte Akzentverschiebung, welche vorwiegend zulasten der Unternehmen, insbesondere der KMU, vorgenommen wird, unter keinen Umständen tolerieren.

Uni ZH: Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat sich im Rahmen eines Kolloquiums mit dem Vorentwurf des oben erwähnten Bundesgesetzes befasst. Grundlage bildeten vier Referate von Fakultätsmitgliedern, deren Kritik am Vorentwurf breite Zustimmung gefunden hat. Neben positiven Ansätzen enthält der Vorentwurf eine Reihe von sehr bedenklichen Vorschlägen, die internationalen Tendenzen entgegenlaufen und zu Fehlentwicklungen des Haftpflichtrechts führen würden. Die Einzelheiten mögen Sie bitte den vier beigelegten, schriftlich ausgefertigten Referaten entnehmen. Zahlreiche Aspekte, die in den Vorentwurf Eingang gefunden haben, wurden schon während der Vorbereitungsarbeiten von rechtswissenschaftlicher Seite zum Teil heftig angegriffen, ohne dass die oft berechtigte Kritik Änderungen zu bewirken vermochte. Wir möchten daher unsere grosse Besorgnis zum Ausdruck bringen und hoffen darauf, dass unsere Ausführungen Ihre volle Aufmerksamkeit finden werden.

Uni ZH Honsell: Der Entwurf strebt eine Neuordnung des gesamten Haftpflichtrechts an, das modernisiert und in ein neues System gebracht werden soll. Er enthält zahlreiche Neuerungen, die interessant sein mögen, aber nicht gesetzesreif sind. In seiner jetzigen Form wirft er mehr neue Fragen auf als er alte beantwortet.

An der angeblichen Unübersichtlichkeit und Zersplitterung des Haftungsrechts ändert der Entwurf nichts. Diese Klage bezog sich vor allem auf die Gefährdungshaftungsgesetze, welche der Entwurf neben der Generalklausel des Art. 50 bestehen lässt.

Auch sprachlich, gesetzestechnisch und systematisch ist das Gesetz nicht ausgereift. Schon wenn man die alte und die neue Grundnorm vergleicht, fallen wortreiche und inhaltsleere Formulierungen auf, die weit hinter Stil und Sprache des OR zurückbleiben:

... Der neue Art. 41 Abs. 1 braucht für eine völlig inhaltsleere Verweisung auf den Begriff der Zurechnung, mit der überhaupt nichts ausgesagt wird, mehr Worte als die umfassende Generalnorm von Art. 41 Abs. 1, deren Regelungsgehalt (Schaden, Verschulden, Verursachung, Rechtswidrigkeit) sich im Entwurf über vier langatmige Artikel verteilt (Art. 41, 45, 46, 48). Wichtiger als eine Leerformel über Zurechnung wäre ein Bekenntnis zum Prinzip der Nichthaftung, dass grundsätzlich jeder seinen Schaden selber tragen muss, die alte Regel *casum sentit dominus*, die z.B. in § 1311 ABGB enthalten ist.

Auch zur Frage des Kausalzusammenhangs findet man nur eine Leerformel, die sich an der Grenze zur Tautologie bewegt. So ist nach Art. 47 „Eine Person [ist] nur ersatzpflichtig, soweit der ihr *zuzurechnende* Sachverhalt zum Schaden in einem *rechtlich bedeutsamen* Ursachenzusammenhang steht“.

Umständliche, um Vollständigkeit bemühte Aufzählungen von Haftungsgründen oder Schadensarten werden mit einer Art „Angstklausel“ versehen: Alle Aufzählungen sollen nur beispielhaft und unvollständig sein (vgl. die ständige Wiederholung des Wortes „namentlich“ in Art. 41 Abs. 2 und 45a ff. oder „insbesondere“ passim). Weshalb gilt etwa die neue, umfassende Zurechnungsnorm von Art. 41 Abs. 2 nur beispielhaft? Kennen die

Entwurfsverfasser schon jetzt weitere Fälle oder haben sie nur Angst vor dem „Schuss ins Dunkle“?

Unsicherheit verrät auch der häufige Hinweis auf Treu und Glauben. Dieser Grundsatz eignet sich weder als neuer genereller Haftungsgrund (Art. 46 Abs. 2), noch gibt er für die Frage der Ersatzfähigkeit von Schäden etwas her (Art. 45d, 45f).

Inhaltlich kritikwürdig erscheint vor allem die Gleichschaltung von Vertrags- und Deliktshaftung und die unklare Erstreckung der Haftung auf reine Vermögensschäden. Ferner die Subjektivierung des Verschuldens und der zu weite Gefährdungstatbestand, der auf gefährliche Tätigkeiten abstellt. Überwiegend sind dies zweifelhaftes Neuerfindungen, die begrifflich und systematisch nicht ausgereift und durch mangelnde dogmatische Vertiefung gekennzeichnet sind. Weiter enthält der Entwurf in Art. 54 ff. und 56 ff. etliche *leges fugitivae*, also Regelungen in falschem systematischen Zusammenhang die ins VVG oder ins Prozessrecht gehören.

... Nach dem Gesagten ist klar, dass das Gesamturteil über den Entwurf negativ ausfallen muss. Auch wenn es im einzelnen positive Aspekte gibt, die hier nicht mehr alle besprochen werden können, enthält der Entwurf in zentralen Bereichen zu viele fragwürdige Neuerungen und zu viele legislative Mängel. Betrachtet man das geltende Haftpflichtrecht und die dazu ergangene Rechtsprechung, so muss man die Notwendigkeit einer Totalrevision klar verneinen. Denn die meisten Probleme werden befriedigend gelöst. Einige Detailkorrekturen würden genügen. Demgegenüber wäre die Einführung des Entwurfs mit einem zweifelhaften Gerechtigkeitsgewinn und beträchtlicher Rechtsunsicherheit verbunden.

Uni ZH Portmann: Vorentwurf und Erläuternder Bericht stellen ohne Zweifel eine eindruckliche wissenschaftliche Leistung dar, der für die Entwicklung des Haftpflichtrechts grosse Bedeutung zukommt. Echte Fortschritte bilden etwa folgende Punkte, die zum Teil eigentliche Meilensteine sind:

- die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)
- die Haftung für Umweltschaden (Art. 45d VE)
- die Ersatzfähigkeit der Kosten für Vorbeugemassnahmen (Art. 45f Abs. 1 VE)
- die Regelung bei Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE)
- die Aufgabe der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität (Art. 53b Abs. 1 VE) sowie die Begrenzung der Solidarität (Art. 53b Abs. 2 VE)
- die Flexibilisierung der Schadenstragung im Innenverhältnis unter Aufgabe der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR (Art. 53c Abs. 1 VE)
- das unmittelbare Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer (Art. 54c VE)
- die Verlängerung der Verjährungsfristen (Art. 55 VE) sowie die Klärung der Verjährung von Rückgriffsansprüchen (Art. 55c VE)
- die Ausgestaltung der Tierhalterhaftung zu einer Gefährdungshaftung (Art. 60 VE)

Demgegenüber gibt es auch Aspekte, die – zum Teil erhebliche – Bedenken wecken. Mit ihnen befassen sich die nachfolgenden Darlegungen, beschränkt auf die fundamentalen Bereiche

- der Haftung zwischen Vertragspartnern
- des Schadens
- der Widerrechtlichkeit
- des Kausalzusammenhangs
- des Verschuldens
- der Systematik der Haftungsgründe

**32 Revision des OR oder Spezialgesetz über die Haftpflicht?
Révision du CO ou loi spéciale sur la responsabilité civile?
Revisione del CO o legge speciale sulla responsabilità civile?**

AG: Aus gesetzessystematischen Gründen bevorzugen wir eine Revision des OR gegenüber dem Erlass eines Spezialgesetzes zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Die Regelung im OR dient der Übersichtlichkeit und ist auch sachlich gerechtfertigt, da zwischen dem Haftpflichtrecht und den übrigen Regelungen des OR zahlreiche rechtliche Zusammenhänge bestehen. Eine Ausgliederung in ein Spezialgesetz würde demgegenüber wiederum der Zersplitterung Vorschub leisten.

AR: Hinsichtlich der Frage, ob der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts in einen eigenständigen Erlass geregelt oder ins OR eingefügt werden soll, ziehen wir die zweite Variante vor. Einerseits stellen unerlaubte Handlungen und ihre Folgen einen Idealtypus der Obligation dar, andererseits bestehen vielfältige Verflechtungen zwischen dem Vorentwurf und anderen Bestimmungen des OR (z.B. zwischen Art. 53b und Art. 136 Abs. 1 sowie Art. 144 ff. OR betr. Haftungskonkurrenz im Aussenverhältnis bzw. Solidarität).

BL: Kommt man zum Schluss, dass eine generelle Revision des Haftpflichtrechts durchzuführen ist - was vom Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft verneint wird - so stellt sich die Frage, ob der allgemeine Teil des Haftpflichtrechts weiterhin im OR geregelt werden soll. Die Integration des Haftpflichtrechts in das Obligationenrecht hat sich bewährt. Der Entwurf sieht vor, dass das vertragliche Haftpflichtrecht durch das neue Haftpflichtrecht geregelt werden soll. Es rechtfertigt sich deshalb insbesondere auch wegen der Bezüge zum Vertragsrecht, die haftpflichtrechtlichen Bestimmungen weiterhin in Art. 41 bis 61 des OR zu regeln.

BS: Wir sind damit einverstanden, dass die geplante Revision nicht in einem eigenständigen Gesetz, sondern im Rahmen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts verwirklicht werden soll. Damit wird die Einheit der Kodifikation gewahrt bzw. vergrössert, was angesichts der immer grösser werdenden Rechtszersplitterung sehr zu begrüßen ist.

FR: Nous sommes d'avis que les nouvelles dispositions peuvent être introduites par une révision du code des obligations, comme le proposent les experts.

GL: Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, letzteres integriert in das Obligationenrecht, ist zu begrüßen.

GR: Die Regierung begrüsst das gewählte Vorgehen zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch die Revision des OR sowie durch Änderungen, Aufhebungen und Globalverweise auf den Allgemeinen Teil des OR-Haftpflichtrechts (Art. 41-58 OR gemäss Vorentwurf) in den verschiedenen Spezialgesetzen. Zu Recht wurde dieses Vorgehen dem Erlass eines Spezialgesetzes vorgezogen. Eine in diesem Zusammenhang wohl erfolgte gänzliche Ausklammerung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts aus dem OR wäre sicher zu weit gegangen.

JU: Le rapport explicatif reste assez évasif sur l'option à adopter en vue de rendre sa cohérence au droit suisse de la responsabilité civile (rapport explicatif, page 22). La doctrine, quant à elle, propose plusieurs options réunies par Oftinger, Stark (op. cit., § 1, pt. 75ss). Ces différentes propositions mettent clairement en lumière les deux exigences nécessaires pour atteindre l'objectif fixé, soit:

- a. revoir complètement les art. 41ss CO;
- b. uniformiser les dispositions en matière de responsabilité civile qui se trouvent dans les différentes lois ainsi que dans le CO et le CC.

Selon nous, seules deux solutions peuvent être envisagées pour atteindre cet objectif. La première, retenue par l'avant-projet, consiste à créer une partie générale du droit de la responsabilité civile aux art. 41ss CO et à adapter ensuite les autres dispositions existantes en la matière en fonction de la partie générale.

Une seconde solution consisterait à créer un véritable Code de la responsabilité. Ce dernier contiendrait une partie générale ainsi que des dispositions spéciales, à l'image de ce qui se fait actuellement en France dans plusieurs domaines (Code des assurances par exemple). Cette solution présenterait, par rapport à la solution choisie, un nombre important d'avantages.

En premier lieu, elle permettrait de regrouper en une seule et même loi des règles qui sont actuellement disséminées dans l'ensemble de notre législation. Elle permettrait donc d'avoir une vue claire et exhaustive des questions liées au droit de la responsabilité au niveau fédéral et éviterait au praticien des recherches parfois fastidieuses. Elle permettrait de plus une classification claire des différents types de responsabilité par chapitre, ce qui éviterait à l'avenir que le législateur s'écarte de la systématique retenue. Elle atteindrait donc le but fixé par le législateur à l'appui de sa volonté de révision du droit de la responsabilité civile.

Enfin, formellement, cette solution éviterait les soucis de numérotation que connaît l'avant-projet ainsi que les renvois que le projet proposé a été obligé d'indiquer dans de nombreuses dispositions de lois spéciales (art. 135 al. 4 LAAM; art. 61 al. 1 LPCi; art. 3 al. 7 LRCN; art. 27 al. 2 LIE, ...).

Deux motifs principaux s'opposent cependant à l'adoption d'un tel code. Le premier touche à la systématique du droit suisse en matière de classification des sources des obligations dans le CO. En effet, le code procède à une division tripartite en distinguant: les obligations résultant d'un contrat, celles résultant d'un acte illicite et celles résultant de l'enrichissement illégitime (Gauch, Schluep, Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, Tome I, Editions Schulthess, Zurich, 1978, § 221).

Dès lors, si l'on écarte les obligations découlant d'un acte illicite du CO, on rompt la présentation logique de ce dernier. Ce problème pourrait cependant être simplement écarté par un renvoi à l'art. 41 CO au Code sur la responsabilité pour ce qui est de la responsabilité civile.

Un second argument s'oppose à l'adoption d'un tel code: il s'agit de la systématique du droit suisse. En effet, contrairement à la pratique française de ces vingt dernières années, le droit suisse n'a pas pour habitude de réunir l'ensemble des dispositions sur un domaine du droit donné qui se trouvent éparpillées dans l'ensemble de la législation dans une seule et même loi distincte des grands codes qui existent déjà.

Pourtant, force est de constater que l'on assiste actuellement en Suisse à un changement sur ce point. Tel est par exemple le cas de la Loi sur les fors, qui est entrée en vigueur au début de cette année et qui a regroupé les dispositions du droit fédéral en la matière (y compris dans le domaine de la responsabilité civile) ainsi que pour la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (non encore entrée en vigueur: FF 2000, p. 4657), qui coordonne enfin les dispositions générales des différentes législations suisse en matière d'assurance sociale.

A notre avis, ce changement est positif, car il a le mérite d'apporter une plus grande clarté et facilite l'accessibilité des règles de droit pour les citoyens. Toutefois, ces objectifs ne sont atteignables que dans la mesure où la compilation est complète et que celle-ci ne se fait pas à droit constant mais en apportant les modifications nécessaires à une bonne coordination du système mis en place (voir en France l'expérience malheureuse du Code de la consommation qui constitue une codification „à droit constant“).

Nous estimons donc que la commission a écarté à tort l'idée de créer une législation spéciale consacrée uniquement aux problèmes de la responsabilité. Elle présenterait à notre avis certains avantages par rapport à la solution proposée, ce d'autant plus qu'il convient, selon nous, de profiter de la réforme en cours pour réunir l'ensemble des dispositions relatives à la responsabilité dans une seule et même loi.

Si l'on examine certains codes français, notamment le Code de la consommation de 1993, on s'aperçoit que le législateur ne procède plus à la distinction classique entre règles de droit privé et de droit public. Il tente au contraire de réunir en un même code l'ensemble des dispositions sur un sujet donné pour en faciliter l'accessibilité.

Force est d'ailleurs de constater que la distinction classique entre droit public et privé a tendance à s'amenuiser et que certaines lois, comme par exemple celle contre la concurrence déloyale, protègent aussi bien des intérêts publics que privés. La nature de cette loi (droit public ou privé) peut d'ailleurs être discutée.

Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'un nouveau Code sur le droit de la responsabilité contienne également des dispositions de droit public. C'est d'autant plus vrai que la responsabilité de l'Etat présente d'importantes similitudes avec la responsabilité des particuliers, au point que certains auteurs estiment que la procédure civile est mieux adaptée pour résoudre

les cas de responsabilité de l'Etat et que les tribunaux civils sont mieux armés pour trancher de tels conflits.

De plus, le droit suisse procède déjà à un rapprochement entre les dispositions de droit public et de droit privé à son art. 61 CO, qui impose notamment aux cantons les règles des art. 41ss CO pour les actes commis par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie. En outre, les dispositions actuelles de la Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération (RS 170.32) renvoient déjà explicitement à son art. 9, al. 1, aux art. 41ss CO et l'avant-projet ne fait que renforcer ce lien étroit (voir les art. 9 LRC et 42 CO du projet).

Dès lors, dans l'hypothèse de la création d'un Code fédéral en matière de responsabilité, cette loi pourrait être, sans aucune difficulté, insérée dans ce dernier, ce qui présenterait un avantage certain au niveau de la clarté et de l'accessibilité des informations. Il nous paraît donc important, dans l'hypothèse de la création d'un Code, qu'il comprenne les dispositions de droit fédéral tant en matière de droit public que de droit privé.

En conclusion, au vu de ce qui précède, nous proposons, contrairement à la solution retenue par la commission d'experts, la création d'un véritable Code sur le droit de la responsabilité. Ce Code permettrait de réunir l'ensemble des dispositions éparses traitant de ce droit, qui présentent à l'évidence de très grandes similitudes.

Ce Code serait composé d'une partie générale, définissant les différentes notions et fixant les règles communes, puis d'une partie spéciale reprenant les règles particulières à chaque type de responsabilité. Ainsi, on disposerait d'un tronc commun, mais également de la possibilité d'introduire une réglementation distincte dans les domaines où une différente apparaît justifiée.

Cette solution est à notre avis meilleure que celle proposée par les experts, car elle va plus loin que cette dernière. En effet, non seulement elle coordonne les règles entre elles, mais elle crée également une unité formelle de la matière, facilitant et clarifiant le travail du praticien.

- LU:** Die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts halten wir für sachgerecht. Für diese Lösung spricht, dass das Haftpflichtrecht im Obligationenrecht verankert ist und die Rechtssuchenden die Materie auch nach der Revision am gewohnten Ort finden. Auch die Querverbindungen zum Vertragsrecht sprechen für diese Lösung.
- NE:** L'ampleur de la matière aurait pu justifier une loi particulière et les auteurs ont examiné cette possibilité pour lui préférer, en fin de compte, la solution d'une partie générale du droit de la responsabilité, intégrée au code des obligations. Cette solution nous paraît aussi s'imposer même si l'on doit admettre que sa lecture n'en est pas facilitée.
- SG:** Grundsätzlich begrüßen wir die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts.
- SO:** Wir begrüßen es, dass der Bund das Haftpflichtrecht mit einem allgemeinen Teil vereinheitlichen will und dass diese Regelung im Obligationenrecht Platz finden soll.

- SZ:** Die Zusammenführung und die Harmonisierung als Zielsetzungen der Revision des Haftpflichtrechts sind erwünscht und daher zu begrüßen. Sowohl die Einfügung des Haftpflichtrechts ins Obligationenrecht wie auch die Schaffung eines Spezialerlasses für die Haftpflicht haben Vor- und Nachteile: Für die Beibehaltung der bisherigen Eingliederung spricht, dass auf diese Weise das System des Schuldrechts mit den verschiedenen Entstehungsgründen einer Obligation beibehalten werden kann. Auch der Traditionsanschluss spricht für die vorgelegte Lösung. Für ein separates Gesetz spricht der Umstand, dass Einschleibeartikel mit Buchstaben schnell einmal den Eindruck der besonderen Kompliziertheit vermitteln. Insgesamt überzeugt die vorgelegte Lösung dennoch mehr.
- TG:** Sofern entgegen unserer eingangs dargelegten Auffassung gleichwohl eine einheitliche Fassung der Haftpflichtbestimmungen vorgenommen werden sollte, wäre der Erlass eines Spezialgesetzes einer Revision des Obligationenrechts vorzuziehen. Nachdem die Haftpflichtbestimmungen der privat- und öffentlich-rechtlichen Erlasse zusammengefasst werden sollen, sollte dies nicht durch eine Ausweitung eines Gesetzes, welches Bundesprivatrecht regelt, geschehen.
- TI:** Almeno due sono i motivi che ci inducono a condividere la proposta di inserire la nuova normativa nel CO: anzitutto perché, secondo la dottrina generale (che non vuol essere stravolta dalla nuova normativa), la responsabilità civile resta una forma di obbligazione, così come gli atti illeciti sono considerati generatori di obbligazioni alla stregua dei contratti e dell'indebito arricchimento; inoltre perché, in buona parte, le norme proposte prendono il posto dell'attuale Capo secondo del Titolo primo delle Disposizioni generali del codice, ossia *Delle obbligazioni derivanti da atti illeciti* (art. 41 e segg. CO). Se ne conclude che l'esclusione dal CO di queste norme ne comporterebbe una vera e propria amputazione.
- VD:** Le Conseil d'Etat est favorable au regroupement des normes relatives à la responsabilité civile dans le CO, plutôt que dans une loi spéciale, la responsabilité civile faisant partie intégrante du droit des obligations. Il relève cependant que la structure du projet présenté est confuse. Ainsi, selon son rapport explicatif, l'avant-projet maintient la distinction opérée entre responsabilité pour faute, responsabilité objective simple et responsabilité objective aggravée. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat distingue mal la raison pour laquelle l'AP isole deux formes de responsabilité objective, soit la responsabilité pour auxiliaires et la responsabilité pour risques, en les faisant figurer avant les dispositions communes en matière de responsabilité objective (cfr. ad art. 41 AP).
- VS:** La révision doit-elle s'insérer aux art. 41 et suivants CO ou faut-il édicter un code de la responsabilité civile? Le deuxième terme de l'alternative suppose de retrancher encore du CCS toutes les dispositions traitant de la responsabilité civile (art. 333, 426ss, 454ss, 679, 955 CCS notamment) et de suivre la proposition des experts d'unifier (partiellement) la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Le Conseil d'Etat est opposé à cette dernière solution. En conséquence, il recommande l'intégration de la révision aux art. 41ss CO, en respectant la systématique du code qui ne recourt pas à la subdivision de la matière en sous-chapitres comme le prévoit l'avant-projet.

Autre pourrait être la solution si notre remarque à propos de la densité normative devait être prise en considération. Une codification précise et systématique des principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence à propos de la responsabilité délictuelle au sens large (responsabilité aquilienne, objective simple et objective aggravée) pourrait trouver place dans une loi fédérale sur la responsabilité extra-contractuelle qui abrogerait toutes les dispositions disséminées dans notre ordre juridique.

- ZG:** Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts mit einem allgemeinen Teil in den Art. 41-58 des Vorentwurfs ist sehr zu begrüßen. Die traditionelle Verankerung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts im Obligationenrecht wird durch diese Revision fortgeführt. Die bzw. der Rechtsuchende vermag die Grundlagen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts weiterhin an gewohnter Stelle im Gesetz zu finden, was sicher auch im Sinn der Rechtssicherheit ist. Die engere Verknüpfung der haftpflichtrechtlichen Spezialgesetze (durch Verweise) mit dem allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ist wichtig und bringt neben einer gewissen Vereinfachung auch eine bedeutende Vereinheitlichung.
- ZH:** Da das Haftpflichtrecht dem Titel Entstehen von Obligationen zugeordnet wird, ist trotz der Extension eine Revision im Rahmen der Art. 41-61 OR aus Gründen der Systematik und Auffindbarkeit einer separaten Kodifikation vorzuziehen.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

- FDP:** Der Belassung des Haftpflichtrechts im Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) und dem Verzicht auf eine eigenständige Kodifikation ist zuzustimmen. Das Delikt als einer der wesentlichen Entstehungsgründe von Obligationen soll weiterhin im allgemeinen Schuldrechtskodex enthalten sein.

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

- ACSI:** Secondo l'ACSI tale unificazione può avere luogo mediante la revisione del codice delle obbligazioni, così come proposto dagli esperti, e senza dovere ricorrere all'adozione di una nuova legge speciale.
- AEROSUISSE:** Zur Frage, ob die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts oder durch Erlass eines Spezialgesetzes erfolgen soll, vertreten wir entschieden die Meinung, dass die von den Experten vorgeschlagene Lösung, nämlich die Revision des Obligationenrechts, vorzuziehen ist. Es wäre systematisch fragwürdig, die Entstehung der Obligation aus Vertrag und aus ungerechtfertigter Bereicherung im Obligationenrecht, die Entstehung der Obligation aus unerlaubter Handlung (heutiger Titel des 2. Abschnitts) in einem Spezialgesetz zu regeln, und es würde sich die Frage der Stellung des Spezialgesetzes über die Haftpflicht zu den Spezialgesetzen über einzelne Tätigkeiten stellen.
- bfu:** Wir würden es sehr begrüßen, wenn sämtliche haftpflichtrechtlichen Bestimmungen in einem Spezialgesetz zusammengefasst und harmonisiert würden. Rechtsuchende und -anwendende finden sich nämlich besser zurecht, wenn für Haftpflichtfragen nur noch ein übersichtlicher,

unter Beachtung des Rechtsgleichheitsgebots ausgestalteter Erlass konsultiert werden muss. Diese Lösung ist radikaler als die in der Vernehmlassung vorgeschlagene. Wenn man aber die Mängel der heutigen Regelung - insbesondere Unübersichtlichkeit und rechtsungleiche Normierungen - effektiv beseitigen will, sollte man vom gegenwärtigen System abweichen und eine wirkliche Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts anstreben.

FRI: Le fondement de l'avant-projet soumis à consultation est double: unification du droit de la responsabilité civile assortie de modifications d'importance. Disons d'emblée qu'il nous paraît souhaitable de réviser le Code des obligations plutôt que de créer une loi spéciale.

HEV: Unseres Erachtens ist eine Integration der haftpflichtrechtlichen Bestimmungen in das OR, wie von den Experten vorgeschlagen, aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Rechtssicherheit dem Erlass eines Spezialgesetzes vorzuziehen. Bereits heute enthalten zahlreiche Spezialgesetze Normen zum Haftpflichtrecht. Diese Normen sind miteinander teilweise nicht oder nicht genügend koordiniert, so dass eine sachdienliche und gerechte Beurteilung eines Sachverhaltes zum Spiessrutenlauf werden kann.

SAV: *Die systematische Einordnung ins Obligationenrecht erscheint richtig.* Grundlegende und allgemeine Grundsätze des Schadenersatzrechtes sollen im Obligationenrecht, der ureigenen „sedes materiae“ des Schuldrechts geregelt werden. Der Vorentwurf baut hier auf dem geltenden System auf, indem der OR-Abschnitt über die unerlaubten Handlungen zu einem „Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts“ ausgebaut wird; dies unter Beibehaltung der existierenden Spezialgesetze, in denen standardisiert auf das OR verwiesen wird. Diesem Konzept ist gegenüber dem Erlass eines neuen Haftpflichtgesetzes der Vorzug zu geben.

SBMV: Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement wirft in besagtem Schreiben zur Eröffnung der Vernehmlassung explizit die Frage auf, ob die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch eine Revision des Obligationenrechts – wie von den Experten vorgeschlagen – oder durch den Erlass eines Spezialgesetzes erfolgen soll. Dazu halten wir fest, dass wir die Vereinheitlichung durch eine Revision des Obligationenrechts begrüßen. Unseres Erachtens wäre es der Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit abträglich, wenn die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätze nicht mehr im Obligationenrecht integriert wären.

SBV: Nach unserer Ansicht würde zwar der Erlass eines Spezialgesetzes eine gute Lesbarkeit gewährleisten, aber wir ziehen trotzdem eine Revision des OR vor, weil auf Bestehendem aufgebaut werden kann, zumal das OR schon heute einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil kennt. Sonderbestimmungen sollen aber direkt in den Spezialgesetzen enthalten sein, damit sie dort zu finden sind, wo der übrige materielle Teil geregelt ist.

SGCI: Zunächst ist festzuhalten, dass - falls überhaupt revidiert werden soll - die SGCI der Meinung ist, die beabsichtigte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sei durch eine Revision des Obligationenrechts und nicht durch den Erlass eines Spezialgesetzes zu verwirklichen. Es ist der Übersichtlichkeit und Stringenz der Regelung abträglich, wenn die allgemeinen

haftpflichtrechtlichen Grundsätze nicht ins Obligationenrecht integriert werden, da zahlreiche dogmatische und praktische Bezüge zu andern Bestimmungen existieren.

- sia:** Der sia spricht sich, gemäss dem Vorschlag der Experten dafür aus, das Haftpflichtrecht durch eine Revision des Obligationenrechts zu vereinheitlichen. Die Vereinheitlichung durch Erlass eines Spezialgesetzes liefe dem Gedanke der Vereinheitlichung grundsätzlich zuwider.
- SVR:** L'ASM est d'avis que l'unification projetée du droit de la responsabilité civile doit être réalisée dans le cadre d'une révision du code des obligations - où elle trouvera sa place tout naturellement - et non au moyen d'une loi fédérale séparée.
- VKF:** Wir sind der Auffassung, dass das Haftpflichtrecht nach wie vor im OR geregelt werden sollte. Dies dient der Übersichtlichkeit und ist sachlich gerechtfertigt, da zwischen dem Haftpflichtrecht und den übrigen Regelungen des OR zahlreiche rechtliche Zusammenhänge bestehen. Eine Ausgliederung in ein Spezialgesetz würde demgegenüber wiederum der Zersplitterung Vorschub leisten und ist deshalb abzulehnen.
- VSGV:** Riteniamo che l'unificazione del diritto sulla responsabilità civile debba intervenire, come proposto dagli esperti, mediante una revisione mirata del Codice delle obbligazioni.

33 Vorschläge für zusätzliche Bestimmungen Propositions de dispositions supplémentaires Proposte di disposizioni supplementari

Kantone / Cantons / Cantoni

- BS:** Nach geltendem Recht besteht keine Spezialregelung für die Arzthaftung. Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass weder das Vertragsrecht noch das allgemeine Haftpflichtrecht auf die Besonderheiten des medizinischen Behandlungsverhältnisses zugeschnitten ist. Dies hat zur Folge, dass die Regeln der ärztlichen Haftpflicht massgeblich von der Rechtsprechung entwickelt worden sind. Unsicherheiten gibt es nach wie vor, etwa bei der Zuordnung medizinischer Tätigkeiten in das öffentlichrechtliche bzw. in das Privatrechtssystem. Es fehlen weiter spezifische Regeln der Arzthaftung, beispielsweise für die ärztliche Aufklärungspflicht, die wiederum für den Haftpflichtprozess in beweisrechtlicher Hinsicht wichtig ist. Weiter führt die Zersplitterung der Rechtsgrundlagen - kantonale Verantwortlichkeitsrechte, Bundesprivatrecht, Sondernormen im Gesundheitsrecht und im Sozialversicherungsrecht - zu Verunsicherung bei Patientinnen und Patienten und ihren Angehörigen.

Diese unbefriedigende Situation erfordert die Einführung einer Spezialregelung für das medizinische Behandlungsverhältnis. Eine solche Spezialregelung erscheint im Hinblick auf die bevorstehende Haftpflichtrechtsrevision besonders wichtig, denn es ist vorhersehbar, dass neue Haftpflichtregeln, etwa die Hilfspersonenhaftung (Art. 49, 49a des Entwurfs) oder die Gefährdungshaftung (Art. 50 des Entwurfs) im medizinischen Bereich zu neuen Abgrenzungs- und Auslegungsproblemen führen werden, die erneut durch höchstrichterliche Konkretisierung geklärt

werden müssten. Für den medizinischen Bereich erachten wir die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln gemäss Art. 43/43a als besonders problematisch.

Es ist uns durchaus bewusst, dass die Einführung einer Spezialregelung dem Revisionsziel der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts zuwiderläuft. Wir stellen allerdings fest, dass der Entwurf, wo dies sachlich geboten erscheint, mehrfach vom Vereinheitlichungsziel abweicht. Wir sind deshalb der Auffassung, dass eine Neukonzeption des Haftpflichtrechts die Erfahrungen bei der Anwendung der geltenden Normen miteinbeziehen und die entsprechenden Verbesserungen vornehmen sollte. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit dem geltenden Recht halten wir eine Spezialregelung für den medizinischen Bereich im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit als gerechtfertigt.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SP: Vgl. Abschnitt 341.46 vor Art. 56

Organisationen / organisations / organizzazioni

UniGE: Une lacune de l'avant-projet: la remise du gain

La fonction de la responsabilité pour acte illicite ou pour violation d'une obligation est de réparer la diminution patrimoniale subie par le lésé. L'accroissement du patrimoine réalisé par l'autre partie au moyen de l'acte illicite ou de la violation de l'obligation n'est pris en compte ni par les art. 41 ss CO, ni par les art. 97 ss CO, mais, traditionnellement, par les règles relatives à la gestion d'affaires sans mandat (art. 423 CO).

Depuis 1983, en particulier avec l'introduction du nouvel art. 28a al. 3 CC, le législateur veille à compléter la panoplie des actions en prévention, cessation, constatation du trouble et en réparation du dommage, par une action en remise du gain au moyen d'un renvoi aux dispositions sur la gestion d'affaires (art. 9 al. 3 LCD, 55 al. 2 LMF, 62 al. 2 LDA, 15 al. 1 LPD, 10 al. 1 Lto, 12 al. 1 lit. c Lcart). A la suite de ce premier renvoi, la doctrine s'est intéressée à la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) et, plus précisément, à la gestion imparfaite (art. 423 CO), comme en témoignent les nombreux ouvrages consacrés à cette question depuis lors. Ce nonobstant, la pratique a continué d'ignorer les possibilités ainsi offertes. La jurisprudence récente (ATF 126 / 2000 III 69; ATF non publié du 12 janvier 2000, SJ 2000 I 421; ATF 126 / 2000 III 382, SJ 2001 I 113), en revanche, a montré les applications fort utiles de l'obligation de délivrer le gain. L'avantage est double: la prétention n'est soumise ni à la condition du dommage, ni à celle de l'acte illicite. C'est ainsi qu'un locataire, resté dans les locaux après la résiliation du contrat de bail, s'est vu contraint de restituer au bailleur la différence entre le loyer perçu auprès du sous-locataire et le loyer principal, de même que la redevance de gérance versée par le sous-locataire. Le bailleur n'avait subi aucun dommage puisqu'il avait continué de percevoir le loyer. Les règles de la responsabilité civile ne lui auraient donc été d'aucun secours.

La doctrine souligne de manière constante que la remise du gain n'est pas à sa place à la fin du chapitre relatif à la gestion d'affaires sans mandat,

lui-même égaré dans les contrats spéciaux (par exemple, J. SCHMID, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in: *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, p. 433). Le moment est bien choisi pour tirer les conclusions qui s'imposent des renvois répétés de la loi à la remise du gain ainsi que des acquis de la doctrine et de la jurisprudence toute récente. La révision du droit de la responsabilité civile en cours doit en tenir compte et accorder à la victime d'un acte illicite, respectivement de la violation d'une obligation, le droit à la restitution du gain réalisé par l'auteur.

Si l'on admet que la remise du gain trouve sa place dans la partie générale, l'un des moyens de concrétiser les renvois législatifs serait d'ajouter un sous-chapitre au nouveau chapitre premier consacré aux „obligations résultant de faits dommageables“. Cette solution présente le désavantage de provoquer une confusion entre la remise du gain et la réparation du dommage. C'est pourquoi il serait préférable d'adjoindre un chapitre IIIbis au Titre premier („Des obligations résultant d'une atteinte à la sphère juridique d'autrui“).

Contenu des nouvelles dispositions:

- a) renvois législatifs, devrait être consacrée, au détriment des termes actuels „appropriation des profits“ qui figurent à l'art. 423 al. 1 CO.
- b) La restitution du gain doit être conçue, d'une part, comme un complément à la réparation du dommage résultant d'un acte illicite ou de la violation d'une obligation, d'autre part, comme le fondement général auquel renvoient les lois spéciales (art. 9 al. 3 LCD, 55 al. 2 LMF, 62 al. 2 LDA, 15 al. 1 LPD, 10 al. 1 Lto, 12 al. 1 lit. c Lcart). Il convient par conséquent de définir la gestion d'affaires de manière large, afin de régler toutes ces situations. La définition traditionnelle, selon laquelle il y a gestion d'affaires en cas d'atteinte à la sphère juridique ou aux affaires d'autrui („*Eingriff einer Person in eine fremde Rechtssphäre*“: SCHMID, p. 430), mérite d'être retenue.
- c) La remise du gain doit être subordonnée à la mauvaise foi de l'auteur, conformément à la jurisprudence récente et à une bonne partie de la doctrine, pour les motifs suivants:
 - il faut veiller à garder une cohérence au système formé par la réparation du dommage pour faute, d'une part, et par la restitution de l'enrichissement illégitime sans faute mais dans la limite de l'appauvrissement, d'autre part;
 - la mauvaise foi permet de justifier le fait que l'auteur soit tenu de restituer le gain qu'il a réalisé, dans l'idée que *das Unrecht soll sich nicht lohnen*;
 - elle permet également de limiter une obligation qui, imposée à celui qui n'est pas fautif, irait trop loin.
- d) Dans la mesure où la mauvaise foi est admise au nombre des conditions de la prétention, il n'est pas nécessaire de prévoir une application par analogie de l'art. 64 CO pour limiter l'obligation de restitution du débiteur.
- e) Il convient de laisser au lésé le choix entre la réparation du dommage et la remise du gain (concours alternatif entre les moyens). Dans certaines

hypothèses, le cumul des prétentions peut se justifier, pour autant qu'il n'en résulte pas une double indemnisation du lésé. Le cumul peut en particulier être admis lorsque la réalisation d'un gain est sans rapport avec le dommage subi. Par exemple, l'utilisateur sans droit d'un brevet réalise un gain au moyen de la vente du produit en violation du brevet; par ailleurs, étant donné que sa production est de mauvaise qualité, il provoque le retrait d'une autorisation pour un pays donné; le titulaire du droit peut prétendre à la réparation du dommage causé par la fermeture du marché et la diminution de sa clientèle, de même qu'à la restitution du gain réalisé par le contrefacteur.

- f) La prescription pourrait suivre les règles de la responsabilité délictuelle, soit trois ans dès la connaissance du gain et vingt ans dès la survenance de celui-ci (art. 55 AP; selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la prescription est d'un an selon l'art. 60 CO par analogie: ATF 126 / 2000 III 382, SJ 2001 I 113), sous réserve des cas où la prétention en réparation du dommage serait soumise à une prescription plus longue (art. 97 et 127 CO).

Proposition:

Art. 67bis

¹Celui qui, de mauvaise foi, réalise un gain au moyen d'une atteinte à la sphère juridique d'autrui est tenu de le remettre à cette personne.

²Les règles relatives à la fixation de la réparation sont applicables par analogie.

Art. 67ter

¹L'action en remise du gain se prescrit par trois ans à compter du jour où le titulaire a eu connaissance du gain ainsi que de la personne qui l'a réalisé, sauf si l'acte correspond aussi à la violation d'une obligation.

²Dans tous les cas, cette action se prescrit par 20 ans à compter du jour où l'atteinte à la sphère juridique s'est produite ou a cessé de se produire.

Uni ZH Schwarzenegger: (1) In den letzten 10 Jahren hat sich mit dem Internet ein anwenderfreundliches und kostengünstiges Kommunikationssystem etabliert, das Personen über alle Landesgrenzen hinweg verbindet. Die über das Internet verfügbaren Dienste (E-Mail, Newsgroup, Internet Relay Chat, FTP, WWW) haben traditionelle Kommunikationsmittel zu einem beträchtlichen Teil abgelöst. Weil sich Informationen dadurch mit geringem Aufwand und universaler Wirkung verbreiten lassen, eignet sich das Internet auch ideal für den sog. *elektronischen Geschäftsverkehr* (E-Commerce).

(2) Mit der rasanten Entwicklung des Internets zu einem virtuellen Markt geht eine starke Zunahme an juristischen Streitfragen einher, welche die Gesetzgeber der verschiedensten Länder zur Erarbeitung neuer rechtlicher Rahmenbedingungen veranlasst hat. „Eine der sowohl national als auch international am heftigsten *umstrittenen Fragen des Internet-Rechts stellt die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der verschiedenen Teilnehmer im Internet*, insb. der Host oder der Service Provider, dar.“

(3) Es überrascht und ist als Mangel zu vermerken, dass der Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes sowie der

Erläuternde Bericht der Experten hierzu diese Fragen soweit ersichtlich überhaupt nicht aufgreift, obwohl sie nach dem heute geltende schweizerischen Recht umstritten sind. Von besonderer Bedeutung sind neben der allgemeinen ausservertraglichen Haftung insbesondere die Haftungsgrundlagen des Urheberrechts, Wettbewerbsrechts und Markenrechts, welche wiederum auf das Obligationenrecht und somit auf das allgemeine Haftpflichtrecht verweisen (vgl. URG Art. 62 Abs. 2; Art. 9 Abs. 3 UWG; Art. 55 Abs. 2 ff. MSchG). Sollte sich im Haftpflichtrecht eine ebenso extensive Auslegung durchsetzen, wie sie zum Teil im Strafrecht vertreten wird, wäre mit einer lähmenden Prozessflut gegen die erwähnten Telediensteanbieter zu rechnen, da diese in der Regel einfacher zu beklagen sind als die Urheber der rechtswidrigen Schädigung und ein besseres Vollstreckungssubstrat bieten. Die Notwendigkeit einer eingehenden Abklärung und gesetzlichen Regelung der haftpflichtrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bereiche des Internets (und anderer Netzwerke) soll im Folgenden kurz dargelegt werden.

(4) Die deutsche Regierung hat als eine der ersten erkannt, dass die Rechtsunsicherheit im Bereiche der Internetkommunikation zu einer Behinderung des elektronischen Geschäftsverkehrs führen und ganz allgemein der Entwicklung zu einer modernen Informationsgesellschaft hinderlich sein könnte. Mit dem Inkrafttreten des Teledienstegesetzes und des Mediendienstestaatsvertrages zwischen den Bundesländern im Jahre 1997 wurde unter anderem eine explizite Verantwortlichkeitsregelung für die verschiedenen Teledienste- und Mediendiensteanbieter eingeführt (TDG § 5; MDStV § 5).

Im Wesentlichen handelt es sich um eine *Haftungseinschränkung* für rein automatisierte Vorgänge in Datennetzen (nämlich: einen *Haftungsausschluss* für automatisierte Zugangsvermittlung beim Access-Providers [TDG § 5 Abs. 3] und eine *Haftungseinschränkung* bei fremdgesteuertem (automatisierten) Abspeichern von Informationen auf einem Server bei Host-Providers [TDG § 5 Abs. 2]). Der deutsche Gesetzgeber hat es dabei vorgezogen, eine *horizontale gesetzliche Regelung oder Querschnittregelung* einzuführen, d.h. die identischen Verantwortlichkeitsregelungen von TDG § 5 bzw. MDStV § 5 gelten für alle Rechtsbereiche (Strafrecht, Haftungsrecht usw.) und gehen von der *ausgeübten Funktion des Internet-Providers* aus. Materiell-rechtlich handelt es sich um eine Reduktion von Haftungsrisiken aus *mittelbarer Rechtsgutsverletzung*.

(5) Wegen der wirtschaftlichen Bedeutung des Internets ist auch die *Europäische Union* diesem Modell gefolgt. Die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („*Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr*“) enthält in den Art. 12–14 eine dem deutschen Modell weitgehend entsprechende Verantwortlichkeitsregelung für Provider. Bis zum 17. Januar 2002 werden diese Vorgaben von den 15 Mitgliedsstaaten in das nationalstaatliche Recht umzusetzen sein. Wesentlich daran ist, dass sie als Vollharmonisierung der Rechtsordnungen konzipiert sind, d.h. die Mitgliedsstaaten dürfen *weder weitere noch engere Regelungen* im nationalen Recht vorsehen. In Frankreich, England und Deutschland sind entsprechende Gesetzesrevi-

sionen im Gange, wobei die Umsetzung *bis zum Herbst 2001* angestrebt wird.

(6) In der Schweiz ist die Diskussion v.a. auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern konzentriert. In diesem Bereich ist die Rechtslage besonders verworren: Einerseits vertritt die Bundespolizei ebenso wie ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz die Auffassung, eine strafrechtliche Verfolgung von reinen Access-Providern nach den allgemeinen Regeln (insbes. Gehilfenschaft, Art. 25 StGB) bzw. nach der Spezialregelung für Mediendelikte (Art. 27, 322^{bis} StGB) sei möglich, andererseits wird dies in der Lehre mehrheitlich abgelehnt. Dies hat dazu geführt, dass am 7.3.2001 im Ständerat eine *Motion* beraten und angenommen wurde, die grundsätzlich auch auf die Zustimmung des Bundesrat stiess. In dieser Motion wird ein *Vorgehen in zwei Phasen* vorgeschlagen: In einer ersten Phase soll eine minimale Ergänzung des Medienstrafrechts und eine Zentralisierung der Strafverfolgung beim Bund realisiert werden. In einer zweiten Phase sieht die Motion eine entsprechende *Anpassung des Zivilrechts (Haftpflichtrechts, Immaterialgüterrecht)* und öffentlich-rechtlicher Erlasse, z.B. des Fernmeldegesetzes, vor. Eine horizontale Regelung, wie sie die *Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr*, 2000/31/EG, vorsieht, ist nicht zu empfehlen, weil sie zu grossen Anpassungs- und Auslegungsschwierigkeiten in den einzelnen Rechtsgebieten führt. Die deutsche Diskussion über die Bedeutung von TDG § 5 im Verhältnis zum Allgemeinen Teil des StGB oder des BGB zeigt, dass eine begriffliche Integration in den Katalog der Unrechtsvoraussetzungen nur schwer durchzuführen ist. In anderen Fragen, wie z.B. derjenigen nach der Verantwortlichkeit für Hyperlinks, ergibt sich aus der Querschnittregelung keinerlei Klarheit. Vorzuziehen ist daher eine separate Lösung der Verantwortlichkeit für mittelbare Rechtsgutsverletzungen durch an der Internetkommunikation Beteiligte in den einzelnen Rechtsgebieten.

(7) Die Frage nach der haftpflichtrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern sollte daher unbedingt im Rahmen der laufenden Revision aufgegriffen und diskutiert werden. Eine zivilrechtliche Lösung würde ebenso wie im Strafrecht zur Rechtssicherheit im Bereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs beitragen und den Internet-Providern klare rechtliche Rahmenbedingungen bieten, welche die Schweiz als Standort für Tele-, Medien- und Netzwerkdienste attraktiv machen. Gleichzeitig könnten die Haftungsvoraussetzungen für diese Dienste mit dem europäischen Standard in Einklang gebracht werden.

- 34** **Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs**
Des dispositions particulières de l'avant-projet
Le singole disposizioni dell'avamprogetto
- 341** **Obligationenrecht, erster Titel, zweiter Abschnitt**
Code des obligations, titre premier, chapitre II
Codice delle obbligazioni, titolo primo, capo secondo
- 341.01** **Art. 41**

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Aus systematischen Gründen sollte die Grundnorm (Art. 41 Abs. 1 VE) sämtliche allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht enthalten. Im Entwurf fehlt das Element der Widerrechtlichkeit. Wir schlagen vor, Art. 43 Abs. 1 VE wie folgt zu formulieren: „Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen *widerrechtlich* zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als ihr die Schädigung nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.“ Im Ingress von Art. 43 Abs. 2 VE ist „widerrechtlich zugefügter“ zu streichen.

Nach Absicht der Verfasser des Vorentwurfs sind die drei Zurechnungsgründe gemäss Art. 41 Abs. 2 VE gleichwertig. Zwischen den einzelnen Haftungstatbeständen besteht demnach Konkurrenz. Dies führt dazu, dass der Geschädigte beispielsweise sowohl gegenüber einer Person, die sich einer Hilfsperson bedient, als auch direkt gegenüber der schuldhaft handelnden Hilfsperson Ansprüche hat. Dies hat für den Schädiger und den Geschädigten negative Folgen (Rechtsunsicherheit, zusätzlicher Aufwand, unnötige Verfahren und Gefahr, dass die Schädiger sich die Haftung gegenseitig zuschieben). Aus diesen Gründen ist eine Reihenfolge der Zurechnungsgründe festzulegen. Die Haftung für schuldhaftes Verhalten soll lediglich subsidiär bestehen.

BL: Neu werden die grundlegenden Voraussetzungen der Haftung im Gesetz klar definiert. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, dient eine solche Auflistung doch der besseren Übersichtlichkeit für den Rechtssuchenden. Abs. 2 beginnt mit dem Satz „Zurechenbar ist ein widerrechtlich zugefügter Schaden namentlich“. Das Wort „namentlich“ deutet auf eine nicht abschliessende Aufzählung der zurechenbaren Schäden hin, was nicht nachvollzogen werden kann und klar abzulehnen ist. Mit Hilfe des Kommentars, welcher auch von den „wichtigsten“ Zurechnungsgründen spricht, könnten Kläger und Gerichte versucht sein, weitere Zurechnungsgründe zu konstruieren. Das Wort „namentlich“ ist deshalb zu streichen.

In Art. 41 fehlt zudem ein Hinweis, dass - vorbehaltlich gesetzlich ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen - die widerrechtliche Zufügung von Schaden Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht ist.

BS: Die Bestimmung ist unseres Erachtens kompliziert formuliert und nicht auf Anhieb verständlich. Nach genauerer Betrachtung zeigt sich, dass sie im Grunde nichts Neues beinhaltet. Gerade deshalb ist die Einführung des Begriffes der Zurechenbarkeit zu kritisieren, sollte doch auf neue Begriffe nur dann zurückgegriffen werden, wenn sie auch tatsächlich Neuerungen enthalten. Es ist zu befürchten, dass der Begriff so zu neuen Unklarheiten

und Diskussionen führt. Für die Praxis dürfte daraus mehr Rechtsunsicherheit resultieren als bis anhin.

JU: L'art. 41 CO du projet de loi constitue une avancée significative par rapport à l'art. 41 CO actuel. En effet, il met en évidence la multiplicité et la diversité des cas susceptibles d'entraîner la responsabilité d'une personne, tout en circonscrivant le droit de la responsabilité à la réparation des faits dommageables qui peuvent être imputés à une personne en vertu de la loi. Ainsi, contrairement au droit actuel, le nouvel art. 41 CO ne met pas l'accent sur la seule responsabilité pour faute.

La décision de la commission d'introduire des clauses générales pour les responsabilités du fait des auxiliaires et pour risque représente également une avancée bienvenue. En effet, il est impossible pour le législateur d'adapter suffisamment rapidement la législation en matière de responsabilité à l'ensemble des avancées technologiques actuelles, notamment en ce qui concerne la responsabilité pour risque. Par conséquent, le danger demeure de voir certains dommages non réparés en l'absence d'une disposition spécifique alors que des risques comparables mais dans d'autres domaines seraient par hypothèse soumis à la responsabilité pour risque par des dispositions spécifiques.

L'introduction de clauses générales est donc indispensable mais comporte néanmoins le danger d'amener une certaine insécurité juridique. Celle-ci peut en particulier être évitée si la disposition générale est suffisamment précise et claire. En l'espèce, le projet d'art. 50 CO ne semble pas poser de problèmes particuliers en matière de sécurité juridique. La seule difficulté réside dans la notion d'activité „spécifiquement dangereuse“, qui est à juste titre définie dans un al. 2. Cette clause générale est par conséquent suffisamment précise et n'entraîne pas de risque important d'insécurité juridique. Elle est d'ailleurs beaucoup plus claire que l'actuel art. 41 CO, qui a entraîné une importante jurisprudence, ou, par exemple, que la clause générale de la Loi contre la concurrence déloyale de 1986.

Nous avons cependant une petite réserve à émettre concernant la rédaction de l'art. 41, qui concerne le terme „notamment“ de l'al. 2. En effet, ce terme instaure une incertitude quant aux autres cas possibles auxquels le législateur pense. On ne voit en effet pas de prime abord quelles sont les autres fondements possibles de la responsabilité résultant d'un fait illicite. Dès lors, le retrait de cet adverbe et le rajout d'une lettre d ou d'un al. 3 paraissent préférables. L'al. 3 indiquerait par exemple: „Les cas particuliers de responsabilité résultant d'un fait illicite prévus par le Code civil, le Code des obligations et d'autres lois spéciales sont réservés“. Quant à l'art. 41, al. 2, lettre d, il pourrait être formulé ainsi: „d. à la personne responsable d'un fait illicite en vertu d'une disposition spéciale du Code civil, du Code des obligations ou d'une autre loi fédérale“.

NE: L'avant-projet innove de manière remarquable en reconnaissant deux nouvelles clauses générales de responsabilité faisant l'une et l'autre abstraction de toute faute. Il s'agit de la responsabilité pour les auxiliaires et de la responsabilité pour risque. Juxtaposées au régime de la clause générale de responsabilité pour faute, ces deux nouvelles clauses donnent à l'avant-projet une cohérence qu'il faut saluer et qui permet au

système de la responsabilité civile de tendre, dans la mesure du possible, vers l'unification souhaitée.

SG: Die Bestimmung will die allgemeinen Voraussetzungen jeder Ersatzpflicht hervorheben. Dazu gehört auch die Rechtswidrigkeit (Bericht, S. 58). Art. 41 Abs. 1 ist deshalb wie folgt anzupassen:

„¹Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen *widerrechtlich* zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als ihr die Schädigung nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.

VD: L'art. 41, al. 2 AP pose les trois catégories de responsabilité que connaît déjà le droit de la responsabilité civile soit: a. la responsabilité pour faute; b. la responsabilité objective simple; c. la responsabilité objective aggravée (pour risque).

La lettre a de cet art. renvoie aux art. 48 ss, relatifs à la responsabilité pour faute, la lettre b aux art. 49 ss AP, relatifs à la responsabilité pour auxiliaires et la lettre c aux art. 50 ss, relatifs à la responsabilité pour risque.

Le Conseil d'Etat ne voit pas pourquoi les art. 49 ss AP ne traitent que de la responsabilité pour les auxiliaires ; ne serait-il pas plus logique de regrouper dans un titre II intitulé „ Responsabilité objective simple „, auquel renverrait l'art. 41 al. 2 let. b AP, tous les types de responsabilité objective simple (dont la responsabilité pour les ouvrages de l'art. 61AP)?

De même, la responsabilité pour le fait d'un animal (art. 60 ss AP), qui est une responsabilité pour risque, pourrait figurer aux art. 50 s AP, dans un titre 111 intitulé „responsabilité pour risque“, auquel renverrait l'art. 41, al. 2 let. c AP.

VS: Le principe d'imputation (art. 41), selon lequel le devoir de réparation en raison d'un fait dommageable ne peut résulter que de la loi, contient la responsabilité dans des limites raisonnables et prévient la „*dérive à l'américaine*“. Le Conseil d'Etat y souscrit pleinement, tout comme il approuve les restrictions posées à la réglementation cantonale de la responsabilité des collectivités et de leurs agents (art. 43a) et le principe de la primauté du droit international (art. 44); il demande cependant que la notion d'„*exercice de la puissance publique*“, fondant une responsabilité de droit cantonal, soit délimitée dans un al. 2 nouveau de l'art. 43a.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

LPS: Vgl. zu Art. 42

Organisationen / organisations / organizzazioni

FRI: Le fait de reprendre les types de responsabilité du droit actuel, à savoir la responsabilité pour faute, la responsabilité objective simple et aggravée, nous paraît judicieux.

KF: Die Aufzählung in Absatz 2 ist nicht abschliessend („namentlich“). Es könnte aber erwähnt sein, dass die besonderen Haftungstatbestände aus anderen Gesetzen ebenfalls zurechenbar sind. Dies soll noch deutlicher die Beziehung des Allgemeinen Teils zu den Spezialgesetzen aufzeigen.

Bezüglich der Diskussion um die Existenz eines dualistischen Systems soll klar zum Ausdruck gebracht werden, dass in bestimmten Fällen eine Unterscheidung in vertragliche und deliktische Haftung unumgänglich ist. Wo das Delikt im Gegensatz zum Vertrag im Vordergrund steht, soll eine entsprechende Unterscheidung nicht vorgenommen werden, sondern nach den Bestimmungen über die ausservertragliche Haftung beurteilt werden.

SBVer: Hier fehlt u.E. die Umschreibung des nur beiläufig erwähnten Grundsatzes der Kausalität. Sie findet sich zwar in Art. 47 VE (s. dort), gehört u.E. jedoch eher in Art. 41 VE.

Uni GE: La norme fondamentale d'imputation de l'art. 41 AP commence par énoncer l'évidence: il y a responsabilité d'une personne si celle-ci remplit les conditions d'une norme fondant sa responsabilité. Dans cette optique, on ne perdrait rien à la biffer. Cette norme aurait été utile, si elle indiquait comment un fait illicite peut être imputé à une personne, ce qui constitue l'un des problèmes récurrents du droit actuel (cf. ATF 123 / 1997 III 306 c. 4, X. c. *Association de Développement de Colombier et Etat de Neuchâtel*). Elle n'en dit cependant rien.

341.02 Art. 42

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Abzulehnen ist die im Entwurf angestrebte weitgehende Anpassung der vertraglichen Haftung an die Vorschriften über die ausservertragliche Haftung. Unseres Erachtens überwiegen die Vorzüge des rechtshistorisch gewachsenen dualistischen Systems gegenüber dem vorgeschlagenen „Einheitssystem“. Es sei hier nur in aller Kürze auf die konkreten Rechtsprobleme hingewiesen, wie etwa die Schwierigkeit der Unterscheidung von Nichterfüllung (nach Art. 97 OR) und nicht gehöriger Erfüllung (nach Art. 41 ff. OR) bei Dienstleistungsverträgen oder die Abgrenzungs- und Definitionsschwierigkeiten zwischen positiver, negativer und „passiver“ Vertragsverletzung.

AR: Zu begrüssen ist die Vereinheitlichung der ausservertraglichen und der vertraglichen Haftung (Art. 42 VE). Die geltende Unterscheidung lässt sich mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtswirkungen (insbesondere Verjährung, Verteilung der Beweislast in Bezug auf das Verschulden, Haftung für Hilfspersonen und Haftungsausschluss) nicht rechtfertigen. Abweichende Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse sollen eine Ausnahme bleiben. Die Gleichstellung sogenannter „positiver Vertragsverletzungen“ und ausservertraglicher Eingriffe in Rechtsgüter sowie die damit verbundene Beschränkung der vertraglichen Haftung auf Nichterfüllung und verspätete Erfüllung ist im Prinzip ebenfalls zu befürworten.

BL: Art. 42 führt zu einer Vermischung der Deliktshaftung mit der Vertragshaftung. Die vorgeschlagene Regelung bringt keine Klärung. Ausserdem sind bisher keine Probleme in der Rechtsanwendung der heute geltenden Regelung aufgetreten. Das Vertragsrecht ist nach geltendem Recht für den Geschädigten günstiger als das Deliktsrecht, ist doch bloss eine Leistungsstörung geltend zu machen. Die Verlängerung der Verjährungsfrist entschärft die - mit Ausnahme der Schadenersatzpflicht wegen Nicht-

erfüllung oder verspäteter Erfüllung - nicht mehr zur Verfügung stehende vertragliche Haftung. Trotzdem kann der Änderung nicht zugestimmt werden, da sie keine entscheidenden Vorteile bringt, welche eine Reform rechtfertigten. Eine Vereinheitlichung alleine kann jedenfalls kein Grund sein um die Haftung für positive Vertragsverletzung ins Deliktsrecht zu überführen.

- BS:** Diese Bestimmung versucht, Vertrags- und Deliktshaftung unter einen Hut zu bringen. Dies tut sie jedoch nicht konsequent, da sie nur die positive Vertragsverletzung als Anwendungsfall der Deliktshaftung betrachtet, die Nicht- oder Späterfüllung jedoch dem Vertragsrecht überlässt. Damit lässt sie eine neue Aufsplitterung im Rahmen des Vertragsrechts entstehen, was insbesondere auch neueren Tendenzen widerspricht (vgl. den einheitlichen Vertragsverletzungstatbestand im Wiener Kaufrecht; CISG). Ob durch die neue Bestimmung eine Vereinfachung erreicht wird, sei zumindest bezweifelt.
- GR:** Eine wichtige Neuerung des Revisionsvorschlages besteht in der Oberführung eines Teils des vertraglichen Leistungsstörungenrechts vom Vertragsrecht ins Deliktsrecht. Neu sollen lediglich noch der Verzug und die Nichterfüllung sowie gewisse Sonderfälle nach vertraglichen Regeln beurteilt werden, während die nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages ausschliesslich nach deliktischen Normen zu behandeln wäre. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Regeln des Haftpflichtrechts den Interessen des Gläubigers an der vertragskonformen und schadenfreien Abwicklung des zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Sonderverhältnisses nicht durchwegs gerecht werden. Es bestehen nämlich wesentliche Unterschiede zwischen dem vertraglichen und ausservertraglichen Schadenersatzrecht, auf die hinzuweisen ist. Das Deliktsrecht kennt eine mildere Regelung der Hilfspersonenhaftung, andere Verjährungsregeln sowie eine für den Gläubiger ungünstigere Verteilung der Beweislast als das Vertragsrecht. Die im Vorentwurf in den erwähnten Bereichen vorgesehenen Verbesserungen zu Gunsten des Geschädigten ändern grundsätzlich nichts am Umstand, dass die Haftung aus Vertrag für den Gläubiger insgesamt auch künftig vorteilhafter sein wird als die haftpflichtrechtlichen Bestimmungen. Ganz besonders gravierend würde sich die Neuerung im Auftragsrecht auswirken. Insbesondere die auftragsrechtliche Norm von Art. 398 OR, der zahlreiche Dienstleistungsverträge unterliegen, ist im Grunde nur Ausfluss allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien und lässt sich kaum als "besondere Regel für ein einzelnes Vertragsverhältnis" bezeichnen. Werden künftig alle schlecht, sprich unsorgfältig erfüllten Aufträge ausschliesslich nach Deliktsrecht zu beurteilen sein, nicht oder verspätet erfüllte aber weiterhin nach Vertragsrecht? Damit würde eine Unterscheidung geschaffen, die sachlich unverständlich wäre, zumal die Abgrenzung zwischen Nichterfüllung, Verzug und nicht gehöriger Erfüllung gerade bei Aufträgen resp. Dienstleistungsverträgen ohnehin oft schwer fällt. Die vorgeschlagene Überführung eines Teils des vertraglichen Leistungsstörungenrechts vom Vertragsrecht ins Deliktsrecht ist nicht nur systemwidrig, sondern sie bringt auch zahlreiche praktische Schwierigkeiten mit sich. Dies hat seinen Grund letztlich darin, dass auseinander gerissen wird, was zusammengehört. Dem Gläubiger sollte nicht verwehrt werden, Vertragsverletzungen des Schuldners nach einheitlichen

Bestimmungen beurteilen zu lassen. Wohin bewegt sich das Vertragsrecht, wenn der Gläubiger vom Schuldner nicht mehr das verlangen kann, was er bei Vertragsschluss auf Grund des Vertrauensprinzips erwarten durfte, sondern nur, was Letzterer nach seinem Alter, seiner Bildung, seinen Kenntnissen und den übrigen persönlichen Eigenschaften (nach Art. 48a Abs. 2 OR gemäss Vorentwurf) gerade noch zu leisten imstande ist. Werden damit von der Rechtsordnung künftig „Ausreden“ statt berechnete Erwartungshaltungen geschützt?

Sowohl auf die Überführung der Regeln betreffend die Schlechterfüllung vom Vertragsrecht ins Deliktsrecht als auch auf die Subjektivierung des Verschuldensbegriffs sollte verzichtet werden. In diesen Punkten weist der Vorentwurf in die falsche Richtung.

JU: Les problèmes de la responsabilité civile et contractuelle sont intimement liés. Preuve en est l'adaptation jugée nécessaire par les rapporteurs dans le cadre de la présente réforme des articles en matière de responsabilité contractuelle (art. 97, 99, 100 et 101 CO).

A notre avis, l'argument retenu par la majorité de la commission d'experts pour écarter toute unification des deux branches de la responsabilité ne peut être retenu. Selon ces experts, la distinction entre les deux branches se justifie notamment par le fait que: „...le débiteur contractuel doit en principe répondre de manière plus stricte qu'un quelconque tiers avec lequel la personne lésée n'avait aucun rapport avant l'événement dommageable“ (rapport explicatif, pp. 23s).

Or, un tel argument n'empêche pas une unification, ou plutôt une réunion sous une seule et même loi de l'ensemble des règles consacrées à la question de la responsabilité. En effet, la création d'un Code sur le droit de la responsabilité n'empêcherait pas de procéder à des distinctions selon les fondements sur lesquels repose la responsabilité, dans la mesure où de telles différences se justifient.

Il ne s'agirait donc pas de fondre ces deux types de responsabilité mais de créer un système cohérent unifiant les points pour lesquels aucune distinction ne se justifie et posant des dispositions différentes lorsque cela apparaît nécessaire.

Un tel procédé présenterait le double avantage de la clarté et de la simplicité pour le praticien, qui pourrait avoir d'emblée toutes les dispositions en matière de responsabilité sous les yeux et s'apercevoir très rapidement des distinctions à faire entre la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle. Formellement, elle permettrait également d'éviter toute séparation entre les deux branches du droit de la responsabilité, comme c'est actuellement le cas dans le CO (art. 41–61 et 97–109).

Si nous sommes favorables à une telle solution, nous désirons aller encore plus loin. En effet, nous pensons qu'un nouveau Code sur le droit de la responsabilité devrait contenir non seulement des dispositions de droit privé, mais également reprendre les règles fédérales de droit public en matière de responsabilité.

Il est regrettable que la commission d'experts se refuse à réunir, à défaut d'unifier, les dispositions relatives à la responsabilité civile et contractuelle.

De notre point de vue, le projet de la commission présente un certain nombre de faiblesses.

En premier lieu, si les dispositions générales en matière de responsabilité contractuelle demeurent aux 97 ss CO, deux dispositions fondamentales se trouveront, si le projet est retenu, dans la partie générale du droit de la responsabilité civile, soit aux art. 42 CO et 46, al. 2 CO. Ce morcellement est regrettable, d'autant plus que l'art. 42 CO est d'une importance fondamentale puisqu'il modifie profondément l'approche actuelle en matière de responsabilité contractuelle. Le renvoi de l'art. 99 CO nous apparaît à cet égard insuffisant.

De plus, nous ne comprenons pas les motifs conduisant la commission à procéder à une distinction entre les dommages résultant d'une inexécution ou d'une exécution tardive de la prestation promise par contrat et ceux causés en violation d'une autre obligation contractuelle. La commission n'explique d'ailleurs à aucun moment ce qui motive une telle distinction qui nous paraît injustifiée, voire susceptible de poser des problèmes. En effet, il peut être, dans certaines hypothèses, très difficile de savoir si l'on a affaire à une inexécution ou à une mauvaise exécution du contrat.

Enfin, la commission a adopté une position ambiguë par rapport au rapprochement entre les responsabilités civile et contractuelle. En effet, d'une part, elle tente de limiter au maximum les différences entre les deux types de responsabilité et, d'autre part, elle désire maintenir une distinction entre elles.

A notre avis, il serait plus clair de traiter les deux types de responsabilité en même temps, quitte à instaurer, dans des dispositions spéciales, des distinctions lorsque cela s'avère nécessaire.

Malgré ces critiques, nous approuvons sans réserve l'abandon du concours entre responsabilités contractuelle et civile, ce qui a le mérite de clarifier la situation en la matière. Cependant, la rédaction de l'art. 42 du projet pourrait être, de notre point de vue, plus précis, en indiquant par exemple, dans un al. 2, que le concours est désormais exclu.

- LU:** Die Regeln des Haftpflichtrechts werden den Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger an der vertragskonformen und schadenfreien Abwicklung des zwischen ihnen und den Schuldnerinnen und Schuldner bestehenden Sonderverhältnissen nicht durchwegs gerecht. Beispielsweise kennt das Deliktsrecht eine mildere Regelung der Hilfspersonenhaftung und eine für die Gläubigerinnen und Gläubiger ungünstigere Regelung der Beweislast als das Vertragsrecht. (vgl. Art. von Thomas Koller in der NZZ vom 16. März 2001, Seite 16). Wir sprechen uns daher gegen eine Unterstellung der Schadenersatzansprüche aus vertragswidrigem Verhalten unter die deliktische Haftung aus, zumal dies auch mit den Tendenzen im internationalen Rechtsverkehr nicht in Einklang steht.
- NE:** Les auteurs du projet ont voulu maintenir une délimitation entre responsabilité délictuelle et contractuelle tout en renforçant l'unification des règles régissant la réparation des dommages. La norme qui en résulte et qui prévoit l'application des art. 41 ss aux dommages résultant de la violation positive du contrat est conforme au but poursuivi et doit être approuvée, même si elle peut faire craindre une péjoration de la situation de la per-

sonne lésée ou une atténuation par trop importante de la distinction entre illicéité et violation contractuelle.

La solution préconisée appelle néanmoins une critique. Elle ne prend pas suffisamment en considération le cas où il se justifie d'appliquer à la violation positive d'un contrat le régime de la responsabilité plus stricte prévu aux art. 97 et 101 du code des obligations suisse. Il en est ainsi notamment lorsque l'obligation violée est de résultat.

SO: Aus der Sicht der Gerichte und der rechtsuchenden Parteien vereinfachte es das Verfahren und die Urteilsfällung, wenn nicht mehr zwischen vertraglicher Haftung und Haftung aus unerlaubter Handlung unterschieden werden muss.

Allerdings ist für uns nicht klar genug geregelt, welche Bestimmungen nun für die Haftung des Schädigers für seine Hilfspersonen gelten (siehe unsere Bemerkung zu Art. 49 VE-OR).

TG: Der Sammelbegriff der positiven Vertragsverletzung umfasst auch den Fall der Schlechterfüllung. Es ist weder sinnvoll noch notwendig, Schadenersatzansprüche aus vertragswidrigem Verhalten neu grundsätzlich der deliktischen Haftung des Allgemeinen Teils zu unterstellen; die bestehende Regelung mit der dazugehörigen Rechtsprechung genügt. Im Hinblick auf die im Erläuternden Bericht mehrfach erwähnte Spital- und Arzthaftung, die sich im Kanton Thurgau seit dem 1. Januar 2000 nach Privatrecht bestimmt (vgl. § 6 Abs. 2 des Gesetzes über den Verbund der kantonalen Krankenanstalten; RB 8 11. 3 1), ist festzuhalten, dass die Revision die Beweislastverteilung bei der Verschuldenshaftung aus vertraglich basierender ärztlicher Tätigkeit grundsätzlich nicht verändern will. Insofern wäre das Vorliegen eines ärztlichen Kunst- und Behandlungsfehlers in einem Thurgauer Spital wohl als positive Vertragsverletzung das Beweisthema des Geschädigten.

TI: L'art. 42 AP prevede l'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile anche ai danni risultanti da violazioni contrattuali, fatte salve le disposizioni concernenti la responsabilità del debitore derivante da inadempimento o da adempimento tardivo o parziale, come pure le norme speciali relative a singoli rapporti contrattuali; ciò che rappresenta indubitalemente una modifica radicale nel sistema del diritto civile svizzero. Il Rapporto esplicativo espone dettagliatamente i motivi della scelta operata che, tra l'altro, intende porre la parte lesa nella stessa situazione di fronte a lesioni uguali, prescindendo cioè dall'esistenza o no di un rapporto contrattuale che rappresenta per lo più un aspetto secondario in una fattispecie di danneggiamento (Rapporto esplicativo, consid. 2.2.2.2). La soluzione proposta - al di là di ogni considerazione prima facie sull'opportunità dell'unificazione - appare comunque problematica. In particolare essa è di tale portata da incontrare critiche e opposizioni, piuttosto che suscitare consensi: in particolare già oggi v'è chi considera questo intervento solo parzialmente riuscito, così che v'è da chiedersi se non sia meglio rinunciarvi invece di affrontare un ulteriore notevole investimento intellettuale (e certamente di tempo) in vista di una completazione dell'opera legislativa intrapresa (cfr. Gauch, op. cit., pag. 338 e segg.). Si osserva inoltre che, a dipendenza di questa novità sostanziale, l'AP prevede una modifica dell'art. 97 cpv. 1 CO; in particolare la proposizione: Il *debitore* che non

adempie l'obbligazione *nel debito modo*... verrebbe sostituita da: Il debitore *che la (l'obbligazione) adempie soltanto parzialmente*... . E ciò per evidenziare che, mentre l'art. 42 AP concerne la fattispecie della lesione positiva del contratto, l'art. 97 CO resta applicabile, oltre che per l'inadempimento, anche in ogni altro caso di adempimento parziale, ovvero ad esclusione della lesione positiva degli obblighi contrattuali (Rapporto esplicativo, consid. 2.2.2.4). Che, nell'ambito della prospettata regolamentazione, il nuovo testo dell'art. 97 cpv. 1 CO - accanto all'art. 42 AP - basti per rendere evidenti le intenzioni del legislatore, può però suscitare almeno qualche dubbio.

VD: Cette disposition prête à confusion. Si la distinction entre violation positive du contrat et inexécution est relativement aisée en doctrine, il n'en va pas de même dans la pratique, la limite entre ces deux notions pouvant parfois être très floue. Or, il est important que le justiciable sache quelles règles il doit invoquer dans une action civile, notamment au vu des délais de prescription différents régissant les responsabilités délictuelle et contractuelle. Dans ces conditions, l'introduction de la disposition proposée est difficilement soutenable, du point de vue de la sécurité du droit, même si elle peut paraître justifiée en doctrine. Le Conseil d'Etat est donc d'avis de s'en tenir au système actuel.

VS: Une des principales divergences entre la Commission d'étude et les experts réside dans la tentative de réaliser une unification aussi entière que possible entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. La première y a renoncé, alors que les seconds prônent un rapprochement (art. 42). La critique de la solution actuelle ne manque pas de pertinence (rapport explicatif ch. 2.2.2.2). Les experts peinent cependant à dissiper le risque d'une péjoration de la situation de la personne lésée du fait de la violation du contrat et ne prétendent pas avoir identifié et analysé toutes les conséquences de l'abandon du système dualiste. De plus, l'unification du régime de la responsabilité n'est pas réalisée puisque le projet des experts maintient la distinction entre la responsabilité résultant d'un fait dommageable et celle découlant de l'inexécution du contrat; ils retiennent le critère de la violation passive (inexécution) ou active (exécution défectueuse) du contrat, tout en reconnaissant les difficultés auxquelles peut donner lieu cette distinction, spécialement dans les contrats de prestations de services (rapport explicatif ch. 1.3.3).

L'unification du droit de la responsabilité délictuelle constitue en soi un objectif ambitieux. Ses implications en droit privé, comme en droit public, sont nombreuses et conséquentes. Après treize ans d'efforts, les travaux se trouvent au stade de la procédure de consultation. Ne conviendrait-il pas de dissocier la responsabilité en raison d'un fait dommageable de la responsabilité pour violation d'une obligation contractuelle, et de renvoyer l'examen de cette dernière question à une procédure de révision séparée portant sur le droit des contrats?

ZH: Der Sammelbegriff der positiven Vertragsverletzung umfasst auch den Fall der Schlechterfüllung. Diese darf - als Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten - nicht der deliktischen Haftungsregelung unterstellt werden. Die Formulierung „vertragswidriges Verhalten“ differenziert somit zu wenig deutlich zwischen den einzelnen Fallgruppen der positiven Vertragsverletzung.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Zweiteilung - vertragliche und ausservertragliche Haftung - ist beizubehalten. Die Trennung der passiven von der aktiven Vertragsverletzung erscheint gekünstelt und wenig sinnvoll (S. 49). Entweder werden allgemeine oder vertragliche Pflichten verletzt und entsprechend sollen die Rechtsfolgen sein. Allerdings wird es auch weiterhin unausweichlich Zwischenstufen geben, quasivertragliche und quasideliktische Haftungen, die in analoger Rechtsanwendung den Grundsätzen einer der beiden Hauptkategorien zu unterstellen sind. Dabei geht es - entgegen einer verbreiteten Auffassung - nicht in erster Linie um Fragen allfälliger Regelungsdefizite im geltenden Recht (unterschiedliche Verjährungsfristen und Haftung für Hilfspersonen; Beweislastumkehr für das Verschulden der Vertragshaftung); diese könnten durch einen einfachen Federstrich des Gesetzgebers mit Leichtigkeit behoben werden.

Entscheidend sind vielmehr zwei andere Kriterien: die Widerrechtlichkeit und die Fahrlässigkeit. Beide beruhen dabei, letztlich gesehen, auf der rechtstatsächlich begründeten Beobachtung, dass man zwar jedermann ein gewisses und nicht zu niedrig anzusetzendes Mass an Sorgfalt schuldet, dass es aber um spezielle und demgegenüber höhere Sorgfaltspflichten geht, wenn man es mit einem Vertragspartner zu tun hat, d.h. mit jemandem, mit dem man in beidseitige Risikoüberlegungen eingetreten ist. Gegenstand des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ist die Abgrenzung offener Freiräume nach dem Massstab eines aus der allgemeinen Widerrechtlichkeit oder den guten Sitten gewonnenen ethischen Minimums.

Demgegenüber schafft der Vertrag eine Sonderbeziehung, in der durch autonome Rechtsgestaltung die Risiken der Partner begrenzt und damit insgesamt ein Rahmen gezogen wird, der ebenso für Fragen der Bindung wie der Haftung Bedeutung erlangt. Sorgfalt aber ist Begriffsmerkmal der nicht primär leistungsbezogenen vertraglichen Sorgfalt im Sinne der Vertragsverletzung wie des Verschuldens in der Erscheinungsform der Fahrlässigkeit. Der Gedanke schlägt daher auch auf den Verschuldensbereich und -begriff durch. Während im Deliktsrecht durchaus die Frage zu diskutieren ist, ob die zu beachtende Sorgfalt an den subjektiven Fähigkeiten des beanspruchten Haftpflichtigen zu messen ist (etwa wie im Strafrecht), d.h. dem Täter die Unsorgfalt nur soweit zum Verschulden gereicht, als er vermöge seiner psychischen und geistigen Fähigkeiten im Stande ist, das Erforderliche zu erkennen und zu leisten, muss im Vertragsrecht weiterhin der subjektive Wille hinter den Vertrauensgrundsatz zurücktreten und die Rechtsfolge im Zweifel nicht dem Willen sondern der begründeten Erwartung folgen, dass jeder Vertragspartner, der bestimmte Pflichten freiwillig übernimmt, sich auf ein objektives Sorgfaltsmass verpflichtet, d.h. auf die Fähigkeiten, welche von einer Person verlangt werden dürfen, die entsprechende vertragliche Leistungen anbietet und übernimmt. Daher haftet bekanntlich auch der Vertragspartner, der eine Sorgfalt verspricht, die wahrzunehmen er subjektiv gar nicht in der Lage ist, aus dem von vorneherein nicht erfüllbaren Versprechen (Übernahmeverschulden).

Demzufolge ist eine ausschliessliche Zuordnung der sogenannten positiven Vertragsverletzung zum Deliktsrecht abzulehnen. Positive Vertragsverletzung ist nicht gehörige Erfüllung, die sich weder der Nichterfüllung

(OR 97) noch dem Verzug (OR 102 ff.) zuordnen lässt, insbesondere die Missachtung sogenannter Neben- oder Verhaltenspflichten (Sorgfalts-, Obhuts-, Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten). Einmal ist die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenpflichten oft schwierig (insb. bei Verletzung von Sorgfaltspflichten im Dienstleistungsvertragsrecht, z.B. im Arztvertrag). Sodann sind bestimmte Nebenpflichten typisch leistungs- begleitend (etwa die Sorgfalt bei der Montage eines Werks) und daher mit der Hauptleistung untrennbar verknüpft. Schliesslich folgt aus der Sonder- beziehung des Vertrags ganz allgemein eine Verpflichtung zu loyalen Verhalten gegenüber dem Vertragspartner. Auch wenn diese Pflichten immer weniger allein aus dem Umstand des Vertragsschlusses, sondern unmittelbar aus ZGB 2 abgeleitet und daher als gesetzliche Pflichten ver- standen werden [nach der Theorie des sogenannt einheitlichen gesetzli- chen Schuldverhältnisses], sind sie ihrem Wesen nach - wie etwa die culpa in contrahendo - doch stets an eine über das ethische Minimum hin- ausgehende Sonderbeziehung gebunden. Ist diese Sonderbeziehung ein Vertrag, drängt sich das Verständnis der daraus resultierenden Haftung als vertragliche geradezu auf, ist sie ein vertragsähnliches Verhältnis (Quasikontrakt), steht auch hier die Anknüpfung an den Vertrag dogma- tisch näher als diejenige an das Delikt. Zudem ist schwer verständlich, weshalb bei gleichzeitiger Verletzung einer vertraglichen Haupt- und einer vertraglichen Verhaltenspflicht sich die Haftpflicht für jene aus Vertrag, für diese aus Delikt ergeben soll. Um an das Beispiel auf S. 62 anzuknüpfen: Wenn der Arzt (a) den Beinbruch schlecht operiert und (b) darüber hinaus die Schlagader durchtrennt, haftet er nach dem Vorentwurf für den primä- ren Behandlungsfehler vertraglich, für den sekundären aber deliktisch. Dies führt bei unterschiedlichen Ausgestaltungen der Haftpflicht (z.B. Verjährung, allenfalls auch Gerichtsstand) zu rechtlichen Komplikationen, die zu vermeiden und abzulehnen sind.

LPS: Nous n'acceptons pas l'union de deux responsabilités, celle pour acte illi- cite et la responsabilité contractuelle, qui sont réunies dans l'article 41. Il s'agit de deux responsabilités différentes, qui doivent donc être traitées de manière différente. On ne voit d'ailleurs pas en quoi la responsabilité pour inexécution contractuelle devrait être ainsi délictualisée. Il s'agit d'une remarque de principe, qui vaut même si les règles spéciales pour l'inexécution des contrats spéciaux priment cette règle de l'article 41.

SVP: In Art. 42 VE werden – unter Vorbehalten - die Bestimmungen der ausser- vertraglichen Haftung auf Schäden ausgedehnt, die durch vertragswidri- ges Verhalten verursacht werden. Ein solch tiefgreifender Systemwechsel wird entschieden abgelehnt, namentlich aus folgenden Gründen:

Das vertragliche und das deliktische Haftpflichtrecht orientieren sich an verschiedenen Massstäben. Bei der deliktischen Haftung ist auf die Wider- rechtlichkeit, bei der vertraglichen Haftung auf den Parteiwillen abzustel- len. Auch die Rechtsfolgen sind verschieden: Schadenersatz und Genug- tuung bei der deliktischen, positives oder negatives Vertragsinteresse und/oder Schadenersatz bei der vertraglichen Haftung. Im Deliktsrecht bestimmt das Gesetz, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter geschützt werden soll. Für alle weiteren haftungsbegrün- denden Tatsachen ist der Kläger beweispflichtig. Demgegenüber wird im Vertragsrecht das Verschulden des Schuldners vermutet.

Durch die Anpassung der vertraglichen und ausservertraglichen Haftungsprinzipien werden in unzulässiger Weise zwei verschiedene Systeme unseres Haftpflichtrechts miteinander vermischt.

Wenn auch vom Wortlaut abweichend, werden gemäss Lehre und Praxis grundsätzlich jegliche Formen der Vertragsverletzung unter Art. 97 Abs. 1 OR subsumiert, so auch qualitative Schlechterfüllung und die positive Vertragsverletzung. Indem nun die positive Vertragsverletzung dem Deliktsrecht unterstellt wird, wird de lege ferenda nicht einfach zwischen Delikts- und Vertragsrecht unterschieden werden müssen, sondern es ergäben sich schwierige Abgrenzungsfragen zwischen der Nichterfüllung und der qualitativ oder zeitlich nicht richtigen Erfüllung. Die teilweise Angleichung löst diese Abgrenzungsfragen zwischen Delikts- und Vertragsrecht also nicht und bringt zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.

Organisationen / organisations / organizzazioni

economiesuisse: Der vertraglichen und der deliktischen Haftung liegen verschiedene Wertungsmassstäbe zu Grunde. Das Deliktsrecht grenzt die Rechtskreise der Einzelnen voneinander ab, es bestimmt innerhalb welcher Grenzen jene ihre Interessen verfolgen dürfen. Rechtsfolge deliktischer Haftung sind Schadenersatz und Genugtuung, die in den weitaus meisten Fällen in Form von Geld geleistet werden. Das vertragliche Haftungsrecht orientiert sich demgegenüber am Parteiwillen. Grundsätzlich kann daher (im Rahmen der Freizeichnungsregeln) jedes Interesse durch die Parteien als schützenswert erklärt werden. Nicht nur der Tatbestand der Vertragsverletzung, sondern auch die Rechtsfolgen können autonom ausgestaltet werden. Im Deliktsrecht bestimmt das Gesetz, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter geschützt werden soll; des weiteren obliegt es dem Kläger, alle haftungsbegründenden Tatsachen (insbesondere das Verschulden) nachzuweisen. Anders im Vertragsrecht: Aufgrund der Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner wird das Verschulden vermutet und so gewährleistet, dass der Schuldner die ihm obliegenden Pflichten obligationengemäss wahrnimmt. Indem der Revisionsentwurf in Art. 42 VE die positiven Vertragsverletzungen dem Deliktsrecht unterstellen will, setzt man sich in Widerspruch zu ausländischen Lösungen (wie z.B. die deutsche Schuldrechtsreform). Dies führt zu einer unergiebigen Verlagerung des Problems der Abgrenzung. De lege lata muss durch Auslegung ermittelt werden, wo die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktsrecht zu ziehen sind; de lege ferenda würde sich die Frage stellen, welches im Einzelfall die Unterschiede zwischen Nichterfüllung, qualitativ oder zeitlich nicht richtiger Erfüllung sind. Die partielle Gleichmacherei löst die schwierigen Abgrenzungsfragen im Graubereich zwischen Delikts- und Vertragsrecht nicht, bringt aber durch die Schaffung eines neuen Systems erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.

FRS: Ersatzlos streichen. Dieser Artikel sieht vor, dass die Vorschriften des allgemeinen Haftpflichtrechts neu auch auf Schäden anwendbar sein sollen, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden. Dadurch wird die Haftung auch auf Schädigungen des Vermögens ausgedehnt. Dieser Neuerung trägt experimentelle Züge und ist deshalb abzulehnen. Das geltende System der Anspruchskonkurrenz zwischen ausservertraglicher

und vertraglicher Haftung hat in der Praxis bislang befriedigt und ist beizubehalten.

HEV: Mit dieser Bestimmung wird ein Teil des vertraglichen Leistungsstörungsrechts vom Vertragsrecht ins Deliktsrecht überführt. Neu sollen nur noch die Nichterfüllung und der Verzug sowie einige Sonderfälle nach vertraglichen Regeln beurteilt werden. Aus unserer Sicht drängt sich eine Vereinheitlichung auf dieser Ebene nicht auf. Beim Deliktsrecht gelangen zwei Parteien durch ein schädigendes Ereignis zufällig in Kontakt, während dem Vertragsrecht immer eine vertragliche Beziehung vorausgeht und der Schaden darin besteht, dass eine der beiden Parteien das Vertrauen der anderen Partei in diese Vertragsbeziehung enttäuscht. Nach geltendem Recht kann der geschädigte Vertragspartner wahlweise auf Vertrags- oder Deliktsrecht zurückgreifen, wenn ihm ein Schaden widerfahren ist. Weshalb nun einzelne Bereiche der Vertragshaftung im Deliktsrecht geregelt werden sollen, ist nicht nachvollziehbar. Diese Änderung führt unweigerlich zu Abgrenzungsschwierigkeiten und schafft mehr Verwirrung als Klarheit. Daher lehnen wir diese Neuregelung strikte ab.

SAV: Die Autoren weichen in Art. 42 VE, einem Kernstück der Revision, von der Auffassung der Studienkommission (vgl. These 54-1) ab und schlagen eine *weitgehende Vereinheitlichung der ausservertraglichen und vertraglichen Haftung* vor. Diesem Vorschlag steht der SAV nach reiflicher Prüfung *ablehnend* gegenüber, und zwar im wesentlichen aus folgenden Gründen:

- In Übereinstimmung mit der Studienkommission soll die bisherige, bewährte Regelung beibehalten werden. Art. 99 OR genügt.
- Der Vorschlag gemäss VE schafft eine neue „Schnittstellenproblematik“, die nicht völlig zu überblicken ist und neue Probleme schafft (vgl. dazu Koller Thomas, Gravierende Eingriffe ins Vertragsrecht, NZZ 20.3.2001).
- Schlechterstellung des Geschädigten in zweifacher Hinsicht, nämlich in Bezug auf die Verjährung (3 statt 10 Jahre) und auf den Wegfall der Verschuldensvermutung.
- Es stellen sich Fragen zum Gerichtsstand (vgl. 5. und 6. Abschnitt des neuen GestG).

SBMV: Mit dieser Bestimmung wird die ausservertragliche Haftung auf positive Vertragsverletzungen im Sinne von Art. 97 ff. OR ausgedehnt. Weder ein praktisches noch wirtschaftliches Bedürfnis ist für diese Ausdehnung ausgewiesen. Vielmehr würde sie zu einer Vermischung von zwei unterschiedlichen und inkompatiblen Haftungssystemen führen. Wir lehnen deshalb diese Änderung ab.

SBV: In Artikel 42 wird die Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung zwar nicht aufgehoben, aber doch stark vermischt. Eine Vermischung von Normen für die vertragliche und ausservertragliche Haftpflicht schafft mehr Unklarheit als Transparenz und Klarheit. Nach unserer Ansicht bringt diese Vermischung keinen Fortschritt für die Rechtsentwicklung. Wir beantragen daher, an der heute geltenden Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung festzuhalten und Art. 42 ersatzlos zu streichen.

SBVer: Diese Bestimmung scheint in ihrer Tragweite unklar und in ihren Auswirkungen fragwürdig. Indem das Deliktsrecht den Status eines Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts erhält, entzieht es einem guten Teil der Rechtsprechung und Lehre zur Vertragshaftung den Boden, beispielsweise der positiven Vertragsverletzung und der Vertrauenshaftung. Unklar ist der Verweis auf die „besondere[n] Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse“, im Bankenbereich zumal des Auftragsrechts. Lassen sich die offenen Bestimmungen im Auftragsrecht weiterhin durch Lehre und Rechtsprechung eigenständig weiterentwickeln, oder droht ein „Rückfall“ auf das neue Deliktsrecht mit seinem höheren Konkretisierungsgrad? Aus Bankensicht wäre die Beibehaltung der Eigenständigkeit des Auftragsrechts vorzuziehen.

Andernfalls wäre auf geeignete Weise festzuhalten, dass insbesondere die Lehre der positiven Vertragsverletzung und der Vertrauenshaftung unter dem Vertragsrecht bleiben oder zumindest materiell durch die Revision keine Veränderung erfahren sollen (z.B. durch Präzisierung in der Botschaft). Sonst fiel manch ein Haftungsfall in deliktische und vertragliche Elemente auseinander, was grosse Rechtsunsicherheit zur Folge hätte.

Wenn auf die Geltung der Prinzipien des Deliktsrechts auch für die Vertragshaftung (Art. 42 VE, vgl. Titel des Ersten Unterabschnitts: „Allgemeine Bestimmungen [Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts]“) verzichtet wird, sollte auch andernorts der Begriff „Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts“ keine Verwendung in Gesetzestexten finden.

SGCI: In Art. 42 VE werden die Bestimmungen zur ausservertraglichen Haftung auf Schäden ausgedehnt, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden. Diese Erweiterung soll jedoch nicht alle Arten von Vertragsverletzungen betreffen, ausgeklammert bleiben weiterhin die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung (Verzug). Erfasst werden demnach die bisher Art. 97 ff. OR unterstellten Fälle der Schlechterfüllung bzw. der „positiven Vertragsverletzung“.

Die SGCI lehnt diese partielle Gleichschaltung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung aus den folgenden Gründen ab (Vgl. im Ergebnis ebenso Fellmann, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?, recht 1997, 95 ff.):

Der vertraglichen und der deliktischen Haftung liegen verschiedene Wertungsmassstäbe zu Grunde. Das Deliktsrecht grenzt die Rechtskreise der Einzelnen voneinander ab, es bestimmt innerhalb welcher Grenzen jene ihre Interessen verfolgen dürfen. Der Massstab ist das aus der allgemeinen Widerrechtlichkeit und Sittlichkeit destillierte ethische Minimum (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994, 352). Die Widerrechtlichkeit begrenzt damit die geschützten Interessen auf bestimmte Rechtsgüter (absolute Rechte und durch Schutznormen geschützte relative Rechte). Rechtsfolge deliktischer Haftung sind Schadenersatz und Genugtuung, die in den weitaus meisten Fällen in Form von Geld geleistet werden.

Das vertragliche Haftungsrecht orientiert sich demgegenüber - wie insgesamt das Vertragsrecht - am Parteiwillen. Grundsätzlich kann daher (im Rahmen der Freizeichnungsregeln) jedes Interesse durch die Parteien als

schützenswert erklärt werden. Nicht nur der Tatbestand der Vertragsverletzung, sondern auch die Rechtsfolgen können privatautonom ausgestaltet werden: Je nach Interessenlage fordert der Gläubiger Vertragserfüllung in natura, eine Auflösung der vertraglichen Bindung oder Geldersatz.

Schon diese kurze Gegenüberstellung zeigt, dass der Delikts- und der Vertragshaftung unterschiedliche Risikobewertungen und -zuweisungen zu Grunde liegen (Fellmann, a.a.O., 100 ff.). Im Deliktsrecht bestimmt das Gesetz, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter geschützt werden soll; des weiteren obliegt es dem Kläger, alle haftungsbegründenden Tatsachen (insbesondere das Verschulden) nachzuweisen. Anders im Vertragsrecht: Aufgrund der Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner wird das Verschulden vermutet und so gewährleistet, dass der Schuldner die ihm obliegenden Pflichten obligationen-gemäss wahrnimmt.

Werden nun vertragliche und ausservertragliche Haftungsprinzipien gleichgeschaltet, werden unterschiedliche - und letztlich inkompatible Wertungssysteme - in unzulässiger Weise miteinander vermischt. Darüber hinaus ist aus weiteren Gründen von der geplanten Regelung abzusehen.

Obwohl in Rechtsprechung und Lehre die Auslegung von Art. 97 Abs. 1 OR umstritten ist, kann doch gesagt werden, dass im Einklang mit internationalen Tendenzen (insbesondere der deutschen Schuldrechtsreform) jegliche Störung des vertraglichen Abwicklungsverhältnisses unabhängig von ihrer Ursache unter Art. 97 OR subsumiert wird (Vgl. zum Meinungsstand Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, 53 ff.). Erfasst werden dadurch insbesondere auch die qualitative Schlechterfüllung sowie die Verletzung von Neben- oder Verhaltenspflichten, die ihren Ursprung nicht unmittelbar im Vertragsverhältnis haben (positive Vertragsverletzung): Im praktischen Ergebnis kennt das schweizerische Recht somit bereits *de lege lata* einen einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung.

Indem der Revisionsentwurf in Art. 42 VE nun die positiven Vertragsverletzungen dem Deliktsrecht unterstellen will, wird nicht nur das Rad der Rechtsfindung zurückgedreht, sondern man setzt sich in Widerspruch zu modernen ausländischen Lösungen (wie z.B. die deutsche Schuldrechtsreform). Darüber hinaus findet in Tat und Wahrheit bloss eine unergiebiges Verlagerung des Problems statt. *De lege lata* muss durch Auslegung ermittelt werden, wo die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktsrecht zu ziehen sind; *de lege ferenda* würde sich die Frage stellen, welches im Einzelfall die Unterschiede zwischen Nichterfüllung, qualitativ oder zeitlich nicht richtiger Erfüllung sind. Abgrenzungsfragen, die *nota bene* heikel und im praktischen Resultat auch unergiebig sind. Mit anderen Worten löst die partielle Gleichmacherei die schwierigen Abgrenzungsfragen im Graubereich zwischen Delikts- und Vertragsrecht nicht, bringt aber durch die Schaffung eines neuen Systems eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich. Ein derart tiefgreifender Systemwechsel ist daher entschieden abzulehnen.

Letztlich muss noch einmal betont werden, dass die vorgeschlagene Lösung einen gravierenden Eingriff in das System der vertraglichen Lei-

stungsstörungen bedeuten würde. Es muss ernsthaft bezweifelt werden, ob dies durch den Auftrag der Revision überhaupt noch gedeckt ist, denn es darf nicht sein, dass eine derartig zentrale Frage angegangen wird, ohne einen detaillierten Rechtsvergleich und eine hinreichende ökonomische Analyse der Auswirkungen anzustellen. (Der erläuternde Bericht widmet dieser eminent wichtigen Frage gerade mal acht Seiten).

SGV: Für die Ausdehnung der ausservertraglichen Haftung auf die positive Vertragsverletzung (OR 97 ff.) besteht weder aus praktischer noch aus wirtschaftlicher Sicht ein dringendes Bedürfnis. Gerade für die KMU ist die Aufrechterhaltung der klaren Trennung zwischen Delikt- und Vertragshaftung zwingend.

Während das ausservertragliche Haftpflichtrecht von den Beteiligten nicht beeinflusst werden kann, weil das Schadenereignis zufällig irgendein Opfer trifft und damit Schädiger und Geschädigter nur durch Zufall miteinander in Verbindung treten, stellt sich die Lage im vertraglichen Bereich ganz anders dar. Hier treten die Beteiligten bewusst miteinander in Verbindung und können daher ihr Verhältnis entsprechend gestalten. Dass sie es frei können, verdanken sie der Privatautonomie. Diese würde durch eine Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, das im ausservertraglichen Bereich naturgemäss zwingend ausgestaltet werden muss, weitgehend aufgehoben.

Die vorgeschlagene Haftpflichtrechts-Revision hat sich deshalb auf den Bereich der unerlaubten Handlungen zu beschränken. An der bewährten Abgrenzung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung ist festzuhalten. Schon nur aus diesem Grund muss die Revisionsvorlage einer umfassenden Überarbeitung unterzogen werden.

sia: Bereits heute geht die Rechtsprechung in Richtung genereller Vereinheitlichung der vertraglichen und der ausservertraglichen Haftung. Der Gesetzgeber zieht hier nach. Mit dem Vorbehalt der besonderen Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse bleibt gesichert, dass diesbezügliche Regeln, z.B. des Auftrags- oder Werkvertragsrechts, Vorrang haben.

SNV: Die Frage, ob im konkreten Fall eine Schlechterfüllung oder eine Nichterfüllung vorliegt, ist regelmässig sehr schwer zu beantworten. Die korrekte Beantwortung dieser Frage hat nun aber zentrale Bedeutung, da je nach dem die Bestimmungen des Vertrags- oder des Haftpflichtrechts zur Anwendung kommen. Die Lage des Rechtssuchenden ist hier ausserordentlich schwierig und es stellt sich die Frage, ob sie im neuen Haftpflichtrecht nicht in der einen oder anderen Weise hätte vereinfacht werden können.

SUVA: Die Annäherung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung in dem Sinne, dass auch die positive Vertragsverletzung in Zukunft den Art. 41 ff. OR unterstehen soll, wird grundsätzlich begrüsst. Indessen fragen wir uns, ob die Verfasser des VE die Auswirkungen des Wegfalls der Verschuldensvermutung nach (bisherigem) Vertragsrecht nicht unterschätzen (vgl. S. 66 des erläuternden Berichts).

SVV: Nach Art. 42 VE-OR soll die vertragliche Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzungen) nach den Regeln des ausservertraglichen Haftpflichtrechts behandelt werden. Im Vergleich zu der heutigen Regel hätte der

Geschädigte kein Wahlrecht mehr, ob er seine Klage auf Vertrags- oder auf Deliktsrecht stützt. Eine solche Neuregelung lehnen wir ab, da sie eine Unzahl praktischer Probleme aufwirft. So kennt das Deliktsrecht eine mildere Regelung der Hilfspersonenhaftung, andere Verjährungsregeln und auch eine für den Gläubiger ungünstigere Verteilung der Beweislast als das Vertragsrecht. Auch die im Vorentwurf vorgesehenen Verbesserungen zugunsten des Geschädigten ändern nichts am Umstand, dass die vertraglichen Bestimmungen für die Erledigung mangelhafter Erfüllung für den Gläubiger grundsätzlich vorteilhafter sind als die Regeln des Haftpflichtrechts.

Nachdem neu im Deliktsrecht für die Frage des Verschuldens ein subjektiver Massstab angelegt werden sollte, riskiert der Gläubiger zukünftig, dass der Schuldner die Einrede mangelnden Wissens erhebt, was bei vertraglichen Verhältnissen geradezu stossende Ergebnisse zur Folge hätte. Auch wird die Abgrenzung von Nichterfüllungstatbeständen, Verzug und nicht gehöriger Erfüllung in der Literatur nicht einheitlich behandelt und unklar bleibt ebenfalls, welches Regime zukünftig bei der Verletzung von Unterlassungspflichten (OR 98) gelten sollte. Das vorgeschlagene Konzept läuft auch internationalen Tendenzen zuwider, denn die modernen Regelwerke, wie das Wiener Kaufrecht, kennen lediglich einen einheitlichen Leistungsstörungstatbestand.

Diesen absehbaren Schwierigkeiten steht andererseits für keine der beteiligten Parteien ein echter Gewinn gegenüber, denn das heutige Regime der Wahlmöglichkeit zwischen Vertrags- und Deliktsrecht hat zu keinerlei Problemen geführt.

Sie privilegiert die geschädigte Person, was wir für adäquat halten und beantragen daher die ersatzlose *Streichung der Bestimmung*.

Uni GE: La volonté de soustraire à la responsabilité de l'art. 97 CO les situations dans lesquelles les conditions de la responsabilité extracontractuelle sont également remplies, autrement dit, la volonté d'éliminer le concours actuellement admis entre les actions fondées sur les art. 41 et 97 CO, repose sur une construction dogmatique artificielle caractérisée par la stricte délimitation entre l'inexécution et la faute dite contractuelle positive (*positive Vertragsverletzung*). Cet abandon du choix laissé au lésé ne se justifie ni par des motifs théoriques convaincants ni par des exigences pratiques identifiables. Il est de nature à susciter plus de problèmes qu'il ne prétend en résoudre. Les auteurs du présent rapport, en accord avec nombre d'auteurs (par ex., J. SCHMID, *Folgen der Nichterfüllung*, in Gauch / Schmid (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, p. 301 ss, 305 ss; R. H. WEBER, *Die Folgen der Nichterfüllung* (art. 97-109 CO), *Berner Kommentar*, Berne 2000, Vorb. zu Art. 97-109, N 61 ss; T. KOLLER, *Gravierende Eingriffe ins Vertragsrecht, Kritische Gedanken zur Revision des Haftpflichtrechts*, NZZ du 16 mars 2001), rejettent la solution adoptée par l'avant-projet pour les principaux motifs suivants:

a) l'art. 42 AP réserve notamment les „règles spécifiques à certaines espèces de contrats“; on peut se demander comment il faut comprendre cette réserve, lorsque la loi ne fait que répéter ce qui résulte déjà de l'art. 97 al. 1 CO; vu l'importance attèle des contrats de presta-

tions de services, il est essentiel de savoir à quel régime juridique - art. 398 CO ou art. 41 ss AP - sera soumise la responsabilité du prestataire de services, celle du médecin qui opère mal ou de l'avocat qui perd le procès, par exemple;

- b) la notion de „violation positive du contrat“, sous-jacente à la délimitation entre responsabilité contractuelle et délictuelle prévue à l'art. 42 AP, est controversée (cf. SCHMID, p. 310); il n'est dès lors pas indiqué de créer, sur cette base, une nouvelle limite entre certains types de violations du contrat, soumis aux art. 41 ss AP, et d'autres types de violations dont la sanction reste régie par les art. 97 ss CO et les dispositions spéciales;
- c) cette frontière, artificiellement placée par l'avant-projet entre les cas de demeure et d'impossibilité d'une part, de mauvaise exécution (sous réserve des règles „spécifiques à certaines espèces de contrats“), d'autre part, est contraire à la tendance internationale (cf. not. art. 45 ss CV), bienvenue, car simplificatrice, consistant à traiter tous les cas de contravention à un contrat de manière uniforme (SCHMID, p. 311 ss);
- d) le débiteur pourrait se libérer beaucoup plus facilement de la responsabilité pour ses auxiliaires sur la base de l'art. 49 AP (comp. art. 101 CO); la preuve libératoire - (trop) généreuse pour le débiteur - prévue par l'art. 49 AP n'est pas conciliable avec une obligation contractuellement assumée;
- e) la preuve de la faute incomberait au lésé, contrairement à la présomption résultant de l'art. 97 al. 1 CO;
- f) la prétention en responsabilité se prescrirait par trois ans (art. 55 al. 1 AP), et non par dix ans (art. 127 CO); s'agissant de la responsabilité pour la violation d'un contrat, et non d'un rapport qui naît fortuitement du fait de la commission d'un acte illicite, un délai de trois ans est trop court.

Il résulte de l'avant-projet une péjoration de la situation du lésé que rien n'explique. L'avantage accordé par les art. 97 ss CO au créancier se justifie par le fait que le débiteur a librement accepté l'obligation qui lui incombe. Un tel créancier mérite d'être mieux traité que tout un chacun qui n'entretient aucune relation particulière avec l'auteur du dommage. Le bouleversement des rapports entre contrat et délit auquel conduisent les art. 42 et 46 al. 2 AP est inacceptable.

Uni LA: Selon le désir des auteurs de l'AP, les règles relatives à la responsabilité civile „délictuelle“ doivent aussi s'appliquer à la responsabilité découlant de dommages causés à l'occasion de la violation d'une obligation contractuelle dans les hypothèses de violations dites „positives“ du contrat. Dans les cas d'inexécution du contrat ou de retard dans l'exécution contractuelle les règles habituelles de la responsabilité contractuelle continueront de s'appliquer (Rapport, pp. 62 ss, *ad n.* 2.2.2 ss).

L'idée qui sous-tend le choix de cette solution est la suivante: si l'on admet que la violation d'une obligation contractuelle peut également constituer la violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique, parce que le comportement de l'auteur viole un devoir prévu par la loi ou un devoir découlant directement des principes généraux d'abstention qui interdisent de nuire à autrui sans raison légitime ou d'adopter un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi, il n'y a dès lors pas de raisons

objectives de traiter différemment de telles situations selon qu'elles interviennent dans le cadre (à l'occasion) de rapports contractuels ou non.

En particulier, plaident les auteurs de l'avant-projet, il ne se justifie pas de traiter d'une façon juridiquement différente (Les principales différences entre le régime contractuel et le régime délictuel dans le système actuel résident dans la répartition du fardeau de la preuve (art. 41 CO / art. 97 CO), dans les délais de prescription (art. 60 CO / art. 127 ss CO), dans la possibilité de s'exonérer de la responsabilité contractuelle (inexistante en matière délictuelle / art. 100 CO), ainsi que dans le traitement différencié du régime de la responsabilité pour les auxiliaires (art. 55 CO / art. 101 CO) les mêmes effets dommageables selon qu'ils touchent un cocontractant ou un tiers, lorsque l'on a affaire à une atteinte illicite à un bien juridiquement protégé.

Les auteurs de l'avant-projet présentent l'exemple (Rapport, p. 64 bas-65 haut, *ad n.* 2.2.2.2) du peintre appelé par le propriétaire à faire des travaux de peinture dans un appartement: est-il justifié de traiter différemment la situation du propriétaire qui poursuit le peintre sur une base contractuelle pour violation de ses obligations (contractuelles) dans l'hypothèse où le peintre fait tomber des gouttes de peinture sur le canapé du propriétaire, de la situation où c'est le locataire, qui n'a aucun rapport contractuel avec le peintre appelé par le propriétaire, qui poursuit ce dernier (sur une base délictuelle) pour les taches faites à son canapé?

Il est certain que la proposition de l'avant-projet permettrait de résoudre élégamment cette inégalité de traitement manifeste (en soumettant les deux cas au nouveau régime délictuel).

Mais, en fermant la porte à ce type d'inégalité de traitement, l'avant-projet en ouvre simultanément d'autres. Et l'avant-projet est par ailleurs ambigu.

a) Justification ambiguë de l'avant-projet

La notion de „violation positive du contrat” n'est pas définie clairement, ni dans le système des articles 41 ss et 97 ss CO actuels, ni dans le cadre de l'avant-projet. L'utilité même de la notion est contestée en doctrine (Voir notamment ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 709, cité également en note (note 282) dans le cadre du Rapport explicatif, p. 63, *ad n.* 2.2.2.1).

Si l'on s'en tient au Rapport explicatif (Rapport, p. 63, *ad n.* 2.2.2.1), il faut entendre par „violation positive du contrat” [nous présumons: aux termes du droit actuellement en vigueur] la violation d'une obligation contractuelle – principale ou accessoire – qui constitue également la violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique. „Il peut s'agir – dit le Rapport – d'un devoir qui est prévu par la loi (art. 328 CO par exemple) ou d'un devoir qui découle directement des principes généraux, comme les devoirs d'abstention qui interdisent de nuire sans raison légitime à autrui (*neminem laedere*) ou d'adopter un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi. Tel est le cas notamment quand le fait dommageable provoque une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose d'un partenaire et met ainsi en danger, ou même compromet le but du contrat” (Rapport, *ibidem*).

L'impression (un peu trompeuse, comme on le verra) qui ressort de cette approche est que la notion de „violation positive du contrat” sur laquelle s'appuient les auteurs de l'avant-projet est plus proche de la notion d'„acte illicite [au sens de 41 CO actuel] commis par l'exécution du contrat” que de la notion plus large, qui englobe la précédente, de „mauvaise exécution contractuelle” ou d'„exécution contractuelle défectueuse” (autre que l'exécution devenue impossible ou l'exécution en retard) par ailleurs généralement admise (voir par exemple WIEGAND Wolfgang, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Basler Kommentar), Bâle 1996, OR, *ad* Einleitung zu Artikel 97-109, n. 4 et *ad* Art. 97, n. 2; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, Tome II, Zurich 1982, 2^{ème} éd., pp. 68-69, *ad* n. 1572 ss, spéc. n. 1573. Dans le même sens, ENGEL, *op. cit.*, p. 709).

Cette impression est doublement confortée. D'une part, elle l'est par les justifications avancées par les auteurs de l'avant-projet, justifications aux termes desquelles les „violations positives du contrat” auxquelles ils songent semblent être celles qui peuvent donner lieu à un *cumul* ou *concours* d'actions, délictuelle et contractuelle (Rapport, p. 63, *ad* n. 2.2.2.1), ce qui présuppose des situations factuelles dans lesquelles, en droit positif actuel, l'une et l'autre de ces actions seraient recevables. D'autre part, les *exemples* avancés par les auteurs de l'avant-projet concernent précisément des cas où le concours ou le cumul d'actions serait possible (outre l'exemple du peintre précité, on relèvera l'exemple du médecin qui sectionne une artère (Rapport, p. 64, *ad* n. 2.2.2.2), ainsi que les arrêts cités qui tous, à l'exception d'un seul (Les auteurs de l'avant-projet citent ATF 69 II 243, spéc. 244 („*la partie qui déclare avant l'exigibilité de son obligation qu'elle ne l'exécutera point, viole positivement le contrat et permet à la partie adverse d'agir analogiquement selon les art. 107 et sv CO*”) dont ils précisent (cf. Rapport, p. 63 *ad* n. 2.2.2.1, en note 282) que le Tribunal fédéral y donnerait à la notion de violation positive du contrat „un sens différent de celui communément admis aujourd'hui”), concernent des cas où le concours d'actions aurait été possible (Sont cités: ATF 113 II 424 ss, spéc. 427 (responsabilité – non admise dans le cas d'espèce – de l'exploitant d'une piscine à la suite d'un accident ayant entraîné le décès d'un enfant); ATF 112 II 138 ss (responsabilité de l'employeur qui ne prend pas les mesures de précautions commandées par les circonstances pour éviter qu'une employée de maison ne soit blessée à la suite de la manipulation, par un autre employé, d'une arme à feu chargée exposée dans une pièce de sa villa); et ATF 113 II 246 ss (responsabilité d'une compagnie exploitant un téléphérique, qui aménage et entretient par ailleurs des pistes de ski, pour un accident de ski ayant entraîné des lésions corporelles survenu sur une piste mal entretenue)).

Dans la mesure où l'avant-projet entend supprimer le concours ou le cumul d'actions dans les situations où la violation contractuelle en cause constitue en même temps un acte illicite au sens de l'art. 41 CO selon le droit actuel, on peut comprendre la démarche des auteurs de l'avant-projet, même si elle prête le flanc à d'autres critiques (cf. *infra*).

Malheureusement, le texte de loi de l'avant-projet est en porte à faux avec l'interprétation ci-dessus, qui découle du Rapport. En effet, le texte de loi de l'avant-projet (art. 42 AP) paraît aller nettement plus loin

qu'une simple assimilation exclusive au régime délictuel des cas de violation contractuelle qui constituent également un acte illicite (au sens du droit positif actuel).

Tel que nous le comprenons, l'avant-projet aura pour effet de soumettre exclusivement au régime délictuel *toute* violation d'une obligation contractuelle qui ne constitue pas une inexécution (pure et simple) ou ne prend pas la forme d'une exécution tardive (art. 42 AP *a contrario*).

C'est le lieu de rappeler que toute mauvaise exécution du contrat („violation positive" au sens large) ne constitue pas nécessairement, de loin s'en faut, simultanément un acte illicite.

Voici deux exemples: la chanteuse d'opéra qui se présente à un récital et y chante faux, ce qui contraint l'organisateur du spectacle à devoir rembourser les spectateurs, ou l'entrepreneur qui construit une piscine olympique (50 m) trop courte de 5 cm. La chanteuse comme l'entrepreneur commettent certainement une violation contractuelle (dans le premier cas, violation du devoir de diligence du mandataire, dans le second cas, violation des obligations de bonne exécution de l'entrepreneur) sans pour autant que les actes visés ne constituent des actes illicites au sens de la jurisprudence actuelle (ni la chanteuse ni l'entrepreneur ne portent atteinte à un droit subjectif absolu, ni ne viole une norme protectrice dont la „victime" - l'organisateur du spectacle ou le maître de l'ouvrage (L'avant-projet réserve expressément, il est vrai, les règles de la partie spéciale du code des obligations, notamment les règles en matière de garantie des défauts. Nous aurons l'occasion ci-après de revenir sur cette question) – pourraient se prévaloir pour établir l'illicéité).

Or, si l'on comprend correctement l'avant-projet, ces deux cas tomberont désormais dans le champ de la responsabilité délictuelle. Mais, et c'est là un élément essentiel, ce tour de passe-passe ne pourrait être réalisé sans que la définition même de l'illicéité ne soit touchée.

Et c'est bien ce que propose l'avant-projet: celui-ci entend introduire une nouvelle norme définissant l'illicéité (voir en particulier l'art. 46 al. 2 CO), norme à propos de laquelle les auteurs de l'avant-projet admettent expressément qu'elle reflète désormais le fait que toute violation contractuelle (autre que celles faisant l'objet de la réserve de l'art. 42 AP, à savoir l'inexécution et l'exécution tardive) constitue un tel acte illicite.

Au demeurant, la nécessaire modification de la notion d'illicéité commandée par l'assimilation de la violation positive du contrat à un acte illicite (au sens de l'avant-projet) illustre bien l'ampleur de la modification proposée par les auteurs de l'avant-projet: il ne s'agit pas seulement de traiter d'une façon uniforme, et sous un seul régime (celui délictuel, *in casu*) une forme d'atteinte à autrui substantiellement identique qu'elle intervienne hors le cadre de relations contractuelles ou au cours de celles-ci, mais bien de transférer d'un régime (celui contractuel) vers un autre (celui délictuel) tout un pan de rapports d'obligations entre sujets de droit (rapports qui ne sont pas substantiellement identiques, selon qu'ils concernent une mauvaise exécution du contrat qui peut simultanément ou non faire l'objet d'une action délictuelle au sens du droit positif actuel).

Ainsi mis en lumière, l'avant-projet perd aussi sa justification première: il ne peut plus s'agir de soumettre à un régime juridique unique des comportements qu'il ne se justifiait pas précédemment de traiter sous deux régimes différenciés.

En effet, si l'on reprend les exemples ci-dessus, aux termes de l'avant-projet, le médecin qui opère mal un patient et lui sectionne à tort une artère commettra un acte illicite tant au sens des articles 41 ss CO actuel qu'au sens des articles 41 ss AP, qui excluront l'application simultanée de la responsabilité contractuelle à ce cas de figure (ce qui réalise le but premier de la révision en ce qui concerne l'art. 42 AP, tel que nous le comprenons). En revanche, s'agissant par exemple de l'exemple donné à propos de la cantatrice, le résultat est nettement différent: en droit positif actuel, seul le régime contractuel serait applicable; si l'on devait appliquer les art. 41 ss AP, seul le régime délictuel serait applicable!

Or, l'avant-projet ne donne aucune justification permettant de comprendre pourquoi le second cas, qui relevait jusqu'à présent exclusivement du régime contractuel devrait, en cas d'adoption de l'avant-projet, relever exclusivement du régime délictuel.

A partir de ce point, il devient une question politique – que nous n'entendons pas débattre ici – que de savoir s'il est préférable d'avoir un système qui tolère que certains comportements puissent relever aussi bien d'un régime délictuel que contractuel, subsidiairement des deux à la fois, avec des règles de détails différentes (en matière de prescription, de responsabilité pour les auxiliaires, de fardeau de la preuve en matière de faute, etc) qui seront peut-être applicables „par hasard”, selon qu'il se trouve ou non que les parties soient en relation contractuelle (le système actuel), ou bien s'il conviendrait mieux de prévoir un système proposant une dichotomie claire entre un régime „délictuel” (qui s'appliquerait en réalité aux faits dommageables survenus aussi bien entre parties sans rapport contractuel qu'entre parties liées par un contrat mais en raison de la mauvaise exécution ou de l'exécution défectueuse d'un contrat) et un régime „contractuel” qui s'appliquerait aux seules hypothèses d'inexécution et de retard dans l'exécution (le système de l'avant-projet).

b) Possibles difficultés d'interprétation – difficile différenciation entre inexécution et mauvaise exécution

On relèvera également que le système proposé par l'avant-projet (assimilation de la mauvaise exécution du contrat aux cas de responsabilité délictuelle) crée une distinction (critiquable car non justifiée) entre deux groupes de cocontractants: ceux qui exécutent mal leurs obligations d'une part, et ceux qui ne les exécutent pas du tout ou les exécutent en retard, d'autre part.

Nous ne revenons pas sur l'exposé que nous avons présenté ci-dessus et qui illustre abondamment qu'il n'y a guère de raisons, pensons-nous, de prévoir l'assimilation de toute mauvaise exécution du contrat au régime des actes illicites, ce qui implique que l'on modifie la substance de la notion d'illicéité (Dans ce sens, voir aussi Rapport, p. 51, ad n. 1.3.3. *in fine*). Nous avons déjà indiqué que toute violation positive du contrat ne constitue pas nécessairement un acte illicite (au sens du

droit positif actuel) et donc que la modification proposée va en réalité au-delà de la simple assimilation au seul régime délictuel des cas où la violation positive du contrat implique également un acte illicite.

En revanche, nous souhaitons dans cette section mettre l'accent sur le fait que le projet entend traiter différemment les cas d'inexécution pure et simple des cas de mauvaise exécution du contrat, cas qui, dans le droit actuel, sont en principe traités de la même façon sous l'angle de l'art. 97 CO (Il est vrai que la question de la distinction entre l'inexécution pure et simple et la mauvaise exécution se pose aussi en droit positif actuel, notamment au regard du choix entre l'application des règles du régime „ordinaire” des art. 97 ss CO (dans l'hypothèse d'une inexécution pure et simple) ou l'application des règles particulières de la garantie des défauts en matière de vente (art. 197 ss CO). La question est ainsi souvent de savoir si l'on a affaire à un *aliud* (i.e. livraison d'une *autre* chose valant inexécution pure et simple pouvant déterminer l'application des règles ordinaires) ou simplement à une exécution défectueuse (entraînant l'application des règles spéciales en matière de garantie). A partir de quand a-t-on affaire à une autre chose plutôt que simplement à une chose défectueuse? Pour un exemple: ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199, spéc. cons. 4). Or, nous semble-t-il, la distinction entre mauvaise exécution et inexécution pure et simple n'est de loin pas toujours facile.

Ainsi, si l'on prend par exemple les obligations de faire dans les contrats de prestations de services (mandat en particulier), la distinction entre l'inexécution ou la mauvaise exécution est malaisée.

Voici quelques exemples: le médecin qui opère un patient à la place d'un autre (ce dernier décédant peu après en raison de l'absence de l'opération salvatrice) a-t-il mal exécuté son contrat ou l'a-t-il purement et simplement inexécuté? Le médecin qui n'informe pas le patient des risques de l'opération a-t-il mal exécuté son devoir de diligence ou bien a-t-il inexécuté purement et simplement son devoir d'information? Le restaurateur qui apporte des pâtes au saumon alors que le client avait commandé des pâtes au thon viole-t-il positivement le contrat ou bien inexécute-t-il une obligation de faire? Et le restaurateur qui apporte bien des pâtes au thon (selon la commande du client), mais des pâtes trop salées qui ne se mangent que difficilement, a-t-il mal exécuté ou a-t-il inexécuté le contrat? Le vendeur qui livre une Jaguar modèle 1963 au lieu du modèle 1964 a-t-il inexécuté ou a-t-il mal exécuté (ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322)? Celui qui livre un chariot élévateur en tout point identique à celui convenu sauf que le chariot livré ne comporte pas de système de commande automatique (alors que la présence d'une telle commande avait été stipulée) a-t-il mal exécuté ou a-t-il inexécuté ses obligations contractuelles (ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199)?

Les auteurs de l'avant-projet considèrent qu'il devrait être possible de trancher la plupart des cas de doutes „en se demandant dans chaque cas d'espèce si l'atteinte en question est concevable de façon similaire ou analogue en dehors d'un rapport contractuel ou non” (Rapport, p. 51, ad n. 1.3.3).

En appliquant ce critère, on arrive aux résultats suivants:

- Le médecin qui opère le „mauvais” patient et laisse décéder le „bon” patient commettrait probablement un acte illicite au sens de l’avant-projet, *alors même que* le médecin a – à notre avis – purement et simplement inexécuté ses obligations contractuelles à l’égard du „bon” patient (ce qui devrait logiquement entraîner l’application de la responsabilité contractuelle aux termes de l’avant-projet, art. 42 2^{ème} phrase AP).
- Le médecin qui ne fournit pas au patient les informations sur l’opération viole clairement une obligation contractuelle (qu’il ne fournisse pas d’information ou qu’il la fournisse mal, d’ailleurs), et l’on ne voit pas très bien comment une telle „atteinte” pourrait se produire hors le cadre contractuel puisque en dehors de ce cadre, une telle obligation d’informer n’existe pas. Ici aussi, le critère proposé ne paraît donc pas adéquat pour déterminer quelles hypothèses de violation de l’obligation d’informer ressortissent au régime délictuel (selon l’avant-projet) ou au régime contractuel.
- S’agissant du restaurateur qui fournit des pâtes au saumon au lieu de pâtes au thon, l’„atteinte” est de nature purement contractuelle et n’aurait pu se produire de la même façon ou de façon analogue hors le cadre contractuel (le choix de la nature des pâtes à livrer repose exclusivement sur la convention des parties). S’agit-il pour autant réellement d’une inexécution contractuelle qui entraîne nécessairement l’application du régime contractuel (dans l’hypothèse de l’avant-projet) ou bien s’agit-il malgré tout d’une mauvaise exécution contractuelle (qui devrait entraîner l’application du régime délictuel selon l’avant-projet)?
- dans le cas des pâtes trop salées, „l’atteinte” pourrait aussi se produire de façon analogue hors le cadre d’une relation contractuelle (si l’on envisage par exemple l’hypothèse du voleur qui subtilise un plat de pâtes trop salées pour les manger), mais se justifie-t-il réellement de soumettre ce cas au régime délictuel sans distinctions supplémentaires? Lors même que les parties ont conclu un contrat, tous les cas de plats de pâtes trop salées doivent-ils nécessairement être soumis au régime délictuel? Ne se trouvera-t-il pas quelqu’un pour plaider qu’il faudrait distinguer entre l’hypothèse où le plat de pâtes est immangeable car trop salé (inexécution – régime contractuel selon l’avant-projet) et l’hypothèse où le plat de pâtes est simplement „pas bon” car un peu trop salé (mauvaise exécution – régime délictuel selon l’avant-projet)?
- Les cas de la voiture ou du chariot élévateur posent des problèmes de même nature, doublés d’un souci supplémentaire: la réserve des règles spécifiques à certains contrats (art. 42 *in fine* AP – cf. ci-dessous).

„*Bien entendu* – précisent les auteurs de l’avant-projet – *cette conception déteint nécessairement sur la notion d’illicéité*” (Rapport, ad n. 1.3.3 *in fine*, p. 51). Il est certain que si la notion d’illicéité est „ajustée” pour que rentre dans le cadre de cette notion la pure violation contractuelle d’une obligation (par exemple, la violation du devoir de renseigner ou d’informer le patient), alors un grand nombre de cas qui actuelle-

ment ne relèvent pas du régime délictuel entreront „tout naturellement” dans le cadre du nouveau régime délictuel, dans le sens et l’étendue proposés par les auteurs de l’avant-projet. Mais nous ne pouvons nous empêcher d’observer que *la modification de la notion d’illicéité* est ici le *préalable nécessaire* à l’assimilation au régime délictuel de bon nombre de cas qui, au jour d’aujourd’hui, ne sauraient en aucun cas ressortir au régime délictuel, et *non la conséquence* de l’assimilation envisagée.

c) Création de régimes juridiques différenciés injustifiés dans le domaine des rapports contractuels entre parties

Outre les difficultés qu’il pourrait y avoir à distinguer entre les cas d’inexécution et les cas de mauvaise exécution du contrat (cf. ci-dessus ad lit. b), il est, pensons-nous, des cas où la distinction est facile, mais où il paraît difficile de justifier un traitement différencié des deux cas.

Voici un exemple: un client conclut avec un vétérinaire un contrat de mandat ordinaire aux termes duquel le vétérinaire s’efforce de soigner le chat du client. Se justifie-t-il de soumettre à deux régimes différents le cas du vétérinaire qui *soigne mal* le chat (mauvais diagnostic, mauvais traitement opératoire) avec pour résultat que l’animal meure (violation positive du contrat), du cas où le vétérinaire *ne soigne pas du tout* le chat (inexécution du contrat) mais dit qu’il l’a soigné, avec pour résultat – identique – que le chat meure également.

Dans le premier cas, on aurait affaire à une violation positive du contrat assimilée à un acte illicite selon l’avant-projet, mais dans le second cas on aurait affaire à une inexécution pure et simple du contrat qui ne serait pas assimilée à un acte illicite (à moins qu’il ne faille voir dans les deux hypothèses un cas de violation „positive” du contrat, auquel cas le texte de l’art. 42 2^{ème} phrase AP devrait être révisé en raison de l’ambiguïté manifeste qu’il recèle. En effet, l’avant-projet (art. 42 2^{ème} phrase AP) réserve les hypothèses d’“inexécution” du contrat et les soustrait au régime „délictuel”).

D’une façon toute générale, la question qui se pose est celle de la justification d’une distinction entre la violation „positive” du contrat qui crée un dommage et l’inexécution (ou le retard dans l’exécution) qui crée un dommage, distinction introduite par l’avant-projet. Il ne nous semble pas que l’avant-projet apporte une justification à cette distinction.

d) Péjoration de la situation des lésés?

S’agissant d’une des problématiques les plus difficiles à résoudre, on notera celle de la violation positive des contrats comportant une obligation de faire, par exemple, la violation des devoirs de diligence du médecin.

La jurisprudence a pendant longtemps confondu, s’agissant de la responsabilité médicale, l’obligation du médecin de respecter son devoir de diligence (qui a trait à l’exécution correcte du contrat), d’une part, et la violation fautive de ce devoir (question qui a trait à la notion de faute), d’autre part.

Ainsi, la jurisprudence en arrivait à un renversement implicite du fardeau de la preuve, à notre avis incompatible avec la teneur de l’art. 97 CO, en ce sens que l’on demandait au patient qui agissait en responsabilité de démontrer la violation du devoir de diligence du médecin, ce

qui revenait, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, à demander au patient de prouver à *la fois* ce qui aurait dû être fait par le médecin et ce qu'il avait réellement fait. Or, la démonstration d'une telle discrépance entre ce qui a été fait et ce qui aurait dû être fait revient en réalité à „prouver la faute” dans la mesure où la jurisprudence considérait précisément la faute comme un manquement aux devoirs de diligence du médecin.

En réalité, s'agissant du médecin, il devrait suffire que le patient prouve un dommage et l'activité du médecin, à charge pour ce dernier de prouver que l'activité en question qu'il a déployée (ou omis de déployer) est conforme à l'activité qu'il aurait dû déployer (i.e., à charge pour lui de prouver, conformément à ce qu'exige l'art. 97 CO, qu'il n'a commis aucune faute).

Ce type d'argumentation a été envisagé tout récemment par la jurisprudence (ATF 120 II 248 = JdT 1995 I 559 et les auteurs cités), et consacre, à notre avis, une évolution positive en ce sens qu'elle tend à améliorer la protection du lésé dans le cadre d'erreurs médicales.

Or, il ne fait guère de doute que dans l'esprit des promoteurs de l'avant-projet, le cas de l'erreur médicale qui porte atteinte à la santé du patient constitue une violation positive du contrat qui devra à l'avenir être soumise au régime délictuel prévu par l'avant-projet.

Le fait que ce type de violations contractuelles fera, en cas d'approbation du projet, désormais partie du régime „délictuel” n'affaiblira-t-il pas la position des lésés? On songe notamment aux règles en matière de prescription. Et, s'il est vrai qu'il ne ressort pas de l'avant-projet que le lésé devra encore à l'avenir „prouver la faute” (Les auteurs de l'avant-projet considèrent à juste titre que la faute n'est pas un fait qui se prouve, mais un jugement de valeur. Rapport, p. 118, *ad* n. 2.4.2.1), il n'en demeure pas moins que l'auteur du dommage bénéficiera de la „resubjectivation” de la faute prévue par l'avant-projet, par contraste avec la faute „objectivée” dans sa conception actuelle (Rapport, p. 120, *ad* n. 2.4.2.2), permettant ainsi au médecin d'échapper plus facilement encore à une responsabilité?

On craint clairement que l'avant-projet n'en vienne à tuer la récente éclaircie de la jurisprudence en faveur des lésés victimes d'erreurs médicales et à aggraver la position du patient: celui-ci ne pourra non seulement plus se prévaloir du texte de l'art. 97 CO qui met formellement à la charge du mandataire la „preuve” de l'absence de faute, mais le patient risque de surcroît de se voir opposer des éléments „subjectifs” de la faute (comme la fatigue du médecin, *par ex*) qu'il n'aurait pas pu se voir opposer avant compte tenu de la jurisprudence actuelle qui „objective” la faute.

e) Difficultés en relation avec la réserve des règles spécifiques à certains contrats

L'avant-projet, à l'article 42, réserve expressément les règles spéciales à certaines espèces de contrats.

Cette réserve a plusieurs conséquences qu'il sied de souligner.

En premier lieu, la réserve des règles spécifiques à certains contrats a pour effet que le traitement des conséquences de l'exécution défec-

tueuse de certains contrats restera soumis à un régime „contractuel” alors même que la nature de l’exécution défectueuse en question (une violation „positive” du contrat au sens large) devrait, en application des règles générales de l’avant-projet, conduire à l’application du régime délictuel. Voici un exemple: la livraison d’un ouvrage affecté d’un défaut ressortira (exclusivement?) aux règles applicables en matière de garantie des défauts de l’ouvrage (art. 367 ss CO) et non aux règles délictuelles prévues par l’avant-projet (art. 41 ss AP), cela même si la livraison défectueuse est la cause d’un dommage.

Une première conséquence de cette approche est que le nouveau droit créera une différence dans la nature du régime (contractuel ou délictuel) selon que l’on a affaire à un type de contrat pour lequel la loi prévoit ou non des règles spécifiques en matière de mauvaise exécution. Ainsi, si l’on compare l’exemple du vétérinaire qui *soigne mal* un chat malade (contrat de mandat) donné ci-dessus avec l’exemple suivant, l’on s’aperçoit de cette différence: un client conclut un contrat avec un réparateur aux termes duquel le réparateur s’engage à réparer le crochet qui se trouve au dos d’un tableau; le réparateur *répare mal* le crochet du tableau, qui tombe et casse un vase précieux (violation positive du contrat). Dans cette seconde hypothèse, les règles relatives à la garantie des défauts (de type contractuel) s’appliqueront, alors que les règles délictuelles (selon l’avant-projet) devraient s’appliquer dans l’hypothèse du vétérinaire. En droit positif actuel, le client dispose en tous les cas aussi d’une action contractuelle contre le vétérinaire.

Se justifie-t-il d’avoir, pour ces deux situations qui sont substantiellement similaires, un régime contractuel pour l’une et délictuel pour l’autre? (L’on reconnaît ici, il est vrai, que le régime contractuel qui s’applique à l’une ou l’autre situation en droit positif actuel n’est déjà pas, en l’état, similaire, puisque dans l’un des cas (celui du tableau) on a affaire à une action en garantie (art. 367 ss CO) et dans l’autre cas (celui du chat) à une action en violation des règles contractuelles (art. 97 ss et 398 CO), dont les régimes ne sont pas identiques. Mais il s’agit dans les deux cas d’un régime contractuel).

Nul doute que la question prendra aussi un relief tout particulier, selon les intérêts des parties en présence, lorsque l’on aura affaire à des contrats innommés pour lesquels la question de l’application analogique des règles de certains contrats nommés est discutable et discutée (l’on songe ici à l’exemple donné plus haut du restaurateur: le contrat de restauration par lequel le restaurateur promet de fournir au client la nourriture et les boissons commandées est-il un contrat *sui generis*? se justifie-t-il d’appliquer par analogie les règles spéciales en matière de contrat d’entreprise? de vente (sur la qualification du „Gastaufnahmevertrag” (contrat de restauration) comme contrat *sui generis*: ATF 113 II 424 (f) et ATF 108 II 449 (f))?

En second lieu, le système proposé par l’avant-projet pourrait avoir pour conséquence que certains cocontractants seraient moins bien protégés que des lésés agissant sur une base délictuelle (comme l’admettent les auteurs de l’avant-projet: Rapport, p. 66, *ad n.* 2.2.2.3)!

Prenons un exemple: le vendeur livre à l’acheteur une cargaison de pommes (100 kg). L’acheteur mélange les pommes en question avec

son stock. Malheureusement, les pommes livrées contiennent des parasites qui détruisent non seulement les pommes livrées, mais aussi les pommes que l'acheteur avait déjà en stock.

En droit positif actuel, l'acheteur dispose de l'action en garantie, plus particulièrement de l'action rédhibitoire. Conformément à l'article 208 al. 2 CO, l'acheteur est en droit d'obtenir, même sans que le vendeur ne soit en faute, la réparation du dommage „direct” subi, à savoir le *damnum emergens* (ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, p. 43): dans le cas particulier, la valeur des pommes livrées ainsi que la valeur des pommes en stock „contaminées”. L'action en garantie se prescrit par un an dès la livraison de la chose (art. 210 CO), y compris l'action en dommages-intérêts (ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, p. 47). Dans la mesure où la jurisprudence admet le concours avec l'action contractuelle ordinaire (art. 97 ss CO) ou avec l'action délictuelle, elle soumet ces actions aux mêmes conditions que l'action en garantie, en particulier le respect des incombances de l'acheteur (notamment: respect de l'avis des défauts) et au même délai de prescription (pour l'action contractuelle: ATF 108 II 102 = JdT 1982 I 542. Pour l'action délictuelle: ATF 67 II 132 (f) = SJ 1941 p. 488; ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560). En d'autres termes, l'action découlant de la violation positive du contrat en matière de vente (soit dans une hypothèse où il y a des règles spéciales réservées par l'art. 42 AP) se prescrit par un an.

A l'inverse, celui qui déverserait par négligence des pommes infestées de vermine sur des pommes appartenant à autrui, et provoquerait par la sorte leur destruction, pourrait être recherché en responsabilité délictuelle, selon les propositions de l'avant-projet, pendant trois ans en raison de la teneur de l'art. 55 al. 1 AP, sans par ailleurs devoir respecter les mêmes incombances que l'acheteur qui agit sur la base de l'action en garantie!

En d'autres termes, comme l'exemple ci-dessus le montre, celui qui recherche un responsable délictuel est mieux placé, en tout cas du point de vue de la prescription, que celui qui recherche en responsabilité son partenaire contractuel!

Certes, on nous objectera que celui qui recherche son partenaire contractuel pour le dommage causé par la mauvaise exécution du contrat en se fondant sur une action en garantie est avantagé car, contrairement à l'hypothèse délictuelle, il n'aura pas à „prouver la faute” puisque l'article 208 al. 2 CO institue une responsabilité objective. Cet avantage à l'action en garantie pourrait justifier, nous dira-t-on, un délai de prescription plus bref.

A cela on répondra d'une part que ce n'était pas, jusqu'à présent, le parti pris du législateur (la prescription de l'action en garantie étant la même que celle de l'action délictuelle en droit positif actuel: un an) et d'autre part que cette objection tombe assurément lorsque l'on envisage, dans le cadre de l'action en garantie la réparation du dommage „supplémentaire” visé à l'article 208 al. 3 CO.

Ainsi dans l'exemple indiqué ci-dessus, l'acheteur qui souhaite se faire indemniser également de la perte résultant de la frustration du bénéfice qu'il aurait réalisé en revendant les pommes (*lucrum cessans*) ne

pourra l'obtenir que si le vendeur était en faute, comme dans l'hypothèse délictuelle. La seule différence entre les deux hypothèses réside alors dans le fardeau de la „preuve” de la faute.

Compte tenu de l'avantage que l'avant-projet donnera à la personne qui poursuit en responsabilité sur une base délictuelle plutôt que sur la base de l'action en garantie, on ne peut qu'espérer que l'adoption de la nouvelle Loi sur le commerce électronique (Loi fédérale sur le commerce électronique (révision partielle du code des obligations et de la loi contre la concurrence déloyale)), qui prévoit une modification des art. 197 ss CO, et notamment un allongement du délai de prescription de l'action en garantie (qui passerait d'un an à deux ans), précédera ou coïncidera avec l'adoption du nouveau droit de la responsabilité civile. Idéalement, les deux législations devraient être coordonnées et, entre autre, les délais de prescription harmonisés (l'avant-projet de Loi sur le commerce électronique prévoit un délai de prescription de 2 ans pour les actions édiliciennes. Pourquoi ne pas le porter à 3 ans, afin de l'harmoniser avec le délai de prescription des actions délictuelles tel que prévu dans l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile?).

On notera au passage que nous sommes ici partis du point de vue que la réserve des dispositions spéciales prévue à l'art. 42 *in fine* AP incluait la réglementation de l'art. 208 al. 3 CO actuel.

Ce qui nous conduit au *troisième point* que nous souhaitons évoquer dans cette section: à supposer, comme cela paraît être le cas, que le régime actuel de l'art. 208 al. 3 CO ne sera pas touché par la révision ici discutée, est-il justifié et légitime de créer deux régimes différenciés s'agissant de la violation positive d'un contrat? L'objet de la révision consistant, nous semble-t-il, à assimiler les cas de violation positive du contrat aux cas soumis au (nouveau) régime délictuel, il devient plus difficile, dans ces conditions, de comprendre la survivance d'un système particulier s'agissant de la violation positive du contrat tout particulièrement dans des hypothèses telles que celles de l'art. 208 al. 3 CO. En d'autres termes: comment justifier la différence de régime (contractuel/délictuel) entre, d'une part, le cas des dommages causés dans le cadre d'une vente par un objet défectueux (art. 208 al. 3 CO) et, d'autre part, le cas des dommages résultant de la violation positive de contrats autres que la vente (ou autres que les contrats nommés prévoyant des dispositions spéciales au sens de l'art. 42 2^{ème} phrase AP) (art. 41 ss AP)?

On notera à cet égard que l'art. 208 al. 3 CO n'est pas la seule disposition „spéciale” qui prévoit une responsabilité pour faute dans l'hypothèse d'une violation positive du contrat. On peut ainsi mentionner notamment l'art. 368 CO (contrat d'entreprise).

Enfin, et il s'agit là du *quatrième et dernier point* que nous souhaitons mentionner à propos de la réserve en faveur des normes spéciales figurant à l'art. 42 AP *in fine*, on peut se demander si l'avant-projet ne crée pas une distinction injustifiée entre deux catégories de dommages survenant au cours d'une violation positive du contrat.

Ainsi, si l'on reprend l'exemple du peintre qui fait une tache sur le tapis du propriétaire alors qu'il peint le plafond à la demande du propriétaire

(contrat d'entreprise), il apparaît clairement à la lecture du Rapport (Rapport, *ad n.* 2.2.2.2, pp. 64 bas – 65 haut) que ce type de violation positive du contrat relèvera, selon l'avant-projet, du régime délictuel. Mais alors, comment concilier cette position avec celle au terme de laquelle les dommages liés à la violation positive du contrat découlant d'une exécution défectueuse de l'ouvrage, par exemple les craquelures dans la peinture mal appliquée ou les dommages à la santé résultant de l'usage d'une peinture toxique, relèveraient des „dispositions spéciales” visées notamment à l'art. 368 CO? Faut-il en déduire qu'il y aura une différence fondamentale de régime entre les dommages survenant à l'occasion de l'exécution du contrat (les taches sur le tapis – régime délictuel) et les dommages survenant *en raison* de la mauvaise exécution du contrat (les craquelures, l'atteinte à la santé – régime „spécial”)?

- f) Atteinte au principe de l'autonomie de la volonté régissant les accords contractuels?

Enfin, on peut se demander si l'art. 42 AP, en instituant l'assimilation des cas de mauvaise exécution du contrat au régime délictuel, ne porte pas une atteinte excessive au principe de l'autonomie de la volonté (art. 19 CO) (les auteurs de l'avant-projet sont bien sûr au fait de ce que leur proposition constitue une atteinte certaine au principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Voir Rapport, *ad* 2.10.2, spéc. pp. 260 *in fine* et p. 261) régissant les accords contractuels.

En effet, l'expérience pratique enseigne que les parties à des contrats complexes, comportant de nombreuses prestations et impliquant des transferts de valeur importants, tendent également à régler de manière particulièrement détaillée les conséquences de l'exécution défectueuse par l'une ou l'autre des parties de ses obligations. Les parties apportent fréquemment, lorsqu'elles peuvent s'offrir les services de conseillers juridiques, des modifications importantes au régime légal de responsabilité, qu'il s'agisse du régime général découlant des art. 97 ss CO actuels ou du régime spécial de tel ou tel type de contrat.

Qu'advient-il de ces réglementations contractuelles? Seront-elles évacuées purement et simplement au profit du nouveau régime légal délictuel dans l'hypothèse d'une mauvaise exécution contractuelle?

En particulier, est-il opportun d'exclure sans recours que les parties qui exercent une activité concédée par l'autorité ou soumise à autorisation ne puisse pas s'exonérer d'une responsabilité pour faute légère (voir art. 57 al. 2 lit. c AP), alors même que les parties négocient sur pied d'égalité? On songe par exemple au contrat de financement conclu entre un établissement bancaire et des sociétés de trading en matière de produits pétroliers: la banque (qui exerce une activité soumise à autorisation) ne pourrait-elle donc pas s'exonérer même d'une faute légère alors qu'elle conclut des contrats portant sur des sommes s'élevant à plusieurs millions de francs pour financer des achats de cargaison de pétrole par ses cocontractants, des sociétés expérimentées dans le domaine commercial et rompues aux affaires? C'est précisément dans des circonstances telles que celle-ci que le pouvoir d'appréciation du juge – tel que prévu actuellement à l'art. 100 al. 2 CO – revêt toute importance.

Le „transfert” vers un régime délictuel ne devrait pas priver des parties sophistiquées de régler à leur convenance, sur un pied d'égalité, les conséquences de la mauvaise exécution des obligations contractuelles qui les lient.

g) Le plus grave: l'imputation au débiteur: conclusion

L'obligation de réparer un dommage peut naître soit d'une règle de comportement objective (l'interdiction de léser un droit absolu, ou une autre norme de comportement) soit de la mauvaise exécution, respectivement de l'inexécution, d'une créance préexistante dont la victime est titulaire. C'est l'expression de la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle, et plus largement, entre responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, d'une part, et responsabilité contractuelle et quasi-contractuelle, d'autre part (obligation légale, gestion d'affaires proprement dite).

L'on peut juger opportun ou souhaitable d'uniformiser ces deux types de responsabilités, soit de fixer, autant que possible, des règles identiques pour la prescription, la responsabilité du fait des auxiliaires, le recours entre responsables, etc: il s'agit alors d'uniformiser les modalités de la responsabilité contractuelle et délictuelle, et non pas d'en modifier les fondements. C'est dans ce sens que devraient se réaliser les objectifs proposés par les auteurs de l'avant-projet, et non pas par les modalités proposées du texte de cet avant-projet.

Comme souligné déjà ci-dessus, l'avant-projet en effet a réintroduit à l'article 42 une règle que le premier avant-projet de 1991 de la Commission d'experts avait écartée après mûre réflexion: il s'agit substantiellement de déplacer la frontière entre responsabilité contractuelle et délictuelle, et non pas d'en uniformiser les seules modalités (Rapport, p.68 ch.2.2.2.5; P.Wessner, in RSA 1997, p.21). C'est cette démarche qui apparaît être fondamentalement critiquable, parce qu'elle en vient à traiter des obligations comme si aucun droit à l'exécution n'existait préalablement à toute survenance d'un dommage. En stipulant l'application du droit délictuel en cas de violation d'une obligation contractuelle (art. 42 AP), les experts vont plus loin qu'une simple uniformisation des modalités de la responsabilité, déjà partiellement réalisée par l'actuel article 99 al. 3 CO: l'avant-projet modifie en effet la qualité de débiteur de l'obligation contractuelle, puisque la qualification selon le droit délictuel de la responsabilité fait que les membres de l'organe de la personne morale doivent répondre à côté de celle-ci du dommage (art. 55 al. 3 CC). Ainsi, l'obligation contractuelle n'oblige-t-elle pas que le partenaire contractuel qui est une personne morale, mais encore l'organe de cette personne morale personnellement, qui fait ainsi irruption dans l'équilibre des obligations contractuelles entre parties à cet acte juridique, sans que l'on ait à aucun moment songé à évaluer la portée de cette innovation; l'on cherche en effet vainement dans le Rapport une allusion à cette difficulté qui pourtant avait été signalée par la doctrine avant la parution du Rapport ici critiqué (D.Piotet, L'article 55 du Code civil et l'unification des responsabilités contractuelles et délictuelles, Mélanges B.Rusconi, Lausanne 2000, p.267ss).

Or, le résultat matériel manifestement souhaité par les experts peut être obtenu sans provoquer de tels bouleversements; si l'on cite en effet la doctrine allemande dominante de la „positive Vertragsverletzung“, les obligations de comportement impliquées par le principe de la bonne foi sont en effet indépendantes de la validité du contrat qu'elles entourent, celui-ci pouvant ainsi être nul ou invalidé sans que le comportement impliqué par les règles de la bonne foi n'ait à être modifié (cf. notamment A.Koller, in PJA 1992, p.1492ss; H.Koziol, in RJB 1998, p.522 avec des références). Il s'agit donc bien déjà d'un comportement abstrait des obligations contractuelles, soit relevant du domaine de la responsabilité extracontractuelle; un „déplacement de limites“ - avec des conséquences que les experts n'ont pas pu évaluer dans leur travail - n'est ainsi pas nécessaire: la preuve que cette approche est bien conforme à l'esprit des propositions des experts est précisément que ceux-ci admettent que la violation de la règle de l'article 2 CC imposant un comportement conforme aux règles de la bonne foi est déjà en droit positif constitutif d'un acte illicite (Rapport, p.103). Qu'apporte, au-delà de ce domaine de la „positive Vertragsverletzung“, l'article 42 AP, si ce n'est des conséquences imprévisibles et certainement non négligeables qui résulteraient de la dénaturation de l'obligation contractuelle pré-existante?

Uni ZH Honsell: Eine zentrale Neuerung der Revision besteht in der Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung. Nach dem Modell der Revision soll die positive Vertragsverletzung im Deliktsanspruch aufgehen, nicht jedoch der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Verzug. Dies kommt bereits im neuen Titel des zweiten Abschnitts zum Ausdruck, der „Die Entstehung durch *Schädigung*“ lautet, während es bislang heisst „Entstehung durch unerlaubte Handlung“. Nach Art. 42 VE finden die Bestimmungen dieses Abschnitts auch auf Schäden Anwendung, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden. Weiter ergibt sich aus Art. 41 VE i.V.m. Art. 46 VE, dass die vertragliche Haftung erfasst werden soll: Nach Art. 41 Abs. 1 VE ist eine Person zum Ersatz eines zugefügten Schadens verpflichtet, soweit ihr die Schädigung nach Gesetz zugerechnet werden kann. Die Zurechnung setzt nach Art. 41 Abs. 2 VE u.a. voraus, dass der Schaden widerrechtlich ist. Nach Art. 46 Abs. 2 VE ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht verstösst. Widerrechtlichkeit und Vertragswidrigkeit sind danach deckungsgleich.

Ziel der Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung ist es nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser offenbar, die deliktische und vertragliche Haftung zu harmonisieren und Abgrenzungsprobleme zu vermeiden. Verzug und Nichterfüllung sowie besondere Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse - damit ist wohl die Sachmängelgewährleistung gemeint - werden gemäss Art. 42 VE von den gemeinsamen Haftungsbestimmungen grundsätzlich nicht erfasst. Diese Haftungsfälle bleiben weiterhin Art. 97 ff., 102 ff., 197 ff. OR unterstellt. Nur die positive Vertragsverletzung soll also unter OR 41 ff. fallen. Damit werden die Abgrenzungsschwierigkeiten indes nicht behoben, sondern nur ins Vertragsrecht verlagert. Denn die positive Vertragsverletzung ist zumindest soweit es um mangelhafte Lieferung geht, auch in Art. 208 Abs. 3 OR geregelt.

Die durch den Verweis des Art. 42 VE erfolgte Vereinheitlichung der deliktischen und vertraglichen Haftung überzeugt aber auch materiell in zentralen Punkten nicht. Delikt und positive Vertragsverletzung sollen in Bezug auf Verjährung, Beweislast und Gehilfenhaftung offenbar identischen Modalitäten unterworfen sein. Auch der vierte Unterschied, nämlich die (Nicht-)Ersatzfähigkeit primärer Vermögensschäden im Deliktsrecht, soll offenbar eingeebnet werden.

Bei der Hilfspersonenhaftung unterscheidet der VE zwischen Hilfspersonen im Allgemeinen (Art. 49 VE) und Hilfspersonen in Unternehmungen (Art. 50 VE). Nach Art. 49 VE (Hilfspersonen im Allgemeinen) kann sich der Geschäftsherr durch den Nachweis der drei *curae* befreien, ebenso nach Art. 50 VE (in Unternehmungen) durch den Nachweis einer zur Schadensverhütung geeigneten Organisation. Obwohl beide Bestimmungen offensichtlich auf die Deliktshaftung zugeschnitten sind, kommen sie kraft Art. 42 VE auch auf die positive Vertragsverletzung zur Anwendung. Dies freilich bleibt ohne Konsequenz, denn Art. 101 Abs. OR soll nicht aufgehoben werden. Die Entwurfverfasser waren offensichtlich der Meinung, dass der Fortbestand dieser Norm nur für die sonstigen vertraglichen Ansprüche gelten solle, nicht jedoch für die positive Vertragsverletzung. Diese Rechtslage ergibt sich allerdings aus dem Entwurf nicht. Denn Art. 101 Abs. 1 OR enthält keinen erkennbaren Ausschluss der positiven Vertragsverletzung und Art. 99 Abs. 3 neu enthält zwar eine generelle Verweisung auf das Haftpflichtrecht, die nicht mehr wie bisher auf das Mass der Haftung beschränkt sein soll. Die Verweisung soll jedoch nur gelten, soweit das Vertragsrecht keine besonderen Regeln enthält. Eine solche Regelung besteht aber in Form des alten Art. 101 Abs. 1 OR. Dem Entwurf ist also das Kuriosum gelungen, dass für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung sowohl die neue als auch die alte Regelung gilt, was ein Widerspruch ist. Es liegt – entgegen der Intention des Vorentwurfs – ein Fall von Anspruchskonkurrenz vor. Art. 53 nennt dies neu „Häufung von Haftungsgründen“, die amtswegig im Sinne des Günstigkeitsprinzips zu lösen sei.

Im übrigen hat sich der Entwurf mit der Verallgemeinerung der deliktischen Gehilfenhaftung für das falsche System entschieden. Es ist nicht ersichtlich ist, weshalb die allgemein anerkannte Regelung von OR 101 OR geändert werden sollte. Art. 55 OR ist eine seit langem kritisierte *crux*, welche die Rechtsprechung zu zahlreichen Umgehungsmanövern und zu einer Flucht in konstruiertes und fiktives Vertragsrecht veranlasst hat. Man versteht nicht, weshalb die auch im Ausland seit langem kritisierte Privilegierung, eine Entlastung bei Nachweis der *cura in eligendo, instruendo, custodiendo*, die ein Gelehrtenprodukt des gemeinen Rechts ist, nicht aufgegeben, sondern stattdessen auf das Vertragsrecht erstreckt wird. Wer andere für sich arbeiten lässt, sollte für Schäden, die dabei entstehen, ohne Entlastungsmöglichkeit und unabhängig davon haften, ob ein Vertrag mit dem Geschädigten besteht oder nicht. Dies allerdings nur bei Verschulden. Im übrigen ist der Anwendungsbereich des geltenden Art. 101 Abs. 1 OR weiter als der von Art. 55 OR. Hilfspersonen nach Art. 101 OR können nämlich auch Dritte sein, die nicht in die Organisation des Schuldners eingegliedert sind, wie z.B. ein Frachtführer oder ein zur Vertrags-

erfüllung beigezogener Dritter. Hier passt die Entlastungsmöglichkeit noch weniger.

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Gleichschaltung von Vertrag und Delikt missglückt ist. Abgesehen von den Mängeln des Art. 55 OR, den der Entwurf gerade beibehält, hat das Nebeneinander von Vertrag und Delikt bei der Anspruchskonkurrenz problemlos funktioniert, während die neue Ordnung teils inhaltlich nicht überzeugend und teils unklar ist.

Uni ZH Portmann: 1. Allgemeines

Nach geltendem Recht sind grundsätzlich alle Arten von Schädigungen, die sich aus einer Vertragsverletzung ergeben, nach den Regeln der Art. 97 ff. OR zu behandeln, während ausservertragliche Schädigungen den Vorschriften der Art. 41 ff. OR unterstehen. Gemäss Art. 42 VE sollen neu die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Bestimmungen auch auf Schäden anwendbar sein, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung sowie besondere Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse. Das bedeutet:

- Schäden aus vollständiger oder teilweiser *Nichterfüllung infolge Leistungsunmöglichkeit* fallen weiterhin unter Art. 97 Abs. 1 OR und somit unter das „vertragliche“ Schadenersatzrecht.
- Gleiches gilt für Schäden aus *verspäteter Erfüllung (Verzug)*, für welche die Art. 102 ff. OR anwendbar bleiben.
- Wie bisher vorbehalten bleiben *besondere Regeln für einzelne Vertragsverhältnisse*, z.B. Art. 208 Abs. 2 OR betreffend den Ersatz von Schaden, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.
- Ein Systemwechsel findet hingegen in Bezug auf Schäden aus *positiver Vertragsverletzung* statt, die bisher gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre von Art. 97 Abs. 1 OR erfasst wurden. Zur positiven Vertragsverletzung werden alle Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen gezählt, die sich weder der Nichterfüllung noch dem Verzug zuordnen lassen; zu ihnen gehören namentlich die Schlechterfüllung (verstanden als Erbringen der Leistung, die nicht die vertragsgemässe Qualität aufweist) sowie die Verletzung von Nebenpflichten. Schäden aus positiver Vertragsverletzung werden nach dem Vorentwurf neu den ausservertraglichen Normen der Art. 41 ff. unterstellt.

In der Tat ist eine gewisse Nähe der Schädigung aus positiver Vertragsverletzung zur ausservertraglichen Schädigung nicht zu verkennen. Eine positive Vertragsverletzung durch den Schuldner bildet oft zugleich einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Gläubigers, was zum Phänomen der Anspruchskonkurrenz führt. Indem man die positive Vertragsverletzung zum ausservertraglichen Eingriff zieht, wird das Gemeinsame der beiden Erscheinungen betont. Das ist aber nur um den Preis möglich, dass die Einheit des vertraglichen Schadenersatzrechts aufgebrochen wird. Die positive Vertragsverletzung liegt von ihrem Wesen her im Feld zwischen ausservertraglichem Eingriff einerseits und Vertragsverletzung durch Nichterfüllung oder Verzug andererseits. Der bestehende Graben zwischen ausservertraglichem Eingriff und positiver Vertragsverletzung kann daher nur zugeschüttet werden, wenn ein neuer Graben

zwischen der positiven Vertragsverletzung und den sonstigen Tatbeständen der Vertragsverletzung aufgerissen wird. Ein solcher Systemwechsel rechtfertigt sich nur, wenn die positiven Auswirkungen *im Ergebnis* klar überwiegen. Denn jeder Bruch mit einer langen und gewichtigen Rechtstradition, wie er hier vorliegt, beeinträchtigt die Rechtssicherheit, indem neue ungelöste Rechtsfragen und nicht vorausgesehene Konsequenzen entstehen. Im folgenden sind daher die wesentlichen Auswirkungen des geplanten Systemwechsels zu untersuchen.

2. Hilfspersonenhaftung

Die Haftung für Hilfspersonen, die den Gläubiger durch positive Vertragsverletzung schädigen, wird in Zukunft nicht mehr dem (unverändert beibehaltenen) Art. 101 Abs. 1 OR, sondern den Art. 49 und 49a VE unterstehen. Das bedeutet:

- Dem aus positiver Vertragsverletzung haftbaren Geschäftsherrn steht neu ein *Sorgfaltsbeweis* zu, wie er bisher nur im ausservertraglichen Bereich zur Anwendung kam. Zwar stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis; deswegen zu behaupten, er sei „fast nur noch ein Mythos“, geht indessen zu weit. Dies mag allenfalls zutreffen, wenn das Subjekt der Haftpflicht eine Unternehmung ist, die beweisen muss, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten (Art. 49a VE). Ist der Geschäftsherr hingegen keine Unternehmung, so kann er sich mit dem Beweis befreien, dass er bei der Auswahl, bei der Unterweisung und bei der Überwachung der Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten (Art. 49 VE). In diesem Bereich wird der Sorgfaltsbeweis weiterhin seine Bedeutung haben. Zumindest hier führt also die veränderte Zuordnung der positiven Vertragsverletzung zu einer deutlichen Verschlechterung der Stellung des geschädigten Vertragspartners.
- Im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 1 OR hängt die Haftung nach Art. 49 und 49a OR davon ab, dass die Hilfsperson in einem *Subordinationsverhältnis* zum Geschäftsherrn steht. Die aus positiver Vertragsverletzung geschädigte Person wird somit in Zukunft ihren Vertragspartner für das geschäftliche Verhalten seiner Hilfspersonen nicht mehr belangen können, wenn diese selbständige Unternehmer, gleichberechtigte Familienmitglieder o. dgl. sind. Der Geschädigte verliert dadurch nicht nur ein Haftungssubjekt, sondern muss sich, falls mehrere Hilfspersonen beteiligt waren, mit einer Personenmehrheit auseinandersetzen. Noch schwerer wiegt, dass er oft auch gegenüber den Hilfspersonen erfolglos bleiben wird, weil es entweder (im Fall von reinen Vermögensschäden) an der Widerrechtlichkeit fehlt oder weil er den Verschuldensnachweis nicht erbringen kann. Dieser wird durch die neu vorgesehene Subjektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs zusätzlich erschwert (Art. 48a VE). Dass die durch eine Vertragsverletzung geschädigte Person in vielen Fällen weder ihren Vertragspartner noch die Hilfspersonen mit Erfolg belangen kann, wenn zwischen diesen und dem Vertragspartner kein Subordinationsverhältnis besteht, stellt eine *empfindliche und inakzeptable Schutzlücke* dar.

- Die vertragliche Hilfspersonenhaftung kann gemäss dem noch geltenden Art. 101 Abs. 2 OR durch eine zum voraus getroffene Verabredung *beschränkt oder aufgehoben* werden; steht der Verzichtende im Dienst des anderen oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung nach Art. 101 Abs. 3 OR höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden. Entsprechende Freizeichnungsklauseln beschränken auch die Haftung aus Art. 55 OR, da sich vertragliche Haftungsbeschränkungen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch auf ausservertragliche Ansprüche auswirken. Der Vorentwurf hebt Art. 101 Abs. 2 und 3 (wie übrigens auch Art. 100) OR auf und behandelt die Freizeichnung generell im allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (in Art. 57 VE). Die vorgesehenen Bestimmungen erschweren haftungsbeschränkende Vereinbarungen im allgemeinen und daher auch die Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung, doch gelten sie aufgrund der geplanten Erweiterung von Art. 99 Abs. 3 OR auch für die vertragliche Haftung. Die Verschiebung der positiven Vertragsverletzung vom vertraglichen in den ausservertraglichen Bereich wirkt sich demnach auf die Zulässigkeit der Freizeichnung nicht aus.

3. Verjährung

Durch den Einbezug der positiven Vertragsverletzung in den Anwendungsbereich der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Bestimmungen richtet sich die Verjährung von entsprechenden Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen in Zukunft nicht mehr nach (dem unverändert weiterbestehenden) Art. 127 OR, sondern nach Art. 55 VE. Die Frage, ob sich diese Verschiebung zu Gunsten oder zu Lasten des geschädigten Vertragspartners auswirkt, lässt sich nicht allgemein beantworten. Die Beurteilung hängt massgeblich vom Zeitpunkt ab, in dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen erlangt:

- Fällt diese Kenntnisnahme mit der schädigenden Vertragsverletzung zusammen, so hat der Geschädigte nach heutiger Rechtslage zehn Jahre Zeit, seinen Anspruch geltend zu machen, während ihm nach dem Vorentwurf nur drei Jahre bleiben. Diese Verschlechterung seiner Stellung ist aber als eher geringfügig einzuschätzen, da drei Jahre in aller Regel ausreichen dürften, einen Anspruch mit bekanntem Schaden und in Kenntnis der haftpflichtigen Person geltend zu machen.
- Erhält der Geschädigte erst mehr als zehn Jahre nach der Vertragsverletzung Kenntnis vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen (was vor allem im Zusammenhang mit gesundheitlich bedingten Spätschäden von praktischer Bedeutung ist), so ist die neu vorgesehene Lösung für ihn vorteilhafter. Da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 127 OR der Verjährungslauf von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen aus positiver Vertragsverletzung mit dem Eintritt oder dem Ende der Vertragsverletzung beginnt, tritt die Verjährung nach zehn Jahren auch dann ein, wenn der Geschädigte den Schaden oder den Haftpflichtigen nicht kannte und nicht kennen konnte. Diese problematische Konstellation kann sich im Rahmen der relativen Verjährungsfrist von Art. 55 Abs. 1 VE überhaupt nicht und im Rahmen der absoluten Verjährungsfrist von Art. 55 Abs. 2 VE erst nach zwanzig Jahren verwirklichen.

- Erhält der Geschädigte zwischen der Vertragsverletzung und zehn Jahren danach Kenntnis vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen, so ist je nach Zeitpunkt die alte oder die neue Regelung günstiger.

4. Verschuldensnachweis

Die aus positiver Vertragsverletzung geschädigte Person wird in Zukunft nicht mehr an der Beweislastumkehr von Art. 97 Abs. 1 OR teilhaben können. Mit anderen Worten wird es an ihr liegen, der schädigenden Vertragspartei ein Verschulden nachzuweisen. Die Auswirkungen dieser Änderung werden im Erläuternden Bericht zum Vorentwurf unterschätzt. Zwar trifft es zu, dass das Verschulden kein Sachverhalt, sondern eine Wertung ist, die als solche einem Beweis nicht zugänglich ist. Die Wertung beruht aber stets auf dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Tatsachen, worüber bei Streitigkeit Beweis geführt werden muss. An einem Verschulden des Vertragspartners fehlt es namentlich dann, wenn die positive Vertragsverletzung durch Zufall oder durch das Verhalten eines Dritten bewirkt wurde. Es macht nun aber einen erheblichen Unterschied, ob der Geschädigte die Verursachung der Vertragsverletzung durch seinen Vertragspartner oder dieser zu seiner Entlastung die Verursachung durch Zufall oder Drittverhalten nachweisen muss. Lässt sich weder das eine noch das andere beweisen, so hat die geschädigte Partei nach der Lösung des Vorentwurfs das Nachsehen, weil sie die *Folgen der Beweislosigkeit* zu tragen hat. In dieser Situation nützt auch Art. 56c Abs. 2 VE nichts, der im Erläuternden Bericht als nicht zu unterschätzender Vorteil für die geschädigte Person bezeichnet wird; lässt sich eine Tatsache letztlich weder beweisen noch widerlegen, so ist es völlig unerheblich, ob die Beweiserhebung auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen veranlasst worden ist.

Im ERLÄUTERNDEN BERICHT wird weiter ausgeführt, „dass man faktisch zu einer Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien gelangt, namentlich in den Fällen, wo Verpflichtungen in Bezug auf die Mittel (obligations de moyens) verletzt werden (z.B. Arzthaftung), bei denen das Verschulden mit der Nichterfüllung identisch ist“. In der Tat hat die geschädigte Partei bereits nach geltendem Recht die Vertragsverletzung nachzuweisen, und diese kann mit dem Verschulden der anderen Partei praktisch zusammenfallen. Vor allem bei der Schlechterfüllung von Dienstleistungsobligationen und bei der Verletzung von Nebenpflichten besteht die Vertragsverletzung in einem Verstoss gegen die vertraglich geschuldete und nach Berufsstandards gebotene Sorgfalt, wodurch zugleich das Verschulden begründet wird. Das gilt indessen nur unter der *Prämisse des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs*, wie er nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zur Anwendung kommt. Gerade dieser soll jedoch gemäss Art. 48a VE aufgegeben werden.

Der geschädigten Partei bereitet es oft schon Mühe, die Vertragsverletzung zu beweisen, was die Rechtsprechung zur Gewährung von Beweislasteulassungen veranlasst hat. Wird ihr zusätzlich der Verschuldensnachweis unter gleichzeitiger Aufgabe des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs auferlegt, so wird die Geltendmachung ihrer Ansprüche

übermässig erschwert, dies zu Gunsten der Partei, die doch immerhin objektiv den Vertrag verletzt hat.

5. Fazit

Aufgrund der angestellten Überlegungen erscheint die Verlegung der positiven Vertragsverletzung in das ausservertragliche Haftpflichtrecht insgesamt in einem negativen Licht. Die entstehenden Nachteile bei der Hilfspersonenhaftung und beim Verschuldensnachweis überwiegen die Vorteile bei der Verjährung deutlich.

Vorschlag zu Art. 42 VE: Streichung mit den nötigen Anpassungen, z.B. von Art. 46 VE. Die Aufrechterhaltung dieser Bestimmung liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn gleichzeitig wenigstens die gravierendsten Schutzlücken bei der Regelung des Verschuldens und der Hilfspersonenhaftung geschlossen würden. Dazu müssten Art. 48 und 49 VE durch Sonderbestimmungen für die positive Vertragsverletzung ergänzt werden. Das jedoch stünde in direktem Gegensatz zum Zweck von Art. 42 VE, die ausservertragliche Schädigung und die Schädigung aus positiver Vertragsverletzung gemeinsamen Regeln zu unterstellen. Korrekturen in Art. 48 und 49 VE bilden daher keine sinnvolle Alternative zur Streichung von Art. 42 VE.

341.03 Art. 43

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Die Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung rückt eine mögliche Haftbarkeit des Kantons auf privatrechtlicher Ebene – insbesondere im Rahmen der Gefährdungshaftungen und der gewöhnlichen Kausalhaftungen im „nicht hoheitlichen“ Bereich – in den Vordergrund. Es gilt allerdings festzustellen, dass die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Staatstätigkeit von zentraler Bedeutung ist und dass die damit zusammenhängenden Abgrenzungsschwierigkeiten mit der vorliegenden Vorlage unseres Erachtens nicht beseitigt werden können.

AR: Kantone unterstünden neu grundsätzlich privatrechtlichen Haftungsbestimmungen. Abweichungen wären nur noch im Bereich der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ zulässig. Gemäss Auffassung der Autoren des VE wäre die Tätigkeit z.B. an einem öffentlichen Spital nicht mehr hoheitlich. Die Medizinalhaftung aus dem Betrieb öffentlicher Spitäler und Kliniken fiel nicht mehr, wie heute, unter die Haftungsbestimmungen des Ausser-rhoder Rechts. Von der Idee her dürfte es hernach keine Unterschiede mehr geben zwischen medizinischer Tätigkeit an einem öffentlichen Spital (bisher HG) und an einer Privatklinik (vertragliche Haftung); proklamiert wird die Angleichung der Grundlagen (basierend auf der Verschuldenshaftung und der neuen Organisationshaftung).

Das ist problematisch. Es gibt nun einmal - wie oben bereits hervorgehoben - klar gewisse Eigenheiten, mit denen öffentliche Spitäler, im Unterschied zu Privatkliniken, auskommen müssen. Diese finden im vorliegenden VE und EB keinerlei Berücksichtigung. Zudem werden gewisse, sich bei einer Angleichung der Grundlagen neu zu beantwortende Fragen (z.B.

Beweislast für Sorgfaltspflichtverletzung bei med. Tätigkeit an öffentlichen Spitälern - vgl. unten) überhaupt nicht erkannt oder aufgegriffen.

Der Vorentwurf sieht vor, dass der Geltungsbereich der öffentlich-rechtlichen Haftungsbestimmungen eingeschränkt werden soll. Das öffentliche Verantwortlichkeitsrecht soll nur noch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Schädigung durch Behörden oder Beamte im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten, etwa der Polizei oder des Militärs erfolgt. Staatliche Handlungen und Unterlassungen im nicht-hoheitlichen Bereich, etwa im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesen (Leistungsverwaltung), würden neu dem privatrechtlichen Haftpflichtrecht unterliegen; die Kantone dürften dazu keine Regelungen mehr erlassen.

Wie Professor Jaag zu Recht darauf hinweist (vgl. NZZ vom 11.4.01, S. 17), ergeben sich Bedenken namentlich bei der Frage der Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Regelung. Die Haftung für staatliche Verrichtungen ist ein Aspekt der Staatsorganisation, und die entsprechende Regelung fällt demzufolge in den Kompetenzbereich des für die Staatsorganisation zuständigen Gemeinwesens, d.h. der Kantone für Schädigungen durch kantonale (oder kommunale) Behördemitglieder oder Beamte. Die Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts (BV Art. 122) erfasst nur Schädigungen im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeit des Staates.

In sachlicher Hinsicht weckt die vorgeschlagene Lösung ebenfalls Bedenken. Auch nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeit dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und liegt deshalb im öffentlichen Interesse. Es handelt sich um Tätigkeiten, die von Privaten nicht oder jedenfalls nicht unter den gleichen Rahmenbedingungen wie vom Staat erfüllt werden. Beispiele dafür sind zahlreiche Aspekte der Leistungsverwaltung wie etwa der Unterricht an öffentlichen Schulen, die Betreuung in staatlichen Spitälern und Altersheimen sowie die Kehrriechtabfuhr und Abwasserreinigung.

Auch wenn solche Aktivitäten teilweise ähnlich sind wie Tätigkeiten Privater, hat der Staat immer die Wahrung des öffentlichen Interesses im Auge zu behalten.

Dazu kommt - ein mehr politischer als rechtliche Einwand -, dass die neue Lösung für die Geschädigten oft weniger günstig wäre als die bisherige Regelung; heute haftet sowohl im Bund als auch in den meisten Kantonen der Staat ohne Rücksicht auf das Verschulden der Person, die Schaden verursacht, wenn Dritte im Rahmen der Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich geschädigt werden (vgl. für Appenzell A.Rh. Art. 262 ff. EG zum ZGB, bGS 211.1). Eine Unterstellung unter das privatrechtliche Haftpflichtrecht gemäss Vorentwurf hätte zur Folge, dass eine Schadenersatzpflicht verneint würde, wenn der Staat nachweisen könnte, dass er die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zur Vermeidung von Schäden getroffen hat. Auch für die schädigenden Beamten ist die heute in den meisten Kantonen und im Bund geltende Regelung günstiger, indem der Staat nur auf die Beamten Rückgriff nehmen kann, wenn sie grobfahrlässig oder vorsätzlich den Schaden verursacht haben. Die privatrechtliche Regelung gemäss Vorentwurf würde einen Rückgriff auch bei leichtem Verschulden erlauben.

In Sachen Arzt-/Spitalhaftung ist speziell zu beachten, dass der Erläuternde Bericht (EB) gerade aus diesem Komplex immer wieder Schulbeispiele konstruiert und damit - zumindest teilweise - den (unberechtigten) Eindruck erweckt, in diesem Bereich sei der Handlungsbedarf besonders ausgewiesen. Eingangswort wird zudem mit Blick auf die Vorgeschichte des Revisionsvorhabens ausgeführt: *„Unter den aktuellen Themen, die auch die Komplexität, Unangemessenheit und Lückenhaftigkeit der heutigen Regelung aufzeigen, wird der Haftpflicht der Produzenten und Ärzte sowie dem Ersatz von Umweltschäden besondere Aufmerksamkeit geschenkt.“* (S. 13 oben). Und im Zusammenhang mit der Umtrieblichkeit der Eidgenössischen Räte im Nachgang zu Schweizerhalle: *„in dieser Flut von Begehren wurden auch ältere Vorschläge wieder aufgenommen, wie die Einführung einer Produkthaftpflicht, einer besonderen Haftung der Inhaber von Stauanlagen, eine Verschärfung der Arzthaftung und das ursprüngliche Vorhaben einer Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Als Antwort auf diesen intensiven politischen Druck hat das EJPD 1988 eine Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechtes eingesetzt“* (S. 15 oben). Unter dem Titel *„Mängel der heutigen Regelung und Reformvorschläge“* erwähnt alsdann der Kurzkomentar an prominenter Stelle: Auch sind inhaltliche Änderungen für einzelne Gebiete des Haftpflichtrechtes vorgeschlagen worden. So wurde die Einführung neuer Kausalhaftungen verlangt, z.B. für die Tätigkeit von Medizinalpersonen“ (Kurzkomentar S. 4, erster Abs.).

Arzthaftung, damit gemeint v.a. deren Verschärfung, wird damit fälschlicherweise nicht nur zum Dauerthema hochstilisiert, sondern dient offenbar teilweise auch als Rechtfertigung für die aktuellen Revisionsbemühungen. Das ist nicht korrekt. Es gibt heute nur wenige nennenswerte Probleme in diesem Bereich (z.B. Koordination), für welche die Rechtsprechung nicht längst Lösungen gefunden hätte, welche den Interessen aller Beteiligten gerecht würden. Entsprechend entsteht der Verdacht, die immer wiederkehrende Erwähnung von Beispielen aus dem Medizinalbereich fusse mehr auf dem Ansinnen, der relativ weit zurückliegenden historischen Vorgeschichte des Vorhabens (von 1967 - Tagung Juristenverein in Neuenburg mit Manifest - bis 1986/87 -Schweizerhalle und nachfolgende Vorstösse) Referenz zu erweisen, als auf einer Analyse der heutigen Situation von Patienten und Medizinalpersonen bei den Aufarbeitungsmöglichkeiten nicht optimaler Behandlungsergebnisse. Die einseitige Betrachtungsweise von VE und EB zeigen, dass man sich gar nicht bewusst ist, dass das Fass im Medizinalhaftpflichtbereich, wenn die Begehrlichkeiten weiter steigen, durchaus zum Überlaufen kommen könnte; verbunden mit einer Eskalation, die letztlich dem Patienten am wenigsten nützt.

Aus ökonomischer Sicht ist zudem die einseitige Verschärfung des Haftpflichtrechtes zulasten des Verursachers kritisch zu beurteilen, da so erhebliche volkswirtschaftliche Zusatzkosten geschaffen werden. Die effizienteste Lösung besteht in den meisten Fällen nämlich darin, dass sowohl potenzielle Schädiger wie Geschädigte zur Vermeidung des Schadens beitragen. Dies trifft etwa für den Betrieb eines Motorfahrzeugs oder den Gebrauch eines Produkts zu. Unklar bleiben in diesem Zusammenhang in der Vorlage vor allem die Versicherbarkeit der vorgeschlage-

nen Lösungen und, wie sich die zusätzlich resultierenden Vorsorgekosten seitens der Verursacher entwickeln könnten und ob durch die Revision nicht Innovation verhindert wird (vgl. Müller-Chen in NZZ vom 17.4.01, S. 15).

Fazit: Es ist mit Sicherheit keinesfalls so, wie im Kurzkommentar unter dem Titel „Finanzielle Auswirkungen auf Bund und Kantone“ ausgeführt wird, dass die Revision nur für jene Minderheit von Kantonen, die heute noch keine verschuldensunabhängige Staatshaftung kennen, eine Verschärfung der Haftung bewirkt (vgl. Kurzkommentar S. 30).

Man steht in dieser Situation vor der Wahl, die Revision möglichst grossflächig abzulehnen, indem man beispielsweise die Eingrenzung der heutigen kantonalen Staatshaftungsgesetzgebung auf streng hoheitliche Bereiche ablehnt, wenn der Begriff so eng verstanden wird, wie es die Experten gemäss EB tun, und damit die medizinische Behandlung an öffentlichen Spitälern unisono nicht mehr darunter fällt (obwohl den öffentlichen Spitälern nicht frei steht, ob sie mit einem Patienten ein Behandlungsverhältnis eingehen wollen oder nicht). Oder man votiert dafür, dass für öffentliche Spitäler eine Ausnahme gemacht wird und diese gleichwohl unter die kantonalen Haftungsgesetze fallen dürfen. Oder man akzeptiert, dass für öffentliche Spitäler kein kantonales Haftungsgesetz mehr gelten kann, pocht aber auf die punktuelle Berücksichtigung der oben ausgeführten Anliegen.

Gestützt auf das Gesagte sind sämtliche Regelungen des VE, welche die Statuierung einer exklusiven Haftung des Staates durch den Kanton nicht mehr zulassen, kategorisch abzulehnen.

- BE:** Der Vorentwurf unterstellt die Haftpflicht der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts und ihrer Bediensteten den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung. Abweichungen zu Gunsten des kantonalen Rechts rechtfertigen sich nach dem erläuternden Bericht nur für schädigende Handlungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangen werden. Art. 43 des Vorentwurfes enthält die Grundregel für die Haftung der Gemeinwesen. Art. 43a des Vorentwurfes ermächtigt die Kantone zu abweichenden Bestimmungen für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, sofern die juristische Person verschuldensunabhängig haftet, sei es ausschliesslich oder solidarisch neben den Bediensteten. Nicht abweichen können die Kantone von den Bestimmungen über die Gefährdungshaftung. Das bedeutet, dass die Kantone zwingend den Regelungen des Bundesrechts über die Kausalhaftungen unterstellt werden müssen. Das bringt auch mit sich, dass die Abweichungen des kantonalen öffentlichen Rechts einen Minimalstandard einhalten, den das Bundesrecht festlegt. Diese Regelung erachten wir als sinnvoll. Für den Kanton Bern ändert sich dadurch nichts Wesentliches. Das kantonale Verantwortlichkeitsrecht beruht bereits heute auf dem System der Kausalhaftung.
- BL:** Im Folgenden werden Art. 43 und Art. 43a VE OR zusammen behandelt. Redaktionell sollte Art. 43 VE OR durch den Hinweis ergänzt werden, dass es sich bei den vorbehaltenen Bestimmungen um gesetzliche Bestimmungen handeln muss. Art. 43 VE OR würde demnach wie folgt

lauten: „Unter Vorbehalt spezieller *gesetzlicher* Bestimmungen unterstehen Bund, ...“.

Nach geltendem Recht können die Kantone für die Haftung von „öffentlichen Beamten“ oder Angestellten kantonale Bestimmungen aufstellen, welche vom Bundesrecht abweichen. Wird jedoch ein Gewerbe betrieben wie zum Beispiel ein öffentliches Schwimmbad, so dürfen keine abweichenden Vorschriften erlassen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen die öffentlichen Spitäler nicht unter den Begriff „gewerbliche Verrichtungen“, weshalb in diesem Bereich kantonales Recht anwendbar ist. Die Haftung der Spitäler bildet denn auch einen wichtigen Anwendungsbereich der gestützt auf Art. 61 OR erlassenen kantonalen Haftungsgesetze. Der Vorentwurf führt neu das Kriterium der Hoheitlichkeit anstelle der gewerblichen Tätigkeit ein, was gerade im Spitalbereich zur Anwendung des Obligationenrechts führen würde. Dies ist abzulehnen. Im Spitalbereich beispielsweise wären dann keine gegenüber dem Bundesrecht für den Geschädigten weitergehenden kantonalen Regelungen mehr möglich, wie dies zur Zeit im Kanton Basel-Landschaft der Fall ist. So sieht § 13 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vor, dass Kanton und Gemeinden auch für rechtmässig zugefügte Schäden haften können. Es ist ein allgemein anerkanntes Prinzip, dass die Kompetenzen der Kantone nicht ohne zwingende Gründe eingeschränkt werden sollten. Ausserdem greift das Argument der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts nicht, da auch weiterhin neben dem Obligationenrecht ein zusätzliches öffentlich-rechtliches Haftpflichtrecht des Bundes bestehen würde.

Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das Kriterium „Hoheitlichkeit“ nicht unproblematisch ist. Bei der Anwendung des Mehrwertsteuergesetzes hat sich gezeigt, dass der Begriff zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Unsicherheiten führt.

FR: S'agissant des cas de responsabilités cantonales prévues par le droit fédéral, nous saluons l'effort d'uniformisation de la formulation des cas de responsabilité du canton décrétée par le droit fédéral.

Cela étant, en renvoyant aux dispositions générales (art. 41 à 58), l'avant-projet supprime la compétence des cantons de légiférer sur la nature, la durée des délais et la titularité (par rapport à celle de l'assureur) des prétentions récursoires et des prétentions directes d'un canton contre l'un de ses agents. Il convient de supprimer ce renvoi pour les raisons évoquées à propos de la „privatisation“ de la responsabilité des collectivités publiques et pour assurer une égalité de traitement entre tous les agents publics cantonaux. Il serait en effet incohérent et inéquitable que, dans un cas de responsabilité cantonale, un agent public puisse être traité différemment selon que la responsabilité en cause est régie par le droit fédéral ou par le droit cantonal, alors que, dans les deux hypothèses, le canton est titulaire de la prétention récursoire, respectivement de la prétention directe (cas du dommage qui lui a été directement causé par l'un de ses agents). Nous relevons que, par rapport au régime ordinaire qu'il prévoit, l'avant-projet apporte certaines dérogations en ce qui concerne la responsabilité des agents de la Confédération (cf. modifications apportées par l'AP à la LRFC).

La solution retenue dans l'avant-projet (limitation de la compétence dérogatoire des cantons aux activités de puissance publique ne constituant pas un cas de responsabilité à raison du risque) n'est pas judicieuse. Nous préfererions le maintien du système actuel de l'art. 61 CO qui permet aux cantons d'aménager plus librement leur réglementation de la responsabilité des collectivités publiques régies par le droit cantonal. Les dispositions de l'avant-projet ne nous satisfont pas pour les motifs suivants.

D'un certain point de vue, il ne se justifie certes pas de traiter différemment une collectivité publique d'une entreprise privée (les principes d'organisation et de conduite du personnel applicables aux collectivités publiques ne se distinguent plus fondamentalement, ou ne devraient plus le faire, de ceux applicables aux entreprises privées). Toutefois, la solution retenue dans l'avant-projet n'est pas convaincante dans la mesure où elle permet au tiers d'agir directement contre l'agent et où on ne peut pas exclure que la menace de cette action directe ne paralyse le fonctionnement du service public. Pour tenir compte du rôle de l'Etat et de ses agents (promotion et défense de l'intérêt public) et des contraintes auxquelles l'accomplissement des tâches publiques doit faire face, il nous paraît indispensable de garantir une certaine protection aux agents des collectivités publiques. On peut encore signaler que le système de l'avant-projet pourrait avoir des incidences financières non négligeables pour les agents publics dans le sens où ils pourraient être amenés à contracter, à titre privé, des assurances de responsabilité civile professionnelle.

Certaines lois cantonales adoptées sur la base de l'art. 61 CO assurent une meilleure protection des intérêts des personnes lésées que ne le font les dispositions de l'avant-projet. Dans le canton de Fribourg par exemple, les collectivités publiques répondent des préjudices causés de manière illicite par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions sans avoir la possibilité d'invoquer de preuve libératoire (cf. art. 49 AP).

L'avant-projet ne tient en outre pas suffisamment compte du fait que certaines unités administratives accomplissent des actes qui tantôt relèvent de l'exercice de la puissance publique au sens du projet et qui tantôt ne constituent que l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public. La soumission de ces unités à deux régimes de responsabilité différents n'est pas heureuse.

Par ailleurs, le critère fondé sur la notion de puissance publique au sens étroit ne nous convainc pas. Ainsi que les auteurs du projet le relèvent eux-mêmes, la distinction entre les activités étatiques relevant ou non de la puissance publique posera des problèmes complexes et réguliers de délimitation (tel est notamment le cas dans le domaine de l'enseignement obligatoire). Il en résultera des risques importants d'insécurité juridique, en ce sens qu'il sera périlleux pour le juriste d'oser un pronostic sur le caractère de puissance publique ou non d'une activité considérée. Il sera donc difficile pour la collectivité publique d'évaluer le risque encouru et d'en tirer les conséquences tant sur le plan de l'organisation de son administration que du point de vue de ses besoins en assurance responsabilité civile.

Il nous paraît finalement nécessaire de permettre dans tous les cas aux collectivités publiques de se dégager de leur responsabilité lorsque le

demandeur n'a pas utilisé toutes les voies de droit ordinaires pour s'opposer à l'acte dommageable (principe de la subsidiarité).

A noter que l'adoption d'une nouvelle réglementation de la responsabilité civile pourrait être l'occasion d'introduire dans l'ordre juridique suisse une voie de droit permettant de soumettre à l'examen d'une instance judiciaire fédérale des jugements cantonaux retenant une responsabilité civile des collectivités publiques cantonales. Les motifs susceptibles d'être invoqués à l'appui du recours pourraient être limités à l'arbitraire, mais le recours devrait également être ouvert dans les cas d'application de la législation cantonale sur la responsabilité civile (cf. la récente affaire Sergeï Michailow/canton de Genève).

JU: L'art. 43 CO, tel que prévu, va dans le sens d'une plus grande cohérence en matière de droit de la responsabilité et doit donc être salué. Il correspond tout à fait à la volonté du Gouvernement de la République et Canton du Jura d'uniformiser les règles en matière de responsabilité en créant une partie générale et des dispositions spéciales dans les domaines où cela s'avère nécessaire.

LU: Wir erachten die grundsätzliche Unterstellung der Staatshaftung unter das Bundeszivilrecht und die verschuldensunabhängige Staatshaftung für hoheitliche Tätigkeiten als richtig und zeitgemäss. Die Neukonzeption darf aber nicht zu einer grundsätzlichen Verschärfung der Haftung des Kantons führen. Daher können wir der im Vorentwurf vorgeschlagenen Lösung nur zustimmen, wenn sowohl der Bereich der hoheitlichen Tätigkeit eng gefasst als auch in diesem Bereich die Widerrechtlichkeit eng verstanden wird beziehungsweise von den Kantonen eng gefasst werden darf.

NE: Avec beaucoup d'hésitation, nous nous rangeons derrière les arguments des auteurs du projet concernant la responsabilité des collectivités publiques. S'il est vrai que, jusqu'ici, l'autonomie cantonale en matière de responsabilité du canton et celle de ses agents est reconnue, sauf exception en matière d'exercice d'une industrie, il n'en demeure pas moins que les solutions fédéralistes qui en résultent ne sont pas satisfaisantes et ne trouvent aucune justification raisonnable dans la réalité.

Nous pouvons d'autant mieux admettre qu'en règle générale la responsabilité des corporations et établissements de droit public comme celle de leurs agents soit soumise aux dispositions qui régissent la responsabilité civile, puisque le projet réserve expressément le droit public cantonal en matière de dommages causés dans l'exercice de la puissance publique, même prise au sens étroit du terme. Il appartiendra bien sûr aux tribunaux de préciser ce qui doit être entendu par „exercice de la puissance publique“. Nous souhaitons cependant que l'interprétation de cette notion ne soit pas par trop restrictive, les cantons ayant besoin pour leurs activités traditionnelles relevant de l'exercice de la puissance publique d'une certaine latitude.

OW: Weil wir eine verschuldensunabhängige Staatshaftung haben, betrifft uns die Änderung von Art. 43 und 43a nicht.

SG: Soweit die Haftpflicht des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie ihrer Körperschaften, Anstalten und Bediensteten den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung unterstellt werden soll (Art. 43), sind wir aus den

nachfolgenden Gründen mit der vorgeschlagenen Regelung nicht einverstanden:

- a) Die Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts (Art.122 BV) erfasst nur Schädigungen im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeit des Staates (vgl. Art. 59 Abs.1 ZGB; Art. 61 OR); Eine Kompetenz des Bundes zur Regelung der Haftung für Schädigungen durch andere als privatrechtliche Handlungen oder Unterlassungen der Kantone besteht nicht. Die im Vorentwurf vorgesehene Lösung würde daher zunächst eine Änderung der Bundesverfassung voraussetzen. Auf die offenbar gegenteilige Auffassung des Bundesamtes für Justiz (Bericht, S.70) können wir mangels Kenntnis des diesbezüglichen Gutachtens vom 23.März 1993 nicht näher eingehen; Unseres Erachtens ist indessen die von T.Jaag in der NZZ vom 11.April 2001 vertretene Rechtsauffassung schlüssig und zutreffend.
- b) Auch wenn nichthoheitliche staatliche Aktivitäten teilweise ähnlich sein mögen wie Tätigkeiten Privater, hat der Staat immer die Wahrung des öffentlichen Interesses im Auge zu behalten. Es geht dabei stets um Leistungen, die von Privaten nicht oder jedenfalls nicht unter den gleichen Rahmenbedingungen wie vom Staat erfüllt werden (beispielsweise Unterricht an öffentlichen Schulen, Kehrrichtabfuhr und Abwasserreinigung). Oft stehen dem Staat bei der Erfüllung von Aufgaben im Rahmen der Leistungsverwaltung Zwangsmittel zur Verfügung, so dass der Übergang zur „hoheitlichen“ Verwaltung fließend ist. Überdies können Anordnungen und Unterlassungen der Behörden auch im Bereich der Leistungsverwaltung mit Rechtsmitteln angefochten werden; die Staatshaftung kommt nur subsidiär zur Anwendung. Angesichts dieser unterschiedlichen Rahmenbedingungen weckt die vorgeschlagene Lösung auch in sachlicher Hinsicht Bedenken. Dazu kommt, dass die privatrechtliche Regelung gemäss Vorentwurf einen Rückgriff auf die Beamten und öffentlichen Angestellten –im Gegensatz zur Regelung im Kanton St.Gallen (aber auch in zahlreichen anderen Kantonen), wonach Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit vorliegen muss (Art. 8 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes, sGS 161.1)– auch bei leichtem Verschulden erlauben würde. Ausserdem kann sich der Staat nach der vorgeschlagenen Regelung von der Haftung befreien, wenn er den Sorgfaltsbeweis in Bezug auf Auswahl, Unterweisung und Überwachung der Hilfsperson sowie die erforderlichen organisatorischen Vorkehren zur Vermeidung von Schäden erbringen kann (Art. 49a). Diese Lösung stellt für den Geschädigten im Vergleich zu den als Kausalhaftung ohne Entlastungsbeweis ausgestalteten Verantwortlichkeitsgesetzen (so beispielsweise Bund und Kanton St.Gallen) eine Verschlechterung dar. Schliesslich trifft zwar zu, dass das heute massgebende Abgrenzungskriterium der gewerblichen Tätigkeit des Staates (Art. 59 Abs. 1 ZGB, Art. 61 OR) in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten führt (Bericht, S. 69). Die gemäss Vorentwurf massgebende Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit (Art. 43a Abs. 1) ist indessen ebenso schwierig zu treffen (so auch Bericht, S. 71) und wird wohl kaum zu weniger Auseinandersetzungen führen.

Die Absicht, Staatshandlungen im nichthoheitlichen Bereich dem öffentlichen Verantwortlichkeitsrecht zu entziehen und neu dem privatrechtlichen Haftpflichtrecht zu unterstellen, ist – wie gerade ausgeführt – mit der verfassungsmässigen Kompetenzordnung nicht vereinbar (siehe Vernehmlassungsschreiben). Die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 43 und 49a haben daher lediglich subsidiären Charakter.

Der Kanton St.Gallen hat –wie der Bund– die Haftung für Schäden, welche die Behörden, Beamten und Angestellten in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen widerrechtlich verursacht haben, einer kausalen bzw. verschuldensunabhängigen und primären bzw. ausschliesslichen Haftung des Gemeinwesens unterstellt. Dieses System ist verwaltungsökonomisch sinnvoll und trägt dem Risiko Rechnung, dass der handelnde Beamte oder Angestellte in der staatlichen Organisation oft nicht individualisiert werden kann oder nicht zahlungsfähig ist. Diesen Gefahren sollte nicht zuletzt im Hinblick auf eine weitergehende Angleichung der Haftungsordnungen des privaten und des öffentlichen Rechts auch dann wirksam begegnet werden können, wenn die staatliche Tätigkeit nicht hoheitlicher Natur ist, demgemäss nach Art. 43 den zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen untersteht und namentlich Art. 49 bzw. Art. 49a zur Anwendung gelangen. Dementsprechend muss allgemein und im Einklang mit der Auffassung der Studienkommission (Bericht, S. 133) auch sichergestellt werden, dass der Geschädigte ausschliesslich jene Personen belangen kann, die nach Art. 49 oder Art. 49a haftet. Art. 43 ist daher mit folgendem Abs. 2 zu ergänzen:

„²Gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu.“

SH: Es wird vorgeschlagen, die Haftpflicht der Gemeinwesen grundsätzlich den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung zu unterstellen und eine abweichende Regelung lediglich noch dort zuzulassen, wo der Schaden in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht wird. Diese Lösung weckt Bedenken. Auch nicht hoheitliche staatliche Tätigkeit dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und liegt deshalb im öffentlichen Interesse. Oft stehen dem Staat bei der Erfüllung von Aufgaben im Rahmen der Leistungsverwaltung Zwangsmittel zur Verfügung. Hoheitliche und nichthoheitliche Verwaltung sind oft miteinander verknüpft und lassen sich nicht immer ohne weiteres trennen. Überdies können Anordnungen und Unterlassungen von Behörden auch im Bereich der Leistungsverwaltung mit Rechtsmitteln angefochten werden. Die Staatshaftung kommt nur subsidiär zur Anwendung. Das kantonale Haftungsgesetz sieht eine originäre Staatshaftung vor und schliesst eine direkte Belangbarkeit des Beamten aus. Käme den Kantonen lediglich noch die Kompetenz zu, die Haftung für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, selbstständig zu bestimmen, hätte das einschneidende Auswirkungen auf einen Grossteil der im Dienste des Staates handelnden Personen. Die privatrechtliche Regelung gemäss Vorentwurf würde einen Rückgriff auch bei leichtem Verschulden erlauben.

Zudem bedarf die Frage der Prüfung, ob die generelle Unterstellung der Kantone und ihrer Körperschaften unter das Bundeszivilrecht verfassungsmässig ist.

SO: Würde der allgemeine Teil des Haftpflichtrechts für die Staatshaftung anwendbar, würde das bedeuten, dass das Prinzip der primären und ausschliesslichen Haftung des Staates aufgegeben würde. Darin sähen wir weder für die geschädigte Person noch für das Gemeinwesen einen Vorteil. Um alle ihre Rechte zu wahren, müsste die geschädigte Person nun sowohl das Gemeinwesen als auch die fehlbaren Funktionäre persönlich ins Recht fassen. Ein Zivilprozess mit hohem Aufwand und entsprechendem Kostenrisiko wäre die Folge (vgl. auch unsere Bemerkung zu Art. 49a VE-OR). Die heutigen Prozesse vor Verwaltungsgericht gegen den Staat sind einfacher und schneller. Zudem wäre das Gemeinwesen als Arbeitgeber neu gezwungen, für viele seiner Angestellten zusätzliche Versicherungen abzuschliessen (Rechtsschutzversicherung und Berufshaftpflichtversicherung).

Wir bringen deutliche Vorbehalte an, was die weitgehende Verbindlichkeit des allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts für das Verantwortlichkeitsrecht der Kantone betrifft.

SZ: Wir befürworten grundsätzlich die Ausdehnung der Haftung nach Bundeszivilrecht auf die Kantone und die Einschränkung der Staatshaftung auf hoheitliche Tätigkeiten. Diese Lösung trägt dem starken Ausbau und Wandel der Aufgaben und Dienstleistungen der Gemeinwesen Rechnung und berücksichtigt, dass viele staatliche Tätigkeiten ihrer Natur nach ohne weiteres auch von Privaten erbracht werden könnten. Allerdings ist die Abgrenzung von hoheitlichen und nicht hoheitlichen Tätigkeiten nicht einfach; diese Abgrenzung darf nicht allein Doktrin und Praxis überlassen, sondern muss in Form von brauchbaren Kriterien gesetzgeberisch festgelegt werden. Sodann dürfte die ins Auge gefasste Lösung eine Verfassungsänderung notwendig machen, weil dem Bund die Kompetenz fehlt, die Haftung der Kantone und Gemeinden zu regeln.

TG: Die Unterstellung der Staatshaftung der Gemeinwesen unter das Bundeszivilrecht widerspricht dem gegenteiligen Trend des Bundesgerichts. Der Sinn einer solchen Regelung ist auch wenig einsichtig. Im Gegensatz zum gewerblichen Bereich tritt der Staat bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben nicht auf gleicher Stufe auf, wie das ihm gegenüberstehende Subjekt. Dies trifft nicht nur für Handlungen zu, wo hoheitliche Gewalt ausgeübt wird wie namentlich im Bereich der öffentlichen Ordnung, sondern gilt auch für Staatstätigkeiten, wo kein direkter Zwang auf Privatpersonen erfolgt. Abgrenzungsprobleme bezüglich hoheitlicher bzw. nicht gewerblicher und gewerblicher Tätigkeit bestehen heute kaum mehr; sie sind durch Rechtsprechung und Praxis gelöst worden. Dies im Gegensatz zur Regelung gemäss Vorentwurf, wo zugegeben wird, dass die Unterscheidung staatlicher Tätigkeiten im Hinblick auf das Kriterium der Ausübung hoheitlicher Gewalt Abgrenzungsprobleme mit sich bringen wird. Hier stellt sich im Übrigen auch die Frage, ob die Aufzählung der Gegenstände hoheitlicher Gewalt im Erläuternden Bericht (S. 71) nicht auch amtliche Tätigkeiten umfasst, insbesondere die Erteilung von Bewilligungen und Konzessionen, die mit „Gewalt“ (bzw. besser: Zwang) in der Regel nichts zu tun haben. Zur Abgrenzung gewerblicher Tätigkeiten sollte am Begriff „amtlich“ anstelle von „hoheitlich“ festgehalten werden. Das Unterscheidungskriterium, ob bestimmte Tätigkeiten auch von Privatpersonen ausgeübt werden können, genügt insofern nicht, als der Vorentwurf davon

auszugehen scheint, dass die Grenze zwischen der Eingriffsverwaltung und der Leistungsverwaltung zu ziehen ist.

Im Zweifelsfall wird vorgeschlagen, Bundesprivatrecht anzuwenden. Dieser Vorschlag stellt indessen einen zu weit reichenden Eingriff in die Kompetenzen der Kantone dar und ist abzulehnen. In Bereichen, in welchen den Kantonen auf Grund der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen die selbständige Bestimmung über die Haftung im öffentlich-rechtlichen Bereich überlassen bleibt, besteht kein Grund, von den bewährten Regelungen abzuweichen. Eine „Privatisierung der Staatshaftung“ weckt auch unter dem Blickwinkel der Verfassungsmässigkeit Bedenken (Art. 122 BV).

Die Verantwortlichkeitsgesetzgebung regelt die Haftung für Schäden, die in Ausübung amtlicher Verrichtungen verursacht worden sind. Darunter fällt der Grossteil der Schäden, die Dritten durch im Dienste des Staates stehenden Personen entstanden sind. Das thurgauische Verantwortlichkeitsgesetz sieht (wie viele andere Kantone auch) eine originäre Staatshaftung vor und schliesst die direkte Belangbarkeit der Staatsangestellten aus. Käme den Kantonen lediglich noch die Kompetenz zu, die Haftung für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, selbständig zu bestimmen (gemäss Studienkommission und Verfasser des Vorentwurfs nur noch in einem marginalen Bereich), hätte das einschneidende Auswirkungen für einen grossen Teil der im Dienste des Staates handelnden Personen. Für diese wäre nämlich, auch wenn sie eine öffentlich-rechtliche Aufgabe erfüllen, nicht aber hoheitliche Gewalt ausüben, Bundesprivatrecht anwendbar. Dieses sieht bei der (in den meisten Fällen anwendbaren) Unternehmensehaftung grundsätzlich keinen Ausschluss der Belangbarkeit für die Hilfspersonen vor. Das bedeutet eine wesentliche Verschlechterung der Stellung der Angestellten, zumal heute ein Rückgriff regelmässig nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Schädigung möglich ist, die privatrechtliche Regelung jedoch auch bei leichtem Verschulden den Regress erlauben würde. Auf Grund der neuen Regelung würde Staatsverdrossenen und Querulanten (deren Anzahl nicht zu unterschätzen ist) ein neues Feld eröffnet, ihren Unmut auch gegenüber den einzelnen Vertreterinnen und Vertretern des Staates persönlich auszulassen. Im Hinblick auf die seit dem 1. Januar 2001 geltenden neuen Gerichtsstandbestimmungen, welche wahlweise einen Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Person oder am Handlungs- oder am Erfolgsort vorsehen, könnten die einzelnen Staatsangestellten in einer Art und Weise in Anspruch genommen werden, die ihnen nicht zugemutet werden darf. Im Übrigen hätte der Staat, der seine Mitarbeitenden unterstützen und schadlos halten müsste, mit enormen (Abwehr-)Kosten zu rechnen. Schliesslich impliziert die Unterstellung amtlicher Tätigkeit unter das privatrechtliche Haftpflichtrecht auch eine Zuständigkeitsverlagerung von Verwaltungsbehörden und -gerichten hin zu Zivilgerichten, was nicht ohne weiteres als unbedenklich oder gar wünschenswert erscheint.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die geltende Regelung in Art. 61 OR bewährt hat. Der Vorentwurf tangiert die Kompetenz der Kantone. Die neuen Bestimmungen sind weder für die Geschädigten, den

Kanton noch die in seinem Dienste stehenden Personen vorteilhafter. Die vorgeschlagene Lösung ist unnötig und daher klar abzulehnen.

VD: Les art. 43 et 43a contiennent de notables restrictions par rapport à l'art. 61 CO actuel, pour ce qui concerne la faculté laissée aux collectivités publiques de prévoir des dispositions particulières en matière de responsabilité. En effet, l'art. 43a AP prévoit désormais que les dispositions dérogatoires ne seront possibles que pour autant que les dommages aient été causés dans l'exercice de la puissance publique, et non plus dans celui d'une industrie, comme c'est le cas selon le droit actuel. Les cantons devront donc déterminer dans chaque cas ce qui relève de la puissance publique, alors que cette notion n'est pas définie dans la loi. Cela risque de créer une insécurité juridique, du moins tant que les tribunaux n'auront pas défini ce qu'il faut entendre par puissance publique. A cet égard, le Conseil d'Etat estime qu'il n'appartient pas au juge de fixer le cadre dans lequel les collectivités publiques pourront légiférer. Il est donc souhaitable de préciser la notion de puissance publique dans la loi.

VS: Cf. ad art. 41.

ZG: Es stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob die im Bereich Haftung der Gemeinwesen vorgesehene Unterscheidung zwischen staatlicher Tätigkeit im Allgemeinen (Art. 43 VE) und staatlicher Tätigkeit „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ (Art. 43a VE) nicht erhebliche, in der Praxis nur sehr schwer zu lösende Abgrenzungsprobleme stellen. Dies räumen denn auch die Verfasser des Vorentwurfs ein.

Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Zug kommt die Staatshaftung immer dann zum Tragen, wenn ein Schaden „in Ausübung amtlicher Verrichtungen durch Rechtsverletzung jemandem zugefügt“ worden ist (§ 5 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Kantons Zug). Der Staat haftet also unabhängig davon, welche Rechtsnatur die schädigende Tätigkeit hat bzw. auch dann, wenn die schädigende Handlung keine hoheitliche ist. Der vorliegende Vorentwurf sieht nun aber vor, dass die Kantone nur noch im Bereich staatlicher Tätigkeit im Sinn der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ eigenständig legislieren können; in allen anderen Bereichen staatlichen Handelns finden die Regeln des Haftpflichtrechts des Bundes Anwendung. Der Bericht zum Vorentwurf weist diesbezüglich darauf hin, dass der Begriff der „hoheitlichen Gewalt in einem engen Sinn verstanden“ werden müsse. So setze er die Befugnisse „zu befehlen und zu verbieten voraus, sowie die Befugnis, wenn nötig mit physischer Gewalt zu zwingen“. Dazu werden ausdrücklich genannt die Entscheidung über die Haft oder die Verurteilung eines Beschuldigten, die polizeiliche Unterdrückung einer Kundgebung auf öffentlichem Grund, die Erfüllung militärischer Aufgaben oder die Erteilung von Bewilligungen und Konzessionen etc. (s. S. 71 im erläuternden Bericht).

Wie erwähnt erachten wir – nicht zuletzt aufgrund der konkreten Erfahrungen im Bereich Staatshaftung – diese Abgrenzung als heikel. In vielen Fällen ist nicht oder nur schwer auszumachen, ob der Staat bzw. der handelnde Beamte oder Angestellte bzw. die Anstalt oder Körperschaft in einem konkreten Einzelfall hoheitlich gehandelt hat oder nicht. Zu denken wäre beispielsweise an den Fall des Polizeibeamten, dessen Schussabgabe nicht den flüchtenden Einbrecher, sondern einen unbeteiligten Pas-

santen verletzt; an Strassenunterhaltsarbeiten, während denen eine Gasleitung beschädigt wird oder an Lohnkürzungen bei einem kantonalen Angestellten usw. Die dabei zu lösenden Abgrenzungsfragen können nicht nur für das haftende Gemeinwesen, sondern insbesondere auch für den betroffenen Geschädigten zu einem nicht zu unterschätzenden Problem werden. Und damit besteht auch die Gefahr, dass im konkreten Einzelfall zunächst ein langwieriges Verfahren über die Frage des anzuwendenden Rechts durchgeführt werden muss.

Aufgrund dieser Überlegungen und nicht zuletzt auch angesichts der Tatsache, dass die im neuen Haftungsrecht vorgesehenen Neuerungen im Wesentlichen den bereits heute geltenden Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Zug entsprechen, plädieren wir für eine grundsätzliche Unterstellung der Haftung des Gemeinwesens unter die Regeln des zu revidierenden Haftungsrechts des Bundes. Selbstverständlich würden dabei die kantonalen Verfahrensregeln nicht tangiert.

ZH: Im Bereich der Haftung der Gemeinwesen haben die meisten Kantone von der Befugnis Gebrauch gemacht, für die Ausübung öffentlichrechtlicher Verrichtungen - für die gewerbliche Tätigkeit gilt die bundesrechtliche Regelung - eigene Vorschriften zu erlassen. Die kantonalen Haftungsgesetze sind in vielen Kantonen, so auch im Kanton Zürich, für den Geschädigten günstiger als die bundesrechtlichen Normen (Kausalhaftung; geringere Anforderungen an die Eingabe, mit welcher der Anspruch geltend gemacht wird; günstigere Stellung bezüglich Fristen; Ausfallhaftung des Kantons im Falle der Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe durch einen Privaten).

Es wird nun vorgeschlagen, die Haftpflicht der Gemeinwesen grundsätzlich den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung zu unterstellen und eine abweichende Regelung lediglich noch dort zuzulassen, wo der Schaden in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht wird. Der Behauptung, der Staat trete, wenn er Schadenersatzpflichtig werde, meistens als gleichberechtigtes Subjekt auf, ist entgegenzuhalten, dass bei der Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben die einander gegenüberstehenden Subjekte in der Regel gerade nicht auf gleicher Stufe stehen - dies im Gegensatz zum gewerblichen Bereich. Das trifft nicht nur für Handlungen zu, wo hoheitliche Gewalt ausgeübt wird, wie namentlich im Bereich der öffentlichen Ordnung, sondern gilt auch für staatliche Tätigkeiten, wo kein direkter Zwang auf Privatpersonen erfolgt. Abgrenzungsprobleme bezüglich hoheitlicher bzw. nicht gewerblicher und gewerblicher Tätigkeit bestehen heute kaum mehr; sie sind durch Rechtsprechung und Praxis gelöst worden. Dies im Gegensatz zur Regelung gemäss Vorentwurf, wo zugegeben wird, dass die Unterscheidung der staatlichen Tätigkeiten im Hinblick auf das Kriterium der Ausübung hoheitlicher Gewalt Abgrenzungsprobleme mit sich bringen wird. Hier stellt sich im Übrigen auch die Frage, ob die Aufzählung der Gegenstände hoheitlicher Gewalt im Erläuternden Bericht (S. 71) nicht auch amtliche Tätigkeiten umfasst, insbesondere die Erteilung von Bewilligungen und Konzessionen, die mit „Gewalt“ (bzw. besser: Zwang) in der Regel nichts zu tun haben. Zur Abgrenzung gewerblicher Tätigkeiten sollte am Begriff „amtlich“ an Stelle von „hoheitlich“ festgehalten werden. Das Unterscheidungskriterium, ob bestimmte Tätigkeiten auch von Privatpersonen ausgeübt werden können, genügt

insofern nicht, als der Vorentwurf davon auszugehen scheint, dass die Grenze zwischen der Eingriffsverwaltung und der Leistungsverwaltung zu ziehen ist.

Als Lösung sieht der Entwurf vor, im Zweifel Bundesprivatrecht anzuwenden. Dieser Vorschlag stellt indessen einen schweren Eingriff in die Kompetenzen der Kantone dar und ist abzulehnen. Muss den Kantonen auf Grund der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen die selbstständige Bestimmung über die Haftung im öffentlichrechtlichen Bereich eingeräumt werden, besteht kein Grund, von der bewährten Regelung abzuweichen.

Ausführungen an verschiedenen Stellen im Erläuternden Bericht führen zum Schluss, dass die Änderung der Bestimmungen bezüglich der Haftung der Gemeinwesen hauptsächlich darin begründet ist, dass mit der Vorlage schwergewichtig eine Besserstellung des Geschädigten im Medizinalhaftpflichtbereich beabsichtigt wurde. So soll denn für die Haftpflicht öffentlicher Spitäler nicht mehr das Haftungsgesetz, sondern Bundesprivatrecht anwendbar sein. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung, die der Spital- und Arzthaftung in kantonalzürcherischen Spitälern zukommt - das Universitätsspital ist das grösste Spital der Schweiz, wo entsprechend viele Patienten mit schwierigen und komplexen Krankheitsbildern behandelt werden - äussern wir uns zu diesem Bereich und zu den betreffenden Bestimmungen des Vorentwurfs, der sehr viele Probleme unbeachtet lässt, im Anhang separat.

Das Haftungsgesetz regelt die Haftung für Schäden, die in Ausübung amtlicher Verrichtungen verursacht worden sind. Darunter fällt der Grossteil der Schäden, die Dritten durch im Dienste des Staates stehende Personen entstanden sind. Das zürcherische Haftungsgesetz sieht (wie viele andere Kantone auch) eine originäre Staatshaftung vor und schliesst die direkte Belangbarkeit des „Beamten“ aus. Käme den Kantonen lediglich noch die Kompetenz zu, die Haftung für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, selbstständig zu bestimmen - gemäss Studienkommission und Verfasser des Vorentwurfs nur noch in einem marginalen Bereich - hätte das einschneidende Auswirkungen für einen grossen Teil der im Dienste des Staates handelnden Personen. Für diese wäre nämlich, auch wenn sie eine öffentlichrechtliche Aufgaben erfüllen, nicht aber hoheitliche Gewalt ausüben, Bundesprivatrecht anwendbar. Dieses sieht bei der (in den meisten Fällen anwendbaren) Unternehmungshaftung grundsätzlich keinen Ausschluss der Belangbarkeit für die Hilfsperson vor. Das bedeutet eine wesentliche Verschlechterung der Stellung der Angestellten. Im Hinblick auf die neuen Gerichtsstandsbestimmungen - die wahlweise einen Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Person oder am Handlungs- oder am Erfolgsort vorsehen - könnten Staatsangestellte in einer Art und Weise belangt werden, die ihnen nicht zugemutet werden darf. Im Übrigen hätte der Staat, der seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unterstützen und schadlos halten müsste, mit sehr hohen (Abwehr-)Kosten zu rechnen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die geltende Regelung in Art. 61 OR bewährt hat. Der Vorentwurf berührt die Kompetenz der Kantone. Ob die generelle Unterstellung der Kantone und ihrer Körperschaften unter diesen Bereich des Bundeszivilrechts verfassungskonform ist,

scheint uns sehr fragwürdig und bedürfte der näheren Prüfung. Die neuen Bestimmungen sind weder für den Geschädigten, den Kanton noch die in seinem Dienste stehende Person vorteilhafter. Die vorgeschlagene Regelung ist unnötig und daher abzulehnen.

Den Vorschlag im Bereich der Arzt- und Spitalhaftung und die Einschränkung der Staatshaftung auf den Bereich hoheitlicher Tätigkeiten lehnen wir ab. Die bisherige Regelung, die sich in jeder Hinsicht bewährt hat, ist beizubehalten, oder es müssen für den Bereich öffentlicher Spitäler Ausnahmeregelungen getroffen werden.

Auch ist es keinesfalls so, dass der Vorentwurf - sollte er zur gesetzlichen Regelung werden - für jene Kantone, die eine verschuldensunabhängige Staatshaftung kennen, keine finanziellen Auswirkungen hätte, wie der Kurzkommentar (S. 30 Ziffer 5) vorgibt (vgl. dazu die entsprechenden Vorbehalte zu den einzelnen Bestimmungen).

Vgl. Bemerkungen zu Art. 43a, 48 f., 49a, 50, 54c, 56d Abs. 2 VE sowie folgende *Vernehmlassung zum Bereich Spital- und Arzthaftung*:

1. Vorbemerkungen

Die heutige Schadenregulierung im Medizinalhaftpflichtbereich funktioniert gut. Eine gereifte Rechtsprechung garantiert die ausgewogene Berücksichtigung der Interessen der Geschädigten und der Medizinalpersonen. Dies gilt insbesondere für die Haftpflicht öffentlicher Spitäler im Kanton Zürich, die sich nach dem kantonalen Haftungsgesetz richtet. Die Unterstellung unter das öffentliche Recht bringt der Geschädigten Seite praktisch nur Vorteile (vorab formeller Natur), zumal die materielle haftpflichtrechtliche Beurteilung eines Ereignisses gemäss ständiger Praxis nach den gleichen Kriterien wie im Privatrecht erfolgt.

Der Blick auf die Praxis legt denn auch den Schluss nahe, dass die bestehenden Grundlagen in diesem Bereich grundsätzlich keiner Revision bedürfen. Während die Verfasser des Vorentwurfes (nachfolgend VE) dort, wo sie lediglich für eine Vereinheitlichung bestehender Regelungen votieren, das Änderungsbedürfnis oftmals noch plausibel veranschaulichen können, vermögen sie in jenen Passagen, in denen sie eine grundlegende Verschiebung der Gewichte zu Gunsten des Geschädigten verlangen, den Handlungsbedarf nicht zu belegen. Das Bedürfnis für eine Besserstellung des Geschädigten wird bezeichnenderweise gerade im Medizinalhaftpflichtbereich stärker aus der Historie der Vorlage als aus der gegenwärtigen Situation abgeleitet (vgl. Erläuternder Bericht, nachfolgend EB, S. 15 oben). Demgegenüber findet eine vertiefte Auseinandersetzung mit der heutigen Rechtsprechung zur Medizinalhaftpflicht in den Vernehmlassungsunterlagen überhaupt nicht statt, obwohl sich diese, verglichen mit dem Stand Mitte der Achtzigerjahre, sehr stark weiterentwickelt hat. Die ärztliche Tätigkeit muss in den Erläuterungen immer wieder als Musterbeispiel zur Veranschaulichung von Problemkreisen erhalten, selbst wenn diese für die Medizinalhaftpflicht keinerlei besondere Bedeutung haben. Es entsteht insgesamt der Eindruck, dass die Arzthaftung mitunter der Rechtfertigung des gesamten Revisionsvorhabens überhaupt dient.

Die fehlende Analyse der heutigen Situation von Patientinnen und Patienten sowie Medizinalpersonen bei der vorprozessualen und prozessualen Aufarbeitung nicht optimaler Behandlungsergebnisse und die damit verbundene einseitige Betrachtungsweise der Verfasser zeigen zum einen, dass man sich zwar gewahr ist, dass das öffentliche Recht der meisten Kantone - analog wie im Kanton Zürich - für Haftpflichtfälle öffentlicher Spitäler und Kliniken geschädigtenfreundliche Regulierungsmechanismen vorsieht, aber aus grundsätzlichen Überlegungen hier eine Änderung herbeiführen will. Zum andern fehlt offenbar das Bewusstsein, dass das Fass im Medizinalhaftpflichtbereich bereits verhältnismässig voll ist, zumal in zunehmendem Masse erwartet wird, dass fast jedes Leiden behandelbar ist oder zumindest der Versuch einer Behandlung unternommen wird, ohne im Gegenzug zu akzeptieren, dass der heutige Stand der Medizin auch bei sorgfältigster Berufsausübung für die wenigsten Eingriffe ein optimales Ergebnis garantieren kann. Dieser Schere sind die öffentlichen Grossspitäler, mit der von ihnen verlangten vollen Angebotspalette (mit allen Risikobehandlungen) und Aufnahmepflicht (mit allen Risikopersonen), viel stärker ausgesetzt als private Kliniken. Eine stetig zunehmende Verschärfung der Haftpflicht und Beweislast benachteiligt damit vor allem die erstgenannten Institutionen.

Es wirkt in diesem Kontext stossend, wenn der Vorentwurf den Vorbehalt kantonalen öffentlichen Rechts für die Behandlung an öffentlichen Spitälern ablehnt und darüber hinaus im materiellen Bereich verschiedene, gerade für öffentliche Spitäler bedeutsame Bestimmungen, teilweise in grundlegender Abweichung zu den Vorschlägen der Studienkommission, massiv verschärft, ohne dafür eine nähere Begründung zu liefern (vgl. Art. 49a VE).

2. Einschränkung des kantonalen öffentlichen Rechts

Die Kantone unterstünden gemäss Art. 43 und 43a VE neu grundsätzlich privatrechtlichen Haftungsbestimmungen. Abweichungen wären nur noch im Bereich der Ausübung hoheitlicher Gewalt zulässig. Während die besonderen Amtsarztfunktionen weiterhin als hoheitlich eingestuft werden müssten, wäre dies für die Tätigkeit an einem öffentlichen Spital zu verneinen und eine Unterstellung der Medizinalhaftpflichtfälle öffentlicher Spitäler und Kliniken unter das kantonale Haftungsgesetz nicht mehr möglich.

Es greift für die Unterscheidung staatlicher Tätigkeiten in hoheitliche und nichthoheitliche Bereiche und für die hier fragliche Problematik zu kurz, wenn dazu vorab ausgeführt wird, dass staatliche Tätigkeiten, die keinen Zwang auf Privatpersonen ausübten (z. B. Pflege in einem öffentlichen Spital), nicht unter den Begriff der hoheitlichen Gewalt fielen. Die Argumentationslinie der Verfasser (vgl. EB S. 69) beachtet dabei entscheidende Besonderheiten der öffentlichen Krankenversorgung nicht. Das Verhältnis zwischen den öffentlichen Zürcher Spitälern und ihren Patientinnen und Patienten untersteht nach Lehre und Rechtsprechung klar dem öffentlichen Recht, und zwar selbst dann, wenn es sich um die Behandlung von Privatpatienten handelt (vgl. Tobias Jaag, *Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 2. A., Zürich 1999, Rz. 3127ff.; Moritz Kuhn in Heinrich Honsell (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, S. 54ff.; BGE 122 1153 E. 2e, 115 lb 175 E. 2, 11111149 E. 3, 98 Ia 508 E 8a; ZR 79/1980

Nr. 23 = ZBI 81/1980, S. 181). Die Begründung für diese Qualifikation liegt im Wesentlichen darin, dass der Betrieb von Krankenhäusern nach wie vor eine öffentliche Aufgabe darstellt, das zürcherische Gesundheitswesen öffentlichrechtlich ausgerichtet ist und die kantonalen Vorschriften über die Spitäler keinen Raum für eine privatrechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen einer öffentlichen Krankenanstalt und ihren Patientinnen und Patienten lassen (dasselbe gilt im übrigen für öffentliche Spitäler anderer Kantone mit vergleichbarer Regelung). Mit dieser Konstellation ist unweigerlich verbunden, dass die öffentlichen Krankenhäuser im Kanton Zürich (worunter sich mit dem Universitätsspital Zürich auch das grösste Spital der Schweiz befindet) - im Gegensatz zu den reinen Privatspitälern - in ihrer Gesamtheit praktisch jede nach Stand der Medizin mögliche Behandlung anzubieten haben und zudem gegenüber Kantons-einwohnerinnen und -einwohnern eine gesetzliche und gegenüber übrigen Patientinnen und Patienten eine faktische Aufnahmepflicht besteht. In Bezug auf die öffentlichen Spitäler im Kanton Zürich trifft aus diesem Grunde mit Sicherheit auch nicht zu, dass der Staat, wenn er schadenersatzpflichtig sei, meistens als gleichberechtigtes Subjekt auftrete (vgl. EB S. 69). Es fehlt dem öffentlichen Spital nämlich schlicht an der Kontrahierungsfreiheit.

Es kann nicht Sinn und Aufgabe einer Vorlage zur Vereinheitlichung und Revision des Haftpflichtrechtes sein, die besonderen Verpflichtungen öffentlicher Spitäler bei der Leistungserbringung indirekt in Frage zu stellen und damit Druck zu erzeugen, die vielseitig begründete öffentlichrechtliche Ausrichtung des Gesundheitswesens und der öffentlichen Spitäler im Kanton Zürich anzupassen, sprich Gesundheitspolitik zu betreiben. Einerseits sind die öffentlichen Spitäler unvergleichlich stärker exponiert - weshalb die an ihnen tätigen Medizinalpersonen den Schutz der ausschliesslichen Staatshaftung (ohne direkte persönliche Belangbarkeit) weitaus stärker benötigen, als Ärztinnen und Ärzte eines reinen Privatspitals -, andererseits würden Geschädigte im Kanton Zürich bedeutende Vorteile verlieren, falls eine Unterstellung unter das Haftungsgesetz gemäss heutiger Ausgestaltung nicht mehr möglich wäre. Einmal ist die Patientin oder der Patient eines öffentlichen Spitals bevorzugt, was die Form der Geltendmachung eines Anspruchs aus fehlerhafter Behandlung betrifft. Sodann ist die Staatshaftung unabhängig vom Verschulden der behandelnden Medizinalperson. Und letztlich steht dem Staat gemäss zürcherischem Haftungsgesetz bereits heute keine Möglichkeit zur Verfügung, sich ihm Rahmen seiner „Hilfspersonenhaftung“ - trotz Fehlleistung einer bei ihm angestellten Medizinalperson - durch Entlastungsbeweise zu befreien. Dennoch untersteht der Staat gleichwohl der vollen Schärfe der übrigen für die Beurteilung von Medizinalhaftpflichtfällen heute massgeblichen Regelungen des Privatrechts.

In diesem Sinne wird die vorgeschlagene Einschränkung der kantonalen öffentlichrechtlichen Haftungsgrundlagen abgelehnt und die Weiterführung der bisherigen Regelung für öffentliche Spitäler verlangt.

3. Unklarheiten bei der Anwendung der neuen Haftungsbestimmungen

Die Ausführungen zu den Haftungsbestimmungen, die für die Spitaltätigkeit Anwendung finden sollen, sind unklar und wenig homogen. So verleiten die Aussagen zu Art. 48, 49 und 49a VE zur Annahme, dass im

Bereich der Spitäler die Handlungen der einzelnen Medizinalpersonen grundsätzlich über Art. 49 VE dem Spital zugerechnet werden, das Spital abgesehen davon aber auch nach Art. 49a VE haftet, wenn es einen Organisationsfehler zu vertreten hat (vgl. EB, S. 70). Im Kontext mit den betreffenden Ausführungen (vgl. EB, S. 54) lässt der Begriff der Zweistufigkeit sodann den Eindruck entstehen, es handle sich bei Art. 49 und 49a VE um zwei aufeinander aufbauende und nicht um zwei sich gegenseitig ausschliessende Bestimmungen. Demgegenüber ist gemäss einer überwiegenden Anzahl anderer Stellen davon auszugehen, dass Art. 49 VE für Spitäler überhaupt nicht anwendbar ist (vgl. EB, S. 127, sowie Kurzkomentar, S. 13).

Die Nichtanwendbarkeit von Art. 49 VE auf Spitäler führt zum Schluss, der gesamte materielle Inhalt des Art. 49 VE sei auch Inhalt des umfassenderen Art. 49a VE, indem Art. 49a VE die Auswahl-, Unterweisungs- oder Überwachungsfehler stillschweigend miteinschliesst, was indirekt aus den Ausführungen zu Art. 49a VE hervorgeht (vgl. EB, S. 132). Die vorliegende Stellungnahme geht im Folgenden von diesem umfassenden Inhalt des Art. 49a VE aus.

Weitere Unklarheiten ergeben sich bei der Frage, ob und wie der individuelle Fehler einer Medizinalperson, der allein in deren eigener Hand- oder Denkarbeit begründet ist und der auch durch korrekte Auswahl, Unterweisung und Überwachung der Person sowie organisatorische Vorkehrungen nicht vermeidbar ist, dem öffentlichen Spitalträger zugeordnet wird, wenn öffentlichrechtliche Regelungen analog dem zürcherischen Haftungsgesetz nicht mehr möglich sind.

4. Die „neuen“ Haftungsgründe

Die Verfasser des VE sind dem Ansinnen der Studienkommission, die zur Organisationshaftung ausgebaute Geschäftsherrenhaftung für Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Haftung der Hilfsperson dem Vorbild der heute geltenden Staatshaftung anzugleichen, nicht gefolgt. Für Medizinalpersonen an öffentlichen Spitälern hätte dies zur Folge, dass sie - nebst dem Spitalträger - nach den Regeln der Verschuldenshaftung persönlich einklagbar würden.

4.1 Verschuldenshaftung (Art. 48f VE)

Nach den Kriterien der Verschuldenshaftung, wenn auch in einem relativierten Sinne, beurteilt sich heute schon die Haftung der Medizinalpersonen an privaten Spitälern sowie der privat tätigen Ärztinnen und Ärzte. Für die Haftung der Medizinalpersonen an öffentlichen Spitälern gilt heute im Kanton Zürich eine Art verschuldensunabhängige „Kausalhaftung“. Haftungsvoraussetzung bildet hier nicht das Verschulden, sondern die Widerrechtlichkeit (vgl. § 6 Abs. 1 HG). Nach ständiger Praxis ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst. Ein solches Gebot ist in § 3 der zürcherischen Patientenrechtsverordnung zu erblicken, der bestimmt, dass sich die Behandlung der Patientinnen und Patienten nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften und den Grundsätzen der Humanität zu richten hat. Danebst ist bei Eingriffen und Einwirkungen auf die körperliche Integrität der Patientin oder des Patienten auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verletzung absoluter Rechte zu verweisen (BGE 117

Ib 197 ff.; BGE 113 Ib 420). Da ärztliches Handeln verbunden mit der Einwirkung auf den Körper des Menschen fast immer ein geschütztes Rechtsgut (körperliche Integrität) berührt, ist die Widerrechtlichkeit regelmässig gegeben. Was die Rechtfertigung betrifft, so ist davon auszugehen, dass niemand in eine sorgfaltswidrige ärztliche Behandlung einwilligt. Zusätzlich gilt, dass nur umfassend aufgeklärte Patientinnen und Patienten in einen Eingriff mit all den diesem naturgemäss anhaftenden Risiken einwilligen können. Fehlt es an dieser Aufklärung und ist auch keine hypothetische Einwilligung zu vermuten, so haftet das Spital sogar für normale Operationsrisiken.

Auf Grund dieser dogmatischen Konstruktion bestehen im Kanton Zürich bereits heute keine namhaften Unterschiede zwischen der vertraglichen Verschuldenshaftung der privat tätigen Ärztinnen und Ärzte bzw. des Privatspitals (vgl. Art. 101 Abs. 1 OR) und der Haftung für Medizinalpersonen an öffentlichen Spitälern. In beiden Fällen steht die Frage im Zentrum, ob bei objektiver Betrachtung ein Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht bzw. gegen allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis vorliegt oder nicht. Zwar kann sich der nach Privatrecht Haftende im Gegensatz zum Personal öffentlicher Spitäler dann immer noch nach Art. 97 OR exkulpieren, doch bleibt diese Möglichkeit mit Blick auf die heutige Rechtsprechung, verbunden mit der starken Objektivierung des Verschuldens, eine rein theoretische.

Auch was die Beweislage betrifft, ist die heutige Rechtslage klar. Sowohl die geschädigte Person, die sich durch eine selbstständige Ärztin, einen selbstständigen Arzt oder an einem privaten Spital behandeln liess, als auch diejenige, die ihre Behandlung an einem öffentlichen Spital erfuhr, trifft die Beweislast für das Vorliegen eines ärztlichen Kunstbzw. Behandlungsfehlers. Den Ersteren im Rahmen seiner Beweislast für die positive Vertragsverletzung, den Letzteren im Rahmen der Behandlung der Widerrechtlichkeit. Einen beweiswürdigen Vorteil haben allerdings die Patientinnen und Patienten öffentlicher Spitäler. Auf Grund des Haftungsgesetzes haben sie die fehlbare Ärztin bzw. den fehlbaren Arzt sowie den Handlungsanteil der verschiedenen Beteiligten nicht zu bezeichnen. Dem Staat als Träger des öffentlichen Spitals obliegt zudem der Beweis für den Rechtfertigungsgrund, d. h. die Einwilligung der Patientin oder des Patienten zum Eingriff und der dieser vorausgehenden umfassenden Aufklärung.

Auch bei Angleichung der Grundlagen zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung (vgl. Art. 42 und 99 Abs. 3 VE) ist - mangels anders lautender Anhaltspunkte - davon auszugehen, dass die Revision die Beweislastverteilung bei der Verschuldenshaftung auf Vertrag beruhender ärztlicher Tätigkeit grundsätzlich nicht verändern will. Nach wie vor wäre dort das Vorliegen eines ärztlichen Kunst- und Behandlungsfehlers wohl als positive Vertragsverletzung das Beweisthema der geschädigten Person. Demgegenüber unterstünden gemäss Revisionsvorlage die neu auch direkt belangbaren Medizinalpersonen öffentlicher Spitäler weder dem Haftungsgesetz, noch würde ihrer Tätigkeit ein Vertragsverhältnis zu Grunde liegen.

Diese Unsicherheit verdeutlicht, dass sich vertragliche und ausservertragliche Haftungskonstellationen nicht so einfach unter einen Hut bringen las-

sen, wie es die Verfasser des VE versuchen. Die knapp gehaltenen Ausführungen zur Beweislast erweisen sich als unzureichend für eine definitive Beurteilung der möglichen Änderungen im Bereich der Verschuldenshaftung als klassische haftpflichtrechtliche Grundnorm für medizinische Tätigkeit. Die Revision ist jedenfalls entschieden abzulehnen, soweit damit eine Verschiebung der heutigen, in langer Praxis austarierten Konstellation der Beweislastverteilung bei Medizinalhaftpflichtfällen (Sorgfaltspflichtverletzung ist Beweisthema der geschädigten Person) bewirkt werden soll.

4.2 Hilfspersonenhaftung in Unternehmen (Art. 49a VE)

Art. 49a VE soll explizit auch für Spitäler gelten. Angesichts der steten Betonung der Verfasser (vgl. EB, S. 130 ff.), dass die Haftung auf einem Organisationsfehler beruhe, für den es eine Entlastungsmöglichkeit gebe, sowie mit Blick auf den bisherigen Gehalt von Art. 55 OR gelangt man vorerst klar zum Schluss, dass die Bestimmung auf Fehler abzielt, die bei der Auswahl, Unterweisung und Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, der Auswahl und Prüfung der Materialien und Hilfsmittel sowie der Planung, Strukturierung, Vernetzung, Steuerung und Kontrolle des Leistungserbringungsvorganges begangen werden (Organisation im engeren Sinne), und nicht auf individuelle Fehler in der Hand- oder Denkarbeit bei der Ausführung, die auch bei optimalen Organisationsvorkehrungen nicht vermieden werden können. Diese Schlussfolgerung erweist sich indes als verfrüht. Die vermeintliche Klarheit schwindet bei genauerer Auseinandersetzung mit den beiden einzigen und kurzen Beispielen, die zur Erläuterung des notwendigen Zusammenhanges mit der Organisation einer Unternehmung angeführt werden (vgl. EB, S. 131). Das Beispiel des falsch diagnostizierenden Arztes ist denkbar unglücklich gewählt, ist es doch auf die klassische Einarztpraxis zugeschnitten, die Art. 49a VE höchstens ganz am Rande im Visier haben kann. Die ärztliche Diagnose an sich ist zudem bei einem Verbund mehrerer Medizinalpersonen unter einem gemeinsamen „Dach“ (z. B. Gemeinschaftspraxis, medizinisches Zentrum, Spital usw.) durchaus ein Dienstleistungsbestandteil, der mittels organisatorischer Massnahmen qualitativ beeinflusst werden kann. Das angeführte „Dachdeckerbeispiel“ lässt sodann definitiv aufhorchen. Solch individuelles Abweichen vom Verhaltensmuster einer Kategorie ist nicht zwangsweise mit einem Organisationsfehler im gemeinhin verstandenen Sinn verbunden. Schneidet ein bestens ausgewiesener Chirurg fälschlicherweise einen Nerv durch, weil er bei seiner Sicht auf das Operationsgebiet einen falschen Schluss gezogen hat, lässt sich nicht einfach argumentieren, der Schadenfall sei durch organisatorische Massnahmen vermeidbar gewesen. Das hängt damit zusammen, dass gerade in der Unternehmung Spital eine Vielzahl von „Zellen“ (Arbeitsabschnitte) bestehen, innerhalb welcher erfahrene Fachspezialisten innert kürzester Zeit ganz auf sich allein gestellt Entschlüsse fassen und allenfalls sofort auch manuell umsetzen müssen, ohne dass ihnen eine sachrelevante Dialog- oder Konsultationsmöglichkeit zur Verfügung steht. Dieser besondere Umstand liegt bei medizinischen Eingriffen in den menschlichen Körper in der Natur der Sache selber begründet.

Mit dem Brückenschlag der Verfasser vom objektiven Abweichen einer Hilfsperson vom Verhaltensmuster ihrer Kategorie hin zum Organi-

sationsmangel führt letztlich jedes objektivierte individuelle Fehlverhalten einer Hilfsperson zur Bejahung eines Organisationsfehlers. Auf diese Weise wird ein Organisationsfehlerbegriff vorgeschlagen, der weit über das gemeinhin darunter Verstandene hinausreicht. Ein Entlastungsbeweis wäre praktisch nur noch in den wenigen Fällen denkbar, bei denen keinerlei individuelle Fehler einer Hilfsperson erkennbar sind und zudem der Schaden durch organisatorische Massnahmen im engeren Sinne nicht hätte verhindert werden können. Der Schritt zur scharfen Kausalhaftung ist hier nicht mehr allzu weit entfernt.

Dass ein Organisationsfehler im klassischen Sinne Grundlage für die Haftung eines Unternehmens bzw. eines Spitals sein kann und soll, ist nicht in Abrede zu stellen. Im Bereich der öffentlichen Spitäler des Kantons Zürich ist eine so verstandene Organisationshaftung (bei herkömmlicher Beweislastverteilung) bereits heute weitgehend Tatsache. Der Geschädigte muss schon heute nicht dartun, welche Ärztin, welcher Arzt oder welche Medizinalperson einen Fehler gemacht hat; es genügt, wenn er nachweisen kann, dass seine Schädigung objektiv gesehen bei sorgfältiger Behandlung und sachgerechter Organisation nicht eingetreten wäre. Klar abzulehnen ist indessen eine ausufernde Organisationshaftung nach Art. 49a VE, insbesondere bei Umkehrung der Beweislast.

Der im VE verwendete Organisationsbegriff würde, verbunden mit der Beweislast für die mängelfreie Organisation, zu einem kompletten Systemwechsel bei der Beweislastverteilung für Haftpflichtfälle aus Spitalbehandlung (jedenfalls im Bereich öffentlicher Spitäler) führen und damit eine vollkommene Abkehr von der gefestigten Rechtsprechung bedeuten. Neu würde dem Spitalträger die Beweislast für die tadellose Organisation des Betriebes sowie die Beweislast für das sorgfaltsgemässe Handeln seiner Medizinalpersonen obliegen. Demgegenüber wäre die geschädigte Person von ihrer bisherigen Beweislast für den behaupteten Kunst- bzw. Behandlungsfehler sowie den Organisationsfehler völlig entbunden. Dieser Vorschlag steht auch in völligem Gegensatz zur Studienkommission. Eine nähere Begründung für die Abweichung sucht man vergebens.

Die neue Beweislastzuweisung an den Spitalträger stünde zudem mutmasslich auch in diametralem Gegensatz zur Regelung der Beweislast konkurrenzierend (nach Verschuldenshaftung) persönlich belangbarer Spitalärztinnen und -ärzte. Damit kämen für identische rechtsrelevante Fragestellungen unterschiedliche Beweislastverteilungen zum Tragen, was sich angesichts des analogen Schwierigkeitsgrades der Beweisführung nicht begründen liesse.

Der in Art. 49a VE vorgesehene, kaum eingrenzbare Auffangtatbestand (in Verbindung mit der vorgesehenen Beweislastumkehr) ist nicht nur bezüglich des klassischen Kunst- bzw. Behandlungsfehlers entschieden zu verwerfen, sondern auch bezüglich der Organisationshaftung im engeren Sinne. Die Statuierung einer solchen birgt von selbst die Gefahr in sich, dass sie einfach überall dort angerufen würde, wo ein Behandlungsergebnis nicht den Wünschen der Patientin oder des Patienten entspricht, indessen keine konkreten Hinweise auf einen Diagnose- oder Behandlungsfehler einer Medizinalperson bestünden. Eine derartige Beweislastumkehr vermag den komplexen Zusammenhängen medizinisch

anspruchsvoller Fälle in keiner Weise gerecht zu werden. Es wird einmal mehr ausgeblendet, dass selbst bei optimaler Organisation und sorgfältigster ärztlicher Behandlung unerwünschte, nicht optimale Behandlungsergebnisse auftreten können (so genanntes inhärentes Behandlungs-/Operationsrisiko). Diese Risiken werden an öffentlichen Spitälern nicht aus wirtschaftlichem Interesse, sondern vielmehr im Interesse der Chancenwahrnehmung durch die geschädigte Person eingegangen. Ein durch langjährige Rechtsprechung gefundenes Gleichgewicht, das auf der allseitigen Einsicht beruht, dass es im Bereich medizinischen Handelns in den meisten Fällen keine Garantie für die Herbeiführung eines Erfolges geben kann, wird dadurch gefährdet.

4.3 Keine Anwendbarkeit der Gefährdungshaftung für die medizinische Tätigkeit

Von der Einführung einer Gefährdungshaftungsgeneralklausel wurde hierzulande nicht ohne Grund bis heute abgesehen. Sie birgt ein derart immenses Potenzial an Rechtsunsicherheit, dass sie aus Sicht der Spitalträger bereits aus grundsätzlichen Überlegungen zu verwerfen ist. Umso mehr wäre deren Anwendung auf medizinische Tätigkeiten abzulehnen, falls sie dennoch verwirklicht würde. In diesem Sinne ist den Verfassern des Vorentwurfes zuzustimmen, soweit diese den Grundsatz der Nichtanwendbarkeit für medizinische Tätigkeiten vertreten (vgl. Art. 50 VE sowie EB, S. 70 und insbes. S. 145). Es stellt sich indes die Frage, ob es genügt, diese Abgrenzung im Falle einer Einführung der Bestimmung allein auf Stufe der Kommentierung zu belassen. Mit Blick auf die offenkundige Sonderstellung der medizinischen Tätigkeit in diesem Zusammenhang ist eine klare Abgrenzung auf Gesetzesstufe zu fordern, andernfalls dies für eine Ablehnung der Bestimmung als Ganzes spricht.

Was die im VE geäußerte Möglichkeit betrifft, medizinischen Tätigkeiten, die mit Energien, Apparaten oder Stoffen ausgeübt werden, die selbst ein charakteristisches Risiko aufweisen, der Gefährdungshaftung zu unterstellen, so ist diese klar zu verwerfen. Die „Gefährlichkeit“ der ärztlichen Tätigkeit hat einen eigenen, unvergleichlichen Charakter. Die Gefahr ergibt sich nicht aus der Tätigkeit an sich, sondern naturgemäss aus den besonderen Umständen bei Patientinnen und Patienten. Viele Eingriffe erweisen sich bereits von vornherein als Gratwanderung zwischen Verschlechterung und Verbesserung des Gesundheitszustandes. Ihre Durchführung geschieht denn auch - wie bereits erwähnt - nicht aus wirtschaftlichem Interesse der Spitalträger, sondern im Sinne der Chancenwahrnehmung durch die Patientin oder den Patienten. Dies gilt regelmässig auch, wenn die Behandlung unter Beizug von Energien, Apparaten oder Stoffen geschieht, die bei isolierter Betrachtung durchaus als besonders gefährlich bezeichnet werden können.

Die verschiedenen Teile medizinischer Leistungserbringung beeinflussen und bedingen sich gegenseitig. Ein Herausbrechen bestimmter hilfsmittelgestützter Behandlungen aus dem übrigen Kontext der ärztlichen Tätigkeit durch Unterstellung unter die Gefährdungshaftung wäre keinesfalls sachgerecht. Zum einen zielte es klar an den Interessen der Patienten vorbei, wenn unter dem Eindruck einer solchen Regelung verschiedenste modernste Diagnose- und Behandlungsmittel nur noch sehr zurückhaltend Anwendung fänden. Zum andern lässt sich nicht begründen, dass man

unter dem Titel der Sorgfaltspflicht zwar den Einsatz aller förderlichen Hilfsmittel gemäss aktuellem Stand der Medizinaltechnik zu Gunsten der Patientin oder des Patienten verlangt, diesen Einsatz dann aber, wenn er tatsächlich erfolgt, mit einer scharfen Kausalhaftung ohne jede Befreiungsmöglichkeit sanktionieren will.

5. Ablehnung eines direkten Ersatzanspruches (Klagerechtes) gegen Medizinalpersonen an öffentlichen Spitälern

Während bei der Staatshaftung ein direkter Ersatzanspruch ausdrücklich ausgenommen wird, ist im Bereich der Verschuldenshaftung (Art. 48 VE) und Organisationshaftung von Unternehmen (Art. 49a VE) nichts Vergleichbares vorgesehen, was zusammen mit der von den Verfassern abgelehnten Unterstellung der öffentlichen Spitälern unter öffentlichrechtliche Haftungsbestimmungen dazu führt, dass den Geschädigten gegen die Medizinalpersonen öffentlicher Spitälern, konkurrierend zur Haftung des Staates, ein direkter Ersatzanspruch mit direktem Klagerecht zur Verfügung steht.

Die Begründung, dass einerseits in der Praxis selten Hilfspersonen belangt und andererseits eine Ausnahme vom Grundsatz der Haftungskonkurrenz in ungerechtfertigter Weise die Rechte der belangten Person verschlechtern würde (vgl. EB, S. 133), vermag nicht zu überzeugen. Der Staat und seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter befinden sich bezüglich der Frage der möglichen Exklusivität der Haftung sowohl im hoheitlichen als auch im nicht hoheitlichen Bereich in derselben Situation. Es gibt keinen sachlichen Grund, den „selbstverständlichen Grundsatz“ der Exklusivität der Haftung des Staates für alle Konstellationen ausserhalb hoheitlichen Handelns einfach fallen zu lassen bzw. gar zu verbieten. Eine wirtschaftliche Besserstellung der geschädigten Person wird damit jedenfalls nicht erreicht; der Staat ist im Falle öffentlicher Spitälern wohl immer der bessere Schuldner.

Die Möglichkeit der direkten Belangbarkeit des „fehlbaren“ oder vermeintlich fehlbaren Mitarbeiters führt bereits bei privaten Unternehmen zu ungunstigen Konstellationen. Öffentliche Spitälern sind angesichts ihres Kontrahierungszwangs noch in vermehrtem Masse solchen nachteiligen Situationen ausgesetzt. Die direkte Belangbarkeit der Medizinalpersonen öffentlicher Spitälern entspricht denn auch gemäss den heutigen Erfahrungen überhaupt nicht dem Bedürfnis der „normalen“ geschädigten Person. Dieser will vielmehr den Staat als Ersatzpflichtigen spüren, welcher die Schadenregulierung durch den Haftpflichtversicherer aktiv mitbegleitet und die Zahlung festgestellter Ansprüche garantiert.

Gemäss Art. 43a VE soll es dem Staat überlassen bleiben, ob er für den hoheitlichen Bereich eine ausschliessliche oder eine solidarische Haftung festlegen will. Zwar wird nirgends mit letzter Klarheit verworfen, dass die Kantone auch für den übrigen Bereich eine ausschliessliche Haftung des Staates statuieren dürfen, doch muss dies mit Blick auf die Systematik von Art. 43 und 43a VE, die allgemeinen Ausführungen der Verfasser des VE zum Ausnahmecharakter von Art. 43a VE (EB, S. 70 ff.) sowie die besonderen Erläuterungen im Zusammenhang mit dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (EB, S. 311) ausgeschlossen werden. Demnach sind sämtliche Regelungen der Revisionsvorlage abzulehnen, soweit sie die

Statuierung einer ausschliesslichen Haftung des Staates durch den Kanton nicht mehr zulassen.

6. Abstufung des Schadenersatzes nach Kausalitätswahrscheinlichkeiten

Zwar wäre Art. 56d Abs. 2 VE auch auf die in einem Haftpflichtprozess belangte Partei anwendbar, die einen Befreiungsgrund geltend macht, doch ist leicht voraussehbar, dass eine solche Bestimmung einseitig den Geschädigten zugute kommen wird. Dabei steht vollends in den Sternen, nach welchen Kriterien die Zumutbarkeit bzw. die „einleuchtende“ Wahrscheinlichkeit bemessen werden soll. Es ist zu befürchten, dass gerade im Medizinalhaftpflichtbereich eine einseitige Betrachtungsweise zu Gunsten des geschädigten Opfers greifen wird.

Ferner ist auch eine völlig freie Abstufung der Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu verwerfen. Medizinische Eingriffe in den menschlichen Körper sind naturgemäss mit gewissen Risiken behaftet. Ein solches Risiko drückt sich gemäss Statistik in einem prozentualen Anteil an Fällen aus, bei welchen trotz sorgfaltsgemässer Behandlung eine gewisse gesundheitliche Negativfolge eintritt. Es kann nun aus einem Operationsrisikowert von beispielsweise 10% im Falle des Risikoeintritts natürlich nicht abgeleitet werden, zwar sei keine Sorgfaltspflichtverletzung beweisbar, doch spreche die statistische Wahrscheinlichkeit zu 90% dafür, dass eine solche vorliege, weshalb 90% des Schadens zu ersetzen sei. Wenn auch davon ausgegangen werden darf, dass die Rechtsprechung hierzulande sachliche Gründe findet, solche Auswüchse nicht entstehen zu lassen, zeigt das Beispiel immerhin die Gefahr dieser wenig eingrenzbaaren Bestimmung.

Nach den Verfassern des VE soll Art. 56d Abs. 2 gar dazu geeignet sein, in Fällen, bei denen zwar von einem Fehler ausgegangen werden muss, dieser aber keinem von beispielsweise zwei Beklagten zugeordnet werden kann, die Beklagten je zur Leistung einer halben Entschädigung oder einer Entschädigung im Umfang ihres Anteils an der Gesamtdienstleistung zu verpflichten (vgl. EB, S. 244f.). Eine Vorstellung die dem bisherigen Rechtsempfinden hierzulande klar zuwiderläuft.

Art. 56 Abs. 2 VE geht weit über eine reine Wiedergabe der durch die Rechtsprechung bis heute geschaffenen Erleichterungen beim Beweis und der Abstufung der Ersatzbemessung hinaus und ist in dieser Ausgestaltung abzulehnen.

7. Direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer

Im Grunde genommen ist ein direktes Forderungsrecht wie es Art. 54c VE vorsieht ohne das Korrelat eines Versicherungsobligatoriums fragwürdig. Wer die Freiheit hat, sich gegen Haftpflichtansprüche versichern zu lassen, muss auch die Freiheit haben, die Angelegenheit über die Versicherung abwickeln zu lassen. Die Situation wird bei den freiwillig abgeschlossenen Haftpflichtversicherungen dadurch etwas entschärft, dass dem Geschädigten seitens der Haftpflichtversicherung im Rahmen von Art. 54c auch Einreden, die sich aus dem konkreten Versicherungsvertrag ergeben (z.B. Selbstbehalt), entgegengehalten werden können. Art. 54h VE statuiert ergänzend für alle Bereiche, bei denen ein Haftpflichtversicherungsobligatorium besteht, einen vollständigen Einredenausschluss. Der

geschädigten Person könnten in diesen Fällen die vorerwähnten Einreden durch den Versicherer nicht mehr entgegengehalten werden, wodurch sich für die Versicherten die Einbringung ihrer Positionen erheblich erschweren dürfte.

Mit Art. 54g VE soll der Bundesrat zudem ermächtigt werden, die Ausübung aller Tätigkeiten, die einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht unterstehen, mit einem Haftpflichtversicherungsobligatorium zu belegen und die entsprechenden Versicherungsbedingungen einschliesslich Deckungshöhe festzulegen. Zwar untersteht heute weder die Ausübung des Arztberufes noch der Betrieb eines Spitals grundsätzlich einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht. Es ist jedoch sehr wohl denkbar, dass gewisse medizinische Tätigkeitsfelder früher oder später einmal einer solchen Bewilligung unterstellt oder direkt mit einem Versicherungsobligatorium belegt werden (z.B. Heilmittelversuche, Transplantationsmedizin usw.).

Die allgemeine Einführung eines direkten Forderungsrechtes ist mit Blick auf die Beschneidung der Mitwirkungsrechte der Versicherten, insbesondere für Fälle, in denen der Staat als Passivlegitimierter auftritt, abzulehnen. Der Staat muss nicht nur weiterhin frei sein in der Entscheidung, welches Risiko er versichern und welches er selber tragen will. Er muss an der Schadenregulierung, wo notwendig, auch weiterhin aktiv mitwirken können. Die Verfasser des Vorentwurfes gehen bei ihren Überlegungen zudem vorab vom Regelfall einer klassischen Haftpflichtversicherungspolice aus, unbesehen der Tatsache, dass es solche gerade im Bereich der Unternehmenshaftpflicht schon lange nicht mehr gibt.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Das vorgesehene Konzept ist nach unserer Ansicht nur mit Vorbehalt zu begrüssen. Zwar ist zweifellos richtig, die allgemeinen Haftpflichtkriterien in der Privat- und der Staatshaftung identisch zu umschreiben und das Gemeinwesen haftpflichtrechtlich von der Möglichkeit einer selbstbestimmten Privilegierung (z.B. Haftungsausschluss für jedwelches Verhalten seiner Funktionäre) auszuschliessen. Dennoch sollte ihm die Möglichkeit nicht genommen werden, bei voller Wahrung der Interessen des Geschädigten - namentlich auch zu dessen Gunsten - von den allgemeinen Modalitäten des privaten Haftpflichtrechts abzuweichen. Daher sollte es beispielsweise weiterhin möglich sein, dass das Gemeinwesen die Haftung seiner Funktionäre voll und ausschliesslich übernimmt, d.h. deren persönliche Direkthaftung (im Aussenverhältnis) ausschliesst. Solvenzprobleme stellen sich hier nicht, und die Freistellung der Funktionäre von der Gefahr einer persönlichen Haftung hat mit Blick auf das besondere Rechtsverhältnis in der Pflichterfüllung ihren guten Sinn. Eine Vielzahl von Gemeinwesen haben sodann ihre - bisher öffentlichrechtliche - Haftung kausal, d.h. verschuldensunabhängig ausgestaltet. Dies selbst da, wo Tatbestände in Frage stehen, die privatrechtlich von OR 41 erfasst würden. Darin liegt eine durchaus sinnvolle Besserstellung des Geschädigten, die auch mit der künftigen Regelung nicht verhindert werden sollte.

Die öffentlichrechtliche Haftung des Gemeinwesens von der amtlichen auf die hoheitliche Tätigkeit i.e.S. einzuschränken, ist wohl richtig, jedenfalls

vertretbar. Dagegen sollte den Gemeinwesen weiterhin gestattet werden, im Interesse der Geschädigten die Haftung zu verschärfen, z.B. verschuldensunabhängig auszugestalten, und im Interesse der Bediensteten eine ausschliessliche „Staatshaftung“ vorzusehen.

- LPS:** La responsabilité des collectivités publiques est, sur le principe, désormais régie par la Confédération. Le parti libéral s'étonne que cette restriction s'opère, alors même que l'article 6 du code civil prévoit une réserve en faveur du droit public cantonal. Il s'agit d'une atteinte supplémentaire au fédéralisme.
- SP:** Der Gesetzesentwurf möchte in Art. 43 und 43a die Staatshaftung, d.h. die Haftung nach öffentlichrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht von Bund und Kantonen, auf hoheitliche Verrichtungen beschränken. Darunter werden Rechtsverhältnisse verstanden, die auf einem Subordinationsverhältnis von Staat und Privatem aufbauen, z.B. Polizei oder Militär. Gegen diese Einschränkung wurden seitens der Staatsrechtslehre zu Recht gewichtige Bedenken angemeldet. Zunächst entbehrt die angestrebte Privatisierung der Staatshaftung einer verfassungsrechtlichen Grundlage; die diesbezügliche Kompetenz beschränkt sich auf die Verantwortlichkeit des Bundes und bindet die Kantone nicht. Sodann ist der Private in der Leistungsverwaltung, z.B. in der Sozialhilfe und in der Sozialversicherung, nicht weniger als im Bereichen hoheitlicher Verwaltung auf den Rechtsschutz gegenüber dem übermächtigen Staat angewiesen. In diesem Bereich stehen den staatlichen Organen oft ähnlich weitgehende Eingriffe in die Rechte des Betroffenen zu, z.B. ungerechtfertigte Leistungskürzungen, flankierende vormundschaftliche Massnahmen bei der Sozialhilfe usw. Mit andern Worten: Hoheitliche und Leistungsverwaltung sind oftmals ineinander verschränkt, sodass die künstliche Trennung im Bereich der Haftung wirklichkeitsfremd anmutet. Gewisse Formen faktischen Staatshandelns sind im übrigen schwer zuzuordnen und können trotzdem einschneidende schädigende Folgen für den Betroffenen haben, z.B. Schädigungen bei Strassenbauarbeiten, Unterlassung von Schutzvorkehrungen im Katastrophenfall usw. Ursprünglich war die zivilrechtliche Haftung grosszügiger als das öffentlichrechtliche Verantwortlichkeitsrecht, das in den meisten Kantonen zunächst nur eine reine Beamtenhaftung vorsah. In der Zwischenzeit dominiert bei den kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen die primäre Staatshaftung, die im wesentlichen auf einem Organisationsverschulden staatlicher Organe aufbaut und den Nachweis eines individuellen Beamtenverschuldens nicht führen muss. Mit andern Worten: Das öffentlichrechtliche Verantwortlichkeitsrecht ist grosszügiger als das privatrechtliche Haftungsrecht, das weiterhin - von der neuen Organisationshaftung abgesehen - am individuellen Verschuldensprinzip festhält, ja, dieses in gewissen Bereichen noch verstärkt. Bei Beschränkung der Staatshaftung auf nur hoheitliche Tätigkeit würden demnach viele Geschädigte schlechter fahren als bisher, z.B. bei schädigender Behandlung im öffentlichen Spital. Es kann nicht Sinn der Revision des Haftpflichtrechts sein, diesen Rechtsschutz zu schmälern und den Privaten gegenüber dem Staat schlechter zu stellen. Die Staatshaftung ist schliesslich auch Ausdruck rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit, nicht nur Wiedergutmachung von Schäden nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Schliesslich bestünde die Gefahr, dass es in bezug auf den gleichen schädigenden

Rechtsakt zu widersprüchlichen Widerrechtlichkeitsurteilen käme: Eine öffentlichrechtliche Anordnung könnte im Verwaltungsverfahren als widerrechtlich qualifiziert werden ohne im zivilrechtlichen Haftpflichtverfahren die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit zu erfüllen. Aus all diesen Gründen scheint der Vorschlag der Expertenkommission in bezug auf die Rechtsfolgen zu wenig abgeklärt, rechtsstaatlich kaum haltbar und dem Rechtsschutz des Betroffenen abträglich. Es wird deshalb vorgeschlagen, das öffentlichrechtliche Verantwortlichkeitsrecht weiterhin auf alle staatlichen Einrichtungen anzuwenden, welche der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Vorbehalten bleiben selbstverständlich die spezialgesetzlichen Regelungen der Kausal- und Gefährdungshaftung, denen grundsätzlich auch der Staat unterliegt.

Organisationen / organisations / organizzazioni

Pro natura: Vgl. SP.

SGB: Vgl. SP.

SVS: Dass die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätze auch auf Bund, Kantone und Gemeinden sich erstrecken sollen (Art. 43 VE), sofern nicht besondere Bestimmungen oder abweichende kantonale Vorschriften bestehen, ist aus Gründen einer der Rechtssicherheit dienenden Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts zu befürworten.

Uni GE: En matière de responsabilité délictuelle, *de lege lata*, le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis (art. 59 al. 1 CC). Par ailleurs, l'art. 61 al. 1 CO prévoit que la législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du CO concernant les obligations résultant d'actes illicites en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge, sauf s'agissant d'actes se rattachant à l'exercice d'une industrie (art. 62 al. 2 CO). Il faut, à notre avis, admettre qu'il s'agit dans les deux cas, en ce qui concerne les cantons, de réserves impropres, la compétence cantonale résultant déjà des art. 3 et 42 al. 1 Cst. féd. La clause de l'art. 61 al. 2 est ainsi admissible parce qu'elle vise en fait les cas où l'Etat agit dans le cadre du droit privé. En pratique, la jurisprudence a adopté une conception large de l'activité „souveraine“, soumise à un régime de responsabilité de droit public. C'est ainsi que l'activité des hôpitaux publics relève aujourd'hui de ce régime. Par ailleurs, l'immense majorité des cantons ont institué une responsabilité exclusive et causale de l'Etat pour les actes illicites de ses agents, à l'exception notable de Genève, qui a maintenu l'exigence de la faute de l'agent.

La réforme actuellement proposée du droit fédéral de la responsabilité entend rapprocher la responsabilité publique de celle des personnes privées de deux manières. D'une part, en postulant que la responsabilité de l'Etat est soumise au régime général de droit privé et en limitant les possibilités de dérogations aux activités exercées dans l'exercice de la puissance publique, comprise dans un sens sensiblement plus étroit qu'aujourd'hui (art. 43 et 43a de avant-projet; Rapport explicatif p. 73 ss). D'autre part, en prévoyant, même dans ce dernier cas, un „standard mini-

mum“ de droit fédéral, à savoir une responsabilité objective de la personne morale étatique, exclusive ou solidaire avec l'agent (art. 43a al. 1).

On ne voit guère les motifs concrets, les dysfonctionnements du système actuel, qui motivent ce changement. Les „résultats bizarres et incongrus“ mentionnés dans le Rapport explicatif (p. 24) ne sont pas explicités. En réalité, le changement proposé semble surtout fondé sur la conception doctrinale selon laquelle la responsabilité fondée sur un critère d'imputation „relève par essence du droit privé“ (Rapport explicatif p. 24 et 72). Moor et Piotet (*La responsabilité des cantons à raisons d'actes illi-cites: Droit public ou droit privé*, ZBI 1996 p. 484 ss) ont montré combien cette conception était discutable. La présente note s'inspire au demeurant très largement de leurs critiques envers l'avant-projet de réforme.

On peut nourrir les plus sérieux doutes sur la constitutionnalité de cet avant-projet. En effet, si, comme l'admet la quasi totalité de la doctrine de droit public, la compétence cantonale actuelle découle non pas d'une délégation du droit privé fédéral, mais de la répartition constitutionnelle des compétences fédérales et cantonales, on voit mal comment on pourrait la supprimer simplement par une interprétation extensive de la notion de droit civil de l'art. 122 al. 1 Cst. (art. 64 aCst). Moor et Piotet (p. 493 ss) ont démontré que les justifications constitutionnelles des tenants du nouveau système proposé n'étaient guère convaincantes. L'unification du droit de la responsabilité publique et privée exigerait donc une base constitutionnelle transférant à la Confédération la compétence qu'ont aujourd'hui les cantons de régler leur propre responsabilité.

Sur le plan pratique, les inconvénients de la réforme proposée l'emportent, à notre avis, sur les avantages, ce qui n'est guère étonnant, dès lors que les propositions avancées l'ont été davantage pour des motifs dogmatiques que pour répondre à des problèmes concrets.

Certes, l'obligation faite aux cantons de prévoir une responsabilité causale lorsqu'ils exercent leur puissance publique supprimera un anachronisme comme celui de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC), qui prévoit encore une faute de l'agent (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LREC). Mais cette amélioration de la situation des lésés ne concernera qu'un champ réduit de l'activité étatique et n'aura en tout état de cause aucun effet dans les cantons qui connaissent déjà un régime de responsabilité causale de l'Etat. Elle sera encore relativisée par le fait que, dans la pratique, l'utilisation d'une notion „objectivée“ de la faute, en matière de décisions étatiques ou d'actes médicaux par exemple, a conduit à minimiser les conséquences pratiques du maintien d'une responsabilité pour faute (T. Tanquerel, *La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989*, SJ 1997, p. 356 ss).

Mais, surtout, cette amélioration sera plus que compensée par le fait que pour une très grande part de l'activité de l'Etat, actuellement soumise au régime de la responsabilité causale, c'est désormais le droit privé fédéral qui s'appliquera. Celui-ci prévoira certes une responsabilité pour fait des auxiliaires, sans faute de ceux-ci (art. 49), mais accompagnée d'une clause libératoire en faveur de l'entreprise qui ne peut actuellement être opposée par l'Etat au lésé dans le régime de la responsabilité publique (ce

qui vaut même dans le système genevois fondé sur la faute de l'agent). La protection des patients des hôpitaux public, notamment, s'en trouvera clairement amoindrie, sans que l'on discerne la justification d'un tel changement. On notera que la position des patients „privés“ ambulatoires sera quant à celle encore plus affaiblie, dès lors qu'ils pourront difficilement invoquer la responsabilité de l'hôpital pour fait des auxiliaires (Moor et Piotet, p. 491).

Quant aux agents ayant causé un dommage entraînant la responsabilité de l'Etat, ils ne pourront plus - hors du champ, qui devrait désormais être fortement réduit, de l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 43a al. 1 de l'avant-projet - être protégés par des dispositions du type de l'art. 3 LREC, qui limite l'action récursoire aux dommages intentionnels ou par négligence grave. Là encore, les raisons pratiques justifiant cet abandon d'une règle favorable aux fonctionnaires sans toucher aux droits des lésés restent mystérieuses.

En résumé, le projet de „privatiser“ la responsabilité de l'Etat souffre du défaut majeur de ne pas être fondé sur des nécessités objectives mais sur un *a priori* dogmatique très discutable. Il n'est en outre, en ce qui concerne les compétences retirées aux cantons, pas conforme à la Constitution. Enfin, ses conséquences pratiques négatives, aussi bien pour les lésés que pour les agents étatiques, apparaissent plus importantes que les quelques améliorations qu'il entraînerait.

Uni LA: C'est sur la question des rapports entre la responsabilité de droit privé et celle de droit public que l'avant-projet propose des règles nouvelles dont l'application créera plus de difficultés, et qui contribueront très certainement à affaiblir la position de la victime. Et c'est aussi dans ce domaine que les critiques doctrinales sur les propositions qui figuraient déjà dans l'avant-projet de 1991, puis de 1995, ont été les plus nombreuses (P.Moor/D.Piotet, *La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites: droit public ou droit privé?*, ZBl 1996, p.481ss; Th.Tanquerel, in SJ 1997, p.347; J.Gross, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Berne 1995, p.112ss); il est assez extraordinaire d'ailleurs que pas un seul mot sur ces différentes critiques formulées à l'encontre de l'avant-projet n'ait été avancé ou même évoqué dans le Rapport, qui se borne à répéter (p.70 ss) des assertions qui pourtant ont déjà été démontées par les critiques déjà citées, sans qu'une allusion soit faite à une opinion divergente.

a) Le premier problème posé par le projet des experts aux articles 43 et 43a AP est celui de la constitutionnalité de la réglementation proposée. Les experts considèrent brièvement, par référence à un avis de droit non publié de l'Office fédéral (Rapport p.74) que cette question doit être résolue à la faveur de leurs propositions. Il a pourtant déjà démontré que cet avis de droit n'était pas bien fondé (P.Moor/D.Piotet, p.493-498), argumentation complète à laquelle la Faculté de droit ne peut ici que se référer. Pour plus de clarté, l'on reprend dans les lignes qui suivent les chiffres 6.1.1.2 et 6.1.2.1 du Précis de droit administratif, volume II, 2e édition à paraître, du professeur Pierre Moor:

„6.1.1.2 La qualification du droit „public“ de la responsabilité

Les législations sur la responsabilité de l'État sont-elles de droit public? Cette question, qui ne se pose évidemment que pour la responsabilité à

raison d'actes de droit public, a été soulevée récemment. Auparavant, la réponse affirmative était claire; elle résulte de la pratique, puisqu'il a toujours été admis que les cantons légifèrent en la matière. Elle est devenue d'actualité avec une proposition de révision du droit privé de la responsabilité délictuelle — soit des articles 41ss CO — qui contient une disposition concernant les cantons. Cependant, pour que le législateur fédéral soit compétent sur ce point, il faut admettre, contrairement à la doctrine antérieure, qu'il s'agit de droit privé.

Pour arriver à ce résultat, on peut appliquer tour à tour les divers critères de distinction reconnus pour choisir celui qui convient au résultat que l'on veut atteindre ou employer une méthode censément originale, mais construite pour l'occasion — la méthode dite typologique, qui est une sorte de combinaison du sens et de l'esprit de ces critères. Il en découlerait que, considérée comme institution, la responsabilité délictuelle relèverait du droit privé.

La démarche est erronée. Tout d'abord, la responsabilité est une institution générale, qui, en soi, ne relève ni du droit privé, ni du droit public, mais de l'ordre juridique dans son ensemble. S'il est vrai qu'elle s'est développée en droit privé, on ne peut rien en déduire sur sa nature dans d'autres secteurs du droit, où elle a pu se développer en fonction de principes qui leur sont propres. Il est vrai aussi que la question posée est toujours la même: à quelles conditions un préjudice doit-il être supporté par celui qui le cause, et non par celui qui le subit? Mais l'identité de questions n'implique aucune conséquence quant à la qualification à donner aux institutions qui doivent y répondre: sinon, il faudrait, selon le même raisonnement, faire relever du droit privé non seulement l'institution de la responsabilité délictuelle, mais aussi celle du contrat — et il n'y aurait pas de contrats de droit administratif.

Rattacher l'institution en soi au droit privé, sans considération de la nature des actes dommageables et uniquement sur la base de leurs conséquences patrimoniales, est par conséquent une pure pétition de principe: c'est ainsi qu'un auteur a pu écrire que „par son essence, la responsabilité implique une obligation proprement dite, soit une institution de droit privé” (P.Wessner, La privatisation de la responsabilité publique, un des objectifs de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in Etudes J.F.Aubert, 1996, p.579 (le lecteur pourra découvrir dans la seconde parenthèse de la p.578 une autre pétition de principe)). La qualification exige la prise en compte la plus adéquate de l'ensemble normatif (législatif et constitutionnel) dans lequel les activités en cause sont et doivent être intégrées. Ainsi, il y a un droit privé de la responsabilité pour les actes que les sujets de droit commettent en tant qu'ils sont autonomes dans les rapports qu'ils nouent entre eux — et ce droit vient limiter leur autonomie. Et il y a un droit public de la responsabilité pour les conséquences dommageables des actes de droit public, lesquels sont pris sur la base de compétences (et non d'une autonomie de principe) — et ce droit va s'inspirer des garanties constitutionnelles qui déterminent la validité des actes étatiques. Ce qu'est un préjudice à supporter par la victime ou au contraire à transférer sur l'auteur de l'acte dommageable devra donc être défini selon des maximes inspirées de contextes juridiques différents (dans le

même sens, J.Gross, *Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im schweizerischen Staatshaftungsrecht*, in *Recht* 1998, p. 53ss).

Mais surtout, comme on l'a montré, la qualification d'une institution juridique est une entreprise vaine si on la fait dans l'abstrait: c'est pourquoi elle ne conduit qu'à des pétitions de principe, parce que, les critères étant plusieurs, on peut les faire aboutir à la conclusion que l'on veut. Le critère pertinent ne peut provenir que de la norme précise qui pose la distinction — la norme classificatoire (sur cette méthode, P.Moor, vol. I, ch. 2.3.3.1). En l'espèce, il s'agit de déterminer si la compétence législative „en matière de droit civil” attribuée à la Confédération par l'article 122 al.1 Cst. inclut la responsabilité des cantons à raison de leurs actes de droit public, de telle sorte que leur „souveraineté” serait sur ce point „limitée” au sens de l'article 3 Cst. Or — mis à part le régime de responsabilité à raison d'actes que les cantons accomplissent en vertu du droit fédéral — il n'a jamais été question que le législateur de droit fédéral intervienne sur ce fondement, et cela pendant des décennies. Si on applique la théorie des intérêts à l'interprétation de l'article 122 al.1 Cst., déterminer quelles conséquences peuvent avoir les actes de droit public présente la même caractéristique d'intérêt public que les actes eux-mêmes et se fonde dès lors sur la même compétence; il est vrai que l'intérêt privé (des lésés) est aussi engagé — et il doit être pris en compte par le législateur cantonal, cependant non pas en vertu du droit privé fédéral, mais des exigences que pose la Constitution aux activités de droit public des collectivités publiques.

Cela n'empêche pas, sur le plan du droit positif, qu'il y ait des analogies et des rapprochements entre droit privé et droit public de la responsabilité; il arrive même très fréquemment que sur tel ou tel point — par exemple la qualification du préjudice, l'établissement de l'indemnité — celui-ci renvoie à celui-là. Faisant un pas de plus, on peut considérer que, dans la mesure où le problème à résoudre — à quelles conditions un dommage doit être supporté par la personne qui en est l'origine — est identique, il est normal que les structures et la systématique que chacun des ordres juridiques donne à une institution qui leur est commune coïncident dans une large mesure: en d'autres termes, s'il y a divergence, les particularités que la responsabilité de droit public peut connaître doivent pouvoir se ramener aux caractéristiques propres des activités publiques et se justifier par une balance des intérêts — entre intérêt public et intérêt privé — qui est d'ailleurs analogue à celle à laquelle procède le droit privé — entre intérêts privés opposés.

On constatera enfin le nombre croissant de responsabilités causales spéciales instituées par le législateur fédéral, sur la base notamment de compétences spécifiques (voir le panorama dressé, du point de vue de la responsabilité des collectivités publiques, par J.Gross, opus cité, 1995, p. 26 ss). Ces innovations qui, par rapport aux conceptions privatistes traditionnelles, conduisent à une „désindividualisation” de la responsabilité, aboutissent à la „collectivisation” de certains risques objectifs. Les collectivités publiques y sont soumises, même si ces règles sont qualifiées de droit privé: le choix législatif a été déterminé par les caractéristiques intrinsèques du risque, sans qu'importe la finalité (intérêt public ou privé) poursuivie par la personne qui est à l'origine du dommage. En d'autres termes, il ne s'agit pas, dans ces hypothèses, de définir à quelles conditions les

activités administratives ordinaires de droit public donnent lieu à responsabilité, mais de lier responsabilité et certaines activités à fort degré de risque: les régimes spéciaux ainsi institués l'emportent sur les régimes ordinaires, aussi bien pour les rapports de responsabilité régis par le droit privé que pour ceux qui le sont par le droit public (cf. aussi P.Moor/D.Piotet, opus cité, p.496).

6.1.2.1 La compétence législative

Rien n'empêche en soi la formation d'un droit coutumier ou jurisprudentiel. Le droit français repose ainsi sur une construction édiflée par le Conseil d'État à partir d'un arrêt Blanco, rendu en 1873 par le Tribunal des conflits, qui, d'une part, a soustrait aux tribunaux civils la connaissance des litiges en matière de responsabilité à raison du fonctionnement des services publics, et de l'autre a déclaré inapplicables les dispositions du Code civil.

En droit suisse, il faut distinguer selon qu'il s'agit de la Confédération ou des cantons d'une part, de l'Etat lui-même ou de ses agents de l'autre. Deux dispositions du droit privé fédéral sont ici pertinentes. En ce qui concerne l'Etat, l'article 59 I CC prévoit qu'est réservé le droit public de la Confédération et des cantons pour „les corporations et les établissements qui lui sont soumis”; la norme s'applique non seulement à l'organisation étatique interne, mais aussi à l'aménagement des relations entre l'État et les administrés, par conséquent à sa responsabilité. Pour les fonctionnaires, selon l'article 61 al.1 CO, „la législation fédérale ou cantonale peut déroger” aux règles ordinaires sur la responsabilité. Ces deux dispositions requièrent un commentaire.

La législation de droit privé est du ressort de la Confédération (art.122 Cst). Dès lors, la responsabilité de l'État aussi bien que celle de ses agents relève du droit privé, lorsqu'elle est mise en cause à raison d'un acte qui n'est pas régi par le droit public; si la Confédération peut toutefois y déroger pour elle-même comme pour ses agents, c'est précisément parce qu'elle est compétente pour légiférer en droit privé. Cela est en revanche interdit aux cantons, puisque l'article 122 al. 1 Cst. leur a enlevé la compétence législative: c'est ce qu'exprime l'article 61 al. 2 CO, lorsqu'il exclut toute dérogation cantonale, s'agissant d'actes „se rattachant à l'exercice d'une industrie”.

Lorsque l'acte dommageable appartient au droit public, l'Etat n'est responsable que si une norme juridique le prévoit. C'est le principe de la légalité de la responsabilité de droit public: l'Etat détermine lui-même quelles sont les conséquences juridiques de ses activités publiques, sous la seule contrainte d'avoir à respecter les principes constitutionnels; l'article 59 al. 1 CC n'a donc qu'une portée déclarative, la réserve qu'il contient en faveur du droit cantonal découlant déjà de l'article 122 al. 1 Cst. En principe, il doit en aller de même de la responsabilité des fonctionnaires lorsque ceux-ci exécutent des tâches de droit public: elle est régie par le droit de l'Etat dont ils sont les agents, et non pas par le droit privé. L'article 61 CO a donc sur ce point lui aussi une portée déclarative uniquement. Le législateur fédéral est naturellement compétent pour ce qui relève de la Confédération — mais la Constitution le prévoit à l'article 146; et la compétence cantonale, parce qu'elle est de droit public, n'est pas restreinte par l'article 122 Cst.

Il faut relever toutefois que, aux termes de l'article 61 al. 1 CO, le droit privé fédéral est applicable en tant que tel à la responsabilité des agents de l'État, mais à titre subsidiaire, à savoir si le droit public cantonal ne contient pas de règles particulières: la réserve en faveur du droit cantonal est donc ici facultative (ou „habilitante”). Pour les cantons, la norme constitue bien un empiétement sur leur compétence de principe, lequel ne peut trouver aucune explication systématique. Le législateur fédéral de 1881 craignait les lacunes du droit public et a voulu apporter au moins aux justiciables cette garantie-là. L'intérêt en est quasi purement historique. En effet, la Confédération avait en 1850 déjà adopté une loi sur la responsabilité de ses autorités et fonctionnaires, abrogée en 1958 par la loi actuelle. Si, au siècle passé, l'un ou l'autre des cantons n'avait pas légiféré (cf. P.Bischof, RPS 1985 I 84), ils ont tous aujourd'hui adopté les règles topiques.”

Mais l'anticonstitutionnalité de la réglementation proposée n'est que la manifestation la plus visible d'un nombre impressionnant de conséquences négatives que l'on peut brièvement synthétiser dans lignes qui suivent:

a) L'impossibilité pratique de délimitation selon les nouveaux critères proposés

C'est sans doute là le point pratique le plus lourd de conséquences: les experts en sont d'ailleurs conscients (Rapport, p.74), et proposent dans le doute un rattachement au droit privé, rendant ainsi encore plus étroite la notion de puissance publique, et soustrayant de la sorte à la victime de l'acte illicite la garantie que constitue la responsabilité objective de l'Etat pour ne plus avoir, sauf organisation particulière, en face de lui qu'un agent public responsable pour une faute dont le caractère subjectif est renforcé par l'avant-projet.

Les remarques ainsi formulées en 1996 sur ce point gardent toute leur actualité:

„S'il est vain de nier la difficulté à trouver la limite entre droit privé et droit public, il serait également trompeur de laisser croire qu'il est plus aisé de distinguer entre administration de prestation et exercice de la puissance publique. Tout au contraire, des prérogatives de puissance publique peuvent assortir l'administration de prestations (contraintes administratives en cas de subventions obtenue sans droit), comme des prestations peuvent doubler une activité de pure police (aides ou renseignements fournis par la puissance publique par exemple). Si l'interdiction de vente d'un produit peut être catégorisée comme activité de puissance publique, qu'en est-il de l'information donnée par la collectivité publique sur le danger qu'il y a à consommer des marchandises? C'est une prestation, non une activité de puissance publique. Mais peut-on envisager de la soumettre aux mêmes règles de responsabilité qu'une information donnée par un particulier? N'est-il pas ici du plus élémentaire bon sens, que, l'administration ayant une responsabilité – au sens de „Verantwortung”, non de „Verantwortlichkeit” - à l'égard de la population ainsi que des producteurs, la balance d'intérêts à opérer n'a plus grand-chose à voir avec ce que le droit privé est habitué à faire ordinairement? Le refus par l'Etat d'exécuter une mesure

de police est-il assimilable, pour ceux qui en seraient lésés, à l'(in)exercice d'un pouvoir de puissance publique, ou un refus de prestation? D'ailleurs, ni Stark, ni la Commission d'étude, ne parviennent à dégager un ou des critères pragmatiques de distinction (EMIL W. STARK (Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, in: *RSJ/SJZ* 1990, p. 9), donne comme un des cas typiques du droit public celui d'une gifle donnée à un élève par un maître d'école (publique); mais, comme le remarque PATRICK NÜTZI (*Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information*, Bern, 1995, p. 287), il existe des écoles privées où de telles méthodes „éducatives” peuvent aussi se rencontrer; il cite comme autre cas celui d'une personne qui se noie, alors que sur la rive se trouvent un simple quidam et un gendarme — mais c'est un contre-exemple, puisqu'il suffit d'imaginer que l'un et l'autre s'abstiennent de porter secours — il est clair que la solution du droit public pour le gendarme ne sera pas la même que pour un justiciable quelconque). Ce qu'il y a de sûr, aujourd'hui, c'est que la notion d'exercice de la puissance publique ne désigne plus, contrairement au siècle passé, un domaine d'activité public, que l'on pourrait opposer aux autres secteurs, qui, eux, se laisseraient abandonner au droit privé. Il s'agit à notre époque d'une technique d'intervention que le législateur ou l'administration choisit en fonction de l'efficacité qu'elle a en comparaison avec d'autres modes d'activité. Ainsi, au lieu d'interdire et de sanctionner, on recourt à l'information, à la subvention, à des taxes incitatives, etc., isolément ou conjointement. Fixer la limite entre droit privé fédéral de la responsabilité et droit public cantonal dérogatoire en utilisant le critère suranné de l'exercice de la puissance publique, ce n'est pas seulement tomber de Charybde en Scylla, en substituant un critère difficile à un critère délicat; c'est aussi, et même surtout, fermer les yeux sur les méthodes de travail de l'administration contemporaine.

b) La mort du contrat de droit administratif cantonal

Les articles 43 et 43a AP doivent être compris en liaison avec l'article 42 AP, déjà discuté plus haut sous chiffre 1. Cela implique que le domaine du droit fédéral délictuel va devoir s'appliquer à la violation de contrats de droit administratif, le plus souvent d'ailleurs utilisés par une administration qui devrait relever, selon les critères critiqués ci-dessus, d'une administration qui n'est pas une puissance publique au sens de l'article 43a AP. Il apparaît ainsi logiquement que la réserve des „règles spécifiques à certaines espèces de contrats” de l'article 42 AP ne peut se lire qu'en liaison avec le même ordre juridique, soit le droit privé fédéral, et exclure de la sorte tout régime particulier qui relèverait du droit public cantonal des contrats. En d'autres termes, le Projet consacre la mort du régime du contrat de droit administratif cantonal, sans qu'à un seul instant le Rapport des experts ne se soit penché sur cette institution, et la portée pratique de cette solution draconienne à un problème qu'il a apparemment omis de traiter.

Or, il paraît invraisemblable que l'institution qui est, avec la décision (Verfügung), le principal moyen de la mise en oeuvre juridique des compétences publiques, échappe à la compétence de la collectivité qui s'en sert pour l'exécution de ses tâches. De plus, étant donné les particularités du régime de cette institution — particularités dues précisé-

ment à sa fonction d'exécution des tâches publiques, il est peu judicieux de confier le contentieux en partie au juge civil (voir par exemple la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'illégalité du contrat de droit administratif, ou sur les vices du consentement; ou encore le régime de l'exécution forcée des contrats de collaboration).

De ce point de vue, une dernière remarque. S'il y a une action civile fondée sur le droit privé fédéral, et des actions fondées sur le droit public des contrats, on se trouvera face, pour les contrats de droit administratif fédéral et aussi cantonal (là où le contentieux contractuel relève du juge administratif) à deux compétences distinctes sur le même acte.

c) La fin des régimes plus favorables à la victime fondés sur la force expansive du droit public cantonal, et l'inversion de la tendance, de la plus récente de la jurisprudence

Suivant le principe général réservé à l'article 6 CC, la doctrine et la jurisprudence la plus récente (ATF 126 III 370, confirmant ATF 70 II 221) ont admis en droit positif de la responsabilité que le droit privé fédéral n'excluait nullement une réglementation cantonale plus favorable au lésé, établie dans l'intérêt public, l'article 6 CC demeurant réservé ainsi même dans le champ d'application réservé au droit privé fédéral par l'alinéa 2 de l'article 61 CO.

Passant à rebrousse-poil sur cette jurisprudence confirmée encore récemment, mais qu'il ne cite pas, l'article 43 AP soustrait délibérément au droit public cantonal toutes les responsabilités qui ne sont pas expressément réservées par l'article 43a AP, et cela sans faire aucune allusion quelconque à la force expansive générale du droit public cantonal telle qu'elle est réservée par l'article 6 CC, et cela en vertu du droit constitutionnel déjà.

Cette attitude va mettre à néant notamment les efforts pratiques de plusieurs cantons d'uniformisation du régime public et privé de la responsabilité des notaires sur un modèle de type contractuel (D.Piotet, Aspects particuliers de la responsabilité patrimoniale du notaire bernois, BN 1997, p.108); plus généralement, elle empêchera que des raisons d'intérêt public puissent amener à l'adoption d'un régime particulier de responsabilité de droit public dans un domaine qui sera régi par le droit privé fédéral exclusivement, et où de surcroît, la responsabilité délictuelle individuelle de l'agent voit son aspect subjectif largement renforcé (art. 48 et 48a AP). Elle fait ainsi l'impression de l'arrivée d'un éléphant dans un magasin de porcelaines, et l'étendue des conséquences dommageables de cette règle uniforme fédérale n'a été nullement examinée en relation avec la réglementation du droit public cantonal positif et des nombreuses dispositions cantonales plus favorables au lésé que celles de l'AP.

Là encore, les arguments déjà présentés sous forme critique par rapport à l'avant-projet (P.Moor/D.Piotet, opus cité, p.500-502) n'ont pas même été discutés.

d) La soumission des rapports internes entre agents et Etat au droit privé

Aujourd'hui, la responsabilité de l'agent à l'égard de la collectivité publique qui recourt à ses services est en principe réglée par le droit public cantonal, le droit fédéral n'étant applicable comme tel qu'en cas

de dommages directs et lorsqu'il n'y a aucune règle cantonale pertinente (art. 61 al. 1 CO). Alors même que cette application du droit civil fédéral, très limitée et subsidiaire, est unanimement critiquée en doctrine, l'avant-projet écarte pratiquement toute règle de droit public quelconque, et cela sans aucune justification.

Tout d'abord, s'agissant des rapports internes de la collectivité publique qui a indemnisé la victime et se retourne ensuite contre l'agent responsable (dommage indirect), il faut souligner que, pour tout ce qui concerne l'administration dite de prestations selon l'avant-projet, l'agent devrait désormais répondre, contrairement aux règles cantonales actuellement en vigueur, à côté de la collectivité publique à l'égard de la victime, et cela en application du droit privé fédéral. Dès lors, entre ces deux responsabilités, le rapport interne entre coresponsables relèverait d'un régime également de droit privé, en vertu duquel, selon l'article 53c AP, l'Etat qui a payé peut recourir contre l'agent responsable. Une limitation de ce droit de recours aux cas de dol ou de faute grave de l'agent, telle que la connaissent aujourd'hui pratiquement tous les cantons, serait donc contraire au nouveau droit fédéral; elle n'entre en effet pas dans la réserve désormais limitativement conçue de l'article 43a AP.

Ensuite, s'agissant du dommage causé directement par l'agent à la collectivité publique, il faut là aussi observer que quand un acte illicite a été commis par l'agent, il relèverait nécessairement de la responsabilité civile fédérale (art. 43 AP), sans qu'il y a là matière à un domaine réservé au droit public cantonal (art. 43a AP). Mieux, quand bien même l'acte illicite de l'agent constituerait à la fois un acte illicite et une violation „positive” de ses devoirs de service (342 lit.a CO), ce serait le droit privé fédéral qui l'emporterait sur la responsabilité de droit cantonal relevant du statut de l'agent public. C'est là aussi une conséquence de la systématique de l'avant-projet, qui condamnerait par conséquent toutes les règles cantonales de droit positif limitant la responsabilité de l'agent au dol ou à la faute lourde.

Il ne resterait ainsi à la limitation de la responsabilité patrimoniale de l'agent, soit à l'égard de tiers, soit à l'égard de l'Etat, que le choix exigü de l'article 43a AP; l'on ne saurait pas à vrai dire pourquoi un fonctionnaire en charge d'un service de prestations devrait être plus sévèrement jugé qu'un fonctionnaire doté de la puissance publique, à suivre le système de l'avant-projet!

Les remarques qui précèdent malheureusement n'ont pas encore un caractère exhaustif; elle ne font que donner un aperçu des conséquences probables de l'application des articles 43 et 43a AP projetée, conçus par d'éminents experts en droit privé, mais non par des publicistes. L'on voit ainsi qu'est démontée l'idée (P.Wessner, opus cité 1996, p.577) que les avantages des régimes législatifs cantonaux récents (responsabilité causale) ne seraient de toute façon pas plus profitables aux administrés que celui qui découlerait d'une solution centralisée; l'on se convaincra en effet de l'effet contraire en prenant précisément pour exemple la responsabilité hospitalière (P.Moor/D.Piotet, opus cité, p.490ss); quant à l'argument qui voudrait qu'il y ait une insécurité en raison de la variété des lois cantonales, il ne

peut démontrer, dans l'esprit de ceux qui l'avancent, que tout doit être centralisé en Suisse sans égard aux conséquences matérielles pour le justiciable, et ne résiste pas à notre système constitutionnel.

La Faculté de droit ne peut qu'espérer que les remarques qui ont été formulées dans les lignes qui suivent puissent avoir plus d'écho que n'ont eu jusqu'ici les critiques précédemment adressées à l'avant-projet.

Uni ZH Jaag: Von der Revision werden auch die öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Kantone erfasst, welche die *Haftung des Staates* für Schädigungen durch Behörden und Beamte zum Inhalt haben. Nach heutigem Recht unterliegen Schädigungen durch Vertreter des Staates grundsätzlich den Regelungen des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG) bzw. der kantonalen Haftungsgesetze. Ausnahmen ergeben sich gestützt auf besondere gesetzliche Bestimmungen etwa für die Kausalhaftungen als Werk- und Grundeigentümer. Eine allgemeine Ausnahme betrifft Schädigungen im Rahmen der Ausübung „*gewerblicher Tätigkeiten*“; wenn der Staat privatrechtliche Tätigkeiten wie den Betrieb einer Bank oder eines Gasthauses ausübt, unterliegt er dem privatrechtlichen Haftpflichtrecht (Art. 61 Abs. 2 OR).

Der Vorentwurf will den Geltungsbereich der öffentlichrechtlichen Haftungsbestimmungen einschränken. Er sieht vor, dass das öffentliche Verantwortlichkeitsrecht nur noch dann zur Anwendung gelangt, wenn die Schädigung durch Behörden oder Beamte im Rahmen der Ausübung *hoheitlicher Tätigkeiten*, etwa der Polizei oder des Militärs, erfolgt (Art. 43a OR und Art. 3 Abs. 1 VG in der Fassung des Vorentwurfs). Staatliche Handlungen und Unterlassungen im nicht-hoheitlichen, aber doch öffentlichrechtlichen Bereich, wie etwa die Aktivitäten im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesen (Leistungsverwaltung), würden neu dem privatrechtlichen Haftpflichtrecht unterliegen; die Kantone dürften dazu keine Regelungen mehr erlassen.

Diese Vorschläge sind bereits 1996 mit eingehender Begründung und überzeugenden Argumenten von den Lausanner Professoren Pierre Moor und Denis Piotet kritisiert worden; auch andere Autoren haben sich dazu kritisch geäußert. Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf von 1998 wird auf diese Kritik mit keinem Wort eingegangen. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, auf die angemeldeten Bedenken hinzuweisen.

Der grundsätzlichste Einwand gegen die „Privatisierung der Staatshaftung“ betrifft die *Verfassungsmässigkeit* der vorgeschlagenen Regelung. Die Haftung für staatliche Verrichtungen ist ein Aspekt der Staatsorganisation. Die entsprechende Regelung fällt deshalb in den Kompetenzbereich des für die Staatsorganisation zuständigen Gemeinwesens, das heisst des Bundes für Schädigungen durch Organe oder Personal des Bundes, der Kantone für Schädigungen durch kantonale (oder kommunale) Behördemitglieder oder Beamte. Die Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts (Art. 122 der Bundesverfassung) erfasst nur Schädigungen im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeit des Staates; eine Kompetenz des Bundes zur Regelung der Haftung für Schädigung durch andere als privatrechtliche (amtliche) Handlungen oder Unterlassungen der Kantone besteht nicht. Auf dieser Kompetenzabgrenzung beruht die gegenwärtige

Rechtslage. Die im Vorentwurf vorgesehene Lösung würde daher zunächst eine Änderung der Bundesverfassung voraussetzen; eine solche wird aber nicht vorgeschlagen.

In sachlicher Hinsicht weckt die vorgeschlagene Lösung ebenfalls Bedenken. Auch nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeit dient der *Erfüllung öffentlicher Aufgaben* und liegt deshalb im öffentlichen Interesse. Es handelt sich um Tätigkeiten, die von Privaten nicht oder jedenfalls nicht unter den gleichen Rahmenbedingungen wie vom Staat erfüllt werden. Beispiele dafür sind zahlreiche Aspekte der Leistungsverwaltung wie etwa der Unterricht an öffentlichen Schulen, die Betreuung in staatlichen Spitälern und Altersheimen sowie die Kehrriktabfuhr und Abwasserreinigung. Auch wenn solche Aktivitäten teilweise ähnlich sind wie Tätigkeiten Privater, hat der Staat immer die Wahrung des öffentlichen Interesses im Auge zu behalten. Oft stehen ihm auch bei der Erfüllung von Aufgaben im Rahmen der Leistungsverwaltung Zwangsmittel zur Verfügung; hoheitliche und nicht-hoheitliche Verwaltung sind häufig miteinander verknüpft, so z.B. beim Disziplinarrecht an öffentlichen Schulen und bei der Pflicht zum Anschluss an die öffentliche Kanalisation. Überdies können Anordnungen und Unterlassungen der Behörden auch im Bereich der Leistungsverwaltung mit Rechtsmitteln angefochten werden; die Staatshaftung kommt nur subsidiär zur Anwendung.

Dazu kommt – ein mehr politischer als rechtlicher Einwand –, dass die neue Lösung *für die Geschädigten oft weniger günstig* wäre als die bisherige Regelung; heute haftet sowohl im Bund als auch in den meisten Kantonen der Staat ohne Rücksicht auf das Verschulden der Person, die den Schaden verursacht, wenn Dritte im Rahmen der Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich geschädigt werden. Eine Unterstellung unter das privatrechtliche Haftpflichtrecht gemäss Vorentwurf hätte zur Folge, dass eine Schadenersatzpflicht verneint würde, wenn der Staat nachweisen könnte, dass er die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zur Vermeidung von Schäden getroffen hat. Auch *für die schädigenden Beamten* ist die heute in den meisten Kantonen und im Bund geltende Regelung günstiger, indem der Staat nur auf die Beamten Rückgriff nehmen kann, wenn sie grobfahrlässig oder vorsätzlich den Schaden verursacht haben. Die privatrechtliche Regelung gemäss Vorentwurf würde einen Rückgriff auch bei leichtem Verschulden erlauben.

Schliesslich spricht auch die – allerdings auch heute nicht überall verwirklichte – *Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und -gerichten* gegen die Unterstellung amtlicher Tätigkeiten unter das privatrechtliche Haftpflichtrecht. Verwaltungsbehörden und -gerichte sind aufgrund ihrer Erfahrungen eher als die Zivilgerichte in der Lage, die Rechtmässigkeit und Angemessenheit staatlicher Handlungen und Unterlassungen im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu beurteilen.

Den Verfassern des Vorentwurfs ist insoweit zuzustimmen, als sie darauf hinweisen, dass die heute massgebende Abgrenzung zwischen *gewerblichen und nicht-gewerblichen Tätigkeiten* des Staates immer wieder Schwierigkeiten bereitet und zu Auseinandersetzungen führt. Die gemäss Vorentwurf massgebende Abgrenzung zwischen *hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Tätigkeit* ist indessen ebenso schwierig und wird kaum zu weniger Auseinandersetzungen führen als die geltende Regelung, zumal

hoheitliche und nicht-hoheitliche Formen der staatlichen Aufgabenerfüllung oft miteinander kombiniert sind.

Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ist ein sinnvolles und begrüssenswertes Unterfangen, soweit die dabei getroffenen Lösungen sachgerecht sind und den unterschiedlichen Verhältnissen angemessen Rechnung tragen. Mit Bezug auf Schädigungen im Rahmen der amtlichen Tätigkeit von Behörden und Beamten bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Anforderungen erfüllt sind. Die „Privatisierung der Staatshaftung“ gemäss Vorentwurf darf deshalb nicht beschlossen werden, bevor die erwähnten Bedenken geprüft und widerlegt worden sind.

WWF: Vgl. SP.

341.04 Art. 43a

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Laut erläuterndem Bericht sollen die Pflege in einem öffentlichen Spital beziehungsweise der Ersatz von Schäden aus der Spitalpflege und der entsprechenden ärztlichen Behandlung nicht unter den Begriff der hoheitlichen Gewalt fallen. Diese Rechtsauffassung entspricht zwar dem Grundgedanken der unter Art. 43 angesprochenen Annäherung von öffentlichem Verantwortlichkeitsrecht und Bundesprivatrecht, zeigt jedoch gleichzeitig die Schwierigkeiten der entsprechenden Abgrenzungen auf, die sich anhand des Gesetzestextes nicht vollständig lösen lassen. Wie der erläuternde Bericht zum Vorentwurf festhält, finden demnach die Normen des Bundesprivatrechts und dabei insbesondere die Art. 49 und 49a Anwendung.

AR: Vgl. zu Art. 43

BE: Vgl. zu Art. 43

BL: Vgl. zu Art. 43

BS: Artikel 43a ermächtigt die Kantone, abweichende Bestimmungen über ihre Haftung - sowie diejenige ihrer Körperschaften, Anstalten und Bediensteten - für Schäden zu erlassen, welche in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht wurden. Im Bericht (S. 71) wird erwähnt, dass sich bezüglich des Begriffs „hoheitliche Gewalt“ Abgrenzungsprobleme ergeben könnten. Im Zweifel sei das Bundesprivatrecht anzuwenden. Praktisch zur Illustration wird im folgenden Absatz sodann für die „hoheitliche Gewalt“ der Begriff „öffentliche Gewalt“ verwendet, womit sogleich bestätigt wird, dass bezüglich dieses Begriffes tatsächlich Unklarheiten bestehen.

Absatz 1 des Artikels 43a knüpft die Möglichkeit einer Abweichung zugunsten der kantonalen Gesetzgebung an die Bedingung, dass die Körperschaft oder Anstalt, die die hoheitliche Gewalt ausübt, verschuldensunabhängig haftet. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten diese Bestimmung, konkret diesen Vorbehalt, gestützt auf ein (nicht publiziertes) Gutachten des Bundesamtes für Justiz als mit der Bundesverfassung vereinbar. Diese Ansicht ist unseres Erachtens nicht über jeden Zweifel erhaben. Gemäss Art. 122 BV ist der Bund zuständig zum Erlass von Zivilrecht. Dieses regelt im wesentlichen die Rechtsbeziehungen unter Bürgerinnen und Bürgern (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.

November 1996, S. 338). In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wird weiter ausgeführt, dass die genaue sachliche Abgrenzung der Bundeskompetenz gegenüber dem öffentlichen Recht der Kantone Sache der Wissenschaft und Praxis sei. Der Bundesrat habe sich für ein typologisches Verständnis von Art. 64 aBV entschieden und betrachte Rechtsnormen namentlich dann als durch Art. 64 aBV abgedeckt, wenn sie typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und herkömmlicherweise zum Privatrechtsbereich gehören, insbesondere wenn sie die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen oder wiederherstellen. Die Bedingung, dass die öffentliche Körperschaft ohne Verschulden haften müsse, damit die Kantone für ihr hoheitliches Handeln abweichende Bestimmungen erlassen können, geht unseres Erachtens aber über diese Definition von Privatrecht hinaus. Die Ausübung hoheitlicher Gewalt ist typisch für das öffentlich-rechtliche Handeln eines Gemeinwesens und spielt sich deshalb eben gerade nicht im Bereich des Privatrechtsverkehrs ab. Die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung ist deshalb noch einmal zu überprüfen.

Für den Fall, dass die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung tatsächlich zu bejahen wäre, könnten wir uns mit der Bedingung der verschuldensunabhängigen Haftung des Kantons einverstanden erklären.

FR: Vgl. zu Art. 43

GR: Der Vorentwurf will den Geltungsbereich der öffentlich-rechtlichen Haftungsbestimmungen einschränken. Er sieht vor, dass das öffentliche Verantwortlichkeitsrecht nur noch dann zur Anwendung gelangt, wenn die Schädigung durch Behörden oder Beamte im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten, etwa der Polizei oder des Militärs erfolgt (vgl. Art. 43a OR und auch Art. 3 Abs. 1 VG in der Fassung des Vorentwurfs). Staatliche Handlungen und Unterlassungen im nichthoheitlichen, aber doch öffentlich-rechtlichen Bereich, wie etwa die Aktivitäten im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesen (Leistungsverwaltung), würden neu dem privatrechtlichen Haftpflichtrecht unterliegen. Die Kantone dürften dazu keine Regelungen mehr erlassen. Der grundsätzliche Einwand gegen die „Privatisierung der Staatshaftung“ betrifft die Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Regelung. Die Haftung für staatliche Verrichtungen ist ein Aspekt der Staatsorganisation. Die entsprechende Regelung fällt deshalb in den Kompetenzbereich des für die Staatsorganisation zuständigen Gemeinwesens, d.h. des Bundes für Schädigungen durch Organe oder Personal des Bundes, der Kantone für Schädigungen durch kantonale (oder kommunale) Behördenmitglieder oder Beamte. Die Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts (Art. 122 BV) erfasst nur Schädigungen im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeit des Staates. Eine Kompetenz des Bundes zur Regelung der Haftung für Schädigung durch andere als privatrechtliche (amtliche) Handlungen oder Unterlassungen der Kantone besteht nicht. Auf dieser Kompetenzabgrenzung beruht die gegenwärtige Rechtslage. Die im Vorentwurf vorgesehene Lösung würde daher zunächst eine Änderung der Bundesverfassung voraussetzen; eine solche wird aber nicht vorgeschlagen.

Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ist sinnvoll und begrüßenswert, soweit die dabei getroffenen Lösungen sachgerecht sind und den unterschiedlichen Verhältnissen angemessen Rechnung tragen. Mit

Bezug auf Schädigungen im Rahmen der amtlichen Tätigkeit von Behörden und Beamten bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Anforderungen erfüllt sind. Die „Privatisierung der Staatshaftung“ gemäss Vorentwurf darf deshalb nicht beschlossen werden, bevor die erwähnten Bedenken geprüft und widerlegt worden sind.

JU: L'art. 43a CO, il ne porte pas atteinte, selon nous, à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Le standard minimum qu'il impose aux cantons est d'ailleurs déjà respecté par les art. 27 ss de la Loi sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et Canton du Jura (RSJU 173.11) qui vont même plus loin, puisqu'ils engagent la responsabilité de l'Etat non seulement lorsqu'il y a exercice de la puissance publique, mais pour tout dommage créé par le personnel de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions.

Reste que la notion de puissance publique est délicate à circonscrire. Les auteurs de l'avant-projet proposent de l'entendre dans un sens étroit et, en cas de doute, d'opter pour l'application du droit privé fédéral. Or, ces deux précisions nous semblent suffisamment importantes pour qu'elles soient inscrites à l'art. 43a CO, par exemple par l'introduction d'un troisième al.. En effet, cela permettrait d'ôter toutes les incertitudes qui pourraient demeurer et qui devraient de toute manière être résolues, en l'absence d'une disposition claire, par la jurisprudence.

LU: Aufgrund der Tragweite, die dem Begriff der „hoheitlichen Tätigkeit“ bezüglich der Haftung der Gemeinwesen zukommt, muss der Begriff eng ausgelegt werden. Wir halten eine Präzisierung des Begriffs im Sinne der entsprechenden Ausführungen im erläuternden Bericht (Seite 70 ff.) im Gesetzestext für notwendig, um eine spätere, weiter gehende Auslegung zu verhindern. Aus der Formulierung muss hervorgehen, dass die Gemeinwesen nur für den Bereich ihrer Tätigkeiten verschuldensunabhängig haften, in welchem sie „befehlen, verbieten und wenn nötig mit physischer Gewalt zwingen dürfen“ (erläuternder Bericht, S. 71 Abs. 2).

Die hoheitliche Tätigkeit ist klar vom im heutigen Recht massgeblichen Begriff abzugrenzen, welcher in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung extrem extensiv ausgelegt wird und auch nicht hoheitliche Tätigkeiten wie die Führung eines öffentlichen Spitals oder den Strassenbau umfasst (Roland Brehm, Berner Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1998, S. 752). Für den Bereich der amtlichen Tätigkeit, welcher nicht hoheitlich ist, lehnen wir eine verschuldens-unabhängige Haftung der Gemeinwesen ab.

Ebenso muss der Begriff der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang mit amtlichen Tätigkeiten eng verstanden werden (vgl. z.B. erläuternder Bericht S. 309 „durch Verletzung einer Amtspflicht“; S. 318 und S. 333). Beispielsweise sollte ausgeschlossen werden, dass die Polizei für Personenschäden haftet, welche infolge renitenten Verhaltens der Geschädigten entstanden sind. Auch für die gesamte Entscheidtätigkeit der Behörden lehnen wir eine Kausalhaftung des Gemeinwesens ab.

NE: Cf. ad art. 43.

OW: Vgl. zu Art. 43.

SH: Vgl. zu Art. 43

SO: Es stellt sich die Frage, warum das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes für hoheitliche *Tätigkeit* gelten soll, dasjenige des Kantons aber nur für hoheitliche *Gewalt*. Dem Begleitschreiben zu dieser Vernehmlassung entnehmen wir die Absicht, dass Bund und Kanton *im gleichen Umfang* abweichende Bestimmungen über die Staatshaftung erlassen dürfen (Seite 2). Wenn dem so wäre, sollte im Gesetzestext in Art. 43a VE-OR und in Art. 3 Abs. 1 VE-VG der gleiche Begriff verwendet werden. Es wäre dazu der weitere Begriff „*hoheitliche Tätigkeit*“ zu verwenden.

Als hoheitliche Tätigkeit würde die staatliche Tätigkeit aufgrund eines gesetzlichen Auftrages gelten. Der Bürger und die Bürgerin bringen den staatlichen Institutionen ein besonderes Vertrauen entgegen und erwarten, dass der Staat für die korrekte Erfüllung seiner Aufgaben gerade steht. Das soll so bleiben, indem die primäre und ausschliessliche Staatshaftung hier bestehen bleibt.

Deshalb lehnen wir es klar ab, dass die kantonale Regelungsbefugnis neu auf Schäden beschränkt werden soll, welche in Ausübung *hoheitlicher Gewalt* verursacht werden. Der Bundesgesetzgeber will den Begriff „hoheitliche Gewalt“ offenbar eng definieren: „Er setzt die Befugnis zu befehlen und zu verbieten voraus, sowie die Befugnis, wenn nötig mit physischer Gewalt zu zwingen“ (erläuternder Bericht, Seite 71). Demnach soll die Haftung für die gesamte Leistungsverwaltung (Spitäler usw.) und auch für die nichtstreitige Gerichtsbarkeit (Amtschreibereigeschäfte wie Erbschaftsinventare, Grundbuchgeschäfte usw.) neu dem Bundesprivatrecht unterstellt werden. Diesen Eingriff in die Autonomie des Kantons lehnen wir strikte ab. Solange der Kanton öffentliche Aufgaben erfüllt, also keine gewerbliche Verrichtungen vornimmt, soll er weiterhin nach kantonalem öffentlichem Recht primär, ausschliesslich und unabhängig vom Verschulden des jeweiligen Funktionärs haften für widerrechtlich zugefügten Schaden (siehe auch unsere Bemerkungen zu Art. 49a VE-OR). Das kantonale Verantwortlichkeitsrecht soll deshalb analog zum Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes für Schäden gelten, die in Ausübung einer *hoheitlichen Tätigkeit* verübt werden.

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Organisationshaftung für den Bereich der Pflege in einem öffentlichen Spital verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 49 und 49a VE-OR hinten.

TG: Vgl. zu Art. 43.

VD: Cf. ad art. 43.

VS: Cf. ad art. 41.

ZG: Vgl. zu Art. 43

ZH: Vgl. zu Art. 43

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SP: Vgl. zu Art. 43

Organisationen / organisations / organizzazioni

Pro natura: Vgl. zu Art. 43.

SGB: Vgl. zu Art. 43.

SNV: Für die Mitglieder des SNV ist Art. 43a des VE von zentraler Bedeutung. Es handelt sich um die abgewandelte Neufassung von Art. 61 OR, das heisst um die Haftung kantonaler Beamter und die Kompetenz der Kantone, diesbezüglich abweichend vom OR zu legislieren.

Die Frage ist hier: Für welche Personen, die öffentliche Funktionen ausüben, gilt zwingend das OR und für welche können die Kantone ein vom OR abweichendes Beamten-Haftpflichtrecht erlassen?

Das bisher geltende OR ist zwingend anwendbar für alle „*gewerblichen*“ Verrichtungen öffentlicher Beamter (Art. 61 Abs. 2 OR). Das bedeutet, dass die Kantone das OR nur für „*nicht-gewerbliche*“ Verrichtungen wegbedingen und durch kantonale Beamtenhaftpflicht-Normen ersetzen können.

Art. 43a des Entwurfs lässt nun das Kriterium der Gewerblichkeit fallen und geht die Regelung von einer andern Seite her an: Die Kantone dürfen kantonales Beamtenhaftpflichtrecht für alle „*hoheitlichen*“ Tätigkeiten erlassen. Für die „*nicht-hoheitlichen*“ Verrichtungen gilt somit zwingend das OR.

Im erläuternden Bericht, S. 71, Abs. 4, heisst es: *Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass die Unterscheidung der staatlichen Tätigkeiten im Hinblick auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt Abgrenzungsprobleme mit sich bringt, insbesondere beim obligatorischen Unterricht, bei den Dienstleistungen eines amtlich bezeichneten Anwaltes oder beim Notar, der als öffentlicher Beamter tätig ist. Die Verfasser schlagen vor, im Zweifel das Bundesprivatrecht anzuwenden.'*

Die Verfasser sind also offenbar der Meinung, notarielle Tätigkeit sei nicht hoheitlich. Als Folge davon müssten dann auch Amtsnotare für Beurkundungsfehler nach OR haften, nämlich als Hilfspersonen des betreffenden Kantons, der seinerseits ebenfalls nach OR als Geschäftsherr haftet. Alles andere würde zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, welche nicht hingenommen werden könnte.

Diese Änderung der Rechtslage rührt daher, dass die notarielle Tätigkeit, mindestens soweit sie von Amtsnotaren ausgeübt wurde, nach bisherigem Recht als „*nicht-gewerblich*“ qualifiziert wurde, während sie nach künftigem Recht dann als „*nicht-hoheitlich*“ qualifiziert wird und also von der Sphäre der kantonalen Beamtenhaftpflicht in diejenige der bundesprivatrechtlichen Deliktshaftung hinübergeschoben wird.

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Kerntätigkeit des Notars, also die Beurkundung, europaweit als hoheitliche Tätigkeit angesehen wird. Würde diese Tätigkeit im schweizerischen Recht künftig als nicht-hoheitlich qualifiziert, so hätte dies eine Reihe von weitreichenden Konsequenzen. Der SNV hält es für verfehlt, durch einen neu eingeführten Rechtsbegriff („*hoheitlich*“ statt „*nicht-gewerblich*“) die haftpflichtrechtliche Qualifikation von Urkundspersonen neu ordnen zu wollen. Die bisherige haft-

pflichtrechtliche Qualifikation der Urkundspersonen gab zu keinen Kritiken Anlass und sollte auch unter neuem Recht beibehalten werden.

SPO: Die Angleichung des Vorentwurfes im Bereich privates und öffentliches Recht und damit die Gleichstellung der Spitalhaftpflicht der Kantone mit dem Bundesrecht ist sinnvoll. Die unterschiedliche Regelung in den einzelnen Kantonen (Verjährung/Verwirkung, Fristen usw.) werden von betroffenen Patientinnen und Patienten kaum je verstanden. Die Haftungsvoraussetzungen sollten für alle Medizinalpersonen gleich sein völlig unabhängig davon, ob ein Patient zufälligerweise in einem Privatspital oder in einem öffentlichen Spital des einen oder andern Kantons operiert wird.

Uni GE: Le standard minimum imposé par l'art. 43a al. 1 *in fine* est, lui aussi, susceptible d'entraîner des conséquences indésirables. Ainsi, la suppression de la possibilité pour les cantons de prévoir une responsabilité exclusive des agents même lorsque ceux-ci exercent une tâche de puissance publique sous la forme d'une activité indépendante (ramoneur, notaires), poussera l'Etat, afin de minimiser le risque de voir sa responsabilité engagée à fortement limiter l'autonomie de ces agents (Moor et Piotet, p. 449/500). Pourtant, le système de la responsabilité exclusive de l'agent, très largement répandu pour les professions citées, ne semble pas avoir provoqué de protestations ni avoir abouti à des résultats indésirables.

Uni LA: cf. art. 43.

Uni ZH Jaag: Vgl. zu Art. 43.

WWF: Vgl. zu Art. 43.

341.05 Art. 44

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Der Vorrang des Völkerrechts ergibt sich bereits aus der Stufenordnung der Normen (Art. 5 Abs. 4 BV). Eine Erwähnung im Sinne der Vollständigkeit ist trotzdem sinnvoll.

JU: Cet art. ne pose pas de difficulté particulière. Il a l'avantage de préciser clairement une règle qui a parfois été contestée à tort en Suisse.

VS: Cf. ad art. 41.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KF: Diese Bestimmung ist überflüssig. Es scheint heute klar, dass Völkerrecht in der Schweiz anerkannt wird und Übereinkommen entsprechend Beachtung finden.

SVS: a) Im „Allgemeinen Teil“ sei angeregt, den Art. 44 VE, der völkerrechtliche Verträge vorbehält, zu ergänzen entsprechend dem Wortlaut von Art. 1, Abs. 3 des Binnenschiffahrtsgesetzes durch die Worte: „und die darauf beruhenden Vorschriften“, was wir nachfolgend begründen:

b) Nach der Revidierten Rheinschiffahrts-Akte von 1868 (SR 0.747.201) erlässt die Rheinzentralkommission im Einstimmigkeitsverfahren die für die Sicherheit und die Ordnung der Rheinschiffahrt erforderlichen Vor-

schriften. Dadurch werden die Vertragsstaaten verpflichtet, diese Normen innerstaatlich in Kraft zu setzen. Zu erinnern ist beispielshalber an die Rheinschiffahrtspolizeiverordnung vom 1. Dezember 1993 (SR 0.747.224.11). § 1.04 enthält eine besondere Vorschrift über die Sorgfaltspflichten, die Grundlage für die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen bildet.

Auch die Staatsverträge vom 1. Juni 1973 über die Bodensee- und Rheinschiffahrt enthalten analoge, für die Vertragsstaaten verbindliche Sicherheitsvorschriften und Sorgfaltspflichten (SR 0.747.223.11).

- c) Im Seeschiffahrtsgesetz Art. 121, Abs. 1 sind für die Rechtsverhältnisse eines Schiffszusammenstosses die Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens vom 23. September 1910, das die Schweiz ratifiziert hat, für anwendbar erklärt worden (SR 0.747.363.1). Zu beachten ist die – bloss – zweijährige Verjährungsfrist des Übereinkommens (Art. 7), die selbstverständlich Art. 44 VE vorgeht.
- d) Am 15. März 1960 wurde ein entsprechendes Abkommen über den Zusammenstoss von Binnenschiffen abgeschlossen und von der Schweiz ratifiziert (SR 0.747.205). Nach Art. 127, Abs. 3 Seeschiffahrtsgesetz in Verbindung mit Art. 125 finden dessen Bestimmungen auf Zusammenstösse von Binnenschiffen Anwendung, somit auch auf die Rheinschiffahrt.
- e) Weitere internationale Verträge betreffen die Hilfeleistung und Bergung von Schiffen in Not (SR 0.747.363.1) und Regeln über die Konnossemente (SR 0.747.354.1129).
- f) Bezüglich der Haftung der Beförderer von Schiffspassagieren gilt das Athener Übereinkommen vom 13. Dezember 1974 (SR 0.747.356.I und II). Nach Art. 127, Abs. 2 des Seeschiffahrtsgesetzes gelten diese Regeln auch für die Schiffahrt auf dem Rhein.
- g) Die Haftung für Ölverschmutzungsschäden wird durch ein Abkommen vom 29. November 1969 geregelt (SR 0.814.291).
- h) Am 19. November 1976 kam es zum Abschluss des internationalen Übereinkommens für Seeforderungen (SR 0.747.331.53) mit der Haftungsbeschränkung des Eigentümers eines Seeschiffes auf die Werte, die er dem Meer anvertraut. 1953 führte die Schweiz in Art. 126 des Seeschiffahrtsgesetzes das Institut der Haftungsbeschränkung für die Rheinschiffahrt ein, damit die schweizerischen Rheinreedereien gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten, die in ihren Rechten eine solche Beschränkung kennen, nicht benachteiligt werden.

Uni GE: Remarque de nature générale: en exprimant la réserve, en soi inutile, en faveur des traités internationaux, on favorise la thèse du silence qualifié dans tous les cas où la réserve n'est pas faite expressément.

VöV: Gemäss Artikel 44 gilt der Vorbehalt der völkerrechtlichen Verträge. Im öffentlichen Verkehr ist das COTIF zu beachten, das Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr, insbesondere die Anhänge. Andernfalls könnte der Zweck der Revision (Vereinheitlichung) nicht erfüllt werden und das HPG würde die Zersplitterung des Rechts fördern. Internationales und nationales Eisenbahntransportrecht sollen kongruent sein. Der Entwurf aber schafft Widersprüche, die eliminiert werden müssen. Der Vorentwurf muss auf diese Fragen gründlich überprüft und angepasst

werden, insbesondere verweisen wir auf unsere Gedanken zum Transportgesetz.

Antrag: Das HPG und die damit verbundenen Normen (insbesondere das Transportrecht) sind im öffentlichen Verkehr auf das COTIF und das internationale Transportrecht abzustimmen.

341.06 Art. 45

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Abs. 2 erfasst u.a. auch den reinen Vermögensschaden, ohne diesen allerdings klar zu definieren. Das Fehlen einer Definition und damit der indirekte Verweis auf die Rechtsanwendung wird in der Praxis mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Zuspruch deutlich höherer Schadenersatzsummen als bisher führen. Gerade in den Haftpflichtbereichen des Gesundheitswesens könnte sich dies besonders deutlich auswirken.

AR: Die Verfasser des Vorentwurfs scheinen in Bezug auf die dogmatische Kontroverse um die Ersatzfähigkeit sogenannter reiner Vermögensschäden eine durchaus praktikable und sinnvolle Lösung gefunden zu haben.

BL: Im vorgeschlagenen Art. 45 VE OR wird eine Unterscheidung zwischen dem Begriff „Vermögensschaden“ und „reiner Vermögensschaden“ gemacht. Diese zwei Begriffe könnten in der Praxis zu Verwechslungen und Verwirrung führen. Der Begriff „reiner Vermögensschaden“ sollte deshalb zumindest definiert werden. Im Weiteren muss der Reflexschaden eingeschränkt werden, um eine allzu weitgehende Schadenersatzpflicht zu verhindern. Es ist sind Schranken aufzustellen, welche das Aufkommen von amerikanischen Verhältnissen vermeiden. Die Einschränkung der Gefährdungshaftung in Abs. 3 wird begrüsst, da das wirtschaftliche Risiko für Unternehmen abschätzbar bleiben muss. Dies setzt voraus, dass die Haftpflichtrisiken versicherbar sein müssen.

BS: In Abs. 2 sollte auch auf Art. 45f verwiesen werden, handelt es sich doch bei den ergänzenden Schadensposten ebenfalls um eine Kategorie des Vermögensschadens und nicht um eine dritte Schadensart neben dem Vermögensschaden und dem immateriellen Schaden.

JU: L'introduction de règles en matière de dommages est importante, car elle permet de clarifier et de préciser la situation actuelle. Nous n'approuvons cependant pas le choix des auteurs du projet d'écarter de l'art. 45 toute définition positive du dommage patrimonial. En effet, si la règle peut paraître évidente pour le juriste suisse, il n'en va pas de même du juriste étranger qui doit faire face à un problème de responsabilité où le droit suisse, par hypothèse, est applicable. Or, cette situation va devenir de plus en plus fréquente. Il ne paraît donc pas totalement inutile d'indiquer à l'art. 45 que le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que ce dernier aurait atteint si le fait dommageable n'était pas survenu.

Nous sommes également très réservés sur la notion de „dommages purement économiques“. En effet, cette notion est très floue de prime abord et il faudrait se demander s'il est possible de la préciser quelque

peu. On ne voit en particulier pas directement quel est le lien avec le dommage réfléchi. Dès lors, si la commission a renoncé à définir la notion de „dommage purement économique“, il conviendrait pour le moins de trouver un moyen pour la préciser, par exemple en introduisant une règle générale sur le dommage indirect ou en donnant des exemples de dommage purement économique.

Pour le reste, nous sommes favorables aux dispositions sur le dommage telles qu'elles ont été rédigées sous la réserve des remarques qui suivent.

Si les animaux sont encore considérés par le droit suisse comme des choses, cette position est actuellement remise en question aussi bien par une partie de la population (Initiative: „Les animaux ne sont pas des choses!“) que par le législateur. Or, l'un des principaux problèmes relatif aux animaux se pose précisément en matière de réparation du dommage. En effet, l'art. 45c ne répondrait pas aux désirs de voir les animaux traités différemment des choses en la matière.

Par conséquent, il nous semblerait adéquat de préparer d'ores et déjà une disposition qui tiendrait compte de la modification probable du statut des animaux. En effet, cette modification risque d'entrer en vigueur avant que la révision du droit de la responsabilité civile ne puisse aboutir. Il paraît donc important de se pencher d'ores et déjà sur ce problème et de créer une disposition spécifique sur le sujet.

Autrement, nous sommes d'accord pour considérer qu'en cas d'atteinte aux choses, c'est à la jurisprudence de préciser plus clairement ce qui doit être réparé dans chaque cas d'espèce en matière de dommages matériels.

LU: Der reine Vermögensschaden sollte definiert werden.

NE: Ad. art. 45 à 45f: Le projet qui nous est présenté, pour l'essentiel, codifie la doctrine et la jurisprudence. En cela, nous pouvons nous rallier aux solutions proposées.

Par contre, nous relevons la nouveauté prévue à l'art. 45, lettre d, du projet relatif aux atteintes à l'environnement. Sans être opposé, sur le principe du moins, à son introduction dans la partie générale du CO, nous constatons que ces dispositions sur le dommage dit écologique posent de graves questions dont il s'agit d'examiner avec beaucoup d'attention les conséquences qu'elles génèrent, notamment sous l'angle de la qualité pour agir en réparation, sous l'angle de l'importance du dommage réparable et sous l'angle financier. Actuellement, la loi sur la protection de l'environnement exclut la réparation des dommages à l'environnement proprement dit. Cette exclusion a été voulue par le parlement après un débat nourri. Les auteurs du projet remettent, par cette disposition, l'ouvrage sur le métier. Son principe et ses conséquences doivent donc faire l'objet d'un large débat politique avant de devenir peut-être partie intégrante de notre droit positif. Nous souhaitons donc que cette disposition fasse l'objet d'études plus approfondies.

VS: Le projet use justement du concept de „*dommage réparable*“ pour souligner que toute atteinte au patrimoine ne donne pas lieu à indemnisation. La définition du dommage patrimonial (art. 45a à 45d) ne comprend pas celle du „*dommage purement économique*“ qui en est une composante

(art. 45 al. 2). L'explication figurant au rapport explicatif, selon laquelle il est malaisé de délimiter en termes généraux le dommage économique, ne convainc guère, dès lors que les autres aspects du dommage patrimonial sont circonscrits par l'adverbe „*notamment*“ ou la formule „*en règle générale*“.

L'extension du droit de la responsabilité délictuelle aux violations positives du contrat devant faire l'objet d'une étude complémentaire, la définition de l'illicéité par référence au devoir contractuel doit être abandonnée (art. 46 al. 2 in fine).

L'exigence d'un rapport de causalité „*juridique*“ plutôt qu'„*adéquate*“ est saluée dans le sens qu'en donnent les experts (rapport explicatif ch. 2.3.4.3 p. 110 in fine), ce d'autant que cette conception permet de mieux ancrer l'exigence de causalité dans le principe fondamental d'une norme d'imputation de la responsabilité. L'exigence d'une causalité juridique conduit logiquement le législateur à traiter des causes exonératoires. Les experts observent justement que la notion de causalité est ainsi relative et réservent les faits interruptifs; alors même qu'ils soulignent que l'exonération est une question d'appréciation impliquant de procéder à une répartition adéquate des risques (rapport explicatif ch. 2.3.4.5), ils subordonnent l'interruption de la causalité à un fait „*manifestement prépondérant*“ (art. 47a) sans expliquer l'adverbe „*manifestement*“ qui limite considérablement l'exonération, un fait prépondérant ne suffisant pas de toute évidence. Ce concept mérite précisions et les conséquences doivent être dégagées avec les circonstances dont dépend l'étendue de la réparation (art. 52 al. 1).

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Richtig scheint, einerseits auch weiterhin auf eine detaillierte gesetzliche Schadensdefinition zu verzichten (was der Rechtsprechung namentlich ermöglicht, auch sog. normative Schäden anzuerkennen, z.B. den effektiv nicht vermögensmässig eingetretenen Haushaltschaden), andererseits den Schadensbegriff auch auf die immaterielle Einbusse (tort moral, Genugtuung) auszudehnen.

SVP: Im Entwurf wird darauf verzichtet, den reinen Vermögensschaden zu definieren und ebenso zu präzisieren, in welchen Fällen der Schaden zu ersetzen ist. Das Mass für die Entschädigung zu finden, kann jedoch nicht einfach, wie im Erläuternden Bericht vorgeschlagen, der Rechtsprechung zugewiesen werden.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: Klargestellt wird im vorgeschlagenen Art. 45 Abs. 3 OR, dass im Bereich der Gefährdungshaftung, wie sie hier vorliegt, der reine Vermögensschaden nicht ersatzfähig ist. Damit ist u.E. die Haftung des Flugzeughalters, allein oder mit andern Flugzeughaltern zusammen, für die Entwertung von Grundstücken durch Fluglärmbelastung ausgeschlossen.

economiesuisse: Der Vorentwurf verzichtet darauf, den reinen Vermögensschaden zu definieren und zu präzisieren, in welchen Fällen der Schaden zu ersetzen ist. Grenzen werden nicht gesetzt, *da dies die Gefahr willkürli-*

cher Lösungen mit sich bringen würde; im übrigen sei es Aufgabe der Rechtsprechung das „rechte“ Mass für die Entschädigung zu finden. Diese Aussage ist ein Armutszeugnis des Gesetzgebers, wenn er die Lösung von politisch und wirtschaftlich sensiblen Problemen, die in der Vergangenheit höchst umstritten waren, mit Pauschalargumenten auf die Rechtsanwendung abschiebt. Dem muss entgegengehalten werden, dass für eine sachgerechte Lösung durchaus Ansätze existieren, die zumindest im erläuternden Bericht hätten erwähnt werden müssen.

HEV: Bisher waren Reflexschäden nicht ersatzpflichtig, wenn es sich um reine Vermögensschäden handelte (Ausnahme Versorgerschaden). Neu soll der reine Vermögensschaden nun auch ersatzpflichtig (Abs. 2) sein. Bestimmungen über die Begrenzung des Schadens fehlen hingegen. Diese Frage wird den Gerichten zur Beurteilung überlassen. Gleiches gilt für die einschränkende Bestimmung von Abs. 3. Darin wird zwar die Art der Entstehung des Schadens bei Gefährdungshaftungen definiert. Eine Begrenzung fehlt jedoch auch hier. Wir sind der Ansicht, dass die Bestimmungen durch den Gesetzgeber selbst zu konkretisieren und namentlich Schadenbegrenzungen vorzusehen sind.

KF: Der reine Vermögensschaden wird nicht definiert. Somit ist die entsprechende Abgrenzung zu den Art. 45a bis 45d VE-OR unklar. Wenngleich es hier überwiegend Aufgabe der Rechtsprechung ist, soll zumindest ein Anhaltspunkt im Gesetz bestehen, wann ein Reflexschaden zu ersetzen ist. Dies hilft der Rechtsprechung und führt namentlich nicht zu „übersteigter“ Anwendung dieses Begriffs.

SAV: Dass auf die Definition des Vermögensschadens (inkl. des sog. „reinen“) verzichtet wird, wird vom SAV begrüßt. Eine allgemeine Ausweitung der Haftung für Reflexschäden ist rechtspolitisch nicht wünschenswert. Es sind aber durchaus Fallkonstellationen vorstellbar, in denen der Richter ausnahmsweise eine Ersatzpflicht als billig erachten kann.

Dagegen ist die in Art. 45 Abs. 2 VE vorgesehene gesetzliche Unterscheidung zwischen Vermögensschaden und „reinem“ Vermögensschaden überflüssig und verwirrend. Die wichtigsten Tatbestände „reiner“ Vermögensschäden werden in Art. 45f VE geregelt. Eine darüber hinaus gehende Normierung der Erstattungspflicht „reiner“ Vermögensschäden ist obsolet. Sie wäre um so problematischer, wenn sie im Sinne von Art. 42 VE auch für die Haftung zwischen Vertragspartnern gelten sollte.

Wegen ihrer Systemwidrigkeit aufgegeben werden sollte auch die unterschiedliche Regelung der Schadentragung bei verschiedenen Zurechnungsgründen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Ersatzpflicht bei Gefährdungshaftungen (z. B. nach SVG) eine andere sein soll als bei Verschuldenshaftung. Nachdem Art. 45 Abs. 3 VE praktisch nur noch bei Reflexschäden von Bedeutung wäre, rechtfertigt es sich auch rechtspolitisch nicht, gewissermassen auf Vorrat eine Begrenzung für den Fall einzuführen, dass Reflexschäden in einem praktisch bedeutsamen Umfang durch die Rechtsprechung anerkannt werden.

Art. 45 Abs. 2 und 3 VE sollten daher gestrichen werden.

SBMV: Neu soll der reine Vermögensschaden explizit in den Kreis der ersatzfähigen Schäden aufgenommen werden. Dabei erscheint uns fragwürdig,

dass keine Bestimmungen über dessen Begrenzung vorgeschlagen respektive diese voll und ganz der Rechtsprechung überlassen werden. Somit verstösst auch dieser Vorschlag gegen das Legalitätsprinzip. Ebenso weckt die vorgeschlagene Bestimmung im Zusammenhang mit der erweiterten Definition der Widerrechtlichkeit ernsthafte Bedenken, indem neu auch der Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben miterfasst werden soll (Art. 46 Abs. 2 VE).

Zu Absatz 3 verweisen wie auf unsere Bemerkungen zu Art. 50 VE, da die Umschreibung der Gefährdungshaftung viel zu unbestimmt ist. Jedenfalls scheint es uns unumgänglich, den Inhalt dieser Bestimmung näher zu bestimmen.

SGCI: Neu soll mit Art. 45 Abs. 2 VE der reine Vermögensschaden positivrechtlich in den Kreis der ersatzfähigen Schäden aufgenommen werden. Dies ist zunächst keine echte Neuerung, hat doch bereits de lege lata die Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen die Ersatzfähigkeit dieser Schäden, welche weder Personen- noch Sachschäden sind, anerkannt. Verknüpft damit ist auch die Problematik der sog. Reflexschäden (indirekte Schäden), bei denen Dritte in ihren Rechtsgütern verletzt werden.¹

Das Problem der reinen Vermögensschäden liegt denn auch nicht in der Frage der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit. Umstritten ist vielmehr, nach welchen Kriterien die Haftpflicht sinnvoll begrenzt werden kann. An diesem Punkt setzt die Kritik der SGCI an der Vernehmlassungsvorlage an.

Der Vorentwurf verzichtet bewusst darauf, den reinen Vermögensschaden zu definieren und zu präzisieren, in welchen Fällen der Schaden zu ersetzen ist (eine Ausnahme wird lediglich für den Versorgerschaden in Art. 45a Abs. 2 VE sowie für die Gefährdungshaftung in Art. 45 Abs. 3 VE gemacht). Grenzen, so der erläuternde Bericht,² könnten nicht gesetzt werden, *da dies die Gefahr willkürlicher Lösungen mit sich bringen würde; im übrigen sei es Aufgabe der Rechtsprechung das „rechte“ Mass für die Entschädigung zu finden.* Diese Aussage ist ein Armutszeugnis des Gesetzgebers, wenn er die Lösung von politisch und wirtschaftlich sensiblen Problemen, die in der Vergangenheit höchst umstritten waren, mit Pauschalargumenten auf die Rechtsanwendung abschiebt. Dem muss entgegengehalten werden, dass für eine sachgerechte Lösung durchaus praktikable Ansätze existieren, die zumindest im erläuternden Bericht hätten erwähnt werden müssen.

Die Frage, ob und welche reine Vermögensschäden ersetzt werden sollen, hängt entscheidend von der Auslegung des Begriffs der Widerrechtlichkeit ab. Es wird deshalb diesbezüglich auf die Ausführungen zu Art. 46 VE verwiesen (hinten sub Ziff. 4).

SGV: Neu soll der reine Vermögensschaden explizit in den Kreis der ersatzfähigen Schäden aufgenommen werden. Dabei erscheint uns fragwürdig, dass keine Bestimmungen über dessen Begrenzung vorgeschlagen respektive diese voll und ganz der Rechtsprechung überlassen werden. Somit verstösst auch dieser Vorschlag gegen das Legalitätsprinzip.

¹ Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rn. 14.19 ff.

² Erläuternder Bericht, S. 76.

Ebenso weckt die vorgeschlagene Bestimmung im Zusammenhang mit der erweiterten Definition der Widerrechtlichkeit ernsthafte Bedenken, indem neu auch der Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben miterfasst werden soll (Art. 46 Abs. 2 VE)

Zu Abs. 3: Wir verweisen hier auf unsere Bemerkungen zu Artikel 50 VE, da die Umschreibung der Gefährdungshaftung viel zu unbestimmt ist. Jedenfalls scheint es uns unumgänglich, den Inhalt dieser Bestimmung auch im Sinne der vorerwähnten Bemerkungen näher zu definieren.

SUVA: Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung ist im Bereich der Gefährdungshaftung – unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen – nur jener Schaden ersatzfähig, der durch Tötung, durch Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit, auf Sachen oder auf die Umwelt entsteht. Bei dieser Aufzählung der ersatzfähigen Schadenskategorien im Bereich der Gefährdungshaftung ist nach Auffassung der Suva der immaterielle Schaden „vergessen“ gegangen. Wir gehen davon aus, dass es sich hierbei nur um ein redaktionelles Versehen handelt, ist doch weder aus dem Kurzkomentar zum VE noch aus dem erläuternden Bericht eine Begründung ersichtlich, weshalb man inskünftig – entgegen dem geltenden Recht – bei Gefährdungshaftung keine Genugtuung mehr verlangen könnte. Vielmehr ist es offenbar der Zweck von Abs. 3, nur bei „reinen Vermögensschäden“ eine Ersatzpflicht auszuschliessen.

Wir stellen deshalb den Antrag, Abs. 3 von Art. 45 VE in dem Sinne zu ergänzen, dass nicht nur die Schadenskategorien von Art. 45a – 45d (Vermögensschaden) als ersatzpflichtig im Bereich der Gefährdungshaftung erklärt werden, sondern auch der immaterielle Schaden (Art. 45e).

SVV: In den Art. 45 bis 45f VE-OR behandelt der Vorentwurf die verschiedenen Schadenarten. Es erscheint uns richtig, dass dabei auf eine Definition des Schadens verzichtet wird, da sich die ersatzfähigen Schäden nicht durch eine Legaldefinition festlegen lassen. Wir sind auch mit der beispielhaften Aufzählung der verschiedenen Schadenpositionen in Art. 45a VE-OR (Tötung) und 45b VE-OR (Einwirkung auf die körperliche Unversehrtheit) einverstanden. Im Hinblick auf die Schadensberechnung sind wir allerdings der Ansicht, dass die wichtigsten Maximen im Gesetz aufgeführt werden sollten. Nebst den inhaltlichen Änderungen, die sich auf die Sachschäden (Art. 45c VE-OR), den Umweltschaden (Art. 45d VE-OR) und die ergänzenden Schadenposten (Art. 45f VE-OR) beziehen, beantragen wir die Aufnahme einer Norm, in der die Grundsätze der Schadensberechnung aufgeführt sind. Einen Vorschlag führen wir entsprechend der Gesetzssystematik am Ende der Bestimmungen über den Schaden an.

Antrag:

Schadensberechnung (Art. 45 g)

¹*Für die Schadensberechnung sind die persönlichen Verhältnisse der geschädigten Person massgebend.*

²*Kann der Schadenbetrag nicht genau beziffert werden, so ist er vom Gericht mit Rücksicht auf die Umstände und den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen³.*

³*Ersatzfähig ist nur der Schaden, der von der geschädigten Person nicht mit zumutbaren Massnahmen abgewendet werden kann.*

⁴*Bringt das Haftungsereignis der geschädigten Person nebst dem Schaden auch finanzielle Vorteile, so sind diese, soweit angemessen, anzurechnen.*

Der Vorentwurf enthält Teilelemente der Schadensberechnung, nimmt das Thema aber nicht als ganzes auf. Wegen der grossen Bedeutung der Regelung der Schadensberechnung beantragen wir deshalb, in einem neuen Artikel als ganzes die Eckpfeiler der Schadensberechnung zu verankern.

In Abs. 1 wird auf die konkrete Schadenberechnung hingewiesen.

Abs. 2 übernimmt die Regel von Artikel 56d Abs. 3 VE-OR resp. des heute geltenden Abs. 2 von Art. 42 OR, der systematisch zu den Bestimmungen über den Schaden gehört.

In Abs. 3 wird die Schadenminderung und die Verhältnismässigkeit geregelt, die für die Restitution und Reparation zentral sind. Die Schadenminderungspflicht bildet das Korrelat zum Anspruch auf Rettungskosten, die vorstehend erwähnt worden sind. Mit der Beschränkung auf die notwendigen und angemessenen Kosten soll verhindert werden, dass untaugliche oder übertriebene Beseitigungsmassnahmen in Rechnung gestellt werden.

Abs. 4 äussert sich schliesslich zur Vorteilsanrechnung. Auch hier handelt es sich um ein grundsätzlich unbestrittenes Anliegen, dem in der Praxis grosse Bedeutung zukommt und das daher auch gesetzlich Erwähnung finden sollte.

TCS: Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.

Uni GE: Remplacer le titre du chiffre I. par „Préjudice“ (cf. la terminologie adoptée par DESCHENAUX / TERCIER, § 3 N. 1 et 2). A l'art. 45 al. 1 AP, remplacer „dommage“ par „préjudice“ et biffer la mention „patrimonial“ aux al. 1 et 2. Alinéa 3: remplacer „dommage“ par „préjudice“.

Uni LA: Nous prenons acte du fait que les auteurs de l'avant-projet ont sciemment renoncé à définir la notion de „dommage purement économique“ (Rapport, p. 78, ad n. 2.3.2.1), laissant à la jurisprudence le soin de définir quels „dommages purement économiques“ seront réparables ou non, en particulier les „dommages purement économiques“ relevant de la catégorie des dommages dits „réfléchis“

Nous relevons, comme le remarque aussi le Rapport explicatif (Rapport, p. 77 bas – p. 78 haut, ad n. 2.3.2.1), que la question de la réparation du „dommage purement économique“, en particulier sous sa forme réfléchie, est indissociable de la question de la définition de l'illicéité. Dans la mesure où l'avant-projet change, comme on le verra, la notion même

³ vgl. Art. 56d Abs. 3 VE-OR.

d'illicéité, la question de la réparation des dommages réfléchis risque bien de trouver de nouvelles solutions plus larges qu'en droit positif actuel avec peut-être une extension plus grande que prévue de la responsabilité civile dans ce type d'hypothèses.

Ainsi par exemple, si l'avant-projet range au nombre des comportements illicites d'une personne ceux consistant dans la violation d'une obligation contractuelle (art. 46 al. 2 AP), il ne précise pas à l'égard de qui cette violation contractuelle doit avoir lieu (de même, l'art. 42 1^{ère} phrase AP ne précise pas si la violation de l'obligation contractuelle dont il parle concerne uniquement une obligation contractuelle liant la victime à l'auteur du dommage ou s'il peut s'agir d'une obligation contractuelle liant l'auteur du dommage à un tiers): doit-il s'agir nécessairement du lésé ou peut-il s'agir d'une tierce personne?

Pourrait de la sorte être relancée la question de la réparation du dommage causé par ricochet (au détriment du principe de la relativité des conventions) dans l'hypothèse où l'auteur du dommage viole ses obligations contractuelles à l'égard d'un tiers qui se trouve en relation contractuelle avec le lésé. Faute de relation d'illicéité toute réparation était exclue dans le système actuel (sauf à prouver que l'auteur du dommage violait en même temps une norme protectrice destinée à protéger le lésé ou portait ce faisant atteinte à un droit subjectif absolu de ce dernier, deux éléments particulièrement difficiles à démontrer s'agissant de la violation d'une obligation contractuelle liant l'auteur à un tiers). Dans le nouveau système, une réparation serait beaucoup plus facile à obtenir. Et peut-être même un tel système serait plus favorable au lésé que dans certaines situations actuelles (On songe par exemple aux cas où le lésé a conclu avec un cocontractant qui s'est valablement exonéré de sa responsabilité ainsi que de celle pour ses auxiliaires (dans les limites de la loi) alors que la prestation due au lésé est défectueuse par la faute d'un auxiliaire. En droit positif et dans une situation telle que celle-ci, l'auxiliaire qui viole ses obligations contractuelles à l'égard du cocontractant du lésé – causant par la même l'exécution défectueuse de la prestation au lésé – a la part belle: il ne risque guère d'être recherché par le lésé (à moins que les conditions de l'art. 41 CO ne soient remplies) ni par le cocontractant du lésé qui, s'étant exonéré de sa responsabilité, n'aura pas à indemniser le lésé). Nul doute toutefois que le débat qui jusqu'à présent tournait autour de la notion d'illicéité sera déplacé sur le terrain de la causalité „juridique“.

Uni ZH Honsell: Die Marginale unterscheidet eher verwirrend *Arten* und *Kategorien* des Schadens. Mit *Arten* ist, wie sich dann zeigt, die Distinktion zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden (immateriellem Interesse) gemeint. Kategorie ist nach Art. 45 Abs. 2 VE ein Unterbegriff des Vermögensschadens und umfasst die Fälle von Art. 45a-d: „Tötung“ (Art. 45a), „Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit“ (Art. 45b), „Einwirkung auf Sachen“ (Art. 45c) und „Einwirkung auf die Umwelt“. Nicht unter die Kategorien fällt seltsamerweise der *reine Vermögensschaden*, der aber ebenfalls ersatzfähig sein soll.

Die spezielle Erwähnung des reinen Vermögensschaden unter den möglichen Schadensposten in Art. 45 Abs. 2 VE, legt die Annahme nahe, primäre (reine) Vermögensschäden seien künftig auch im Deliktsrecht zu ersetzen. Indessen ist es kaum vorstellbar, dass der Entwurf reine Ver-

mögensschäden generell auch im Deliktsrecht ersetzen will. Die Schwierigkeiten die man sich mit einer solchen Haftungsausweitung einhandelt, sind aus dem französischen Recht hinlänglich bekannt. Das Schulbeispiel für Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden Dritter ist die Verletzung eines Opersängers, die zum Ausfall der Vorstellung führt, ein Fall der sich in Frankreich tatsächlich zugetragen hat. Der verletzte Tenor erhält Heilungskosten, Verdienstaufschlag usw. Hingegen bekommen alle anderen – vom Opernhaus über die Garderobefrau bis zum Taxifahrer – keinen Ersatz.

Dass gilt übrigens auch im angelsächsischen Recht. Dafür nur ein Beispiel: Im Fall *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institut* (1966 1 Q.B. 569) waren der Beklagten Maul- und Klauenseuche-Viren aus ihrem Labor entkommen, die sie zu Forschungszwecken aus Afrika importiert hatte. Dies führte zum Ausbruch der Seuche in der Gegend von Guildford und Farnham, so dass die dortigen Viehmärkte geschlossen werden mussten und die Viehhändler Ausfälle erlitten. Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, die Kläger seien nicht in ihrem Eigentum verletzt und es handle sich nicht um einen Folgeschaden aus Eigentumsverletzung, sondern um einen reinen Vermögensschaden.

Vielleicht hat den Autoren des Vorentwurfs eine solche Haftungsausweitung nicht vorgeschwebt. Denkbar ist es, dass ihnen die Erwähnung der reinen Vermögensschaden nur wegen der Einbeziehung der Vertragshaftung notwendig schien. Auch bei dieser wohlwollenden Interpretation geht der Entwurf indes noch einen grossen Schritt in die falsche Richtung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, indem er den Grundsatz von Treu und Glauben zur Schutznorm macht.

Uni ZH Portmann: Gemäss Art. 45 Abs. 2 VE umfasst der Vermögensschaden die in den Art. 45a-45d VE aufgeführten Kategorien sowie den reinen Vermögensschaden. Von dieser Definition erfasst wird demnach:

- Schaden infolge Tötung (Art. 45a VE)
- Schaden infolge Körperverletzung (Art. 45b VE)
- Sachschaden (Art. 45c VE)
- Umweltschaden (Art. 45d VE)
- Reiner Vermögensschaden (Art. 45 Abs. 2 VE)

Reiner Vermögensschaden ist jeder Schaden, der nicht infolge Verletzung eines absoluten Rechts entsteht; dementsprechend ist er nur ersatzfähig, wenn er durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird. Das Vermögen als solches ist kein haftpflichtrechtlich geschütztes Rechtsgut; weder ist es Gegenstand eines absoluten Rechts, noch wird es generell von einer Schutznorm erfasst.

Umgekehrt ist grundsätzlich jeder Schaden ersatzfähig, der durch die Verletzung irgend eines absoluten Rechts bewirkt wird. Die vom Vorentwurf erwähnten Schadenskategorien resultieren aber nur aus der Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 28 ZGB, 45a VE), des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 28 ZGB, 45b VE) sowie aus der Verletzung von Eigentum und Besitz (Art. 641 Abs. 2, 927 Abs. 3, 928 Abs. 2 ZGB, Art. 45c VE). Schäden aus der Verletzung anderer absoluter Rechte werden nicht erfasst, also namentlich

- Schaden infolge sonstiger Persönlichkeitsverletzung, z.B. Schaden aus Verletzung der Ehre, der Privatsphäre usw. (Art. 28 ZGB)
- Schaden infolge Verletzung von Immaterialgüterrechten, z.B. Schaden aus Verletzung von Patenten, Marken, Mustern und Modellen usw. (Art. 8 PatG, 13 MSchG, 5 Abs. 2 MMG)

Vorschlag zu Art. 45 Abs. 2 VE: „Der Vermögensschaden umfasst insbesondere die in den Artikeln 45a-45d aufgeführten Kategorien sowie den reinen Vermögensschaden.“ Als weniger aussagekräftige, aber ebenfalls korrekte *Alternative* fällt folgende Formulierung in Betracht: *„Der Vermögensschaden umfasst die in den Artikeln 45a-45d aufgeführten Kategorien sowie den sonstigen Vermögensschaden.“* Der (in der haftpflichtrechtlichen Literatur bekannte) Begriff des „sonstigen“ oder „übrigen“ Schadens vermag alle verbleibenden Kategorien einschliesslich des reinen Vermögensschadens aufzunehmen.

VöV: Wir begrüssen, dass das HPG an der Differenztheorie festhält. Nur der finanziell messbare Schaden kann auch adäquat ersetzt werden.

Der reine Vermögensschaden wird im Vorentwurf (VE) nur erwähnt, nicht aber umschrieben. Das Unterlassen bedauern wir: Wenn der Gesetzgeber eine Ersatzpflicht für den reinen Vermögensschaden festlegt, muss er eine minimale Umschreibung im Gesetz formulieren. Ansonsten bleibt der Begriff leer. Es bleibt dann der Lehre und Rechtssprechung überlassen, den Begriff zu umschreiben und die Anwendung zu bestimmen. So weit darf sich der Gesetzgeber nicht aus seiner Verantwortung zurückziehen: Es gilt das Primat der Legislative. Dies gilt umso mehr, als es sich beim reinen Vermögensschaden um eine schwierig zu handhabende Schadensart ist. Insbesondere ist umstritten, nach welchen Kriterien die Haftpflicht sinnvoll begrenzt werden kann

Antrag: Der Gesetzgeber muss minimale Angaben zum Begriff des reinen Vermögensschaden machen.

341.07 Art. 45a

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Art. 45c Abs. 3 spricht sich richtigerweise gegen die Ersatzfähigkeit der abstrakten Nutzungsbeeinträchtigung aus. Als Ausnahmebestimmung sollte hier jedoch der sogenannte Haushaltschaden eine Regelung finden, für den die Rechtsprechung bereits heute Entschädigungen zuspricht (vgl. Schwenzer, OR AT, 2. Aufl., Nr. 14.10).

VS: Cf. ad art. 45.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KF: Der Versorgerschaden in Absatz 2 ist unklar. Welche Kosten sind damit gemeint? Die Diskussion um das Ausmass der Reisekosten von Angehörigen (Erläuternder Bericht, S. 78) zeigt, dass der Rechtsprechung genauere Angaben für derartige Kosten zu geben ist.

TCS: Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.

341.08 Art. 45b*Kantone / Cantons / Cantoni***BS:** Vgl. zu Art. 45a**VS:** Cf. ad art. 45.*Organisationen / organisations / organizzazioni***KF:** Auf Art. 46 Abs. 2 OR zu verzichten, ist problematisch. Fehlende Kenntnisse über das genaue Schadenausmass und „verdeckte“ Kosten zum Zeitpunkt des Urteils müssen Berücksichtigung finden. Gerade im Hinblick auf Schadenereignisse, die bis weit in die Zukunft schädliche Wirkung zeigen, muss eine Revision des Urteils analog veränderter Verhältnisse im Familienrecht (Art. 128–130 ZGB) möglich sein.**TCS:** Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.**341.09 Art. 45c***Kantone / Cantons / Cantoni***VD:** L'art. 45c AP stipule que le dommage réparable comprend „*en règle générale le coût d'acquisition d'une chose équivalente à l'état neuf*“. Le Conseil d'Etat est d'avis que la valeur à neuf d'une chose est rarement équivalente au dommage causé, étant entendu que la chose endommagée a, la plupart du temps, déjà été dépréciée avant l'acte dommageable. En outre, le critère de la valeur à neuf ne sera pas non plus utilisable dans le cas où la valeur d'un bien augmente avec le temps, comme par exemple un tableau. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat considère inopportun de faire de la valeur à neuf la règle générale du calcul du dommage. Une formulation plus générale est donc souhaitable.**VS:** Cf. ad art. 45.*Parteien / Partis politiques / Partiti politici***FDP:** Sachgerecht ist die Bestimmung über den Sachschaden (Art. 45c). Allenfalls wäre zu berücksichtigen, dass die laufenden Bestrebungen in der Gesetzgebung, Tiere nicht mehr als Sachen zu behandeln, weitere Bestimmungen in diese Richtung notwendig machen werden.*Organisationen / organisations / organizzazioni***ACS:** Wir begrüßen die explizite Erwähnung des Minderwertes in Absatz 2 sowie die Möglichkeit, weiteren Schaden wie Abschleppkosten oder die Kosten der Expertise, usw., geltend machen zu können.

Der generelle Ersatz der Mietwagenkosten nach Absatz 3 entspricht einer alten Forderung unsererseits.

FRS: Vgl. ACS**KF:** Bei diesem Artikel stellt sich die Frage, wie mit einem persönlichen Wert („Liebhaberwert“) einer Sache umgegangen werden soll. Ist es gerecht-

fertigt, nur den Schaden zu ersetzen, den eine Sache gemäss (objektivem) Verkehrswert bzw. Restwert besitzt, auch wenn der Schädiger *Kenntnisse* über den persönlichen Wert dieser Sache für den Geschädigten besitzt? Dem Gericht sollte es, unter bestimmten Voraussetzungen – der Kenntnis des Liebhaberwerts durch den Schädiger und vorsätzliche Schädigung trotz dieser Kenntnis – erlaubt werden, diesen persönlichen Wert einer Sache zu berücksichtigen.

SBV: Nach heutigem Recht müssen die Kosten für die Miete einer gleichwertigen Sache oder den Ersatz für einen allfällig entgangenen Gewinn nur erbracht werden, wenn es sich um beruflich notwendige Sachen handelt. Neu soll die Entschädigung auch erfolgen, wenn es sich um Sachen handelt, welche den geschädigten Personen allgemein nützlich sind, wie zum Beispiel ein Auto, das für die Ferien eingesetzt wird.

Wir erachten die Ausweitung dieser Entschädigungspflicht als äusserst problematisch und beantragen, darauf zu verzichten.

SVV: In drei Absätzen regelt Art. 45c VE-OR den Sachschaden, der bis anhin im OR keine Erwähnung fand. Damit wird der Sachschaden umfangreicher beschrieben als der Personenschaden. Trotz dieser ausführlichen Begriffsbestimmung wird keine höhere Präzisierung erreicht. Auch wenn inhaltlich die heutige Praxis übernommen werden soll, öffnet sich ein unerwünschter Interpretationsspielraum. So wird bereits heute darüber diskutiert, ob die Bestimmung gleich wie in Deutschland den abstrakten Nutzungsausfall einführen will, was mit enormen Kosten für die Motorfahrzeugbranche verbunden wäre, oder ob der Hinweis auf die Mietkosten mit gegenteiliger Wirkung auf die Schadenminderungspflicht abzielt. Dies zeigt, dass eine höhere Regeldichte nicht nur Klarheit, sondern auch Missverständnisse schafft und den Raum für sachgerechte Lösungen verstellen kann.

Wir schlagen daher, dem Rat der Studienkommission folgend, vor die *Bestimmung zu streichen*.

TCS: Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.

Uni GE: Définition de la „personne lésée“: faut-il considérer que le dommage du locataire est couvert ou la personne n'est-elle lésée que si elle est propriétaire du bien endommagé?

Proposition: remplacer „personne lésée“ par „titulaire d'un droit d'usage ou de jouissance“ ou par „propriétaire lésé“.

Uni ZH Honsell: Die „Einwirkung auf Sachen“ wird in Art. 45c unterteilt in „gänzlich zerstören oder abhandenkommen“ (Abs. 1) und „teilweise beschädigen“ (Abs. 2). Diese Differenzierung schien den Entwurfsverfassern nötig, um die Rechtsfolgen der Kompensation in Abs. 1 bzw. der Restitution in Abs. 2 unterzubringen. Es ist aber – wie der wirtschaftliche Totalschaden zeigt – keineswegs zwingend, dass der Geschädigte bei teilweiser Beschädigung nur Anspruch auf Reparatur und Ersatz des Minderwerts haben soll. Umgekehrt ist bei Sachentziehung Restitution näherliegend als Kompensation. Die Arten des Ersatzes (Geldersatz, Naturalrestitution, Kompensation und Restitution) hätten einer eingehenden Regelung bedurft, anstatt bloss fragmentarischer Nennung anlässlich der Aufzählung von Schadensarten. In Art. 52a nimmt der Entwurf das Thema

„Art der Ersatzleistung“ allerdings nochmals auf, beschränkt sich aber auf den vagen Hinweis, dass „die Art der Ersatzleistung werde vom Gericht unter Würdigung der Umstände bestimmt [wird]“.

Nach Art. 45c Abs. 3 VE erfasst der Schaden, der durch die *Einwirkung auf eine Sache* entsteht, auch die Mietkosten für eine gleichwertige Sache, falls die Sache für den Geschädigten notwendig oder nützlich war. Bislang erhält man Ersatz der Mietwagenkosten nur, wenn man (beruflich) darauf angewiesen ist. Verlangt wird Notwendigkeit, blosser Nützlichkeits reicht nicht. Unklar ist sodann, ob der Geschädigte auch dann Ersatz erhält, wenn er gar keine Mietsache in Anspruch genommen hat (sog. abstrakte Nutzungsentschädigung). Dagegen spräche der Gedanke des Kommerzialisierungsverbotes. Versteht man Art. 45c Abs. 3 VE im Sinne einer abstrakten Nutzungsentschädigung, so geht der VE in diesem Punkt sogar noch weiter als der deutsche Bundesgerichtshof. Denn während der Bundesgerichtshof bei Autoreparaturen als abstrakte Nutzungsentschädigung wenigstens nur einen pauschalen Betrag von 35 % der Mietwagenkosten zuspricht, wären nach Art. 45c Abs. 3 VE die Mietwagenkosten voll zu ersetzen. In diesem Zusammenhang muss es zudem als verwirrend bezeichnet werden, wenn Art. 45c Abs. 3 VE bestimmt, dass entweder die Mietkosten oder der „während dieser Zeit entgangene Gewinn“ zu ersetzen sind. Entgangener Gewinn wird schon nach Massgabe von Art. 45 Abs. 2 VE unter dem Titel des Vermögensschadens ersetzt. Was die erneute Erwähnung in Art. 45c Abs. 3 VE bedeutet, ist unklar. Vielleicht soll mit dieser Formulierung der abstrakten Nutzungsentschädigung eine Absage erteilt werden, in dem Sinne, dass für den Fall, dass tatsächlich kein Mietobjekt in Anspruch genommen wird, nur ein als Folge des Nutzungsausfalles entgangener Gewinn ersetzt wird. Nicht thematisiert wird schliesslich die Frage, ob eine blosser Nutzungsbeeinträchtigung – ohne Eingriff in die Substanz – ersatzpflichtig macht. Durch die Ersatzfähigkeit des Vermögensschadens wird dies an sich nahegelegt. Neu werden jetzt auch im Schweizer Recht z.B. die Fälle der sog. „weiterfressender Schäden“ eine Rolle spielen, in denen an der gelieferten mangelhaften Sache in der Folge ein weiterer Schaden entsteht. Bislang galt hier, dass die Lieferung mangelhaften Eigentums keine Eigentumsverletzung ist. Wenn Vertragswidrigkeit Rechtswidrigkeit bedeutet, ist es damit vorbei.

Uni ZH Portmann: Durch das Bundesgerichtsurteil BGE 115 II 474 Erw. 3a und neuestens BGE 126 III 388 Erw. 11 sind die Phänomene des Kommerzialisierungs- und des Frustrationsschadens wieder vermehrt ins Blickfeld gerückt. Die Kommerzialisierungstheorie lehrt, dass jedes Gut, das gegen Geld erlangt werden kann, einen Vermögenswert aufweist. Eine Sache hat nicht nur einen Substanz-, sondern auch einen Gebrauchswert, der als selbständiger Vermögensposten aufgefasst wird. Auch Genüsse werden zum Vermögen gerechnet, sofern sie im Geschäftsverkehr nur gegen Entgelt erworben werden können. Dementsprechend manifestiert sich der Kommerzialisierungsschaden in der *Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit geldwerter Güter*.

So gesehen ist beispielsweise die Eigentümerin und Bewohnerin eines Hauses geschädigt, dessen Standsicherheit infolge einer unsachgemässen Abtragung eines Hanges vorübergehend gefährdet war, so dass die Bewohnerin während dieser Zeit in ihrem eigenen Campingbus lebte.

Ob die geschädigte Person zur Erlangung der Nutzungsmöglichkeit tatsächlich Geldmittel aufgewandt hat, ist für das Vorliegen eines Kommerzialisierungsschadens nicht von Bedeutung.

Dem im Kern gleichen Problem nimmt sich die Frustrationstheorie aus einer andern Optik an. Nach ihr sind freiwillig gemachte Aufwendungen wie Schäden zu ersetzen, wenn sie durch ein schädigendes Ereignis nachträglich nutzlos werden. Das trifft etwa auf Fixkosten wie Garagenmiete, Steuern und Versicherungen zu, wenn ein beschädigtes Auto während einer gewissen Zeit nicht benutzt werden kann. Während der Schaden von der Kommerzialisierungstheorie wie erwähnt in der Beeinträchtigung geldwerter Nutzungsmöglichkeiten gesehen wird, besteht er nach der Frustrationstheorie in den *getätigten Aufwendungen*, die sich nachträglich als nutzlos erweisen.

Der Vorentwurf lässt die Thematik in Art. 45c Abs. 3 anklingen. Nach dieser Vorschrift umfasst der ersatzfähige Schaden auch die Mietkosten für eine gleichwertige Sache während der zur Instandstellung oder zur Neubeschaffung erforderlichen Zeitspanne oder den während dieser Zeit entgangenen Gewinn, falls die Sache für die geschädigte Person notwendig oder nützlich war, namentlich zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit. Eine *umfassende Auseinandersetzung* mit der Frage der Ersatzfähigkeit von Kommerzialisierungs- und Frustrationsschäden, wie sie m.E. anlässlich einer Gesamtrevision des Haftpflichtrechts nahegelegen hätte, ist indessen *unterblieben*. Das ist bedauerlich angesichts der Bedeutung und Aktualität des Problems – „Cette question fait actuellement l’objet de controverses et de discussions en Europe“ (so das Bundesgericht in seiner neuesten Entscheidung). Überlässt man das Feld einfach der Praxis, so besteht infolge der Vielfalt der Probleme und Lehrmeinungen die Gefahr einer konzeptlosen und widersprüchlichen Rechtsprechung, wie sie sich zum Teil im In- und Ausland verwirklicht hat. Vorgebeugt werden sollte aber auch der Gefahr, dass sich die Rechtsprechung zu einseitig in die eine oder andere Richtung entwickelt; abzulehnen ist sowohl eine unkontrollierte Ausuferung der Haftung wie auch eine undifferenzierte Ablehnung jeder Haftung unter Berufung auf die klassische Differenztheorie. In diesem Sinne wäre eine ausgewogene Leitlinie des Gesetzgebers wünschbar.

VöV: Nach geltendem Recht haften die Eisenbahnunternehmen für Sachschäden nur bei Verschulden. Die Regelung fällt weg durch die Aufhebung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und durch die Einfügung einer Haftpflichtbestimmung in das Eisenbahngesetz (Art. 40b EBG). Neu sollen die Eisenbahnunternehmen kausal haften für reine Sachschäden.

Die Gesetzesänderung führt im öffentlichen Verkehr zu Mehrkosten, die nicht immer sachgerecht sind. So müssten die Bahnen zum Beispiel für Schaden am Laptop aufkommen, der während einer Kurvenfahrt durch Verschüttung von Kaffee entstanden ist. Das ist deshalb stossend, weil hier eindeutig Selbstverschulden vorliegt. Für die Handhabung des Problems verweisen wir auf unsere Überlegungen zu Artikel 47b.

341.10 Art. 45d*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Aus Sicht des Umweltschutzrechtes ist zu begrüssen, dass eine Ersatzpflicht für den eigentlichen Umweltschaden (Ökoschaden) mit der Anspruchsberechtigung des zuständigen Gemeinwesens oder gesamtschweizerischer oder regionaler Umweltschutzorganisationen vorgeschlagen wird. Ebenfalls als positiv hervorzuheben gilt es in diesem Bereich die Bestimmung über Beweiserleichterungen für Geschädigte (in Art. 56d Abs. 2) sowie auch den Vorschlag, dass künftig die USG-Umwelthaftungsnorm auch dann zur Anwendung gelangen soll, wenn ein Schaden infolge direkter Berührung mit umweltgefährlichen Stoffen oder Organismen eingetreten ist (Art. 59a Abs. 1 USG, gemäss Variante B).

BL: Die Verfasser des Vorentwurfs fragen sich im erläuternden Bericht (S. 83) zu Recht, ob der Umweltschaden gemäss Art. 45d des Vorentwurfs nicht in der Umweltschutzgesetzgebung definiert werden sollte. Hier wird nämlich ein Teilaspekt des Umweltrechts, insbesondere der Haftungsbestimmungen im Umweltrecht, relativ willkürlich aus dem öffentlichen Recht herausgegriffen und in ein privatrechtliches Gesetz eingefügt. Neben die teilweise hochkomplexe Materie der Haftpflichtfragen im Umweltrecht (vergleiche etwa die ganze Problematik der Altlastensanierungen mit den verschiedenen Verantwortlichen, Verursacher, Störern und Rechtsinhabern, jeder Einzelfall für sich selbst eine juristische Knacknuss) soll nun eine äusserst triviale Bestimmung gestellt werden, welche einen offenbar zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch vorsieht und insbesondere auch dem Gemeinwesen oder Umweltschutzorganisationen einen Ersatzanspruch zuerkennt, wenn zum Beispiel der Berechtigte (ist das der Verursacher, der Rechtsinhaber, der Verhaltensstörer, der Zustandsstörer, der Eigentümer, der Halter oder wer?) nicht selbst die nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergreift. In welchem Verhältnis das Gemeinwesen zu den Umweltschutzorganisationen dabei steht, wird offen gelassen. In der ganzen Bestimmung wird mit unbestimmten Gesetzesbegriffen operiert („natürliche Umwelt“, „ersatzfähiger Schaden“, „Umweltbestandteile“), welche es nicht vereinfachen, die Bestimmung überhaupt zu verstehen und ihren Stellenwert im Zusammenhang mit den zahlreichen Haftungsbestimmungen im eigentlichen Umweltrecht definieren zu können.

Es handelt sich bei der Bestimmung von Art. 45 Buchstabe d VE OR um eine Vorschrift, die am besten im OR ersatzlos gestrichen wird, weil sie nur zur Verwirrung beiträgt und die amtlichen Aufsichtsbehörden in gewissen Fragestellungen auf den Zivilrechtsweg verweist. Soweit Art. 45d VE OR eine neue juristische Anspruchsgrundlage enthält, ist eine Einbettung ins Umweltrecht sicher prüfenswert, werden doch auch heute bestehende Lücken geschlossen.

BS: Das Bestreben mittels einer konkreten „Umweltschutznorm“ bzw. Haftpflichtnorm die Umwelt besser zu schützen, ist grundsätzlich zu begrüssen. Möglicherweise sollte dies allerdings besser im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Umweltschutzgesetzgebung geschehen. Problematisch erscheint insbesondere die Norm von Art. 45b Absatz 3, welcher die

Möglichkeit einer „Ersatzvornahme“ durch Umweltschutzorganisationen und deren spätere Entschädigung vorsieht. Auch wenn für ein solches Eingreifen eine Ermächtigung durch das Gemeinwesen vorliegen muss, widerspricht diese Bestimmung dem „Gewaltmonopol“ des Staates und kann zu problematischen Auseinandersetzungen führen. Sie geht zudem über die in Art. 18 der Konvention des Europarates über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten (21. Juni 1993, Lugano) vorgesehenen Möglichkeiten des Klagerechts von Umweltschutzorganisationen auf Vornahme von Massnahmen hinaus.

- GL:** Es ist zu begrüßen, dass in Art. 45d OR VE eine Bestimmung vorgeschlagen wird, die eine Ersatzpflicht für den eigentlichen Umweltschaden (Ökoschaden) vorsieht. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf das zuständige Gemeinwesen (also auch Kanton, Bezirke und Gemeinden) sowie gesamtschweizerische und regionale Umweltschutzorganisationen ist zu begrüßen.

Es sind jedoch zwei Bemerkungen anzubringen:

Der Begriff „regionale Umweltschutzorganisationen“ ist unklar. Sind damit rein kantonale Organisationen ausgeschlossen und z.B. nur überkantonale, also regionale, wie der WWF Schweiz legitimiert? Eine solche Interpretation wäre abzulehnen. Der Beitritt ist zu verdeutlichen.

Der Ersatzanspruch des Gemeinwesens wird gemäss Kurzkomentar, nun als zivilrechtlicher ausgestaltet. Damit ist das Gemeinwesen zur Rückforderung seiner Aufwendungen auf den mühsamen und langwierigen Zivilgerichtsweg verwiesen. Dies ist eindeutig abzulehnen, geht es doch in erster Linie um die Kosten von (antizipierten) Ersatzvornahmen. Diese Kosten wurden bisher auf dem öffentlich-rechtlichen Weg eingefordert, was sich durchaus bewährt hat.

- GR:** Zu begrüßen ist, dass mit Art. 45d OR neu eine Bestimmung vorgeschlagen wird, die eine Ersatzpflicht für den eigentlichen Umweltschaden vorsieht. Die Bestimmung ist insofern zu präzisieren, als der Begriff der „regionalen Umweltschutzorganisationen“ unklar ist. Zudem bleibt zu prüfen, ob die Kosten der Sicherungs- und Behebungsmassnahmen auf zivilrechtlichem Weg eingefordert werden sollen. Es handelt sich dabei in erster Linie um Kosten für (antizipierte) Ersatzvornahmen. Solche Kosten werden heute gestützt auf die geltende Gesetzgebung auf öffentlich-rechtlichem Weg eingefordert, was sich durchaus bewährt hat.
- JU:** L'introduction d'une responsabilité pour les atteintes portées à l'environnement est la bienvenue. En effet, le principe du „pollueur payeur“ permet de responsabiliser les entreprises et les particuliers et de les inciter à prendre des mesures de protection afin d'éviter la survenance d'un dommage. Or, en l'état actuel, ce principe reste en partie lettre morte, faute de dispositions permettant de réparer les atteintes créées à l'environnement.

Cependant, la question de savoir à partir de quand il est possible de considérer qu'une atteinte à l'environnement naturel a été commise se pose. En effet, l'art. 45d n'apporte aucune précision à ce sujet et la délimitation des critères permettant de déterminer s'il y a eu une atteinte paraît particulièrement délicate. En effet, les atteintes à l'environnement ne se pro-

duisent pas uniquement sous la forme d'accidents spectaculaires mais peuvent également résulter d'une atteinte de peu d'importance mais qui dure un certain temps. Ainsi, une pollution de peu d'importance d'une entreprise peut s'avérer, à long terme, très grave pour l'environnement.

Par conséquent, la disposition telle qu'elle a été rédigée par les auteurs de l'avant-projet n'est pas assez claire et risque d'entraîner une jurisprudence très hésitante à appliquer cet art., avec pour risque qu'il demeure dans la plupart des cas lettre morte en raison d'une application trop restrictive des tribunaux.

SG: Die Haftpflicht für Umweltschäden ist nicht im Obligationenrecht, sondern - wie bisher - in der Umweltschutzgesetzgebung zu regeln: Massnahmen zur Gefahrenabwehr sowie die Anordnung von Massnahmen zur Behebung und Beseitigung von Umweltbeeinträchtigungen sind vom Gemeinwesen aufgrund öffentlichen Rechts (USG und GSchG) zu treffen. Es ist deshalb nur folgerichtig, dass die Behörden auch mit verwaltungsrechtlichen Instrumenten (Verfügung) die Verursacher für die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten belangen können. Die bisherige Regelung mit dem nachträglichen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz hat sich – entgegen der im Bericht zitierten Auffassung (S.385)– jedenfalls bewährt und ist deshalb beizubehalten. Bei der Beurteilung des Verursacherprinzips als Mittel zur Durchsetzung der Umweltschutzgesetzgebung ist ausserdem zu beachten, dass dieses nicht nur in Haftpflichtfällen Anwendung findet. Weit häufiger wird es auf Bereiche angewendet, die keine widerrechtlichen Handlungen betreffen. So werden die Kosten der Abfallentsorgung, der Abwasserbehandlung oder der Altlastensanierung nach dem Verursacherprinzip verlegt. Es ist nicht sinnvoll, Kosten nach unterschiedlichen Kriterien (und auf unterschiedlichen Prozesswegen) zu verlegen, je nachdem, ob der Entstehung einer Altlast eine widerrechtliche Handlung zugrunde liegt oder nicht, zumal Umweltbeeinträchtigungen mehrheitlich nicht widerrechtlich sind, sondern im Rahmen alltäglicher Handlungen erfolgen. Der Vollzug der Umweltschutzgesetzgebung wäre auch insoweit problematisch, als im Vorfeld effektiver Handlungen im Sinn des Umweltschutzes langwierige Auseinandersetzungen betreffend den zu beschreitenden Verfahrensweg (Verwaltungsverfahren oder Zivilprozess) befürchtet werden müssten.

Das in Art. 45d Abs. 2 vorgesehene Klagerecht der Umweltschutzorganisationen ist abzulehnen. Aufgrund der Umwelt-, Gewässer- und Naturschutzgesetzgebung liegt die Verantwortung und die Pflicht, für die Erhaltung der Umwelt geeignete Vorbeuge-, Schutz- und Wiederherstellungsmassnahmen anzuordnen, beim zuständigen Gemeinwesen. Umweltverbände können demgegenüber keinen direkten Ersatzanspruch geltend machen, da sie auch keinen unmittelbaren Schaden erleiden. Der Hinweis im Bericht auf die Verbandsbeschwerde (S. 85) vermag nicht zu überzeugen, da sich ein zivilrechtlich ausgestaltetes Recht auf Schadenersatz nicht mit dem Beschwerderecht der Verbände gleichsetzen lässt. Wollte man den Umweltverbänden das Klagerecht zugestehen, müsste es konsequenterweise auch anderen Privaten, die gestützt auf Art. 43 USG mit Vollzugsaufgaben betraut werden, zugebilligt werden. Eine solche Ausweitung ist indes unerwünscht.

SH: Zu Abs. 1: Hier wird eine Ersatzpflicht bei Einwirkungen auf die Umwelt statuiert. Abzulehnen ist, dass mit der Verankerung im OR gleichzeitig der zivilrechtliche Prozessweg verbunden ist. Es muss Sache der zuständigen Verwaltungsinstanzen sein, die Verursacher von Umweltschädigungen mit verwaltungsrechtlichen Mitteln für die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten zu belangen und in Form von Verfügungen die entsprechenden Anordnungen zu treffen. Eine Regelung im Privatrecht ist daher abzulehnen.

Zu Abs. 2: Ein Klagerecht der Umweltschutzorganisationen mit einem direkten Ersatzanspruch ist abzulehnen. Die Verantwortung und die Pflicht, für die Erhaltung der Umwelt geeignete Schutzmassnahmen anzuordnen, liegt auf Grund der Umwelt-, Gewässer- und Naturschutzgesetzgebung bei den zuständigen Behörden. Umweltverbände können keinen direkten Ersatzanspruch geltend machen, da sie keinen unmittelbaren Schaden erleiden. Ein Schadenersatzanspruch kommt daher lediglich dem Gemeinwesen zu, welches auch finanziell für die Behebung von Umweltschäden aufkommt. An dieser bewährten Regelung ist festzuhalten.

SO: Wir begrüssen die Bestimmung über die Ersatzpflicht für den eigentlichen Umweltschaden (Ökoschaden). Zusammen mit den Beweiserleichterungen für Geschädigte nach Art. 56d Abs. 2 VE-OR können so Lücken im Bereich der Umwelthaftpflicht geschlossen werden (siehe auch unsere Bemerkungen zu Art. 56d VE-OR hinten).

SZ: Die Bestimmung von Art. 45d OR VE mit einer Ersatzpflicht für eigentliche Umweltschäden (Ökoschaden) wird begrüsst. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf das zuständige Gemeinwesen (also auch Kanton, Bezirke und Gemeinden) sowie gesamtschweizerische und regionale Umweltschutzorganisationen ist ebenfalls gutzuheissen. Der Begriff „Regionale Umweltschutzorganisation“ ist jedoch unklar. Sind damit rein kantonale Organisationen ausgeschlossen oder gelten diese als regional? Der Ersatzanspruch des Gemeinwesens wird sodann gemäss Kurzkomentar (S.10) als zivilrechtlich ausgestaltet. Damit ist das Gemeinwesen zur Rückforderung seiner Aufwendungen auf den mühsamen und langwierigen Zivilgerichtsweg verwiesen. Dies ist abzulehnen, geht es doch in erster Linie um die Kosten von (antizipierten) Ersatzvornahmen. Die Einforderung der Kosten auf dem verwaltungsrechtlichen Weg hat sich bewährt. Die Verwaltungsgerichte sind mit der Anwendung des Umweltschutzrechtes vertraut, was regelmässig bei den Zivilgerichten nicht der Fall ist.

TG: Diese Regelung erscheint nur auf den ersten, Blick einleuchtend. Mit der Verankerung im OR wird gleichzeitig der zivilrechtliche Prozessweg verbunden, was strikte abzulehnen ist. Schädigungen an der Natur und Umwelt (z.B. von Oberflächengewässern, Grundwasser, usw.), wie dies am aufgezeigten Fall Sandoz vorgekommen ist, müssen vom Gemeinwesen auf Grund des öffentlichen Rechts (Umweltschutzgesetz; USG; SR 814.01 bzw. Gewässerschutzgesetz; GSchG; SR 814.20) behoben werden. Es ist deshalb nur logisch, dass die Behörden auch mit verwaltungsrechtlichen Instrumenten die Verursacher für die entstehenden Kosten belangen können. Es muss Sache der zuständigen Verwaltungsinstanzen sein, in Form von Verfügungen die entsprechenden Anord-

nungen zu treffen. Das verwaltungsrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit derartigen Schäden hat sich bestens bewährt und es hat sich auch eine bundesgerichtliche Praxis entwickelt, die nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte. Die Überführung ins Privatrecht ist realitätsfremd. So hätte ein solcher Systemwechsel zur Folge, dass der grösste Teil der Normen des USG und GschG weiterhin im Verwaltungsverfahren vollzogen würde, während für die Haftpflichtbestimmungen eine Sonderregelung über das Privat- und Zivilprozessrecht eingeführt würde. Eine derartige Vermischung der Rechtsbereiche bringt für den Verwaltungsvollzug grosse Nachteile und führt bei den durch die Neuerungen der Revision ohnehin schon stärker belasteten Gerichten zu einem zusätzlichen Aufwand. Der Ersatzanspruch muss in solchen Fällen allein dem Gemeinwesen, primär dem Kanton, zustehen, welcher auf Grund der Umwelt- und Gewässerschutzgesetzgebung zur Abwehr und Behebung solcher Schäden verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass die Haftung für Umweltschäden abschliessend im USG und GSchG sowie den weiteren Spezialgesetzen (Strahlenschutzgesetz, Rohrleitungsgesetz, usw.) zu regeln ist. Eine Normierung im Privatrecht ist dagegen nicht zweckmässig.

Darüber hinaus ist das vorgeschlagene Klagerecht der Umweltschutzorganisationen mit einem direkten Ersatzanspruch ebenfalls abzulehnen. Die im Bericht dargelegte Begründung mag zwar aus der Sicht des Privatrechts einer gewissen Logik entsprechen. Auf Grund der Umwelt-, Gewässer- und Naturschutzgesetzgebung liegt die Verantwortung und die Pflicht für die Erhaltung der Umwelt geeignete Schutzmassnahmen (z.B. Emissionsbegrenzungen, Sanierungen, usw.) anzuordnen, bei den zuständigen Behörden. Sie sind auch dafür besorgt, Umweltschäden zu beheben, was in der Regel nicht ohne finanzielle Aufwendungen möglich ist. Umweltverbände können keinen direkten Ersatzanspruch geltend machen, da sie keinen unmittelbaren Schaden erleiden. Ein Schadenersatzanspruch kommt deshalb ausschliesslich dem Gemeinwesen zu. An dieser bewährten Regelung soll nichts geändert werden. Der Hinweis im Kommentar auf die Verbandsbeschwerde überzeugt nicht, da sich ein Recht auf Schadenersatz nicht mit einem Beschwerderecht der Verbände gleichsetzen lässt. Das privatrechtliche Haftungsregime ist auf Individualschäden ausgerichtet; die vorgeschlagene Regelung sprengt das bestehende System und ist nicht geeignet, die - durchaus ernstzunehmende - Problematik systematisch befriedigend zu lösen, denn an der Umwelt bestehen keine individuellen Herrschaftsrechte und betroffen ist somit kein Gegenstand zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes.

- VD:** L'art. 45d AP, relatif au dommage en cas d'atteinte à l'environnement, a passablement été contesté lors de la consultation cantonale. Le Conseil d'Etat est sensible au problème de la protection de l'environnement. Toutefois, il rappelle qu'il s'agit là d'une tâche publique particulière, déjà traitée par les législations fédérale et cantonales. Le Conseil d'Etat considère dès lors que ce problème n'a pas sa place dans une loi sur la responsabilité civile et doit être exclusivement réglé dans le cadre de la législation spéciale. A cet égard, l'art. 45d, 2e al. AP est particulièrement significatif: la collectivité publique et les organisations de protection de l'environnement seraient habilitées à introduire une action en responsabilité alors qu'elles ne sont pas directement lésées par l'atteinte. De même,

le Conseil d'Etat relève que la prévention d'une atteinte imminente ne constitue pas un dommage au sens strict, tel que défini à l'art. 45 AP. En outre, si les mesures de prévention ont permis d'éviter une telle „atteinte“, les frais y relatifs font-ils tout de même partie du dommage, même s'il n'y a pas atteinte? Cela reviendrait à créer un cas de responsabilité civile même en l'absence d'acte dommageable. Le Conseil d'Etat s'oppose à une telle extension.

ZH: In Abs. 1 wird neu eine Schadenersatzpflicht bei Einwirkungen auf die Umwelt statuiert. Diese neue Haftpflichtregelung leuchtet nur auf den ersten Blick ein. Mit dieser Verankerung im OR wird gleichzeitig der zivilrechtliche Prozessweg verbunden, was abzulehnen ist. Schädigungen an der Natur und Umwelt (z.B. von Oberflächengewässern, Grundwasser usw.), wie dies am aufgezeigten Fall Sandoz vorgekommen ist, müssen vom Gemeinwesen auf Grund des öffentlichen Rechts (Umweltschutzgesetz, USG, bzw. Gewässerschutzgesetz, GSchG) behoben werden. Es ist deshalb nur logisch, dass die Behörden auch mit verwaltungsrechtlichen Instrumenten die Verursacherinnen und Verursacher für die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten belangen können. Es muss Sache der zuständigen Verwaltungsinstanzen sein, in Form von Verfügungen die entsprechenden Anordnungen zu treffen. Das verwaltungsrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit derartigen Umweltschäden hat sich bestens bewährt, und es hat sich auch eine bundesgerichtliche Praxis entwickelt, die nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte. Die Überführung ins Privatrecht ist realitätsfremd. So hätte ein solcher Systemwechsel zur Folge, dass der grösste Teil der Normen des USG und GSchG weiterhin im Verwaltungsverfahren vollzogen würde, während für die Haftpflichtbestimmungen eine Sonderregelung über das Privat- und Zivilprozessrecht eingeführt würde. Eine derartige Vermischung der Rechtsbereiche bringt für den Verwaltungsvollzug grosse Nachteile und führt bei den durch die Neuerungen der Revision ohnehin schon stärker belasteten Gerichten zu einem zusätzlichen Aufwand. Der Ersatzanspruch muss in solchen Fällen allein dem Gemeinwesen, primär dem Kanton, zustehen, der auf Grund der Umwelt- und Gewässerschutzgesetzgebung zur Abwehr und Behebung solcher Schäden verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass die Haftung für Umweltschäden abschliessend im USG und GSchG sowie den weiteren Spezialgesetzen (Strahlenschutzgesetz, Rohrleitungsgesetz usw.) zu regeln ist. Eine Normierung im Privatrecht ist abzulehnen.

Zu Abs. 2: Ein Klagerecht der Umweltschutzorganisationen mit einem direkten Ersatzanspruch ist abzulehnen. Die im Bericht dargelegte Begründung mag zwar aus der Sicht des Privatrechts einer gewissen Logik entsprechen. Auf Grund der Umwelt-, Gewässer- und Naturschutzgesetzgebung liegt die Verantwortung und die Pflicht, für die Erhaltung der Umwelt geeignete Schutzmassnahmen (z.B. Emissionsbegrenzungen, Sanierungen usw.) anzuordnen, bei den Behörden. Sie sind auch dafür besorgt, Umweltschäden zu beheben, was in der Regel nicht ohne finanzielle Aufwendungen möglich ist. Umweltverbände können keinen direkten Ersatzanspruch geltend machen, da sie auch keinen unmittelbaren Schaden erleiden. Ein Schadenersatzanspruch kommt deshalb ausschliesslich dem Gemeinwesen zu. An dieser bewährten Regelung soll

nichts geändert werden. Der Hinweis im Kommentar auf die Verbandsbeschwerde überzeugt nicht, da sich ein Recht auf Schadenersatz nicht mit einem Beschwerderecht der Verbände gleichsetzen lässt.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Ob der Begriff des Umweltschadens hinreichend konkretisiert und namentlich eingegrenzt wird (Art. 45d), ist zu bezweifeln.

LPS: Nous nous étonnons de nouvelles dispositions prévoyant la réparation du dommage en cas d'atteinte à l'environnement. Cette disposition pose des difficultés pratiques, de principe, et ouvre la voie à une extension de la responsabilité qui est inacceptable. En particulier, nous relevons que la définition de l'éminence d'une atteinte est sujette à interprétation, que les mesures pour la prévenir ou en atténuer les conséquences et restaurer les éventuelles composantes détruites sont elles aussi sujettes à interprétation. Nous considérons que cette question n'a pas sa place dans une loi sur la responsabilité civile et doit être exclusivement réglée dans le cadre de la législation spéciale.

SP: Die generelle Anerkennung des ersatzfähigen Umweltschadens (Art. 45d), d.h. von Beeinträchtigungen der natürlichen Umwelt (Luft, Wasser, Boden, Pflanzen- und Tierwelt) korrigiert die restriktive Behandlung im geltenden Umweltschutzgesetz und ist aus ökologischer Sicht sehr zu begrüssen. Da kein wirtschaftlich messbarer Schaden im eigentlichen Sinne des Wortes bei einem Berechtigten entsteht, ist es richtig, die Kosten von Massnahmen zur Abwehr und Milderung der Folgen von Einwirkungen sowie zur Wiederherstellung der zerstörten oder beschädigten Bestandteile als Schadenersatz zu qualifizieren. Richtig ist auch, dass der Ersatzanspruch dem zuständigen Gemeinwesen oder gesamtschweizerischen oder regionalen Umweltschutzorganisationen zusteht. Die Umweltorganisationen können allerdings solche Verpflichtungen zur Interessenwahrung nur übernehmen, wenn sie ein entsprechendes, auch kostenmässig abgedecktes Mandat vom zuständigen Gemeinwesen erhalten. Ansonsten würde ein generelles Klagerecht die Möglichkeiten und Mittel der Umweltorganisationen weit übersteigen.

Das Gesetz sollte zudem ein im ausländischen und im internationalen Recht verbreitetes Instrument zur Wiederherstellung von Umweltschäden aufgreifen, die sog. Umweltfonds, finanziert durch Mittel der potentiellen Schädiger, z.B. wie folgt:

Der Bund kann für einzelne Grossschäden einen Schadenfonds einrichten, der aus Beiträgen der potentiell schadenverursachenden Branchen und Unternehmungen nach Verursachungsanteil gespeisen wird.

Ein solcher Fonds besteht beispielsweise im internationalen Recht für die Behebung von Mineralölschäden durch Verschmutzung der Meere.

SVP: Nach Ansicht der SVP gehört die Regelung des Umweltschadens nicht ins allgemeine Haftpflichtrecht, sondern ist im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Umweltschutzgesetzes zu regeln. Ökologische Schäden sind Kollektivschäden und müssen deshalb auch rechtlich so behandelt werden. Ein allfälliger Rechtsanspruch steht deshalb ausschliesslich dem

Gemeinwesen zu und kann nicht von einer Einzelperson geltend gemacht werden.

Abzulehnen ist auch die den Umweltschutzorganisationen zugestandene Möglichkeit, entsprechende Massnahmen zu ergreifen, wenn der Berechtigte nicht handelt. Dies ist ein nicht zu tolerierender Eingriff in die Rechtsstellung des Berechtigten.

Organisationen / organisations / organizzazioni

ACS: Diese allgemein gültige Fassung der Haftung für Umweltschäden lehnen wir strikte ab.

Es kann nicht angehen, dass nicht nur die nationalen, sondern auch jegliche regionalen Umweltschutzgruppierungen von Gesetzes wegen zum Vorbereiten und Ergreifen von Massnahmen aktivlegitimiert sind. Wir beantragen, dass der Ersatzanspruch nur dem zuständigen Gemeinwesen zusteht.

Für den Strassenverkehr kann die obgenannte Haftung nur im Zusammenhang mit Unfällen Gültigkeit haben. Die allgemein geltend gemachten Beeinträchtigungen der Umwelt dürfen auf keinen Fall darunter fallen. Der Gesetzestext muss explizit erwähnen, dass der zweckentsprechende und daher bewilligte Betrieb von Geräten, Maschinen, Fahrzeugen, usw. nicht unter diese Bestimmung fällt. Wir beantragen eine dahingehende Präzisierung im Gesetzestext.

economiesuisse: Aufgrund der Unentflechtbarkeit ökologischer Zusammenhänge lassen sich nicht einfach subjektive Herrschaftsrechte abspalten und zum Gegenstand eines zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes machen. Ökologische Schäden sind Kollektivschäden und rechtlich als solche zu behandeln. Sollte ein ersatzfähiger Schaden überhaupt anerkannt werden, steht der Ersatzanspruch dem Gemeinwesen zu. Dies ist auch die Lösung ausländischer und internationaler Gesetze. Entsprechend stellen wir uns gegen den Revisionsvorschlag, den Ersatzanspruch auch auf Umweltschutzorganisationen zu übertragen. Weder in Deutschland, Dänemark noch Italien können etwa Umweltverbände den Schaden gerichtlich geltend machen; sie besitzen allenfalls ein Anzeigerecht. Art. 45d Abs. 2 VE geht trotz bestehender Regelung im öffentlichen Recht in der Schweiz weit darüber hinaus, indem er den Umweltschutzorganisationen nicht etwa nur ein *Klagerecht* einräumt, sondern die *Anspruchsberechtigung* als solche. Zwar müssen sie sich von den zuständigen Behörden vorgängig zum Handeln ermächtigen lassen, haben dann aber nach Erhalt des amtlichen Plazet freie Hand, die ihnen nach Treu und Glauben richtig scheinenden Massnahmen vorzubereiten oder zu ergreifen und sich anschliessend entschädigen zu lassen. Insofern ist der Verweis auf das Beschwerde- bzw. Einspracherecht bestimmter Organisationen im Natur-, Heimat- oder Umweltschutzrecht unbehelflich, da diese gerade nicht ermächtigt werden, selbständig Massnahmen zum Schutz der Natur oder der Umwelt zu ergreifen. Sie sind nur, unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, eine gerichtliche Nachprüfung zu erwirken. Die vorgeschlagene Zuerkennung eines Ersatzanspruchs der Umweltschutzorganisationen ist daher mit dem bestehenden System des schweizerischen Natur- und Umwelt-

schutzes nicht zu vereinbaren. Verschärft wird diese Problematik ausserdem durch Art. 45d Abs. 1 HS 2 VE. Danach umfasst der ersatzfähige Schaden die Kosten von Massnahmen, die nach *Treu und Glauben* ergriffen werden. Erscheint ex ante eine Massnahme aufgrund der konkreten Umstände objektiv angemessen, folgt daraus zwingend die Kostentragungspflicht. Dies ist dann unbedenklich, wenn es um Ersatz eines Umweltschadens geht, der an dinglichen Rechten entstanden ist und soweit die Massnahmen vom jeweiligen Eigentümer ergriffen wurden. Problematisch ist diese Lösung aber, wenn es um den reinen Umweltschaden geht, dessen Geltendmachung in die Hand von Umweltschutzorganisationen gelegt werden soll. Nahezu jegliche Massnahmen kann nach *Treu und Glauben* ex ante gerechtfertigt werden; es ist zu befürchten, dass damit ein weiteres politisches Druckmittel geschaffen wird, mit dem der Kreis restitutionsfähiger und einklagbarer Schäden erweitert wird. Es geht ausserdem nicht an, den Umweltschutzorganisationen durch die Hintertüre des privatrechtlichen Haftpflichtrechts Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen die in der Sache massgebliche Spezialgesetzgebung (z.B. Natur-, Heimat- und Umweltschutz) nicht gewährt. Auch an dieser Stelle geht der Vorentwurf weit über seine Zielsetzung hinaus.

Ganz entschieden lehnt *economiesuisse* die den Umweltschutzorganisationen zuge dachte Möglichkeit ab, Massnahmen zu ergreifen, wenn der (dinglich) Berechtigte nicht handelt. Dies ist ein nicht tolerierbarer Eingriff in die Rechtsstellung des Berechtigten.

FRI: Ad art. 45 et 45d - Dommage en cas d'atteinte à l'environnement

La réparation du dommage causé à l'environnement en tant que telle est une innovation d'importance. Nul doute cependant que l'application de l'article 45d n'ira pas sans poser d'énormes problèmes d'applications.

Les postes spécifiques du dommage consécutifs à une atteinte à l'environnement naturels sont indiqués de manière non exhaustive, ce qui laisse la porte ouverte à toutes sortes de revendications plus ou moins raisonnables.

Les postes indiqués à l'alinéa 1 lettres a à c portent de surcroît en eux le germe d'interminables discussions scientifiques: une atteinte est-elle imminente? Quels sont les moyens pour la prévenir ou en atténuer les conséquences, restaurer les composantes détruites? Les mesures prises sont-elles utiles et objectivement raisonnables? Le risque que des organisations de protection de l'environnement engagent unilatéralement des actions excessives et disproportionnées ne doit, selon nous, pas être pris à la légère.

Nous ne pouvons que constater les difficultés pratiques liées à l'introduction dans notre législation de cette nouvelle cause de responsabilité.

Cette disposition est certes applicable dans des cas où l'atteinte à l'environnement ainsi que son responsable sont évidents. Cela n'enlève rien au fait qu'elle sera extrêmement difficile à appliquer dans des cas d'atteinte progressive, voire contestée de l'environnement tels que la diminution de la couche d'ozone ou la mort des forêts. Ces deux exemples montrent également les difficultés dans la prévention et la recherche de responsables.

FRS: Die Frage der Haftung für Umweltschäden ist heute zwar ein rechts- und gesellschaftspolitisches Problem von grosser Bedeutung. Die rechtliche Erfassung einer Haftung für Umweltschäden ist aber ausserordentlich komplex, weil das Phänomen Umwelt und die Ursachenkette eines Umweltschadens in der Regel vielschichtig und teilweise auch (natur-) wissenschaftlich noch kaum verlässlich sind. Diesbezüglich sei auf die Diskussion rund um das Waldsterben (das notabene nicht stattgefunden hat) oder auf die laufende Debatte betreffend die anthropogene Klimaerwärmung hingewiesen.

Die jetzige allgemeingültige Fassung der Haftung für Umweltschäden lehnen wir strikte ab. Es kann u.E. nicht angehen, dass nicht nur die nationalen, sondern auch jegliche regionale Umweltschutzgruppierung von Gesetzes wegen aktiv legitimiert sind zum Vorbereiten und Ergreifen von Massnahmen. *Wir beantragen, dass der Ersatzanspruch nur dem zuständigen Gemeinwesen zusteht.*

Für den Strassenverkehr kann die oben genannte Haftung nur im Zusammenhang mit Unfällen Gültigkeit haben. Die allgemein geltend gemachten Beeinträchtigungen der Umwelt dürfen auf keinen Fall darunter fallen. Der Gesetzestext muss explizit erwähnen, dass der zweckentsprechende und daher bewilligte Betrieb von Geräten, Maschinen, Fahrzeugen usw. nicht unter diese Bestimmung fällt. Wir beantragen eine dahingehende Präzisierung im Gesetzestext.

HEV: Zweifelsohne ist der Schutz der Umwelt ein legitimes und wichtiges Anliegen. Dennoch geht die vorgeschlagene Regelung der Umweltschäden im Haftpflichtrecht wesentlich über das geltende Recht hinaus. Sie ist zudem sehr unbestimmt und nicht einmal abschliessend. Damit wird einem nicht zuletzt auch politisch motivierten überzogenem Umweltdenken via Haftpflichtrecht zum Durchbruch verholfen.

Grosse Mühe bekunden wir mit der weit gefassten Regelung der Aktivlegitimation. Diese soll gemäss Abs. 2 künftig unter bestimmten Voraussetzungen auch anderen Rechtssubjekten als der geschädigten oder der vom Schaden bedrohten Person zustehen. Damit sind z.B. Umweltschutzorganisationen oder das Gemeinwesen angesprochen. Zweifelsfrei wird damit der Kreis der Anspruchs- bzw. Klageberechtigten gefährlich weit ausgedehnt. Zudem befürchten wir, dass diese Regelung zu noch nicht abschätzbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zum (öffentlichen) Umweltrecht und zum Sachenrecht führen wird. Sowohl die Ausdehnung der Aktivlegitimation wie auch die schwierigen Abgrenzungsfragen laufen dem eigentlichen Revisionsbestreben (Vereinfachung und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts) krass zuwider.

Pro natura: Vgl. SP.

SBMV: Der Schutz der Umwelt steht im öffentlichen Interesse und ist auch für uns ein wichtiges Anliegen. Trotzdem ist für uns der Handlungsbedarf für die vorgeschlagene Änderung nicht ersichtlich. Insbesondere geht es unseres Erachtens nicht an, den Umweltschutzorganisationen durch das Privatrecht Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen durch die in der Sache massgebliche Spezialgesetzgebung (Natur-, Heimat- und Umweltschutz) nicht gewährt wird. Wir lehnen deshalb jedwelchen Ersatzanspruch für Umweltschutzorganisationen kategorisch ab.

SBV: Während bisher der Ersatz von Umweltschäden in einzelnen Gesetzen enthalten war und somit einen abgegrenzten Geltungsbereich hatte, soll nun der Ersatz von Umweltschäden neu im allgemeinen Teil des OR - also für einen sehr breiten Geltungsbereich vorgeschrieben werden. Sowohl die Kosten für Vorbeuge- und Schutzmassnahmen als auch für Wiederherstellungsmassnahmen wären zu ersetzen. Anspruchsberechtigt wären die zuständigen Gemeinwesen oder zur Vorbereitung oder Ergreifung von Massnahmen ermächtigte Umweltschutzorganisationen.

Die Landwirtschaft ist an einer intakten Umwelt sehr interessiert und auch bereit, aktiv zu deren Erhaltung beizutragen. Der hier vorgelegte Vorschlag geht aber eindeutig zu weit. Wenn nun nämlich auch die Haftung für die eigentlichen Umweltschäden, wie sie zum Beispiel im Umweltschutzgesetz in Art. 59a Abs. 1 Satz 2 heute ausdrücklich ausgeschlossen ist, eingeführt werden soll, kann dies für die Landwirtschaft fatale Folgen haben. Es besteht die Gefahr, dass dadurch ein natürlicher CO₂- oder Ammoniakausstoss kriminalisiert werden könnte und dass auch die schleichende Umweltbelastung, wie zum Beispiel die Überdüngung eines Sees, Nitrat im Grundwasser usw., respektive deren Beseitigung, erfasst wird und versucht werden kann, den Schaden bei den noch vorhandenen aktiven Bauern geltend zu machen.

Erschwert wird die ganze Angelegenheit noch, wenn man die Beweislast erleichterung, wie sie in Art. 56d vorgesehen ist, mit in Betracht zieht.

Wir lehnen die Ausdehnung der Haftpflicht auf die eigentlichen Umweltschäden strikte ab und beantragen, den Ersatz von Umweltschäden wie bis anhin über einzelne Gesetze und nicht über Bestimmungen im allgemeinen Teil des OR zu regeln, das heisst, der Ersatzanspruch des Gemeinwesens für Schadensbekämpfungsmassnahmen sollte weiterhin öffentlich-rechtlich und nicht zivilrechtlich ausgestaltet werden.

Den in Abs. 2 vorgesehenen Ersatzanspruch der gesamtschweizerischen oder regionalen Umweltorganisationen lehnen wir ab.

SBVer: Die Regelung des Sonderfalls der Haftung für Umweltschäden sprengt den Rahmen des allgemeinen Deliktsrechts und sollte dem Umweltschutzgesetz vorbehalten bleiben.

SFV: Wir unterstützen die Einführung dieser neuen Bestimmung. Die in Art. 59a Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes vorgesehene Einschränkung, wonach der eigentliche Umweltschaden von der Haftpflicht ausgenommen wird, ist aus unserer Sicht völlig unhaltbar. Wir begrüssen in diesem Zusammenhang insbesondere die Absicht, die Einwirkungen auf die Umwelt gleichrangig mit den „klassischen“ Einwirkungen zu behandeln.

Auch die Ausweitung der Aktivlegitimation in Absatz 2 halten wir aufgrund unserer Erfahrungen für unbedingt erforderlich. Besonderen Wert legen wir dabei auf den Einbezug der lokalen Fischereiorganisationen, die von einer Gewässerschädigung am unmittelbarsten betroffen sind. Leider gehören Fischvergiftungen noch immer zum Alltag unserer Verbandsmitglieder. In manchen Fällen zeigen sich nun die Inhaber der Fischereirechte (Kantone oder Gemeinden) wenig motiviert, gegen die Schadenverursacher vorzugehen und die für die Wiederherstellung des Fischbestandes notwendigen Massnahmen anzuordnen und auch durchzusetzen.

In diesen Fällen sollte es nicht nur den einzelnen Pächtern, sondern auch den ortsansässigen Vereinen sowie den zuständigen Kantonalverbänden möglich sein, die Interessen ihrer Mitglieder zu wahren. Das Problem stellt sich dabei vor allem in den sogenannten Patentkantonen, in denen die Rechtsstellung des einzelnen Patentnehmers relativ schwach ausgebildet ist. Die lokalen und regionalen Fischereiorganisationen sind mit den örtlichen Verhältnissen vertraut, da sie die Gewässer häufig im Auftrag oder unter der Aufsicht des Kantons bewirtschaften oder Hilfestellung bei Bewirtschaftungsmassnahmen leisten.

Abs. 2 sollte lauten: „²Sind die bedrohten, zerstörten oder beschädigten Umweltbestandteile nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts oder ergreift der Berechtigte die nach den Umständen gebotenen Massnahmen nicht, so steht der Ersatzanspruch dem zuständigen Gemeinwesen oder *den betroffenen Fischereivereinen und -verbänden* sowie den gesamtschweizerischen oder regionalen Umweltschutzorganisationen zu, die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren.

SGB: Vgl. SP.

SGCI: Die SGCI weiss um die Problematik des ökologischen Schadens. Sie kommt jedoch nicht umhin, grundsätzliche Bedenken vorzubringen, die einer Individualisierung der Umwelt im Sinne eines zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes und einer Regelung im privatrechtlichen Haftpflichtrecht entgegenstehen:⁴

Umweltschäden sind Eingriffe in kollektive und sozialisierte Güter, die einer unbestimmten Anzahl von Rechtssubjekten zustehen.⁵ Eine Eigentumsverletzung im privatrechtlichen Sinn liegt (beim reinen Umweltschaden) gerade nicht vor. Aufgrund der Unentflechtbarkeit ökologischer Zusammenhänge lassen sich nicht einfach subjektive Herrschaftsrechte abgespalten und zum Gegenstand eines zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes machen. Ökologische Schäden sind Kollektivschäden und rechtlich als solche zu behandeln. Sollte ein ersatzfähiger Schaden überhaupt anerkannt werden, steht der Ersatzanspruch dem Gemeinwesen zu. Dies ist auch die Lösung moderner ausländischer und internationaler Gesetze.

Die SGCI stellt sich mit Nachdruck gegen den Revisionsvorschlag, den Ersatzanspruch auch auf Umweltschutzorganisationen zu übertragen. Weder in Deutschland, Dänemark noch Italien können Umweltverbände den Schaden gerichtlich geltend machen; sie besitzen allenfalls ein Anzeigerecht. Art. 45d Abs. 2 VE geht weit darüber hinaus, indem er den Umweltschutzorganisationen nicht etwa nur ein *Klagerecht* einräumt, sondern die *Anspruchsberechtigung* als solche; sie werden m.a.W. zu Trägern des Rechtes selbst. Zwar müssen sie sich von den zuständigen Behörden vorgängig zum Handeln ermächtigen lassen, haben dann aber nach Erhalt des amtlichen Plazet freie Hand, die ihnen nach Treu und Glauben (dazu sogleich unter 3.3.2) richtig scheinenden Massnahmen vorzubereiten oder zu ergreifen und sich anschliessend entschädigen zu

⁴ Vgl. zum Ganzen Leonhard, Der ökologische Schaden, Diss., Baden-Baden 1996, 115 ff.

⁵ Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts, Berlin 1989, 287 ff.

lassen. Insofern ist der im erläuternden Bericht⁶ enthaltene Verweis auf das Beschwerde- bzw. Einspracherecht bestimmter Organisationen im Natur-, Heimat- oder Umweltschutzrecht unbehelflich, da diese gerade nicht ermächtigt werden, selbständig Massnahmen zum Schutz der Natur oder der Umwelt zu ergreifen. Sie sind nur, aber immerhin, unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, eine gerichtliche Nachprüfung zu erwirken. Die vorgeschlagene Zuerkennung eines Ersatzanspruchs der Umweltschutzorganisationen ist daher mit dem bestehenden System des schweizerischen Natur- und Umweltschutzes nicht zu vereinbaren.

Verschärft wird diese Problematik ausserdem durch Art. 45d Abs. 1 HS 2 VE. Danach umfasst der ersatzfähige Schaden die Kosten von Massnahmen, die nach *Treu und Glauben* ergriffen werden. Erscheint ex ante eine Massnahme aufgrund der konkreten Umstände objektiv angemessen, folgt daraus zwingend die Kostentragungspflicht. Dies ist dann unbedenklich, wenn es um Ersatz eines Umweltschadens geht, der an dinglichen Rechten entstanden ist und soweit die Massnahmen vom jeweiligen Eigentümer ergriffen wurden. Höchst problematisch ist diese Lösung aber, wenn es um den reinen Umweltschaden geht, dessen Geltendmachung in die Hand von Umweltschutzorganisationen gelegt werden soll. Nahezu jegliche Massnahmen ist nach *Treu und Glauben* ex ante gerechtfertigt; es steht damit zu befürchten, dass damit ein weiteres politisches Druckmittel geschaffen wird, mit dem der Kreis restitutionsfähiger und einklagbarer Schäden erweitert wird. Es geht ausserdem nicht an, den Umweltschutzorganisationen durch die Hintertüre des privatrechtlichen Haftpflichtrechts Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen die in der Sache massgebliche Spezialgesetzgebung (z.B. Natur-, Heimat- und Umweltschutz) nicht gewährt. Auch an dieser Stelle geht der Vorentwurf weit über seine Zielsetzung hinaus. Nach dem Gesagten ist es daher verfehlt, den Umweltschutzorganisationen einen Ersatzanspruch zu gewähren.

Ganz entschieden lehnt die SGCI darüber hinaus die den Umweltschutzorganisationen zgedachte Möglichkeit ab, Massnahmen zu ergreifen, wenn der (dinglich) Berechtigte nicht handelt. Dies ist ein nicht tolerierbarer Eingriff in die Rechtsstellung des Berechtigten.

Insgesamt gehört die Regelung des reinen Umweltschadens daher nicht ins allgemeine Haftpflichtrecht, sondern in die entsprechende öffentlich-rechtliche Umweltschutzgesetzgebung. Diese sieht ein verwaltungsrechtliches Instrumentarium vor, mit dessen Hilfe wirksamer Umweltschutz betrieben werden kann. Inhaltlich besteht daher kein Handlungsbedarf.

SGV: Ökologische Schäden sind primär Kollektivschäden und rechtlich als solche zu behandeln. Sollte ein ersatzfähiger Schaden anerkannt werden, steht der Ersatzanspruch dem Gemeinwesen zu. So will es auch die internationale Handhabung. Die Absicht, den Umweltschutzorganisationen durch das Privatrecht Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen durch die in der Sache massgebliche Spezialgesetzgebung (Natur-, Heimat- und Umweltschutz) nicht gewährt werden, ist entschieden abzulehnen.

⁶ Erläuternder Bericht, 85.

Schliesslich kann es nicht angehen, dass den Umweltschutzorganisationen Mittel in die Hand gegeben werden, die es ihnen erlauben, Massnahmen zu ergreifen, wenn der dinglich Berechtigte nicht handelt.

SVV: Antrag: Vertiefte Abklärung mit Einbezug der betroffenen Wirtschaftskreise

Gegenwärtig existieren Haftungsbestimmungen in verschiedenen öffentlich-rechtlichen Erlassen (Umweltschutzgesetz, Gewässerschutz, Fischereigesetz etc.).

Die öffentliche Hand macht ihre Ansprüche bei Umweltschäden über die verwaltungsrechtliche Störerhaftung geltend, bei der es sich um ein Institut mit wenig klaren Konturen handelt, das losgelöst von haftpflichtrechtlichen Verantwortlichkeits- und Zurechnungskriterien eine eigendynamische Entwicklung durchgemacht hat und in seiner Anwendung immer wieder zu undifferenzierten Ergebnissen führt. Deswegen hat der SVV in verschiedenen anderen Stellungnahmen, namentlich in der Vorlage zur Gen-Lex und zum USG, für eine Diskussion der Umwelthaftung im Rahmen der Revision des Haftpflichtrechts plädiert.

Die Überführung der Umwelthaftung vom öffentlichen ins private Recht ist ein interessanter Ansatz. Die Umwelthaftung ist jedoch komplex und die Konsequenzen einer privatrechtlichen Neuordnung sind noch nicht restlos geklärt. Die im Vorentwurf skizzierte Fassung ist wenig greifbar, so dass die Versicherbarkeit ernsthaft in Frage gestellt werden muss und kaum eine lückenlose Deckung angeboten werden kann. Jedenfalls werden grosse Risiken erhebliche Prämien erhöhungen notwendig machen.

Die Problemfelder sind mannigfaltig. Die Haftung für blosse Einwirkungen ist im System des Schadenersatzrechtes ebenso fremd wie das Abstellen auf Treu und Glauben für den Ersatz von Kosten für Ersatzmassnahmen.

Ausserdem stellen sich heikle Fragen der Kausalität bei Distanz- und Allmählichkeitsschäden, welche in der Vorlage nicht angesprochen werden. Unklar ist auch, welche Voraussetzungen im einzelnen an die Widerrechtlichkeit gestellt werden. Insbesondere aber stellt der vorgeschlagene Ersatz des Ökoschadens eine gegenüber der heutigen Rechtslage sehr weitgehende Haftungserweiterung dar, der wir in dieser Form nicht zustimmen können. Sie steht auch im europäischen Umfeld völlig isoliert da (vgl. z.B. die im kürzlich veröffentlichten Weissbuch von der zukünftigen Kommission vorgeschlagene EU-Lösung).

Wir sind deshalb der Auffassung, dass die Regelung der Umwelthaftung im Rahmen dieser Vorlage noch vertieft und geprüft werden muss. Im übrigen lehnen wir das in Art. 45d Abs. 2 den Umweltverbänden zugesprochene Klagerecht ab. Dafür besteht keine rechtspolitische Notwendigkeit.

TCS: Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.

Uni GE: - L'extension du dommage réparable aux atteintes à l'environnement représente un incontestable progrès. Elle est vivement approuvée.

- Mesures prises „de bonne foi“ (*nach Treu und Glauben*; cf. Rapport, p. 86): il vaut mieux éviter une référence à la bonne foi qui comporte le

risque de confusion entre l'art. 2 CC (bonne foi objective) et l'art. 3 CC (bonne foi subjective).

Proposition: remplacer ces termes par „appropriées“ (*angemessen*); le renvoi au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC) pose moins de problèmes que celui à la bonne foi.

VöV: Der Artikel spricht einmal von natürlicher Umwelt“ und andere Male von „Umweltbestandteile“. Uns sind die Begriffe und deren Unterschied nicht klar. Was bedeuten die Begriffe? Wo liegt der Unterschied? Decken sie sich mit dem Umweltschutzrecht? Gehen sie weiter? Oder gehen sie weniger weit? Sind Überschneidungen denkbar mit dem Natur-, Heimat- und Umweltschutz?

Verstärkt wird die Unsicherheit durch den Begriff „nach Treu und Glauben“. Erscheint ex ante eine Massnahme aufgrund der Umstände angemessen, folgt daraus die Kostentragungspflicht. Das ist dann unbedenklich, wenn es um Ersatz eines Umweltschaden geht, der an dinglichen Rechten entstanden ist und soweit die Massnahmen von jeweiligen Eigentümer ergriffen wurden. Problematisch aber ist die Lösung, wenn es um den reinen Umweltschaden geht, dessen Geltendmachung in der Hand von Umweltschutzorganisationen gelegt werden soll. Im nachhinein scheint jede Massnahme nach Treu und Glauben gerechtfertigt. Wir befürchten, dass über das HPG ein Druckmittel geschaffen wird, mit dem der Kreis einklagbarer Schäden ohne Rechtfertigung erweitert wird. Ohne Rechtfertigung deshalb, weil bereits genügend Spezialgesetze bestehen, die die Einwirkung auf die Umwelt saktionieren (z.B. Natur-, Umwelt-, Heimatschutz).

Wir lehnen entschieden ab, dass Umweltschutzorganisationen Massnahmen ergreifen, wenn der dinglich Berechtigte nicht handelt. Dies ist ein nicht tolerierbarer Eingriff in die Rechtsstellung des Berechtigten.

Für den öffentlichen Verkehr bestehen weitere Probleme:

Gemäss Absatz 1 muss z.B. überfahrenes Wild ersetzt werden. Damit besteht die Gefahr, dass eine Eisenbahnverkehrsunternehmung auf die Infrastruktur Rückgriff nimmt (VE Art. 40b EBG), mit dem Vorwurf eines fehlenden Wildzauns. Wird damit der Wildzaun (und damit auch die dadurch notwendig werdenden Wildwechselüberführungen; mit entsprechender hoher Kostenfolge) entlang der Gleise über das HPG eingeführt? Nach dem heutigen Bahnpolizeigesetz sind Wildzäune nicht erforderlich.

Absatz 2 verwendet nur noch der Begriff „Umweltbestandteile“ (ohne „natürliche“). Im Zusammenhang mit dem „nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts“ stellen sich uns folgende Fragen: Ist hier eine ungewollte Ausdehnung des Begriffs möglich, z. B. in den Bereich des Immissions-schutzes (Lärm, Erschütterungen, Strominduktionen) z.B. im Bereich der Gemeindehoheit? Der Mensch ist doch letztlich in seiner ganzen Integrität auch Umweltbestandteil. Ist es über diese Bestimmung den Gemeinden oder Verbänden möglich, den Immissionsschutz zu fördern?

Insgesamt lehnen wir es ab, dass der reine Umweltschaden durch das allgemeine Haftpflichtrecht geregelt wird. Solche Schäden werden bereits vom Umweltschutzrecht geregelt. Diese sieht ein verwaltungsrechtliches

Instrumentarium vor, mit dessen Hilfe wirksamer Umweltschutz betrieben werden kann. Inhaltlich besteht also kein Handlungsbedarf.

Antrag: Artikel 45d ist zu streichen.

VSE: Im Ende 1999 revidierten Umweltschutzgesetz wurde die Gefährdungshaftung des Inhabers eines Betriebes oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist, eingeführt (Art. 49a Abs. 1 USG). Der Ersatz des eigentlichen Umweltschadens wurde damals vom Parlament ausgenommen und sollen nun im Allgemeinen Teil wieder eingefügt werden. Unseres Erachtens gehören alle Bestimmungen über Einwirkungen auf die Umwelt in die Umweltschutzgesetzgebung und nicht in den Allgemeinen Teil des OR. Eine Ausdehnung des Schadenbegriffes, vor allem betreffend der Kosten von Vorbeuge, Schutz- und Wiederherstellungsmassnahmen infolge einer Einwirkung, ist entschieden zurückzuweisen. Die bisher bestehenden Bestimmungen im kürzlich revidierten Gewässerschutz- und Umweltschutzgesetz genügen. Es bedarf keiner speziellen Regelung im Allgemeinen.

Art. 45d Abs. 2 Vorentwurf gewährt die Aktivlegitimation für Ersatzforderungen anderen Rechtssubjekten als der Person, die geschädigt oder vom Schaden bedroht ist. Es handelt sich dabei neben dem Gemeinwesen auch um gesamtschweizerische und regionale Umweltschutzorganisationen, die entsprechende Massnahmen vorbereitet und ergriffen haben und dazu ermächtigt waren. Jeder Verein und jede Stiftung, die in ihren Satzungen die Erhaltung der natürlichen Umwelt erwähnen, sind somit anspruchsberechtigt, die Kosten, z.B. für Vorbeugemassnahmen, ersetzt zu bekommen. Es ist fraglich, ob die Behörden jede Situation genügend beurteilen können. Vielmehr werden durch diese Bestimmungen übertriebene und missbräuchliche Initiativen von Drittpersonen, die sich vermeintlich für den Schutz der Umwelt einsetzen, gefördert.

Antrag: Art. 45d ist ersatzlos zu streichen.

WWF: Die generelle Anerkennung des ersatzfähigen Umweltschadens (Art. 45d), d.h. von Beeinträchtigungen der natürlichen Umwelt (Luft, Wasser, Boden, Pflanzen- und Tierwelt) korrigiert die restriktive Behandlung im geltende Umweltschutzgesetz und ist aus Sicht des WWF sehr zu begrüssen. Da kein wirtschaftlich messbarer Schaden im eigentlichen Sinne des Wortes bei einem Berechtigten entsteht, ist es richtig, die Kosten von Massnahmen zur Abwehr und Milderung der Folgen von Einwirkungen sowie zur Wiederherstellung der zerstörten oder beschädigten Bestandteile als Schadenersatz zu qualifizieren. Dass der Ersatzanspruch dem zuständigen Gemeinwesen oder einer gesamtschweizerischen oder regionalen Umweltschutzorganisationen zusteht, ist sicher zunächst nicht falsch gedacht, aber doch eher realitätsfern. Dass nämlich Umweltverbände in der von Art. 45d Abs 2 vorgesehenen Art Massnahmen präventiver Art ergreifen, was im Übrigen die Voraussetzung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist, erscheint sehr unwahrscheinlich. Auch dass nach eingetretenem Schaden Massnahmen durch Umweltverbände getroffen werden, ist selten, da mindestens die Unterzeichneten weder organisatorisch in der Lage sind, hier irgend etwas zu garantieren, noch in ihren Zielsetzungen derartige „Zivilschutz-Einsätze“ haben.

Dazu kommt, dass das Eingreifen nur durch eine vorgängige Ermächtigung durch das zuständige Gemeinwesen gestattet ist, was vollends absurd ist. Umweltorganisationen haben nicht als staatliche Hilfstruppen zu handeln, sondern handeln immer nur exemplarisch und lediglich in Einzelfällen, wenn die zuständige Behörde fälschlicherweise nichts tut.

Antrag:

Der letzte Satz von Art. 45d Abs. 2 ist daher zu verkürzen und „die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren“ zu streichen. Stattdessen soll der Umweltverband dann ein Klagerecht haben, wenn das Gemeinwesen seinerseits fälschlicherweise nicht gehandelt hat.

Da es den Umweltverbänden in erster Linie darum geht, dass Zerstörungen an der Natur nicht einfach mangels Eigentümer umsonst sind, respektive dass im Falle eines eingetretenen Schadens Wiederherstellungsmassnahmen an der geschädigten Natur ergriffen werden müssen, schlagen wir für die Verwendung des Schadenersatzes die Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Fonds vor, dessen Aktivität von VertreterInnen der Behörden, Umweltorganisationen und allfälligen sonstigen Fachpersonen gesteuert wird und der ermächtigt ist, den Umweltschaden festzulegen und dessen adäquate Sanierung.

341.11 Art. 45e

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Die Verfasser des Vorentwurfes halten in Bezug auf den immateriellen Schaden an der bisherigen Regelung fest. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht lehnen sie die Ersatzfähigkeit entgangener Lebensfreude ab. In neuerer Zeit sind indessen kantonale Urteile ergangen, welche eine Entschädigung für verdorbene Ferien zusprachen. Dem erläuternden Bericht lässt sich nicht entnehmen, dass sich die Verfasser mit dieser Frage auseinander gesetzt und geprüft haben, ob in Ausnahmefällen entgangene Lebensfreude eine derart schwere Verletzung darstellt, dass ein Anspruch auf Genugtuung gegeben ist.

JU: La rédaction de l'art. 45e permet d'éviter de tomber dans les travers de plusieurs législations actuelles qui tendent, sous l'influence malheureuse du droit américain, d'étendre le droit de toucher des indemnités pour tort moral, ainsi que leur montant. Cette limitation serait encore renforcée par l'introduction à l'art. 45 du principe selon lequel on ne peut que réparer le dommage effectivement subi.

L'art. 45e, al. 1, doit donc être approuvé, ce d'autant plus qu'il entraîne une unification des dispositions en matière de tort moral, les différences actuelles ne se justifiant pas. Pour notre part, nous sommes cependant favorable à une précision selon laquelle une indemnité pour tort moral est due aux personnes totalement et définitivement privées de toute conscience. En effet, nous pensons qu'il revient au législateur de poser une règle claire dans ce domaine.

Quant à l'al. 2, il permet une grande liberté aux juges. Cette liberté est la bienvenue dans la mesure où il convient dans chaque cas d'espèce de se demander quel est le meilleur mode de réparation pour que la victime puisse considérer que son tort moral a été réparé.

SG: Lehre und Rechtsprechung lehnen die Ersatzfähigkeit entgangener Lebensfreude als immateriellen Schaden ab. In neuerer Zeit sind jedoch kantonale Gerichtsurteile ergangen, die im Ergebnis eine Genugtuung für „verdorbene Ferien“ zusprachen. Der Bericht setzt sich mit dieser Problematik nicht auseinander.

TI: L'art. 45e AP tratta del torto morale. Dopo aver formulato il principio generale del risarcimento al capoverso 1, indica che il giudice può attribuire alla persona lesa un'equa indennità pecuniaria, a meno che tale indennità non possa essere sostituita o completata da una forma di riparazione più appropriata. E' su quest'ultimo concetto che intendiamo soffermarci, tanto più che il Breve commentario indica come esempio di forma sostitutiva dell'indennità pecuniaria *la condanna al pagamento di una somma simbolica dell'ammontare di un franco*. Se questo esempio non è forse il migliore per dare un'idea di indennità sostitutiva, resta il fatto che, mentre da una parte il Rapporto esplicativo (pag. 92) sembra dire che - oltre la differenza letterale - fra la nuova norma e l'art. 49 cpv. 2 CO non vi sono sostanziali differenze (il CO indica la possibilità del giudice di sostituire o aggiungere all'indennità in denaro *altro modo di riparazione*), la nuova norma, oltre ad apparire meno chiara, induce a supporre che l'indennità sostitutiva (*forma di riparazione più adeguata*) sia preferita all'indennità pecuniaria, come indica la locuzione: „ ... a meno che tale indennità non possa essere sostituita...“, „... *es sei denn, diese Entschädigung lasse sich ... ersetzen...*“; „ ... *à moins qu'il ne substitue ... à cette indemnité*“. Precedenza che non sembra corrispondere alla volontà dei redattori dell'AP e che comunque non si giustifica a fronte del principio in base al quale il giudice deve attenersi alla domanda della persona lesa (*Rapporto esplicativo*, pag. 92).

VD: Le Conseil d'Etat relève que la rédaction de l'AP est parfois imprécise. Ainsi, l'expression retenue à l'art. 45e „a droit à satisfaction pour tort moral“ est insatisfaisante du point de vue juridique; le terme d'indemnisation nous paraissant plus approprié et plus conforme au langage juridique actuel. De plus, il convient de coordonner la terminologie de l'AP avec celle du reste du CO. Par exemple, le terme „juge“, et non „tribunal“, devrait être employé, dès lors que tant le Code civil que le CO utilisent ce terme.

L'al. 2 ayant trait au mode de réparation, il devrait figurer aux art. 52 ss AP, qui traitent de cette question.

VS: Cf. ad art. 45.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KF: Der Beweis für den immateriellen Schaden soll nicht dem Geschädigten obliegen, sondern der Schädiger muss beweisen können, dass er die nötige Sorgfalt bewahrt hat und dem vermeintlichen Geschädigten keinen Schaden zugefügt hat. Denn erstens ist es gar nicht sicher, ob ein

Geschädigter Klage erhebt, wenn er weiss, dass die Beweislast bei ihm selber liegt. Zweitens ist es meist einfacher für den Schädiger zu beweisen, dass er keine Schädigung verursacht hat oder zumindest alle nötigen Vorkehrungen getroffen hat, damit eine Schädigung ausbleibt.

SAV: Nachdem schon die Erkenntnis, dass die Persönlichkeitsrechte gleich geschützt werden sollten wie die Vermögensinteressen, Anlass zur Revision der Genugtuungsbestimmungen im Jahre 1985 war, ist die systematische Gleichstellung zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden sowie die ausdrückliche Normierung eines Genugtuungsanspruches der Angehörigen bei besonders schwerer Körperverletzung zu begrüssen. Der Begriff des Angehörigen sollte dabei nicht im engen familienrechtlichen Sinne, sondern - entsprechend der französischen Formulierung „les proches“ - auch für nichtverwandte nahestehende Personen z.B. auch gleichen Geschlechtes verstanden werden. (Der Begriff „congiunti“ im italienischen Text ist zu restriktiv.)

Bei der Revision sollte berücksichtigt werden, dass insbesondere bei Körperverletzungen, aber auch bei Tötung von den Gerichten immer noch von der Allgemeinheit als wesentlich zu tief empfundene Genugtuungssummen festgelegt werden. Dies auch im Vergleich zum naheliegenden Ausland wie z. B. Italien oder Deutschland, wo bei schwersten Körperverletzungen ein Mehrfaches zugesprochen wird (jüngstes Beispiel: LG München: DM 750'000.-- Schmerzensgeld sowie monatliche Schmerzensgeldrente von DM 1'500.-- für ein allerschwerstes Schädelhirntrauma). Auch im Vergleich zu den Genugtuungssummen, die beim längeren ungerichtfertigten Freiheitsentzug mit Fr. 100.-- pro Tag Freiheitsentzug entschädigt werden, erscheinen die Genugtuungen im Körperschadenbereich vollkommen ungenügend.

Der SAV ist sich bewusst, dass die Bemessung der Genugtuung weitgehend richterlichem Ermessen anheimgestellt ist und auch sein soll. Angesichts der Zurückhaltung der Rechtsprechung, die Persönlichkeitsrechte in ähnlicher Weise wie die Vermögensinteressen zu schützen, sollte jedoch im Rahmen der anstehenden Revision geprüft werden, ob und wenn ja wie eine angemessene Erhöhung der Genugtuungssummen, namentlich in Fällen schwerer Körperverletzung, normiert werden kann.

Zu denken wäre beispielsweise an eine (kumulative) Aufsplittung der Genugtuung in eine Integritätsentschädigung, Schmerzensgeld und eine Entschädigung für entgehende Lebensfreude; ferner - für allerschwerste Fälle - die Normierung einer Zusprechung von Genugtuungsrente nebst Kapitalbetrag. In Frage käme allenfalls auch die Festlegung eines Betrages, der sich am Vielfachen des höchstversicherbaren Verdienstes nach UVG (z. Zt. Fr. 106'800.--) oder des vom Bundesamt für Statistik im Rahmen von Art. 26 IVV jährlich festgestellten Durchschnittslohns eines Arbeitnehmers (z. Zt. ca. Fr. 65'000.--) orientiert und der in schwersten Fällen das Fünf- bis Zehnfache eines solchen Verdienstes ausmachen sollte. Erst damit würde die Genugtuungssumme kaufkraftmässig wieder den Beträgen, wie sie vor hundert Jahren vom Bundesgericht zugestanden wurden, entsprechen. Genugtuungssummen von ca. Fr. 600'000.-- bis Fr. 700'000.-- bei schwersten Körperverletzungen wären auch volkswirtschaftlich ohne weiteres zu vertreten, werden doch z. B. im Strassenverkehrsbereich nur ca. 3 % der Prämien für die Genugtuungen verwendet.

SPO: Die Praxis der vergangenen Jahre zeigt, dass insbesondere bei Körperverletzungen die von den Gerichten und - sich darauf stützend - von den Versicherungen im Rahmen der aussergerichtlich geführten Verhandlungen angebotenen Genugtuungssummen wesentlich zu tief angesetzt sind. Dies zeigt nicht nur der Vergleich mit dem nahen Ausland. Auch die betroffenen Patientinnen und Patienten können nicht nachvollziehen, dass bei einer schweren Körperverletzung mit weitreichenden Folgen für den Rest ihres Lebens infolge eines vermeidbaren Behandlungsfehlers Genugtuungssummen von unter Fr. 100'000.-- zugesprochen werden. Vernünftigerweise sollten in solchen Fällen Summen zwischen Fr. 600'000.-- bis Fr. 700'000.-- erhältlich gemacht werden können.

Art. 45e des Vorentwurfes gibt den Gerichten keinen Anlass, die Höhe der Genugtuungssummen anzupassen. Wir schlagen daher vor, dass im Gesetzestext der Wille zum Ausdruck gebracht wird, die Genugtuungssummen erheblich zu erhöhen beispielsweise so, dass im Text als obere Grenze für Genugtuungssummen bei schwerer Körperverletzung mit weitreichenden Folgen für den Rest des Lebens der 10-fache Betrag des durchschnittlichen, statistisch ausgewiesenen jährlichen Arbeitnehmerverdienstes in der Schweiz festgelegt wird. Im gegenwärtigen Zeitpunkt würde dies der Summe von Fr. 650'000.-- entsprechen, beträgt doch der vom Bundesamt für Statistik im Rahmen von Art. 26 IVV jährlich festgestellte Durchschnittslohn eines Arbeitnehmers dem Vernehmen nach ca. Fr. 65'000.--.

SVR: L'al. 2 prévoit le mode de réparation que le juge peut allouer a la victime d'une atteinte à sa personnalité, au sens de l'al. 1. Or, l'objet de la réparation et ses modalités sont déjà réglementées aux art. 52 et 52a AP. Il semblerait des lors plus logique de traiter l'ensemble de la question dans la même rubrique, sans que la réparation morale fasse l'objet d'un traitement séparé.

TCS: Cf. 365.03.01 ad art. 58 LCR.

Uni GE: Question: la personne morale a-t-elle également droit à l'indemnité pour tort moral ou n'est-elle pas susceptible d'endurer des „souffrances psychiques“?

Art. 45e al. 3 AP

La possibilité pour les proches de la victime de lésions corporelles particulièrement graves d'obtenir une indemnité pour tort moral constitue un progrès qui tient compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Uni ZH Honsell: Sprachlich ungenau regelt Art. 45e Abs. 2 VE den Ersatz *immateriellen Schadens*: „Das Gericht kann der verletzten Person einen angemessenen Geldbetrag zusprechen, es sei denn, diese Entschädigung lasse sich durch eine geeignetere Art der Genugtuung ersetzen oder *ergänzen*.“ Rechtspolitisch fragwürdig ist die Genugtuung in Geld beim Tode von Angehörigen (Abs. 3), die allerdings dem geltenden Recht entspricht (Art. 47 OR).

341.12 Art. 45f*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die inhaltliche Neuregelung, dass Vorbeuge- und Schutzmassnahmen zum ersatzfähigen Schaden gehören (Art. 45f Abs. 1 VE), ist zu begrüssen. Dadurch wird die präventive Funktion des Haftpflichtrechts verstärkt. Mit Blick auf die vorgesehene Zulassung des Anscheinsbeweises (Art. 56d Abs. 2 VE) dürfte diese Bestimmung auch praktische Relevanz entfalten. Im erläuternden Bericht fehlt indessen der explizite Hinweis, dass die Kosten für Vorbeugemassnahmen („reiner Vermögensschaden“) auch dann zu ersetzen sind, wenn der befürchtete Schaden nicht eingetreten ist.

Es ist zu begrüssen, dass die Kosten, welche der geschädigten Person im Rahmen von Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihre Ansprüche entstehen, entsprechend der heutigen Rechtsprechung zum ersatzfähigen Schaden gezahlt werden. Entgegen der im erläuternden Bericht geäusserten Auffassung der Verfasser gehören die Kosten für eine anwaltliche Vertretung in einem vorangegangenen Straf- oder Sozialversicherungsverfahren indessen nicht dazu. Diese Kosten sind nach Massgabe der entsprechenden Prozessvorschriften im Straf- bzw. im Sozialversicherungsverfahren zu verlegen.

JU: L'art. 45f est particulièrement heureux. En effet, il permet d'éviter de pénaliser, comme cela est possible actuellement, la personne qui prendrait les mesures nécessaires pour éviter de subir un dommage.

VS: Cf. ad art. 45.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Zu begrüssen ist, eine Bestimmung zu den ergänzenden Schadensposten ins Gesetz aufzunehmen (Art. 45f).

Organisationen / organisations / organizzazioni

SBVer: Die Überwälzung aller Kosten, die dem Geschädigten „im Rahmen von Treu und Glauben bei der Geltendmachung“ seiner Ansprüche entstehen, auf den Ersatzpflichtigen ist unverhältnismässig, zumal im Bereich des Vertragsrechts. Auf eine solche Bestimmung - ein weiteres Einfallstor für politisch wie ökonomisch nicht mehr steuerbare Entwicklungen des Haftpflichtrechts - sollte u.E. verzichtet werden.

Allenfalls wäre der Text beispielsweise wie folgt zu präzisieren:

„¹Der ersatzfähige Schaden umfasst auch die Kosten von Massnahmen, die von der geschädigten Person *vernünftigerweise* nach Treu und Glauben ergriffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren oder die Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung zu mindern.

²Er umfasst ausserdem Kosten, welche der geschädigten Person *üblicherweise* im Rahmen von Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche entstehen.“

SVV: Antrag:

Abs. 1: Der ersatzfähige Schaden umfasst auch die notwendigen und angemessenen Kosten von Massnahmen, die von der geschädigten Person ~~nach Treu und Glauben~~ ergriffen werden, um einen unmittelbar drohenden ~~Einwirkung~~ Schaden abzuwehren oder die Folgen einer andauernden oder eingetretenen ~~Einwirkung~~ Schädigung zu mindern.

Art. 45 VE-OR regelt die Ersatzfähigkeit der Kosten, die dem Geschädigten aus der Pflicht zur Schadenminderung entstehen. Da sich der Ersatz der Schadenverhütungskosten nicht ohne weiteres haftpflichtrechtlich begründen lässt, ist eine gesetzliche Grundlage angebracht.

Um nicht für sämtliche Massnahmen einzustehen, die abstrakt betrachtet der Schadenverhütung dienen, sind die Ansprüche auf die Kosten von Massnahmen infolge „unmittelbar“ drohender Schädigungen einzuschränken. Nur so wird garantiert, dass keine Diskussionen über zeitlich noch weiter vorgelagerte Schadenverhütungskosten und generell über eine quantitative und qualitative Ausdehnung des Schadens entfacht werden. Ganz besonders ist im Bereich der Schadenverhütung die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gefordert und es sollte daher der etwas unglückliche Rekurs auf Treu und Glauben mit dem Begriffspaar „notwendig und angemessen“ ersetzt werden. Relevant für eine Haftpflicht sind zudem nicht bloss Einwirkungen, sondern Schädigungen, und daher muss auch in Bezug auf die Prävention eine potentielle schädigende und nicht eine irgendwie gelagerte Einwirkung verlangt werden.

Uni GE: Remplacer „mesures prises de bonne foi“ par „mesures appropriées“.

Détail terminologique: en cas d'atteinte „imminente“ (alinéa 1), la personne n'est pas encore „lésée“.

Uni ZH Honsell: Art. 45f VE bringt unter dem Randtitel „Ergänzende Schadensposten“ die sog. Vorhalte- oder Vorsorgekosten („Massnahmen, die von der geschädigten Person nach Treu und Glauben ergriffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren“). Hierunter fallen z.B. die Kosten eines Warenhauses für den Hausdetektiv und die Fernsehüberwachung bzw. Fangprämien. Hier stellt sich ein grundsätzliches Problem: Aufwendungen sind *freiwillige Vermögensopfer*, Schäden hingegen unfreiwillige. Vorsorgliche Aufwendungen sind nicht vom Schädiger verursacht, sondern nur nachträgliche Aufwendungen zur Schadensbeseitigung. Nach geltendem Recht kann man vom Brandstifter Ersatz für das zerstörte Gebäude verlangen, auch die tatsächlich angefallenen Löschkosten, nicht aber die anteiligen Vorhaltekosten des Feuerwehrautos. Dabei sollte es bleiben.

Unklar bleibt zudem, wie der anteilmässige Ersatz der Kosten berechnet werden soll. Überflüssig schliesslich ist der Hinweis in Abs. 1 (und nochmals in Abs. 2), dass die Kosten (nur) für Massnahmen ersetzt werden, die nach „Treu und Glauben“ ergriffen werden. Abgesehen davon, dass der Grundsatz von Treu und Glauben nicht geeignet ist, den Umfang des ersatzfähigen Schadens zu bestimmen, versteht sich von selbst, dass die Kosten für überzogene oder ungeeignete Massnahmen nicht ersetzt werden.

Art. 45f Abs. 2 nennt als zweiten „ergänzenden Schadensposten“ die *Kosten der Rechtsverfolgung*. Das ist überflüssig, denn diese werden vorprozessual über den Verzug, und im Prozess über die prozessuale Kostenerstattung ersetzt.

VöV: Absatz 2 spricht von „Treu und Glauben“. Das ist ein ausufernder Begriff, der kaum zu fassen ist. Er ist zu streichen und durch „notwendige Kosten“ zu ersetzen. Dies ist ein klarer Begriff, der sich in der Praxis bewährt hat und der von der Rechtsprechung gestützt wird.

Antrag: „Treu und Glauben“ streichen und ersetzen durch „notwendige Kosten“.

VSE: Ein Ersatz der Kosten für Vorbeugemassnahmen wird heute nur durch Art. 2 Abs. 1 lit. c KHG vorgesehen. Ein allgemeiner Anspruch wurde vom Bundesgericht zu recht verneint. Trotzdem will der Vorentwurf den Ersatz für Vorbeugemassnahmen generell für anwendbar erklären. Die vorgeschlagene Bestimmung unterscheidet zudem nicht zwischen behördlich angeordneten oder eigenmächtig ergriffenen Massnahmen. Dies ist zu unbestimmt und geht zu weit.

Antrag: Art. 45f ist ersatzlos zu streichen.

341.13 Art. 46

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Zu Abs. 2: Wir erachten es als falsch, die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB zu einem selbständigen, „a priori“ rechtswidrigkeitsindizierenden Tatbestand zu erheben, ohne dabei an Sonderverbindungen anzuknüpfen. Bei einem Festhalten an dieser Konzeption müsste unseres Erachtens bei Rechtswidrigkeit aufgrund der Verletzung von Treu und Glauben die Haftpflicht an die Voraussetzung absichtlicher Schädigung geknüpft werden. Keinesfalls dürfte man bereits jede Fahrlässigkeit für die Haftbarkeit genügen lassen. Aus rechtsdogmatischer Sicht erachten wir es auch nicht als sinnvoll, die „Haftpflichttüre“ über Gebühr weit zu öffnen, ohne gleichzeitig über geeignete Einschränkungskriterien zu verfügen.

AR: Es ist zu begrüßen, dass ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ausdrücklich als widerrechtlich bezeichnet wird und diesbezüglich auch sogenannte „reine Vermögensschäden“ zu ersetzen sind. In Bezug auf staatliches Handeln ist davon auszugehen, dass die in Rechtsprechung und Lehre gefestigten Voraussetzungen des Vertrauensschutzes auch bei der Frage der Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 46 Abs. 2 VE zu beachten sind. Hinsichtlich eines gegen Treu und Glauben verstossenden Handelns des Gemeinwesens ist unklar, ob nach dem Konzept des Vorentwurfs die Rechtsfolge lediglich im finanziellen Ausgleich von Nachteilen oder ebenfalls in der Bindung an die Vertrauensgrundlage bestehen kann. In Bezug auf hoheitliche Tätigkeiten ist davon auszugehen, dass der Vorentwurf an der heutigen Rechtslage materiell nichts ändert.

BS: Die Formulierung in Abs. 2 dieser Bestimmung weckt einiges Unbehagen. Angemerkt sei insbesondere, dass unseres Erachtens der Verstoss gegen

den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht nur im Rahmen einer bereits bestehenden Beziehung, sei diese rechtlicher oder garantieähnlicher Art, zwischen Schädiger und Geschädigtem widerrechtlich sein kann. Die vorliegende Formulierung geht jedoch zu weit. Insbesondere ist zu bemängeln, dass der Entwurf an dieser Stelle nicht auf die neuesten Tendenzen der Lehre eingeht, wonach sich Widerrechtlichkeit in der Verletzung von fallgruppenweise zu bildenden Sorgfaltspflichten (besser: Schutzpflichten) manifestiert (vgl. die Nachweise bei Schwenger, OR AT, 2. Aufl., Nr. 50.04).

Will man am vorgeschlagenen Prinzip festhalten, sollte unserer Meinung nach der Klarheit halber noch aufgenommen werden, dass das verletzte Gebot oder Verbot der Rechtsordnung den Schutz des verletzten Interesses bezwecken muss.

Unserer Ansicht nach unbefriedigend bleibt, dass die Frage des Reflexschadens (Bericht S. 76) weiterhin ungelöst bleibt, verzichtet doch der Vorentwurf ausdrücklich auf eine Regelung, in welchen Fällen ein Reflexschaden zu ersetzen ist.

FR: L'avant-projet ne traite pas la problématique de l'illicéité dans le domaine décisionnel ou judiciaire. Pour les cas où l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation, la jurisprudence a créé la notion d'illicéité qualifiée. Eu égard au parti qu'ont pris les auteurs de l'avant-projet de codifier la pratique, il conviendrait également de codifier cette jurisprudence constante.

JU: Les auteurs de l'avant-projet donnent dans leur rapport explicatif des arguments convaincants pour retenir la théorie objective de l'illicéité en matière de responsabilité civile. Cette solution, qui suit celle retenue par le Tribunal fédéral, est sans aucun doute la meilleure, même si elle est plus délicate à appliquer que la théorie subjective.

Il faut également approuver la démarche des auteurs du projet, qui ont mis sur pied une procédure en deux étapes (actes illicites - motifs justificatifs) pour déterminer si un comportement est ou non illicite. Les art. 46 et 46a donnent donc les clés nécessaires pour déterminer assez aisément si un comportement est illicite. La précision concernant le principe de la bonne foi est également importante, car elle tranche définitivement et, de notre point de vue, de manière satisfaisante le débat à ce sujet.

LU: Der Einbezug von Treu und Glauben als allgemeines Kriterium der Rechtswidrigkeit birgt die Gefahr der Ausuferung in sich und kann im Ergebnis zu einer Haftung für an sich rechtmässiges Tun führen.

SG: Das Prinzip von Treu und Glauben wurde vom Gesetzgeber für das Bundeszivilrecht ausdrücklich statuiert (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Sowohl Lehre als auch Rechtsprechung beantworten die Frage, ob und in welchem Ausmass die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben rechtswidrig ist, uneinheitlich (Bericht, S. 101 f.). Um hier nicht Rechtsunsicherheiten Vorschub zu leisten, erachten wir eine Anpassung von Art. 46 im Sinn der Mehrheit der Lehrmeinungen für notwendig, wonach für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Sonderverbindung zwischen den Parteien vorausgesetzt wird.

Das Prinzip von Treu und Glauben gilt nach herrschender Lehre und Praxis auch im öffentlichen Recht. Ausserdem hat das Prinzip auch Eingang in die neue Bundesverfassung gefunden (Art. 5 Abs. 3 BV). Die Rechtswirkungen des Vertrauensschutzes bestehen u.a. in der Bindung der Behörde an die Vertrauensgrundlage. Bloss wenn die Bindung an die Vertrauensgrundlage wegen überwiegender öffentlicher Interessen nicht in Frage kommt, kann es sich rechtfertigen, gewisse durch die Betroffenen gestützt auf das vertrauensbegründende Verhalten vorgenommene Aufwendungen zu entschädigen (BGE 122 I 328, 340). Der Bericht lässt die Frage des Verhältnisses zwischen Entschädigung von Vertrauensschäden und dem erwähnten Prinzip offen.

SO: Die Verletzung von Treu und Glauben als neue allgemeine haftungsbegründende Norm geht zu weit. Darauf ist aus folgenden Gründen zu verzichten:

Laut erläuterndem Bericht soll ein sozialer Kontakt, selbst ein mittelbarer und zufälliger für die Begründung einer Haftung genügen (Seite 102). Würde man also einem Passanten den Weg erklären, und sein Auto käme wegen Belagserneuerung auf der empfohlenen Strasse zu Schaden, könnte man für die Reparaturkosten eingeklagt werden. Das entspräche dem Rechtsempfinden der Bevölkerung in keiner Weise. Hier soll weiterhin das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit gelten. Die Möglichkeit, sich nach zufälligen sozialen Kontakten an zahlungsfähigen Dritten schadlos zu halten, würde zum Prozessieren verleiten und einer Annäherung unseres Haftpflichtrechts an amerikanische Verhältnisse Vorschub leisten. Beides ist unerwünscht.

Eindeutig zu weit würde es gehen, wenn es dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, dass die Haftung nach Treu und Glauben sogar andere Haftungsgründe ausschliessen würde. Das entnehmen wir dem Beispiel aus dem Mietrecht auf Seite 102 des erläuternden Berichtes. Laut diesem hat sich ein neuer Mieter am Vormieter schadlos zu halten, wenn dieser die Wohnung am Umzugstermin nicht geräumt hat. Der Vermieter soll nicht haftbar gemacht werden können. Das lehnen wir klar ab. Der neue Mieter kennt seinen Vormieter nicht, und er hat auch keine Handhabe, um eine Schädigung durch den Vormieter abzuwenden. Es ist Sache des Vermieters, eine Exmission zu veranlassen. Handelt der Vermieter nicht, erfüllt er den Mietvertrag nicht und ist deswegen haftbar. Der neue Mieter muss weiterhin den Vermieter aus Vertrag haftbar machen können, wenn ihm die Wohnung bei Beginn des Mietvertrages nicht zur Verfügung steht.

TG: Die Verletzung von absolut geschützten Rechtsgütern sollte in Abs. 1 der Vollständigkeit halber ebenfalls aufgeführt werden. Treu und Glauben als Rechtswidrigkeitskriterium zu nennen erscheint nur bedingt zweckmässig, da es sich dabei um einen konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriff handelt, der im Hinblick auf die praktische Anwendung viel offen lässt und bisher nur bei Vorliegen eines besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses einem Widerrechtlichkeitsbereich zugeschlagen werden konnte.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die positive Umschreibung des Begriffs ist zu begrüßen. Zu beachten ist dabei, dass mit der Anknüpfung an Treu und Glauben die (umstrittene) Vertrauenshaftung aber nunmehr gesetzlich verankert wird.

Allerdings soll diese Haftung nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs nicht auf eine Sonderverbindung beschränkt werden, sondern allgemein, d.h. auch im reinen Deliktsbezug, greifen (S. 102). Dies scheint bedenklich. Vertrauen verdient haftpflichtrechtlichen Schutz, wenn es vom beanspruchten Schädiger erweckt und enttäuscht wurde. Es verdient aber keinen Schutz, wenn der Geschädigte von sich aus auf ein bestimmtes Verhalten Dritter oder den Zustand einer Sache vertraute (sog. Verkehrsvertrauen). Blosser sozialer Kontakt reicht für eine Haftungs begründung nicht aus; zu fordern ist vielmehr ein gesteigerter sozialer Kontakt, dessen Konturen durch die Rechtsprechung verallgemeinerungsfähig (ZGB 1 Abs. 2) gemacht werden müssen. Treu und Glauben dagegen auch ausserhalb einer Sonderbeziehung in den allgemeinen (deliktischen) Rechtswidrigkeitsbegriff zu integrieren, öffnet eine haftpflichtrechtliche Büchse der Pandora...

SVP: Dem Versuch, die Widerrechtlichkeit positivrechtlich im Gesetz zu verankern, ist an sich nichts entgegenzusetzen. Inhaltlich jedoch weckt vor allem Abs. 2 des Artikels Bedenken: Der Grundsatz von Treu und Glauben im Gesetzestext führt zu einer Häufung von Schadenersatzansprüchen. Im übrigen darf auch die Schwelle der Widerrechtlichkeit nicht zu tief angesetzt werden. Treu und Glauben kann beim Umfang der Haftbarkeit Anwendung finden, nicht jedoch bei der Begründung der Haftung.

Da sich die SVP gegen eine partielle Anpassung der deliktischen und vertraglichen Haftung ausspricht, kann auch der Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht aus Abs. 2 gestrichen werden.

Organisationen / organisations / organizzazioni

economiesuisse: Die Rechtswidrigkeit hat (auch) eine haftungsbegrenzende Funktion; mit ihrer Hilfe werden aus der Vielzahl der potentiell schädigenden Verhaltensweisen des Alltags diejenigen herausgefiltert, die schwerwiegend genug sind, um eine Schadenersatzpflicht auszulösen. Eine positivrechtliche Definition der Widerrechtlichkeit ist positiv, muss aber anders als vorgeschlagen erfolgen.

Nach der Konzeption des Vorentwurfs erfüllt die Verletzung eines absoluten Rechts immer den Tatbestand der Widerrechtlichkeit, ohne dass auf den Schutzzweck der verletzten Norm abgestellt wird (Art. 46 Abs. 1 VE, sog. Erfolgsunrecht). Die Theorie des Erfolgsunrechts versagt bei mittelbaren Schädigungen und bei Schädigungen durch Unterlassen. Trotz Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts kann die Widerrechtlichkeit nur bei Verstoss gegen eine entsprechende Verhaltensnorm bejaht werden. Diese Überlegungen gelten gerade auch für die Gefährdungshaftungen. Die reine Erfolgsunrechtslehre geht zu weit und ist daher abzulehnen, weil sie dazu führt, dass die notwendige Haftungs begrenzung erst auf der Stufe der Kausalität vorgenommen wird. Da aber die Recht-

sprechung unter Anwendung der sog. Adäquanztheorie dazu neigt, im Zweifel den Kausalzusammenhang zu bejahen, geht von der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs keine echte Begrenzungswirkung aus.

Die Verpflichtung zum Ersatz reiner Vermögensschäden setzt die Verletzung einer Schutznorm voraus. Eine solche Norm kann nach Art. 46 Abs. 2 VE u.a. auch der Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB sein, d.h. den Grundsatz von Treu und Glauben. Die damit verbundene Ausdehnung der ersatzfähigen Schäden weckt ernste Bedenken und ist entschieden abzulehnen. Aus Art. 2 Abs. 1 ZGB können keine deliktischen Verhaltenspflichten abgeleitet werden, da keine Sonderverbindung zwischen den Parteien besteht.

Es fehlt in der Vernehmlassungsvorlage die Auseinandersetzung mit alternativen Modellen, wie sie im Ausland zum Teil verwirklicht sind. Erwähnt werden soll lediglich der Ansatz des anglo-amerikanischen Rechts, welches nicht auf die Art des verletzten Rechtsguts abstellt, sondern an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht anknüpft. Reine Vermögensschäden können so im Grundsatz gleich behandelt werden wie absolute Rechtsgüter; eine Haftungsbegrenzung kann nach einheitlichen Kriterien durch Bildung von Fallgruppen von Sorgfaltspflichten erfolgen.

Insgesamt ist die Neufassung des Widerrechtlichkeitsbegriffs in der Vernehmlassungsvorlage verunglückt, da die Rechtswidrigkeit jegliche Konturen verloren hat und ihre haftungsbegrenzende Funktion nicht mehr wahrnehmen kann.

HEV: Entsprechend unseren Ausführungen zu Art. 42 VE ist in Art. 46 Abs. 2 VE die Verletzung einer „vertraglichen Pflicht“ zu streichen.

SBMV: Wie HEV.

SBVer: Die Bestimmung, wonach Verletzungen des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie Vertragsverletzungen ausdrücklich die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens begründen, ist u.E. zu streichen. Das Nötige steht bereits in Abs. 1, wonach als widerrechtlich eine Schädigung gilt, „die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt“. Weiterentwicklungen dieses Grundsatzes sollten der Lehre und Rechtsprechung überlassen bleiben.

SGCI: Die Rechtswidrigkeit hat (auch) eine haftungsbegrenzende Funktion; mit ihrer Hilfe werden aus der Vielzahl der potentiell schädigenden Verhaltensweisen des Alltags diejenigen herausgefiltert, die schwerwiegend genug sind, um eine Schadensersatzpflicht auszulösen. Die SGCI begrüsst aus diesem Grund den Versuch, die Widerrechtlichkeit positivrechtlich zu definieren; mit der inhaltlichen Ausgestaltung ist sie jedoch nicht einverstanden und bringt folgende Vorbehalte an:

Nach der Konzeption des Vorentwurfs erfüllt die Verletzung eines absoluten Rechts immer den Tatbestand der Widerrechtlichkeit, ohne dass auf den Schutzzweck der verletzten Norm abgestellt wird (Art. 46 Abs. 1 VE, sog. Erfolgsunrecht). Lediglich im Bereich der reinen Vermögensschäden soll die Verletzung einer das Vermögen schützenden Norm erforderlich sein (Art. 46 Abs. 2 VE, sog. Handlungsunrecht). Dazu ist folgendes zu bemerken:

Wie in der neueren Lehre zu Recht hervorgehoben wird, versagt die Theorie des Erfolgsunrechts bei mittelbaren Schädigungen und bei Schädigungen durch Unterlassen.⁷ Erleidet jemand z.B. eine Körperverletzung, weil er auf einer glatten Stelle ausgleitet, handelt nur derjenige widerrechtlich, der eine Pflicht zum Handeln hatte, d.h. verpflichtet war, das Eis wegzukratzen. Trotz Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts kann die Widerrechtlichkeit daher nur bei Verstoss gegen eine entsprechende Verhaltensnorm bejaht werden. Diese Überlegungen gelten gerade auch für die Gefährdungshaftungen. Die reine Erfolgsunrechtslehre geht zu weit und ist daher abzulehnen, weil sie dazu führt, dass die notwendige Haftungsbegrenzung erst auf der Stufe der Kausalität vorgenommen wird. Da aber die Rechtsprechung unter Anwendung der sog. Adäquanztheorie⁸ dazu neigt, im Zweifel den Kausalzusammenhang zu bejahen, geht von der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs keine echte Begrenzungswirkung aus.

Die Verpflichtung zum Ersatz reiner Vermögensschäden setzt die Verletzung einer Schutznorm voraus. Eine solche Norm kann nach Art. 46 Abs. 2 VE u.a. auch der Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB sein, d.h. den Grundsatz von Treu und Glauben. Die damit verbundene Ausdehnung der ersatzfähigen Schäden weckt ernste Bedenken und ist entschieden abzulehnen. Mit der in der Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung vertritt die SGCI die Position, dass aus Art. 2 Abs. 1 ZGB keine deliktischen Verhaltenspflichten abgeleitet werden können, da keine Sonderverbindung zwischen den Parteien besteht.⁹

Da die SGCI die partielle Gleichschaltung der deliktischen und vertraglichen Haftung ablehnt, besteht auch keine Notwendigkeit, den Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht als widerrechtlich zu charakterisieren.

Die SGCI vermisst in der Vernehmlassungsvorlage auch die Auseinandersetzung mit alternativen Modellen, wie sie in der neueren Lehre diskutiert und im Ausland zum Teil verwirklicht sind. Erwähnt werden soll lediglich der Ansatz des anglo-amerikanischen Rechts, welches nicht auf die Art des verletzten Rechtsguts abstellt, sondern an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht anknüpft. Reine Vermögensschäden können so im Grundsatz gleich behandelt werden wie absolute Rechtsgüter; eine Haftungsbegrenzung kann nach einheitlichen Kriterien durch Bildung von Fallgruppen von Sorgfaltspflichten erfolgen.¹⁰

Insgesamt ist die Neufassung des Widerrechtlichkeitsbegriffs in der Vernehmlassungsvorlage aus der Sicht der SGCI verunglückt, da die Rechtswidrigkeit jegliche Konturen verloren hat und ihre haftungsbegrenzende Funktion nicht mehr wahrnehmen kann. Es sind daher vom Gesetzgeber Alternativen zu formulieren.

⁷ Vgl. nur Schwenzer, a.a.O.(Anm. 1), Rn. 50.29 f.

⁸ Nach der Adäquanztheorie ist ein Schaden dann zurechenbar, wenn er nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung für den Schädiger vorhersehbar sein musste.

⁹ Vgl. zum ganzen Problemkreis: Delcò, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Diss., Zürich 2000.

¹⁰ So Schönenberger, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Diss. Basel 1999, 149 ff.; Schwenzer, a.a.O. (Anm. 1), Rn. 50.04 m.w.Nw.

SGV: Trotz Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts kann die Widerrechtlichkeit nur bei Verstoss gegen eine entsprechende Verhaltensnorm bejaht werden, was gerade auch für die Gefährdungshaftungen gilt. Dies führt dazu, dass die notwendige Haftungsbegrenzung erst auf der Stufe der Kausalität vorgenommen wird. Da aber die Rechtsprechung unter Anwendung der sogenannten Adäquanztheorie dazu neigt, im Zweifel den Kausalzusammenhang zu bejahen, geht von der Voraussetzung des Kausalzusammenhang keine echte Begrenzungswirkung aus.

Bezüglich der in Artikel 46 Abs. 2 erwähnten „vertragliche Pflicht“ verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Artikel 42 VE.

SVV: Antrag:

¹Rechtswidrig ist eine Schadenszufügung, die durch einen Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter oder durch Verletzung einer Schutznorm entsteht.

²Eine Verpflichtung zum Schadenersatz besteht nur, wenn die verletzte Norm gegen einen solchen Schaden schützt, wie ihn die geschädigte Person erlitten hat.

Im Vorentwurf wird die Widerrechtlichkeit je nach Haftungsgrund unterschiedlich definiert. Dieser Ansatz irritiert. Es kann keine unterschiedliche Widerrechtlichkeit je nach Haftungstatbestand geben. Durch den zusätzlichen Einbezug des Verstossens gegen Treu und Glauben wird die Haftung zu weit ausgedehnt.

Im Einklang mit der Meinung der Studienkommission ist die Bestimmung möglichst eng an das heute gängige Konzept anzulehnen. Die Erwähnung der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts und der Schutznormverletzung, ist dabei sinnvoll, denn eine klare Grenzziehung kann in vielen Fällen nicht deutlich vorgenommen werden (nebst den reinen Vermögensschäden auch etwa bei Unterlassungen).

Zumindest rudimentär – mehr ist abstrakt nicht möglich – sollte im Gesetz angegeben werden, was unter einer Schutznorm verstanden wird, dass dabei der teleologischen Ausrichtung besondere Bedeutung beizumessen ist.

Uni GE: La notion d'illicéité n'est pas clairement définie à l'art. 46 AP. Cela la prive de l'essentiel de son utilité en tant que limite posée à la responsabilité des sujets de droit. Le „fait dommageable“ est une notion floue si elle ne vise pas le comportement personnel qui est à l'origine du dommage. L'illicéité gagnera en précision si elle n'est pas étendue à toutes les hypothèses de responsabilité, y compris la responsabilité pour risque (art. 50 AP) ou dans les entreprises (art. 49a AP; voir *infra* C), mais qu'elle est limitée au comportement personnel de l'auteur du dommage. Le choix de l'avant-projet qui consiste à retenir une définition différente de l'illicéité selon qu'elle vise le comportement d'une personne (art. 46 al. 2 AP) ou un cas de responsabilité objective (art. 46 al. 1 AP), n'est pas heureux.

La clé du système est la distinction entre le dommage que doit supporter la victime selon l'adage *casum sentit dominus* et celui qu'elle peut faire supporter par autrui. Le critère de l'illicéité ne peut pas apporter de réponse générale qui soit claire et prévisible. Est déterminant le fait que le

dommage soit survenu dans les conditions prévues par la législation et qui justifient qu'on en fasse supporter la charge économique à autrui. L'illicéité est pertinente pour les comportements (la question de la faute étant naturellement réservée). Elle ne l'est pas pour les responsabilités fondées sur les risques ou pour les responsabilités objectives simples (cf. *infra* C).

La définition de l'art. 46 AP n'est pas exactement le reflet des „solutions admises aujourd'hui par la doctrine dominante et la jurisprudence“, contrairement à l'intention affichée par les auteurs de l'avant-projet (Rapport explicatif, p. 99). La mention de la violation d'un „droit“ du lésé conduit à une définition trop étroite (alinéa 1^{er}), l'alinéa 2 à une définition trop large de l'illicéité. Selon la conception traditionnelle, l'illicéité est réalisée, soit en cas d'atteinte à un droit absolu (vie, intégrité corporelle, propriété, etc.), soit en cas de violation d'une norme de comportement destinée à protéger le bien juridique lésé. On a coutume de parler d'illicéité de résultat (*Erfolgsunrecht*), dans le premier cas, d'illicéité de comportement (*Verhaltensunrecht*), dans le second (ATF non publié du 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, 551 c. 1a; ATF 124 / 1998 III 297 c. 5b, SJ 1998 460, 463 s.; ATF 119/1993 II 127 consid. 3, JT 1994 I 298, 301 et 300; Heinz REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2^e éd., Zurich 1998, N. 670 ss).

Selon les auteurs de la présente réponse, l'illicéité est toujours réalisée par la violation d'une norme de comportement (G. PETITPIERRE, *Les fondements de la responsabilité civile*, RDS 116 / 1997 I 273 ss, 277; W. PORTMANN, *Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?*, RSJ 93 / 1997 273 ss, 277), qu'il s'agisse d'une norme destinée à protéger un droit absolu ou d'une norme qui prescrit ou interdit un comportement dans le but de protéger le lésé contre certaines atteintes. Cette norme de comportement peut résulter du droit écrit ou non écrit, public ou privé, fédéral ou cantonal, pourvu que son interprétation permette d'admettre la protection du lésé. Elle peut aussi découler des principes généraux du droit, comme des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC).

Les règles de la bonne foi supposent l'existence d'un rapport particulier entre deux personnes, qui sont alors tenues d'adopter un comportement conforme à ces règles. Ce rapport particulier prend généralement la forme d'un contrat. Dans cette hypothèse, la violation du devoir relatif fondé sur les règles de la bonne foi est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO. Il n'est cependant pas exclu qu'un devoir général découle exceptionnellement de l'art. 2 al. 1 CC, même si le cas ne se présente que rarement. C'est pourquoi, il est nécessaire de reconnaître aux règles de la bonne foi le caractère d'une norme fondamentale de protection (dans le même sens, Rapport, p. 104 s.), ce que le Tribunal fédéral n'a, jusqu'à présent, pas admis (ATF 124 / 1998 III 297, SJ 1998 460, 464 c. 5c; ATF 121 / 1995 III 350, 354 c. 6b). Une telle conception de l'illicéité est suffisamment souple et ouverte pour permettre au juge d'appréhender les situations dans lesquelles une réparation s'impose. Elle est en même temps suffisamment claire pour assurer la prévisibilité de la solution.

Etant donné les réflexions qui précèdent, les auteurs de la présente réponse proposent la définition suivante de l'illicéité:

Un acte est illicite lorsqu'il est porte atteinte à un droit absolu ou à un intérêt autrement protégé par l'ordre juridique.

L'avant-projet (art. 42 et 46 al. 2) étend l'exigence de l'illicéité à toutes les hypothèses de la responsabilité civile.

Il est contestable sur le fond que l'illicéité soit nécessaire dans les situations où la loi a voulu une responsabilité causale indépendante d'un comportement personnel concrètement déterminé du responsable (dans le même sens, Stefan WEBER, *Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung*, in Gauch / Schmid (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, p. 253 ss, 269 s.; DESCHENAUX / TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982, § 2 N 24, p. 41; *contra*: REY, N 669). Le vocabulaire utilisé le confirme: l'ouvrage, l'organisation, le risque spécifique, etc. sont autant de conditions spécifiques de responsabilité auxquelles l'illicéité n'ajoute rien. La question pertinente est de déterminer le champ de protection de chaque norme. Une référence toute générale à l'illicéité n'apporte aucune solution à cette question.

Uni LA: Nous ne revenons pas ici sur les points que nous avons déjà relevés ci-dessus en relation avec la notion d'illicéité.

En revanche nous tenons ici à souligner, à titre liminaire, que la vraie révolution proposée par l'avant-projet réside dans la modification substantielle de la notion d'illicéité.

A notre avis, la modification de la substance du concept n'est pas la conséquence des autres modifications proposées, notamment en ce qui concerne l'art. 42 AP, mais bien l'élément essentiel, préalable, à ces modifications.

La nouvelle définition de l'illicéité introduit deux concepts additionnels aux concepts traditionnellement retenus comme réalisant cette condition de la responsabilité civile: en plus de la violation des droits subjectifs absolus ou de normes protectrices de l'ordre juridique, l'avant-projet propose de retenir également comme illicites les comportements contraires au principe de la bonne foi ou ceux contraires à un devoir contractuel.

Nul doute que l'inclusion dans la notion d'illicéité des comportements contraires à la bonne foi aura pour conséquence une extension considérable de la jurisprudence *Swissair* et de ses dérivés (voir ATF 120 II 334 et ATF 121 III 354) créant *expressis verbis* une responsabilité fondée sur la confiance.

Mais c'est surtout l'intrusion du droit de la responsabilité civile dans le champ jusqu'alors exclusivement régi par le principe de la relativité des conventions qui nous intéresse ici:

Ainsi que les auteurs de l'avant-projet l'admettent expressément (Rapport, p. 104, *ad n.* 2.3.3.3), la nouvelle définition de l'illicéité englobera également les cas où une partie en incite une autre à violer ou à rompre un contrat conclu avec un tiers (ces actes étant considérés comme illicites car contraire au principe de la bonne foi au sens de l'art. 46 AP). Jusqu'à présent, une telle hypothèse était limitativement envisagée dans le cadre de l'art. 4 LCD, notamment aux lettres a, b et d de cette disposition. Or, si l'on comprend correctement le Rapport explicatif, la nouvelle notion de l'illicéité permettra de déclarer illicites – et partant de fonder une respon-

sabilité lorsque les autres conditions légales sont remplies – des comportements qui jusqu'à présent ne tombaient pas sous le coup de ces dispositions. Du coup, s'élargira considérablement le droit pour un contractant déçu ou un concurrent écarté de s'en prendre à celui qu'il considérera comme l'auteur d'un acte illicite.

On peut notamment à ce propos songer à la délicate question de la protection ou de la non-protection des systèmes de distribution sélective ou exclusive.

Si l'on prend le cas des systèmes de distribution sélective qui bénéficient d'une relative protection légale (c'est-à-dire: qui ne sont pas considérés comme nuls car violant les règles en matière de concurrence et de cartels), tout distributeur „sélectionné“ (c'est-à-dire remplissant les conditions pour être autorisé à vendre les produits distribués par l'intermédiaire du réseau de distribution sélective) pourrait s'en prendre à tout importateur ou revendeur parallèle (sur la base des art. 41 ss AP) en faisant valoir que la simple existence d'une importation parallèle ou d'une revente hors le cadre du système de distribution sélective trahissent le fait qu'il y a eu, en amont, une violation des obligations contractuelles de l'un des distributeurs agréés, et cela même si cette violation est intervenue à l'étranger!

Les auteurs du projet ont-ils réellement en vue une telle extension du champ de la responsabilité délictuelle?

Uni ZH Honsell: Grundsätzlich behält der Entwurf zunächst die traditionelle Rechtswidrigkeitslehre (absolut geschützte Rechtsgüter, Schutznorm) bei, macht aber aus dem zweiteiligen Rechtswidrigkeitsbegriff einen vierteiligen. Neu kommen die Vertragswidrigkeit und die Verletzung von Treu und Glauben hinzu.

Im Bereich der alten Zweiteilung ist die Formulierung von Art. 46 VE unklar. Nach Abs. 1 ist eine Schädigung widerrechtlich, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt. Nach Abs. 2 ist eine Schädigung, die „*im Verhalten einer Person*“ besteht, widerrechtlich, wenn sie gegen Treu und Glauben, gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung oder gegen einen Vertrag verstösst. Diese Gegenüberstellung ist schief: Auch Schädigungen i.S.v. Abs. 1 bestehen im Verhalten einer Person.

Rechtswidrigkeit kann nach Art. 46 Abs. 2 VE u.a. auch in einem Verstoß gegen Treu und Glauben liegen. Dies hat Bedeutung für reine Vermögensschäden, die in diesem Fall nach Deliktsrecht ersetzt werden sollen. Diese Neuerung hat die h.L. in Rsp. und Lehre bisher zu Recht abgelehnt. Der Entwurf übernimmt sie ungeprüft. Treu und Glauben ist ein wichtiges rechtsethisches Prinzip, das jedoch im Deliktsrecht keine Funktion hat, weder beim Haftungsgrund, noch beim Schadensumfang. Gegen das neue Prinzip ist zunächst einzuwenden, dass der Gesetzgeber *de lege lata* die Grenzen ganz anders gezogen hat, indem er in Art. 41 Abs. 2 OR nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung einen Anspruch bejaht, nicht hingegen schon bei einer Verletzung von Treu und Glauben. Ein oberflächlicher Betrachter könnte darin einen rechtlichen Fortschritt in Richtung sittlicher Verfeinerung sehen. Indessen wäre dieser Befund falsch. Denn die Ausweitung der Haftung korrespondiert mit einem Verlust von Handlungsfreiheit und Privatautonomie. Die neue Lehre widerspricht

auch dem Wortlaut von Art. 2 ZGB, der ein Handeln nach Treu und Glauben bei der Ausübung von Rechten bzw. bei der Erfüllung von Pflichten verlangt und damit ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt. Auf ein bloss deliktisches Aufeinandertreffen ist er nicht anwendbar. Verzichtet man auf die Voraussetzung dieses Sonderrechtsverhältnisses, wird das Prinzip von Treu und Glauben bei jedem Kontakt einschlägig, auch beim Delikt. Damit würde aber das gesamte Privatrechtssystem mit seinem differenzierten Interessenausgleich im Schuldrecht aus den Angeln gehoben. Eine Verletzung von Treu und Glauben begründet deshalb nach geltendem Recht keine Widerrechtlichkeit i.S.v. OR 41 I. Fehlt die Widerrechtlichkeit, so besteht eine ausservertragliche Haftung nach dem klaren gesetzgeberischen Willen nur bei *vorsätzlicher sittenwidriger* Schädigung (Art. 41 II OR). Der Systematik des Haftpflichtrechts liegt ein inneres System zugrunde, das bei dessen Beseitigung ebenfalls entfällt, was zu einer bedenklichen Erosion des Haftpflichtrechts und zu grosser Rechtsunsicherheit führen würde.

Würde die Neuregelung Gesetz, ginge die haftungsbegrenzende Wirkung der Rechtswidrigkeit gänzlich verloren und die deliktische Haftung würde uferlos. Dies gilt insbesondere für die Haftung aus Rat und Auskunft, für die Fälle des ungerechtfertigten Prozessierens u.v.a.

Die Neueinführung von Treu und Glauben als Schutznorm könnte zum Einfallstor für eine neue Welle der Anspruchsmentalität und Ersatzbegehrlichkeit werden. Die Richter könnten nämlich versucht sein, an die Stelle dogmatisch begründeter Urteile unter Berufung auf Treu und Glauben einfach nach ihrem Rechtsgefühl zu entscheiden.

Uni ZH Portmann: Widerrechtlich ist nach Art. 46 Abs. 1 VE eine Schädigung, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt. Die Verfasser des Vorentwurfs bekennen sich ausdrücklich zur objektiven, dualistischen Auffassung der Widerrechtlichkeit. Ihr gemäss wird die Widerrechtlichkeit entweder durch die Verletzung eines absoluten Rechts oder durch den Verstoss gegen eine besondere Verhaltensnorm begründet. Die Fassung von Art. 46 Abs. 1 VE bringt nicht genügend zum Ausdruck, dass es um die *Verletzung absoluter Rechte* geht, obschon dies gemäss Erläuterndem Bericht ihr Sinn sein soll. Auch relative Rechte, die wie etwa der erbrechtliche Teilungsanspruch unmittelbar auf dem Gesetz beruhen, sind „von der Rechtsordnung geschützte Rechte“; ihre Einordnung unter Abs. 1 ist jedoch vom Vorentwurf nicht gewollt.

Vorschlag zu Art. 46 Abs. 1 VE: „Widerrechtlich ist eine Schädigung, die ein gegenüber allen Personen geschütztes Recht verletzt.“ Selbstverständlich lässt sich die Wendung „ein gegenüber allen Personen geschütztes Recht“ durch „ein absolutes Recht“ ersetzen, sofern man die Übernahme dieses Fachausdrucks in den Gesetzestext nicht scheut.

Besteht die Schädigung im Verhalten einer Person, so ist dieses nach Art. 46 Abs. 2 VE dann widerrechtlich, wenn es gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht verstösst.

Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben setzt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich eine *rechtliche Sonderverbindung* zwischen den Parteien voraus; Art. 2 ZGB „bezieht sich

in der Hauptanwendung auf bereits bestehende oder angebaute Rechtsbeziehungen“. Die Verfasser des Vorentwurfs lehnen das Erfordernis der Sonderverbindung ausdrücklich ab. Sie berufen sich dazu auf eine Minderheit der Lehrmeinungen, wonach die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben an sich die Widerrechtlichkeit begründe. KELLER/GABI, auf die sie verweisen, halten aber im Gegenteil fest, dass zwar jede gegen Treu und Glauben verstossende Schädigung widerrechtlich sei, betonen aber gleichzeitig, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben und damit Widerrechtlichkeit nur unter der Voraussetzung vorliegt, „dass zwischen Schädiger und Geschädigtem ein besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis besteht“. In diesem Vertrauens- und Treueverhältnis verwirklicht sich für diese Autoren die rechtliche Sonderverbindung, „wie sie die herrschende Lehre als Voraussetzung der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB fordert“. Das Vorhandensein einer Sonderverbindung (in Gestalt eines Vertrauens- und Treueverhältnisses) wird somit explizit vorausgesetzt; der künftigen Rechtsprechung wird die Aufgabe zugewiesen, „durch Bildung weiterer Fallgruppen die Konkretisierung der rechtlichen Sonderbindung zu vervollständigen“. OFTINGER und OSER/SCHÖNENBERGER, auf die ebenfalls verwiesen wird, äussern sich nicht zur Frage der rechtlichen Sonderverbindung.

Für die im ERLÄUTERNDEN BERICHT vertretene Auffassung lässt sich auch nichts aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewinnen. BGE 116 Ia 162, ein Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, betraf die Frage der Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Strafverfahrens. Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich hierbei „um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten“. Das Gericht behandelte in allgemeiner Weise die Haftungsvoraussetzungen der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens und des Kausalzusammenhangs. Zu den Verhaltensnormen, bei deren Verletzung die Widerrechtlichkeit begründet wird, zählte es unter anderem auch „das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben“. Zur Frage, ob dieses Verbot nur innerhalb oder auch ausserhalb einer rechtlichen Sonderverbindung gelte, *äusserte es sich nicht*. Die Erwähnung von Treu und Glauben stellt ohnehin ein blosses obiter dictum dar; die Frage, ob der Angeschuldigte tatsächlich gegen Treu und Glauben verstossen hatte, wurde nicht geprüft. Überhaupt fehlte es an einem zivilrechtlichen Verhältnis. BGE 116 Ia 162 ff. ist somit nicht geeignet, an der Rechtslage etwas zu ändern, wie sie sich gemäss herrschender Lehre und aufgrund von BGE 108 II 305 Erw. 2b ergibt. Das Bundesgericht führte in diesem Entscheid aus, der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben knüpfe, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB ergebe, an bereits bestehende Rechte und Pflichten einer Person an. Wo jemand weder nach Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet sei, könne eine solche Pflicht höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen selbständig aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden.

Mit der neueren Lehre ist indessen festzuhalten, dass der *Ausdruck* „rechtliche Sonderverbindung“ irreführend ist; Art. 2 ZGB betrifft auch Fallgruppen der gesetzlich oder vertraglich noch nicht, nicht oder nicht

mehr geregelten Beziehungen, die trotzdem rechtlich relevant sind. Die rechtliche Relevanz dieser Beziehungen ergibt sich aus der *Teilnahme am Rechtsverkehr*. Wer am Rechtsverkehr teilnimmt, hat die „Verkehrsregeln“ der Redlichkeit, Loyalität und Korrektheit zu befolgen.

Trotz ihrer äusserlichen Verschiedenheit dienen aber die Formulierungen

- von Art. 2 Abs. 1 ZGB (Beschränkung auf Rechtsausübung und Pflichterfüllung)
- von BGE 108 II 311 (Beschränkung auf eng umgrenzte Ausnahmefälle)
- von MERZ und der herrschenden Lehre (grundsätzlich Beschränkung auf rechtliche Sonderverbindungen)
- von BAUMANN und der neueren Lehre (Beschränkung auf rechtlich relevante Beziehungen, gegeben bei Teilnahme am Rechtsverkehr)
- alle dem Zweck, *die unmittelbare Herleitung von Pflichten* aus Treu und Glauben, die sich nicht aus einer anderen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung ergeben, *sinnvoll zu begrenzen*. Das führt zu einer dosierten Haftung, die sich in spezifischen Fallgruppen manifestiert. Zu diesen gehören:
 - die Haftung aus culpa in contrahendo
 - die allgemeine Vertrauenshaftung, konkretisiert als Haftung für die ausservertragliche Erteilung von Auskunft und Rat (z.B. BGE 111 II 471), als Haftung aus dem Inverkehrbringen von Schriftstücken (z.B. BGE 101 II 69, Arbeitszeugnis), als Haftung der Muttergesellschaft aus Erklärungen gegenüber Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaft (BGE 120 II 331) oder als Haftung eines Sportvereins wegen rechtsmissbräuchlicher Änderung des Selektionsverfahrens (BGE 121 III 350)
 - die Haftung aufgrund eines prozessualen Verhältnisses (z.B. BGE 112 II 32, Baueinsprache)

Von diesen bewährten Haftungsschranken will sich der Vorentwurf erklärermassen lösen; „ein sozialer Kontakt, selbst ein zufälliger oder ein mittelbarer, genügt“. Damit ist das Tor geöffnet, um aus Treu und Glauben eine unbegrenzte Vielzahl von Pflichten, nicht nur von Unterlassungs-, sondern auch von Handlungspflichten herzuleiten. Der Grundsatz von Treu und Glauben wird zu einer *pflichtenerzeugenden Generalklausel* umfunktioniert. Das hat namentlich folgende Konsequenzen:

- Die Voraussehbarkeit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens und damit auch die Voraussehbarkeit einer allfälligen Haftung wird stark erschwert. Das führt zu einer *erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit*.
- Nach geltendem Recht besteht keine *allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden*. Dem absoluten Recht einer Person entspricht grundsätzlich nur eine Unterlassungspflicht jeder anderen Person; eine Handlungspflicht kann sich jedoch ausnahmsweise aus einer besonderen gesetzlichen Bestimmung oder aus einer Garantstellung ergeben. Die schrankenlose Anwendung von Treu und Glauben eröffnet die Möglichkeit, von diesen Grundsätzen abzurücken und eine allgemeine Rechtspflicht einzuführen, beliebige Dritte durch aktives Tun vor Schaden zu bewahren. Wird das Erfordernis der

Sonderverbindung (oder eines entsprechenden Äquivalents) preisgegeben, so erscheint eine solche Pflicht als naheliegende Mutation der Schutzpflichten, die von Lehre und Rechtsprechung aus Art. 2 ZGB hergeleitet werden. Der Erläuternde Bericht erwähnt denn auch „den Fall der Person, die einen Menschen nicht auf die ihm drohende Gefahr aufmerksam macht“. Muss inskünftig ein Anlageberater, der durch das Gespräch mit einem Kunden von einer bevorstehenden Fehlinvestition eines Dritten Kenntnis erhält, diesem ungefragt vom Geschäft abraten? Muss ein in den Ferien weilender Hautarzt andere Badegäste, bei denen er verdächtige Hautveränderungen wahrnimmt, zu einer ärztlichen Untersuchung auffordern? Diese Beispiele zeigen, wie unpraktikabel eine allgemeine Rechtspflicht wäre, im Interesse anderer tätig zu werden, mag sie unter ethischen Gesichtspunkten auch wünschbar sein.

- Die beabsichtigte Ausweitung des Prinzips von Treu und Glauben kollidiert ferner mit dem Grundsatz, dass *Reflexschäden* nicht ersatzfähig sind. Das macht ein von den Verfassern des Vorentwurfs selbst angeführtes Beispiel deutlich: Der Mieter, der nach Beendigung der Miete ohne Recht in den Räumlichkeiten bleibt und damit dem neuen Mieter deren Gebrauch verunmöglicht, soll diesem gegenüber schadenersatzpflichtig werden. Muss dann nicht auch der Automobilist gegenüber dem Theaterunternehmen haftbar werden, wenn er durch rücksichtsloses Fahren einen Schauspieler verletzt, sodass Vorstellungen abgesagt werden müssen und dem Theaterunternehmen Einnahmen entgehen? Reflexschäden sind aus gutem Grund in der Regel nicht ersatzfähig, da sonst ein schädigendes Ereignis eine nicht abreissende Kette von Haftpflichtforderungen zur Folge hätte.
- Betroffene, die reine Vermögensschäden oder Reflexschäden erlitten haben, werden in Zukunft eine extensive Herleitung von Pflichten aus Treu und Glauben verlangen. Da kaum voraussehbar ist, wo die Gerichte im jeweiligen Einzelfall die Grenzen ziehen werden, muss mit einer *grossen Zahl entsprechender Prozesse* gerechnet werden, was die ohnehin schon überlasteten Gerichte weiterem Druck aussetzen wird.

Um die aufgezeigten negativen Auswirkungen zu vermeiden, muss die Aufnahme von Treu und Glauben in Art. 46 Abs. 2 VE mit einem *einschränkenden Zusatz* versehen werden. Nur so kann auch ein grundlegender Widerspruch zu Art. 2 ZGB vermieden werden, der für den Bereich des Obligationenrechts ebenfalls Gültigkeit hat und dessen Änderung nicht vorgesehen ist. Die Formel von Treu und Glauben „in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten“ wäre aber für eine Aufnahme in Art. 46 Abs. 2 VE zu schwerfällig und mit Blick auf den praktizierten Anwendungsbereich von Art. 2 ZGB zu eng. Gleiches gilt, wie oben bereits ausgeführt, für die Wendung „Treu und Glauben im Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung“. Im Anschluss an die neuere Lehre empfiehlt sich daher der Ausdruck „*Treu und Glauben im Rechtsverkehr*“, sofern man nicht überhaupt auf die Erwähnung von Treu und Glauben bei der Widerrechtlichkeit verzichten will.

Im Hinblick auf eine Neuformulierung von Art. 46 Abs. 2 VE bleibt auf *zwei Nebepunkte* hinzuweisen, die nicht unmittelbar Treu und Glauben betreffen:

- Der Satzteil „so ist dieses dann widerrechtlich“ sollte lauten: „so ist dieses auch dann widerrechtlich“; die Schädigung durch das Verhalten einer Person ist nicht nur in den Fällen von Abs. 2 widerrechtlich, sondern auch im Fall von Abs. 1, d.h. wenn die schädigende Person durch ihr Verhalten ein absolutes Recht einer anderen Person verletzt.
- Mit dem Verstoss „gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung“ ist nur die Verletzung einer sogenannten Schutznorm gemeint, d.h. einer Norm, die den Schutz des verletzten Interesses bezweckt. Diese wichtige und zutreffende Einschränkung sollte im Gesetzestext Ausdruck finden, beispielsweise durch die Wendung: „wenn es gegen eine gesetzliche Schutzvorschrift verstösst“.

Vorschlag zu Art. 46 Abs. 2 VE: „Besteht die Schädigung im Verhalten einer Person, so ist dieses auch dann widerrechtlich, wenn es gegen eine gesetzliche Schutzvorschrift oder gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr verstösst.“ Der Satzteil „gegen eine vertragliche Pflicht“ entfällt, wenn in Berücksichtigung der in Ziff. II oben vorgetragenen Bedenken auf einen Einbezug der positiven Vertragsverletzung in das allgemeine Haftpflichtrecht verzichtet wird.

341.14 Art. 46a

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Es scheint uns zwingend, dass eine schädigende Handlung, die durch das öffentliche Recht geboten ist, in Art. 46a Abs. 1 VE ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund genannt wird.

JU: Cf. ad art. 46.

TG: Warum der Notstand nicht mehr unter den Rechtfertigungsgründen geregelt werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

VD: La distinction entre cette disposition et l'art. 59 AP, relatif à l'état de nécessité, n'est pas claire.

VS: Cf. ad art. 45.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Zum erläuternden Bericht (S. 104 f) ist zu ergänzen, dass die Einwilligung (Art. 46a Abs. 2) nicht nur hinsichtlich der Willensbildung der Geschädigten (z.B. informed consent in der Arzthaftung) gültig sein, sondern sich auch auf ein verzichtbares Rechtsgut beziehen muss (keine Einwilligung in Tötung). Zur Inkohärenz der Bestimmung mit Art. 57 siehe dort.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SBVer: Die Notwehr- bzw. Notstandsklausel (Begriffe des Strafrechts!) in Absatz 2 wäre in folgendem Sinn zu ergänzen:

„²[Eine Schädigung] ist ferner insoweit nicht widerrechtlich, als die geschädigte Person in sie eingewilligt hat, ~~oder~~ der Schädiger in berechtigter Notwehr gehandelt oder zur Sicherung eines berechtigten Anspruchs sich selbst *bzw. einem Dritten* den Schutz verschafft hat, den er nach den gegebenen Umständen von amtlicher Seite nicht rechtzeitig erlangen konnte.“

SVV: Antrag:

Die Zufügung eines Schadens ist insoweit nicht rechtswidrig, als der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat oder der Schädiger aufgrund einer gesetzlichen oder amtlichen Ermächtigung gehandelt, sich gegen einen unberechtigten Angriff zur Wehr gesetzt oder zur Sicherung eines berechtigten Anspruchs sich selbst den Schutz verschafft hat, den er von amtlicher Stelle nicht rechtzeitig erlangen konnte.

Art. 46a äussert sich zu den Rechtfertigungsgründen. Dabei werden öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Gründe in zwei Absätzen unterschieden, was sich nicht rechtfertigen lässt. Klarer ist die Version der Studienkommission. Wir beantragen, deren Version zu übernehmen.

Uni GE: „Fait dommageable“ (al. 1):

- problème de structure générale: la disposition est floue, parce que le fait „imputable“ peut consister dans un comportement humain, un défaut d'organisation ou le risque (Rapport, p. 106, 2.3.4.1)
- en rapport avec l'art. 50 AP, comment le droit public peut-il commander une activité à risque?

Uni ZH Portmann: Art. 46a Abs. 2 VE enthält die Rechtfertigungsgründe der Einwilligung, der Notwehr und der Selbsthilfe; Art. 59 VE regelt den Notstand. Diese Bestimmungen sind nicht zu beanstanden. Hingegen ist Art. 46a Abs. 1 VE in zweifacher Hinsicht unvollständig:

- Eine Schädigung ist nicht nur gerechtfertigt, wenn sie durch das öffentliche Recht geboten ist, sondern auch wenn sie durch das öffentliche Recht *erlaubt* ist. Der Unterschied wirkt sich namentlich dann aus, wenn einem Träger hoheitlicher Gewalt ein entsprechender Ermessensspielraum zusteht, d.h. wenn er eine Eingriffshandlung vornehmen kann, aber nicht muss. Da alles, was geboten ist, auch erlaubt ist, aber nicht alles, was erlaubt ist, auch geboten ist, genügt es, in Art. 46a Abs. 1 VE das Wort „geboten“ durch „erlaubt“ zu ersetzen. Die Formulierung „erlaubt oder geboten“ wäre sachlich ebenfalls richtig, aber im vorliegenden Zusammenhang pleonastisch. Nur „geboten“ ist aber jedenfalls zu eng.
- Eine Schädigung ist nicht nur gerechtfertigt, wenn sie durch das öffentliche Recht, sondern auch wenn sie durch das Privatrecht erlaubt ist. Der Rechtfertigungsgrund der *privatrechtlichen Befugnis* ist in der haftpflichtrechtlichen Lehre anerkannt.

Vorschlag zu Art. 46a Abs. 1 VE: „Eine Schädigung ist insoweit nicht widerrechtlich, als sie durch das Privatrecht oder das öffentliche Recht erlaubt ist.“

VÖV: Artikel 46a bestimmt, dass eine Schädigung nicht widerrechtlich ist, als sie durch das öffentliche Recht geboten wird. Die Bestimmung ist für den öffentlichen Verkehr zu eng und es werden Sachverhalte nicht erfasst, die im öffentlichen Verkehr tagtäglich vorkommen (z.B. Toilettenpapier flattert aus dem Zug in einen Privatgarten). Der Sachverhalt wird nicht vom öffentlichen Recht umfasst, wohl aber vom öffentlichen Interesse. Wir beantragen eine entsprechende Anpassung von Artikel 46a.

Antrag: „öffentliches Recht“ ist zu ergänzen mit „öffentliches Interesse“.

341.15 Art. 47

Kantone / Cantons / Cantoni

JU: Le projet de loi en matière de responsabilité civile retient, à son art. 47, la notion de „causalité juridique“ afin de montrer que la notion de causalité ne correspond pas au sens que donnent à ce terme la logique et les sciences naturelles (rapport explicatif, p. 110). De notre point de vue, la notion de „causalité juridique“ est particulièrement floue et risque d'entraîner un certain nombre de confusions.

En effet, il est, sauf erreur, inédit dans l'ordre juridique suisse et il est très délicat de comprendre ce qu'il recouvre. Seule la lecture du rapport permet de comprendre le problème que cherche à résoudre le législateur. Par conséquent, nous pensons qu'il serait important, soit de préciser la notion de „causalité juridique“, soit de retenir la notion de „causalité adéquate“ qui est actuellement bien connue du juriste suisse mais qui prête le flanc à la critique. La notion de „causalité qualifiée“ serait elle aussi à même de remplacer avantageusement celle retenue par les auteurs de l'avant-projet, car elle indique clairement que le simple fait qu'il existe un rapport de causalité naturelle entre l'acte illicite et le dommage ne suffit pas à créer une obligation de réparer.

Comme pour l'illicéité, le raisonnement en deux étapes institué par les auteurs du projet paraît parfaitement adapté et clair. Il permet de comprendre facilement le raisonnement à tenir en matière de rapport de causalité.

SO: Der Begriff „Ursachenzusammenhang“ trifft den Sinn der Bestimmung nicht. Gemeint ist der „Kausalzusammenhang“, ein Begriff, der in der Rechtsliteratur und in der Rechtsprechung definiert worden ist und nicht durch einen neuen Ausdruck ersetzt werden sollte.

TG: Diese gesetzlichen Regelungen erscheinen nicht notwendig, da sie im Wesentlichen nur eine Zusammenfassung der bestehenden Rechtsprechung bedeuten. Die in diesem Bereich vorgesehenen wenigen inhaltlichen Änderungen sind relativ belanglos; z.B. wird mit der Formulierung "in offensichtlich überwiegender Weise“ (Art. 47a VE) keine zusätzliche Klarheit gewonnen.

VD: Le Conseil d'Etat considère que le terme de causalité „juridique“ est pour le moins peu clair: si l'on en croit le rapport explicatif, il est sciemment

renoncé à codifier le concept de causalité adéquate, qui est pourtant appliqué depuis plusieurs années tant par le Tribunal fédéral que par les juridictions cantonales. Le Conseil d'Etat est cependant d'avis qu'il est préférable de codifier une notion ayant une signification sur le plan juridique, même si elle est critiquée, que d'introduire un terme nouveau et mal défini.

VS: Cf. ad art. 45.

ZH: Mit der Formulierung „in offensichtlich überwiegender Weise“ wird keine zusätzliche Klarheit gewonnen. Es ist auch ohne diese Verstärkung klar, dass ein hoher Intensitätsgrad gefordert ist.

Organisations / organisations / organizzazioni

SAV: Der Vorentwurf spricht in Art. 47 von „einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang“, womit zumindest nach der zur Zeit herrschenden Lehre und Rechtsprechung die Leerformel der Adäquanzlehre gemeint ist. Die Norm lässt aber immerhin Raum dafür, dass die Rechtsprechung den rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang auf eine andere Grundlage stellen kann.

SBVer: Statt des zu offenen Begriffs des „rechtlich bedeutsamen“ sollte - wie herkömmlich - auf den natürlichen und angemessenen (adäquaten) Ursachenzusammenhang abgestellt werden.

Ausserdem regen wir an, die Umschreibung des haftungsbegründenden Kausalzusammenhangs *nicht hier, sondern in Art. 41 VE* vorzunehmen (s. dort). Art. 47 VE würde damit überflüssig.

SGV: Die unter dem Titel Ursachenzusammenhang vorgeschlagene Fassung ist ein Rückschritt gegenüber dem heutigen Zustand. Obwohl die geltende Formel des Bundesgerichts in der Lehre umstritten ist, hat sie sich in der Praxis mangels „adäquater“ Alternative bewährt und sollte daher ins Gesetz übernommen werden.

SVV: Antrag:

Titel: Kausalzusammenhang

Eine Person ist nur ersatzpflichtig, ~~soweit~~ sofern der ihr zuzurechnende Sachverhalt ~~zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht~~ wesentlich und massgeblich zum Eintritt und zur Höhe des Schadens beigetragen hat.

Der Vorentwurf enthält im Vergleich zur heutigen Rechtslage keine materiellen Änderungen, aber auch keine Klärung der bedeutsamen Frage, nach welchen Kriterien die kausale Zurechnung erfolgen sollte. Eine entsprechende Konkretisierung ist anzustreben. Mit den zusätzlichen Kriterien „wesentlich und massgeblich“ wird einerseits ein qualitatives und andererseits ein quantitatives Element eingeführt: Die Zurechnung muss nämlich auch nach Billigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt sein und der Tatbeitrag sollte sich spürbar auf die eingetretene Schädigung auswirken. Bloss zufällige Begleitursachen rechtfertigen eine Zurechnung noch nicht.

Im Übrigen sollte der Begriff Ursachenzusammenhang oder ursächlicher Zusammenhang durch den gängigen Begriff des Kausalzusammenhangs ersetzt werden.

Uni GE: - Fait „imputable“: la règle exprimée ne résoud pas la question de savoir dans quel cas un fait est imputable au supposé responsable (à son comportement), mais vise seulement le lien entre ce fait et le dommage. Une partie du problème de la causalité est ainsi occulté (cf. *supra*, I.A).

- Causalité „juridique“: le critère est-il le même que le critère traditionnel de la causalité adéquate ou est-il différent, puisqu'il faut garder à l'esprit „que la théorie de la causalité adéquate est en réalité une théorie de la responsabilité“ (Rapport, p. 112)?

Uni ZH Honsell: Am Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs wollte der VE offensichtlich nichts ändern. Allerdings muss der Versuch, die Voraussetzung in einem eigenen Artikel zu umschreiben, als missglückt bezeichnet werden. Nach Art. 47 VE ist eine Person nur ersatzpflichtig, „so weit der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht.“ Abgesehen davon, dass diese Umschreibung schwer verständlich ist, enthält sie eine Selbstverständlichkeit, ja geradezu einen Zirkelschluss: Rechtlich bedeutsam ist nur ein rechtlich bedeutsamer Zusammenhang. Die entscheidende Frage, *wann* ein Kausalzusammenhang rechtlich bedeutsam ist, wird nicht beantwortet.

Das Erfordernis der Adäquanz oder des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, die am häufigsten verwendeten Einschränkungen der natürlichen Kausalität, werden nicht definiert. Das ist auch entbehrlich. Falls man auf eine Definition nicht verzichten wollte, wäre die vom BGer verwendete Formel („nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“) heranzuziehen.

Uni ZH Portmann: Lediglich ein terminologischer Einwand ist gegenüber Art. 47 VE anzubringen. Für die Umbenennung des in der Rechtssprache fest verankerten Ausdrucks „Kausalzusammenhang“ in „Ursachenzusammenhang“ wird weder von den Autoren des Vorentwurfs ein stichhaltiger Grund genannt, noch ist ein solcher ersichtlich. Das Wort „Ursachenzusammenhang“ irritiert aber auch deshalb, weil *nicht ein Zusammenhang von Ursachen, sondern ein Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung* zu bezeichnen ist. Diese Verknüpfung wird durch das Wort „Kausalzusammenhang“ viel treffender zum Ausdruck gebracht.

Vorschlag zu Art. 47: „Eine Person ist nur ersatzpflichtig, soweit der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhang steht.“ Die Umformulierung macht auch eine entsprechende Anpassung des Randtitels erforderlich.

341.16 Art. 47a

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Wir unterstützen, dass die Entlastungsgründe umfassend normiert werden. Art. 47a VE sieht eine *vollständige Entlastung* vor, wenn einer der genannten Entlastungsgründe *offensichtlich überwiegend zum*

Eintritt oder zu dieser Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Den notwendigen Ausgleich zur absoluten Formulierung bringt Art. 56d Abs. 2 VE, wonach das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit (z.B. des Ursachenzusammenhangs) bemessen kann. Der erläuternde Bericht sollte einen entsprechenden Hinweis enthalten.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: In der Luftfahrt mit ihrem Zusammenwirken von Flugbetrieb, Bodenorganisation und Flugsicherung sind Schadenfälle selten, die eindeutig auf eine bestimmte Ursache zurückgeführt werden können. Wie der Absturz der MD-11 der SWISSAIR bei Halifax (1998) oder derjenige des CROSSAIR-Flugzeuges bei Niederhasli (2000) zeigen, kann es Jahre dauern, bis der genaue Ablauf eruiert ist, und letzte Sicherheit ist auch dann nicht immer zu erreichen. Dieses Bewusstsein, dass viele Faktoren zusammenwirken können, veranlasst uns zu Bemerkungen zu den Art. 47a und 56d OR des Gesetzesentwurfes.

Nach Art. 47a OR wird eine Person (der prima vista Schädiger) von jeglicher Haftpflicht entlastet, wenn ein Sachverhalt, der ihm nicht zugerechnet werden kann, in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Sachverhalt, der dem prima vista Schädiger zugerechnet werden kann (Verhalten oder Risiko einer gefährlichen Tätigkeit, auch Betriebsrisiko genannt) und dem Schaden wird verdrängt durch offensichtlich stärkeren Kausalzusammenhang zwischen der höheren Gewalt oder dem Verhalten oder dem Betriebsrisiko, die einem Dritten oder dem Geschädigten selber zuzurechnen sind, und dem Schaden. Was geschieht aber, wenn höhere Gewalt oder Verhalten und Betriebsrisiko eines Dritten oder des Geschädigten selber zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen haben, ohne als einzige Ursache gelten zu können? Es wäre unbillig, den prima vista Schädiger allein haften zu lassen; er müsste dann auch die Folgen der höheren Gewalt, die sonst der Geschädigte trägt, übernehmen. Unseres Erachtens liegt vielmehr Haftungskonkurrenz im Sinne von Art. 53b vor. Neben dem prima vista Schädiger ist auch der Dritte haftpflichtig, und der Geschädigte hat für sein eigenes Verhalten und für seine Betriebsgefahr sowie für die Folgen der höheren Gewalt einzustehen. Im Innerverhältniss wird der Schadenersatz gemäss Art. 53c „nach Massgabe aller Umstände“ verteilt und der prima vista Schädiger hat gegebenenfalls ein Rückgriffsrecht gegenüber dem Dritten. Art. 47a sollte sagen, dass eine Person insoweit von der Haftpflicht entlastet wird, als ein Sachverhalt, der nicht zugerechnet werden kann, wesentlich zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat.

SAV: Art. 47a VE wird vom SAV als in hohem Masse problematisch empfunden. Es geht hier um die Frage der Entlastung zufolge Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs. Nach bisheriger Auffassung ist neben höherer Gewalt nur das äusserst grobfahrlässige Verhalten eines Dritten oder der geschädigten Person selbst geeignet, zu einer Entlastung zu führen. Ansonsten besteht Solidarität oder aber Teilhaftung. Der Vorentwurf spricht bloss vom „Verhalten“ einer dritten oder der geschädigten Person, was Raum dafür lässt, dass eine Entlastung selbst dann Platz greifen

könnte, wenn dieses Verhalten nicht als Verschulden zu qualifizieren wäre. Auch weicht die Norm ohne überzeugende Gründe von Art. 59 Abs. 1 SVG ab mit der Konsequenz, dass bei einer Kausalhaftung das zusätzliche Verschulden der haftpflichtigen Person die Entlastung nicht ausschliessen soll. Im Ergebnis könnte sodann selbst ein dominanter physischer oder psychischer Vorzustand zu einer Entlastung führen.

Es stellt sich die Frage, ob unter dem Aspekt der Kausalität das Alles-oder-Nichts-Prinzip gelten soll. Nach Auffassung des SAV wäre diese Konsequenz abzulehnen. Das scheint im Ergebnis auch die Meinung der Autoren des Vorentwurfs zu sein, wenn sie mit der in Art. 56d Abs. 2 VE zum Ausdruck kommenden Idee der „perte d'une chance“ den Weg für die Zurechnung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit öffnen.

SBVer: Diese Bestimmung über den Haftungsausschluss bei offensichtlich überwiegender Fremdeinwirkung bzw. entsprechendem Fremdverschulden kann gestrichen werden. Der an sich zutreffende Grundsatz erscheint bereits in Art. 52 Abs. 1 VE aufgehoben.

SUVA: Aus Sicht der Suva ist zwar zu bedauern, dass in einem so wichtigen Bereich wie im Strassenverkehrsrecht die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters in dem Sinne eingeschränkt wird, dass sich dieser – im Gegensatz zur heute geltenden Regelung von Art. 59 Abs. 1 SVG – selbst bei eigenem (Mit-) Verschulden von jeglicher Haftpflicht entlasten kann, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 47a VE gegeben sind. Zu Gunsten der Vereinheitlichung und Übersichtlichkeit des Haftpflichtrechts muss aber dieser Nachteil für die Geschädigten und die regressierenden Sozialversicherer wohl in Kauf genommen werden.

SVV: Antrag:

Der Schädiger kann von der Ersatzpflicht entlastet werden, wenn der Schaden durch einen Umstand, der ihm nicht zugerechnet werden kann, derart intensiv mitverursacht oder verschlimmert worden ist, dass seine Haftung nicht mehr angemessen ist, insbesondere durch höhere Gewalt, durch das Verschulden eines Dritten oder des Geschädigten selbst oder durch eine von ihnen zu vertretende besondere Gefahr.

In Art. 47a VE-OR werden die Entlastungsgründe beispielhaft aufgezählt. Damit wird eine Grundnorm für die vollständige Befreiung von der Haftpflicht geschaffen, was grundsätzlich zu begrüssen ist.

Korrekt wird im Vorentwurf auf die Intensität des Haftungsgrundes abgestellt. Damit werden flexiblere, nicht auf die klassischen Entlastungsgründe (grobes Selbst- und Drittverschulden, höhere Gewalt) beschränkte Beurteilungen möglich. Mit Blick auf die Gefährdungshaftungen überzeugt der Vorschlag der Studienkommission allerdings mehr. Wir beantragen deshalb die Übernahme dieser Variante, die als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist und die wichtigen Entlastungsgründe wie höhere Gewalt, grobes Selbst- und Drittverschulden als primäre Unterbrechungsgründe erwähnt.

Uni GE: - „Contribue de manière manifestement prépondérante ...“: cette formulation touche à la philosophie même du droit de la responsabilité, car elle oblige à décomposer le lien de causalité pour tenir compte d'une multitude de causes non pertinentes et invite à établir des pourcentages de responsabilité.

- „Fait qui ne lui est pas imputable“:
 - est trop large, trop vague par rapport à la situation actuelle
 - prépare un affaiblissement de la solidarité (comportement d'un tiers qui „a contribué de manière manifestement prépondérante ...“)
- „une personne“: la formulation est trop générale et pourrait viser n'importe qui (la même remarque peut être faite pour l'art. 47 P).

Attention: cette disposition provoque un affaiblissement de la protection de la victime.

Propositions:

- énumérer limitativement les causes d'exonération (force majeure, faute grave de la victime ou d'un tiers)
- combiner les art. 47 et 47a AP en une seule disposition.

VöV: Der öffentliche Verkehr erachtet eine Gefährdungshaftung (in Artikel 40b EBG als Spezialgesetz) dann als gerechtfertigt, wenn die Unfälle bei der Benützung des öffentlichen Verkehrs unvermeidlich sind, wenn sie sich also zwangsläufig aus dem Betrieb und der Benutzung des öffentlichen Verkehrs ergeben. Hingegen fehlt eine Rechtfertigung, wenn solche Unfälle mit einer minimalen Vorsicht vermieden werden könnten. Wir verlangen also eine gewisse Sorgfaltspflicht des Benutzers des öffentlichen Verkehrs.

Interessant sind die Ausführungen im „Erläuternden Bericht“ auf Seite 136: Das Auftreten der Eisenbahn in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts schuf den Bedarf an einer Gefährdungshaftung. Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz (EHG) datiert denn auch aus dem Jahre 1875 und wurde 1905 nur unwesentlich verändert. Vor 150 Jahren war die Eisenbahn etwas Neues. Nie hat der Mensch solche ungeheuren Gefährte gesehen. Dieses Fahrzeug machte Angst und wurde als gefährlich angesehen. Seine Benutzung war ungewöhnlich und ungewohnt. In dem Geist wurde das EHG geschaffen. Heute hingegen ist der öffentliche Verkehr alltäglich. Alle benutzen die Eisenbahn, viele lassen sich mit dem Tram zur Arbeit fahren und Tourismus ohne Autobusse und Seilbahnen ist undenkbar. Zudem ist der öffentliche Verkehr viel ungefährlicher als der Individualverkehr: Es ereignen sich viel weniger Unfälle auf den Schienen als auf den Strassen.

Daraus ergibt sich einerseits, dass den Eisenbahnen übermenschliche Kräfte und Energien innewohnen und deren Betrieb ist klarerweise eine besonders gefährliche Tätigkeit - für die die Eisenbahnen die Verantwortung übernehmen müssen. Andererseits sind die Gefahren der Eisenbahnen allen Benutzer bekannt und Unfälle sind vermeidbar bei einer minimalen Vorsicht und der Benutzer ist zu einer minimalen Sorgfalt verpflichtet, ansonsten er die Verantwortung für sein Unterlassen zu tragen hat.

Aus diesen Überlegungen beantragen wir eine Unterbrechung der Kausalität bei bekannten und vermeidbaren Gefahren. Wenn sich also eine bekannte und vermeidbare Gefahr in einem Unfall verwirklicht, ohne dass der Geschädigte gebührende Vorsicht hat walten lassen, obwohl ihm das möglich und zumutbar war, soll er die Verantwortung dafür tragen. Unserer Ansicht nach hat er damit seine Sorgfaltspflicht durch Unterlassen verletzt.

Ein angepasstes Verhalten des Geschädigten darf und muss vorausgesetzt werden. Es darf dann vorausgesetzt werden, wenn die Gefahren bekannt und vermeidbar sind. Und es muss vorausgesetzt werden, sonst bekommt die Reparationsfunktion ein Übergewicht zulasten der Präventions- und Sanktionsfunktion. Für eine solche Überbewertung fehlt insbesondere deshalb die Rechtfertigung, weil beide - der Geschädigte und der Schädiger - gemeinsam die Verantwortung dafür haben, dass sich eine Gefahr nicht in einem Unfall verwirklicht.

Wir möchten unser Anliegen an einigen bekannten und alltäglichen Unfällen aufzeigen:

- Der gestresste Manager verschüttet bei der Kurvenfahrt Kaffee auf seinen Laptop.

Unserer Ansicht nach ist das ein typisches Selbstverschulden verursacht durch nicht entsprechendes Verhalten der geschädigten Person: Die Gefahr ist bekannt (besondere Bewegungen in der Kurve) und sie ist vermeidbar (Kaffee erst nach der Kurve trinken).

- Stürze beim Anfahren und Anhalten (nicht-festhalten), Unfälle beim Ein- und Aussteigen (im Gedränge oder die Türe beginnt sich zu schliessen und der Bahnbenützer will den Zug auf jeden Fall noch erreichen).

In beiden Fällen ist die Gefahr bekannt und die Unfälle lassen sich durch eigenes Verhalten vermeiden.

Antrag: Ergänzen: „Bei bekannten und vermeidbaren Gefahren genügt leichte Fahrlässigkeit zur Unterbrechung der Kausalität.“

341.17 Zu den Haftungsgründen im Allgemeinen **Fondements de la responsabilité en général** **Le cause di responsabilità in generale**

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Verschuldenshaftung

Gegen die Verschuldenshaftung wäre an sich nichts einzuwenden. Danach beurteilt sich heute schon (wenn auch gestützt auf die vertragliche Haftung) die Haftung der Medizinalpersonen an privaten Spitälern und der privat tätigen Ärzte. Das Verschulden im eigentlichen Sinne hat in diesem Bereich nur eine stark relativierte Bedeutung.

In vielen Kantonen gilt heute für den öffentlichen Spitalbereich gemäss Haftungsgesetz eine Kausalhaftung. Haftungsvoraussetzung bildet hier nicht das Verschulden sondern ein widerrechtliches Handeln bei der Schadenszufügung. Da ärztliches Handeln verbunden mit der Einwirkung auf den Körper des Menschen praktisch immer in ein geschütztes Rechtsgut (körperliche Integrität) eingreift, ist die Widerrechtlichkeit regelmässig gegeben. Alsdann behilft man sich dogmatisch mit der (ausdrücklichen oder hypothetischen) Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, welche die an sich widerrechtliche Handlung zu einer rechtmässigen macht. Da davon auszugehen ist, dass niemand in eine sorgfaltswidrige ärztliche Behandlung einwilligt, ist beispielsweise ein in Verläufe einer Operation auftretender Kunstfehler durch die Einwilligung nicht gedeckt. Zudem gilt, dass nur der umfassend aufgeklärte Patient in einen

Eingriff mit all den diesem naturgemäss anhaftenden Risiken einwilligen kann. Fehlt die Aufklärung und ist auch keine hypothetische Einwilligung zu vermuten, so haftet das Spital auch für die normalen Operationsrisiken. Aufgrund dieser dogmatischen Konstruktion bestehen bereits heute keine namhaften Unterschiede zwischen der Verschuldenshaftung des privat tätigen Arztes und der Kausalhaftung für Medizinalpersonen an öffentlichen Spitälern. In beiden Bereichen steht die Frage im Zentrum, ob bei objektivierter Betrachtung ärztliche Sorgfaltspflichten verletzt worden sind oder nicht. Ist diese Frage bei der privat tätigen Medizinalperson zu bejahen, so liegt dort eine positive Vertragsverletzung vor. Zwar kann sich diese Person im Gegensatz zum Personal öffentlicher Spitäler dann immer noch nach Art. 97 OR exkulpieren, doch bleibt diese Möglichkeit mit Blick auf die heutige Rechtsprechung mit der starken Objektivierung des Verschuldens eine rein theoretische. Liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung (= positive Vertragsverletzung) vor, so ist in der Praxis auch für den privat tätigen Arzt das Gelingen des Exkulpationsbeweises regelmässig unmöglich (aus diesem Grunde werden in der heutigen Praxis zur vertraglichen Arzthaftung, Vertragsverletzung und Verschulden denn auch oft vermischt).

Was die Beweislage betrifft, so ist die heutige Praxis klar. Sowohl den Geschädigten, der sich gestützt auf ein Vertragsverhältnis durch einen privat tätigen Arzt behandeln liess, als auch derjenige, der seine Behandlung an einem öffentlichen Spital erfuhr, trifft die Beweislast für das Vorliegen eines ärztlichen Kunst- bzw. Behandlungsfehlers. Den Ersteren im Rahmen seiner Beweislast für die positive Vertragsverletzung, den Letzteren im Rahmen der Beweislast für die Widerrechtlichkeit. Dem Staat als Träger des öffentlichen Spitals obliegt dagegen lediglich die Beweislast für die erfolgte Einwilligung des Patienten zum Eingriff und der dieser vorausgehenden, umfassenden Aufklärung.

Der VE kann bezüglich der Angleichung der Haftung nur gutgeheissen werden, soweit die Sorgfaltspflichtverletzung weiterhin zentrales Kriterium bleibt und die Beweislastverteilung nicht verändert wird. Diesbezüglich bestehen Unklarheiten. Es greift zu kurz und berücksichtigt diese spezielle Konstellation nicht, wenn die Autoren im erläuternden Bericht zur Beweislast bloss ausführen, der Geschädigte habe den Schaden und die natürliche Kausalität zu beweisen, nicht aber die rechtliche Kausalität, ... und ... dasselbe gelte für die Rechtswidrigkeit und das Verschulden. Denn bisher lief das Konstrukt bei den öffentlichen Spitälern ja via „Rechtswidrigkeit/Einwilligung als Rechtfertigungsgrund“. Es ist ja nicht so, dass das Behandlungsverhältnis als solches wegen der Haftpflichtrechtsrevision nun plötzlich ein privatrechtliches wird. Demzufolge werden hier keine privatrechtlichen Verträge abgeschlossen wie beim Privatspital. Sind hier die Spiesse für private Ärzte und Ärzte an öffentlichen Spitälern noch gleich lang?

Hier besteht eine Unsicherheit, die sich allein durch das Studium des EB nicht beseitigen lässt. Sie verdeutlicht, dass sich vertragliche, ausservertragliche und haftungsgesetzliche Haftungskonstellationen eben nicht so einfach unter einen Hut bringen lassen, wie es die beiden Experten hier entgegen den Befürchtungen der Kommission versuchen. Die Bedenken der Studienkommission gegen eine zu enge Verbindung von vertraglichem

und ausservertraglichem Schadenersatzrecht gründeten bezeichnenderweise gerade in den schwer abschätzbaren Konsequenzen durch Verwischung der Grenzen im Bereich der Rechts- und Vertragswidrigkeit (vgl. Original-Bericht Studienkommission S. 77 f.).

Es ist klar darauf hinzuweisen, dass sich an der Grundkonstellation der Beweislastverteilung bei Medizinalhaftpflichtfällen der öffentlichen Spitäler nichts verändern darf. Es darf kein Zweifel daran bestehen, dass nicht nur der Beweis der Vertragsverletzung bei den Behandlungsverhältnissen, die sich auf eine vertragliche Basis stützen, sondern auch der Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung bei Behandlungen ohne vertragliche Grundlage nach wie vor uneingeschränkt vom Geschädigten zu erbringen ist. Eine klare Stellungnahme ist hier um so wichtiger, als im Bericht der Studienkommission auch von Auffassungen berichtet wird, welche den Richter ermächtigen wollten, die Beweislast nach den Umständen des Einzelfalles demjenigen zuzuweisen, der besser in der Lage sei, diesen zu führen (1); wobei als Beispiel einmal mehr die Arzthaftung herhalten musste.

Organisationshaftung

Eine Organisationshaftung für öffentliche Spitäler ist in bestimmtem Umfang bereits heute Tatsache. Der Geschädigte muss bereits heute nicht dartun können, welcher Arzt oder welche Medizinalperson einen Fehler gemacht hat; es genügt, wenn er nachweisen kann, dass seine Schädigung objektiv gesehen bei sorgfältiger Behandlung gemäss heutigem Stand der medizinischen Wissenschaft nicht eingetreten wäre. Mittels Gutachten wird ihm das gelingen, wenn man davon ausgehen kann, dass ein sorgfältiges Ärzteteam und bei sorgfältiger Spitalorganisation die Sache mit relativ grosser Wahrscheinlichkeit anders ausgegangen wäre.

Die neue Bestimmung gemäss VE, die gemäss Kommentar der Experten explizit auch für Spitäler gelten soll, ist derart unbestimmt und umfassend, dass befürchtet werden muss, jede irgendwie geartete Abweichung vom optimalen Behandlungsverlauf lasse bereits eine Haftung entstehen. Zudem vermag die Beweislastumkehr ohne Korrelat auf Geschädigten-seite im Sinne einer detaillierten Behauptungslast den komplexen Zusammenhängen medizinisch anspruchsvoller Fälle überhaupt nicht gerecht zu werden. Es wird etwas ausgeblendet, dass selbst bei optimaler Organisation und sorgfältigster ärztlicher Behandlung unerwünschte, unübliche Behandlungsergebnisse auftreten können. Die Situation im Zusammenhang mit dem bei vielen Eingriffen nie gänzlich auszuschliessenden Behandlungsrisiko ist zu filigran, als dass ihr mit einer derart groben Bestimmung sachgerecht begegnet werden kann. Es kann nicht entscheidend sein, ob die Organisation der Unternehmung geeignet war den Schaden zu verhüten, sondern allein, ob alles getan wurde, was gemäss Stand der Medizin Norm ist. Für bestimmte medizinische Risiken gibt es schlicht keine geeigneten Massnahmen zu deren Verhütung. Sie treten - bei einer gewissen Anzahl von Fällen - sog. schicksalhaft auf. Dennoch müssen sie, nicht aus wirtschaftlichem Interesse des öffentlichen Spitalträgers, sondern im Interesse der Chancenwahrnehmung durch den Geschädigten, von allen Beteiligten eingegangen werden. Trägt die Formulierung gemäss VE diesem Umstand genügend Rechnung?

Es ist zu befürchten, dass die Bestimmung überall dort als Haftungsgrundlage angerufen werden würde, wo wenig konkrete Hinweise auf einen Fehler bei der ärztlichen Behandlung bestehen (Auffangtatbestand). Ergo wird auch die Behauptungsqualität regelmässig oberflächlich sein. In dieser Situation nun der Beweislast für das Gegenteil ausgesetzt zu sein, ist schlicht unhaltbar. Die Beweislastumkehr ist aus Sicht der öffentlichen Spitalhaftpflichtträger eine fundamentale Veränderung des durch die bisherige Rechtsprechung gefundenen Gleichgewichts bei der Regulierung von Spitalhaftpflichttatbeständen, die den geschilderten, besonderen Umständen in keiner Weise Rechnung trägt; sie ist klar abzulehnen.

TG: Vgl. zu Art. 47.

VS: Regroupés sous la section D „*Fondements de la responsabilité*“, les art. 48 à 51a énoncent les circonstances d'imputation au sens de l'art. 41. Ils instituent trois types de responsabilités: la responsabilité pour faute, la responsabilité pour les auxiliaires, et la responsabilité pour risque. Dans chacune de ces hypothèses, les conditions générales de la réparation (dommage, illicéité, causalité) doivent être réalisées.

Faute d'expérience pratique, le Conseil d'Etat ne saurait se livrer à une analyse détaillée des thèses législatives auxquelles le rapport explicatif consacre quelque quarante pages. En s'en tenant aux options de principe, le Conseil d'Etat:

- soutient la définition de la négligence (art. 48a) qui reçoit un contenu plus subjectif;
- se rallie à la solution faisant de l'incapacité de discernement une exception à la responsabilité pour faute, motivée par une exigence d'équité (art. 48b);
- comprend la nécessité de réaménager la responsabilité de l'employeur en une responsabilité objective simple pour auxiliaires en distinguant selon que le recours au service d'autrui s'exerce dans l'intérêt propre de la personne responsable (art. 49) ou dans l'exploitation d'une entreprise (art. 49a), mais se demande si les critères de distinction délimitent de manière suffisamment précise ces deux éventualités, dès lors que la preuve libératoire du fait de l'organisation est plus difficile à rapporter, pour ne pas dire largement illusoire (rapport explicatif p. 132 in fine et 133); à cet égard, un réexamen respectif de la position renforcée de la victime et de la situation aggravée de l'entreprise n'apparaît pas inutile;
- partage le souci des experts d'introduire, dans un monde empreint du progrès technique, une norme consacrant la responsabilité pour risque qualifié et caractérisé qui n'est pas spécialement réglementée (art. 50, 45 al. 3), principe qui n'est pas sans rappeler l'art. 1^{er} al. 2 CCS traitant de la lacune de la loi et qui fonde le juge à développer par voie jurisprudentielle le droit de la responsabilité objective aggravée; cette solution ne se conçoit toutefois que dans une phase transitoire puisque le Conseil d'Etat recommande une codification plus rigoureuse du droit de la responsabilité civile dans le sens du principe de la prévisibilité de la loi.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SP: Die SP Schweiz unterstützt eine präzisere Abgrenzung der Haftungsprinzipien in der Trilogie von Verschuldenshaftung, Organisationshaftung und Gefährdungshaftung (Seite 19 ff.). Weil im geltenden Recht die Geschäftsherrenhaftung zahlreiche Entlastungsbeweise des Schädigers vorsieht, ist die Schaffung einer Organisationshaftung für juristische Personen vorbildlich. Organisationshaftung heisst Haftung für das Funktionieren des Organisationsganzen, unabhängig von einem persönlichen Verschulden der handelnden Organe. Damit kann die Verschuldenshaftung wieder ihre ursprüngliche Funktion der Verantwortlichkeit für subjektiv vorwerfbares Verhalten übernehmen. Die objektivierte Verschuldenshaftung nach der bisherigen Praxis war ein Zwitter zwischen Verschuldens- und Organisationshaftung. Begrüsst wird die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung, weil im aktuellen System der Gefährdungshaftungen zahlreiche Lücken bestehen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

Pro natura: Vgl. SP.

SGB: Vgl. SP.

SUVA: (ad 48-51a) Die Bestimmungen über die Haftungsgründe betreffen den Regress des subrogierenden Sozialversicherers nur indirekt. Sie sind aber in dem Sinne zu begrüßen, als sie die Systematik des schweizerischen Haftpflichtrechts verbessern und die Haftungsgründe teilweise ausdehnen.

Uni ZH Portmann: Der Vorentwurf stellt die Art. 59-61a unter den Titel: „Zweiter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen.“ Diese Artikel regeln ausschliesslich Haftungsgründe, nämlich die Haftung bei Notstand (Art. 59), bei Ausübung des Eigentumsrechts (Art. 59a), die Haftung für Tiere (Art. 60-60a) und die Haftung für Werke (Art. 61-61a). Die übrigen obligationenrechtlichen Haftungsgründe finden sich demgegenüber unter dem Titel: „Erster Unterabschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts)“, nämlich die Haftung aus Verschulden (Art. 48-48a), die Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 48b), die Haftung für Hilfspersonen (Art. 49-49a) und die Gefährdungshaftung (Art. 50). Dieses Auseinanderreißen der Haftungsgründe entbehrt einer zureichenden Grundlage. Wohl gibt es Haftungsgründe mit allgemeinerem und solche mit speziellerem Charakter, was aber keineswegs zwingend ihre Trennung bedingt, zumal die Übergänge zum Teil fließend sind. Warum soll namentlich die Haftung für Werke in einem anderen Abschnitt geregelt werden als die Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit und die Haftung für Hilfspersonen? Sie alle gehören zur gleichen Gruppe der einfachen Kausalhaftungen. Es empfiehlt sich daher, die Art. 59-61a VE direkt bei den Haftungsgründen der Art. 48 ff. VE einzureihen. Diese Umstellung erleichtert die Übersicht über alle obligationenrechtlichen Haftungsgründe und beseitigt die willkürliche Trennung der einfachen Kausalhaftungen. Sie hat ausserdem den Vorteil, dass auf die störende, dem OR fremde Einführung von „Unterabschnitten“ verzichtet werden kann.

Vorschlag zur Gliederung von D. Haftungsgründe: I. Haftung aus Verschulden, II. Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit, III. Haftung für Hilfspersonen (1. Im Allgemeinen, 2. In Unternehmungen), IV. Haftung für Werke (1. Grundsatz, 2. Vorbeugende Massregeln), V. Allgemeine Gefährdungshaftung, VI. Haftung für Tiere (1. Grundsatz, 2. Retentionsrecht), VII. Haftung bei rechtmässiger Schädigung (1. Notstand, 2. Ausübung des Eigentumsrechts), VIII. Gemeinsame Bestimmungen für verschuldensunabhängige Haftung (1. Haftung für fremdes Verhalten, 2. Zusätzliches Verschulden). Diese Gliederung basiert auf der Reihenfolge Verschuldenshaftung – Einfache Kausalhaftungen – Gefährdungshaftungen – Haftung bei rechtmässiger Schädigung.

341.18 Art. 48

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: An dieser Stelle verweisen wir erneut auf die Bemerkung zu Art. 41 VE wonach die Verschuldenshaftung subsidiär zu den beiden Kausalhaftungen bestehen soll. Dieser Auffassung scheinen auch die Verfasser des Vorentwurfs zu sein, wenn sie im erläuternden Bericht ausführen, dass der Grundsatz der Verschuldenshaftung immer anwendbar ist „wenn eine Person einer anderen vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden zu fügt, *sofern ihre Haftung nicht gemäss einem besonderen Zurechnungsgrund gegeben ist*“ (Seite 117). In Bezug auf die Haftung der Gemeinwesen soll die Verschuldenshaftung der Behörden und Angestellten sogar ausgeschlossen sein (vgl. Bemerkungen zu Art. 43 und Art. 43a VE).

Es ist zu begrüßen, dass in Art. 48 VE deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass *das Verhalten* (Handlung oder Unterlassung) der schädigenden Person schuldhaft sein muss. Damit wird eine individuelle und konkrete Beurteilung indiziert.

BL: Um eine einheitliche Verwendung der Begriffe sicherzustellen sollte „Absicht“ durch „Vorsatz“ ersetzt werden. Im Weiteren ist der Vorsatz zu definieren, denn in Art. 48a VE OR wird auch die Fahrlässigkeit definiert.

TG: Vgl. zu Art. 47.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Beim Verschuldensbegriff fragt es sich, ob, wie im Vorentwurf vorgesehen, neu in Anlehnung an das Strafrecht weitgehend auch subjektive Umstände berücksichtigt werden sollten, oder aber weiterhin der objektivierte Verschuldensbegriff mit einer teilweisen Berücksichtigung allgemeingültiger persönlichkeitsbezogener Umstände wie z.B. das jugendliche oder fortgeschrittene Alter gelten soll.

Im Gegensatz zum Strafrecht, wo die Unschuldsvermutung nur die Bestrafung eines alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente erfüllenden Angeklagten erlaubt, besteht der Normzweck im Haftpflichtrecht in einem Interessenausgleich zwischen einzelnen Rechtssubjekten. Wenn man bei diesem Interessenausgleich auch sämtliche subjektiven Faktoren wie im Strafrecht voll berücksichtigen müsste, würde dadurch der Geschädigte insofern in unbilliger Weise benachteiligt, als er unter

Umständen den Schaden wegen eines im Verantwortungs- und Risikobereiches eines anderen Individuums stehenden Verhaltens selber tragen müsste; dies verstösst gegen den Grundsatz, dass jedermann in unserer Gesellschaft grundsätzlich Anspruch auf ein schädigungsfreies Verhalten des Anderen hat und seinen Schadenersatzanspruch wirklich nur bei besonderen Gründen wie z.B. einem Rechtfertigungsgrund oder der Urteilsunfähigkeit des Schädigers verlieren sollte.

Eine Angleichung des zivilrechtlichen Verschuldensbegriffes an den strafrechtlichen ist also schon wegen des verschiedenartigen Normzweckes abzulehnen und der bisherigen Rechtszustand beizubehalten. Dazu kommt, dass gerade die Ermittlung von subjektiven Faktoren ausserordentlich schwierig ist, was die sonst schon komplizierten haftpflichtrechtlichen Auseinandersetzungen noch zusätzlich belasten würde. Auch würde das richterliche Ermessen wesentlich eingeschränkt, weil dann der Richter alle persönlichkeitsbezogenen Umstände von Gesetzes wegen berücksichtigen müsste, während er beim objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff einen relativ weiten Ermessensspielraum hat, ob er einen persönlichkeitsbezogenen Faktor in sein Werturteil einbeziehen will oder nicht.

Die Orientierung an objektiven, normativen Kriterien, die übrigens auch einen pädagogischen Ansatz hat, sollte nicht fallen gelassen werden.

SVV: Art. 48 VE-OR führt den heutigen Art. 41 OR nach. Die Widerrechtlichkeit findet im Gegensatz zu heute keine Erwähnung mehr, da sie bereits in Art. 41 Abs. 2 VE-OR und als generelle Haftungsvoraussetzung in den Art. 46 f. VE-OR erwähnt wird. Zu begrüssen ist die Erwähnung des „schuldhaften Verhaltens“, das sowohl Handlungen als auch Unterlassungen einschliesst.

Uni GE: Problème de structure: si l'illicéité, selon la présente proposition, n'est pas considérée comme une condition générale de la prétention en réparation du dommage, la condition doit être mentionnée dans cette disposition („... par son comportement illicite fautif ...“).

Uni ZH Portmann: Da Art. 48 VE im Verhältnis zum geltenden Art. 41 Abs. 1 OR zwar keine materiellen, aber doch einige redaktionelle Änderungen enthält, sollte die Gelegenheit benutzt werden, zwei Präzisierungen anzubringen:

- Mit „*Absicht*“ ist in Art. 41 Abs. 1 OR *Vorsatz* gemeint, der als Unterarten die Absicht im eigentlichen Sinn, den direkten Vorsatz und den Eventualvorsatz umfasst. Der zweideutige Ausdruck Absicht sollte daher durch den eindeutigen und eingebürgerten Ausdruck „Vorsatz“ ersetzt werden.
- Art. 48 VE lässt (wie schon Art. 41 Abs. 1 OR) nicht erkennen, dass für das Vorliegen eines Verschuldens nicht nur Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern zusätzlich *Urteilsfähigkeit* der schädigenden Person erforderlich ist; diese fundamentale Voraussetzung muss indirekt aus Art. 48b VE (bzw. aus Art. 54 OR) erschlossen werden.

Vorschlag zu Art. 48 VE: „Die urteilsfähige Person, die einer anderen vorsätzlich oder fahrlässig Schaden zufügt, ist zum Ersatz verpflichtet.“ Die Wendung „schuldhaftes Verhalten“ wird dadurch entbehrlich; Vorsatz

oder Fahrlässigkeit können einzig Attribute persönlichen Verhaltens bilden.

341.19 Art. 48a

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Die vorgeschlagene Definition der Fahrlässigkeit stellt eine Abkehr vom sogenannten „objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff“ dar. Neu sollen demnach auch die persönlichen Verhältnisse der belangten Person bei der Beurteilung des Verschuldens Berücksichtigung finden. Aus Sicht des Gesundheitswesens (z.B. Tätigkeit von Chirurgen an öffentlichen Spitälern) wird diese Neuerung insofern begrüsst, als dadurch einer allzu extensiven Entwicklung im Hinblick auf die stetige Erweiterung der Rechte der Geschädigten entgegengewirkt werde. Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht gerade im Verhältnis zwischen Arzt und Patient subjektive Gründe seitens der potentiell haftpflichtigen Person keine Rolle spielen dürften.

AR: Im Vorentwurf wird die Fahrlässigkeit zu Recht stärker subjektiv gewichtet. Der Vorwurf an die schädigende Person liegt bei der Verschuldenshaftung darin, dass sie den Schaden absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat (vgl. Art. 48 VE). Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens ist aber nur zulässig, wenn die schädigende Person unter Würdigung der konkreten Umstände und ihrer persönlichen Verhältnisse unsorgfältig gehandelt hat. Im erläuterten Bericht fehlt u.E. ein Hinweis darauf, dass die schädigende Person auch dann schuldhaft handeln kann, wenn sie trotz mangelnder Kenntnisse oder Fähigkeiten, oder trotz Müdigkeit die schädigende Handlung vornimmt („Übernahmeverschulden“).

BS: Die Fahrlässigkeit wird hier wie teilweise im Vertragsrecht (vgl. die Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht) subjektiviert definiert. Damit wird das Schutzniveau im ausservertraglichen Bereich massiv verringert. Das Abstellen auf einen subjektiven Verschuldensmassstab kann im Vertragsbereich, wo man sich seine Partner aussuchen kann, Sinn machen. Im ausservertraglichen Bereich resultiert daraus aber ein Rückschritt.

Insbesondere stellt sich die Frage nach der Behandlung des Übernahmeverschuldens (in der Botschaft wird nur die Frage der *actio libera in causa* erörtert). Diese Frage ist nicht klar beantwortet: Haftet jemand für die Vornahme einer Handlung, die er eigentlich mangels der dafür erforderlichen Fähigkeiten gar nicht hätte vornehmen dürfen?

Die Einführung des subjektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs weicht unserer Meinung nach die bereits aufgeweichten Verhaltensspielregeln in der Gesellschaft noch mehr auf. Wenn nicht mehr darauf vertraut werden kann, dass Mitmenschen die übliche Sorgfalt aufwenden, sondern nur die ihnen im jeweiligen physischen und psychischen Zustand gerade zumutbare Sorgfalt, dann fehlt die Vertrauensgrundlage für ein geregeltes Zusammenleben.

Im Rahmen einer Gesetzesrevision, wie der vorliegenden, sollte grundsätzlich davon abgesehen werden, Lösungen zu übernehmen, die von der herrschenden Lehre abgelehnt werden. Das Ziel sollte ein möglichst brei-

ter Konsens sein, der es nicht zuletzt erlaubt, auf bewährte Lehre und Praxis zurückzugreifen. Ohne Not sollte auf Experimente verzichtet werden, ohne damit jedoch Neuerungen verhindern zu wollen.

TG: Vgl. zu Art. 47.

VD: Cette disposition s'inspire du Code pénal suisse (CP; RS 311.0). L'art. 48a, 1^{er} al. AP stipule: „*agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par...*“ alors que le CP parle de „*précautions commandées par*“ (art. 18, al. 3 CP). Nous sommes d'avis que des termes différents ne devraient pas être utilisés pour désigner des notions identiques. Il y aurait lieu d'utiliser le terme précautions dans l'AP ou, s'il existait une différence entre „diligence„ et „précautions„, d'indiquer quelle est cette différence.

VS: Cf. 341.17.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Resubjektivierung des Verschuldensbegriffs (im Bereich der Fahrlässigkeit, Art. 48) ist jedenfalls in der Vertragshaftung abzulehnen (s. auch zu Art. 42). Sie würde dort, richtig besehen, zu einer Abkehr vom Vertrauensprinzip und hin zu einer Renaissance des überholten Willensprinzips führen. Wer sich als Vertragspartner anbietet, soll - insbesondere im Bereich der Dienstleistungen - auch dafür einstehen müssen, dass er die Fähigkeiten hat, die von einem redlichen Vertragspartner in diesem Bereich objektiv erwartet werden dürfen.

SP: Die SPS lehnt eine zu weit gehende Subjektivierung des Verschuldensmassstabes in Art. 48a VE ab. Dadurch wird die Stellung des Geschädigten u.a. im Dienstleistungsbereich, z.B. gegenüber dem Arzt, dem Anwalt oder dem Treuhänder verschlechtert. Beim Verschulden sind nicht nur die persönlichen Umstände des Dienstleistungserbringers, sondern auch die berechtigten Erwartungen der KonsumentInnen nach Treu und Glauben zu berücksichtigen. Die Rechtsentwicklung in der EU geht auf eine Objektivierung des Verschuldensmassstabes, da der Dienstleistungsbereich mehr und mehr durch objektivierete Sorgfaltsstandards geprägt ist. Entsprechend muss die Haftung ausgestaltet sein. Die Arzthaftung ist z.B. allein schon wegen der Beweislast für den Patienten prekär. Deshalb ist die Verschuldensvermutung bei Verletzung objektiv geltender Sorgfaltsstandards beizubehalten. Der Entlastungsbeweis aufgrund besonderer Tatumstände obliegt damit dem Arzt. Analoge Grundsätze sollten auch bei der ausservertraglichen Schädigung Geltung haben.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KF: Der Entwurf kehrt in Absatz 1 zu einem subjektiven Verschuldensbegriff zurück. Dies ist in der Lehre nicht unbestritten geblieben.¹¹ Auch das Konsumentenforum kf hält kritisch fest, dass rein subjektive Kriterien wohl ungenügend sind. Dies aus folgenden drei Gründen:

¹¹ Werro ZSR 116 I 1997, 343, 371 ff.

1. Gemäss heutigem Verständnis wird die Widerrechtlichkeit nach objektiven, das Verschulden nach objektiven und nach subjektiven Kriterien geprüft. Nachvollziehbarer ist es aber, von der objektiven Verletzung einer Sorgfaltspflicht auszugehen. Diese führt nur dann ausnahmsweise nicht zu einer Haftung, wenn sie der schädigenden Person aus subjektiven Gründen nicht zugerechnet werden kann. Diese Trennung ist klarer und einfacher.
2. Das Ziel der Verschuldenshaftung ist es, im Einzelfall zwischen Interessen des Geschädigten und denen des Schädigers einen guten Ausgleich zu finden. Mit der zu grosszügigen Beachtung subjektiver Kriterien könnte aber diese schadensausgleichende Funktion des Haftpflichtrechts gefährdet und eine speditive gerichtliche oder aussergerichtliche Erledigung von Haftpflichtfällen erschwert werden.
3. Trotz den Bemühungen, den vorliegenden Gesetzesentwurf weitgehend „europakompatibel“ auszugestalten, ist dies hier nicht gelungen. Das europäische Verständnis der Verschuldenshaftung besagt: Wer sich objektiv (nicht subjektiv!) schuldhaft, d.h. sozial inadäquat verhalten hat, ist zu Schadenersatz verpflichtet. Mit der Übergewichtung subjektiver Kriterien würde sich die Schweiz quer zu anderen europäischen Haftpflichtordnungen stellen.

Das Konsumentenforum kf schlägt hier deshalb eine Kombination von subjektiven und objektiven Verschuldenskriterien vor.

Pro natura: Vgl. SP.

SAV: cf. art. 48

SBVer: Hier wäre eine Klärung zur Frage des Übernahmeverschuldens erwünscht.

SGB: Vgl. SP.

SPO: Die Berücksichtigung subjektiver Umstände und damit die Gleichstellung des zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs mit dem strafrechtlichen weckt erhebliche Bedenken. Die Ermittlung von subjektiven Faktoren erschwert die haftpflichtrechtliche Auseinandersetzung. Es kann für eine Patientin oder einen Patienten auch nicht darauf ankommen, ob er oder sie in einem Zentrumsspital von einem jungen Assistenzarzt oder von einem erfahrenen Chefarzt operiert wird. Der Massstab des Verschuldens im zivilrechtlichen Sinne sollte in beiden Fällen der Gleiche sein. Der heute massgebende objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff ist nach unserer Auffassung beizubehalten.

SVV: Art. 48a VE-OR knüpft bei der Definition der Fahrlässigkeit auch an die persönlichen Verhältnisse des Schadenverursachers an. Damit nähert sich der Begriff dem Straf- und Arbeitsrecht an (vgl. Art. 18 Abs. 3 StGB resp. Art. 321 lit. e Abs. 2 OR).

Dieser Subjektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs ist beizupflichten. Die heutige Praxis der Nichtberücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten hat im Bereich der Verschuldenshaftung faktisch zu einer Kausalhaftung geführt. Den berechtigten Interessen der Geschädigten wird durch andere Institute, wie die Kausal- und Gefährdungshaftung, die Unternehmens- und die Billigkeitshaftung, Rechnung getragen.

Uni GE: „Et par sa situation individuelle“ (concrétisée à l'alinéa 2): la subjectivisation de la faute mérite d'être approuvée, contre l'opinion qui préconise une appréciation objective de la faute (REY, N 846). Le reproche qui peut être concrètement adressé à l'auteur de l'acte illicite justifie qu'on lui fasse supporter la réparation du dommage. Une conception objective de la faute présente le désavantage d'engendrer la confusion avec la condition de l'illicéité et désavantage la victime à qui l'on peut opposer sa faute concomitante, également appréciée de manière objective (enfant). Il ne faut cependant pas exagérer la portée de cette divergence. Même dans une vision objective de la faute, il est tenu compte de circonstances subjectives, telles que l'âge, la profession, l'expérience, etc., pour établir quelle était la mesure de la diligence qu'aurait dû respecter l'auteur du dommage (REY, N 847).

Si la violation du contrat doit être soumise aux art. 41 ss AP (cf. art. 42 AP), l'appréciation de la faute ne doit pas se faire de manière trop subjective. En matière contractuelle, il est important de tenir compte du fait que le débiteur assume une obligation librement consentie. Celui-ci ne doit pas avoir la possibilité de faire valoir des excuses purement subjectives (*Übernahmeverschulden*). Dans l'hypothèse où l'art. 42 AP serait maintenu, il conviendrait de tenir compte du fait que les parties sont liées par contrat comme d'une „circonstance“ au sens de l'art. 48a al. 1 AP, de nature à influencer la mesure de la diligence due par le débiteur.

Uni ZH Honsell: Eine weitere Neuerung von großer Tragweite, die aber in die falsche Richtung führt, ist die Subjektivierung des Verschuldens. Zwar war dies das ursprüngliche, pandektistische Modell des OR, das eine klare Abgrenzung von Verschulden und Rechtswidrigkeit ermöglicht hat. Die Judikatur hat sich hiervon im Hinblick auf das allein am Ausgleichsprinzip orientierte Haftpflichtrecht schon bald wieder verabschiedet und einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff zugewendet, wie ihn schon das Römische Recht gekannt hatte.

... Der Begriff der Fahrlässigkeit wird in Art. 48a VE definiert. Dabei werden mehrere Aspekte vermischt. Nach Abs. 1 handelt eine Person fahrlässig, welche die ihr nach den *Umständen* und nach den *persönlichen Verhältnissen* obliegende Sorgfalt missachtet. Mit dieser Umschreibung hat es jedoch noch nicht sein Bewenden: Nach Abs. 2 beurteilt sich die erforderliche Sorgfalt nach dem Alter, der Bildung usw.

Damit kehrt der Vorentwurf zu einem subjektiven Verschuldensbegriff zurück, der am arbeitsrechtlichen Sorgfaltsbegriff von OR 321e II orientiert ist. Die Individualisierung des Verschuldensbegriffs erschien der Kommission gerechtfertigt, weil die bisherige „überdehnende Objektivierung des Verschuldens“ im Hinblick auf die Generalklausel der Gefährdungshaftung und die allgemeine Organisationshaftung nicht mehr notwendig sei. Die Rückkehr zum subjektiven Verschulden spiegelt das Bestreben, das Verschulden wieder als ethische Kategorie, als Verhaltensunrecht, ernst zu nehmen. Das Verschulden ist heute jedoch objektiviert. Es wird nicht gefragt, ob der Schädiger in concreto anders hätte handeln können, sondern ob der durchschnittlich Sorgfältige (im deutschen Recht verlangt man - eher übertrieben - sogar guten Durchschnitt) anders gehandelt hätte, d.h. das fehlerhafte Verhalten vermieden hätte. Das wird an folgendem Beispiel deutlich: Wer z.B. Kopfweg oder Migräne hat, Streit mit seinem

Arbeitgeber oder mit seiner Ehefrau, wer gesundheitlich schlecht in Form ist oder mit Arbeit überlastet, kann leicht einen kleinen Fehler machen, der meist auf mangelnder Konzentration beruht. Die genannten Gründe werden aber nicht als Entschuldigung akzeptiert. Massgeblich ist allein die Sorgfalt des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers bzw. Berufes usw. Das subjektiv-konkrete Verschulden spielt also im Deliktsrecht schon längst keine Rolle mehr und es sollte nicht neu eingeführt werden. Eine Rückkehr zum subjektiven Verschulden, wie es der Kommission vorschwebt, ist also auch im Rahmen der Verschuldenshaftung in Wahrheit nicht möglich, denn auch dort kommt es nicht auf die subjektive Verfassung oder die Fähigkeiten des Schädigers an, sondern auf dasjenige Mass an Sorgfalt, das man im Verkehr erwarten darf. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist die subjektive Fahrlässigkeitsdefinition wie sie der Entwurf vorsieht, aufgegeben worden, und dies geschah unabhängig von der Strapazierung des Verschuldens. Im Hinblick auf diese Objektivierung sollte man allerdings moralische Aspekte beiseite lassen. Die h.L. nennt ein Verhalten schuldhaft, das dem Handelnden persönlich zum Vorwurf gereicht und das man als „tadelnswert“ qualifiziert. Für moralisierende Schuldvorwürfe ist im Zivilrecht kein Platz. Sie sind schon im Strafrecht bedenklich genug.

Die Vorschrift gilt nach Art. 42 VE auch für die positive Vertragsverletzung. Ein in diesem Sinn „individualisierter“ Verschuldensbegriff passt jedoch nicht ins Vertragsrecht. Hier muss der Gläubiger den Schuldner grundsätzlich bei seinem Leistungsversprechen behaften können. Das ist ein Gebot der Verkehrssicherheit.

Uni ZH Portmann: Im Gegensatz zu Art. 48 VE ist die Neufassung von Art. 48a VE von erheblicher materieller Bedeutung. Fahrlässig handelt gemäss Abs. 1 die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet. Nach Abs. 2 beurteilt sich die erforderliche Sorgfalt nach dem Alter, der Bildung, den Kenntnissen sowie nach den übrigen Fähigkeiten und Eigenschaften der Person, die den Schaden verursacht hat. Damit soll eine Abkehr vom objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab vollzogen werden, wie ihn die herrschende Lehre und Rechtsprechung unter dem geltenden Recht entwickelt haben.

Die vorgesehene Resubjektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabs mutet als Versuch an, das Rad der Geschichte zurückzudrehen. Strafe und Schadenersatz haben einen gemeinsamen historischen Ursprung, doch hat sich das Haftpflichtrecht längst vom Strafrecht gelöst. Dieses geht zu Recht von einem subjektiven Verschuldensbegriff aus, da die Verhängung von Sanktionen persönliche Vorwerfbarkeit voraussetzt. Das Haftpflichtrecht dient hingegen der Wiedergutmachung angerichteten Schadens. Der Haftpflichtige hat, selbst bei schwerem Verschulden, keine Verurteilung zu einer Leistung an den Geschädigten zu befürchten, die dessen Vermögenseinbusse übersteigt. Im Gegenzug muss er sein Verhalten an jenem einer durchschnittlich sorgfältigen Person messen lassen. Nur so können die berechtigten Ausgleichsinteressen der geschädigten Person angemessen gewahrt werden. Sollen deren Ansprüche in Zukunft wirklich vereitelt werden, weil sich die schädigende Person auf familiäre oder berufliche Sorgen, objektiv unbegründete Angst, persönliche Überforde-

rung, Arbeitsüberlastung, Unkonzentriertheit, Übermüdung, Kopfschmerzen oder ähnliches beruft? Zu einer Abkehr von der bewährten Praxis besteht um so weniger Anlass, als gewisse subjektive Umstände, namentlich das Alter des Schädigers, seine Ausbildung, sein Beruf und seine Erfahrung bereits berücksichtigt werden. Der geltende Fahrlässigkeitsmassstab ist also genau besehen jetzt schon nur *beschränkt objektiviert*. Der Einwand, dieser Massstab führe zu einer „Verschuldenshaftung ohne Verschulden“, trifft nur zu, wenn man das Verschulden vorweg im Sinne der persönlichen Vorwerfbarkeit des Strafrechts versteht. Dementsprechend bildet er kein Argument mit materiellem Gehalt.

Die für die geschädigte Partei nachteilige Wirkung eines rein subjektiven Verschuldensmassstabs wird durch den Umstand verstärkt, dass diese Partei die *Beweislast für das Verschulden* der schädigenden Partei trägt. Dem Geschädigten stehen aber im Zivilprozess nicht dieselben einschneidenden Mittel zum Nachweis der persönlichen Vorwerfbarkeit des Schädigers zur Verfügung wie den Strafverfolgungsorganen. Der Geschädigte wird daher in vielen Fällen beim Versuch, seine Rechte gerichtlich durchzusetzen, an mehr oder weniger stichhaltigen *Ausreden* des Schädigers scheitern. Davon wird in Zukunft auch der Vertragspartner des Schädigers betroffen sein, wenn er einen Schaden aus positiver Vertragsverletzung geltend machen will, da er infolge von Art. 42 VE nicht mehr an der Umkehrung der Beweislast von Art. 97 Abs. 1 OR partizipieren kann.

Erhalten bleibt das Beweislastprivileg dem Vertragspartner, der durch Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung geschädigt wird. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch seine Stellung verschlechtert wird, da der resubjektivierte Fahrlässigkeitsmassstab von Art. 48a VE kraft der Verweisung von Art. 99 Abs. 3 VE für alle Schädigungen aus vertragswidrigem Verhalten gelten wird. Das führt zum paradoxen Ergebnis, dass der Verschuldensmassstab im allgemeinen Vertragsrecht milder wird als derjenige, der gemäss Art. 321e Abs. 2 OR auf den (besonders schutzbedürftigen) Arbeitnehmer im Arbeitsvertragsrecht Anwendung findet. Nach dieser Vorschrift werden die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers nur soweit berücksichtigt, *als sie der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen*. Diese Mindestschranke der Subjektivierung muss erst recht im allgemeinen Vertragsrecht gelten. Etwas anderes ist mit den Schutzbedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht vereinbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass schwerwiegende Gründe gegen eine umfassende Subjektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabs sprechen. Das gilt sowohl im ausservertraglichen wie auch im vertraglichen Bereich. Nicht zufällig gehen daher das Bundesgericht und die herrschende schweizerische Lehre unter Einschluss fast aller Standardwerke des Haftpflichtrechts und des Vertragsrechts sowie die Rechtsordnungen der meisten anderen Staaten von einem beschränkt objektivierten Massstab aus. Nachdem die Unzulänglichkeiten des subjektiven Massstabs durch die Rechtsentwicklung überwunden worden sind, ist der schweizerische Gesetzgeber gut beraten, wenn er auf den geplanten Rückschritt verzichtet.

Vorschlag zu Art. 48a VE: Streichung, d.h. wie bis anhin Verzicht auf eine gesetzliche Definition der Fahrlässigkeit. Diese Lösung steht im Vordergrund, weil der Vorentwurf auch keine Definition des Vorsatzes enthält.

Soll die Fahrlässigkeit trotzdem umschrieben werden, so bietet sich als *Alternative* folgende Formulierung an: „*Fahrlässig handelt die Person, welche die ihr nach den Umständen obliegende Sorgfalt missachtet.*“ Auch in diesem Fall ist jedoch Abs. 2 von Art. 48a VE zu streichen.

VöV: Hier gelten die gleichen Bemerkungen, die wir zu Artikel 47a geäußert haben: Bei bekannten und vermeidbaren Gefahren gibt es eine Sorgfaltspflicht des zukünftigen Geschädigten. Ist also eine Gefahr voraussehbar und ist der Unfall für den Einzelnen vermeidbar und ist ihm die Vermeidung des Unfalles auch zuzumuten, so trifft ihn eine erhöhte Eigenverantwortung.

Antrag: Ergänzen: „Ebenso fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt missachtet, die sich aus bekannten und vermeidbaren Gefahren ergeben.“

341.20 Art. 48b

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 47.

TI: L'art. 48b AP (Responsabilità per colpa - in caso di incapacità di discernimento) riprende il concetto dell'art. 54 cpv. 1 CO, riguardante la condanna al risarcimento parziale o totale del danno di una persona incapace di discernimento. Non fa parte invece della nuova norma la fattispecie dell'art. 54 cpv. 2 CO secondo il quale *chi momentaneamente ha perduto la capacità di discernimento e in questo stato cagiona un danno, è tenuto a risarcirlo, in quanto non provi che tale stato si è verificato senza sua colpa.* Secondo il Breve commentario l'omissione è giustificata dal fatto che la norma è coperta dalla disposizione generale sulla responsabilità. Lo stesso motivo è indicato dal Rapporto esplicativo (pag. 122 - 123). Così come descritta, la sostanza della disposizione è chiara; suscita invece qualche dubbio, dal punto di vista formale, la scelta di tralasciare una fattispecie tanto importante dalla norma generale sull'incapacità di discernimento. È certamente sostenibile - pur dovendo condividere le motivazioni addotte - che il mantenimento del capoverso 2 *potrebbe rendere più chiara e (apparentemente) più completa* la norma.

VS: Cf. 341.17.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

LPS: S'impose-t-il vraiment de mentionner dans un article nouveau, une situation à laquelle, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le juge peut parer? Nous n'en sommes pas persuadés.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SVV: Nach den Verfassern des Vorentwurfs ist auch die Bestimmung zur Billigkeitshaftung (Art. 48b VE-OR) eine blosse Nachführung des aktuellen Art. 54 OR (mit einer inhaltlichen Änderung, da die vorübergehende Urteilsunfähigkeit nach OR 54 Abs. 2 nicht übernommen wurde). Wir bezweifeln, ob durch den ausdrücklichen Verweis auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten tatsächlich von einer blossen Nachführung

gesprochen werden kann. *Die gewählte Formulierung deutet vielmehr darauf hin, dass eine bestehende Versicherungsdeckung mehr als bis anhin in die Billigkeitserwägungen einbezogen werden soll. Ob das richtig ist, bleibt letztlich eine Wertungsfrage (der Abschluss einer Versicherung wird so gewissermassen zur Haftungsvoraussetzung gemacht) und geht zu Lasten aller Prämienzahler.*

Uni GE: Il serait opportun de compléter le texte de cette disposition par un élément figurant dans le Rapport (p. 122, § 3 au milieu), soit que „élément objectif de la faute“ doit être réalisé (faute dite fictive). L'équité n'exige en effet pas que l'incapable de discernement soit jugé plus sévèrement que celui qui est capable de discernement, ni qu'une personne ne soit rendue responsable du seul fait qu'elle est incapable de discernement

Uni ZH Portmann: Die Gliederungsziffer „3.“ im Randtitel zu Art. 48b VE ist verfehlt, da sie als Unterfall der übergeordneten Gliederungsziffer „1.“ im Randtitel zu Art. 48 VE erscheint. Die Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit ist gerade kein Unterfall der Haftung aus Verschulden, sondern bildet eine Kausalhaftung; fehlende Urteilsfähigkeit bedeutet fehlendes Verschulden.

Vorschlag zu Art. 48b Randtitel: „II. Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit“.

VSAV: En qualité d'organisme intéressé et consulté, l'ASTO s'est limité au seul article de la loi concernant le domaine spécifique qui le préoccupe, à savoir la responsabilité des personnes incapables de discernement.

La modification apportée à l'art. 54 CO paraît importante dans la mesure où l'art. 48b AP part du principe de l'équité en mettant le poids sur l'analyse des situations économiques réciproques et du caractère exceptionnel de la décision.

La suppression de l'al. 2 obligera par contre le tribunal à analyser en profondeur l'état d'incapacité de discernement, le système de la responsabilité pour faute s'appliquant en règle générale.

341.21 Art. 49

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Gemäss geltendem Recht kann sich der Geschäftsherr von seiner Haftung u.a. befreien, wenn er nachweist, dass der Schaden auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt eingetreten wäre. Unter Bezugnahme auf die Theorie des doppelten Kausalzusammenhangs legt der Vorentwurf dar, dass der eingangs angesprochene Entlastungsgrund nicht mehr Eingang im Gesetz zu finden braucht und daher gestrichen werden könnte. Unseres Erachtens aber sollte der bestehende Passus aus Gründen der Verständlichkeit gleichwohl beibehalten werden.

AR: Zu begrüssen ist die Unterscheidung zwischen wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten und anderen Tätigkeiten sowie die Absicht, für die letztgenannten Verrichtungen eine weniger strenge Haftung einzuführen.

SO: Die systematische Auslegung legt den Schluss nahe, dass im Falle der Schädigung durch eine Hilfsperson grundsätzlich Art. 49 VE-OR mit Exkulpationsmöglichkeit anwendbar wäre, ausser es liege eine (negative)

Vertragsverletzung durch Nichterfüllung oder bloss teilweise Erfüllung (Art. 97 Abs. 1 VE-OR) vor, dann wäre die strenge Haftungsregel von Art. 101 (Abs. 1) OR ohne Exkulpationsmöglichkeit anzuwenden. Unter teilweiser Erfüllung wäre nach Art. 43 VE-OR ausschliesslich die verspätete Erfüllung zu verstehen. Uns stellt sich die Frage, ob diese Unterscheidung gewollt ist und wenn ja, ob sie gerechtfertigt ist.

VS: Cf. 341.17.

ZG: Die im Vorentwurf vorgesehene Unterscheidung zwischen einer verschärften Haftung der Unternehmung und der gemeinen Haftung für Hilfspersonen ist zwar sinnvoll, birgt jedoch wiederum in der Praxis nicht unerhebliche Abgrenzungsprobleme. Der Begriff der „wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit“ soll zwar weit ausgelegt werden, dennoch stellt sich hier die Frage, wo die Grenze gezogen werden soll, d. h. welchen Organisationsgrad eine „Unternehmung“ haben muss, um noch unter die entsprechende Haftung subsumiert werden zu können oder nicht.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Regelung der Hilfspersonenhaftung (Art. 49f.) ist an sich überzeugend. Die Aufgabe des strengen Haftungsprinzips von OR 101 in der Vertragshaftung ist allerdings nicht unproblematisch. Dort sollte weiterhin gelten, dass der Vertragspartner für das Verhalten seiner Hilfspersonen wie für eigenes haftet, d.h. einzustehen hat, wenn bei eigenem, identischem Handeln eine Haftung gegeben wäre. Mindestens sollte diesfalls eine direkte - vertragsanaloge - Haftung der Hilfsperson selbst statuiert werden (heute haftet sie nur nach deliktischen Grundsätzen). Ob dies allerdings etwa im arbeitsvertraglichen Bereich allgemeine Zustimmung finden würde, ist zu bezweifeln. Zuzugeben ist allerdings, dass bei strenger Handhabung des Entlastungsbeweises und angesichts der vorgeschlagenen Verschärfung der Unternehmenshaftung (Art. 49a) das Problem nicht überzubewerten ist.

SP: Die Einführung eines neuen Haftungsprinzips der Organisationshaftung (Art. 49a) wird begrüsst (S. 122 ff., Art. 49 und 49a VE).

Die aktuelle Haftung für Hilfspersonen (Art. 55 OR) räumt dem Geschäftsherrn Entlastungsmöglichkeiten zu, die nicht gerechtfertigt sind. Die Organisationshaftung muss demgegenüber von der Vorstellung ausgehen, dass die Unternehmung, die Dritte zur Ausführung einer Tätigkeit in Anspruch nimmt, die Folgen dieser Tätigkeit tragen soll. Die daraus resultierenden Kosten sollen internalisiert, d.h. auf die Preise der Waren oder Dienstleistungen überwälzt werden. Unternehmerische Tätigkeit ist je nach Branche mit besonderen Risiken verbunden, die aus der Konzentration der Entscheidungsbefugnisse und der spezialisierten Arbeitsteilung resultieren. Der Geschädigte soll nicht auf seinem Schaden sitzen bleiben, wenn er bei komplexen Organisationen ausserstande ist, die schädigende Person konkret zu benennen. Gleich wie im System der modernen Staatshaftung hat demnach das Unternehmen für die von ihr geschaffene Organisationsgefahr einzustehen. Entlastet wird sie nur, wenn sie den Nachweis führt, alle notwendigen und geeigneten Massnahmen zur Abwendung des Schadens getroffen zu haben.

Die in Art. 49 und 49a im Gesetzesentwurf getroffene Abgrenzung zwischen Haftung für Hilfspersonen im allgemeinen und für Unternehmungen im besonderen ist allerdings ein Kompromiss, der nicht so recht zu befriedigen vermag. Zunächst ist unklar, wer der schärferen Haftung für Unternehmungen untersteht. Das ein Spital eine Unternehmung im Sinne des Gesetzes ist, versteht sich von selbst. Ob wirklich auch eine Arztpraxis darunter zu subsumieren ist, ist trotz der Erläuterungen weniger klar. Oder eine Praxisgemeinschaft von Anwälten oder Treuhändern, von denen grundsätzlich jeder auf eigene Rechnung arbeitet? Der Entlastungsbeweis in Art. 49a - Eignung der Organisation zur Verhütung des Schadens - geht weniger weit als die in andern Ländern entwickelte Organisationshaftung (Haftung für Organisationsgefahr, nötigenfalls auch unabhängig von einem Verschulden). Eine Entlastung des Organisationsträgers sollte nur möglich sein, wenn der Schaden, der auf den Organisationsrisiken beruht, weder voraussehbar noch vermeidbar war.

Organisations / organisations / organizzazioni

FRI: Articles 49 et 49 a – Responsabilité pour les auxiliaires

Nous entrons avec ces deux articles au cœur de la catégorie de la responsabilité „causale“ ou objective simple.

La quadruple preuve libératoire que l'employeur devra apporter dans le cadre de l'application de l'article 49 a nous paraît excessivement lourde.

En plus, des exigences actuelles en matière de choix, d'instruction et de surveillance des auxiliaires, l'organisation sans faille de l'entreprise fait de la responsabilité de l'employeur une quasi responsabilité aggravée pour risque d'entreprise.

Cette aggravation n'est pas justifiée et il nous paraît que les trois preuves libératoires prévues à l'actuel article 55 CO sont suffisantes. Il convient donc de reconsidérer la responsabilité de l'employeur sous un angle pratique et réaliste qui tienne compte de la diversité des entreprises quant à leur importance et leur type d'activité.

KF: Vgl. zu Art. 49a. Der Vorschlag der Studienkommission und des Gesetzesentwurfs gehen bezüglich Haftung der Unternehmen zu wenig weit. Eine einfache Kausalhaftung mit Befreiungsbeweis dürfte vor allem bei kleinen und mittleren Unternehmen, die ebenfalls gefährliche Eigenschaften (Stoffe, Produktionsweisen etc.) aufweisen können, nicht genügen. Wir schlagen hier trotz der möglichen Strenge eine schärfere Kausalhaftung vor. Die verschärfte Kausalhaftung trifft vor allem jene Unternehmer, die besondere Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr bzw. Schadenverhinderung vornehmen müssen.

Pro natura: Vgl. zu Art. 49a.

SAV: La FSA approuve dans son principe l'institution d'un système à deux vitesses prévoyant d'une part une responsabilité objective reprenant l'actuel art. 55 al. 1 CO pour les personnes privées, et d'autre part une responsabilité objective plus sévère pour les entreprises. Ce système présente l'avantage certain pour la victime de ne plus avoir à désigner nommément l'employé se trouvant à l'origine du dommage qu'il a subi.

C'est là un progrès certain chaque fois que le dommage intervient au sein d'une grande entreprise où un nombre important d'auxiliaires sont engagés. Un hôpital constitue à cet égard un excellent exemple.

Il n'en demeure pas moins que cette disposition devra à plusieurs égards être précisée par la jurisprudence. Tout d'abord la limite exacte du champ d'application de cette règle devra être tracée selon des critères concrets et adaptés à la réalité économique. Il n'est pas certain en effet qu'il soit opportun de soumettre au même régime de responsabilité objective une grande entreprise et une association de bénévoles n'exerçant que de façon accessoire une activité économique.

Ensuite, la preuve libératoire que l'entreprise pourra apporter ne devra pas être illusoire en pratique, si l'on ne souhaite pas créer un cas de responsabilité fondé sur le résultat. A ce titre, la jurisprudence devra tenir compte de la taille et des moyens de l'entreprise dans chaque cas particulier. Le risque existe en effet que les PME et les entreprises familiales aient beaucoup plus de peine à convaincre le juge de la qualité de leur organisation qu'une multinationale disposant dans ce domaine d'une foule de consultants.

La FSA estime en outre qu'une telle révision doit absolument être orientée sur l'avenir et anticiper dans la mesure du possible les prochaines évolutions technologiques. A ce titre, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'inclure dans les art. 49 et 49a AP une responsabilité à raison des moyens techniques auxiliaires mis en œuvre par une personne privée ou une entreprise. N'appartient-il pas par exemple au propriétaire d'un ordinateur de répondre des dommages causés à un tiers par une machine qui fonctionnera à l'avenir de plus en plus de façon autonome, sans intervention directe et sans instruction précise de l'homme?

SBMV: Unseres Erachtens ist das Marginale zu dieser Bestimmung falsch, wenn mit Art. 49a eine Haftung nicht nur für Personen, sondern auch für Sachen eingeführt wird (siehe sogleich unten).

SBV: Vgl. zu Art. 49a.

SGB: Vgl. zu Art. 49a.

SNV: Die Voraussetzungen für diese Haftung sind viel zu weit gefasst, da neuerdings nicht einmal eine Konnexität zwischen der schädigenden Tätigkeit und der Aufgabe der Hilfsperson gegeben sein muss. Zudem ist der Kreis jener Personen, welche als Hilfspersonen qualifiziert werden kann, nicht mit brauchbarer Präzision abgegrenzt. Ist etwa der Kurierdienst, welcher beim Zustellen einer Ausfertigung einer Urkunde einen Fussgänger anfährt, Hilfsperson des die Sendung veranlassenden Notars? Ist hier bereits der nötige sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der Tätigkeit des Notars gegeben? Die Antwort kann sowohl ja, wie nein sein. Sicher ist jedenfalls, dass das Zustellen von Ausfertigungen zum Tätigkeitsfeld des Notars gehört und dass er damit regelmässig einen Dritten beauftragt.

Die in Art. 49 des VE vorgesehene Exculpationsmöglichkeit genügt nicht, um die diesbezüglichen Unsicherheiten zu beseitigen. Sie ist zu wenig präzise umschrieben.

Somit muss festgehalten werden, dass hier nur zusätzliche Rechtsunsicherheiten geschaffen werden. Dies wird dazu führen, dass Richter, welche in der Regel von unternehmerischer Tätigkeit weit entfernt sind, weitgehend nach Ermessen darüber zu entscheiden haben werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Unternehmer für „seine“ Hilfsperson haftet.

SVV: Art. 49 VE-OR gilt als Nachführung der bestehenden Geschäftsherrenhaftung in Art. 55 OR. Explizit erwähnt wird die klassische Trilogie des Sorgfaltsbeweises (*cura in eligendo, istruendo et custodiendo*). Dagegen werden die Begriffe Geschäftsherr und Arbeitnehmer fallengelassen und die Haftung der Unternehmer, dem eigentlichen Anwendungsbereich von Art. 55 OR, in einem eigenständigen Artikel geregelt. Diese inhaltliche Änderung drängt die Frage auf, inwiefern damit nicht doch ein breiterer Anwendungsbereich verbunden ist, zumal in OR 55 heute noch von einem Unterordnungsverhältnis die Rede ist. Der Klarheit halber sollte der Gesetzestext so präzisiert werden, dass die neue Regelung der bisherigen inhaltlich entspricht. Die Geschäftsherrenhaftung setzt zwingend ein Unterordnungsverhältnis und damit eine konkrete Einflussmöglichkeit voraus. Diese Subordination kommt in Art. 49 VE-OR zu wenig deutlich zum Ausdruck.

Uni GE: Dans la mesure où l'illicéité n'est une condition générale de la responsabilité, il est nécessaire d'ajouter „de manière illicite“ après „par ce dernier“.

Uni LA: Il apparaît à la lecture du Rapport explicatif que les auteurs de l'avant-projet entendent distinguer la responsabilité pour les auxiliaires dans le cadre d'activités de nature économique ou professionnelle (art. 49a AP) et celle hors ce cadre (art. 49 AP), „scindant“ ainsi en deux ce qui faisait avant l'objet du seul article en matière délictuelle (art. 55 CO). Si l'idée nous paraît en soit bonne, il convient de rappeler que, chaque fois que l'on crée des catégories supplémentaires, on se trouve confronté à un problème supplémentaire de limites. Ainsi ne sera-t-il pas toujours facile de distinguer entre l'auxiliaire qui agit dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise comportant des activités économiques ou professionnelles de l'auxiliaire qui agit en dehors de ce cadre (la question est ici de déterminer s'il convient d'appliquer l'art. 49 AP ou bien l'art. 49a AP) (par exemple: quid de la secrétaire du médecin envoyée par son patron récupérer la voiture de ce dernier à la fourrière, voiture dont il se sert à la fois pour ses visites professionnelles et pour ses loisirs). De même, se posera la question de savoir comment il conviendra de traiter le cas des auxiliaires qui causent un dommage lorsqu'ils agissent à la fois dans le cadre d'une entreprise économique ou professionnelle et en dehors d'un tel cadre (à savoir lorsque, pour un même acte, les art. 49 et 49a AP sont en concours. Une solution possible serait l'application de l'art. 53 AP, pour le compte du même employeur (le coursier de l'avocat qui se rend en vélo à la poste pour y déposer un pli recommandé pour l'Etude ainsi qu'une carte de vœux d'anniversaire expédiée par l'avocat à l'attention de son amie). Enfin, il conviendra de se demander s'il est juste qu'un auxiliaire qui agit pour plusieurs maîtres à la fois engage différemment la responsabilité de ceux-ci pour le même acte selon que l'auxiliaire agit pour les uns dans le cadre d'une entreprise économique et professionnelle et pour les autres

en dehors de ce cadre (l'apprenti d'un ébéniste s'en va faire une course – à la demande de son patron – pour acheter les outils dont ce dernier a besoin, et se charge par la même occasion d'acheter du lait pour un de ses collègues de travail, et il cause un dommage chemin faisant).

Enfin, il ressort de l'avant-projet (art. 43 et 43a AP) que la responsabilité civile des collectivités publiques cantonales et communales (et leurs corporations, établissements ou agents) serait soumise en tous les cas au droit fédéral régissant la responsabilité civile lorsqu'elles causent un dommage *en dehors* du cadre de l'exercice de la puissance publique (critique, cf. supra, II). Leur responsabilité civile serait donc notamment soumise aux art. 41 ss AP. Même en écartant les critiques déjà formulées, l'on peut relever le point suivant: en principe ces collectivités devraient répondre en vertu des art. 49 et 49a AP. Or de ce point de vue, la rédaction de ces deux articles est insatisfaisant: indubitablement, dans la logique de l'avant-projet, un régime similaire à celui de l'art. 49a AP devrait s'appliquer, mais les cantons et les communes, de même que la plupart de leurs „corporations, établissements et agents” (art. 43 AP) ne sont certainement pas des „entreprises” (cf. note marginale de l'art. 49a AP) au sens où on l'entend couramment. De plus, un bon nombre de tâches effectuées par ces collectivités qui ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique ne tombent pas non plus à l'évidence sous la rubrique des „activités de nature économique ou professionnelle” à moins que l'on entende donner un sens très large à ces notions. Il semble d'ailleurs que c'est bien le choix des auteurs de l'avant-projet (Rapport, pp. 130-131, *ad n.* 3.4.3.4).

On notera enfin, sans entrer plus avant dans les détails, que le choix de l'avant-projet paraît aller à contre-courant: alors que la doctrine préconise et que les législateurs, cantonaux en particulier, reconnaissent d'une façon presque univoque qu'il convient de rendre les collectivités objectivement responsables des actes de leurs agents sans qu'elles puissent se libérer de cette responsabilité (c'est le cas aujourd'hui de presque tous les cantons), l'art. 49a AP leur ménage curieusement une preuve libératoire!

Uni ZH Honsell: Vgl. Art. 49a.

341.22 Art. 49a

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Wir erachten es als falsch, als einzige Bedingung für die Haftbarkeit nach Art. 49a eine einfache zeitliche und örtliche Beziehung genügen zu lassen. Dass die Ausführung einer wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit durch eine Hilfsperson die Gefahr der Schädigung Dritter erhöhen kann, mag unter Umständen zutreffen, rechtfertigt es unserer Meinung nach *allein* aber nicht, deshalb denjenigen, der sich einer Hilfsperson bedient, für entstandene Schäden von vornherein auch verantwortlich zu erklären. Wir fordern deshalb zusätzlich einen funktionalen Zusammenhang.

Im Übrigen erscheint die Eingrenzung der Verschuldenshaftung mittels Zulassung subjektiver Kriterien im Rahmen der Definition der Fahrlässigkeit nach Art. 48a fast marginal im Vergleich zur Haftungsausdehnung

gemäss Art. 49a. Die im erläuternden Bericht aufgeführten Befreiungsgründe in Bezug auf den Vorwurf mangelnder Organisation sind zudem derart eng formuliert und von Seiten des potentiell Haftpflichtigen kaum rechtsgenügend nachweisbar, dass in der Praxis wohl nur sehr selten Fälle auftreten werden, bei denen die Haftung verneint werden wird. Zudem wird damit unseres Erachtens einer wenig wünschenswerten Tendenz hin zur „Expertisenjurisprudenz“ Vorschub geleistet. In so komplexen Betrieben wie z.B. Spitälern wird es äusserst schwierig sein, die vom Vorentwurf geforderten Nachweise der Entlastung vollumfänglich erbringen zu können. Aus diesen Gründen sollte der geforderte Beweis mängelfreier Organisation der Unternehmung überdacht bzw. allenfalls sogar gestrichen werden.

Schliesslich erachten wir es entgegen dem Vorentwurf als sinnvoll, das Rückgriffsrecht des Geschäftsherrn gegenüber dem Schädiger nach wie vor zu kodifizieren. Der blosse Verweis auf die diesbezügliche Anerkennung der herrschenden Lehre vermag den Grundsatz der rechtlichen Grundlage nicht zu ersetzen.

AR: Nach Art. 43 f. VE soll die Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften für die Ausübung nicht hoheitlicher Tätigkeiten dem Bundeszivilrecht unterstellt sein. Soweit keine Gefährdungshaftung zur Anwendung kommt, werden die öffentlich-rechtlichen Körperschaften für den von ihren Hilfspersonen verursachten Schaden, der im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit verursacht wird, nach Massgabe von Art. 49a VE haften. Wie bereits bei Art. 43 und Art. 43a VE erwähnt, soll die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften auch für nicht hoheitliche Tätigkeiten ausschliesslich sein. Dies muss auch für die Haftung für Hilfspersonen gelten.

Die Studienkommission hatte noch vorgeschlagen, dass das Opfer ausschliesslich die Person belangen kann, die nach Art. 49a VE haftet. Sie hat sich an der Kanalisierung der Haftung orientiert, wie sie in den neuzeitlichen Staatshaftungsgesetzen vorgesehen ist. Die Verfasser des Vorentwurfs sind diesbezüglich der Studienkommission nicht gefolgt, sondern postulieren, dass die Haftung nach Art. 49 oder Art. 49a VE die Haftung der Hilfsperson nach Art. 48 VE nicht ausschliessen soll. Zur Begründung führen sie lediglich an, dass einerseits in der Praxis seitens Hilfspersonen belangt werden und andererseits eine Ausnahme vom Grundsatz der Haftungskonkurrenz die Rechte der geschädigten Person in ungerechtfertigter Weise verschlechtern würde. Der erste Grund rechtfertigt nicht, die dogmatische Strenge und das Konzept des Vorentwurfs zu durchbrechen. Zudem ist zu beachten, dass die Ausschliesslichkeit der Haftung für Hilfspersonen die Rechte der geschädigten Person nicht nur verschlechtert. Nach dem Konzept des Vorentwurfs gäbe es zahlreiche Schadenfälle, bei denen die Person nach Art. 49 oder Art. 49a VE *und* die Hilfsperson nach Art. 48 VE haften würden. Soweit die Haftungsgründe nicht deckungsgleich sind, riskiert die geschädigte Person die falsche Person einzuklagen.

Die Haftung für Hilfspersonen nach Art. 49a VE ist demnach als ausschliessliche Haftung auszugestalten, wie es die Studienkommission vorgeschlagen hat.

Dies würde mit der von uns geforderten ausschliesslichen Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaften übereinstimmen. Um Haftungslücken zu vermeiden, wäre der Organisationsmangel weit auszulegen, um sicherzustellen, dass die Person nach Art. 49a VE auch dann haftet, wenn die Hilfsperson schuldhaft und eigenmächtig unsorgfältig handelt und dadurch einen Schaden verursacht.

BL: Art. 49a VE OR sieht eine Verschärfung der Hilfspersonenhaftung vor. Bereits eine zeitliche und örtliche Beziehung - „bei Gelegenheit der Verrichtung“ - reicht aus, um eine Haftbarkeit des Unternehmers zu begründen, ohne dass ein funktioneller Zusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden zu bestehen braucht. Eine solche Verschärfung ist klar abzulehnen. Die Argumentation, dass der Arbeitgeber schliesslich auch wirtschaftlichen Vorteil in Form eines Gewinns vom Arbeitnehmer bezieht, überzeugt nicht. Das wirtschaftliche Risiko von unternehmerischem Handeln muss klar eingegrenzt sein und darf nicht von atypischen Vorkommnissen, welche richtigerweise dem Arbeitnehmer allein zuzurechnen sind, abhängen. Vielmehr ist an der bewährten bisherigen gesetzlichen Regelung festzuhalten.

BS: Neben der geltenden Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR, die unverändert im Revisionsentwurf aufgenommen worden ist (Art. 49 des Entwurfs), wird in Art. 49a eine neue Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen eingeführt. Art. 49a des Entwurfs begründet eine neue Form der Kausalhaftung auf der Grundlage eines Organisationsmangels. Diese neue Hilfspersonenhaftung hat für die Kantone, insbesondere für die öffentlichen Spitäler im Bereich ihrer nichtthoheitlichen Tätigkeit (vgl. Art. 43a) grosse Auswirkungen.

Gemäss Art. 49a des Entwurfs würde der Kanton für alle Verrichtungen seiner Hilfspersonen haften, sofern er nicht nachweist, „dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten“. Kantonale Spitäler sind komplexe, arbeitsteilige Betriebe. Wir bezweifeln, dass die vorgesehene Beweisführung unter den Bedingungen eines Grossbetriebs praktikabel sind.

Die Haftung gemäss Art. 49a ist eine verschärfte Haftung. Während Art. 49 auf Schädigungen in Ausübung ihrer Verrichtungen“ begrenzt ist, wird bei der neuen Organisationshaftung auf Schädigungen, die im Rahmen dieser Tätigkeiten“ verursacht werden, abgestellt. Die unklaren Grenzen dieser neuen Norm und die damit verbundene Ausweitung der Haftbarkeit erscheint uns als problematisch. Die Bestimmung ist präzisierungsbedürftig, ein funktionaler Zusammenhang zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Schaden muss auch weiterhin verlangt werden.

Wir verweisen auch auf unsere Ausführungen bezüglich einer Einführung einer Spezialregelung für die Haftung für medizinische Behandlung.

FR: Nous sommes d'accord avec l'introduction d'une responsabilité particulièrement sévère pour les entrepreneurs qui recourent aux services d'auxiliaires. Nous pensons toutefois que la condition spécifique mise à l'obligation de réparer („dans le cadre des activités de l'entreprise“) est trop large; nous souhaiterions qu'un rapport de connexité fonctionnel avec une activité de l'entreprise soit exigé.

JU: Parmi les arts rédigés par les auteurs de l'avant projet, l'art. 49a est sans doute celui qui va poser le plus de problèmes en pratique. En effet, il contient un certain nombre de notions très générales qui vont sans doute poser de nombreux problèmes d'interprétation en pratique.

Tel est en particulier le cas pour la notion „d'entreprise“, qui s'entend, selon les auteurs de l'avant-projet, dans un sens très large. Son utilisation est à notre avis trompeuse, dans la mesure où elle n'implique précisément pas l'existence d'une entreprise au sens où on l'entend en règle générale. Quant au rapport, il reste très flou sur cette notion en soulignant que la notion d'entreprise suppose une structure dans laquelle s'insère, ne serait-ce qu'occasionnellement, le rapport caractéristique de subordination qui lie le sujet de la responsabilité et l'auxiliaire. Une telle précision ne fait à notre avis que rajouter au flou de la notion qu'il s'agira impérativement de préciser.

La notion d'„activité professionnelle“ peut elle aussi se révéler très délicate à circonscrire. En effet, l'interprétation qu'en font les auteurs de l'avant-projet semble aller plus loin que ce terme ne pourrait le supposer. Ainsi, des personnes agissant dans le cadre de la recherche de fonds agiraient dans le cadre d'une activité professionnelle. A notre avis, une telle interprétation est source d'incertitudes et va poser de graves problèmes d'interprétation.

Quant à la différence entre l'art. 49, qui s'applique si l'auxiliaire agit: „dans l'accomplissement de sa tâche“ et l'art. 49a qui ne s'applique que si l'auxiliaire agissait: „dans le cadre de ses activités“, nous nous demandons si elle est vraiment nécessaire. En effet, la différence est d'une part délicate à comprendre et d'autre part, ne se justifie pas vraiment. Par conséquent, nous pensons qu'il serait plus clair de ne pas faire de distinction sur ce point.

Un autre point pose problème: l'art. 49a ne mentionne pas clairement les trois conditions posées à l'art. 49 (choix, instruction et surveillance de l'auxiliaire). Or, il ressort clairement du rapport explicatif que ces trois conditions doivent également être remplies sous l'angle de l'art. 49a. Cet art. apparaissant comme une exception au principe général posé à l'art. 49 (mention marginale: „en général“ qui est peut-être malheureuse), on ne pense pas forcément à reprendre les conditions posés par ce dernier. Par conséquent, pour une plus grande clarté, il conviendrait de reprendre ces conditions à l'art. 49a.

Enfin, il est prévu d'interpréter cette disposition de manière extensive. Or, s'il est vrai que les exceptions ne doivent pas forcément être interprétées de manière restrictive, la systématique des art. 49 s semble requérir une telle interprétation. En effet, l'art. 49 traite de la responsabilité des auxiliaires en général, alors que l'art. 49a pose des conditions de responsabilité plus strictes pour les personnes exploitant une entreprise. Dès lors que ces conditions sont plus strictes, il convient à notre avis de les interpréter en l'espèce de manière restrictive.

C'est pourquoi nous pensons que cet art. doit être profondément revu pour que son champ d'application soit défini plus clairement. En outre, nous nous demandons s'il est vraiment adéquat. En effet, la condition de l'organisation qu'il ajoute est elle aussi sujette à interprétation et il paraît très

délicat de laisser le soin à un juge de déterminer si l'organisation d'une entreprise était vraiment de nature à éviter que le dommage ne survienne.

Nous nous demandons enfin si l'art. 49a ne devrait pas comprendre un paragraphe spécial consacré à la responsabilité des organisateurs de manifestations, qui renverrait quant aux conditions de la responsabilité, à celles posées par l'art. 49a de l'avant-projet. En effet, il nous paraît important qu'une disposition puisse définir une telle responsabilité, que l'on pourrait définir soit à l'art. 49a, soit aux art. 59 ss sous les responsabilités spéciales.

LU: Den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 129 ff.) kann entnommen werden, dass die Organisationshaftung auch auf Gemeinwesen und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts anwendbar sein wird.

Aus der Bestimmung geht nicht hervor, dass die drei klassischen Elemente der Sorgfalt für Hilfspersonen (Auswahl, Unterweisung und Überwachung) auch hier gelten und der Beweis der geeigneten Organisation zusätzlich erbracht werden muss.

Es fehlen Ausführungen, welche Voraussetzungen für das Gelingen eines Befreiungsbeweises der geeigneten Organisation erfüllt sein müssen.

SG: Vgl. zu Art. 43.

SH: Der Begriff der wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit ist nach der Auffassung der Experten weit auszulegen, sodass neben gewinnorientierten Unternehmen auch Vereine und die Tätigkeit von Gewerkschaften unter diesen Begriff fallen. Eine Schädigung mit einer örtlichen und zeitlichen Beziehung zur Tätigkeit genügt nach dieser Bestimmung. Ein funktioneller Zusammenhang wird nicht verlangt. Diese Voraussetzung geht sehr weit, werden davon doch sogar Straftaten erfasst. Zwar steht der belangten Person die Möglichkeit des Entlastungsbeweises offen, die Regelung ist aber als zu weitgehend abzulehnen. Es sollte zumindest ein funktionaler Zusammenhang mit dem Schaden bestehen.

SO: Gegen den Begriff der „Unternehmung“ ist nichts einzuwenden. Er ist weit und beinhaltet auch Vereine.

Die Haftpflicht besteht, wenn Schaden entstanden ist wegen eines *objektiven* Organisationsfehlers, die Organisationshaftung ist als *Kausalhaftung*, nicht aber als Gefährdungshaftung ausgestaltet. Sie besteht nicht, wenn der Schaden allein auf das Verhalten des Leiters der Unternehmung zurückzuführen ist (erläuternder Bericht Seite 131).

Heisst Organisationshaftung im Ergebnis, dass sich der Organisationsträger nur entlasten kann, wenn er eine ausserhalb seines Organisationsbereiches liegende Ursache oder Mitursache des Schadens nachweist? Nach welchen Regeln muss z.B. ein Spitalbetrieb organisiert sein? (Vergleiche dazu im erläuternden Bericht Seite 132.)

Gerade die Organisationshaftung mit Blick auf den Spitalbereich wirft einige Fragen auf:

- Wie ist beispielsweise unter der künftigen Regelung der Begriff des ärztlichen Kunst- bzw. Behandlungsfehlers einzuordnen? Ist die Orga-

nisationshaftung als reine Widerrechtlichkeitshaftung oder als objektivierte Verschuldenshaftung zu verstehen?

Die primäre Staatshaftung nach dem Verantwortlichkeitsrecht des Bundes und der Kantone ist nirgends eine reine (verschuldensunabhängige) Widerrechtlichkeitshaftung, da über den Entlastungsbeweis der Wahrung der Amtspflicht eine Berufung auf genügende Sorgfalt im Sinne einer objektivierten Verschuldenshaftung zulässig ist: Nach der herrschenden Praxis werden Widerrechtlichkeit, Amtspflichtwidrigkeit und Verletzung objektiver Sorgfaltspflicht weitgehend gleichgesetzt, so dass sich die verschuldensunabhängige Widerrechtlichkeitshaftung des Staates stark einer objektivierten Verschuldenshaftung annähert.

Für den Spitalbereich bedeutet dies: Auch wenn sich die Widerrechtlichkeit zunächst aus der Verletzung der körperlichen Integrität ergibt, behält die Widerrechtlichkeit als Rechtsgutverletzung dem Staat als Haftpflichtsubjekt den Entlastungsbeweis der Erfüllung der Amtspflicht vor, die im medizinischen Bereich mit der Wahrung der ärztlichen Sorgfaltspflicht im objektiven Sinne gegeben ist. So stellt das Bundesgericht in BGE 115 Ib 150 fest, dass auch bei der Kausalhaftung die Frage nach einer Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht als Teil der Widerrechtlichkeit zu berücksichtigen sei.

- Wie verhalten sich Organisationshaftung (für Fehler und Mängel der Organisation) und Verschuldenshaftung der schädigenden Hilfsperson (individuelle Vorwerfbarkeit) zueinander?

Art. 49a Abs. 2 VE sieht die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung im Spitalbereich in der Nichterfüllung einzelner Organisationspflichten des Spitalträgers. Bei Erfüllung dieser Organisationspflichten exkulpert sich der Organisationsträger, womit die Haftung der Hilfsperson (z.B. des „eigenverantwortlichen“ Arztes) in Frage steht (Verschuldenshaftung).

Ein Spital wäre demnach haftbar, wenn zu wenig Pflegepersonal zum Dienst eingeteilt wäre und wegen der daraus folgenden mangelnden Überwachung ein Patient zu Schaden käme. Würde hingegen der Klinikarzt eine falsche Diagnose stellen und eine Patientin deshalb nicht richtig behandelt, könnte sie im Schadenfall nur den Klinikarzt persönlich belangen (vgl. erläuternder Bericht Seite 131). Sind mehrere Ärzte an einer misslungenen Operation beteiligt (Chirurg, Anästhesist), müsste die Patientin jedem ein Verschulden, in concreto den „Kunstfehler“, nachweisen können.

Im Einzelfall wird zudem nicht immer feststellbar sein, ob der Schaden entstanden ist wegen eines Organisationsfehlers, wegen eines Kunstfehlers, wegen Fehlern in beiden Bereichen oder weil sich das „Risiko des medizinischen Eingriffs“ verwirklicht hat.

Ob damit in „gewisser Hinsicht eine gesetzgeberische Antwort auf die parlamentarischen Vorstösse gegeben“ wird, die für die Tätigkeit von Medizinalpersonen und den Spitalbereich eine Kausalhaftung verlangten, darf indessen zufolge der von uns aufgeworfenen Fragen, bezweifelt werden (erläuternder Bericht S. 130).

- TG:** Der Begriff der wirtschaftlich ober beruflich ausgerichteten Tätigkeit soll nach Auffassung der Experten weit ausgelegt werden. Damit erhält diese

Bestimmung eine eminent wichtige Bedeutung. Die Haftpflicht ist gegeben, wenn der Schaden im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit verursacht wird. Nicht vorausgesetzt wird ein funktionaler Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit; eine örtliche und zeitliche Beziehung genügt. Diese Haftungsvoraussetzung greift viel zu weit und muss eingeschränkt werden. Der Unternehmer haftet damit für jedes (Fehl-)Verhalten der Hilfsperson, sogar für eine Straftat. Eine Begründung, weshalb es als billig erscheint (Erläuternder Bericht S. 131), dass die Person, die ein Unternehmen betreibt, von vornherein eine solche Gefahr tragen soll, fehlt. Diese Bestimmung ist nicht nur unnötig, sondern auch ausgesprochen wirtschaftsfeindlich.

Die geschädigte Person hat keinen Organisationsmangel nachzuweisen. Ein solcher wird vielmehr vermutet, wenn der Schaden im Rahmen der Tätigkeit der belangten Unternehmung verursacht worden ist. Zwar steht der haftpflichtigen Person der Befreiungsbeweis offen, indem sie nachweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Als Organisationsmangel soll aber nicht nur der klassische Mangel gelten, sondern jedes Verhalten einer Hilfsperson, das objektiv und ohne triftigen Grund vom Verhaltensmuster ihrer Kategorie abweicht sowie jeder technische Fehler einer Anlage, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist. Die Haftung kann damit von der scharfen Kausalhaftung kaum mehr unterschieden werden, was nicht annehmbar ist. Es besteht kein zureichender Grund für die Entlastung der geschädigten Person von der Substantiierungs- und Beweisspflicht bezüglich des extrem weit gefassten Begriffs des Organisationsmangels. Bezogen auf Spitäler würde dies bedeuten, dass dem Spitalträger die Beweislast für die tadellose Organisation des Betriebes im engeren, herkömmlichen Sinne sowie die Beweislast für das sorgfalts-gemässe Handeln seiner Medizinalpersonen (Organisationsrisiko im weiteren Sinne) obliegen. Demgegenüber wäre der Geschädigte von seiner bisherigen Beweislast für den behaupteten Kunst- bzw. Behandlungsfehler sowie Organisationsfehler völlig entbunden. Damit wird ausgerechnet in diesem besonders heiklen Bereich ein kompletter Systemwechsel vorgeschlagen, was nicht angehen kann.

Die Haftung nach Art. 49a VE schliesst die Haftung der Hilfsperson nach Art. 48 VE zudem nicht aus. Auf die Problematik, dass ein Geschädigter auch die im Dienste des Staates stehende Person persönlich belangbar sein kann, wurde bereits hingewiesen. Die persönliche Belangbarkeit der Hilfsperson, die offenbar kaum praktische Bedeutung hat, sollte grundsätzlich ausgeschlossen werden. Der aus Art. 49a VE haftpflichtigen Person müsste dagegen ein Rückgriffsanspruch eingeräumt werden. Jedenfalls müsste der Ausschluss im Fall der Staatshaftung für in seinen Diensten stehende Personen (sofern Art. 49a VE zur Anwendung gelangen sollte) aus den aufgezeigten Gründen klar geregelt werden, zumindest soweit die Schäden im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit entstanden sind. Eine Schlechterstellung der geschädigten Person ergibt sich daraus nicht.

VD: L'AP prévoit d'ajouter à la responsabilité pour les auxiliaires (qui reprend l'art. 55 CO actuel) une responsabilité de l'entreprise. Or, la distinction entre les deux formes de responsabilités n'est pas claire: le commentaire

abrégié relatif à l'art. 49a précise que le concept d'entreprise présuppose que des personnes sont employées dans un rapport de subordination. N'est-ce pas le cas de tout auxiliaire? Quel serait alors le champ d'application de l'art. 49 AP? En outre, la preuve libératoire de „l'organisation de l'entreprise,“ est un critère flou et difficilement applicable. En effet, on voit mal comment déterminer si un tel défaut d'organisation existe.

De plus, la preuve de la bonne organisation de l'entreprise incomberait à l'entrepreneur, et non pas à la personne lésée. Or, au vu de la difficulté d'apporter une telle preuve, la responsabilité de l'entrepreneur deviendrait, en pratique, une responsabilité pour risque, ce que rien ne justifie. Comment par ailleurs concilier cet impératif d'organisation avec les autres exigences, économiques notamment, pesant sur un établissement hospitalier tel que le CHUV? Il sied également de tenir compte des contraintes exogènes qui régissent la gestion d'un tel établissement.

Enfin, la responsabilité de l'entreprise sera engagée en vertu de cet art. même si le fait dommageable ne se produit pas dans le cadre des activités de l'entreprise, contrairement à l'art. 49 AP, mais simplement s'il est en relation de lieu et de temps avec elles, ce qui nous semble également excessif.

VS: Cf. 341.17

ZG: Vgl. zu Art. 49.

ZH: Der Begriff der wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit soll nach Auffassung der Experten weit ausgelegt werden. Damit erhält diese Bestimmung eine ausserordentliche Bedeutung. Die Haftpflicht ist gegeben, wenn der Schaden im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit verursacht wird. Nicht vorausgesetzt wird ein funktionaler Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit; eine örtliche und zeitliche Beziehung genügt. Diese Haftungsvoraussetzung muss eingeschränkt werden, denn sie greift viel zu weit. Der Unternehmer haftet damit für jedes (Fehl-)Verhalten der Hilfsperson, sogar für eine Straftat. Eine Begründung, weshalb es als billig erscheint (Erläuternder Bericht S. 131), dass die Person, die ein Unternehmen betreibt, von vornherein eine solche Gefahr tragen soll, fehlt. Es ist nicht nachvollziehbar, ja geradezu ungerecht, wenn der Unternehmer für jedes fahrlässige oder absichtliche, unter Umständen strafrechtlich bedeutsame Verhalten einer *Mitarbeiterin* oder eines Mitarbeiters, das überhaupt keinen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit hat, verantwortlich sein soll. Es würde ihm im Einzelfall damit nicht nur eine rechtliche, sondern auch moralische Verantwortung aufgeladen, was abzulehnen ist. Das Vorliegen eines funktionalen Zusammenhangs zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden muss zwingend gegeben sein.

Die geschädigte Person hat keinen Organisationsmangel nachzuweisen. Ein solcher wird vielmehr vermutet, wenn der Schaden im Rahmen der Tätigkeit der belangten Unternehmung verursacht worden ist. Zwar steht der haftpflichtigen Person der Befreiungsbeweis offen, indem sie nachweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Als Organisationsmangel soll aber nicht nur der klassische Mangel gelten, sondern jedes Verhalten einer Hilfsperson, das objektiv und ohne triftigen Grund vom Verhaltensmuster ihrer Kategorie

abweicht, sowie jeder technische Fehler einer Anlage, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist. Die Haftung kann damit von einer scharfen Kausalhaftung kaum mehr unterschieden werden. Das ist nicht annehmbar. Es besteht kein zureichender Grund, die geschädigte Person von der Substanziierungs- und Beweispflicht bezüglich des extrem weit gefassten Begriffs des Organisationsmangels zu entlasten.

Die Haftung nach Art. 49a VE schliesst die Haftung der Hilfsperson nach Art. 48 VE nicht aus. Auf die Problematik, dass ein Geschädigter auch die im Dienste des Staates stehende Person persönlich belangen kann, wurde bereits hingewiesen. Die persönliche Belangbarkeit der Hilfsperson, die offenbar kaum praktische Bedeutung hat, sollte grundsätzlich ausgeschlossen werden. Der aus Art. 49a haftpflichtigen Person müsste ein Rückgriffsanspruch eingeräumt werden. Jedenfalls müsste der Ausschluss im Fall der Haftung des Staates für in seinem Dienste stehende Personen (sofern Art. 49a VE zur Anwendung gelangen sollte) aus den aufgezeigten Gründen klar geregelt werden, zumindest soweit die Schäden im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Tätigkeit entstanden sind. Eine Schlechterstellung der geschädigten Person ergibt sich daraus nicht.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: vgl. zu Art. 49

LPS: Cette disposition nouvelle ne trouve pas notre agrément. En effet, outre les trois preuves libératoires existantes (choix, instruction et surveillance de l'auxiliaire), il est ajouté une „preuve libératoire“ supplémentaire, qu'il incomberait à l'entreprise de démontrer en cas de faute d'un auxiliaire, la preuve de „la bonne organisation de l'entreprise“. Il s'agit clairement là d'une disposition inutile: dans la mesure où les trois preuves susmentionnées sont apportées (ou ne peuvent pas l'être et, alors, la responsabilité de l'entreprises est à juste titre engagée), point n'est besoin de faire tendre la responsabilité des entreprises vers une responsabilité causale aggravée. Cette disposition poserait en outre de graves difficultés pratiques: qui jugera de la bonne organisation de l'entreprise et comment?

SVP: Grundsätzlich stimmt die SVP der Nichteinführung einer scharfen Kausalhaftung für Hilfspersonen in Unternehmungen zu. Dies könnte nämlich verheerende Folgen für Klein- und Mittelbetriebe nach sich ziehen. Ebenso begrüsst die SVP, dass die Möglichkeit des Befreiungsbeweises im Grundsatzartikel der Hilfspersonenhaftung für sämtliche Unternehmungen gleich ist. Trotzdem ist die SVP der Meinung, dass dieser Artikel tendenziell in Richtung Gefährdungshaftung geht.

Gemäss dem Erläuternden Bericht gilt Art. 49a des Vorentwurfes für alle Unternehmen von Handel, Industrie und Dienstleistungssektor, ohne dass es dabei auf die Rechtsform oder auf einen bestimmten Umsatz oder auf einen Handelsregistereintrag ankommen würde. Dies hat zur Folge, dass die in Art. 49 statuierte mildere Haftung im Gegensatz zur strengeren Haftung in Art. 49 a bedeutungslos würde.

Diese strengere Haftung in Art. 49 a VE geht zu weit und ist abzulehnen. Die Grundlage dieser Bestimmung ist ein Mangel in der Organisation der

Unternehmung. Der Entlastungsbeweis ist erbracht, sobald nachgewiesen werden kann, dass „die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhindern“. Somit ist der Entlastungsbeweis der allgemeinen Hilfspersonenhaftung, welcher durch den Nachweis genügender Überwachung, Auswahl und Instruktion der Hilfsperson erbracht werden kann, nicht mehr möglich. Entgegen der Marginalie handelt es sich vorliegend nicht um eine Hilfspersonenhaftung, sondern um eine umfassende Organisationshaftung nach amerikanischem Recht, was es einer Unternehmung faktisch verunmöglicht, einen Entlastungsbeweis zu erbringen.

Im weiteren verlangt Art. 49a VE keinen funktionellen Zusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden, sondern verlangt nur, dass der Schaden „im Rahmen der Tätigkeit“ verursacht wurde. Auch diese Erweiterung der Haftung ist zurückzuweisen. Das Argument, der Betreiber der Unternehmung würde aus der Arbeit der Hilfsperson Nutzen ziehen, ist nicht zu sehen.

SP: Vgl. zu Art. 49.

Organisations / organisations / organizzazioni

economiesuisse: Es ist richtig, keine scharfe Kausalhaftung für Hilfspersonen in Unternehmungen einzuführen, da dies gerade für die kleineren und mittleren Unternehmen zu untragbaren Ergebnissen führen würde; ferner begrüßen wir, dass die Generalklausel der Hilfspersonenhaftung mit der Möglichkeit des Befreiungsbeweises für alle Arten und Grössen von Unternehmungen gleich ist. Art. 49a VE läuft aber im Ergebnis doch auf eine gefährdungsartige Haftung hinaus. Art. 49a VE gilt für alle Unternehmungen „mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteter Tätigkeit“. Damit wird nach dem Willen des Vorentwurfs das ganze Spektrum von Handel, Industrie und Dienstleistungssektor erfasst, ohne dass es auf die Rechtsform, einen bestimmten Umsatz oder gar einen Handelsregistereintrag ankäme. Die strenge Haftung von Art. 49a VE wird die im Vergleich mildere Version des Art. 49 VE zur Bedeutungslosigkeit verkommen lassen.

Grundlage der Haftung ist der Organisationsmangel, demgemäss besteht der Entlastungsbeweis im Nachweis, „dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten“. Im Gegensatz zur allgemeinen Hilfspersonenhaftung ist eine Entlastung durch den Nachweis rechtsgenügender Überwachung, Auswahl und Instruktion der Hilfsperson nicht mehr möglich. Es handelt sich daher nicht um eine Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen (wie dies die Marginalie vermuten liesse), sondern um eine umfassende Organisationshaftung für Personen und Sachen nach dem Modell des anglo-amerikanischen „*respondeat superior*“. Wir befürchten, dass ein allzu strenger Massstab an den Entlastungsbeweis angelegt wird und es den Unternehmungen somit praktisch verunmöglicht wird, sich zu entlasten.

Des weiteren verlangt Art. 49a VE nur gerade, dass der Schaden „im Rahmen der Tätigkeit“ verursacht wurde. Im Gegensatz zu Art. 49 VE (oder zu Art. 55 OR) braucht *kein funktioneller Zusammenhang* zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden zu bestehen. Damit genügt es für die Zurechnung der Haftung, dass die Hilfsperson den Schaden *bei Gelegenheit der Verrichtung* verursacht, solange nur eine

zeitliche und örtliche Beziehung zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Schadenszufügung besteht. Diese Erweiterung der Haftung ist unge-rechtfertigt und der funktionelle Zusammenhang ist beizubehalten und zu fordern, dass die Ausübung der Tätigkeit das Risiko der Schadenszufügung erhöht haben muss. *In der praktischen Auswirkung nähert sich Art. 49a VE einer Gefährdungshaftung an.* Dadurch würde nicht zuletzt die Eigenverantwortung des Geschädigten zu wenig einbezogen und für jenen kein Anreiz zur Schadensverhütung geschaffen.

FRI: cf. sous art. 49.

FMH: Wir begrüßen die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der vom Bundesgericht längst eingeführten Haftung für fehlerhafte Organisation.

Hingegen lehnen wir die a priori Vermutung des Organisationsfehlers, also die Beweislastumkehr, für den Bereich der Medizin aus den folgenden Gründen ab:

- a) Die Fortschritte in der Medizin haben Behandlungen möglich und erstaunlich sicher gemacht, an die man in der Vergangenheit nicht zu hoffen gewagt hätte. Der Schlüssel zum Erfolg ist in vielen Fällen die intensive interdisziplinäre Zusammenarbeit vieler Ärzte bzw. vieler verschiedener Behandlungsteams im Spital. Aber – und dies muss für die Gesetzgebung entscheidend sein – : Diese zunehmende Komplexität der Prozesse und die Arbeitsteilung liegt im Interesse der Patienten, und nicht im Interesse des ‚Unternehmers‘. Man denke nur an das alltägliche Beispiel der Patientenüberwachung rund um die Uhr auf der Intensivpflegestation: Der Schichtbetrieb mit Arbeitsteilung dient hier offensichtlich nicht der Gewinnmaximierung (die unter anderem als Motiv für diese Haftung herangezogen wird – vgl. erläuternder Bericht S. 131). Er ist vielmehr schlicht eine notwendige Voraussetzung für das Überleben des Patienten. Angesichts dieses Umstandes wäre eine Verschärfung der Organisationshaftung durch Beweislastumkehr in der Medizin nicht sachgerecht. Damit trägt der Vorentwurf einem logischen Zusammenhang zwischen Gefährdungshaftung und Organisationshaftung nicht Rechnung: Dieselben Gründe, die richtigerweise zur Einstufung der Medizin als nicht besonders gefährlicher Tätigkeit führen, müssen auch dazu führen, bei Eintritt eines Schadens nicht schon aufgrund komplexer Behandlungsabläufe einen Fehler zu vermuten. Denn sowohl die Inkaufnahme von Risiken wie auch die Komplexität der Prozesse liegen im Patienteninteresse und haben erst die erfolgreiche Behandlung schwerer Leiden möglich gemacht
- b) Die vorgeschlagene Beweislastumkehr würde zudem das Risiko schaffen, dass die Medizin defensiver und im Ergebnis gefährlicher werden könnte, indem im Zweifelsfall aus Gründen der Haftungsprophylaxe nicht dem besten, sondern einem möglichst einfachen Behandlungsablauf der Vorzug gegeben würde...
- c) Auch in der Medizin bei Eintritt jedes Patientenschadens im Spital (und gegebenenfalls auch in der Arztpraxis) einen Fehler in den Abläufen zu vermuten, ist statistisch gesehen die falsche Vermutung. Wir verweisen als aktuelles Beispiel auf die am 25.1.2001 bekanntgegebene erste Auswertung einer Studie in 11 schweizerischen internistischen Kliniken (Beilage 2): Bei 1807 verstorbenen Patienten waren in lediglich 17 Fäl-

len Komplikationen die Todesursache, und nur in 5 dieser 17 Fälle hat die Analyse einen potentiell vermeidbaren Fehler ergeben. Trotz - oder eben viel mehr: dank! - komplexer Behandlungen und Betreuungen lag also die Fehlerrate im Zusammenhang mit dem Tod des Patienten im Promillebereich. Die meisten Patienten in der Schweiz sterben also unter medizinischer Behandlung und/oder Betreuung, ohne dass ein Fehler vorliegt. Die Arbeitshypothese des Entwurfs, vom Schaden direkt auf den Organisationsfehler zu schliessen, die für viele Industriezweige und Dienstleistungsbereiche richtig erscheint, erweist sich damit als für die Medizin nicht sachgerecht, weil hier die statistische Ausnahme zur rechtlichen Regel gemacht würde.

- d) Die Praxis der FMH-Gutachterstelle zeigt, dass die eingesetzten Gutachter in aller Regel wenig Schwierigkeiten haben, die Qualität der Zusammenarbeit (also die Organisationsfehlerfrage) abzuklären. Eine Beweislastumkehr drängt sich nicht auf.

Von zentraler Bedeutung ist aber letztlich die Notwendigkeit, rasch ein angstfreies Klima im Umgang mit Komplikationen und Fehlern in der Medizin zu schaffen, um eine Verbesserung der Patientensicherheit erreichen zu können. Es ist aber aus praktischen und v.a. prozessualen Gründen nicht möglich, in ein und demselben Land einerseits eine auf Angstfreiheit aufgebaute Patientensicherheitskultur zu begründen, und andererseits straf- und auch zivilrechtliche Sanktionen beizubehalten, die nach wie vor massgeblich auf die Fehlerfrage abstellen. Wir sind uns bewusst, dass im vorliegenden Zusammenhang nur das Zivilrecht diskutiert wird. Dennoch muss die Thematik im gesamten Kontext analysiert werden, um in den einzelnen Rechtsbereichen sinnvolle Lösungen festzulegen. Für den Bereich des Strafrechts hat kürzlich die Präsidentin der Schweizerischen Patientenorganisation mit guten Gründen postuliert, fahrlässige Tötung im Bereich der Medizin solle vom Official- zum Antragsdelikt umgewandelt werden, weil nur so eine auf Fehlervermeidung zielende Patientensicherheitskultur aufgebaut werden könne (Schweizerische Patientenzeitung März 2001, S.6; Beilage 3). Für das Zivilrecht ist zu beachten, dass die im Vorentwurf postulierte Beweislastumkehr im Zusammenhang mit Organisationshaftungen nur bei oberflächlicher Betrachtungsweise zu einer Entpersonalisierung der Haftung führen würde. Vielmehr ist es so, dass aus der Perspektive der Spitaldirektion und auch der Fachkollegen der nach wie vor auf einer Fehlervermutung basierende Haftungsvorwurf auf den an der Behandlung beteiligten Pflegepersonen sowie Ärzten und Ärztinnen lasten würde. Nur der konsequente Wechsel zum System der No-Fault-Compensation kann die in den letzten Jahren zunehmende Angstkultur in den Spitälern beenden und die Voraussetzungen für eine auf Fehlervermeidung abzielende Patientensicherheitskultur schaffen.

Der FMH-Zentralvorstand hat sich in Ansätzen bereits 1991 und dann 1999 klar zur Notwendigkeit dieses Systemwechsels bekannt (Beilage 4). Die FMH unterschätzt die Schwierigkeiten einer No-Fault-Compensation-Regelung nicht: Die gesetzliche bzw. reglementarische Abgrenzung der zu entschädigenden von den nicht zu entschädigenden Sachverhalten ist eine grosse Aufgabe. Auch die rasche gutachterliche Untersuchung der Fälle stellt hohe Anforderungen an die verfügbaren Ressourcen. Dennoch

überwiegen aus Sicht der FMH die Vorteile der No-Fault-Compensation aus den erwähnten Gründen eindeutig gegenüber den Nachteilen der heutigen Rechtslage und der Vorschläge gemäss Vorentwurf.

In den letzten Jahren wurden auch im mitteleuropäischen Raum konkrete Entwürfe für eine No-Fault-Compensation-Gesetzgebung erarbeitet, auf die sich zukünftige Arbeiten des schweizerischen Gesetzgebers abstützen können. Wir verweisen insbesondere auf den Entwurf eines Medizinhaf-tungsgesetzes von Prof. Heinz Barta aus Österreich.

HEV: Die Einführung einer Organisationshaftung, die zwar als einfache Kausalhaftung bezeichnet wird, im Ergebnis aber strenger ist als die Haftung für Hilfspersonen nach der Generalklausel von Art. 49 VE, erscheint uns problematisch. Dies vor allem mit Blick auf die Voraussetzungen der Haftung. Gemäss Vorentwurf ist für die Haftung kein funktionaler Zusammenhang zur unternehmerischen Tätigkeit des Betriebes notwendig. Es genügt, wenn eine *sachliche und zeitliche Beziehung* gegeben ist. Für viele Unternehmen kann demnach sehr schnell eine Haftungssituation eintreten, wobei mittlere und kleinere Unternehmen davon besonders hart betroffen sein könnten. Zur Rechtfertigung der Ausdehnung des Anwendungsbereichs wird ausgeführt, dass die Gefahr, einen Dritten zu schädigen höher ist, wenn Hilfspersonen zugezogen werden. In einem wirtschaftlichen Umfeld, wo Unternehmen nur mit der Unterstützung von Hilfspersonen funktionieren können, läuft diese Bestimmung in die falsche Richtung. Offen ist in diesem Zusammenhang auch die uns brennend interessierende Haftung des Hauseigentümers für den Hauswart.

KF: Eine Haftung für Personen, die sich beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedienen, wird begrüsst (Organisationshaftung).

Der Vorschlag der Studienkommission und des Gesetzesentwurfs gehen bezüglich Haftung der Unternehmen zu wenig weit. Eine einfache Kausalhaftung mit Befreiungsbeweis dürfte vor allem bei kleinen und mittleren Unternehmen, die ebenfalls gefährliche Eigenschaften (Stoffe, Produktionsweisen etc.) aufweisen können, nicht genügen. Wir schlagen hier trotz der möglichen Strenge eine schärfere Kausalhaftung vor. Die verschärfte Kausalhaftung trifft vor allem jene Unternehmer, die besondere Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr bzw. Schadenverhinderung vornehmen müssen.

Pro natura: Vgl. SP.

SAV: Cf. ad art. 49.

SBMV: Im Grundsatz befürworten wir die Entscheidung des Vorentwurfs, bei der neuen Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen keine scharfe Kausalhaftung einzuführen, da dies für kleine und mittlere Unternehmen zu untragbaren Ergebnissen führen würde. Im Ergebnis läuft die vorgeschlagene Bestimmung indessen auf eine gefährdungsartige Haftung hinaus, indem eine umfassende Organisationshaftung für Personen und Sachen eingeführt werden soll. Zu weit geht dabei auch, dass für die Haftung eine zeitliche und örtliche Beziehung zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Schadenszufügung genügen würde. Insgesamt ist diese Bestimmung ein Schlag in das Gesicht der unternehmerischen Frei-

heit und der wirtschaftlichen Entwicklung. Wir lehnen deshalb Art. 49a VE entschieden ab.

SBV: Gemäss Kurzkommentar führt Art. 49a eine verschärfte Haftung ein und unter den Begriff „wirtschaftlich oder beruflich ausgerichtete Tätigkeit“ können neben gewinnorientierten Unternehmen auch Vereine und Gewerkschaften fallen.

Nach unserer Auffassung werden also landwirtschaftliche Betriebe als Unternehmen und auch landwirtschaftliche Organisationen tangiert. Die Haftung gilt auch für technische Störungen ohne Fehlverhalten einer Hilfsperson, wenn beispielsweise die Belüftung in einem Mastschweinstall ausfällt oder wenn bei einem Verband ein Datenabsturz erfolgt.

Die belangte Person kann sich nur von der Haftung durch den Beweis befreien, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.

Wenn nun die belangte Person einer Organisation Unternehmensabläufe nachweisen muss, die ein Höchstmass an Sicherheit gewährleisten, liegen hier die Anforderungen zu hoch. Es darf nicht sein, dass durch diesen Artikel praktisch jedermann gezwungen wird, sich ISO-zertifizieren zu lassen, oder sogar darüber hinaus - wenn eine ISO-Zertifizierung für den Entlastungsbeweis im Einzelfall nicht genügt - sogar ein spezielles Gutachten erstellt werden muss. Schon heute ist es schwierig, einen Entlastungsbeweis zu erbringen. Wir sind dagegen, dass noch höhere Hürden aufgebaut werden.

Wir beantragen, Art. 49a zu streichen, und fordern, dass die Geschäftsherrenhaftung in Art. 49 analog der Bestimmungen des heutigen Art. 55 OR weitergeführt wird.

SBVer: Art. 49a VE ergänzt die herkömmliche Hilfspersonenhaftung durch eine Organisationshaftung für Unternehmen mit wirtschaftlicher oder beruflicher Tätigkeit. Diesen Vorschlag wird man wohl akzeptieren müssen, denn jede grundsätzliche Opposition dagegen müsste mit entsprechenden Haftungsrisiken begründet werden und liefe so auf das „Eingeständnis“ hinaus, die Organisation eines Unternehmens komme per se einer unkontrollierbaren Gefährdung gleich. Sollten sich gewisse Kautelen aufdrängen, wären diese in Ergänzungen oder in der Botschaft unterzubringen.

SGB: Vgl. SP.

SGCI: Die SGCI befürwortet im Grundsatz die Entscheidung des Vorentwurfs, keine scharfe Kausalhaftung für Hilfspersonen in Unternehmungen einzuführen, da dies gerade für die kleineren und mittleren Unternehmen zu untragbaren Ergebnissen führen würde; ferner begrüsst sie auch ausdrücklich, dass die Generalklausel der Hilfspersonenhaftung mit der Möglichkeit des Befreiungsbeweises für alle Arten und Grössen von Unternehmungen gleich ist. Mit Bedauern stellt die SGCI hingegen fest, dass aus den nachfolgenden Gründen Art. 49a VE im Ergebnis doch auf eine gefährdungsartige Haftung hinausläuft. Die SGCI erkennt zudem auch in dieser Bestimmung die generelle, verhängnisvolle Tendenz des Vorentwurfs, die Haftpflicht auszudehnen.

Art. 49a VE gilt für alle Unternehmungen „mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteter Tätigkeit“. Damit wird nach dem Willen des Vorentwurfs das ganze Spektrum von Handel, Industrie und Dienstleistungssektor erfasst, ohne dass es auf die Rechtsform, einen bestimmten Umsatz oder gar einen Handelsregistereintrag ankäme.¹² Es muss daher klar hervorgehoben werden, dass die strenge Haftung von Art. 49a VE die im Vergleich mildere Version des Art. 49 VE zur Bedeutungslosigkeit wird verkommen lassen.

Grundlage der Haftung ist der Organisationsmangel, demgemäss besteht der Entlastungsbeweis im Nachweis, „dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten“. Im Gegensatz zur allgemeinen Hilfspersonenhaftung ist eine Entlastung durch den Nachweis rechtsgenügender Überwachung, Auswahl und Instruktion der Hilfsperson nicht mehr möglich. Bei genauem Hinsehen handelt es sich daher nicht um eine Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen (wie dies die Marginalie vermuten liesse), sondern um eine umfassende Organisationshaftung für Personen und Sachen nach dem Modell des anglo-amerikanischen „*respondeat superior*“. Wie der erläuternde Bericht (S. 131) festhält, kann bereits ein technischer Fehler die Haftung auslösen, wenn dieser irgendwie mit der Organisation zusammenhängt. Dies geht sehr weit, wenn bedacht wird, dass die Rechtsprechung je nach den konkreten Bedürfnissen des Einzelfalls geneigt ist, eine Entlastung des potentiellen Schädigers praktisch auszuschliessen. Es steht damit zu befürchten, dass auch in Zukunft ein allzu strenger Massstab an den Entlastungsbeweis angelegt wird und es den Unternehmungen somit praktisch verunmöglicht wird, sich zu entlasten.¹³

Des weiteren verlangt Art. 49a VE nur gerade, dass der Schaden „im Rahmen der Tätigkeit“ verursacht wurde. Im Gegensatz zu Art. 49 VE (oder zu Art. 55 OR) braucht *kein funktioneller Zusammenhang* zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden zu bestehen. Damit genügt es für die Zurechnung der Haftung, dass die Hilfsperson den Schaden *bei Gelegenheit der Verrichtung* verursacht, solange nur eine zeitliche und örtliche Beziehung zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Schadenszufügung besteht.¹⁴

Diese Erweiterung der Haftung ist ungerechtfertigt und wird von der SGCI abgelehnt. Der erläuternde Bericht versucht die Ausdehnung der Haftung u.a. mit dem unbehelflichen Argument zu begründen, dass der Betreiber der Unternehmung (wirtschaftlichen) Nutzen aus der Arbeit der Hilfsperson ziehe.¹⁵ Mit diesem Pauschalargument ist für die Grenzziehung der Haftung im Einzelnen gar nichts gewonnen, es ist blosser Stimmungsmache. Der funktionelle Zusammenhang ist somit beizubehalten und zu fordern, dass die Ausübung der Tätigkeit das Risiko der Schadenszufügung erhöht haben muss.

¹² In diesem Sinne auch der erläuternde Bericht, 129 f.

¹³ Einen Hinweis auf die auf den Entlastungsbeweis anzuwendende Strenge liefert bereits die Aufzählung auf S. 132 des erläuternden Berichts.

¹⁴ So ausdrücklich der erläuternde Bericht, 130.

¹⁵ Erläuternder Bericht, 131.

In der praktischen Auswirkung nähert sich daher Art. 49a VE einer Gefährdungshaftung an. Diese Konsequenz wird von der SGCI entschieden abgelehnt, weil dadurch nicht zuletzt auch die Eigenverantwortung des Geschädigten zu wenig einbezogen wird und für jenen kein Anreiz zur Schadensverhütung geschaffen wird.

SGV: Grundsätzlich begrüsst der SGV, dass der Vorentwurf davon absieht, eine scharfe Kausalhaftung für Hilfspersonen in Unternehmungen einzuführen, da dies gerade für die KMU zu untragbaren Ergebnissen führen würde.

Im Ergebnis läuft die vorgeschlagene Bestimmung indessen auf eine gefährdungsartige Haftung hinaus, indem eine umfassende Organisationshaftung für Personen und Sachen eingeführt werden soll. Der in Artikel 49 stipulierte allgemeine Grundsatz wird im Verhältnis zu Artikel 49a VE in die Bedeutungslosigkeit verdrängt. Für uns unhaltbar ist vor allem, dass für die Haftung kein funktionaler Zusammenhang zur unternehmerischen Tätigkeit des Betriebes notwendig ist. Gemäss Vorentwurf genügt es, wenn eine sachliche und zeitliche Beziehung gegeben ist. Die zur Rechtfertigung der Ausdehnung des Anwendungsbereichs angeführte Begründung, dass die Gefahr, einen Dritten zu schädigen höher ist, wenn Hilfspersonen zugezogen werden, zeigt einmal die unternehmensfeindliche Grundhaltung der vorgelegten Revision.

SNV: Vgl. zu Art. 49

SVV: Antrag:

Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der ~~im Rahmen~~ in Ausführung dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.

Bereits einleitend haben wir darauf hingewiesen, dass Art. 49a VE-OR die Haftung der Unternehmungen verschärft. Beim Entlastungsbeweis sieht die Bestimmung zudem vor, dass nebst den drei klassischen Gründen der Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson zusätzlich die Organisationsstruktur mängelfrei sein muss. Dieses Kriterium wird durch die Rechtsprechung bereits weitgehend vorgezeichnet.

Nicht akzeptabel ist hingegen das Fehlen eines funktionellen Zusammenhangs der unternehmerischen Tätigkeit mit der Haftung. Dadurch erfährt die Bestimmung eine zu grosse Ausdehnung, bis in die Bereiche der „privaten“ Straftaten (!) der Hilfsperson, was als völlig überrissen erscheint und was wir ablehnen.

Wir teilen zwar die Meinung der Verfasser, dass die wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten weit auszulegen sind. Wir beantragen jedoch, die Wendung „im Rahmen dieser Tätigkeit“ durch „in Ausführung dieser Tätigkeit“ zu ersetzen. Damit wird der funktionelle Zusammenhang wie in Art. 49 zu einer Haftungsvoraussetzung gemacht, die eine sachlich gerechtfertigte Begrenzung der Haftung bringt.

Uni GE: La portée de cette responsabilité pour défaut d'organisation est potentiellement très large (par exemple, dommages résultant du mauvais fonc-

tionnement d'un système informatique). La limite résultant de l'art. 45 al. 3 AP, qui écarte la réparation du dommage purement économique, ne concerne que la responsabilité pour risque. Par ailleurs, l'exigence de l'illicéité, telle que définie à l'art. 46 AP, n'offre pas une limite suffisamment claire à la prétention. La définition de l'illicéité préconisée ici (*supra*, I.A.1 *in fine*) ne permet pas non de placer les bornes nécessaires, car elle vise le comportement d'une personne. Or l'art. 49a AP n'a pas nécessairement pour objet le comportement d'une personne. Pour maintenir cette responsabilité dans des limites raisonnables, il convient de définir le champ de protection de l'art. 49a AP afin de déterminer quels sont les dommages résultant d'un défaut d'organisation qui méritent réparation.

Uni LA: cf. art. 49.

Uni ZH Honsell: Art. 49/49a VE regeln die Haftung für Hilfspersonen. Dabei wird zwischen Hilfspersonen im Allgemeinen und in Unternehmungen unterschieden.

Die Regelung des Art. 49 VE für Hilfspersonen *im Allgemeinen* entspricht Art. 55 OR in seiner gängigen Auslegung: Wer sich einer Hilfsperson bedient, haftet für den in Ausübung der Verrichtung verursachten Schaden, wenn er nicht nachweist, dass er bei Auswahl, Unterweisung und Überwachung alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten. Da es gewöhnlich Unternehmer sind, die Hilfspersonen (= Arbeitnehmer) beschäftigen, überrascht es, dass der Entwurf noch eine zusätzliche Norm für Hilfspersonen *in Unternehmungen* aufstellt (Art. 49a VE). Die Norm gilt für Personen, die sich zum Betrieb einer *Unternehmung mit wirtschaftlichen oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten*, einer oder mehrerer Hilfspersonen bedienen. Der Begriff der Unternehmung enthält nach gewöhnlichem Sprachgebrauch schon das Merkmal einer auf dauernden Erwerb ausgerichteten, wirtschaftlichen Tätigkeit. Das unklare Begriffspaar „wirtschaftlich oder beruflich“ ist also jedenfalls überflüssig. Im übrigen bleibt die Frage, weshalb ein non profit-Unternehmen der Organisationshaftung nicht unterliegen soll. Da es sich in Art. 49 ebenfalls um Unternehmer handelt, ist wiederum die Abgrenzung zwischen Art. 49 und Art. 49a unklar. Es wird darauf hinauslaufen, dass in der grossen Zahl der Fälle beide Normen nebeneinander zur Anwendung kommen. Der Unternehmer muss sich also in zweifacher Hinsicht entlasten.

Gehaftet wird nach Art. 49a VE für alle im Rahmen dieser Tätigkeit verursachten Schaden, es sei denn, die betreffende Person beweist, dass die *Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhindern*. Das Erfordernis des Nachweises einer geeigneten Organisation erinnert an die vom Bundesgericht anhand des „Schachtrahmenfalles“ eingeführten Rechtsprechung zu Art. 55 OR. Mit der dort entwickelten strengen Haftung für Organisationsverschulden wurde für die Produkthaftung im Ergebnis eine reine Kausalhaftung geschaffen. Die Möglichkeit, sich zu entlasten, wurde dem Produzenten durch die übertriebenen Pflichten und durch einen negativen Beweis gerade genommen. Demgegenüber verlangt der VE lediglich den Nachweis einer Organisation, die geeignet ist, den Schaden zu verhüten. Danach sollte es ohne Überspannung der Pflichten genügen, wenn der Unternehmer ein nach unternehme-

rischen Grundsätzen sinnvolles Organigramm vorweisen kann. Dies wäre wohl fast immer möglich.

VöV: Die Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen wird verschärft. Im Schadensfall wird der Unternehmung vorgeworfen, dass die Organisation nicht ausreichende Sicherheit gewährleistet habe. Und damit ist das grundlegende Problem des Konzeptes angesprochen: Sobald ein Schadensfall eingetreten ist, hat sich die Organisation des Betriebes bereits als ungenügend organisiert entpuppt. Ein Befreiungsbeweis ist damit kaum möglich. Es wäre einzig überwiegendes Selbstverschulden des Geschädigten denkbar. Doch kann diese Einwendung auch auf Artikel 47 a abgestützt werden, was den Befreiungsbeweis bei Selbstverschulden obsolet macht.

Wenn die Organisation tatsächlich ausreichend war und sich trotzdem ein Schadensfall ereignet, käme noch Drittverschulden oder höhere Gewalt in Betracht. Doch auch diese Entlastungsgründe sind bereits in Artikel 47a enthalten. Damit stellt sich jedoch ein zusätzliches Problem: Wie weit geht die Verantwortung der Unternehmung, auch für Drittverschulden und höhere Gewalt vorzusorgen? Ist es nicht die Aufgabe der schadensverhütenden Organisation, sämtlichen Möglichkeiten vorzubeugen?

Diese Fragen zeigen, dass die vorgeschlagene Haftungsnorm zu einer gewaltigen Ausweitung der Verantwortung der Unternehmung führen kann. Die Unternehmung kann generell haftbar gemacht werden, wenn sie nicht sämtlichen erdenklichen Vorsichtsmassnahmen ergriffen haben. Es liegt auf der Hand, dass dies einem effizienten Wirtschaftsleben widerspricht.

Dabei gilt es eine Tendenz im Schweizerischen Haftpflichtrecht kritisch zu betrachten: Die retrospektive Bewertung des Schadenfalls. Sobald ein Schadenfall eingetreten ist, werden die Massnahmen, welche den Schaden verhindert hätten, meist offensichtlich und klar. Bei einer betrieblichen Tätigkeit ist es aber völlig unmöglich, sämtliche denkbaren Schadensszenarien vorauszusehen. Zu vielfältig sind die Betätigungen einer Unternehmung. Da zudem im Einzelfall die erforderlich gewordenen Vorsichtsmassnahmen als lapidar erscheinen, wird der Vorwurf an die Unternehmung noch verstärkt. Dabei wird etwas vergessen: Die Gesamtsicht der Unternehmung. Möchte ein Betrieb stets sämtliche möglichen Vorsichtsmassnahmen ergreifen, würde er schnell seine Funktionsfähigkeit verlieren und er könnte nur noch ineffizient arbeiten, wenn überhaupt.

Weiter kritisieren wir am Konzept der Haftung für mangelnde Organisation, dass keinerlei Anhaltspunkte gegeben werden, was eine gute Organisation ausmacht. Wir bemängeln, dass der Gesetzestext nicht einmal ansatzweise Richtlinien für die Bewertung der Organisation vorgibt. Denn nur so hat der Betrieb die Möglichkeit, seine Strukturen und Prozesse derart auszugestalten, dass das Haftungsrisiko vermindert wird. Zudem helfen Richtlinien, den Befreiungsbeweis zu führen. Das Unternehmen kann anhand einer Richtlinie aufzeigen, dass sie alles zumutbare zur Schadensvermeidung unternommen hat.

Antrag: Der Artikel ist in der Fassung zu streichen.

VSE: Neben der bestehenden Haftung für Hilfspersonen (heute OR Art. 55, Art. 49 Vorentwurf) soll neu zusätzlich eine Organisationshaftung als einfache Kausalhaftung mit Befreiungsbeweis eingeführt werden. Diese Generalklausel soll für alle Unternehmungen mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten gelten und zwar für alle Formen und Kategorien dieser Unternehmungen. Diese Norm ist sehr offen formuliert. Jeder Schaden im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit wird erfasst. Ein funktionaler Zusammenhang wird nicht verlangt. Der Organisationsmangel kann aber auch den technischen Fehler einer Anlage betreffen, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist. Von der Haftung kann sie sich nur befreien, indem sie beweist, dass ihre Organisation geeignet war, den Schaden zu verhüten. Sie muss zunächst nachweisen, dass die drei klassischen Sorgfaltspflichten eingehalten wurden und die Organisation der Unternehmung als solche mängelfrei war. Diese Ausdehnung der einfachen Kausalhaftung wird zu umfangreichen Prozessen führen, da sich die Gerichte mit der Organisation der Unternehmung auseinandersetzen müssen, was ihnen in concreto einen rechtsstaatlich bedenklich weiten Ermessensspielraum eröffnet und sie letztendlich auch überfordert. Generell wäre die gesamte schweizerische Wirtschaft davon negativ betroffen.

Antrag: Art. 49a ist ersatzlos zu streichen

341.23 Art. 50

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass neu die Gefährdungshaftung auch gelten kann, ohne dass der Gesetzgeber bereits eine spezielle Gefährdungshaftung für eine bestimmte Tätigkeit begründet hat. Es sind z.B. Katastrophen mit flächendeckender Schadeneinwirkung im Sinne von Kontaminationen denkbar, die auf Tätigkeiten ohne spezialrechtliche Regelung in Bezug auf eine Kausalhaftung des Betreibers zurückgehen, so etwa die Lagerung von feuergefährlichen Materialien. Kann in solchen Fällen gestützt auf Art. 50 von einer Gefährdungshaftung des Betreibers des Lagers ausgegangen werden, wird die Einforderung der Schadenersatzansprüche durch den Geschädigten erheblich erleichtert.

Aus rechtsstaatlichen Gründen könnte dieses Vorgehen allerdings nicht unumstritten sein. So wird die Rechtssicherheit tangiert und es wird eine umfassende Delegation der Gesetzgebung an die Judikative vorgenommen, die das Recht nicht lediglich fort-, sondern eigentlich neubildet. Damit werden die Grenzen der einzelnen Staatsfunktionen vermischt. Auf jeden Fall ist der Befürchtung entgegenzutreten, dass die Rechtsprechung der Versuchung erliegen könnte, diese Bestimmung auch auf die ärztliche Tätigkeit anzuwenden.

In einer Güterabwägung stellen wir uns gleichwohl hinter die Entwurfsfassung, regen aber an, die angeführten Bedenken nicht in den Wind zu schlagen.

AR: Diese neue, allgemeine Gefährdungshaftungsbestimmung (Art. 50 VE) soll gemäss Experten nicht für die medizinische Tätigkeit anwendbar sein, da das typische Risiko der ärztlichen Kunst (die relative Unsicherheit, die

ihr naturgemäss anhaftet) qualitativ dem technischen Risiko der vorgeschlagenen Generalklausel nicht gleichgesetzt werden kann (EB 145 und indirekt EB 70). Andere Überlegungen könnten - gemäss Experten - freilich angestellt werden, wenn die fragliche medizinische Tätigkeit mit Energien, Apparaten und Stoffen ausgeübt wird, die selbst ein charakteristisches Risiko aufweisen.

Es ist zu begrüßen, dass die zahlreichen spezialgesetzlichen Gefährdungshaftungen vereinheitlicht und dass ein allgemeiner Haftungstatbestand eingeführt wird, soweit für besonders gefährliche Tätigkeiten noch kein Spezialgesetz eine Gefährdungshaftung vorsieht. Damit wird die - an gesetzgeberische Willkür grenzende - Tatsache korrigiert, dass nur bestimmte, gefährliche Tätigkeiten einer spezialgesetzlichen Haftung unterstellt sind. Durch die Generalklausel erhält das Gericht eine Handhabe um an die zu beurteilende gefährliche Tätigkeit eine Haftungsfolge zu knüpfen, wenn sich ein charakteristisches Risiko verwirklicht hat. Der sachliche Anwendungsbereich erhält die notwendige Beschränkung durch die Anlehnung an bestehende Spezialgesetze (letzter Satzteil von Art. 50 VE). Eine ausdrückliche, wenn auch weit gefasste gesetzliche Regelung ist der möglichen Entwicklung vorzuziehen, dass Gerichte dem Geschädigten aus Analogie und Billigkeitsüberlegungen im Einzelfall Entschädigungen zusprechen.

Für die Gesundheitsdirektion ist erfreulich, dass die Verfasser des Vorentwurfs ausdrücklich darauf hinweisen (erläuternder Bericht, S. 145), dass die ärztliche Tätigkeit nicht unter Art. 50 VE subsumiert werden kann, solange dabei nicht besonders gefährliche Energien, Apparate oder Stoffe verwendet werden.

BL: Art. 50 VE OR sieht eine Generalklausel für Gefährdungshaftungen vor, womit künftige „besonders gefährliche Tätigkeiten“ erfasst werden sollen. Somit soll es Sache der Gerichte anstatt des Gesetzgebers sein zu definieren, welche Tätigkeiten „besonders gefährlich“ sind und die deshalb einer Gefährdungshaftung unterstellt werden sollen. Die Generalklausel ist abzulehnen. Die Generalklausel führt zu einer weitgehenden, nicht mehr klar abschätzbaren Haftung für jegliche Tätigkeiten. Die Regelung jeder einzelnen gefährlichen Tätigkeit in einem Spezialgesetz ist vorzuziehen. So kann anstelle der Gerichte der Gesetzgeber (Volk und Parlament) bei jeder Tätigkeit sich Gedanken machen dürfen und festsetzen, ob und in welchem Umfang eine Haftpflicht für Schäden einzuführen ist.

Die Gefährdungshaftung nach Art. 50 des Vorentwurfs tangiert auch das Umweltrecht, sieht doch auch das eidg. Umweltschutzgesetz seit 1995 eine etwas weniger umfassende Gefährdungshaftung in Art. 59a vor. Soweit eine Streichung von Art. 59a USG gefordert wird, ist dies abzulehnen (S. 385 f. des erläuternden Berichts, Variante A), weil die amtlichen Aufsichtsbehörden sonst künftig den aufwändigen Zivilrechtsweg selbst für drohende Schäden beschreiten müssten. Die Variante B mit Beibehaltung von Art. 59a USG ist deshalb zu befürworten.

BS: Im kantonsinternen Vernehmlassungsverfahren wurde die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung von den Gerichten ausdrücklich begrüsst. Bei den anderen kantonsinternen Vernehmlassungen überwoogen allerdings die negativen Stimmen, weshalb wir die Einführung einer

allgemeinen Gefährdungsbestimmung ablehnen. Die vorgeschlagene Generalklausel gemäss Art. 50 ist zu unbestimmt und es ist zu befürchten, dass sie in der Praxis weitreichende neue Probleme schafft. Aufgrund der unklaren Konturen der neuen Bestimmung besteht insbesondere für die öffentliche Hand die Gefahr, mit einer deutlichen Zunahme von Haftungsklagen konfrontiert zu werden.

Falls die allgemeine Gefährdungshaftung dennoch eingeführt wird, ist deren Bedeutung für die Arzthaftung zu klären. Gemäss den Erläuterungen zum Expertenentwurf ist die allgemeine Gefährdungshaftung nicht auf medizinische Behandlungsverhältnisse anwendbar. Das typische Risiko der ärztlichen Kunst sei nicht gleichzusetzen mit dem technischen Risiko, welches für die Anwendbarkeit der hier vorgeschlagenen Gefährdungshaftung vorausgesetzt wird. Gleichzeitig weisen die Erläuterungen darauf hin, dass die Gefährdungshaftung unter gewissen Umständen dennoch auf medizinische Behandlungsverhältnisse anwendbar sind (S. 145). Die Erläuterungen sind in dieser Frage unklar. Angesichts der Bedeutung dieser neuen Haftungsform für das medizinische Behandlungsverhältnis bedarf es hier einer entsprechenden Präzisierung.

Bei Einführung der Gefährdungshaftung müsste man sich zudem fragen, ob nicht der letzte Halbsatz in Absatz 2 („dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet“) zu streichen ist, besteht doch sonst die Gefahr, dass man stets nach bestehenden gesetzlichen Regelungen Ausschau hält und, wenn man nicht fündig wird, die Annahme eines Gefährdungstatbestandes ablehnt.

FR: Nous sommes favorables à l'introduction d'une clause générale en matière de responsabilité pour risque et avons été sensibles au fait que cette clause a été introduite dans l'avant-projet pour permettre au juge de traiter de la même manière des situations nouvelles et des situations comparables ayant déjà fait l'objet d'une réglementation (sous l'angle de la responsabilité causale).

Nous signalons toutefois que l'adoption de cette clause pourra avoir des conséquences surprenantes, notamment dans le domaine médical. Les auteurs de l'avant-projet laissent en effet entendre que les mesures diagnostiques et thérapeutiques normales ne peuvent être qualifiées d'activités dangereuses au sens de la clause générale prévue à l'art. 50 de l'avant-projet. Ils considèrent tout au plus qu'elles pourraient être prises en compte sous l'aspect du risque d'organisation, lorsqu'elle s'intègrent dans l'exploitation d'un hôpital, d'un centre médical ou d'une permanence pouvant être considéré comme une entreprise au sens de l'art. 49a de l'avant-projet. Ils pensent qu'il en va différemment dans la mesure où l'activité médicale en question s'exercerait au moyen d'énergies, d'appareils ou de substances présentant en eux-mêmes un risque caractérisé, qui n'est pas couvert par l'art. 39 de la loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection. Ce raisonnement a pour conséquence que la responsabilité médicale sera fondée sur des chefs différents en fonction de l'activité déployée, ce qui pourrait être de nature à créer une insécurité juridique et des problèmes de délimitation.

LU: Entsprechend den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 145) muss klargestellt werden, dass die ärztliche und pflegerische Betreuung von Patienten in öffentlichen Spitälern keine besonders gefährliche Tätigkeit im Sinne des Art. 50 VE darstellt. Die öffentlichen Spitäler gehören nicht zur hoheitlichen Tätigkeit der Gemeinwesen und unterliegen somit nicht der verschuldensunabhängigen Haftung nach Art. 43a Abs. 1 VE. Sie sollen und dürfen nicht auf dem Umweg von Art. 50 VE dennoch verschuldensunabhängig haften müssen. Sollten einzelne mit der ärztlichen Betreuung von Patienten einhergehende Tätigkeiten als besonderes gefährlich im Sinne von Art. 50 VE qualifiziert werden, so müssten öffentliche und private Spitäler sowie die frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte der gleichen Haftung unterstellt werden.

NE: A nouveau, il s'agit là d'une innovation dont les effet sont très importants. En effet, cet art. contient une clause générale de responsabilité pour risque. Toutes les sources de dangers spécifiques qui ne sont pas encore appréhendées par une loi spéciale y seront dorénavant soumises. Actuellement, les comportements et les activités qui donnent lieu à responsabilité pour risque sont énumérés exhaustivement par les lois y afférentes. Chaque nouvelle responsabilité pour risque fait l'objet d'une appréciation particulière et d'un large débat dans le cadre du processus législatif. Cela permet à l'évidence d'avoir un regard critique et particulier sur tous les comportements ou les activités qui pourraient donner lieu à responsabilité objective aggravée. Or, les auteurs de l'avant-projet, en proposant cette norme générale de responsabilité pour risque, suppriment toute référence à une loi spéciale qui l'instituerait. Elle s'applique directement à toute activité spécifiquement dangereuse. Au surplus, cette activité conserve son caractère de dangerosité et cela quelle que soit la diligence qu'on ait pu avoir dans l'exercice de cette activité.

Cette norme générale de responsabilité aggravée permet une extension quasi infinie des cas de responsabilité objective aggravée ou responsabilité pour risque.

Bien que nous pensions qu'une telle innovation apportée par les auteurs du projet doit encore faire l'objet d'études approfondies, nous pouvons néanmoins en accepter le principe pour le motif essentiel que cette clause générale mettra enfin fin aux solutions de fortune utilisées jusqu'ici par les tribunaux pour pallier aux carences les plus criardes en matière de responsabilité pour risque.

SH: Die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung birgt ein grosses Potenzial an Rechtsunsicherheit und ist daher schon aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen. Die Gefährdungshaftung ist für besonders gefährliche Tätigkeiten mit einem charakteristischen Schadenrisiko für den jeweiligen Fall in einem Spezialgesetz zu regeln.

TG: Die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung birgt ein sehr grosses Potential an Rechtsunsicherheit und ist daher schon aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen. Die Gefährdungshaftung für besonders gefährliche Tätigkeiten mit einem charakteristischen Schadensrisiko ist für den jeweiligen Fall im Spezialgesetz zu regeln. In den letzten Jahren sind in verschiedenen Bereichen Lücken geschlossen worden, so dass kein Handlungsbedarf besteht, mittels einer Generalklau-

sel, die dem Richter den „Weg für vernünftige Analogien“ freimachen soll, der Rechtsunsicherheit Vorschub zu leisten. Die Gefährdungshaftung ist - soweit sie nicht in Spezialgesetzen geregelt ist - in der Mehrzahl der Fälle eine „Untermehmungshaftung“, und somit eine für den Geschädigten günstige Kausalhaftung. Da immer dann gehaftet werden soll, wenn sich das „charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht“, bedürfte es zwingend einer eng gefassten begrifflichen Bestimmung, um Ausuferungen zu verhindern. Der Begriff der „gefährlichen Tätigkeit“ ist jedoch derart umfassend und unbestimmt, dass nahezu jegliche Tätigkeit - bis hin zur Hausarbeit - darunter subsumiert werden kann. Verbunden mit weitreichenden prozessrechtlichen Vorschriften, welche als beweisrechtliche Schwelle auch bloss „einleuchtende Wahrscheinlichkeit“ genügen lassen, (Art. 56d VE; vgl. nachstehend), droht eine rechtlich und volkswirtschaftlich bedenkliche Ausweitung der Haftungsansprüche. Auch in diesem Zusammenhang ist auf den im Erläuternden Bericht stets angeführten Bereich der Spital- und Arzthaftung zu verweisen. Zwar wird darin festgehalten, dass diese Generalklausel keine Anwendung auf medizinische Tätigkeiten findet (vgl. Erläuternder Bericht S. 145). Gleichzeitig wird aber auch darauf hingewiesen, dass medizinische Tätigkeiten, die mit Energien, Apparaten oder Stoffen ausgeübt werden, die selbst ein charakteristisches Risiko aufweisen, anders zu beurteilen und der Gefährdungshaftung zu unterstellen sind. Diese Sichtweise ist verfehlt und klar zu verwerfen. Die Gefahr der ärztlichen Tätigkeit resultiert naturgemäss aus den besonderen Umständen beim Patienten. Viele Eingriffe geschehen nicht aus wirtschaftlichem Interesse der Spitalträger, sondern im Sinne einer Chancenwahrnehmung durch den Patienten. Dies gilt regelmässig auch, wenn die Behandlung unter Beizug von Energien, Apparaten oder Stoffen geschieht, die bei isolierter Betrachtung (in Bezug auf die Anwendung an einem gesunden Körper) durchaus als besonders gefährlich bezeichnet werden können.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Kantone von den Bestimmungen über die Gefährdungshaftung nicht abweichen können (Art. 43a VE). Gerade bei Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, handelt es sich oftmals um gefährliche Tätigkeiten mit charakteristischen Schadenrisiken (z.B. Polizeieinsatz mit Schusswaffengebrauch). Es muss daher auf jeden Fall klagestellt werden, dass in einem solchen Fall die bundesrechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung gelangen würden.

VD: Les sources d'activités „spécifiquement dangereuses,“ ne sont pas exhaustivement mentionnées, de sorte que cette disposition permet une extension des cas de responsabilité aggravée. Il ressort du rapport explicatif que la vocation d'une telle norme générale est dans un certain sens transitoire, dès lors qu'elle sert à combler des lacunes manifestes et qu'elle peut successivement se rendre elle-même superflue au fur et à mesure que le droit positif prendrait la relève en codifiant, sur la base d'une jurisprudence consolidée, de nouvelles hypothèses de responsabilité pour risque. La responsabilité encourue étant lourde, il est contraire à la sécurité du droit de laisser un pouvoir d'appréciation aussi étendu aux *tribunaux*, ce qui peut mener aux dérives mentionnées dans les remarques générales ci-dessus. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne

peut que s'opposer à l'introduction d'une telle norme. A tout le moins les cas de responsabilité pour risque devraient être énumérés exhaustivement dans une loi ou une ordonnance.

Il ressort du rapport explicatif que l'activité médicale n'est pas visée par cette disposition, sauf éventuellement dans la mesure où cette activité s'exercerait au moyen d'énergies, d'appareils ou de substances présentant en eux-mêmes un risque caractérisé. Une responsabilité pour risque dans ce domaine est excessive, eu égard notamment à la nature plus ou moins aléatoire de l'art médical. Comme il l'a déjà relevé dans ses remarques générales, le Conseil d'Etat estime que le patient doit supporter une part de responsabilité en se soumettant à un acte médical, dès lors qu'il a connaissance des risques qu'implique ce dernier. En outre, le Conseil d'Etat émet quelques craintes au sujet de la recherche effectuée en milieu médical. Dans ce cadre, il peut arriver que l'on utilise des produits potentiellement dangereux, notamment parce que leurs effets sur l'organisme humain sont encore mal connus. Une telle activité tomberait donc sans doute sous le coup de l'art. 50 AP, ce qui risquerait de paralyser la recherche médicale dans certains domaines. A ce propos, le Conseil d'Etat relève encore qu'il est douteux que les assureurs RC qui couvrent ce type de recherche actuellement soient encore prêts à le faire si cette dernière entrait dans le champ des activités spécifiquement dangereuses.

VS: Cf. 341.17.

ZH: Die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung birgt ein sehr grosses Potenzial an Rechtsunsicherheit und ist daher schon aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen. Die Gefährdungshaftung für besonders gefährliche Tätigkeiten mit einem charakteristischen Schadenrisiko ist für den jeweiligen Fall im Spezialgesetz zu regeln. In den letzten Jahren sind in verschiedenen Bereichen Lücken geschlossen worden, sodass kein Handlungsbedarf besteht, mittels einer Generalklausel, die dem Richter den „Weg für vernünftige Analogien“ freimachen soll, der Rechtsunsicherheit Tür und Tor zu öffnen. Die Gefährdungshaftung ist - soweit sie nicht in Spezialgesetzen geregelt ist - in der Mehrzahl der Fälle eine „Unternehmungshaftung“, und damit eine für den Geschädigten günstige Kausalhaftung.

Die Kantone können von den Bestimmungen über die Gefährdungshaftung nicht abweichen (Art. 43a VE). Gerade bei Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden - wo die Kantone selbstständig legislieren können -, handelt es sich oftmals um gefährliche Tätigkeiten mit charakteristischen Schadenrisiken. Als Beispiel diene etwa ein Polizeieinsatz mit Schusswaffengebrauch. Es muss auf jeden Fall klargestellt werden, dass in einem solchen Fall die bundesrechtlichen Bestimmungen nicht bzw. allenfalls als subsidäres kantonales Recht zur Anwendung gelangen würden.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung (Generalklausel) scheint rechtspolitisch zwar sinnvoll, weckt aus Gründen der Voraussehbarkeit der Rechtslage (Rechtssicherheit) aber erhebliche Bedenken.

Unseres Erachtens ist in Abwägung der gegensätzlichen Interessen das Enumerationsprinzip vorzuziehen. Wer eine bestimmte Tätigkeit in Angriff nimmt, soll wissen, ob er darin der allgemeinen Verschuldenshaftung oder einer strengen Kausalhaftung untersteht. Dies kann namentlich auch versicherungstechnisch von Bedeutung sein: wann besteht aus einer allgemeinen Haftpflichtversicherung Deckung und wann ist überhaupt ein bestimmtes Risiko besonders zu versichern?

- LPS:** On abandonne ici l'énumération exhaustive des activités jugées dangereuses pour une clause générale de responsabilité, dont on ne connaît pas les contours et les possibles conséquences: qu'est-ce qu'une activité spécifiquement dangereuse? Et une activité non considérée comme telle aujourd'hui le sera-t-elle demain, pouvant entraîner la responsabilité de son auteur par le biais de cette norme? Il incombe à notre sens au législateur et non au juge de définir la „dangérosité“ des activités, alors qu'une disposition telle qu'elle est prévue ici nous amène à prendre une direction inverse.
- SP:** Nach dem Prinzip der Gefährdungshaftung macht sich verantwortlich, wenn sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, auch wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt. In Art. 50 VE wird ein Auffangtatbestand im Sinne einer Generalklausel geschaffen, der zur Anwendung kommt, wenn nicht spezielle Gefährdungshaftungen bestehen, z.B. die Kernenergiehaftung. Dieser Auffangtatbestand wird begrüsst, da im bestehenden System der Spezialtatbestände schwerwiegende Lücken bestanden, z.B. bei der Verwirklichung der Staudämmen eigenen Risiken. Zweierlei Punkte sind zu beanstanden:
- Die bestehenden Gefährdungshaftungen werden unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Risikos nicht einer eingehenderen Prüfung unterzogen. Insbesondere bleibt die Atomhaftpflicht so wie sie ist, nämlich unter Überwälzung eines wesentlichen Teils des wirtschaftlichen Risikos auf die Allgemeinheit und auf potentiell Geschädigte (indem im Schadensfall bei Grossschäden vom Grundsatz der vollen Entschädigung abgewichen werden kann). Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber nicht eine wesentliche Konsequenz der Liberalisierung des Energiemarktes zieht, und sämtliche Risiken und Kosten der Atomenergie internalisiert, d.h. auf den Verursacher überwälzt. Nach dem gleichen konsequenten Verursacherprinzip sind auch andere Gefährdungshaftungen auszugestalten. Jegliche Privilegierungen unter Überwälzung von Haftpflichtrisiken auf die Allgemeinheit oder die potentiell Geschädigten ist abzulehnen. So soll beispielsweise der Betreiber im Rahmen der neu zu schaffenden Haftung für Gen-veränderte Organismen (GVO's) sämtliche Risiken tragen, die sich aus der besonderen Gefahr ergeben können - eine Haftungsmilderung im Rahmen der Produktheftpflicht - unter Ausklammerung der Entwicklungsrisiken - ist konsequent abzulehnen.
 - Die allgemeine Gefährdungshaftung in Art. 50 setzt eine qualifizierte Gefahr (besonders gefährliche Tätigkeit) voraus. Dies ergibt schwierige Abgrenzungsprobleme und bedeutet letztlich eine abzulehnende Privilegierung risikogeneigter unternehmerischer Tätigkeit.

SVP: Mit Art. 50 des Vorentwurfes soll eine Generalklausel der Gefährdungshaftung ins Schweizerische Haftpflichtrecht aufgenommen werden. Dieser Tatbestand kann im wesentlichen, so auch der Erläuternde Bericht, als Unternehmungshaftung angesehen werden. Nachdem die herrschende Lehre zwischen der Gefährdungshaftung, der Verschuldenshaftung und den milden Kausalhaftungen keine Anspruchskonkurrenz vorsieht, die Gefährdungshaftung also vorgeht, ergibt sich eine weitestgehende Kanalisierung der Haftung auf den Hersteller. Aus diesem Grunde ist auch dieser Artikel abzulehnen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: Wir halten es für richtig, dass die Gefährdungshaftung in Art. 50 OR definiert wird, haben aber Bedenken, daraus eine Generalklausel zu machen in dem Sinn, dass es dem Richter überlassen wird, im Einzelfall zu entscheiden, wann eine „besonders gefährliche Tätigkeit“ vorliegt. Es besteht dann die Gefahr, dass bestimmte Tatbestände von verschiedenen Gerichten verschieden beurteilt werden, was die Rechtssicherheit nicht fördert. Der Entscheid, was eine „gefährliche Tätigkeit“ ist und der Gefährdungshaftung unterliegt, sollte dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Das Nebeneinander von speziellen Haftungsbestimmungen für ein spezielles charakteristisches Risiko und der Haftung nach einer Generalklausel in Art. 50 OR halten wir für verwirrend.

economiesuisse: Mit Art. 50 VE soll eine allgemeine Gefährdungshaftung ins Haftpflichtrecht aufgenommen werden. Bislang existieren Gefährdungshaftungstatbestände nur in der Spezialgesetzgebung ohne ein gesamtgesellschaftliches Konzept. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen, zur Beseitigung dieser Zufälligkeiten und zum besseren Schutz von potentiellen Opfern gefährlicher Tätigkeiten soll diese Situation nun durch die Einführung einer Generalklausel behoben werden.

Die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Gefährdungshaftungstatbestände wird vom erläuternden Bericht als offensichtlich und unumstritten dargestellt. Die wirtschaftliche Notwendigkeit der Einführung einer solchen allgemeinen Gefährdungshaftung ist nicht genügend belegt. Notwendig wäre es, Alternativen zu erarbeiten und gegenüberzustellen. Doch selbst wenn eine solche Grundnorm in das Haftpflichtrecht eingefügt werden sollte, schießt die vorgeschlagene Bestimmung weit über das Ziel hinaus. Vom Ansatz her richtig erscheint es dagegen, die speziellen Haftungsbestimmungen beizubehalten (Art. 50 Abs. 3 VE). Von diesen positivrechtlichen Vorbildern muss denn auch eine begrenzende Auslegung der allgemeinen Norm ausgehen (so auch Art. 50 Abs. 2 letzter HS VE). Für die Industrie bedeutet die vorgeschlagene Gefährdungshaftung (insbesondere in der Ausgestaltung von Art. 50 VE) eine besondere Herausforderung, da dieser Tatbestand im wesentlichen eine Unternehmensehaftung ist und aufgrund seiner offenen Formulierung jegliche Rechtssicherheit vermissen lässt. Wird in Betracht gezogen, dass nach herrschender Lehre die Gefährdungshaftung der Verschuldenshaftung und den einfachen Kausalhaftungen vorgeht ergibt sich eine weitestgehende Kanalisierung der Haftung auf den Hersteller.

Eine weitere Ungereimtheit ergibt sich im Verhältnis zur Revision des Umweltschutzgesetzes. Art. 59a Abs. 1 revUSG schliesst den Umweltschaden aus; nach Art. 50 i.V.m. 45 Abs. 3 i.V.m. 45d VE wäre er jedoch bei der allgemeinen Gefährdungshaftung eingeschlossen. Indem Art. 50 Abs. 3 VE die speziellen Haftungsbestimmungen vorbehält, führt dies in diesem Fall zur eigenartigen Konsequenz, dass der reine Umweltschaden nicht ersetzt wird.

FRI: L'article constitue une clause générale de responsabilité fondée sur le risque. Le caractère exhaustif de sources de risques actuellement énumérées dans notre législation par le biais de lois spéciales est ainsi abandonné.

La définition de l'activité dangereuse définie à l'alinéa 2 est très large et peut permettre une extension importante des cas de responsabilité objective aggravée. Ceci est d'autant plus préoccupant que l'activité considérée conserve son caractère dangereux quand bien même elle serait exécutée par un spécialiste agissant avec toute la diligence requise.

FMH: Wir begrüßen ausdrücklich den Entscheid, die Medizin nicht unter die besonders gefährlichen Sektoren einzustufen (siehe Begleitbericht S. 145). Damit wird richtig erkannt, dass - von der Lifestyle-Medizin abgesehen - die medizinischen Untersuchungen und Behandlungen die Gefahr nicht schaffen, sondern dass sie vielmehr in aller Regel notwendig sind, um eine grössere Gefahr abzuwenden.

Der Vorentwurf will hingegen die Frage, in welchen Fällen das Prinzip der Gefährdungshaftung zur Anwendung kommen solle, weitgehend an die Gerichtspraxis delegieren. Bisher hat der Gesetzgeber in formellen Gesetzen festgelegt, wo Verschuldens- und wo Gefährdungshaftungen Platz greifen sollen. Wir fragen uns, ob die vorgesehene Flexibilisierung nicht zu Rechtsunsicherheit führen wird.

FRS: Bislang existieren Tatbestände der Gefährdungshaftung nur in der Spezialgesetzgebung (z.B. Haftung des Betreibers eines Motorfahrzeugs oder einer gefährlichen Anlage). Diese Tatbestände sind aber nicht gestützt auf ein einheitliches Konzept geschaffen worden, sondern historisch gewachsen. Aus diesem Grund finden sich diverse Ungereimtheiten in deren Ausgestaltung. Um diesen unbefriedigenden Zustand zu überwinden und um potenzielle Opfer gefährlicher Tätigkeiten besser zu schützen soll nun eine allgemeine Regelung stipuliert werden. Obschon der Gedanke an sich richtig ist, schiesst der Vorentwurf diesbezüglich weit über das Ziel hinaus. Gehaftet werden soll gemäss der vorgeschlagenen Norm nämlich immer dann, wenn sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht. Eine Tätigkeit gilt dann besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist - auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt - , häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen. Der Begriff der gefährlichen Tätigkeit ist so umfassend und dermassen unbestimmt, dass nahezu jegliche Tätigkeit darunter fällt. Auch die Arbeit im Haushalt muss demnach als besonders gefährlich betrachtet werden. Es kann u.E. nicht angehen, praktisch jeden mit einem gewissen Risiko behafteten Lebenssachverhalt einer allgemeinen Gefährdungshaftung zu unterstellen. Wir

beantragen, dass die Anwendbarkeit einer derartigen Generalklausel konkretisiert und eingeschränkt wird.

HEV: Wir sind der Meinung, dass dieser Artikel dem deklarierten Revisionszweck krass zuwiderläuft. Die Gesetzesbestimmung ist so auslegungsbedürftig, dass der Ball den Gerichten zur Konkretisierung zugespielt wird. Mit einer derart allgemein ausgestalteten Norm riskiert man eine Flut von Prozessen, was im Endeffekt auch der Rechtssicherheit nicht dienlich ist. Zudem ist der Bereich, wo der Richter die Generalklausel anwenden kann, sehr breit. Auch Haftungstatbestände, die nach geltendem Recht als einfache Kausalhaftung unter Art. 58 subsumiert werden, würden neu unter die Generalklausel der Gefährdungshaftung fallen. Die Norm müsste zumindest klar ab- und begrenzt werden und ausserdem die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises vorsehen. Wir lehnen eine allgemeine Gefährdungsbestimmung in dieser Form strikte ab.

KF: Für das Konsumentenforum kf zeigt sich hier einer der zentralen Kritikpunkte dieses Gesetzesentwurfs. Es geht um die Entwicklungsrisiken, welche „im Zeitpunkt, in dem die betreffende Tätigkeit beginnt, weder bekannt noch als Möglichkeit erkennbar sind“¹⁶. Diese Art von Risiken beinhalten Tätigkeiten, welche in der Zukunft zu ungeahnten Schäden in unbestimmtem Ausmass führen können. Aus Konsumentensicht ist hier eine besondere Vorsicht bei der Entwicklung derartiger Risiken zu berücksichtigen. Es stimmt nicht, dass beispielsweise bei biochemischen oder genetischen Techniken die Ungewissheit über deren Intensität und Umfang sehr gut bekannt sein sollen. Vielmehr steckt die Entwicklung noch weitgehend in den Kinderschuhen. Daraus folgt, dass latente Schäden nicht abschliessend beurteilt werden können. Dieser Ungewissheit ist haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen – auch dann, wenn sie zu Beginn derartiger Entwicklung noch nicht vollständig vorhersehbar bzw. erkennbar sind. Damit wird nicht nur die Gesellschaft und der Konsument geschützt, sondern die gesamte Umwelt.

Pro natura: Vgl. SP.

SAV: La FSA approuve également l'introduction d'une clause générale de responsabilité objective aggravée pour risque visant l'ensemble des activités certes licites, mais spécifiquement dangereuses. Elle partage le souci des auteurs de l'avant-projet de ne pas laisser passer entre les mailles du filet légal les nouvelles technologies et méthodes de travail qui, souvent, comportent un risque important pour la santé, la propriété d'autrui ou l'environnement.

Au vu de son importance pratique, une telle clause générale doit être rédigée avec soin et précision. A cet égard, le texte qui nous est proposé paraît perfectible et laisse encore trop de questions ouvertes.

Le terme „exploiter“, et plus encore le terme „betreiben“ dans le texte allemand, laisse planer un doute sur la personne soumise à ce régime. La FSA est d'avis que seule doit répondre en application de l'article 50 AP la personne physique ou morale qui a décidé d'exercer l'activité spécifiquement dangereuse et qui en retire les bénéfices. L'employé d'une fabrique

¹⁶ Erläuternder Bericht, S: 141f.

de produits chimiques ne doit pas tomber dans le champ d'application de cette disposition. A l'opposé, il paraît important de ne pas étendre à l'infini vers le haut le cercle des personnes responsables. Le danger existe par exemple au sein d'une holding que la société mère et ses organes dirigeants soient aussi tenus pour responsables selon cette disposition, qui ne devrait viser que la société exploitant directement l'activité en cause.

La notion de „betreiben“ ou d'„exploiter“ ne doit pas non plus permettre de sortir du champ d'application de la norme les activités dangereuses exercées sans but lucratif. On pense avant tout aux nombreuses activités sportives nouvelles pratiquées dans notre pays, à propos desquelles on ne peut pas toujours véritablement parler d'„exploitation“.

Enfin, la définition de l'activité dangereuse devra également être précisée. On ne sait pas par exemple avec certitude si l'activité du médecin est visée par le texte qui nous est présenté.

SBMV: Die Revisionsvorlage belegt nicht genügend die wirtschaftliche Notwendigkeit der Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung. Weiter müsste aus Gründen der Rechtssicherheit und Gesetzmässigkeit diese Norm klar begrenzt werden, was vorgängig einer eingehenden politischen Auseinandersetzung bedürfte. Insbesondere kann es aber nicht angehen, eine derart offene Norm vorzuschlagen und gleichzeitig im erläuternden Bericht seitenweise und unverbindlich aufzuzählen, was im Einzelfall gegebenenfalls unter diese Norm fallen könnte. Wie auch der vorgeschlagene Art. 49a würde diese Norm eine immense Prozessflut zur Folge haben, zumal hier nicht einmal ein Befreiungsbeweis vorgesehen wird.

SBV: Bisher wurde die Gefährdungshaftung durch Spezialgesetze geregelt. Neu soll eine Generalklausel der Gefährdungshaftung in den allgemeinen Bestimmungen des OR verankert werden.

Im Klartext bedeutet dies, dass vermehrt Kompetenzen vom Gesetzgeber an die Gerichte übertragen werden. Während bisher der Gesetzgeber nach langen Beratungen in den entsprechenden Gesetzen die Gefährdungshaftung verankert hat, würde das Parlament die Generalklausel der Gefährdungshaftung erlassen, die dann dem Gericht als Grundlage dienen soll, sich im konkreten Fall über die geeignete Haftungsregelung auszusprechen. Wir lehnen eine vermehrte Kompetenzübertragung an die Gerichte ab.

In Absatz 2 wird der Begriff „besonders gefährliche Tätigkeit“ definiert, der in engem Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung steht. Wir befürchten nun, dass gestützt auf eine Generalklausel der Gefährdungshaftung eine Invasion von „besonders gefährlichen Tätigkeiten“ entstehen könnte. Wird neben den unzweifelhaft besonders gefährlichen Tätigkeiten (Betreiben von Atomkraftwerken oder Erdgasleitungen usw.) dann plötzlich zum Beispiel im Rahmen der neuen Problematik BSE auch das Mischen von Futtermitteln oder das Jaucheausbringen zu einer besonders gefährlichen Tätigkeit?

Auf Grund dieser Unsicherheiten lehnen wir die Einführung einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung ab.

SBVer: Diese Bestimmung regelt die Haftung für „das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit“ (Abs. 1).

Aus unserer Sicht sollte in der Botschaft ausdrücklich festgehalten werden, was der Erläuternde Bericht zur Abgrenzung sagt:

„Es muss aber im wesentlichen eine materielle und technische Gefahr sein, die mit diesen Tätigkeiten verknüpft ist. Das Organisationsrisiko, das sich beispielsweise in der Massenproduktion von Konsumgütern oder gewisser Dienstleistungen (beispielsweise Medien, Banken usw) äussert, wird im Rahmen von Artikel 50 VE nicht berücksichtigt. Dagegen ist es die Grundlage der Produkthaftung und kann eine Haftung nach Artikel 49a bewirken. Die besondere Art der Gefahr nach Artikel 50 VE ergibt sich auch aus der entsprechenden Norm über die ersatzfähigen Schäden (Art. 45 Abs. 3 VE) und der erwähnten Verweisung auf bestehende Spezialgesetze“ (S. 139).

Um keine Unklarheit bzw. Unschärfe in dieser Abgrenzung zu lassen, sollte „Organisationsrisiko“ im zweiten Satz dieses Abschnitts durch „Risiko“ ersetzt werden.

SGB: Vgl. SP.

SGCI: Mit Art. 50 VE soll eine allgemeine Gefährdungshaftung ins schweizerische Haftpflichtrecht aufgenommen werden. Bislang existieren Gefährdungshaftungstatbestände nur in der Spezialgesetzgebung, ohne dass ein gesamtheitliches Konzept erkennbar ist. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen, zur Beseitigung dieser Zufälligkeiten und zum besseren Schutz von potentiellen Opfern gefährlicher Tätigkeiten soll diese Situation nun durch die Einführung einer Generalklausel behoben werden. Ihre Einführung wird als wesentliches Element der Revision bezeichnet.¹⁷

Die grundsätzliche Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Gefährdungshaftungstatbestände wird vom erläuternden Bericht als offensichtlich und unumstritten dargestellt. Ein Blick in die entsprechende Literatur und Rechtsprechung zeigt jedoch, dass diese Frage schon seit Beginn des Jahrhunderts bis in die jüngste Vergangenheit umstritten ist.¹⁸ Die SGCI ist überzeugt, dass die Vernehmlassungsvorlage die wirtschaftliche Notwendigkeit der Einführung einer solchen allgemeinen Gefährdungshaftung nicht genügend belegt hat. Die SGCI bemängelt darüber hinaus, dass bei einer rechtspolitisch derart brisanten Frage nicht Alternativen erarbeitet worden sind.

Doch selbst wenn der Gesetzgeber zur Auffassung gelangen würde, dass eine solche Grundnorm in das Haftpflichtrecht einzufügen sei, muss die konkrete Ausgestaltung einer solchen Norm noch intensiv überprüft und diskutiert werden. Auch in dieser Hinsicht ist die SGCI der Ansicht, dass die vorgeschlagene Bestimmung weit über das Ziel hinausschiesst. Vom Ansatz her richtig erscheint es dagegen, die speziellen Haftungsbestimmungen beizubehalten (Art. 50 Abs. 3 VE). Von diesen positivrechtlichen Vorbildern muss denn auch eine begrenzende Auslegung der allgemeinen Norm ausgehen (so auch Art. 50 Abs. 2 letzter HS VE).

¹⁷ Erläuternder Bericht, 137.

¹⁸ Vgl. nur die Zusammenstellung bei Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995, § 1 Rz. 79 (Fn. 113, 114); idem, Bd. II/2, Zürich 1989, § 24 Rz. 37 ff.

Für die Industrie bedeutet die vorgeschlagene Gefährdungshaftung (insbesondere in der Ausgestaltung von Art. 50 VE) eine besondere Herausforderung, da dieser Tatbestand im wesentlichen eine Unternehmenshaftung ist und aufgrund seiner offenen Formulierung jegliche Rechtsicherheit vermissen lässt.¹⁹ Wird zudem in Betracht gezogen, dass nach herrschender Lehre die Gefährdungshaftung der Verschuldenshaftung und den einfachen Kausalhaftungen vorgeht, d.h. keine Anspruchskonkurrenz besteht,²⁰ ergibt sich eine weitestgehende Kanalisierung der Haftung auf den Hersteller.

Eine weitere Ungereimtheit ergibt sich im Verhältnis zur Revision des Umweltschutzgesetzes. Art. 59a Abs. 1 revUSG schliesst den Umweltschaden aus; nach Art. 50 i.V.m. 45 Abs. 3 i.V.m. 45d VE wäre er jedoch bei der allgemeinen Gefährdungshaftung eingeschlossen. Indem Art. 50 Abs. 3 VE die speziellen Haftungsbestimmungen vorbehält, führt dies in diesem Fall zur eigenartigen Konsequenz, dass der reine Umweltschaden nicht ersetzt wird.

SGV: In die gleiche Richtung (wie Art. 49a) stösst die hier als Generalklausel ins Haftpflichtrecht aufgenommene Unternehmenshaftung. Auch hier würde die Norm mangels Begrenzung der mit der Revision angestrebten Rechtsicherheit und Gesetzmässigkeit zuwider laufen. Eine derart unbegrenzte Generalklausel für die Gefährdungshaftung würde gerade für die KMU zu existenzgefährdenden Erhöhungen des Risikoprämienanteils führen.

Die Tatsache, dass nach herrschender Lehre die Gefährdungshaftung der Verschuldenshaftung und den einfachen Kausalhaftungen vorgeht, zeigt einmal mehr die inakzeptable Kanalisierung der Haftung auf den Unternehmer.

SNV: Eine allgemeine Gefährdungshaftung, wie im VE vorgesehen, ist dogmatisch sicher gut zu begründen. Es stellt sich aber unweigerlich die Frage der Rechtssicherheit. Wer kann im voraus schon jegliches Gefährdungspotential und folglich auch das Haftungspotential abschätzen? Ex post kann dies der Richter sicher tun. Das nützt aber dem Unternehmer nichts, denn er muss in jedem Fall Risiken in Kauf nehmen. Aber er muss auch wissen, unter welchen Umständen er haftet. Das gehört nun mal zur Rechtssicherheit, ohne die unternehmerische Tätigkeit gelähmt wird.

SOV: Unserer Ansicht nach birgt der vorliegende Wortlaut die Gefahr einer unkalkulierbaren Ausuferung der Haftung, gerade bei Sportveranstaltungen, in sich.

Grund hierfür ist die Unsicherheit, was unter „besonders gefährlicher Tätigkeit“ subsumiert werden soll. Auch die Konsultation des erläuternden Berichts zur vorliegenden Revision ergibt nicht die nötige Klarheit. Verschiedentlich ist in diesem Bericht sogar von „gewissen Sportarten“ die Rede, welche als Beispiel für gefährliche Tätigkeiten aufgeführt werden. Letztlich wird es aber dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, wo der Strich gezogen wird. Abgrenzungsschwierigkeiten und womöglich eine Klageflut werden bei der aktuellen Formulierung die Folge sein.

¹⁹ So ausdrücklich erläuternder Bericht, 146 f.

²⁰ Schwenzler, a.a.O. (Anm. 1), Rz. 54.04 m.w.Nw.

Unseres Erachtens hat sich die Gefährdungshaftung wie ursprünglich vorgesehen auf gefährliche Anlagen, Materialien und Betriebe zu beschränken. Von menschlichem Verhalten abhängige Risiken wie bei sportlichen Aktivitäten der Fall, sollen von der Gefährdungshaftung ausgeschlossen bleiben. Zumindest müsste der aktuellen Formulierung ein weiterer Abwägungspunkt hinzugefügt werden, welcher das Spannungsfeld *Risikonutzen – Schaden* oder anders ausgedrückt, die *Gefahr im Interesse des Opfers* berücksichtigt.

SPO: Die Einführung einer solchen Bestimmung ist sehr zu begrüßen. Gerade in Arzthaftpflichtfällen sind Konstellationen denkbar, die eine solche Gefährdungshaftung rechtfertigen. Zu denken ist beispielsweise an die Problematik der Folgen der Silikon-Implantate, aber auch generell an die heute stark technisierte chirurgische Tätigkeit eines Arztes. Wir unterstützen daher die Auffassung, dass die ärztliche Tätigkeit, soweit sie chirurgischer Natur ist, grundsätzlich als besonders gefährlich einzustufen ist und daher gleich wie die Verwendung fremder Stoffe der Gefährdungshaftung unterliegen soll.

SVV: Antrag zu Abs. 2:

Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ~~ihrem Wesen nach~~ oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

Die Einführung einer Generalklausel zur Gefährdungshaftung ist die wesentlichste Neuerung unter den Haftungsgründen im Revisionspaket. Anknüpfungspunkt ist die Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer besonders gefährlichen Tätigkeit. Das rein menschliche Verhalten (auch jenes von Ingenieuren, Ärzten oder Sportlern) muss von der Haftung ausgenommen bleiben, ansonsten eine Abgrenzung zu anderen (allgemeinen) Haftungstatbeständen kaum mehr möglich ist. *Auch würde ein solch breiter Anwendungsbereich zum Teil zu massiven Prämien erhöhungen führen, die – man denke etwa an den Medizinalbereich – kaum sozialverträglich ausgestaltet werden können.*

Wir schlagen daher eine Eingrenzung der Bestimmung durch die *Streichung* der Wendung „ihrem Wesen nach“ vor.

Uni GE: En général

Nonobstant le Rapport, p. 138, l'imprévisibilité de cette disposition est trop grande. L'argument selon lequel „la sécurité juridique n'est ... pas mieux sauvegardée dans un système qui, en raison de ses lacunes, contraint constamment le juge à recourir à des expédients et artifices divers et variés pour parvenir à un résultat équitable“ (Rapport, p. 138) n'est pas solide. Comparer la nouvelle solution à la situation antérieure insatisfaisante ne contribue pas à justifier valablement la première.

Pour remédier à l'insécurité juridique qui résulterait de ce texte, les auteurs de la présente réponse proposent d'ajouter un alinéa à cette nouvelle disposition, qui attribue au Conseil fédéral la compétence de tenir

une liste des activités spécifiquement dangereuses, régulièrement mise à jour.

Rapports avec l'art. 59a LPE

L'art. 50 AP restreint la définition du responsable par rapport à l'art. 59a LPE et crée une ambiguïté quant aux états de fait susceptibles de réaliser le risque.

En ce qui concerne *la personne*, l'art. 50 précise „*la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse*“ alors que la LPE se réfère à la notion de *détenteur*, soit toute personne ayant la maîtrise effective d'une installation. Le responsable peut, s'il remplit cette condition ne pas être l'exploitant de l'installation ou de l'entreprise polluante. Bien que parfois critiquée, cette conception large du responsable correspond à certains états de fait spécifiques, notamment lorsque l'exploitant a disparu au moment où le dommage se révèle ou lorsque le propriétaire du fonds a bénéficié de certains avantages résultant du comportement de l'exploitant. Le remplacement de la notion de „*détenteur*“ par celle de „*personne qui exploite*“ n'apporte aucune clarification si l'on veut maintenir la délimitation antérieure et ne se justifie pas si elle comporte une restriction.

La notion d'*activité „tolérée“* par l'ordre juridique est également ambiguë. Il s'agit sans doute d'activités licites, mais aussi d'activités autorisées. Probablement, faut-il y voir une allusion au fait que l'octroi d'une autorisation administrative est sans effet sur la responsabilité. Il conviendrait d'éviter dès lors le terme „*tolérée*“ qui semble impliquer l'acceptation tacite d'un état de fait contraire au droit.

L'art. 50 al. 2 AP insiste sur le caractère accidentel de la réalisation du risque („*en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière*“), alors que l'art. 59a LPE subordonne la responsabilité à la réalisation du risque seul. Les atteintes liées à une pollution latente, découlant d'une exploitation normale de l'installation ne seraient donc pas couvertes par l'art. 50 AP alors qu'elles le sont par l'art. 59a LPE, de sorte que cette question est renvoyée aux dispositions sur les rapports de voisinage (art. 679/684 CC). La portée de la responsabilité pour atteinte à l'environnement s'en trouve toutefois réduite sans que la spécificité de la responsabilité pour risque le justifie. Cet inconvénient sera d'autant plus marqué si l'on veut étendre l'application de l'art. 50 AP aux atteintes relevant de la manipulation d'organismes dangereux au sens de l'art. 29a LPE ou à leur utilisation en milieu non confiné, domaine dans lequel la limite entre ce qui relève de l'accident et ce qui aurait pu être évité par des mesures d'organisation est particulièrement difficiles à tracer.

En ce qui concerne la LRCN, les modifications au système sont moins importantes puisque la responsabilité est déjà concentrée sur l'exploitant. En revanche, on aurait pu aligner la LRCN sur l'art. 59a LPE et non l'inverse.

Uni ZH Honsell: Das geltende Recht kennt nur einige verstreute Gefährdungshaftungsgesetze, welche der Gesetzgeber in Reaktion auf den technischen Fortschritt und die damit verbundenen Gefahren erlassen hat.

Art. 50 VE enthält eine Generalklausel, die auf eine besonders gefährliche Tätigkeit abstellt. Die Generalklausel soll neben die gesetzlichen Spezialtatbestände treten und so die Entwicklung neuer Tatbestände durch die Judikatur begünstigen.

Die Hauptgefahr der gesetzlichen Konzeption besteht darin, dass die Rechtsprechung dazu neigen könnte, praktisch jede Tätigkeit, die einen Schaden verursacht (und nur im Schadensfall kommt es zu einem Haftpflichtprozess), als besonders gefährlich zu qualifizieren und der Kausalhaftung zu unterstellen.

VöV: Wir gehen davon aus, dass die Gefährdungshaftung ein Einfallstor für alle möglichen und unmöglichen Schadensfälle wird (Amerikanisierung des Haftpflichtrechts). Wir nehmen an, dass nach Art. 50 jede Tätigkeit gefährlich sein kann (Generalklausel!) und dass ein Unfall als Beleg gewertet wird für die besondere Gefährlichkeit eben dieser Tätigkeit (Begriffsdefinition).

Eine vernünftige Handhabung des Artikels scheint uns nicht möglich. Der Wortlaut ist zu verwickelt. Unsinnig scheint uns insbesondere Absatz 3. Absatz 3 gäbe nur dann Sinn, wenn EBG 40b die Verschuldenshaftung einführen würde. Tut es aber nicht. Somit gilt auch in EBG 40b die Gefährdungshaftung.

Sinnvoll scheint uns, dass sich Spezialgesetze mit bekannten Gefahren zu befassen haben und nur für unbekannte Gefahren soll eine Gefährdungshaftung (Generalklausel) eingeführt werden.

Antrag: Der Artikel ist zu streichen.

VSE: Gemäss der allgemeinen Gefährdungshaftung im Vorentwurf wird derjenige zur Verantwortung gezogen, der einen Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, selbst wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die von der Rechtsordnung geduldet wird. Bisher wurden gefährliche Tätigkeiten speziell umschrieben und vorwiegend durch Spezialgesetze abgedeckt, wie z.B. im Strassenverkehrsgesetz, Kernenergiehaftpflichtgesetz, Strahlenschutzgesetz oder mittels einfacher Kausalhaftungen wie Haftung des Familienhauptes, des Grundeigentümers, des Geschäftsherrn, des Tierhalters oder des Werkeigentümers. Eine Generalklausel wird die künftige Rechtssicherheit beeinträchtigen. Die Gerichte haben die Möglichkeit, durch Auslegung diese Generalklausel für beliebige Sachverhalte heranzuziehen, da es stets um unbestimmte Rechtsbegriffe geht. Es geht nicht an, eine derart schwerwiegende Konsequenz (Haftung ohne Verschulden) an eine derart offene Generalklausel anzuknüpfen. Wir können nicht nachvollziehen, dass man die Generalklausel der Gefährdungshaftung einführt und gleichzeitig die Gefährdungshaftungen in der Spezialgesetzgebung belässt. Eine Generalklausel macht keinen Sinn, da bereits Regelungen in Spezialgesetzgebungen bestehen. Diese sind entsprechend zu belassen.

Antrag: Art. 50 ist ersatzlos zu streichen.

WWF: Die bestehenden Gefährdungshaftungen werden unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Risikos nicht einer eingehenderen Prüfung unterzogen. Insbesondere bleibt die Atomhaftpflicht so wie sie

ist, nämlich unter Überwälzung eines wesentlichen Teils des wirtschaftlichen Risikos auf die Allgemeinheit und auf potentiell Geschädigte (indem im Schadensfall bei Grossschäden vom Grundsatz der vollen Entschädigung abgewichen werden kann). Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber nicht eine wesentliche Konsequenz der Liberalisierung des Energiemarktes zieht, und sämtliche Risiken und Kosten der Atomenergie internalisiert, d.h. auf den Verursacher überwälzt. Nach dem gleichen konsequenten Verursacherprinzip sind auch andere Gefährdungshaftungen auszugestalten. Jegliche Privilegierungen unter Überwälzung von Haftpflichtrisiken auf die Allgemeinheit oder die potentiell Geschädigten ist abzulehnen. So soll beispielsweise der Betreiber im Rahmen der neu zu schaffenden Haftung für genetisch veränderte Organismen sämtliche Risiken tragen, die sich aus der besonderen Gefahr ergeben können - eine Haftungsmilderung im Rahmen der Produkthaftungspflicht - unter Ausklammerung der Entwicklungsrisiken - ist konsequent abzulehnen.

Die allgemeine Gefährdungshaftung in Art. 50 setzt eine qualifizierte Gefahr (besonders gefährliche Tätigkeit) voraus. Dies ergibt schwierige Abgrenzungsprobleme und bedeutet letztlich eine abzulehnende Privilegierung risikogeneigter unternehmerischer Tätigkeit.

341.24 Art. 51

Kantone / cantons / cantoni

TI: L'art. 51 cpv. 2 AP, a proposito della responsabilità per il fatto di terzi, nell'ambito della responsabilità oggettiva (causale), indica che il principio generale secondo cui la persona che esercita un'attività particolarmente pericolosa risponde di tutte le persone che vi partecipano con la sua autorizzazione (cpv. 1), si applica per analogia agli altri casi in cui la legge prevede la responsabilità di una persona indipendentemente da una colpa. La novità principale della normativa è l'indifferenza di un rapporto di subordinazione, mentre determinante appare l'esistenza di un'autorizzazione del responsabile, espressa o tacita, alla partecipazione; e ciò per tutti i tipi di responsabilità oggettiva, aggravata o semplice (*Rapporto esplicativo*, pag. 149 in fine). Dal profilo sostanziale non v'è nulla da osservare, mentre invero sorprende la formulazione della nuova norma laddove regola anzitutto la fattispecie dell'attività particolarmente pericolosa per poi prevedere - a mo' di regola generale - l'applicazione analogica del principio alle altre forme di responsabilità oggettiva.

VS: Cf. 341.17.

Organisationen / organisations / organizzazioni

HEV: Die Konsequenzen der beabsichtigten Anwendbarkeit der Artikel 51/51a auf den neuen Art. 61 VE „Haftung für Werke“ sind noch nicht abschätzbar. Hingegen sind Abgrenzungsprobleme zwischen Art. 51 und 61 VE und zu ZGB 679 programmiert.

SBVer: Nach dieser Bestimmung hat, wer eine besonders gefährliche Tätigkeit betreibt, „einzustehen“ für alle Personen, die mit ihrer Billigung dabei mitwirken (Abs. 1). Hier gilt es in geeigneter Weise festzuhalten, dass dieses

Einstehenmüssen für die eigene Haftpflicht der beigezogenen Personen (Art. 55 OR) diese nicht „absorbiert“, sondern - im Aussenverhältnis - nach Art. 53a VE solidarisch danebensteht.

Uni ZH Honsell: Der mögliche Anwendungsbereich der Kausalhaftung wird noch weiter ausgeweitet, wenn man sich Art. 51 VE vor Augen hält: Nach Abs. 1 dieser Bestimmung hat eine Person, die eine besonders gefährliche Tätigkeit betreibt, für alle Personen einzustehen, die mit ihrer Billigung dabei mitwirken. Nach Abs. 2 gilt dies auch für andere Fälle der Kausalhaftung. Was mit dieser Bestimmung bezweckt werden soll, ist nicht klar. Für Hilfspersonen wird bereits nach Art. 49, 49a VE gehaftet. Mit Art. 51 VE soll die Haftung darüber hinaus offenbar noch auf einen weiteren Personenkreis ausgedehnt werden. Es soll genügen, dass jemand mit „Billigung“ des Haftpflichtigen an einer besonders gefährlichen Tätigkeit teilnimmt. Mit der Voraussetzung der Billigung ist in diesem Zusammenhang wohl Eventualvorsatz gemeint. Es reicht also aus, wenn der Haftpflichtige die Teilnahme des späteren Schädigers an der gefährlichen Tätigkeit in Kauf nimmt. Dabei sieht Art. 51 VE im Gegensatz zu Art. 49, 49a VE keine Entlastungsgründe vor. Denkbar ist, dass mit dieser Bestimmung insbesondere Demonstrationsschäden erfasst werden sollten. Versteht man das Durchführen von Demonstrationen als besonders gefährliche Tätigkeit (was zu begründen, der Rechtsprechung zweifellos keine Schwierigkeiten bereiten dürfte), wäre der Organisator für alle Schäden verantwortlich, die Personen verursachen, deren Teilnahme er in Kauf nimmt. Dies geht jedoch zu weit. Die allgemein bekannten Teilnahmeformen (Mittäterschaft, Anstiftung, Gehilfenschaft) reichen aus, um bei gegebenen Voraussetzungen Fälle von Demonstrationsschäden zu erfassen. Der mögliche Anwendungsbereich von Art. 51 VE ist jedoch noch viel weiter, ja nahezu uferlos: Der Veranstalter eines Fussballturnieres etwa würde für sämtliche Verletzungen haften, die durch teilnehmende Spieler oder Zuschauer verursacht werden; der Skipistenbetreiber für jeden Skiunfall; der Bergführer für jeden Fehler eines Touristen auf einer Bergtour u.s.w.

Diese Beispiele zeigen, dass die Verantwortlichkeit nach Art. 51 VE zu weit geht.

341.25 Art. 51a

Kantone / cantons / cantoni

TG: Diese Bestimmung gehört auf Grund ihres Inhalts eher zur Bemessung der Ersatzleistung (Systematik).

VS: Cf. 341.17.

Organisationen / organisations / organizzazioni

HEV: Vgl. Art. 51

SBVer: Fragwürdig erscheint uns der Vorschlag, die Haftung des Unternehmens im Innenverhältnis unter mehreren Haftpflichtigen - also hinsichtlich des Rückgriffs - mit den Formulierungen von Art. 51a und 53c VE noch zu verschärfen.

Überhaupt ist Art. 51a VE entbehrlich, kann durchaus in Art. 52 VE über die Bemessung der Ersatzleistung aufgehen („Würdigung aller Umstände“) und sollte deshalb gestrichen werden. Vgl. Art. 51

Uni GE: La prise en considération nécessaire de la faute additionnelle risque d'aboutir à un fractionnement de la responsabilité, la réparation intégrale n'étant accordée qu'en cas de faute additionnelle. Cela signifie qu'en l'absence de faute additionnelle, le préjudice risque de n'être pas pleinement réparé (cf. ad art. 52 AP).

Proposition: remplacer „il sera pris en compte comme faute additionnelle“ par „il pourra être pris en considération ...“.

341.26 Art. 52

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit ist es notwendig, dass die Aufzählung der Herabsetzungsgründe (Art. 52 Abs. 1 VE) zwar nicht abschliessend aber doch umfassender ausgestaltet wird. Aus Sicht der Gesundheitsdirektion sind insbesondere die Einwilligung des Opfers und die konstitutionelle Prädisposition ausdrücklich zu erwähnen. Gerade in bezug auf den letztgenannten Herabsetzungsgrund ist in der Lehre strittig, ob dieser überhaupt berücksichtigt werden darf, da er vom Geschädigten nicht zu vertreten bzw. nicht verschuldet worden ist. Da die konstitutionelle Prädisposition nicht unter das (Selbst-) Verschulden subsumiert werden kann, bietet Art. 52 VE keinen Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung der konstitutionellen Prädisposition. Die Verfasser des Vorentwurfs sind aber klar der Ansicht, dass die konstitutionelle Prädisposition als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen ist (erläuternder Bericht, S. 154 f. und 168). Ebenso schliesst der Wortlaut von Art. 52 Abs. 1 VE eine Berücksichtigung von Herabsetzungsgründen aus, die ausserhalb der Sphären beider Parteien liegen. Nach der vorgeschlagenen Formulierung sind nur Herabsetzungsgründe zu beachten, „welche je der haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind“.

Die nach Art. 52 Abs. 1 VE zu berücksichtigenden Herabsetzungsgründe sind umfassender zu umschreiben, insbesondere sind Herabsetzungsgründe zu erwähnen, die nicht im Verschulden einer beteiligten Person und ausserhalb der Sphären beider Parteien liegen.

Die von der geschädigten Person zu treffenden Schadenverhütungs- und verminderungsmassnahmen sind bei der Schadenersatzbemessung als Herabsetzungsgründe zu berücksichtigen, wenn sie entgegen der bestehenden Pflicht nicht getroffen wurden. Der Wortlaut von Art. 52 Abs. 1 VE lässt aber ausschliesslich die gegenteilige Berücksichtigung zu, nämlich eine Hinzurechnung der Kosten für die zur Schadenabwehr oder -minderung *bereits getroffenen* Massnahmen. Diese Kosten sind aber nach Art. 45f Abs. 1 VE bereits in der *Schadensberechnung* enthalten und deshalb bei der *Schadenersatzbemessung* nicht erneut (und schon gar nicht als Herabsetzungsgründe) zu berücksichtigen. Hingegen soll der Schadenersatz herabgesetzt werden, wenn die geschädigte Person derartige Massnahmen schuldhaft nicht ergriffen hat.

Der letzte Teilsatz von Art. 52 Abs. 1 VE ist daher wie folgt zu ändern: „... sowie die von der geschädigten Person zur Schadensabwehr oder -minderung nicht getroffenen Massnahmen“.

Die Formulierung von Art. 52 Abs. 2 VE ist zu belassen. Insbesondere ist von der Regelung in verschiedenen Spezialgesetzen Abstand zu nehmen, dass allein ein ungewöhnlich hohes Einkommen des Opfers einen Herabsetzungsgrund darstellen kann. Aus sozialen Überlegungen soll dieser Herabsetzungsgrund aber von Bedeutung sein, wenn die haftpflichtige Person durch die Leistung des Ersatzes in finanzielle Schwierigkeiten geriete. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten sollen daher umfassend berücksichtigt werden.

SG: Auch die Einwilligung des Opfers und die konstitutionelle Prädisposition können dem Geschädigten entgegengehalten werden (Bericht, 154). Dies ergibt sich nicht ohne weiteres aus dieser Bestimmung. Art. 52 Abs. 1 ist aus Gründen der Rechtssicherheit wie folgt anzupassen:

„¹... zuzurechnen sind, die Einwilligung des Opfers, die konstitutionelle Prädisposition sowie die von der geschädigten Person zur Schadensabwehr oder –minderung getroffenen Massnahmen.“

Der eigentliche Umweltschaden ist in aller Regel nicht versicherbar. Die Anwendung von Art. 52 Abs. 2 würde deshalb regelmässig zur Festsetzung niedriger Ersatzleistungen führen. Würden zudem bei der Festsetzung der Höhe des geschuldeten Schadenersatzes die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien im Zivilverfahren (Schadenverursacher/ Gemeinwesen) berücksichtigt, wäre eine weitere Herabsetzung die Folge. Damit wäre die Wirkung der grundsätzlich begrüßenswerten Neuerung von Art. 45d bereits im Ansatz geschwächt.

TG: Gemäss Abs. 2 kann das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung ausnahmsweise den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen. Eine solche Regelung drängt sich indessen nicht auf, zumal das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung gemäss Abs. 1 bereits einen erheblichen Ermessensspielraum hat. Dieses Ermessen wird erfahrungsgemäss schon heute, wo ein geringerer Spielraum besteht, zu Lasten eines finanziell potenten Haftpflichtigen (z.B. Staat oder Versicherungsgesellschaft) ausgeschöpft.

TI: Nell'ambito della commisurazione del risarcimento, l'art. 52 cpv. 2 AP, formulato il principio generale (cpv. 1), indica che, in via eccezionale, il giudice può tenere conto anche della situazione economica di entrambe le parti (momento già considerato, ma limitatamente alla sola persona responsabile, dall'art. 44 cpv. 2 CO), facendo esplicito riferimento al fatto che esse siano o no provviste di copertura assicurativa. Al proposito sorgono perplessità non sulla sostanza della norma, ma sull'opportunità di menzionare nel testo di legge tale caso particolare, ossia l'esistenza di copertura assicurativa, pur ammettendo l'importanza di tale elemento di valutazione nell'ambito di questa facoltà del giudice.

VD: La fixation de la réparation par le juge en fonction de la situation économique des parties compromet la sécurité (prévisibilité) du droit, de sorte que son application doit rester exceptionnelle. Il faudrait par ailleurs préciser que l'indemnité ne peut être que diminuée et non augmentée, la notion

de dommages-intérêts punitifs étant étrangère à notre ordre juridique. Actuellement, selon l'art. 44, al. 2 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts lorsque la réparation exposerait le débiteur à la gêne.

VS: Contraint de se limiter à des considérations de portée générale, le Conseil d'Etat a analysé avec attention les normes touchant au principe même de la responsabilité civile. L'étape ultérieure, qui consiste à déterminer l'étendue et le mode de réparation, en prenant en compte les hypothèses fréquentes d'une pluralité de responsables et de l'intervention de l'assureur privé, s'analyse comme une démarche plus technique encore. Faute d'expérience pratique, le Conseil d'Etat renonce à se déterminer de manière spéciale. Il retient, toutefois, que l'avant-projet ne modifie pas sensiblement la réglementation régissant la fixation de la réparation (rapport explicatif ch. 2.5.1 p. 152) et prend acte que le chapitre de la pluralité des responsables prône des solutions plus favorables à la victime. Les normes traitant de la responsabilité civile et de l'assurance privée procèdent du souci de coordonner le droit de la responsabilité civile et celui des assurances privées et sociales. Dans ce domaine, le postulat d'équité est réalisé par une application étendue du principe d'imputation, la généralisation du droit de subrogation de l'assureur, celle du droit d'action directe contre l'assureur RC, le droit préférentiel du lésé pour les postes du dommage couverts par l'assurance, et la limitation des cas de surindemnisation. Il ne fait pas de doute que la partie générale du droit de la responsabilité civile doit renfermer une réglementation spécifique sur la prescription, et que le système actuel, complexe et hétérogène, doit faire l'objet d'une réforme en profondeur. Les solutions de l'avant-projet n'appellent pas de remarque particulière, la situation de la victime se trouvant renforcée du fait notamment de la prolongation des délais et celle des coresponsables, enfin réglementée de manière uniforme par une norme générale.

ZH: Nach Absatz 2 dieser Bestimmung kann das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung ausnahmsweise den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen. Eine solche Regelung drängt sich indessen nicht auf, zumal das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung gemäss Abs. 1 bereits einen erheblichen Ermessensspielraum hat. Dieses Ermessen wird erfahrungsgemäss schon heute, wo ein geringerer Spielraum besteht, zu Lasten eines finanziell potenten Haftpflichtigen (wie z. B. der Staat oder eine Versicherungsgesellschaft) ausgeschöpft.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

LPS: Tel qu'il est rédigé, cet article pourrait laisser croire que la responsabilité pourrait être accrue, au-delà de la fixation du dommage, ce qui est un élément nouveau et „américanisant“ de la responsabilité. Nous nous opposons à une telle conception, qui irait à l'encontre de notre tradition judiciaire et politique. Au demeurant, nous estimons que la réparation doit être liée au caractère obligatoire d'une assurance, mais non pas à l'existence d'une assurance. L'alinéa 1 de cette disposition est bien suffisant.

SVP: Bei der Bestimmung der Ersatzleistung ist das Kriterium, wonach das Gericht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (insbesondere

einer Versicherung) Rücksicht nehmen kann, sachfremd und ruft Skepsis hervor. Abs. 2 ist deshalb zu streichen.

Organisations / organisations / organizzazione

FRI: Le texte de l'article 52 nous laisse perplexe, dès lors qu'il semble autoriser l'augmentation de l'indemnité, selon les circonstances, au-delà du dommage proprement dit. Nous émettons les plus grandes réserves sur cet article qui pourrait être source de dérives jurisprudentielles telles que le versement d'indemnités à caractère punitif.

SAV: Bei der Bemessung der Ersatzleistung sind nach Auffassung des SAV Haftpflicht und Versicherungsdeckung dogmatisch voneinander zu trennen. Es soll nicht der Grundsatz gelten: „L'assurance crée le risque.“ Nicht bestritten werden kann allerdings, dass schon heute in der Judikatur in einzelnen haftpflichtrechtlichen Entscheiden aus rechtspolitischen Gründen eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ anzutreffen ist. Deren Kodifizierung in Art. 52 Abs. 2 VE erscheint entbehrlich.

SBV: Zu Abs. 2: Bisher durften die Gerichte bei der Schadenbemessung nicht darauf abstellen, ob zur Schadendeckung eine Versicherung bestand. Neu soll das Gericht die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten und den Umstand, ob zur Schadendeckung eine Versicherung belangt werden kann, mitberücksichtigen.

Wir vertreten die Ansicht, dass die Gerichte grundsätzlich den objektiv entstandenen Schaden zu beurteilen haben und dass bei der Bemessung des Schadens nicht darauf abgestellt werden darf, ob ein Versicherer den Schaden zu begleichen hat. Die Erfahrung zeigt, dass die Gerichte bei einer Schadendeckung durch eine Versicherung dazu neigen, die Entschädigungen höher anzusetzen. Damit tritt die von uns eingangs erwähnte negative Ausweitung des Haftpflichtrechts, wie sie in den USA festzustellen ist, ein.

Wir beantragen, Art. 52 Abs. 2 ersatzlos zu streichen.

SBVer: Diese Bestimmung, wonach ausnahmsweise den *wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten* Rechnung zu tragen sei (Praxis des „Deep Pocket“), sollte gestrichen werden. Schon die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum geltenden Recht entwickelt sich in diese Richtung. Das ist nicht unproblematisch, weil der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tragbarkeit in die fallweise Praxis der Gerichte nur ungenügend oder gar nicht einfließt. Somit wäre diesem Vorschlag zweierlei vorzuwerfen:

- Er ist überflüssig, da er etwas postuliert, was die heutige Praxis schon kennt, und
- er ist fragwürdig, weil er durch die ausdrückliche Positivierung dieser Praxis einen neuen „Schub“ geben könnte.

SVR: L'al. 2, prévoyant que le juge peut a titre exceptionnel, tenir compte dans l'étendue de la réparation du dommage de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance, va dans le sens d'un plus grand pouvoir d'appréciation du juge. Toutefois, on peut se demander si le texte proposé n'est pas trop large. En particulier, s'agissant d'une disposition a

caractère exceptionnel, il conviendrait que la couverture d'assurance à laquelle il est fait allusion soit précisée dans la loi elle-même et non pas seulement dans le commentaire (cfr. rapport explicatif, p. 158, n. 771).

SVV: Antrag zu Abs. 2:

Ausnahmsweise kann das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung ausserdem den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, ~~insbesondere dem Umstand, dass sie durch eine Versicherung gedeckt sind oder eine Versicherungsdeckung nicht besteht,~~ Rechnung tragen.

Nach Abs. 2 kann das Gericht bei der Bemessung der Ersatzleistung dem Umstand Rechnung tragen, dass der Schadenverursacher durch eine Versicherung gedeckt ist. Das Bestehen einer Haftpflichtversicherung soll Voraussetzung einer Ersatzleistung werden. *Wir lehnen eine solche Regelung ab. Die Versicherung folgt der Haftung und nicht die Haftung der Versicherung.*

Wir begrüßen jedoch Art. 52 Abs. 1 VE-OR, der sämtliche Teilungsfälle, auch die Haftungskollision und den Regress, berücksichtigt. Auch wenn die erwähnte *Intensität* des Haftungsgrundes, namentlich die Schwere des Verschuldens, bislang in der Praxis kaum Bedeutung erlangt hat, ermöglicht eine flexible Bemessung der Ersatzleistung in der Praxis angemessene Ergebnisse.

Uni GE: L'alinéa 1 semble vouloir abandonner le principe de la réparation intégrale, non exprimé par le droit actuel, mais généralement admis. Or, les auteurs de l'avant-projet affirment ne pas vouloir s'écarter des règles actuelles (Rapport, p. 152 n. 730; Rapport de la commission d'étude, p. 98 s.). Il vaudrait la peine d'affirmer le principe de la réparation intégrale d'autant plus clairement que le raisonnement classique en deux étapes consistant à fixer d'abord le dommage, ensuite l'indemnité, et résultant des titres marginaux actuels des art. 42 et 43 CO, est supprimé par l'avant-projet dont les art. 52 s. ne prévoient qu'une seule étape, celle de la fixation de la réparation.

Alinéa 2: l'assurance crée-t-elle la responsabilité ou la couvre-t-elle? On peut se demander si les répercussions ou effets inattendus de cette disposition sur les contrats d'assurance (notamment, les conditions générales) ont été suffisamment prises en compte.

Uni ZH Honsell: Nach Art. 52 Abs. 1 VE bemisst das Gericht die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände. Nach Abs. 2 VE kann es „ausnahmsweise“ den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen, insbesondere dem Umstand, dass sie durch eine Versicherung gedeckt sind oder ein Versicherungsschutz nicht besteht. Das ist vom Standpunkt der Dogmatik schwierig, aber in der Sache richtig und entspricht der unausgesprochenen Praxis der Gerichte.

VöV: In Absatz 2 ist für die konzessionierten Transportunternehmungen (KTU) ein Problem angesprochen. Einerseits ist praktisch jede KTU verschuldet, denn sie bekommt Abgeltung. Muss sie deshalb keinen Schadenersatz bezahlen? Andererseits ist jede KTU hoch versichert. Wird sie sich nun tief versichern lassen, dass sie weniger Schadenersatz zahlen muss? Die KTU's werden mit diesem Problem leben müssen.

VSE: Gemäss Art. 52 Abs. 1 Vorentwurf bemisst das Gericht die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände; es berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche je der haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind sowie die von der geschädigten Person zur Schadensabwehr oder -minderung getroffenen Massnahmen. Die Pflicht zur Berücksichtigung der Intensität des charakteristischen Risikos (mit Bezug auf die Generalklausel von Art. 50 des Vorentwurfs) gibt dem Gericht einen zu grossen Ermessensspielraum. Unseres Erachtens geht dies zu weit. Falls ein Regelungsbedarf in einem konkreten Sachgebiet besteht, ist dies in der Spezialgesetzgebung zu regeln.

Antrag: In Art. 52 Abs. 1 ist „die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind“, ersatzlos zu streichen.

341.27 Art. 52a

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Die beiden inhaltlichen Neuerungen dieser Bestimmung - nur aus triftigen Gründen vom Antrag zur Art der Ersatzleistung abzuweichen und bei Zusprechung von Renten nicht zwingend eine Sicherheitsleistung zu verlangen - sind sinnvoll.

NE: Nous ne pouvons que saluer la reconnaissance de la volonté autonome de la personne lésée quant au mode de réparation qu'elle adopte, même si celle-ci peut conduire à une complication du règlement du sinistre. Nous saluons également la suppression de l'obligation de fournir des sûretés en cas d'allocation d'une rente par le tribunal. Celui-ci peut dorénavant et compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, ordonner ou non la fourniture de sûretés. Le tribunal dispose ainsi d'un libre pouvoir d'appréciation bienvenu.

SO: Diese Bestimmung greift in das kantonale Prozessrecht ein. Allerdings können wir der Absicht des Gesetzgebers, wie sie im erläuternden Bericht Seite 158 aufgezeigt ist, zustimmen. Die Gerichte sollen eine Rente und keine Kapitalabfindung zusprechen, wenn eine Rente beantragt ist und nichts dagegen spricht. Da dieser Regel in Haftpflichtfällen besondere Bedeutung zukommt, können wir sie als bundesrechtliche Vereinheitlichung hinnehmen.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Richtig scheint, die Art des Schadenersatzes (Natural- oder Geldersatz, Kapital- oder indexierte Rente) vermehrt in die Dispositionsfreiheit eines Geschädigten zu stellen. Dies entspricht der Tendenz der heutigen Rechtsprechung (vgl. BGE 125 III 312 E. 6c). Beibehalten wird richtigerweise auch die schweizerische Spezialität einer flexiblen Bestimmung des Umfangs des Schadenersatzes nach Massgabe aller in Betracht fallender Umstände. Sachgerecht ist weiter, eine allfällige Rentenschuld nur nach Ermessen des Gerichts sicherstellen zu lassen. In den meisten Fällen ist

die Sicherstellung entbehrlich (Versicherer als Schuldner); häufig wäre sie gar nicht zu erreichen (unversicherter Schädiger).

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Nach neuester Rechtsprechung ist das Wahlrecht des Geschädigten zwischen Kapitaleistung und Rente gewährleistet. Der SAV steht dieser Präzisierung positiv gegenüber und begrüsst deshalb Art. 52a Abs. 1. Leider bringt Abs. 2 eine unnötige Verschlechterung für den Geschädigten, indem die Sicherstellung einer Rente nicht mehr obligatorisch erklärt wird. Es erscheint sinnvoll, dies weiterhin zwingend vorzusehen und gleichzeitig die Indexierung der Rente in den Gesetzestext aufzunehmen.

SBVer: Auch bei dieser Bestimmung möchten wir anregen, es beim offenen Grundwortlaut bewenden zu lassen und auf zusätzliche „Leitlinien“ für die Rechtsprechung zu verzichten - aus den gleichen Überlegungen, die wir zu Art. 52 Abs. 2 VE angebracht haben (s. dort). Der Text wäre deshalb wie folgt zu straffen:

„¹Die Art der Ersatzleistung wird vom Gericht unter Würdigung der Umstände bestimmt. (Rest streichen)

²Streichen.“

SPO: Die Kodifizierung des vor nicht allzu langer Zeit vom Bundesgericht eingeräumten Wahlrechtes des Geschädigten betreffend Kapital oder Rente ist ebenfalls sehr zu begrüßen. Die Kapitalabfindung hat vor allem jüngere Geschädigte stark benachteiligt und demgegenüber die Versicherung ungerechtfertigterweise bevorteilt.

In Abweichung von Art. 52a Abs. 2 des Vorentwurfes sollte allerdings die Sicherheitsleistung bei Zusprache einer Rente zwingend und nicht nur ermessensweise vorgeschrieben werden. Auch Versicherungen können irgendeinmal zahlungsunfähig werden. Auch wäre es sinnvoll, die Indexierung der Rente in den Gesetzestext aufzunehmen, auch wenn die Gerichtspraxis diese grundsätzlich anerkennt.

SVV: Nach Art. 52a VE-OR soll die Art der Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände bestimmt werden. Angesichts der grossen ökonomischen Tragweite wäre es wünschenswert, *die Modalitäten einer Entschädigung in Rentenform im Gesetz ausdrücklich zu regeln. Wir beantragen deshalb entsprechende Ergänzungen in Abs. 2, ohne hier einen konkreten Vorschlag zu formulieren.*

Für die Festlegung der Rente ist ein Hinweis auf die Berücksichtigung der *Veränderung der Lebenshaltungskosten* unabdingbar. Dies betrifft auch den Umstand, dass die Rente mit dem *Tod der berechtigten Person oder die Versorgungsrente mit der Wiederverheiratung erlischt*. Sodann hat das Gesetz darauf aufmerksam zu machen, dass die Rente bei *wesentlichen und dauernden Veränderungen* der Verhältnisse erhöht, herabgesetzt, aufgehoben oder sistiert werden kann. *Schliesslich ist u.a. auch die Verjährungsfrage separat zu regeln.*

341.28 Art. 53*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Diese Bestimmung des Vorentwurfs sieht wiederum eine einseitig geschädigtenfreundliche Regelung vor. Die bisherige Rechtsprechung - und zum Teil die Gesetzgebung - bestimmte Regelungen als ausschliesslich und andere wiederum als alternativ anwendbar zu erklären hat nicht zu nennenswerten Problemen geführt. Sofern überhaupt eine allgemeine Regelung erlassen wird, stehen hierzu auch andere Lösungsmöglichkeiten, respektive Kriterien offen.

JU: Le système mis en place par les art. 53 ss du projet nous semble particulièrement adéquat à plusieurs points de vue. En premier lieu, ces dispositions protègent au mieux le lésé. En effet, elles cherchent à lui donner le maximum de possibilités pour lui permettre de réparer son dommage. En deuxième lieu, elles posent clairement le principe selon lequel la réparation due ne saurait jamais dépasser le montant du dommage subi. Enfin, elle propose un système clair et uniforme en matière de responsabilité civile.

Cependant, par rapport aux dispositions actuelles en matière de responsabilité plurale, les nouvelles dispositions laissent beaucoup plus de liberté au juge. En effet, ce dernier devra, dans les rapports internes, décider de la répartition en tenant compte non pas d'un schéma légal, mais de l'ensemble des circonstances du cas. En outre, cette règle sera également valable en cas de collision de responsabilité, alors qu'en cas de cumul, le juge devra examiner quelles dispositions permettront de procurer au lésé la réparation optimale.

On peut donc se demander si de telles règles ne posent pas un problème du point de vue tant de la prévisibilité que de la sécurité juridique. En effet, le montant à réparer en cas de pluralité de responsables va dépendre non seulement de la responsabilité d'une personne mais également de celle de l'ensemble des responsables, qui peut varier en vertu de la gravité de la faute de chacun. Dès lors, dans un même cas de figure et en ayant commis la même faute, une personne pourra théoriquement devoir supporter qu'une petite partie ou la quasi totalité du dommage causé. Au surplus, la liberté donnée au juge pourrait dans certains cas entraîner de graves inégalités de traitement suivant la différence d'approche des juges face à une affaire.

Malgré ce problème, l'art. 53c tel que proposé paraît plus adéquat que l'actuel art. 51. Ce dernier a l'avantage d'être parfaitement prévisible mais présente l'inconvénient de favoriser sans motif les personnes qui ne répondent pas en vertu d'une faute. C'est pourquoi nous pensons que le projet constitue un progrès par rapport aux anciennes dispositions, même s'il ne représente pas à nos yeux la panacée.

TG: Die in den Artikeln 53 ff. und 54 ff. vorgesehenen Regelungen sind notwendig und sollten das Kernstück der vorgesehenen Revision bilden.

Das unmittelbare Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber der Haftpflichtversicherung des Verursachers ist grundsätzlich zu begrüßen. Es

ist jedoch nicht zu verkennen, dass damit auch eine Einschränkung der Autonomie der versicherten Person einhergeht. Unrichtig ist die Behauptung, sie habe keine weiteren negativen Auswirkungen. Einerseits sind die Interessen des Versicherers und des Versicherten oft nicht deckungsgleich. Andererseits gehen die Verfasser des Vorentwurfs allem Anschein nach von einer normalen Haftpflichtversicherung aus und lassen die breite Palette von Versicherungsmöglichkeiten ausser Acht. Unternehmen von einer gewissen Grösse, wozu auch der Staat gehört, versichern in der Regel normale Risiken nicht und vereinbaren in speziellen Fällen besondere Produkte mit (auch ausländischen) Versicherern, die mit einer gängigen Haftpflichtversicherung nicht vergleichbar sind. Es muss deshalb in Betracht gezogen werden, dass das direkte Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer dazu führen könnte, dass in verschiedenen Bereichen die freiwillige Versicherung vermehrt durch eine obligatorische ersetzt wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung von Art. 54c VE ohne Einrede und Einwandausschluss totus Buchstabe bleiben wird, da kein Geschädigtenvertreter das Risiko eines Prozessverlustes auf Grund von Einreden und Einwänden, die im internen Verhältnis zwischen Haftpflichtigen und Haftpflichtversicherer begründet sind, eingehen wird.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisations / organisations / organizzazioni

SAV: Haftet eine Person aus mehreren Gründen für den Schaden eines Dritten, so ist es zu begrüssen, wenn der Richter in diesen Fällen die für den Geschädigten günstigste Haftpflichtnorm anwendet und damit von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts abweicht, wonach die spezialgesetzlichen Regelungen ausschliesslich anwendbar sind.

SBVer: Aus denselben Gründen, die wir zu Art. 52 Abs. 2 und 52a VE vorgebracht haben (s. dort), schlagen wir vor, auf diese Bestimmung zu verzichten. Das Haftpflichtrecht sollte im Einzelfall zum fairen Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen, nicht zur pauschalen Bevorzugung des Geschädigten führen. Es gibt immer wieder Konstellationen, wo die faire Abwägung der legitimen Interessen beider Seiten zu einem differenzierten Ergebnis führt (und weiterhin führen können muss).

341.29 Art. 53a

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Erneut wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften für Schäden, die in Ausübung nicht hoheitlicher Tätigkeit verursacht werden, und die Haftpflicht für Hilfspersonen ausschliesslich sein sollen (vgl. die Bemerkungen zu Art. 43 und Art. 43a sowie zu Art. 49a VE).

TG: Vgl. zu Art. 53.

VD: L'hypothèse visée, soit celle dans laquelle plusieurs personnes se causent à elle-mêmes et entre elles un dommage, n'est pas délimitée avec une précision suffisante par le seul adverbe „*reciproquement*“ qui n'inclut pas

le dommage que l'auteur s'est causé à lui-même et n'exprime pas nettement l'interdépendance des dommages. Cette disposition doit donc être précisée sur ce point.

Organisationen / organisations / organizzazioni

HEV: Gemäss geltendem Recht wird der aus Verschulden Haftende vor dem Kausalpflichtigen zur Rechenschaft gezogen (sog. Kaskadenhaftung). Das ist nach der neuen Bestimmung nicht mehr vorgesehen. Dem Verschulden wird dann keine vorrangige Bedeutung mehr zugeordnet, wenn der Sachverhalt in den Bereich der Gefährdungshaftung fällt. Nachdem die Bestimmungen über die Gefährdungshaftung auch auf Art. 61 VE anwendbar sind, sehen wir grosse Nachteile für die (vermeintlich) finanzkräftigen Hauseigentümer.

SBVer: Art. 53a und 53c VE stellen bei Haftungskollisionen die Schwere des Verschuldens und die Höhe des Risikos einander gleich. Wir schlagen vor, auf diese „Präzisierung“ zu verzichten. Grundsätzlich ist ein klassisches Verschulden fast immer vorwerfbarer als eine Organisation. Denn das Verschulden begründet a priori einen Vorwurf, wogegen das Risiko sehr oft die unvermeidliche Folge einer sinnvollen Tätigkeit ist. Beide auf dieselbe Stufe zu setzen, folgt einem letzten Endes nicht vertretbaren Wertungsgefälle. Auf „schiefen Ebenen“ dieser Art pflegt die Rechtsprechung erfahrungsgemäss immer mehr in die eine Richtung zu tendieren, ohne dass diese Tendenz ökonomisch als richtig erwiesen und politisch auch wirklich abgestützt wäre.

Uni GE: Le texte contient une ambiguïté: l'exigence d'une double responsabilité, dont toutes les conditions sont réalisées, n'est pas exprimée.

Proposition: „Lorsque plusieurs personnes sont réciproquement responsables du dommage que chacune a causé à l'autre, chaque dommage sera supporté par chacune d'elles ...“

341.30 Art. 53b

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Es ist dringend geboten, die künstliche Unterscheidung zwischen unechter und echter Solidarität aufzugeben sowie für beide Arten die gleichen Rechtsfolgen hinsichtlich Wirkung der Verjährungsunterbrechung, der Subrogation und der persönlichen Einreden eines Haftpflichtigen vorzusehen.

Eine weitere Errungenschaft des Vorentwurfs stellt die Aufgabe der geltenden Kaskadenordnung für die Haftungskonkurrenzen im Innenverhältnis (Art. 51 Abs. 2 OR) dar (Art. 53c Abs. 1 VE).

SO: Wir befürworten diese Bestimmung. Sie ermöglicht es, gerechtere Lösungen zu finden, als dies heute der Fall ist. Insbesondere wenn Schäden erst erkannt werden, wenn die Ansprüche gegen einzelne der Schädiger bereits verjährt sind, muss die einzige noch haftbare Person den ganzen Schaden tragen, auch wenn dies nicht ihrer Verantwortung entspricht.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die „Bereinigung“ der heutigen Kollisions- und Konkurrenzpraxis ist zu begrüßen, insbesondere auch die Aufgabe der Unterscheidung von echter und unechter Solidarität (OR 50 f). Die Verallgemeinerung des Prinzips von OR 759 Abs. 1 in Art. 53b Abs. 2 entspricht einer modernen Auffassung vom Wesen der - unfreiwilligen - Solidarität.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Ebenso zu begrüßen ist die Aufgabe der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität (Art. 53 b VE).

Aus der Sicht des Praktikers wäre es wünschenswert, wenn eine Solidarität auch dann bestehen würde, wenn mehrere Personen für einen aus verschiedenen Ereignissen resultierenden Gesamtschaden haften. In solchen Fällen besteht bei der heute bestehenden Rechtslage die Tendenz, dass jeder Haftpflichtige versucht, den Schaden dem anderen zuzuschreiben, was die Schadenerledigung sehr erschwert.

sia: Diese Bestimmung bringt in Situationen, in denen Arbeitsgemeinschaften gemeinsam Aufträge übernehmen, den Vorteil der Haftungsbeschränkung auf genau den Teil, den jedes Mitglied der Gemeinschaft selbst zu verantworten hat.

Diese gesetzliche Klärung im Sinne einer Beschränkung der Solidarhaftung auf die individuelle Verantwortlichkeit jedes einzelnen solidarisch Haftenden, wird vom **sia** mit Nachdruck unterstützt. In der Bauwelt sind Lösungen sehr oft nur durch interdisziplinäre Zusammenarbeit verschiedenster Spezialisten zu finden. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird die Teambildung zur Lösung gemeinsamer Aufgaben stark erleichtert, weil das Damoklesschwert, eventuell für die Fehler der übrigen Teammitglieder haften zu müssen, beseitigt wird.

SUVA: Die Frage der Solidarität bei mehreren Haftpflichtigen ist in der heutigen Regresspraxis der Suva ein zentrales Problem. Viele Haftpflichtversicherer weigern sich konstant, die solidarische Haftung gegenüber dem regressierenden Sozialversicherer zu akzeptieren. Die Suva begrüsst deshalb die bereits im ATSG getroffene Lösung, wonach mehrere Haftpflichtige auch für Rückgriffsansprüche der Sozialversicherungsträger solidarisch haften (Art. 72 Abs. 2 ATSG). Es versteht sich von selbst, dass jener Grundsatz im ATSG durch die Bestimmung von Art. 53b VE nicht berührt wird.

Die Suva hält indessen dafür, dass auch im allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts der Grundsatz der Solidarität uneingeschränkt verankert werden sollte. Mit der vorgesehenen Abschwächung durch Abs. 2 des Art. 53b VE ist dies klarerweise nicht der Fall. Nach Auffassung der Suva ist demnach dieser 2. Absatz ersatzlos zu streichen.

Uni GE: Il faut saluer la suppression de la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite prévue à l'alinéa 1. De même, l'alinéa 2, qui évite qu'une per-

sonne ne réponde au-delà de sa part (cf. la responsabilité des administrateurs), apporte un bon éclaircissement à la situation actuelle.

341.31 Art. 53c

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Wir begrüßen ausdrücklich die Neuregelung der Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis. Die heute geltende Kaskadenhaftung bzw. Regressreihenfolge des Art. 51 Abs. 2 OR erscheint zuwenig flexibel und verunmöglicht teilweise eine vernünftige Verteilung der Haftung. Dem Richter soll hier richtigerweise ein grösserer Ermessensspielraum eingeräumt werden, um den Umständen des Einzelfalles besser gerecht werden zu können. Die Revisionsvorlage zieht damit die richtigen Schlussfolgerungen aus den zunehmenden Bedenken der Rechtslehre.

Von dieser Neuregelung sind insbesondere die kantonalen Gebäudeversicherungen in ihrer Regresspraxis direkt betroffen. Bei Gebäudeschäden, welche durch einen Gefährdungshaftpflichtigen verursacht wurden, ist der Gebäudeversicherung als aus Vertrag Haftende der Regress auf ersteren gemäss geltendem Recht abgeschnitten. Bei Schäden, welche beispielsweise auf defekte Gasleitungen zurückzuführen sind, kann der Rohrleitungsbetreiber oftmals nicht zur Verantwortung gezogen werden, obwohl die Schadenverursachung klar zugeordnet werden kann und der Gefährdungshaftpflichtige überdies von Gesetzes wegen obligatorisch versichert ist. Letzterer bzw. dessen Versicherung wird nicht entschädigungspflichtig, obwohl sich das typische Risiko verwirklicht hat und dafür auch Versicherungsprämien bezahlt wurden. Das Abschneiden des Regressweges gegenüber Gefährdungshaftpflichtigen führt deshalb heute zu einer Schadensverteilung, welche dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft und wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Die Neuregelung erlaubt demgegenüber eine angemessene oder gar ausschliessliche Beteiligung des Gefährdungshaftpflichtigen am Schaden, sofern dies nach den Umständen des Einzelfalles angezeigt ist.

AR: Vgl. zu Art. 53b.

JU: Cf. ad art. 53.

SO: Wir stimmen der neuen Regelung der Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis zu. Die geltende Kaskadenhaftung bzw. Regressreihenfolge des Art. 51 Abs. 2 OR hat sich in der Praxis als zu starr erwiesen. So konnte z.B. die aus Vertrag haftende Gebäudeversicherung nicht Rückgriff nehmen auf den kausal haftenden Rohrleitungsbetreibenden, wenn es wegen einer defekten Gasleitung zu einer Explosion und einem Gebäudeschaden gekommen war. Der Richter erhält neu einen grösseren Ermessensspielraum, so dass er den Umständen des Einzelfalles besser gerecht werden kann. Neu wird nach einer Gasexplosion auch der Rohrleitungsbetreiber haftbar sein, da ihm die Schadenverursachung klar zugeordnet werden kann. In diesem Fall hat sich schliesslich das typische Risiko der Gasleitung verwirklicht, gegen das sich der Rohrleitungsbetreiber bereits heute obligatorisch versichern muss. Es ist demnach angezeigt, dass Gefährdungshaftpflichtige angemessen oder gar ausschliesslich zum Ersatz des Schadens verpflichtet werden können.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

FMH: In Abs. 1 wird vorgeschlagen, sowohl auf die Schwere des Verschuldens wie auch auf die Intensität des charakteristischen Risikos abzustellen. Für den Bereich der Medizin gelten hier dieselben Vorbehalte, wie wir sie bereits zu Art. 50 dargelegt haben.

SAV: Die Neuregelung der internen Auseinandersetzung unter mehreren solidarisch Haftpflichtigen und die damit verbundene Abkehr von der Kaskadenordnung gemäss Art. 51 Abs. 2 OR erachtet der SAV als sinnvoll.

Nicht geregelt wird die Frage, ob einem Dritten, der nicht Versicherer ist, ein Regressanspruch zustehen soll, wenn er den Schaden deckt (z.B. Arbeitgeber im Rahmen der vertraglichen Lohnfortzahlungspflicht). Soll diese Lücke im Rahmen dieser Revision oder allenfalls durch Aufnahme einer Bestimmung ins Arbeitsvertragsrecht geschlossen werden?

SBVer: Vgl. zu Art. 53a.

Uni GE: Les mots „à cet effet“ provoquent une confusion, car ils inversent le recours et la subrogation. L'art. 149 al. 1 CO étant la disposition générale relative à la subrogation, il est inutile de rappeler celle-ci dans une disposition spéciale.

Proposition: supprimer la phrase après le point-virgule („à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée“)

VKF: Die Kantonalen Gebäudeversicherungen begrüßen ausdrücklich die Neuregelung der Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis. Die geltende Kaskadenhaftung bzw. Regressreihenfolge des Art. 51 Abs. 2 OR ist zuwenig flexibel und verunmöglicht teilweise eine vernünftige Verteilung der Haftung. Dem Richter soll hier ein grösserer Ermessensspielraum eingeräumt werden, um den Umständen des Einzelfalles besser gerecht zu werden. Die Revisionsvorlage zieht damit die richtigen Schlussfolgerungen aus den zunehmenden Bedenken der Rechtslehre und verfolgt ausserdem die mit den Entscheiden Micaud (unveröffentlichter BGE vom 5.05.1987) und BGE 116 II 649 bereits vom Bundesgericht eingeleitete Entwicklung konsequent weiter. Die Kantonalen Gebäudeversicherungen sind von der Neuregelung in ihrer Regresspraxis direkt betroffen. Bei Gebäudeschäden, welche durch einen Gefährdungshaftpflichtigen verursacht wurden, ist der Gebäudeversicherung (als aus Vertrag Haftender) der Regress auf ersteren gemäss geltendem Recht abgeschnitten. Bei Schäden, welche beispielsweise auf defekte Gasleitungen zurückzuführen sind, kann der Rohrleitungsbetreiber oftmals nicht zur Verantwortung gezogen werden, obwohl die Schadenverursachung klar zugeordnet werden kann und ausserdem der Gefährdungshaftpflichtige von Gesetzes wegen obligatorisch versichert ist. Letzterer bzw. dessen Versicherung wird nicht entschädigungspflichtig, obwohl sich das typische Risiko verwirklicht hat und dafür auch Versicherungsprämien bezahlt wurden. Das Abschneiden des Regressweges gegenüber Gefährdungshaftpflichtigen führt deshalb zu einer Schadenverteilung, welche dem Gerechtigkeits-

gedanken zuwiderläuft und wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Die Neuregelung erlaubt demgegenüber eine angemessene oder gar ausschliessliche Beteiligung des Gefährdungshaftpflichtigen am Schaden, sofern dies nach den Umständen des Einzelfalles angezeigt ist.

341.32 Art. 54

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Es ist zu begrüßen, dass die Subrogation unabhängig vom Haftungsgrund vorgesehen wird (Art. 54 Abs. 2 VE).

BL: Die vorgeschlagene Neuerung, insbesondere der Eintritt des Versicherers in die Rechte der geschädigten Person für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten ist sinnvoll und wird begrüsst. Die Bestimmung beseitigt unbefriedigende Situationen, in welchen der Schädiger vom Bestehen einer Versicherung profitiert.

BS: Das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung ist im Vorentwurf klar und inhaltlich zutreffend geregelt. Zu bemängeln ist einzig die fehlende Anpassung der zwingenden Bestimmung des Art. 96 VVG an die vorgeschlagenen Regelungen. Art. 96 VVG sollte um einen entsprechenden Absatz, der die Regelung des Art. 54i vorbehält, ergänzt werden.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KF: Das Konsumentenforum kf bedauert, dass der Abschnitt über die Privatversicherungen keine Bestimmungen über die berufliche Vorsorge enthält. Da im Zivilrecht verschiedene Artikel die berufliche Vorsorge regeln, finden wir es aus Gründen der Vollständigkeit, Systematik und Zweckmässigkeit wichtig, die haftpflichtrechtliche Seite der zweiten Säule gleichzeitig mit dem neuen Haftpflichtrecht in das Obligationenrecht einzufügen.

KSK: Der Rückgriff des Sozialversicherers wird neu im ATSG vereinheitlicht und wird nicht in die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts einbezogen. Das KSK erachtet den Einbezug des Regresses des Sozialversicherers ins Haftpflichtrecht auch nicht als notwendig. Wichtig erscheint uns aber, dass im OR ein formeller Verweis auf das ATSG eingefügt wird. Eine Bestimmung sollte darauf hinweisen, dass der Rückgriff des Sozialversicherers im ATSG geregelt ist.

Ferner scheint uns wichtig, im ATSG und im OR für gleiche inhaltliche Bestimmungen gleiche Formulierungen zu verwenden.

Grundsätzlich wird in den Art. 54 ff. VE das Verhältnis zur *privaten Schadensversicherung* (im Gegensatz zur privaten Summenversicherung) und zur *Haftpflichtversicherung*, nicht aber das Verhältnis zur *Sozialversicherung* geregelt. In den einzelnen Artikeln wird sodann meist von „Versicherer“ gesprochen. Dies erschwert die Lektüre und kann vereinzelt zu Missverständnissen führen. Die drei Versicherungsarten unterscheiden sich klar voneinander und sind deshalb auch begrifflich zu unterscheiden.

Das KSK empfiehlt deshalb, die drei Versicherungsarten begrifflich klar voneinander zu unterscheiden. Wahrscheinlich muss man die drei Begriffe gesetzlich definieren. In den einzelnen Artikeln müssen sodann die jeweiligen Begriffe für die konkreten Versicherer gebraucht werden und es darf unter keinen Umständen generell von „Versicherer“ gesprochen werden.

SAV: Der SAV begrüsst, dass das Verhältnis zwischen Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht im Obligationenrecht geregelt wird. Allerdings muss Art. 54 Abs. 1 VE sowohl in der deutschen als auch in der französischen Fassung als verunglückt bezeichnet werden, geht es doch weniger um die Begünstigten als um den Anspruchsberechtigten.

Um die Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, wäre es ausreichend gewesen, in Art. 54 VE ausschliesslich das *Subrogationsprinzip* zu verankern, da die geschädigte Person, die auf den Versicherer übergegangenen Ansprüche bereits deswegen nicht mehr geltend machen kann.

SVV: In zehn Artikeln regelt der Vorentwurf das Verhältnis zwischen Haftpflicht- und Privatversicherung. Dabei geht es um eine Harmonisierung und Koordination der verschiedenen Regelungen des VVG und des OR. Der Vorschlag lehnt an Normen des SVG an, denen bereits heute Allgemeingültigkeit zukommt.

Der vorgeschlagene Text äussert sich über das Verhältnis zur Schadenversicherung, zur Haftpflichtversicherung sowie zur Summenversicherung. Obgleich einige Artikel einen stark versicherungsspezifischen Charakter aufweisen und ebenso im VVG geregelt werden könnten, ist diesem Konzept grundsätzlich zuzustimmen, denn umgekehrt würden OR-spezifische Haftungsregeln Einzug ins VVG finden.

Während Art. 72 VVG, der im Bereich der Schadensversicherung heute dem gleichen Zweck dient, dadurch überflüssig und folglich zur reinen Verweisnorm würde, lässt der Vorentwurf die Bestimmung bei der Summenversicherung in Art. 96 VVG stehen.

Im Rahmen der Prämienzahlung durch den Haftpflichtigen sieht Art. 54i VE-OR allerdings auch in diesem Bereich eine Einschränkung vor, indem das Prinzip der Anrechnung zur Anwendung gelangen soll.

Die Art. 54 bis 54b VE-OR regeln das Verhältnis der Haftpflicht zur Schadensversicherung und sollen Art. 72 VVG ersetzen.

Im Gegensatz zu Art. 72 VVG, wo die Subrogation nur die unerlaubten Handlungen umfasst, plant der VE in Art. 54 Abs. 2 dem Schadenversicherer eine volle Subrogation einzuräumen, wie sie heute schon dem Sozialversicherer zusteht.

Damit realisiert der VE eine angemessene Lösung. Die heutige Lösung führt zu verschiedenen Komplikationen in der Praxis und wirkt sich auch negativ auf die Produktentwicklung aus, in dem dort oft Subsidiärklauseln zu finden sind, die den beschränkten Regressmöglichkeiten vorbeugen sollen.

Durch den beschränkten Regress des Versicherers wird der Haftpflichtige resp. sein Versicherer beim Bestehen einer vom Geschädigten finanzierten Versicherung unter Umständen entlastet, was kaum sachgerecht ist. Da der Sachversicherer nicht aus Haftpflicht, sondern aus Vertrag ein-

stehen muss, rechtfertigt sich auch die volle Subrogation in die Rechte des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtigen, unabhängig vom Haftungsgrund.

Uni GE: On peut se demander si l'imputation des prestations reçues de l'assureur, qui supprime la solidarité avec le responsable, ne risque pas de compliquer l'indemnisation du lésé.

Alinéa 2: ne conviendrait-il pas de réserver le droit préférentiel du lésé?

341.33 Art. 54a

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: In Bezug auf das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung ist von der in Art. 54a VE vorgesehenen Erweiterung des Rückgriffsrechts Abstand zu nehmen. Zweck eines Versicherungsabschlusses ist es gerade, das charakteristische Risiko abzusichern. Die Höhe dieses charakteristischen Risikos bestimmt die Kosten des Versicherungsschutzes (Versicherungsprämien) mit. Es ist daher nicht konsequent, den Rückgriff des Versicherers auf die haftpflichtige Person nach Massgabe der Intensität des charakteristischen Risikos zuzulassen (Art. 54a Abs. 1 VE). Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass charakteristische Risiken nicht versicherbar sind.

Sinnvoll ist indessen, auch für verschuldensunabhängige (kausal) haftpflichtige Personen den Rückgriff nach Art. 54a Abs. 1 VE zuzulassen, wenn neben der Verwirklichung des charakteristischen Risikos ein zusätzliches Verschulden zur Schädigung geführt hat.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VD: Le Conseil d'Etat salue la généralisation de l'action directe contre l'assureur RC. Il tient toutefois à préciser qu'il faudra probablement compter avec une augmentation des primes d'assurances.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Vereinheitlichung der Bestimmungen über Subrogation, Quotenvorrecht und Regress ist zu begrüßen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KSK: Zu Abs. 1: Neu sieht der Entwurf vor, dass der Schadensversicherer auf alle haftpflichtigen Personen Rückgriff nehmen kann. Das KSK begrüsst die Ausweitung des Rückgriffs auf Personen, die aufgrund einer Kausalhaftung haften. Für die Krankenversicherer ist dies besonders wichtig, weil gewisse Spitäler einer Kausalhaftung unterliegen.

Der Entwurf sieht vor, dass der Rückgriff nach den Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz (Art. 53c VE) ausgeübt wird: Dementsprechend haften die haftpflichtigen Personen gegenüber dem Schadensversicherer nicht mehr solidarisch. Somit muss der Schadensversicherer seine

Regressforderung teilen und jede mithaftpflichtige Person für ihren Anteil belangen.

Das KSK wehrt sich vehement gegen diese Bestimmung. Sie ist weder rechtsdogmatisch zu begründen noch ist sie wirtschaftlich sinnvoll.

Mit dem Regress soll der Schadensversicherer in die Rechte der versicherten Person eintreten und zwar im Umfang, wie sie die versicherte Person selbst ausüben konnte. Dies kann aber nichts anderes bedeuten, als dass der Schadensversicherer - wie dies auch die versicherte Person konnte - jeden der haftpflichtigen Personen belangen kann und zwar bis zu dem Ersatzbetrag, den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre. Dass verschieden haftpflichtige Personen gegenüber dem Schadensversicherer solidarisch haften müssen, ergibt sich auch aus dem Grundsatz, dass Subrogation und Rückgriffsrecht des Schadensversicherers die Lage der Parteien (Opfer und haftpflichtige Dritte) nicht verschlimmern dürfen. Es gibt keinen Grund, weshalb Subrogation und Rückgriffsrecht des Schadensversicherers die Lage der haftpflichtigen Personen verbessern sollten.

Auch spricht es gegen die Systematik des Rechts, wenn der Schadensversicherer - mit Hinweis auf Art. 148 OR - gegen jeden der haftpflichtigen Personen einzeln vorgehen muss. Der Schadensversicherer erbringt seine Leistung wegen seiner vertraglichen Verpflichtung und nicht, weil er selbst für den Schaden haftpflichtig wäre. Deshalb ist es dogmatisch falsch, ihn mit den haftpflichtigen Personen gleichzustellen. Aus rechtsdogmatischen Gründen müssen mehrere haftpflichtige Personen gegenüber dem Schadensversicherer solidarisch haften. Eine solidarische Haftung sieht auch das ATSG in Art. 72 Abs. 2 ausdrücklich vor. Aus systematischen und rechtsdogmatischen Gründen kann aber für den privaten Schadensversicherer nichts anderes gelten, als was für den Sozialversicherer gilt.

Auch aus wirtschaftlichen Gründen macht es keinen Sinn, dass mehrere haftpflichtige Personen gegenüber dem Krankenversicherer nach den Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz haften. Die Krankenversicherer müssten mehrere Verfahren einleiten, was zusätzliche Kosten verursachen würde. Zudem müssten die Krankenversicherer abschliessend ermitteln, wer alles für einen Schaden aufkommen muss. Dies ist aber besonders bei Fehlern von Leistungserbringern schwierig. Müsste der Krankenversicherer gegen jede haftpflichtige Person einen Prozess anstrengen, würde sich letzten Endes das Gesundheitswesen verteuern.

Zu Abs. 2: Gemäss Entwurf kann das Gericht den Umfang des Rückgriffs einschränken, wenn besondere Umstände, namentlich enge Beziehungen zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person, es rechtfertigen. Wir erachten diese Bestimmung in der Formulierung als zu ungenau und inhaltlich zu weit gehend. Der Begriff „enge Beziehung“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Er sagt inhaltlich praktisch nicht aus. Die Gerichte müssten den Begriff einzelfallweise auslegen. Bis sich dazu eine konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelt hat, dürfte einige Zeit vergehen. Wir erachten es aber als Aufgabe des Gesetzgebers, diesen Punkt selbst ausreichend zu regeln.

Inhaltlich gesehen kann das „Rückgriffsprivileg“ des OR nicht weiter gehen als jenes, das in Art. 75 ATSG vorgesehen ist. Das „Rückgriffsprivileg“

regelt grundsätzlich, wie die sich widersprechenden Interessen des Versicherers an einem Rückgriff auf die haftpflichtige Person und die Interessen der haftpflichtigen Person, die aus bestimmten Gründen vor dem Rückgriff geschont werden soll, zueinander stehen. Für die haftpflichtige Person ist es grundsätzlich unerheblich, ob es sich um einen Sozialversicherer oder einen privaten Schadensversicherer handelt. Weshalb die Interessen des privaten Schadensversicherers an einem Rückgriff weniger wichtig sein sollen, als die Interessen eines Sozialversicherers, ist nicht ersichtlich und wurde auch im Kommentar nicht begründet.

Wir schlagen deshalb vor, dass für den privaten Schadensversicherer und den Sozialversicherer die gleichen Einschränkungen betreffend Rückgriff gelten, nämlich die Einschränkungen gemäss Art. 75 Abs. 1 ATSG (gleiche „Rückgriffsprivilegien“ für die Angehörigen der versicherten Person).

SBV: Gemäss den neuen Bestimmungen soll der Rückgriff neu auch auf Personen möglich sein, die verschuldensunabhängig, also kausal haften. Diese Ausdehnung des Rückgriffsrechts führt dazu, dass alle Sach- und Personenversicherer bei einem Schadenfall noch in vermehrtem Masse versuchen, die Kosten auf einen haftpflichtigen Dritten zu überwälzen. Dadurch entstehen beim Erstversicherer und bei der Haftpflichtversicherung zusätzlich administrative Kosten, ohne dass dem Geschädigten irgendein Nutzen entstehen würde. Nutzniesser wären auch hier allenfalls die Anwälte, deren Tätigkeitsfeld ein weiteres Mal erweitert würde.

Die Ausdehnung des Rückgriffsrechts auf Personen, die lediglich kausal haften, bekämpfen wir.

SUVA: Die Suva legt Wert auf die Feststellung, dass die Bestimmungen von Art. 54a und 54b VE über den Rückgriff des Schadensversicherers gegen die haftpflichtige Person keinesfalls anwendbar sind auf den Regress der Sozialversicherungsträger. Vielmehr haften gemäss dem Allgemeinen Teil zum Sozialversicherungsrecht mehrere Haftpflichtige solidarisch gegenüber dem Versicherungsträger, welcher in die Rechte des Geschädigten eintritt (Art. 72 Abs. 2 ATSG); nach Art. 54a VE muss hingegen der Schadensversicherer seine Regressforderung teilen und jede mithaftpflichtige Person für ihren Anteil belangen (vgl. S. 184 des erläuternden Berichts).

SVV: Abs. 2 der Bestimmung beschränkt den Rückgriff auf Personen mit denen der Geschädigte in einer „engen Beziehung“ steht. Im Vergleich zu Art. 72 Abs. 3 VVG erfasst die Einschränkung einen weiteren Personenkreis, zumal darin ein Regress nur für Personen ausgeschlossen wird, die in häuslicher Gemeinschaft leben oder für die der Geschädigte verantwortlich ist. Auch soll das Verschulden dabei keine Rolle mehr spielen.

Im Gegensatz zum klar umschriebenen Personenkreis in Art. 72 VVG, droht die Neufassung unzählige fruchtlose Streitfragen zu provozieren, indem die Definition der betroffenen Personen dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sein soll. Die vorgeschlagene Lösung steht abgesehen davon aber auch im Widerspruch zu Art. 14 Abs. 3 VVG, der Leistungskürzungen vorbehält, wenn das Ereignis von Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Versicherungsnehmer leben oder für die er verantwortlich ist, in absichtlicher oder grobfahrlässiger Weise verursacht

werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit sind die eindeutigen Konturen des aktuellen Art. 72 VVG zu bevorzugen. Wir beantragen deshalb die *Streichung der Bestimmung*. Diese Lösung rechtfertigt sich um so eher, als die in den Erläuterungen genannten Beispiele, wie etwa Gefälligkeiten unter Freunden, bezüglich der Haftpflicht bereits bei der Schadenzumessung berücksichtigt werden.

341.34 Art. 54b

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Mit der Normierung des Quotenvorrechts (Art. 54b VE) ist der SAV einverstanden. Es sollte allerdings die gleiche Formulierung wie in Art. 73 ATSG gewählt werden. Dies nicht nur deswegen, weil Gleiches gleich gesagt werden soll, sondern weil die Formulierung in Art. 54 b Abs. 1 VE insoweit unrichtig ist, als nicht bloss der Rückgriff, sondern schon der Rechtsübergang limitiert ist. Der geschädigten Person würde ihr Vorrecht auf volle Schadensdeckung nichts nützen, wenn bloss der Rückgriff, nicht aber auch der Rechtsübergang als solcher eingeschränkt wäre.

Art. 54b Abs. 2 VE befriedigt weder sprachlich noch inhaltlich. Die grobfahrlässige Herbeiführung des Schadens wird nicht erwähnt, was zur Frage führt, ob in diesen Fällen das Quotenvorrecht oder die Quotenteilung gelten soll. Auch bleibt unklar, wie ein Anspruch aus einer Schadenversicherung bei vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens überhaupt entstehen kann.

SVV: Antrag zu Abs. 2:

Hat jedoch der Versicherer seine Leistungen gekürzt, so kann er sein Rückgriffsrecht soweit ausüben, als die im Vertrag höchstens vorgesehenen Leistungen zusammen mit dem von der haftpflichtigen Person geschuldeten Ersatz den Schadensbetrag übersteigen.

In Anlehnung an das Prinzip der Quotenteilung im Sozialversicherungsrecht, wird das Vorrecht des Geschädigten in Abs. 2 beschränkt. Im Unterschied dazu wird aber eine vorsätzliche Verursachung des Schadens vorausgesetzt, grobe Fahrlässigkeit genügt mithin nicht. Als Berechnungsgrundlage dient zudem die maximale und nicht die gekürzte Leistung, was den Geschädigten besser stellt. Diese gesetzliche Einschränkung will vermeiden, dass via Vorrecht die Kürzung der Versicherungsleistung gegenüber dem Versicherten illusorisch wird. Da bei Absicht eine Versicherungsdeckung ohnehin fehlt, macht die vorgeschlagene Lösung allerdings keinen Sinn. Auch ist nicht einzusehen, wieso der Privatversicherer anders als der Sozialversicherer behandelt werden sollte. Wir beantragen deshalb die *Streichung des Passus* zur Einschränkung auf die vorsätzliche Herbeiführung des Schadens.

341.35 Art. 54c*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Es ist zu begrüssen, dass ein direktes Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer vorgesehen ist (Art. 54c VE). Ob sich dies auch ausserhalb der Versicherungsobligatorien rechtfertigen lässt, scheint fraglich.

Die vorgeschlagene Formulierung des letzten Teilsatzes von Art. 54c VE ist missverständlich. *Wir schlagen folgende Formulierung vor:* „die ~~ihre~~ der Versicherer aufgrund des Versicherungsvertragsgesetzes oder des Versicherungsvertrages ~~selbst~~ der versicherten Person entgegenhalten kann“.

Ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer gibt es bislang nur in Bereichen, wo eine solche Versicherung obligatorisch ist (bekanntestes Beispiel). Alles andere erscheint denn auch systemwidrig. Wer die Freiheit hat, sich gegen Haftpflichtansprüche versichern zu lassen, der muss auch die Freiheit haben, einen Anspruch durch den Versicherer regulieren zu lassen bzw. die Gelegenheit haben, bei der Regulierung seine Positionen einbringen zu können (inkl. beispielsweise Zustimmung zu einem Vergleich). In der Frage, ob dem Geschädigten auch bei freiwillig abgeschlossenen Haftpflichtversicherungen ein direktes Forderungsrecht - ohne Einredenausschluss - eingeräumt werden soll, waren die Meinungen der Studienkommission denn auch geteilt, was zu Variantenvorschlägen führte.

Das direkte Forderungsrecht ist abzulehnen. Insbesondere für Fälle, in denen der Staat als Haftpflichtsubjekt auftritt. Der Staat muss an der Schadenregulierung mitwirken können. Die Experten gehen bei Ihren Überlegung vorab vom Regelfall des klassischen Haftpflichtversicherungsmodells aus. Heute existieren indessen viele Sonderformen. Sei es bei schlechten Risiken (z.B. grösstes Spital in der Schweiz - Universitätsspital Zürich), sei es bei besonderen Versicherungsnehmern (z.B. Staat). Im Kanton Zürich beispielsweise gilt die Regel, der Staat trägt den Schaden selber, ausser wo besondere Umstände es rechtfertigen. Es trifft zwar zu, dass ein Beweggrund für den Versicherungsabschluss das Schadenregulierungs-Know how der Versicherer in Spezialgebieten, wie z.B. die Medizinalhaftpflicht, darstellt. Die Mitwirkung des Staates bei der Schadenregulierung ist indessen auch in diesen Bereichen sehr ausgeprägt und wird überdies vom Geschädigten und dessen Vertretern regelmässig verlangt. Die Bereitschaft der Geschädigten, den Staat bei der Regulierung seiner Medizinalhaftpflichtfälle völlig unbehelligt zu lassen, ist nicht immer vorhanden. Offenbar wird er als Schädiger mit besonderer Aufarbeitungsverpflichtung verstanden.

Dass die Problematik vielschichtig ist, zeigt ein Blick auf den aktuellen Versicherungsschutz des Universitätsspitals Zürich (USZ). Alle Haftpflichtfälle des USZ werden in enger Absprache zwischen dem Haftpflichtversicherer und der im Kanton für Staatshaftungsfälle und Versicherungsabschlüsse zuständigen Direktion (Finanzdirektion) reguliert. Sind Leistungen zu erbringen, so trägt dies zu 30% der Haftpflichtversicherer und zu 70% der Kanton, wobei der Anteil des Kantons aus einem Selbstbehaltsdepot, welches der Versicherer für ihn führt, erbracht wird. Dieses

Modell ermöglicht es, den Unabwägbarkeiten beim Risikoverlauf bei einem so grossen Spital sowie den Bedürfnissen der Geschädigten nach Mitwirkung des Staates angemessen Rechnung zu tragen.

NE: Ad art. 45c ss.:

Le projet présenté accorde, à l'art. 54c, un droit d'action direct contre tout assureur en responsabilité civile, bien entendu dans les limites de la couverture d'assurance. Il s'agit là d'une nouveauté à laquelle nous souscrivons, car elle améliore, de manière notable, la situation juridique des victimes.

Et pour que cette amélioration du sort des victimes soit véritablement sensible, nous serions enclin à penser qu'une obligation faite à chacun, en application du droit fédéral, de s'assurer en responsabilité civile ne serait peut-être pas à condamner et à rejeter, du moins de prime abord.

Nous pensons qu'il serait opportun d'examiner de manière approfondie les conséquences d'une telle obligation d'assurance dans le cadre de la révision du droit de la responsabilité civile.

SO: In der Praxis der Gerichte zu den Schadenfällen im Strassenverkehr hat sich das direkte Forderungsrecht des Geschädigten gegen die Versicherung bewährt. Wir befürworten, dass es nun im Haftpflichtrecht generell eingeführt wird.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

ZH: Das unmittelbare Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber der Haftpflichtversicherung des Verursachers ist im Rahmen einer umfassenden Revision zu prüfen. Mit einem solchen Forderungsrecht geht eine Einschränkung der Autonomie der versicherten Person einher. Unrichtig ist die Behauptung, sie habe keine weiteren negativen Auswirkungen. Einerseits sind die Interessen des Versicherers und des Versicherten oft nicht deckungsgleich. Andererseits gehen die Verfasser des Vorentwurfs offensichtlich von einer normalen Haftpflichtversicherung aus und lassen die breite Palette von Versicherungsmöglichkeiten ausser Acht. Unternehmungen von einer gewissen Grösse - so auch der Staat - versichern in der Regel normale Risiken nicht und treffen für besondere Fälle mit (auch ausländischen) Versicherern Vereinbarungen, die mit einer normalen Haftpflichtversicherung nicht vergleichbar sind. Es muss deshalb auch in Betracht gezogen werden, dass das direkte Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer dazu führen könnte, dass in verschiedenen Bereichen die freiwillige Versicherung vermehrt durch eine obligatorische ersetzt wird.

Diese Bestimmung wird ohne Einrede- und Einwandausschluss toter Buchstabe bleiben, zumal keine Geschädigtenvertreterin und kein Geschädigtenvertreter ein solches Risiko (gemeint ist: der Verlust des Prozesses auf Grund von Einreden und Einwänden, die dem internen Verhältnis zwischen haftpflichtiger Person und Haftpflichtversicherung entspringen) eingehen und Klientinnen oder Klienten den direkten Forderungsprozess gegen den Haftpflichtversicherer empfehlen würde (vgl. Ileri, Verfahrensfragen/Aus der Sicht eines Geschädigtenvertreeters, SVZ 65 [1997] 1/2 S. 41).

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Ein allgemeines direktes Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers ist diskutabel. Nach unserer Auffassung ist dies aber sinnvoll und insbesondere dem unpraktikablen Pfandrechtsanspruch nach VVG 60 vorzuziehen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: Ein direktes Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer erachten wir im Luftrecht und insbesondere im Lufttransportrecht als problematisch. Die gemachten Erfahrungen bei der Abwicklung eines Grossschadens (Flugzeugabsturz SR111 vom 2. September 1998 bei Halifax) haben mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass die Geschädigten besser behandelt werden, wenn die Fluggesellschaft als Haftpflichtige bei der Schadensregelung Ansprechpartnerin ist und dadurch ihren Einfluss gegenüber dem Versicherer unmittelbar geltend machen kann. Versicherer neigen aus verständlichen Gründen dazu, einen Schadenfall routinemässig, bürokratisch, „nach dem Buchstaben der Police“ und nicht zuletzt möglichst günstig abzuwickeln, währenddem die haftpflichtige Fluggesellschaft, die bei einem Grossschaden allein im Rampenlicht der Öffentlichkeit steht, alles Interesse an einer raschen, fairen und effizienten Abwicklung hat.

FRI: Articles 54 c et 54 h al. 1 – Action directe contre l'assurance

Nous accueillons favorablement l'idée de généraliser l'action directe du lésé contre l'assurance RC, sans minimiser l'incidence que pourrait avoir cette innovation sur le coûts des primes d'assurance.

FMH: Die vorgeschlagene Bestimmung scheint uns rechtspolitisch problematisch. Wird beispielsweise über ein Unternehmen der Konkurs verhängt, würden damit die Gläubiger, deren Forderung auf einen Haftpflicht gründet, gegenüber den anderen Gläubigern privilegiert. Unseres Erachtens müsste diese Frage eher im Kontext der SchKG-Gläubigerrangordnungen diskutiert und entschieden werden.

SAV: Mit der Generalisierung des direkten Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers (Art. 54c VE) wird ein langjähriger Wunsch der Praktiker erfüllt. Es ist dies wohl eine der wichtigsten Neuerungen, welche vom SAV sehr begrüsst wird.

SPO: Die Generalisierung des unmittelbaren Forderungsrechtes entspricht einem ausgesprochenen Bedürfnis der betroffenen Patientinnen und Patienten, aber auch des Praktikers, welcher als Vertreter eines Geschädigten tätig ist. Wir begrüssen daher diese Neuerung uneingeschränkt.

SUVA: Die Regelung von Art. 54c VE lässt – jedenfalls im Rahmen der nicht obligatorischen Haftpflichtversicherungen (Art. 54h VE) – Einwendungen und Einreden, die dem Versicherer gegenüber der geschädigten Person aufgrund des Versicherungsvertragsgesetzes oder des Versicherungsvertrages zustehen, weiterhin zu.

In ihrer praktischen Regresstätigkeit werden der Suva seitens der Haftpflichtversicherer immer wieder Deckungsausschlussklauseln entgegen-

gehalten, welche nach unserem Dafürhalten ungerechtfertigt sind. Es handelt sich dabei u.a. um folgende Klauseln:

a) sog. Suva-Klausel

Die sog. Suva-Klausel findet sich regelmässig in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) zu Betriebshaftpflicht- und Berufshaftpflichtversicherungen. Demnach ist zwar nebst der Haftpflicht des Versicherungsnehmers, seines Stellvertreters und der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen auch die Haftpflicht der übrigen Arbeitnehmer und Hilfspersonen des Versicherungsnehmers aus ihren dienstlichen Verrichtungen für den versicherten Betrieb gedeckt. Ausgenommen sind hingegen Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben.

Nach Ansicht der Suva ist schon aufgrund der geltenden gesetzlichen Regelung zumindest fraglich, ob solche Klauseln insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Ungewöhnlichkeitsregel überhaupt haltbar sind. Die Sozialversicherer wären in solchen Fällen jedenfalls gezwungen, ihre Regressansprüche direkt gegenüber den haftpflichtigen Personen durchzusetzen, zumal deren Privathaftpflichtversicherungen eine Deckung für Schäden aus beruflicher Tätigkeit ebenfalls regelmässig ausschliessen.

Um diesen höchst unbefriedigenden Zustand zu beseitigen, plädieren wir für eine Ausdehnung der heutigen Repräsentantenhaftpflicht von Art. 59 VVG in dem Sinne, dass sich inskünftig eine Betriebshaftpflichtversicherung zwingend auch auf die Haftpflicht aller „übrigen Arbeitnehmer und Hilfspersonen“ erstrecken muss. Wir sind der Überzeugung, dass eine solche Ausdehnung der Deckung bei Betriebshaftpflichtversicherungen gut ins Konzept der vorgesehenen Überarbeitung und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts passt und deshalb im Zuge dieser Revision beschlossen werden sollte.

b) sog. Ausleiharbeiter-Klausel

In den AVB zu Betriebshaftpflicht- und Berufshaftpflichtversicherungen wird der Versicherungsumfang auch insofern regelmässig eingeschränkt, als für Personenschäden, von denen eine durch den Versicherungsnehmer aufgrund eines Arbeiter-Stellungsvertrages (Arbeitsmiete bzw. Dienstmiete) beschäftigte Person in Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen oder geschäftlichen Verrichtungen für den versicherten Betrieb betroffen wird, keine Deckung gewährt wird. Der Ausschluss beschränkt sich aber nur auf den Teil des Schadens, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte.

Gemäss einem Gutachten von Prof. Dr. Thomas Koller (vgl. RECHT 1999 S. 43 ff.) ist in verschiedener Hinsicht fraglich, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen diese Deckungsausschlussklausel überhaupt rechtswirksam ist (vgl. auch KOLLER, in AJP 1997 S. 439 N 94). Im Interesse der geschädigten Ausleiharbeiter sowie der regressierenden Sozialversicherer ist zu fordern, dass solche Ausschlussklauseln bzw. die entsprechenden Einreden aus dem Versicherungsvertrag inskünftig nicht mehr zulässig sind.

Wir beantragen daher eine Präzisierung der Bestimmung von Art. 54c VE in dem Sinne, dass der weit gefasste Einredenvorbehalt auf konkrete, klar umschriebene Sachverhalte beschränkt wird (z.B. einzelne Vertragsverletzungen des Versicherungsnehmers) und allenfalls auch eine entsprechende Regelung durch Teilrevision des VVG erfolgt.

- c) Deckungsausschluss wegen „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartenden bzw. in Kauf genommenen Schäden“

Ein weiteres Muster für die offenbar unbeschränkte Kreativität der Haftpflichtversicherungen in Bezug auf das Erfinden von Deckungsausschlussklauseln ist folgende Regelung, wie sie sich in Betriebshaftpflichtversicherungsverträgen üblicherweise findet:

„Von der Versicherung ausgeschlossen ist die Haftpflicht für Schäden, deren Eintritt vom Versicherungsnehmer, seinem Vertreter oder von Personen, die mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betraut sind, mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste. Dasselbe gilt für Schäden, die im Hinblick auf die Wahl einer bestimmten Arbeitsweise, zwecks Senkung der Kosten oder Beschleunigung der Arbeit in Kauf genommen wurden.“

Auch diese Deckungsausschlussklausel ist nach Auffassung der Suva v.a. unter den Gesichtspunkten der Unklarheitenregel, des Aushöhungsverbot und der Ungewöhnlichkeitsregel rechtlich nicht haltbar. Es ist stossend, wenn Haftpflichtversicherungen gegenüber den geschädigten Personen und den regressierenden Sozialversicherern solche Einreden gestützt auf Art. 54c VE weiterhin erheben können. Eine klare Einschränkung des Einredenvorbehalts oder gar das Statuieren eines Einredenausschlusses drängt sich deshalb auf.

SVS: Vgl. zu Art. 54g

SVV: Betreffend neue Systematik und Ergänzung der Artikel 54c - 54 h siehe Art. 54h.

Art. 54c VE-OR statuiert ein unmittelbares Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schadenverursachers unter Vorbehalt der Einwendungen und Einreden, die der Versicherer auf Grund des Versicherungsvertragsgesetzes oder des Vertrages selbst einbringen kann. Entsprechende Lösungen existieren heute im Bereich der obligatorischen Versicherungen, wo sie durchaus Sinn machen. Im Rahmen der nicht-obligatorischen Versicherungen sind sie aber systemfremd. Gerade im Unternehmungsgeschäft werden die Versicherungsverträge in zunehmendem Mass an die stark unterschiedlichen Bedürfnisse der Kunden angepasst und individuell ausgestaltet. Der Deckungsumfang ist also nicht vorgegeben wie bei den obligatorischen Versicherungen, sondern untersteht vollumfänglich der Parteiautonomie. Durch das direkte Forderungsrecht müsste mit der geschädigten Person zuerst der Deckungsumfang der Police festgelegt werden, eines Vertrages, an dem die geschädigte Person gar nicht beteiligt war. Dies führt naturgemäss zu Weiterungen, denen kein erkennbarer Vorteil gegenübersteht. Bei Zahlungsunfähigkeit des Haftpflichtigen ist die geschädigte Person aufgrund von Art. 60 VVG vollumfänglich geschützt. Ein direktes Forderungrecht bedingt sinnvollerweise uniforme, vorgegebene Versicherungsprodukte (z.B. SVG) mit normierten Einreden. Dies ist aber von vorne herein nur für

Bereiche mit Versicherungsobligatorien denkbar und widerspricht den Gedanken der Privatautonomie.

Wenn auch der Versicherer bereits heute oftmals direkt mit dem Geschädigten verhandelt, so hat er in vielen Fällen dennoch ein legitimes Interesse, nicht in Erscheinung zu treten. Dabei stehen vor allem Fälle mit eingeschränkter Deckung im Vordergrund oder aber Fälle von Interessenkollisionen zwischen dem Haftpflichtigen und dem Haftpflichtversicherer.

Gerade in internationalen Fällen besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko sich dadurch in einer Art und Weise exponieren, dass eine sachliche Diskussion und entsprechend rechtlich haltbare Urteile oftmals verunmöglicht werden. Nebst einer erheblichen Vergrößerung der Aufwendungen bestünde also das Risiko, dass Haftpflichtfälle vermehrt in die Medien geraten, eine Entwicklung, die wir aus Amerika kennen und keineswegs für nachahmenswert halten.

Wir fordern deshalb, das direkte Forderungsrecht, wie bereits heute, auf den obligatorischen Versicherungsbereich zu beschränken und beantragen eine Beschränkung des direkten Forderungsrechts auf Fälle der obligatorischen Haftpflichtversicherung. Zumal die Art. 54 g und h VE-OR für diesen Bereich exklusive Regeln enthalten, rechtfertigt sich dadurch eine Änderung der systematischen Einordnung.

Uni GE: L'action directe du lésé contre l'assureur de responsabilité civile (même en dehors de la LCR) représente une innovation qui doit être pleinement approuvée.

Uni ZH Honsell: Eine wichtige Neuerung findet sich in Art. 54c VE. Danach haben die Geschädigten gegen sämtliche Haftpflichtversicherer ein direktes Forderungsrecht. Diese aus Art. 65 Abs. 1 SVG im Bereich der Autohaftpflicht bekannte Rechtsfigur stellt zweifellos ein geeignetes Mittel dar, um die rechtliche Stellung des Geschädigten zu verbessern und die Abwicklung von Schadensfällen zu erleichtern.

341.36 Art. 54d

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

LPS: Nous estimons que l'alinéa 2 de cette disposition doit être supprimé. En effet, il s'agit, comme souvent et à tort dans ce projet, d'une définition de la procédure qui ne figure pas à la place où elle devrait se trouver. Si l'on a adopté le principe de l'élaboration d'une procédure fédérale en matière civile, cela n'est pas pour, loi par loi, introduire un „saucissonnage“ de dispositions procédurales.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SVV: Für den Fall ungenügender Versicherungsdeckung präsentiert der Vorentwurf ein Art. 66 SVG nachgezeichnetes Konzept, weil dieser Lösung

generelle Bedeutung zuerkannt wird. Ein allgemeingültiger Charakter kann in unseren Augen beiden Bestimmungen zugebilligt werden. Deren Einführung ist deshalb zu begrüßen.

Uni GE: Alinéa 3: les rapports entre cette disposition, qui permet au tribunal de ne pas tenir compte d'une action qui n'a pas été déposée dans le délai fixé à l'al. 2, et la prescription ont-ils bien été appréciés?

Uni ZH Honsell: Nach Art. 54d Abs. 1 VE werden die Ansprüche mehrerer Geschädigter gegen den Versicherer verhältnismässig herabgesetzt, wenn die Versicherungsdeckung zur Zahlung der geschuldeten Ersatzleistung nicht ausreicht. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Art. 54e VE: Hat der Versicherer in Unkenntnis anderweitiger Ansprüche eine Ersatzleistung bezahlt, die seinen verhältnismässigen Anteil übersteigt, so ist er im Umfang dieser Leistung gegenüber anderen geschädigten Personen befreit. Diese Vorschrift steht im Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen des OR, wonach eine Leistung an den Nichtberechtigten grundsätzlich nicht befreiend wirkt. Es ist nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Fall die übrigen Geschädigten und nicht der Versicherer das Insolvenzrisiko des unberechtigten Empfängers tragen sollen.

... Nach Art. 54d Abs. 3 VE nimmt das Gericht für den Fall, dass die Versicherungsdeckung zur Zahlung der geschuldeten Ersatzleistung an mehrere Geschädigte nicht ausreicht - nachdem es den Geschädigten unter Hinweis auf die Folgen Frist gesetzt hat, um sich dem Verfahren anzuschliessen - die Zuteilung der vom Versicherer verhältnismässig geschuldeten Ersatzleistung *ohne Rücksicht auf die nicht rechtzeitig eingeklagten Ansprüche* vor. Zunächst ist anzumerken, dass eine solche Vorschrift ins Prozessrecht gehört. Die Sanktion des materiellen Rechtsverlustes wegen Nichtteilnahme am Prozess ist zudem unnötig streng. Es würde ausreichen, wenn über die nicht rechtzeitig geltend gemachten Ansprüche nicht entschieden würde.

341.37 Art. 54e

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Sollte im Fall der gutgläubigen „Überdeckung“ (Art. 54e) den leer ausgehenden Geschädigten nicht ein Rückgriffsrecht auf den vorab befriedigten Geschädigten zugestanden werden (insbesondere, wenn der weiterhin haftende Schädiger selbst zahlungsunfähig ist)?

Organisationen / organisations / organizzazioni

SVV: Vgl. zu Art. 53d.

Uni GE: Selon le Rapport, p. 197, l'assureur „doit prouver sa bonne foi, au sens de l'art. 3 CC et, en particulier, de l'art. 167 CO“. Or, selon l'art. 3 al. 1 CC, la bonne foi - ici, de l'assureur - est présumée. La présomption de bonne

foi de l'art. 3 al. 1 CC est-elle ou non applicable dans le cadre de l'art. 54e AP, autrement dit, l'assureur doit-il prouver sa bonne foi?

Uni ZH Honsell: Vgl. Art. 54d.

341.38 Art. 54f

Kantone / Cantons / Cantoni

FR: Pour les motifs exposés ci-dessus (cf. Art. 43), il y a lieu de renoncer à l'action directe de l'assureur contre l'agent.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KSK: Der Entwurf sieht vor, dass der Schadensversicherer im Zeitpunkt der Zahlung der Ersatzleistung in die Rechte der geschädigten Person eintritt.

Für die Krankenversicherer ist diese Lösung nicht akzeptabel. Wie bereits zu Beginn aufgezeigt, unterscheidet sich die Schadenserledigung beim Krankenversicherer grundsätzlich von derjenigen der übrigen privaten Schadensversicherer. Diese erfüllen in aller Regel ihre vertragliche Pflicht mit einer einmaligen Zahlung. Anders aber der Krankenversicherer. Er kommt regelmässig für laufende Heilungskosten auf.

Eine Person mit gesundheitlichen Schäden benötigt unter Umständen eine lebenslange Behandlung. Die betroffenen Krankenversicherer erstatten dieser Person regelmässig die angefallenen Kosten zurück. Es kann nun nicht angehen, dass jeweils im Zeitpunkt der Zahlung die Rückgriffsrechte sozusagen gestaffelt auf den Krankenversicherer übergehen. Unter Umständen wären die Ansprüche verjährt, noch bevor sie auf den Krankenversicherer übergehen.

Folglich muss für den Krankenversicherer auch im Bereich der Zusatzversicherung zwingend das gleiche gelten, was das ATSG bereits für den KVG-Bereich festhält: Der Versicherungsträger tritt im Zeitpunkt des Ereignisses in die Ansprüche der versicherten Person ein (Art. 72 Abs. 1 ATSG).

Das KSK fordert deshalb, dass der Krankenversicherer im Zeitpunkt des Ereignisses in die Ansprüche der versicherten Person eintritt. Das KSK nimmt keine Stellung dazu, ob dies auch für die anderen privaten Schadensversicherer gelten soll.

SVV: Die vorgeschlagene Regelung entspricht der bisherigen Praxis, die Art. 72 VVG analog auf den Haftpflichtversicherer anwendet. Dementsprechend tritt der Haftpflichtversicherer im Augenblick der Zahlung der Versicherungsleistung von Gesetzes wegen in das Rückgriffsrecht der versicherten Person gegen Mithaftpflichtige ein. Die Höhe der Regressforderung bestimmt sich nach den Vorschriften über die interne Verteilung der Solidarschuld und hängt vom Verschulden und dem charakteristischen Risiko nach Art. 53c VE-OR ab.

Gegen die Übernahme der geltenden Praxis ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Sowohl im Titel als auch im Text sollte allerdings präziser vom Haftpflichtversicherer statt allgemein vom Versicherer gesprochen werden.

Uni GE: La différence de formulation entre les art. 54b al. 1 et 54f al. 2 AP se justifie-t-elle?

341.39 Art. 54g

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Es wird sehr begrüsst, dass der Bundesrat neu die Ausübung gefährlicher Tätigkeiten vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig machen kann. Damit können Träger von Grossrisiken dazu verhalten werden, eine entsprechende Deckung im Schadenfall sicherzustellen. Bei Katastrophen mit flächendeckendem Ausmass (vgl. z.B. die Brandkatastrophe von Schweizerhalle im Jahre 1986) sollte es nicht Sache der Gebäudeversicherungen bzw. den hinter ihr stehenden Gebäudeeigentümern sein, die Versicherung solcher Grossschäden allein zu tragen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Einschränkung auf die bundesrechtliche Bewilligungspflicht oder Aufsicht zweckmässig ist, weil z.B. die Aufsicht über die Feuerpolizei der kantonalen Hoheit untersteht. Brandgefährliche Tätigkeiten unterstehen also nicht von vornherein einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht. Zwar wird dies in vielen Fällen so sein (Umweltschutzgesetz, Arbeitsgesetz), doch sind auch Tätigkeiten ohne bundesrechtliche Aufsicht denkbar, die zu einer grossen Gefährdung führen können, z.B. Veranstaltungen mit vielen Personen, die das Potential einer grossen Personengefährdung in sich bergen. Kriterium sollte also nicht die bundesrechtliche Bewilligungspflicht oder Aufsicht, sondern die Gefährlichkeit der Tätigkeit an und für sich sein.

BL: Untersteht eine Tätigkeit einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht, so soll der Bundesrat gemäss Art. 54g VE OR eine Versicherungspflicht einführen können. Diese generelle Ermächtigung an den Bundesrat und damit an die Exekutive ist abzulehnen. Angesichts der doch weitgehenden Auswirkungen einer Versicherungspflicht soll der Gesetzgeber bei Erlass eines Gesetzes oder jederzeit durch dessen Änderung selbst entscheiden können, ob er eine Versicherungspflicht einführen will.

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Art. 54g ist insofern missverständlich, als er zwar bloss eine Delegationskompetenz an den Bundesrat enthalten soll, indessen durchaus auch so verstanden werden kann, dass er die Kompetenz, ein Versicherungsobligatorium einzuführen, abschliessend - auf Verordnungsstufe - regelt. Indessen muss es unverändert dem Gesetzgeber zustehen, ein Versicherungsobligatorium auch dort einzuführen, wo keine bundesrechtliche Bewilligungspflicht oder Aufsicht besteht (z.B. im SVG). Auch dort aber sollten Art. 54g und h gelten. Dies wäre in diesem Sinn noch klarzustellen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

- KSK:** Das KSK begrüsst die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, die es erlaubt, gewisse Tätigkeiten vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig zu machen. Im Hinblick auf die Zukunft erscheint es uns richtig, im Rahmen der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts bereits heute diese gesetzliche Grundlage vorzusehen, auch wenn heute noch kein Bedarf nach einer konkreten obligatorischen Haftpflichtversicherung für bestimmte Tätigkeiten auszumachen ist. Denkar ist aber, dass eine solche für Leistungserbringer in den folgenden Jahrzehnten diskutiert wird.
- SAV:** Der SAV begrüsst grundsätzlich die in Art. 54g VE vorgesehene Möglichkeit, den Abschluss einer Haftpflichtversicherung vorzuschreiben, sofern eine Tätigkeit einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht untersteht. Gleichwohl bleiben wesentliche Fragen offen. Weshalb soll bloss die bundesrechtliche Bewilligungspflicht oder Aufsicht ausschlaggebend sein?
- SBV:** Der Kompetenzerteilung an den Bundesrat zum Erlass einer Haftpflichtversicherungspflicht für Tätigkeiten, für die es einer bundesrechtlichen Bewilligung oder Aufsicht bedarf, stimmen wir ausdrücklich zu.
- SPO:** Auch diese Bestimmung ist sehr zu begrüßen. Die Einschränkung auf Tätigkeiten, die einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht unterstehen, ist allerdings nicht gerechtfertigt. Ärzte, die einer kantonalen Aufsicht unterstehen, sollten ebenfalls einer obligatorischen Versicherungspflicht unterstellt werden.
- SUVA:** Dass dem Bundesrat die Befugnis eingeräumt wird, bei bundesrechtlicher Bewilligungspflicht oder Aufsicht eine Haftpflichtversicherung vorzuschreiben, ist zu begrüßen. Dasselbe gilt natürlich auch für die Ausdehnung des Einredenausschlusses auf den gesamten Bereich der obligatorischen Haftpflichtversicherung.

Im Zusammenhang mit der Regelung über die Versicherungspflicht erlauben wir uns indessen folgende ergänzende Bemerkungen: Im ATSG (Art. 75) ist das Regressprivileg der Ehegatten von versicherten Personen, deren Verwandten in auf- und absteigender Linie oder mit ihnen in gemeinsamem Haushalt lebenden Personen bei Rückgriffsansprüchen von Sozialversicherungsträgern beibehalten worden, ebenso wie (bei Berufsunfällen) jenes des Arbeitgebers der versicherten Person bzw. dessen Familienangehörigen und dessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Als Sinn und Zweck dieses Regressprivilegs wird allgemein die Wahrung des Familien- bzw. des Arbeitsfriedens ins Feld geführt. Dieses Argument sticht indessen nicht, wenn eine Versicherungspflicht mit unmittelbarem Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer besteht. Nach KELLER richtet sich bei Kausalhaftungen mit direktem Forderungsrecht gegen die Versicherung der Haftpflichtanspruch gegen diese selbst und nicht mehr gegen die privilegierten Personen, womit die Anwendung der entsprechenden Bestimmung schlechthin entfällt (vgl. S. 4 f. des als SG-Entscheid Nr. 1253 publizierten Schiedsgutachtens). In diese Richtung hat sich auch Th. KOLLER in einem Kurzgutachten vom 30.3.1999 zuhanden des BSV und der Suva geäußert. Nach seinem Dafürhalten rechtfertigt es sich auf jeden Fall, das Regressprivileg abzuschaffen,

soweit sich die Haftpflicht auf einen Gefährdungstatbestand, wie. z.B. die Motorfahrzeughalterhaftpflicht, stützt (S. 11 f. des Gutachtens).

Die Suva postuliert deshalb eine Ergänzung von Art. 54h VE in dem Sinne, dass, wo eine Versicherungspflicht und ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer besteht, die Rückgriffseinschränkungen nach Art. 75 ATSG entfallen.

SVS: Eine internationale Dimension haftet dem Versicherungsbliogatorium an. Art. 54g VE sieht bei bewilligungspflichtigen Tätigkeiten vor, dass der Bundesrat diese vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig machen kann. Art. 54c VE räumt dem Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer ein unmittelbares Forderungsrecht ein.

Das schweizerische Seerecht sieht keine Versicherungspflicht vor, mit Ausnahme der obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung für schweizerische Seeleute (Art. 84 Seeschiffahrtsgesetz).

Die vom Seevölkerrecht garantierte Freiheit der Schifffahrt erlaubt nicht, eine Zwangsversicherung für die Haftpflicht des Seereeders vorzuschreiben. Nur das vorhin erwähnte Ölverschmutzungsübereinkommen kennt Versicherungspflicht und Direktanspruch gegenüber dem Versicherer (SR 0.814.291).

Es empfiehlt sich daher, die Art. 54c VE und 54g VE entsprechend zu ergänzen und einen Vorbehalt anzubringen.

SVV: Art. 54g und h VE-OR enthalten Regeln für die obligatorische Haftpflichtversicherung. Art. 54g räumt dem Bundesrat eine allgemeine Befugnis ein, für eine Haftpflichtversicherung ein Obligatorium vorzuschreiben, wenn eine Tätigkeit einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht untersteht.

Damit soll die Einführung der Versicherungspflicht für besonders gefährliche Tätigkeiten ermöglicht werden, die von keiner Gefährdungshaftungsnorm erfasst werden. Die Kompetenz soll der Exekutive übertragen werden.

Die Kompetenz zur Einführung des Versicherungsbliogatoriums, welche der Vorentwurf dem Bundesrat einräumt, lehnen wir jedoch ab. Davon betroffen wären alle Branchen, welche Tätigkeiten ausüben, die einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht unterstehen. Diese letztgenannten Kriterien sind nicht näher definiert, so dass etwa auch das Wirken der Spezialärzte (Chirurgen etc.) unter ein vom Bundesrat verordnetes Obligatorium fallen könnte.

Eine Versicherungspflicht sollte allein schon in Anbetracht ihrer Bedeutung nur bei ausgewiesenem Bedarf und auf Gesetzesstufe eingeführt werden. Über die sachliche Rechtfertigung ist im parlamentarischen Verfahren zu entscheiden, denn nur auf diesem Weg ist auch die Mitsprache der tangierten Kreise (darunter auch die Versicherungswirtschaft) gewährleistet. Im gleichen Sinne ist auch der geplante Eingriff der Exekutive in die Festlegung der Versicherungsbedingungen abzulehnen. Damit verbunden wäre nebst einer einschneidenden Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Versicherungsgesellschaften, ein Rückschritt in die Zeiten eines regu-

lierten Marktes. Die Produkte passen sich automatisch den Marktbedürfnissen an. *Art. 54g ist deshalb ersatzlos zu streichen.*

VSE: Diese Bestimmung räumt neu dem Bundesrat die Befugnis ein, in beliebigen Bereichen eine Haftpflichtversicherung vorzuschreiben. Die Anwendung dieser Generalbefugnis kann dazu führen, dass keine Konkurrenzsituation auf dem Versicherungsmarkt besteht, welche marktfähige Prämien garantiert. Falls sich eine Versicherungspflicht aufdrängt (wie z.B. im Kernenergiebereich, Strassenverkehrsrecht) ist diese weiterhin in Spezialgesetzen zu regeln.

Antrag: Art. 54 g ist ersatzlos zu streichen.

341.40 Art. 54h

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 53.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SUVA: Vgl. zu Art. 54g

SVV: Vgl. zu Art. 54g.

Antrag: Aufnahme einer Bestimmung über die zeitliche Beschränkung der Versicherung (vgl. Vorschlag zu einem neuen Art. 54h)

Im VE fehlt eine zeitliche Begrenzung der Versicherungsdeckung, wie sie die Spezialgesetze mit Versicherungsobligatorium kennen (z.B. Art. 68 SVG). Diese Regel ist im Rahmen der obligatorischen Versicherung beizubehalten, denn nur dadurch wird ein durch Rechtssicherheit geprägtes Umfeld geschaffen. Die Regeln über die Versicherungspflicht - deren Herkunft ja ebenfalls im SVG liegt - sind folglich entsprechend zu ergänzen.

Systematische Änderungen

Wie bereits angetönt, rechtfertigt sich auf Grund der gestellten Änderungsanträge eine neue systematische Eingliederung der Art. 54c–h VE-OR. Die Art. 54d, e und f sind auf das direkte Forderungsrecht zugeschnitten und müssen bei der verlangten Streichung entsprechend angeordnet werden. Nachdem das unmittelbare Forderungsrecht neu im Rahmen der obligatorischen Versicherung geregelt (vgl. Vorschlag Art. 54f) wird, kann die Bestimmung c gestrichen werden.

Die Regel in Art. 54f VE-OR über den Rückgriff des Versicherers gegen Mithaftpflichtige übernimmt inhaltlich Art. 54c VE-OR. In einem neuen Art. 54h wird schliesslich die zeitliche Ausdehnung der obligatorischen Versicherung aufgenommen.

Antrag Art. 54c - 54h VE-OR (neue Systematische Ordnung):

Art. 54c (neu)

II. Verhältnis zur Haftpflichtversicherung

1. Rückgriff des Haftpflichtversicherers gegen Mithaftpflichtige

Mit der Zahlung der Ersatzleistung an die geschädigte Person tritt der Versicherer bis zum Betrag dieser Zahlung in die Rückgriffsrechte der versicherten Person gegen andere Mithaftpflichtige ein.

Der Versicherer kann sein Rückgriffsrecht nur soweit ausüben, als dadurch die geschädigte Person nicht benachteiligt wird.

Art. 54d (neu)

2. Ungenügende Versicherungsdeckung

a. Verhältnismässige Zuteilung

Reicht die Versicherungsdeckung zur Zahlung der geschuldeten Ersatzleistungen an mehrere geschädigte Personen nicht aus, so werden deren Ansprüche gegen den Versicherer in einem entsprechenden Verhältnis herabgesetzt.

Auf Antrag einer geschädigten Person, die gegen den Versicherer Klage eingereicht hat, setzt das angerufene Gericht den anderen geschädigten Personen unter Hinweis auf die Folgen einer Unterlassung Frist an, um sich dem Verfahren anzuschliessen; ein solcher Antrag kann auch vom Versicherer gestellt werden.

Das Gericht nimmt die Zuteilung der vom Versicherer geschuldeten Ersatzleistungen ohne Rücksicht auf die nicht fristgemäss eingeklagten Ansprüche vor.

Art. 54e (neu)

b. Zahlung in gutem Glauben

Hat der Versicherer einer geschädigten Person in Unkenntnis anderweitiger Ansprüche gutgläubig eine Ersatzleistung bezahlt, die ihren verhältnismässigen Anteil übersteigt, so ist er im Umfang dieser Leistung gegenüber den anderen geschädigten Personen befreit.

Art. 54f (neu)

3. Versicherungspflicht

a. Unmittelbares Forderungsrecht

Wo eine Versicherungspflicht besteht, hat die geschädigte Person gegen den Haftpflichtversicherer ein unmittelbares Forderungsrecht im Rahmen der Versicherungsdeckung.

Art. 54g (neu)

b. Einreden und Rückgriff

Der Versicherer kann der geschädigten Person weder Einwendungen noch Einreden aus dem Versicherungsvertragsgesetz, noch solche entgegenhalten, die sich aus dem Versicherungsvertrag selbst ergeben.

Der Versicherer hat ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherungsnehmer oder gegen den Versicherten, soweit er nach dem Versicherungsvertragsgesetz oder nach dem Versicherungsvertrag selbst zur Ablehnung oder zur Kürzung seiner Leistungen befugt gewesen wäre. Er kann sein Rückgriffsrecht nur soweit ausüben, als dadurch die geschädigte Person nicht benachteiligt wird.

*Art. 54h (neu)**c. Aussetzen und Ende der Versicherung*

Aussetzen und Ende der Versicherung sind vom Versicherer der zuständigen Behörde zu melden. Sie werden, sofern die Versicherung nicht vorher durch eine andere ersetzt wurde, erst 30 Tage nach dem Eingang der Meldung wirksam.

341.41 Art. 54i

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Vgl. zu Art. 53.

VD: Le Conseil d'Etat relève que le but poursuivi par l'art. 54i AP est difficilement compréhensible, si l'on se réfère au seul texte de la loi. Il serait donc judicieux de reformuler celui-ci, afin de le rendre plus accessible.

VS: Cf. ad art. 52.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Obschon im Bericht als unnötig erachtet, schiene es uns dennoch sinnvoll, in Art. 54i klarzustellen, dass die Regelung sich nur auf die Personen- und Sachversicherung (im Sinne einer Summenversicherung) bezieht (analog VVG 96).

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Art. 54i VE erscheint dem SAV insofern als problematisch, als dadurch die überobligatorische Vorsorge torpediert werden könnte. Leistungen aus Summenversicherungen sollten ausnahmslos von der Anrechnung an Haftpflichtansprüche ausgeklammert sein. Der SAV schlägt die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung zusammen mit den bereits bestehenden Spezialbestimmungen (wie z.B. Art. 62 Abs. 3 SVG) vor.

SUVA: Die Bestimmung von Art. 54i VE, welche die Anrechnung gewisser Leistungen einer Summenversicherung an die Ersatzpflicht der haftpflichtigen Person vorschreibt, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie darf aber zu keiner Benachteiligung des regressierenden Sozialversicherers führen. Es muss deshalb gefordert werden (und davon gehen wir aus), dass sich der Rückgriffsanspruch des Sozialversicherungsträgers in einem solchen Fall auch auf den Versicherer erstreckt, dessen Prämien ganz oder teilweise vom Haftpflichtigen bezahlt wurden (z.B. die Insassenversicherung eines Motorfahrzeuges). Andernfalls würde dies zu einer ungerechtfertigten Überentschädigung der geschädigten Person führen.

341.42 Art. 55

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Die Erstreckung der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr auf neu drei Jahre wird begrüsst. Die kurze Frist von einem Jahr hat unter dem geltenden Recht zu unbefriedigenden Situationen geführt. Mit der Verlängerung

der absoluten Verjährungsfrist auf 20 Jahre wird neu eine sehr lange Frist in das Obligationenrecht aufgenommen. Im Hinblick auf mögliche Spätfolgen von gesundheitlichen Schädigungen Jugendlicher ist es gerechtfertigt, die absolute Verjährungsfrist zu verlängern.

BS: Die Ausdehnung der Verjährungsfrist im Rahmen der Deliktshaftung ist zu begrüßen. Dabei kann man sich allerdings fragen, ob nicht auch die übrigen Verjährungsbestimmungen von Art. 127 OR abgeändert werden sollten, resultiert doch aus der geplanten Revision im Rahmen des Deliktsrechts eine längere Verjährungsfrist als im Vertragsrecht. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch nochmals auf Art. 42 des Vorentwurfs, der dazu führen würde, dass für eine positive Vertragsverletzung eine zwanzigjährige Verjährungsfrist, für eine Nicht- oder Späterfüllung jedoch nur eine solche von zehn Jahren gelten würde. Vielleicht wäre es auch sinnvoller, die Verjährungsfristen nach dem verletzten Rechtsgut zu unterscheiden; beispielsweise zehn Jahre im Falle von Sach- und Vermögensschäden, dreissig Jahre im Falle von Körperschädigungen.

FR: Nous saluons l'unification des règles régissant la prescription et le maintien du système du double délai, tout en constatant le caractère inhabituel d'un délai de trois ans.

JU: Si nous ne sommes pas opposés à l'allongement du délai de prescription ordinaire de un à trois ans, nous sommes en revanche plus réservés sur la prolongation du délai de prescription subsidiaire de dix à vingt, voire trente ans. En effet, il paraît très difficile, voire souvent impossible de réunir les éléments nécessaires à démontrer la responsabilité d'une personne après une aussi longue période. Toutefois, nous ne sommes pas opposés à ce que, dans des cas spéciaux, la législation impose un délai de prescription plus long que le délai ordinaire qui serait, selon le projet, de vingt ans.

Par ailleurs, nous nous demandons s'il ne serait pas possible de créer un al. 2 à l'art. 55 qui indiquerait, de manière générale, les conditions dans lesquelles le délai subsidiaire passerait de vingt à trente ans. Une telle solution, qui semble envisageable, permettrait d'éviter l'introduction de dispositions spéciales en matière de prescription.

LU: Wir begrüßen die Vereinheitlichung der Verjährungsfristen. Die vorgeschlagene relative Verjährungsfrist von drei Jahren passt aber nicht in das herrschende System der Verjährungsfristen (1 Jahr, 5 Jahre, 10 Jahre, 20 Jahre).

SH: Zu Abs. 1: Die Verlängerung der Verjährungsfrist von einem Jahr auf drei Jahre ist zu begrüßen.

Zu Abs. 2: Grundsätzlich können wir uns mit einer Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist von 10 auf 20 Jahre einverstanden erklären. Es ist allerdings fraglich, ob eine solche Verlängerung der Verjährungsfrist auch notwendig ist. So hat sich die Studienkommission für die Beibehaltung der bisherigen Bestimmung ausgesprochen. Diese entspricht den gängigen Aktenaufbewahrungspflichten und der im Privatrecht geltenden regulären Höchstfrist. Der Zweck der Verjährungsbestimmung, die Wahrung des Rechtsfriedens, würde auch mit der 10-jährigen Verjährungsfrist gewahrt.

SO: Die Vereinheitlichung von Verjährungsfristen bewerten wir grundsätzlich als positiv.

Die ordentliche Verjährungsfrist von einem Jahr hat sich als Nachteil für rechtsunkundige Geschädigte erwiesen. Eine Verlängerung auf 3 Jahre ist eine deutliche Verbesserung und erspart das Einholen von Verjährungsverzichtserklärungen während die Parteien verhandeln.

Die subsidiäre Verjährungsfrist soll von 10 auf 20 Jahre verdoppelt werden. Eine Vereinheitlichung der Verjährungsfrist auf der Stufe des grössten gemeinsamen Nenners befriedigt nicht. Rechtsfriede und Rechtssicherheit werden damit zu stark zurückgedrängt. Angesichts der Geschwindigkeit, mit welcher heutzutage neue Erkenntnisse gefunden und neue Techniken entwickelt werden, würde hiermit das Feld für eine unbekannte Vielfalt von Schadenersatzfällen aufgetan. In der Gerichtspraxis hat es sich zudem gezeigt, dass eine moderate Verlängerung der subsidiären Verjährungsfrist, wie sie heute bei der Anwendung der strafrechtlichen Verjährungsfristen vorkommt, ausreicht, damit die Geschädigten ihre Interessen wahren können. Sollte die subsidiäre Verjährungsfrist verlängert werden, so wäre sie auf höchstens 15 Jahre auszuweiten. Zur Begründung verweisen wir auf die Argumente gegen übermässig lange Verjährungsfristen im erläuternden Bericht Seite 213.

TG: Die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre ist zu begrüssen. Demgegenüber geht die Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist auf 20 Jahre tendenziell zu weit. Es besteht hierfür keine ausreichende Begründung. Auch die Studienkommission hat sich für die Beibehaltung der geltenden Lösung ausgesprochen. Sie korrespondiert mit den gängigen Aktenaufbewahrungspflichten und der im Privatrecht geltenden regulären Höchstfrist. Der Zweck der Verjährungsbestimmung, die Wahrung des Rechtsfriedens, wird auch mit der zehnjährigen Frist erfüllt. Eine allfällige Verlängerung (z.B. im Zusammenhang mit langen Inkubationszeiten) ist gegebenenfalls in Spezialgesetzen vorzusehen.

VD: Le Conseil d'Etat salue la prolongation du délai de prescription relative, ce qui assurera une meilleure protection au justiciable. Il relève toutefois que la prolongation des délais de prescription proposée représente un problème sous l'angle de l'administration de la justice. L'expérience montre qu'il est déjà difficile d'établir les faits à la base d'un litige après deux à trois ans seulement. Dans ces conditions, qu'en sera-t-il si l'on prolonge à vingt ans le délai de prescription absolue? En outre, la sécurité du droit serait également affectée par une telle prolongation. De ce fait, le Conseil d'Etat s'oppose à ce que le délai de prescription absolue soit fixé, de manière générale, à vingt ans. Tout au plus pourrait-on envisager un délai de prescription spécial pour certains types d'atteintes (à l'environnement ou à la santé publique par exemple).

L'art. 55, 2e al. AP permet de faire courir la prescription absolue dès le moment où le fait dommageable a cessé de se produire. Une telle disposition revient à rendre certains événements quasiment imprescriptibles, le fait dommageable ne cessant jamais de se produire. Dans cette mesure, cette disposition n'est pas acceptable.

Finalement, le Conseil d'Etat salue la suppression des liens qui existaient avec les délais du droit pénal, ce qui offre une plus grande sécurité du droit.

VS: Cf. ad art. 52.

ZH: *Zu Abs. 1:* Die Verlängerung der Verjährungsfrist von einem auf drei Jahre ist zu begrüssen.

Zu Abs. 2: Es besteht keine ausreichende Begründung, die subsidiäre bzw. absolute Verjährungsfrist von 10 auf 20 Jahre zu verlängern. Auch die Studienkommission hat sich für die Beibehaltung der geltenden Lösung ausgesprochen. Sie korrespondiert mit den gängigen Aktenaufbewahrungspflichten und der im Privatrecht geltenden regulären Höchstfrist. Der Zweck der Verjährungsbestimmung, die Wahrung des Rechtsfriedens, wird auch mit der 10-jährigen Frist erfüllt.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es angesichts des Kriteriums von Treu und Glauben nicht einfach sein dürfte, den Beginn der Verjährung der Regressforderung genau zu bestimmen.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Verlängerung der Verjährungsfristen und die positivrechtliche Anerkennung der Möglichkeiten eines Einredeverzichts sind zu begrüssen. Richtig scheint uns auch eine gesetzliche Verjährungsordnung für den Regressanspruch (Art. 55c). Unklar bleibt dagegen das Verhältnis von deliktischer und vertraglicher Verjährung (vgl. Art. 42). Uns erscheint es sinnvoller, für das Vertragsrecht die dortigen Verjährungsbestimmungen ganz allgemein vorzubehalten.

LPS: La prescription nouvelle telle que proposée ne nous convainc pas. Nous ne sommes pas convaincus qu'un allongement des délais, en matière de sécurité du droit, soit une bonne chose, tant pour les parties au litige que pour l'administration de la justice. Par ailleurs, nous constatons que les délais prévus ne s'harmonisent pas avec les autres délais, en matière contractuelle, prévus dans la partie spéciale du CO (vente, contrat d'entreprise). Dès lors, soit on harmonise et on harmonise tout, soit il convient d'en rester à la situation actuelle.

SVP: Die Neuregelung der Verjährungsvorschriften mit einer einheitlichen Verjährung von drei Jahren ist an sich zu begrüssen. Hingegen ist die Verlängerung der relativen Frist von 10 Jahren auf 20 Jahre abzulehnen. 20 Jahre sind weder wirtschaftlich vertretbar noch versicherbar.

SP: Nach bisherigem Recht waren bei der ausservertraglichen Schädigung die Verjährungsfristen extrem kurz, relativ ein Jahr seit Kenntnis des Schadens und des Schädigers, absolut 10 Jahre (i.V. mit vertraglichen Ansprüchen generell 10 Jahre). Damit bestand die Gefahr, dass Schäden verjähren, bevor sie dem Geschädigten bewusst geworden sind. Dies trifft etwa bei Langzeitschäden im ökologischen Bereich zu, ferner in der Medizin. Die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre, der absoluten auf 20 Jahre ist deshalb zu begrüssen. Allerdings sollte die Bestimmung in Art. 55 VE durch einen zusätzlichen Absatz ergänzt werden, wonach die Verjährung generell solange nicht beginnen kann,

solange der Geschädigte nicht Kenntnis von Schädigung und Schädiger erlangt hat. Die Verjährung von Schäden, die der Geschädigte gar nie geltend machen konnte, verstösst gegen das Rechtsgefühl.

Organisations / organisations / organizzazioni

economiesuisse: Die Ausdehnung der relativen Frist auf 3 Jahre erscheint als vernünftig. Hingegen ist eine Verlängerung der absoluten Frist von 10 auf 20 Jahre abzulehnen. Die Zehnjahresfrist hat sich bewährt. Allenfalls könnte die absolute Frist spezialgesetzlich dort auf maximal 20 Jahre erneuert werden, wo es angesichts der Sachlage als notwendig erscheint. 20 Jahre – beschränkt auf Spezialfälle - sind jedoch das Äusserste, was wirtschaftlich vertretbar und versicherbar ist.

FMH: Die Ausdehnung der Verjährungsfrist auf 20 Jahre scheint uns aus verschiedenen Gründen fragwürdig. Im Bereich der Medizin ist es oft schwierig, nach 7 oder 9 Jahren die Haftungsfrage gutachterlich abzuklären. Wir haben Zweifel, ob dies nach 19 Jahren noch ernsthaft möglich wäre. Zudem ist zu bedenken, dass die Rechtsbeständigkeit der Unternehmen in der Schweiz rapide abnimmt. Bestünde das Spital oder die Arztpraxis überhaupt noch, gegen die nach so langer Zeit ein Haftpflichtanspruch geltend gemacht würde?

FRI: Dans le domaine de la prescription, nous prenons acte de la volonté d'harmonisation des auteurs du projet, que nous appelons également de nos vœux.

Toutefois, dans ce domaine également, harmonisation rime avec aggravation. Nous sommes défavorables à un allongement aussi considérable des différentes durées de prescriptions dans la mesure où les délais proposés rendront l'établissement des faits et l'apport de preuves extrêmement difficile. Les délais respectifs d'une année dès la connaissance du dommage et de dix ans à partir du jour où le dommage s'est produit nous semblent digne de maintien.

En outre, ces nouvelles durées de prescription (3 et 20 ans) sont en contradiction avec les prescriptions spéciales prévues en matière de vente immobilière ou de contrat d'entreprise, d'où le risque d'invoquer la responsabilité civile pour ce qui n'est, en réalité, qu'un défaut.

KSK: Das KSK begrüsst die Aufteilung in eine ordentliche und eine subsidiäre Verjährungsfrist. Im Bereich, in dem die Krankenversicherer einen Versicherungsschutz anbieten, machen sich Schäden oft erst Jahre nach dem Eintritt des schädigenden Ereignisses bemerkbar. Deshalb erachtet das KSK die 20-jährige subsidiäre Verjährungsfrist als zu kurz. Werden beispielsweise einem Säugling falsche Medikamente verabreicht, so sind gewisse Spätfolgen möglicherweise erst nach 20 Jahren feststellbar. Es wäre stossend, wenn die Haftungsansprüche in diesem Zeitpunkt bereits verjährt sind.

Das KSK fordert deshalb, dass die subsidiäre Verjährungsfrist auf 30 Jahre, eventuell sogar auf eine noch längere Zeit, festgelegt wird.

Wird die subsidiäre Verjährungsfrist auf mindestens 30 Jahre verlängert, so kann sich das KSK damit einverstanden erklären, dass sie mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem die Schädigung eingetreten ist.

Wird aber die 20-jährige Frist beibehalten, so fordert das KSK, dass sie erst bei Bekanntwerden der Schädigung zu laufen beginnt.

Pro natura: Vgl. SP.

SAV: Die neue Regelung ist befriedigend, aber die Fristen gemäss Art. 55 VE sollten auf 5 bzw. 30 Jahre erhöht werden. Damit könnte auch ohne Bedauern die Abschaffung der Möglichkeit akzeptiert werden, sich auf die längere, in den meisten Fällen fünfjährige, strafrechtliche Verjährung zu berufen, welche verschiedentlich zu Auslegungsschwierigkeiten geführt hat.

SBMV: Wir sind der Ansicht, dass sich die bisherigen Verjährungsfristen von einem Jahr (relative Frist) und insbesondere diejenige von zehn Jahren (absolute Frist) bewährt haben, weshalb wir uns einer Verlängerung nicht anschliessen können. Insbesondere bestünde die Gefahr, dass eine Verlängerung der Fristen im Haftpflichtrecht aus systematischen Gründen eine Verlängerung der anderen Fristen im übrigen Obligationenrecht nach sich ziehen könnte, was wir strikt ablehnen. Dabei könnte die vorgeschlagene – von uns abgelehnte – Verbindung zwischen Haftpflichtrecht und vertraglicher Haftung (Art. 42 VE) solchen Bestrebungen noch Vorschub leisten. Zudem können nach dem heutigen und mit der Vorlage abzuschaffenden Recht (Art. 60 Abs. 2 OR) die langen Verjährungsfristen des Strafrechts geltend gemacht werden, wenn ein Schadenersatzanspruch auf einer strafbaren Handlung beruht. Im übrigen fragen wir uns, ob die vorgeschlagenen Fristen überhaupt noch versicherbar wären. Wir lehnen deshalb diese Änderung ab. Gleichzeitig begrüssen wir aber die vorgeschlagene neue Bestimmung in Ziffer 7 zu Art. 134 Abs. 1 OR, wonach die Verjährung nicht beginnen respektive still stehen soll, solange über eine Forderung ein Gerichtsprozess im Gange ist.

SBV: Bis jetzt sind in den verschiedenen Spezialgesetzen sehr unterschiedliche Verjährungsfristen festgelegt. Art. 55 will nun die unterschiedlichen Regelungen vereinheitlichen.

Wir begrüssen ausdrücklich diese Vereinheitlichung und betrachten die ordentliche oder relative Verjährungsfrist von 3 Jahren sowie die subsidiäre oder absolute Frist von 20 Jahren als angemessen. Selbstverständlich soll es aber nach wie vor möglich sein, in Spezialgesetzen ausnahmsweise andere Verjährungsfristen festzulegen. So setzen wir uns zum Beispiel im Rahmen der Gen-Lex für eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren ein.

SBVer: Hier möchten wir anregen, den Begriff der „Schädigung“ durch das „schadensverursachende Verhalten“ zu ersetzen, woraus sich in zeitlicher Hinsicht ein präziserer Anknüpfungspunkt ergibt.

Dann erscheint uns die absolute Verjährungsfrist von 20 Jahren zu lang. Wir schlagen vor, wie bisher bei zehn Jahren zu bleiben.

Die zwanzigjährige Frist wäre umso fragwürdiger, wenn sie auch bei positiven Vertragsverletzungen zur Anwendung käme, was aufgrund der neuen Systematik des Haftpflichtrechts noch der Klärung bedürfte.

SGB: Vgl. SP.

SGCI: Die SGCI legt bei den Verjährungsfristen Wert auf die Feststellung, dass sie die Ausdehnung der relativen Frist auf 3 Jahre als vernünftig ansieht. Ablehnend steht sie hingegen einer Verlängerung der relativen Frist von 10 auf 20 Jahre gegenüber. Die Zehnjahresfrist hat sich bewährt. Um möglichen Härtefällen zu begegnen, schlägt die SGCI vor, dass die allgemeine Frist spezialgesetzlich dort auf maximal 20 Jahre erneuert wird, wo es angesichts der Sachlage als notwendig erscheint. 20 Jahre sind jedoch das Äusserste, was wirtschaftlich vertretbar und versicherbar ist.

SGV: Die bisherigen Verjährungsfristen von einem Jahr (relative Frist) und insbesondere diejenige von zehn Jahren (absolute Frist) haben sich in der Praxis bewährt. Einer Verlängerung derselben ist ohne Not nicht zuzustimmen.

Der mit der Ausdehnung der Verjährungsfristen verbundene Ausbau des Versicherungsschutzes ist insofern problematisch, als auch hier nicht alle Versicherungen die notwendige Rückversicherungsdeckung zu vertretbaren Kosten beschaffen können und andererseits die Prämien entsprechend angepasst werden müssen. Zudem ist zu befürchten, dass diese Fristverlängerungen auch Anpassungen in anderen Gebieten des Zivilrechts nach sich ziehen würden.

SPO: Die Verlängerung der Verjährungsfristen ist eines der Postulate, welches dringlichst - allenfalls separat zum Voraus - verwirklicht werden sollte. Die heute geltenden äusserst kurzen Verjährungsfristen sind offensichtlich ungenügend. Sie finden sich denn auch in keinem der Nachbarländer der Schweiz. Sie wirken sich massiv zu Lasten der Geschädigten aus, insbesondere auch in Medizinalfällen. Zu erinnern ist an die bereits in früherem Zusammenhang erwähnte Silikon-Problematik, auf Langzeitfolgen aufgrund künstlicher Implantate, auf die Aids-Erkrankung infolge Jahre zuvor verabreichter Blutkonserven usw. Die bisherige absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren war in vielen Fällen bereits abgelaufen, als die Folgen einer früheren Fehlbehandlung von Patientinnen und Patienten überhaupt erst erkannt werden konnten. Dies ist unbefriedigend und wird von den Geschädigten, die an den Folgen leiden, es jedoch mangels Entdeckung des Schadens innert der absoluten Verjährungsfrist nicht in der Hand hatten, rechtzeitig Gegenmassnahmen zu ergreifen, überhaupt nicht verstanden.

Im Interesse der Geschädigten sollte die absolute Frist nicht nur auf 20 Jahre, sondern auf 30 Jahre ausgedehnt werden. Im Einklang damit sollte die relative Frist auf 3 - entsprechend dem Vorentwurf - oder gar 5 Jahre ausgedehnt werden.

SUVA: Die Vereinheitlichung und Verlängerung der Verjährungsfristen ist sehr zu begrüssen. Nach Auffassung der Suva bleibt indessen eine grundsätzliche Frage offen: Gemäss Art. 42 VE sind die Bestimmungen des 2. Abschnittes des OR auch auf vertragliche Haftungen anwendbar. Die Verjährungsfristen für vertragliche Haftungen sind aber in Art. 127 und v.a. Art. 128 OR geregelt, welche offenbar nicht geändert werden sollen. Gilt

dann z.B. bei Schadenersatzforderungen wegen unsorgfältiger ärztlicher Behandlung die 3-jährige Frist nach Art. 55 VE oder die 5-jährige Frist gemäss Art. 128 OR? Hat man gegebenenfalls eine Verkürzung der Verjährungsfrist in solchen Fällen bewusst in Kauf genommen? Je nach Meinung der Experten bedürfte es hier einer Klarstellung.

SVV: In Art. 55 VE-OR wird eine dreijährige relative und eine 20-jährige absolute Verjährungsfrist verankert. Bereits das geltende Recht kennt eine solche Unterscheidung. Wir begrüssen auch die Absicht, die längere zivilrechtliche Verjährungsfrist bei strafbaren Handlungen nach dem geltenden Art. 60 OR fallenzulassen. Die Regelung hat zu einigen praktischen Schwierigkeiten geführt.

Sollte Art. 42 VE-OR zu geltendem Recht werden, so führt Art. 55 VE-OR bei positiven Vertragsverletzungen zu unverhältnismässigen Ergebnissen.

Reine Vermögensschäden aus nicht gehöriger Vertragserfüllung könnten noch zwanzig Jahre nach der Vertragsverletzung geltend gemacht werden. Das halten wir für wirtschaftlich untragbar, da sich Risiken kaum mehr abschätzen liessen.

Antrag zu Abs. 1:

Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in drei Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen ~~oder Deckungspflichtigen~~ erlangt hat.

Wir halten die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre für angemessen. Abzulehnen ist hingegen der Zeitpunkt der Anknüpfung an die Kenntnis des Deckungspflichtigen. Dieser Verweis erklärt sich wohl mit dem in Art. 54c VE-OR erwähnten direkten Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer. Da wir dieses direkte Forderungsrecht im ausserobligatorischen Bereich ablehnen, muss die Anknüpfung an die Kenntnis des Deckungspflichtigen gestrichen werden.

Antrag zu Abs. 2:

Der Anspruch verjährt in jedem Fall in 20 Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem ~~die Schädigung~~ das schädigende Ereignis eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat.

Aus der Optik der versicherungstechnischen Risikobewertung ist auch die Verlängerung der subsidiären Verjährungsfrist auf 20 Jahre kritisch. Nachdem in der Praxis aber praktisch ausnahmslos Verjährungsverzichte erklärt werden und das Ausland zum Teil noch längere absolute Verjährungsfristen kennt (z.B. BRD 30 Jahre), opponieren wir gegen die Dauer der Frist nicht.

Nicht haltbar wäre jedoch die Anknüpfung der Verjährung an den Eintritt der Schädigung und nicht mehr an das schädigende Ereignis. Im Einklang mit der französischen Fassung des Vorentwurfes ist auf das schädigende Ereignis abzustellen (frz. Fassung: „... jour où le fait dommageable s'est produit“), da Haftpflichtfälle ansonsten im Ergebnis unverjährbar werden. Wir gehen davon aus, dass es sich hier um ein Versehen handelt.

SWISSGAS: Im geltenden Recht verjähren Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus Schadenereignissen, die durch eine Rohrleitungsanlage

verursacht wurden, in zwei Jahren von dem Tag hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren vom Tag des Schadenereignisses an. Im neuen Recht werden die Fristen auf drei bzw. 20 Jahre verlängert. Diese Verlängerung ist abzulehnen. Den Interessen der Geschädigten genügen die zwei- und zehnjährige Frist. Beweisprobleme, Gründe der Rechtssicherheit etc. sprechen gegen eine Verlängerung insbesondere der absoluten Verjährungsfrist um das Doppelte.

Uni LA: Alors que les experts ont été amenés à proposer des solutions audacieuses, voire très audacieuses dans d'autres domaines, ils ont fait preuve, en matière de point de départ du délai de prescription, d'un esprit conservateur qui laisse pratiquement inchangées les insuffisances résultant du droit actuel quant au point de départ de la prescription délictuelle.

Il s'agit en effet ici de la question du point de départ du délai subsidiaire, ou absolu, porté de dix à vingt ans par l'article 55 al. 2 AP, „à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire”.

Selon la jurisprudence fédérale actuelle, le délai absolu peut arriver à échéance avant même la connaissance par la victime du dommage, et néanmoins être efficace; les experts soutiennent cette solution, dans la mesure notamment où le délai absolu est rallongé en application de l'article 55 al. 2 AP (Rapport, p. 214-215). Or, la véritable question est beaucoup moins de savoir si le délai absolu peut s'accomplir avant la connaissance subjective de son droit par la victime, que de savoir si ce délai peut s'accomplir avant même que naisse la créance en indemnisation du dommage né de l'acte illicite; en d'autres termes, la prescription absolue peut-elle frapper une créance qui n'a pas encore pu être exercée, que la victime ait pu en avoir ou non connaissance.

Ici, le droit suisse est influencé par le système du droit allemand, où la prescription est de trente ans, soit dix ans de plus que la proposition de l'avant-projet; le texte légal allemand est d'ailleurs fondamentalement différent de celui du droit suisse positif (852 BGB: „von der Begehung der Handlung an”: alors que le texte suisse parle du jour „où le fait dommageable s'est produit”, ce qui introduit clairement une idée d'ubiquité avec le dommage dans la chronologie). Or les autres systèmes européens (K.Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, I, 1975, p.49) admettent que la prescription ne peut commencer à courir que lorsque prend naissance la créance. Les exemples suivants peuvent démontrer l'application pratique de cette difficulté.

Par négligence, une grenade est égarée; plus de vingt ans après, un enfant la trouve et elle lui explose dans les mains en le blessant grièvement; ou encore, trompée délibérément par un juriste, une personne rédige un testament vicié, qui est annulé à raison de ce vice après son décès qui survient un peu plus de vingt ans plus tard. Dans ces deux situations, le dommage ne naît que passé le prétendu délai absolu de prescription de l'article 55 al. 2 AP, et même si la victime pouvait avoir connaissance de l'acte illicite dont est responsable le tiers (l'héritier présomptif institué par le testament vicié par exemple), elle ne peut cepen-

dant pas agir – faute de dommage – pendant l'écoulement du délai absolu.

Cette conception curieuse, maintenue par le projet des experts, favorise de manière inadmissible l'auteur d'un acte illicite par rapport au débiteur d'une obligation contractuelle, auquel s'applique le principe général selon lequel l'exigibilité de la créance sert de point de départ au délai de prescription, article 130 CO. L'exemple déjà donné du testament le montre à l'envi: l'avocat mandaté par contrat de mandat pour la rédaction d'un tel testament olographe répondra du dommage si, par négligence, il a omis le point important qui a suscité le vice de forme. Selon le projet, si ce mandataire n'a fait que d'omettre d'exécuter son obligation contractuelle, il reste soumis à la prescription contractuelle, soit répondra encore pendant dix ans après l'annulation du testament au décès de cette omission; en revanche, si la même personne viole pertinemment et par dol ses obligations de mandataire, soit commet une „positive Vertragsverletzung“, il est alors soumis au droit des actes illicites (art. 42 AP), et échappe alors par le jeu de la prescription de l'article 55 al. 2 AP à toute demande de réparation. Cette solution, gravement et fondamentalement injuste, blesse certainement le sentiment de l'équité, et ne satisfait pas l'esprit juridique, en ce sens que l'institution de la prescription ne peut frapper que ce qu'il est possible d'exercer, soit une créance existante et exigible.

Ici encore, les experts ont passé sous silence les critiques adressées déjà à l'avant-projet de 1991/1995 (P.Piotet, Du début de la prescription décennale délictuelle, JT 1998 I 169). L'on espère là encore que les remarques ici formulées seront retenues dans la suite de la procédure.

Uni ZH Honsell: Weitreichende Neuerungen finden sich bei der Verjährung. Kritik ist hier vor allem an den zu langen Fristen angebracht. Die relative Jahresfrist, die mit der Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnt, wird auf drei Jahre verlängert (Art. 55 Abs. 1 VE). Im Interesse der Beschleunigung ist es aber fragwürdig, ob der Geschädigte, der alle Fakten für eine Klageerhebung kennt, wirklich drei Jahre soll zuwarten dürfen. Zwar ist die Festlegung von Fristen immer bis zu einem gewissen Grade arbiträr und dezisionistisch. Man vermisst aber eine Begründung, weshalb die alte Frist für zu kurz gehalten wird. Die absolute Frist, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Geschädigten läuft, soll von 10 auf 20 Jahre erhöht werden (Art. 55 Abs. 2 VE). Auffällig ist, dass der deutsche Gesetzgeber diese Frist gerade von 30 auf 10 Jahre verkürzen will. Die 10 Jahre des OR waren eine moderne Lösung, die auch mit der allgemeinen Belegaufbewahrungsfrist, etwa im Handels- und Steuerrecht übereinstimmt. Weshalb man jetzt gerade in unserer schnelllebigen Zeit auf 20 Jahre gehen will, bleibt unerfindlich. In der Begründung wird auf mögliche Spätschäden hingewiesen. Dazu passt aber nicht, dass die Frist ohnedies nicht mit der schädigenden Handlung, sondern erst mit Eintritt oder Beendigung der Schädigung beginnen soll. Eine Schädigung ist aber erst mit dem Schaden eingetreten. Art. 60 Abs. 1 stellt klarer auf die schädigende Handlung ab. Dabei sollte man es belassen. Wenn man für Spätschäden eine Ausnahme machen will, sollte diese auf Personenschäden beschränkt werden.

WWF: Vgl. Stellungnahme SP.

341.43 Art. 55a*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Die Möglichkeit, nach Eintritt der Schädigung während und für einen maximalen gesetzlichen Zeitraum einen Verjährungsverzicht zu erklären, wird begrüsst.

JU: Concernant l'art. 55a, on pourrait se demander s'il ne serait pas nécessaire, en cas de renonciation à la prescription, qu'il exige que cette dernière soit faite par écrit, afin d'éviter des problèmes au niveau de la preuve. En effet, il paraît très difficile à une partie de démontrer un accord oral sur la renonciation 20 ans après que ce dernier ait été conclu.

Pour le reste, les modifications apportées en matière de prescription des actions en responsabilité civile nous semblent adéquates. Ainsi, la solution proposée en matière de prescription de l'action récursoire paraît bonne, mis à part la difficulté pour le juge, relevée justement par le rapport, de fixer le dies a quo en cas de défaut d'avis (art. 55c al. 2).

NE: Le projet prévoit que la déclaration de renonciation à invoquer la prescription doit être expresse, c'est-à-dire énoncée oralement ou par écrit en termes explicites. Nous aurions préféré que l'exigence de la forme écrite soit requise pour une telle déclaration, tant ses effets sont importants. Une telle exigence de forme ne nous paraît pas excessive et elle aurait pour mérite essentiel d'éviter de multiples litiges liés au rapport de la preuve qu'une telle déclaration a bien été faite oralement.

TG: Es sollte geprüft werden, ob hinsichtlich der Gültigkeitsform des Verjährungsverzichts im Interesse der Rechtssicherheit nicht einfache Schriftlichkeit gefordert werden sollte. Damit können Beweisprobleme vermieden werden.

VS: Cf. ad art. 52.

ZH: Es sollte geprüft werden, ob hinsichtlich Gültigkeitsform des Verjährungsverzichts im Interesse der Rechtssicherheit nicht einfache Schriftlichkeit gefordert werden sollte. Alles andere führt zu Beweisproblemen.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP: 20 Jahre sind weder wirtschaftlich vertretbar noch versicherbar. Aus Beweisgründen wird hier zudem angeregt, für den Verzicht einfache Schriftlichkeit zu verlangen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Die Fristen gemäss Art. 55a VE sollten ebenfalls auf 30 bzw. 5 Jahre erhöht werden; dabei könnte es auch nützlich sein, zu präzisieren, dass der Verzicht auf die Einrede der Verjährung auch dann gültig und wirksam ist, wenn gleichzeitig die Haftung bestritten wird, was die Regel ist.

SBMV: Diesem Vorschlag können wir uns anschliessen, allerdings unter Anpassung der Fristen an die bisherige Regelung (siehe oben Art. 55).

SBVer: Auch hier schlagen wir vor, die Frist von 20 Jahren durch eine von zehn Jahren zu ersetzen.

SVV: Antrag zu Abs. 3: Streichung

Die klare Regelung der Wirkung eines Verjährungsverzichts in Art. 55a Abs. 1 und 2 VE-OR ist zu begrüßen. Abs. 3 lehnen wir jedoch ab. Eine Verzichtserklärung des Haftpflichtigen wirkt automatisch auch gegenüber dem Haftpflichtversicherer und umgekehrt. Begründet wird dies mit dem direkten Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer (Art. 54c VE-OR). Wie bereits erwähnt, lehnen wir das direkte Forderungsrecht ab. Selbst bei einem direkten Forderungsrecht laufen die Interessen von Haftpflichtigem und dessen Versicherer nicht notwendigerweise gleich. Es ist nicht einzusehen, aus welchem Grund ein Haftpflichtiger für seine Versicherung ohne entsprechende vertragliche Vollmacht bindende Erklärungen abgeben können soll.

341.44 Art. 55b*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Es ist erfreulich, dass in Art. 134 Abs. 1 OR in einer neuen Ziff. 7 vorgesehen wird, dass die Verjährung nicht beginnt oder stillsteht, solange über die Forderung ein Prozess im Gange ist. Damit wird endlich ein Mangel in der bundesrechtlichen Verjährungsregelung beseitigt.

Die lange, absolute Verjährungsfristen korrespondieren nicht mit gängigen Aktenaufbewahrungspflichten.

VS: Cf. ad art. 52.

ZH: Den Stillstand der Verjährung, so lange über die Forderung ein Prozess im Gange ist, begrüßen wir.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Die Bestimmung gemäss Art. 55b VE, welche die Wirkung des Stillstandes und der Unterbrechung der Verjährung gegenüber der haftpflichtigen Person auf den Versicherer ausdehnt und umgekehrt, ist zweckmässig. Nach dem Modell von § 852 Abs. 2 BGB wäre allenfalls zu prüfen, ob die Verjährung nicht auch während der Verhandlungen zwischen dem Geschädigten und der haftpflichtigen Person still stehen sollte, so lange eine der beiden Parteien der anderen nicht die Ablehnung weiterer Verhandlungen mitgeteilt hat. Eine solche Bestimmung könnte allerdings Anlass zu Streitigkeiten mit Bezug auf die Feststellung des Zeitpunktes des Abbruchs der Verhandlungen sein.

Begrüssenswert ist die neue Ziffer 7 von Art. 134 Abs. 1 OR, wonach die Verjährung während der Hängigkeit eines Gerichtsverfahrens nicht beginnt oder stille steht, falls sie begonnen hat.

SVV: Aus den gleichen Gründen wie beim Verjährungsverzicht ist auch Art. 55b VE-OR abzulehnen.

341.45 Art. 55c*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Neuregelung, wonach die Verjährungsfrist für Regressansprüche erst mit vollständiger Erbringung der Ersatzleistung und Kenntnis des Mithaftpflichtigen beginnt, wird begrüsst. Die momentan aufgrund einer fehlenden Gesetzesbestimmung und einer uneinheitlichen Praxis bestehende Rechtsunsicherheit führt z.B. im Bereich der kantonalen Gebäudeversicherungen dazu, dass die Geltendmachung von Regressansprüchen teils von Kanton zu Kanton unterschiedlich gehandhabt wird. Wird auf die Verjährung der Primärforderung abgestellt, sind die Gebäudeversicherungen ausserdem gezwungen, ihre Regressansprüche relativ rasch einzufordern, was der unkomplizierten Bereinigung von Schadenfällen nicht immer dienlich ist.

AR: Der Regressberechtigte kann seine Leistung auch in Form von Renten erbringen. In diesem Fall soll die relative Verjährung des Rückgriffs mit Ausrichtung der ersten Rentenzahlung zu laufen beginnen. *Art. 55c Abs. 1 VE ist entsprechend zu ändern.*

LU: Die Neuregelung, wonach die Verjährungsfrist für Regressansprüche erst mit vollständiger Erbringung der Ersatzleistung und Kenntnis des Mithaftpflichtigen beginnt, beseitigt die bestehenden Rechtsunsicherheiten und dient einer unkomplizierten Bereinigung von Schadenfällen, indem Regressansprüche weniger früh geltend gemacht werden müssen.

SO: Die einheitliche Verjährungsfrist für Rückgriffsansprüche ab dem Zeitpunkt, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist, begrüssen wir. Damit wird erstens eine Rechtsunsicherheit behoben und zweitens der Zeitdruck bei der Bereinigung von Schadenfällen vermindert. Zur Länge der subsidiären Verjährungsfrist verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 55 VE-OR.

VS: Cf. ad art. 52.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Auch die Fristen gemäss Art. 55c VE für die Rückgriffsansprüche sind auf 5 bzw. 30 Jahre zu erhöhen. Im Falle von Renten sollte die fünfjährige Frist mit Zahlung der ersten Rate zu laufen beginnen und nicht erst, wenn „die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist.“

Art. 55c Abs. 2 VE ist problematisch und kann gestrichen werden.

SVV: Antrag zu Abs. 1:

Rückgriffsansprüche (...) verjähren in ~~drei Jahren~~ einem Jahr von dem Tag an gerechnet, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt wurde; sie verjähren in jedem Fall in 20 Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem ~~die Schädigung~~ das schädigende Ereignis eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat.

Eine Regelung der Verjährung von Regressansprüchen (Art. 55c VE-OR) ist grundsätzlich zu begrüssen. Der Rückgriff verjährt hingegen erst drei Jahre nach vollständiger Leistung des Ersatzanspruches durch den

Regressberechtigten. Dies ist eine unnötig lange Frist, welche die Position des Regresspflichtigen erheblich verschlechtert (in bestimmten Fallkonstellationen kann dies praktisch zu einer Verdoppelung der Verjährungsfrist führen). Eine kurze Frist zur Geltendmachung des Regressanspruches genügt hier. Wir plädieren für eine Frist von *einem Jahr*. Mit Bezug auf die absolute Verjährung (Frist von 20 Jahren) ist wie bei Art. 55 Abs. 2 VE-OR auf den Eintritt des schädigenden Ereignisses abzustellen.

Uni LA: En soi opportune, l'unification du recours entre coresponsables telle que prévue à l'art. 55c AP présente des faiblesses aux yeux de la Faculté en ce qui suit.

Selon les experts, ce recours est en effet l'expression d'un droit „propre“, dispensant du recours à l'institution de l'enrichissement illégitime (Rapport, p.225); il n'en demeure pas moins que ce recours peut s'insérer dans une relation contractuelle entre deux coresponsables particuliers du même dommage, et qu'il convient alors de régler les rapports entre le délai de prescription contractuel de l'action et celui institué désormais par l'avant-projet; lorsque cette relation contractuelle découle d'un contrat d'assurance, la modification proposée de l'art. 46 LCA laisse à croire que le délai uniforme de l'avant-projet se substitue à la prescription de cette loi spéciale; mais qu'en est-il des délais contractuellement prévus pour une plus longue durée s'agissant de la prescription, entre parties à un contrat d'assurance, ou à toute autre relation autorisant un recours entre coresponsables (par exemple le délai décennal de l'art. 127 CO dans un porte-fort entre responsables)? De l'avis de la Faculté, l'art. 55 lettre c devrait ainsi réserver un délai contractuel de plus longue durée, et non laisser croire à un rabaissement uniforme et impératif du délai de recours indépendamment de toute convention de plus longue durée entre les parties.

VKF Die Neuregelung, wonach die Verjährungsfrist für Regressansprüche erst mit vollständiger Erbringung der Ersatzleistung und Kenntnis des Mithaftpflichtigen beginnt, stösst auf ungeteilte Zustimmung der Kantonalen Gebäudeversicherungen. Die momentane aufgrund fehlender Gesetzesbestimmung und uneinheitlicher Praxis bestehende Rechtsunsicherheit führt dazu, dass die Geltendmachung von Regressansprüchen teils von Kanton zu Kanton unterschiedlich gehandhabt wird. Wird auf die Verjährung der Primärforderung abgestellt, ist die Gebäudeversicherung ausserdem gezwungen, ihre Regressansprüche relative rasch einzufordern, was der unkomplizierten Bereinigung des Schadenfalles nicht immer dienlich ist.

341.46 Allgemeine Bemerkungen zu den Verfahrensbestimmungen

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Diese Bestimmungen sind absolut unnötig. Statt mit jedem Detailgesetz immer wieder in die prozessrechtliche Hoheit der Kantone einzugreifen und damit endlose Diskussionen auszulösen, sollte man besser das unbestrittene Anliegen einer einheitlichen Zivilprozessordnung in Angriff nehmen. Materiell bringen diese prozessrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nichts, was nicht schon in praktisch jedem kantonalen Zivilpro-

zessrecht verwirklicht ist. Darüber hinaus sind Art. 56 und 56a VE durch das Gerichtsstandsgesetz gegenstandslos geworden.

Der Umstand, dass es für den Geschädigten schwierig sein kann, den Sachverhalt nachzuweisen, rechtfertigt die in Art. 56d VE vorgesehenen Beweiserleichterungen nicht. Diese Bestimmung geht weit über eine reine Wiedergabe der durch die Rechtsprechung bis heute geschaffenen Erleichterungen beim Beweis und der Abstufung der Ersatzbemessung hinaus. Die Begriffe „unzumutbar“ und „einleuchtend“ lassen, weil zu unbestimmt und ungenau - sie müssen nämlich in jedem Einzelfall neu bestimmt werden (vgl. Erläuternder Bericht S. 243f) - zuviel Ermessensspielraum offen und führen zu Rechtsunsicherheit. Die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bestimmen, tönt zwar verlockend; die Bestimmung der Grösse bleibt aber enorm schwierig. Der Entscheid bleibt letztlich, wie heute auch schon, ein Werturteil des entscheidenden Gerichts und daher in einem gewissen Masse stets willkürlich. Daran vermögen auch sämtliche gesetzliche Umschreibungsversuche nichts zu ändern. Es wird damit lediglich eine Genauigkeit suggeriert, die es letzten Endes gar nie gibt.

Der Vorentwurf bzw. die Erläuterungen geben keine Antwort auf die Frage, was zu geschehen hat, wenn eine Partei ein Beweismittel, insbesondere eine Expertise beantragt, das Gericht den hierfür notwendigen Vorschuss auf beide Parteien verteilt und die Gegenpartei ihren Teil des Vorschusses in der Folge nicht leistet (vgl. Art. 56f VE). Die daraus resultierenden Folgen müssen im Gesetz klar geregelt werden. Ansonsten bliebe nämlich nur schon unklar, ob sich die Folgen nach kantonalem oder nach Bundesrecht beurteilen.

Es kann nicht Aufgabe des materiellen Rechts sein, regulierend in einzelne Zivilprozessordnungen einzugreifen (vgl. Art. 56f und 56g VE). Bringt die Beweisführung Kosten mit sich, welche die pflichtige Partei nicht sicherstellen kann, hat sie einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf (vorläufige) Befreiung. Es kann nicht angehen, dass der Richter sachfremde Umstände wie die wirtschaftlichen Verhältnisse etc. berücksichtigen darf. Ähnliches gilt für die Kostenaufgabe. Es besteht kein Anlass vom Grundsatz abzuweichen und dem Richter bei der Kostenfestsetzung freie Hand zu lassen. Er kann dann in weitgehender und flexibler Weise alle möglichen Umstände (darunter auch sachfremde wie die wirtschaftliche Lage) berücksichtigen. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit.

In Art. 56h VE wird nicht festgehalten, ob die Anhängigmachung der Klage Voraussetzung für die Leistung von vorläufigen Zahlungen ist. So setzt bspw. im Bereich der Unterhaltspflicht von Eltern die Anordnung vorläufiger Zahlungen (Art. 283 des Zivilgesetzbuches; ZGB; SR 210) voraus, dass die Klage eingereicht ist (Art. 281 Abs. 1 ZGB). Darüber hinaus gilt zu berücksichtigen, dass vorläufige Zahlungen die dazu verpflichtete Partei in nicht zumutbarer Weise benachteiligen können. Dass solche Zahlungen nach Beendigung des Prozesses zurückverlangt werden können, helfen dem Entreicherten nicht, wenn die bereicherte Person nicht mehr bereichert ist bzw. über keine Vermögenswerte mehr verfügt. In diesem Zusammenhang ist nicht zu vergessen, dass die Schweiz über ein ausgebautes Sozialversicherungssystem verfügt und der Geschädigte allenfalls

Anspruch auf Fürsorgeleistungen resp. Leistungen aus dem Opferhilfegesetz hat.

- VD:** Remarque générale: Le Conseil d'Etat est d'avis que de telles règles de procédure ne doivent pas figurer dans une loi contenant par ailleurs uniquement des règles de droit matériel. En outre, le Conseil d'Etat relève que la législation en matière de procédure civile incombe encore aux cantons, du moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la procédure civile.

Les art. 56 et 56a AP relatifs au for sont devenus sans objet dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fors. Les autres règles de procédure n'ont a priori pas leur place dans une loi traitant du fond, mais devraient figurer plutôt dans la future loi fédérale sur la procédure civile.

- VS:** Les art. 25 et suivants de la loi fédérale sur les fors en matière civile déterminent le for de l'action en réparation du dommage et celle de l'action récursoire. Depuis la révision constitutionnelle de l'art. 122 nCst., la compétence de la Confédération dans le domaine de la procédure civile n'a plus à être discutée. La question se pose cependant de savoir si les dispositions de procédure que l'avant-projet propose d'intégrer dans le CO ne devraient pas trouver place dans la future loi fédérale sur la procédure civile.

L'unification du droit de la responsabilité civile, qui exerce quelques effets sur la réglementation de la prescription, influence fortement les normes procédurales. Les dispositions spéciales touchant à la maxime inquisitoriale, à la vraisemblance ou, encore, aux paiements anticipés ne se conçoivent guère que pour la responsabilité objective, voire la responsabilité objective aggravée. Il n'est pas inutile de se demander si l'application que pourrait en requérir un plaideur dans un cas „simple“ de responsabilité civile ne risque pas de retarder l'aboutissement de la cause.

L'art. 56g traitant de la répartition des frais doit expressément régler le sort des frais d'une preuve administrée d'office par le juge (art. 56c al. 2) et qui se révèle, après coup, dépourvue de pertinence.

- ZH:** Es ist unbestritten, dass die Kompetenz zur Bestimmung der Verfahrensvorschriften und der Gerichtsorganisation grundsätzlich den Kantonen zusteht. Auch wenn gewisse Verfahrensvorschriften zwecks Vereinheitlichung der Durchsetzung des materiellen Rechts bundesrechtlich geregelt sind (und geregelt werden können), stellt sich grundsätzlich die Frage, ob mit den vorgeschlagenen, ausführlichen Bestimmungen nicht - unzulässigerweise - in die Kompetenz der Kantone eingegriffen wird. Die Aussage, der Eingriff ins kantonale Recht sei gering, ist in Anbetracht der konkreten Ausgestaltung zurückzuweisen.

Allgemein ist hier anzumerken, dass die für den Teilbereich des Haftpflichtrechts aufgestellten prozessualen Regeln dazu führen, dass bald für jedes Rechtsgebiet ein anderes Prozessrecht anwendbar sein wird. Das Prozessrecht sollte in der neuen Zivilprozessordnung des Bundes und nicht im materiellen Recht geregelt werden. Die Bestimmungen von Art. 56 und 56a VE sind durch das Gerichtsstandsgesetz gegenstandslos geworden.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP: Auch die Bestimmungen über das Verfahren und den Beweis rufen Bedenken hervor: Da die Arbeiten für eine Bundeszivilprozessordnung im Gange sind, ist die Vorwegnahme einzelner Bestimmungen problematisch. Zudem erfolgt damit ein Eingriff in die kantonale Gesetzgebungshoheit. Inhaltlich schwächen die neuen Bestimmungen die Position des Haftpflichtigen, so etwa die Vorschriften betreffend die Beweislast (Art. 56d), betreffend Vorschüsse (56 f) und betreffend die Kostenfinanzierung (56h). Es ist zu befürchten, dass dadurch die Rechtsposition eines Haftpflichtigen verschlechtert wird. Unter dem Druck von Verfahrens- und Beweisvorschriften kann er zu Zugeständnissen verhalten werden, die von der Sache her nicht gerechtfertigt sind. Einer derartigen „Amerikanisierung“ des Haftpflichtrechts darf kein Vorschub geleistet werden.

SP: In der Medizin und bei Umweltschäden können eine Vielzahl von Personen in ihren Interessen beeinträchtigt werden. Die Rechtsstellung solcher Personen ist generell zu verbessern. So soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass eine Vielzahl aus dem gleichen Lebenssachverhalt Geschädigte am gleichen Ort und im gleichen Verfahren klagen können, dass das Gericht sog. Schadensgemeinschaften mit gemeinsamer Vertretung bilden kann oder dass ein in einem Musterprozess erwirktes Verfahrensergebnis auch für andere Geschädigte aus dem gleichen Lebenssachverhalt Geltung hat. Sodann soll das Verbandsklagerecht breiter anerkannt und staatlich gefordert werden, z.B. von KonsumentInnen, PatientInnen und Umweltschutzorganisationen bei Massenschäden, z.B. bei fehlerhaften Medizinprodukten, bei Umweltgrossschäden usw. Ein Ansatz dazu findet sich in Art. 45d Abs. 2 bei der Geltendmachung von Umweltschäden. Die Sammelklage bei Massenschäden durch geeignete Organisationen sollte aber weitergehend auch bei ersatzfähigen Personen- und Sachschäden verankert werden. In der Lehre sind z.B. ohne weiteres umsetzbare Vorschläge für die Verfahrensgestaltung bei Massenschäden gemacht worden, die umgesetzt werden sollten. Allerdings dürfen solche Verfahrensvereinfachungen nicht einfach zulasten der Geschädigten gehen, wie z.B. heute bei der Abwicklung von Grossschäden bei der Atomhaftpflicht (Einschränkung der vollen Ersatzpflicht).

Organisationen / organisations / organizzazioni

Pro natura: Vgl. SP.

SGB: Vgl. SP.

341.47 Art. 56*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Der Bund hat mit Erlass des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) vom 24. März 2000 den Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen in Art. 25 ff. bereits geregelt. Der vorgeschlagene Art. 56 VE OR ist demnach gegenstandslos geworden.

BS: Nachdem der Bund in absehbarer Zeit eine schweizerische Zivilprozessordnung erlassen wird, sollte darauf verzichtet werden, prozessuale Vor-

schriften in Kodifikationen des materiellen Rechts aufzunehmen. Diese Rechtszersplitterung führt zur Unübersichtlichkeit und erhöht die Gefahr, dass die eine oder andere Vorschrift übergangen wird.

Am 1. Januar 2001 ist das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 24. März 2000 in Kraft getreten. Art. 25 GestG sieht für Klagen aus unerlaubter Handlung die alternativen Gerichtsstände des Wohnsitzes oder Sitzes der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder Erfolgsort vor. Zusätzlich regelt Art. 26 GestG den Gerichtsstand für Motorfahrzeug- und Fahrradunfälle, Art. 27 GestG den Gerichtsstand bei Massenschäden und behält Art. 28 GestG die Zuständigkeit des Strafgerichts für die Beurteilung der Zivilansprüche (Adhäsionsklage) vor.

Die Gerichtsstandsbestimmungen des Vorentwurfs zu einem neuen Haftpflichtrecht stimmen nicht mit denjenigen des Gerichtsstandsgesetzes überein und sind deshalb an diese anzupassen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Die Bestimmungen des VE über die örtliche Zuständigkeit sind durch das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG), in Kraft seit dem 1. Januar 2001, überholt und es wäre unangebracht, sie nach so kurzer Zeit erneut in Frage zu stellen. Vom Standpunkt des Geschädigten und unter dem Gesichtswinkel des Föderalismus wäre es jedoch wünschbar, auch bei Strassenverkehrsunfällen den alternativen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Geschädigten zuzulassen.

SUVA: Gegenstandslos geworden durch Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes. Daneben braucht es keine speziellen Gerichtsstandsregelungen.

VöV: Die Artikel 56 haben einen Mangel: sie vermischen materielles Recht mit Prozessrecht. Insbesondere die Artikel 56b - h scheinen uns fehl am Platz, sie gehören ins Bundeszivilprozessrecht. Wir bevorzugen eine Trennung von materiellem und Prozessrecht. Wenn die Prozessartikel ins HPG einfließen sollten, dann sollen folgende Bemerkungen berücksichtigt werden: Es gilt das Gerichtsstandsgesetz.

Antrag: Beide Artikel sind zu streichen.

341.48 Art. 56a

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Vgl. zu Art. 56.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

VD: Cf. 341.46.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Vgl. zu Art. 56.

Organisationen / organisations / organizzazioni

VöV: Vgl. zu Art. 56.

341.49 Art. 56b*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Gemäss Art. 53 OR ist der Richter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit nicht an ein Urteil des Strafgericht gebunden. Ebenfalls besteht nach geltendem Recht keine Bindung des Zivilrichters an Strafurteile in Bezug auf die Bestimmung des Schadens. Die Ausdehnung dieser sinnvollen Regelung auf alle Bereiche, insbesondere auch auf die Rechtswidrigkeit und Kausalität, welche auch dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit entspricht, wird befürwortet.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Art. 56b VE, wonach der Zivilrichter in Haftpflichtstreitigkeiten in keinem Fall an ein Strafurteil über denselben Sachverhalt gebunden ist, ist positiv zu werten: Er entspricht im übrigen weitgehend dem geltenden Recht. Hingegen kann man sich fragen, ob nicht auch das Verhältnis zu den Verfahren im Bereich der Sozialversicherungen, wo z. B. die Kausalitätsfrage oder der Grad der Erwerbsunfähigkeit beurteilt werden, geregelt werden müsste.

SUVA: Weder im VE noch in der Botschaft wird die Frage beantwortet, wie die Widersprüche und Überschneidungen mit dem Opferhilfegesetz zu handhaben sind. Hat der Strafrichter dem Grundsatz nach gemäss OHG über den Zivilanspruch des Geschädigten entschieden, würde es der Rechtsicherheit widersprechen, wenn der Zivilrichter völlig unabhängig entscheiden könnte. In diesem Punkt bedarf es einer sachgerechten Koordination mit Art. 9 OHG.

SVV: Art. 56b bestimmt das Verhältnis zum Strafrecht. Zu bemängeln ist hier lediglich, dass keine Koordination mit dem Opferhilfegesetz vorgenommen wurde, denn dieses Gesetz auferlegt dem Strafrichter unter gewissen Umständen die Pflicht, über die Zivilansprüche der Geschädigten zu urteilen.

341.50 Art. 56c*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Für den Geschädigten stellt es zweifelsfrei eine sinnvolle Erleichterung dar, dass das Gericht Beweise von Amtes wegen erheben kann, wenn es dies für erforderlich hält. Dadurch kann das Gericht Mängel in der Pro-

zessführung der Parteien ausgleichen oder Beweiserhebungen nachholen, welche eine Partei beispielsweise aus Kostengründen nicht veranlasst hat. Diesbezüglich scheint wesentlich, dass das Gericht für die Kosten der Beweisführung Vorschüsse erheben kann, die es unter anderem unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf die beiden Parteien verteilen kann (Art. 56f VE)

- BL:** Es ist grundsätzlich unbestritten, dass das Gericht in der Würdigung des Sachverhalts frei ist. Die Bestimmung von Art. 56c Abs. 1 zweiter Teilsatz VE OR, gemäss welcher das Gericht an keinerlei prozessrechtliche Beweisregeln gebunden ist, ist jedoch klar abzulehnen. Der vorgeschlagene Gesetzestext führt zu einer Aufhebung der kantonalen Zivilprozessordnungen in diesem Bereich, was nicht erwünscht ist. Art. 56c Abs. 1 VE OR müsste lauten: „Das Gericht ist in der Würdigung des Sachverhaltes frei“. Art. 56c Abs. 2 VE OR sieht neu vor, dass das Gericht Beweise, die es für erforderlich hält, von Amtes wegen erheben kann. Durch diese Bestimmung wird die Eventualmaxime unterlaufen, was eine bedeutende Neuerung darstellt. Bei unbeholfenen Parteien kann es sinnvoll sein, dem Richter durch die Eventualmaxime nicht die Hände zu binden. Die vorgeschlagene Neuerung ist deshalb zu begrüssen. Ein Hinweis des Richters auf ein zusätzliches Beweismittel oder die Beweiserhebung von Amtes wegen würde hier zu einer besseren Verwirklichung des Rechts führen.
- BS:** Die vorgeschlagenen Beweisregelungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie entsprechen weitgehend der bestehenden Rechtslage und Rechtsprechung. Zu begrüssen ist insbesondere, dass keine allgemeine Untersuchungsmaxime eingeführt wird, dass vielmehr das Gericht lediglich die Kompetenz hat, im Einzelfall von sich aus Beweiserhebungen vorzunehmen. Zu befürworten ist insbesondere auch Art. 56d Abs. 2, wonach die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Beweises bemessen werden kann, ermöglicht doch diese Vorschrift sachgerechte Lösungen. Unklar ist jedoch, wieso Art. 56d Abs. 2 den Begriff der „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ einführt, für den Fall, dass der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht werden kann oder der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden kann. Unseres Erachtens wird damit an Stelle des in der Rechtsprechung entwickelten Begriffs der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ unnötigerweise ein neuer Begriff eingeführt. Eine einleuchtende Wahrscheinlichkeit muss zudem nicht überwiegend sein, weshalb so zusätzlich eine über die durch die Rechtsprechung eingeführte Beweiserleichterung hinausgehende Beweiserleichterung eingeführt wird. Im erläuternden Bericht wird der Begriff der „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ denn auch nicht erläutert.
- JU:** Les règles énoncées à l'art. 56c du projet en matière de libre appréciation des faits et d'administration d'office des preuves sont nécessaires en matière de responsabilité civile.
- SO:** Die Regelung in Abs. 2 stellt einen unnötigen Eingriff in das kantonale Zivilprozessrecht dar. Es besteht kein Grund, dass das Gericht ausschliesslich in Haftpflichtprozessen von Amtes wegen Beweise erheben sollte, wenn es dies für erforderlich hält, nicht aber bei andern Prozessthemen. Diese spezielle Prozessmaxime von Bundesrechts wegen lehnen wir ab.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Im Privatrecht besteht der Grundsatz der Verhandlungsmaxime, der besagt, dass es der Partei obliegt, dem Gericht die Entscheidungsgrundlagen zu liefern und zu belegen. Ist die Partei dazu nur ungenügend in der Lage, greift die richterliche Fragepflicht. Zudem kann der Partei ein unentgeltlicher Rechtsvertreter beigegeben werden. Neu sollen dem Richter - über die freie Beweiswürdigung hinaus - zusätzliche Befugnisse eingeräumt werden, die nicht zu mehr Gerechtigkeit führen, sondern eher nicht annehmbare Ermessensspielräume öffnen. Das zeigt zum Beispiel die Aussage, wonach das Gericht trotz seiner Untersuchungsbefugnis im Allgemeinen eine nicht bewiesene „Tatsache“ nicht als bewiesen betrachten könne (Erläuternder Bericht S. 240). Die vorgeschlagene fakultative Officialmaxime ist abzulehnen. Sie ist weder notwendig, noch führt sie zu einer grösseren materiellen Gerechtigkeit. Die Bestimmung wird den Geschädigten nicht davon abhalten, ein Strafverfahren einzuleiten, mit dem (Haupt-)Zweck, sich Beweise zu beschaffen. Der Entscheid, eine Strafuntersuchung zu veranlassen, muss in der Regel wesentlich vor der Einleitung eines Zivilprozesses gefällt werden. Er wird üblicherweise vom Rechtsvertreter des Geschädigten getroffen. Dieser wird sich nicht darauf verlassen (dürfen), dass der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen abklären wird.

Vgl. auch 341.46 vor Art. 56.

Organisationen / organisations / organizzazioni

economiesuisse: Vgl. Art. 56d

SAV: Während Abs. 1 von Art. 56c VE, welcher dem Richter die freie Beweiswürdigung ohne Bindung an prozessrechtliche Beweisregeln zugesteht, Bestätigung verdient, ist Abs. 2 (Beweiserhebung von Amtes wegen) als Quelle von möglichen Konflikten mit der Beweislast des Geschädigten und als ungerechtfertigte Abweichung von der Dispositionsmaxime vorzugsweise zu streichen.

SBVer: Art. 56c Abs. 2 VE zur Möglichkeit der gerichtlichen Beweiserhebung von Amtes wegen erscheint unnötig, da schon in Abs. 1 enthalten.

SPO: Bei medizinischen Haftpflichtfällen, vor allem dann, wenn pflichtwidrige Unterlassungen zur Diskussion stehen, ist dem geschädigten Patienten oder der geschädigten Patientin ein strikter Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden praktisch unmöglich. Beweiserleichterungen sind daher zwingend, wenn der Haftpflichtanspruch für die geschädigten Patientinnen und Patienten nicht reine Makulatur sein soll. Besonders zu begrüssen ist die dem Richter eingeräumte Möglichkeit, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit festzulegen. Es ist in höchstem Masse stossend, bei einem klaren Behandlungsfehler jegliche Haftung zu verneinen, nur weil der medizinische Fachexperte keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, sondern „nur“ eine Wahrscheinlichkeit oder gar Möglichkeit bejahen kann. Ob die Zuweisung des Schadens nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit hier oder im Bereich des Kausalzusammenhangs geregelt werden soll, ist eine

rechtstechnische Frage, die zu beurteilen nicht Sache der SPO ist. Am einen oder andern Ort muss der Gedanke jedoch zum Ausdruck kommen.

Uni ZH Honsell: Inhaltlich ist u.a. Art. 56c Abs. 2 VE bemerkenswert, wonach das Gericht die Beweise auch von Amtes wegen erheben kann. Die Einschränkung der Dispositionsmaxime dient wohl dem Schutz des Geschädigten. Die Möglichkeit der zusätzlichen Beweisaufnahme von Amtes wegen ist auch in einigen kantonalen Prozessgesetzen gegeben.

Uni ZH Meier: In Absatz 1 wird zunächst, wie an vielen anderen Stellen des Bundesrechts, der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* festgehalten. Die Besonderheit liegt in der Formulierung. Während dem, soweit mir bekannt, sonst lediglich gesagt wird, das Gericht habe den Sachverhalt bzw. die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen (z.B. Art. 139 Abs. 1 ZGB, Art. 343 Abs. 3 OR), heisst es hier: „Das Gericht ist in der Würdigung des Sachverhaltes frei *und an keinerlei prozessrechtliche Regeln gebunden*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Diese Formulierung legt es nahe, dass der Entwurf nicht nur den Grundsatz der freien Beweiswürdigung statuieren, sondern zusätzlich auch den sog. „Freibeweis“ im Haftpflichtprozess einführen will. Der Freibeweis, wie ihn das Bundesgericht bisher allein bei der Kinderzuteilung anerkannt hat (BGE 122 I 55), bedeutet: Der Beweis kann mit allen erdenklichen Mitteln erbracht werden. Es gibt keinen „*numerus clausus*“ der zulässigen Beweismittel. Im Weiteren ist das Gericht auch bei Durchführung der Beweisabnahme nicht an vorgegebene Regeln gebunden. Vielmehr kann es frei diejenige Vorgehensweise bestimmen, die am meisten Erfolg verspricht. An einem Beispiel gezeigt, hätte diese im Haftpflichtprozess etwa folgende Konsequenzen: In einem Prozess behauptet eine Partei, dass sie sich wegen dem von der beklagten Partei verursachten Unfall nicht mehr ohne Gehhilfen bewegen könne. Statt der üblichen Beweismittel (Gutachten, Zeugenbefragung, formeller Augenschein in Anwesenheit der Parteien etc.) oder zusätzlich zu diesen, könnte das Gericht die klagende Partei unangekündigt an ihrem Wohnort aufsuchen und/oder die Partei durch einen Dritten heimlich beobachten lassen.

M.E. ist ein solcher Freibeweis ausserhalb der Kinderzuteilung klar abzulehnen. Er verstösst ihn krasser Weise gegen die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien der Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 1 BV; Grundsatz des rechtlichen Gehör).

Vorschlag: Um klarzustellen, dass in Art. 56c Abs. 1 VE nicht neben dem (unproblematischen) Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch der Freibeweis statuiert wird, ist Abs. 1 auf den Satz zu beschränken: „Das Gericht ist in der Würdigung des Sachverhaltes frei“.

Der Vorentwurf will für das Haftpflichtrecht allgemein eine abgeschwächte Untersuchungsmaxime einführen. Nach Abs. 2 „kann“ der Richter von Amtes wegen Beweise erheben. Hierzu ist zu bemerken: M.E. kann man durchaus über eine solche beweisrechtliche Untersuchungsmaxime diskutieren. Wenn man sie bejaht, muss sie aber, wie dies etwa im Kanton Bern der Fall ist (Art. 214 ZPO), für alle Prozess eingeführt werden. Für den Haftpflichtprozess drängt sich keine Sonderlösung auf.

Vorschlag: Art. 56c Abs. 2 VE ist zu streichen. Die Statuierung einer abgeschwächten Untersuchungsmaxime kann und soll hingegen bei Schaffung einer eidgenössischen Zivilprozessordnung für alle Prozesse geprüft werden.

VöV: Uns dünkt die freie Beweiswürdigung und Erhebung deshalb problematisch, weil so die Dispositionsmaxime aufgehoben wird. Das Zivilrecht wird getragen von der Dispositionsmaxime und deren Aufhebung führt zu einem Wegfall der bekannten prozessualen Spielregeln. Zudem sehen wir einen Widerspruch in dem Artikel: Es wird einerseits versucht, die Gerichte zu entlasten. Andererseits führt eben die Aufhebung der Dispositionsmaxime zu einer übermässigen Belastung der Gerichte. Der Artikel gehört ins Prozessrecht, nicht ins materielle Recht.

Antrag: Der Artikel ist zu streichen.

341.51 Art. 56d

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Ein wesentlicher Vorteil des Vorentwurfs liegt darin, dass sich das Gericht mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen und die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen kann (Art. 56d Abs. 2 VE). Diese Regelung dürfte der materiellen Gerechtigkeit zur Durchsetzung verhelfen. Zudem dürfte sie vorprozessuale Vergleichsverhandlungen erleichtern und auch dort zu gerechteren Lösungen führen.

BL: Die vorgeschlagene Gesetzesbestimmung von Art. 56d VE OR ist abzulehnen. In Art. 56d Abs. 2 VE OR ist eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Geschädigten und zu Lasten des Haftpflichtigen vorgesehen. Das Gericht soll sich anstatt eines Beweises mit der „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ begnügen können. Dieser Begriff ist aber nicht definiert und wohl auch nicht definierbar. Auf die Bestimmung ist aus Rechtssicherheitsüberlegungen zu verzichten, denn es ist dem Haftpflichtigen nicht zumutbar, aufgrund unklarer Rechtsbegriffe zur Leistung von Schadenersatz verurteilt zu werden. Es muss klar und objektiv voraussehbar sein, mit welchen Haftpflichtansprüchen man rechnen muss. Es ist nicht einzu- sehen, wieso neben dem von der Rechtsprechung entwickelten Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ noch ein zusätzlicher Begriff eingeführt werden soll.

Ebenfalls in Art. 56d Abs. 2 VE OR ist gar die Möglichkeit des Richters vorgesehen, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen. Dies ist klar abzulehnen. Es entspricht zwar der Rechtswirklichkeit, dass bei Vergleichen die Verteilung der Ersatzleistung letztlich nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit vorgenommen wird. Dieses Ausfeilschen der Höhe der Ersatzleistung darf aber nicht auf die gerichtliche Ebene gehoben werden. Die in Art. 56d Abs. 2 VE OR vorgeschlagenen Neuerungen wirken sich wie eine Beweislastumkehr aus, was den Grundprinzipien des Haftpflichtrechts widerspricht.

BS: Vgl. zu Art. 56c

FR: Ad al. 2 phr. 1: Cette disposition mélange deux choses différentes - le degré de la preuve et l'appréciation des preuves -, qui relèvent de voies

de recours différentes (recours en réforme et recours de droit public au Tribunal fédéral). De plus, on ne peut pas admettre une preuve facilitée lorsque les moyens de preuve font défaut seulement dans le cas particulier, et non par nature pour le fait en question.

Ad al. 2 phr. 2: Cette disposition permettrait au juge de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. Compris selon sa lettre, ce texte revient à admettre des pourcentages de responsabilité (une expertise reconnaissant un rapport de causalité de 70% donnerait droit à une réparation de 70%). On peut concevoir ce marchandage entre assureurs, mais pas dans un jugement. Pourtant, il ne semble pas que cela corresponde à ce qu'avaient en vue les experts, qui citent comme exemple le cas de deux responsables dont on n'arrive pas à déterminer lequel l'est vraiment, avec la possibilité pour le juge de les condamner tous, par moitié (pas de solidarité?) (rapport explicatif, p. 245).

En conclusion, le texte proposé ne correspond pas aux situations qu'il est censé régler et pourrait être appliqué dans un sens qui n'a pas été voulu. Si certaines situations très particulières (causalité alternative...) nécessitent une réglementation particulière, il faut le prévoir expressément pour elles.

JU: Les dispositions concernant l'allègement du fardeau de la preuve (art. 56d) sont nécessaires.

Toutefois, on peut émettre deux réserves concernant l'art. 56d, al. 2. En premier lieu, il n'est pas parfaitement clair que l'al. 2 s'applique également au défendeur. En effet, l'al. 1 ne traite que de la personne qui demande réparation et l'al. 2 constitue la suite logique de cet al.. Il conviendrait donc de préciser ce point.

En second lieu, la formulation de l'al. 2 in fine nous paraît maladroite. De notre point de vue, il est nécessaire et légitime de ne pas exiger de la personne lésée une preuve absolue du dommage ainsi que du rapport de causalité et de s'en tenir à la simple vraisemblance, comme le permet l'art. 56d, al. 2, première phrase.

En revanche, nous sommes défavorables à l'idée que le juge puisse fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. En effet, cette règle laisse à penser qu'en cas de doute du juge, ce dernier pourra tout de même condamner une personne à réparer une partie du dommage. Or, nous trouvons que cette disposition est un peu particulière. En effet, soit on considère qu'une personne est responsable d'un dommage et elle doit réparer en fonction de l'importance de sa responsabilité, soit on considère que la preuve de sa responsabilité n'a pas pu être apportée avec suffisamment de vraisemblance et, dans ce cas, elle doit être libérée de toute obligation de réparer.

Dès lors, l'obligation de réparer une partie du dommage ne se fonderait plus nécessairement, comme actuellement, sur la gravité de la faute (art. 43, al. 1), mais sur le degré de vraisemblance, ce qui nous semble pour le moins discutable. On ne peut, à notre avis, même dans le but de protéger la victime d'un dommage, obliger une personne à réparer une partie de ce dernier au motif qu'elle est „probablement responsable“.

LU: Abs. 1: Der Nachweis der Voraussetzungen der Haftpflicht liegt grundsätzlich bei der geschädigten Person. In der Aufzählung fehlt insbesondere der Nachweis des Verschuldens und allfälliger weiterer Voraussetzungen der Haftpflicht.

Abs. 2: Der Begriff „einleuchtende Wahrscheinlichkeit“ ist auslegungsbedürftig und allzu offen. Er kommt in der bisherigen Rechtsprechung und Lehre nicht vor. Der Grad der erforderlichen Wahrscheinlichkeit, die eine Haftung begründen kann, sollte klarer formuliert werden.

NE: La codification de la pratique jurisprudentielle de la vraisemblance convaincante nous satisfait pleinement. Elle permet aux tribunaux de résoudre les cas complexes de causalité.

Ce qui a également retenu notre attention, c'est la possibilité donnée aux tribunaux de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. L'idée nous paraît bonne et suffisamment souple dans son application. Cette norme donne au juge les moyens d'évaluer équitablement le montant du dommage, même si celui-ci n'a pas pu être établi de manière exacte.

SG: Mit dem in Art. 56d Abs. 2 verwendeten neuen Begriff der „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ wird im Ergebnis das Beweismass stärker gesenkt als nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes. Des Weiteren werden die Gerichte kaum in der Lage sein, den Grad der Wahrscheinlichkeit in der Weise zu bestimmen, dass entsprechend ein Schadenersatz zugesprochen werden kann. Wir schlagen daher vor, Art. 56d Abs. 2 wie folgt zu ändern:

„²... nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit einer *überwiegenden und erheblichen* Wahrscheinlichkeit begnügen. ____“

SO: Wenn sich das Gericht nach Abs. 2 mit dem Anscheinsbeweis begnügt, darf es die Ersatzleistung neu nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen. Diese besondere Regelung für Haftpflichtprozesse wird es den Gerichten erleichtern, sachgerechte Lösungen zu finden, die beide Parteien akzeptieren können. So ist es z.B. im Falle eines Ökoschadens den Geschädigten oft nicht zumutbar, den vollständigen Beweis zu erbringen. Wir stimmen dieser Regelung zu, weil sie im Bereich der Haftpflichtprozesse sinnvoll und notwendig ist. Deshalb kann dieser Eingriff in das kantonale Zivilprozessrecht hingenommen werden. Allerdings denken wir nicht, dass die neue Regelung in den im Kurzkomentar erwähnten Beispielen alternative Kausalität und „perte d'une chance“ anzuwenden wäre (Seiten 25 f.).

SZ: Zu opponieren ist der Bestimmung von Art. 56d Abs. 2, Teilsatz 2 OR VE, wonach die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen werden kann. Wenn in Ausnahmefällen für den Beweis des Schadens und des Ursachenzusammenhangs einleuchtende Wahrscheinlichkeit genügen soll (der Begriff „einleuchtend“ erscheint allerdings eher unglücklich), so ist prozessual der Beweis erbracht und es besteht kein Grund, die Ersatzleistung nicht in vollem Umfange zu bemessen. Mit der Bestimmung von Art. 52 OR VE, wonach die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände zu bemessen ist, hat das Gericht die Möglichkeit, allenfalls in besonderen Situationen von der vollen Ersatzleistung abzuweichen.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

TI: Nel capitolo dedicato alla procedura e alle prove (art. 56 e segg. AP) l'art. 56d AP concerne l'onere della prova e il grado di accertamento dei fatti. La norma prevede che chi pretende un risarcimento ha il compito di provare il danno e il nesso causale adeguato. Il capoverso 2 - riprendendo il principio dell'art. 42 cpv. 2 CO - prevede che, *se la prova non può essere fornita con certezza o se la sua assunzione non può essere ragionevolmente pretesa da chi ne ha l'onere, il giudice può accontentarsi di una verosimiglianza convincente*; aggiunge poi che questi può inoltre *commisurare l'ammontare del risarcimento in funzione del grado di verosimiglianza*. È a quest'ultimo principio che intendiamo rivolgere la nostra attenzione. Si tratta - come spiega il Breve commento - di una „novità materiale", intesa a svincolare il giudice dall'alternativa del *tutto o niente*, favorendo possibili soluzioni eque. Sennonché, pur essendo manifesto l'aspetto positivo della norma, ossia che essa è destinata ad ampliare le possibilità di risarcimento della persona lesa, non appare affatto chiaramente come si possa parlare di soluzione „equa“ se - accertato soltanto che il responsabile appartiene a una cerchia determinata ma non è individuato con certezza - il giudizio sulla responsabilità può venir esteso a tutti i soggetti della stessa cerchia (cfr. esempio delle tre imprese chimiche situate lungo lo stesso fiume). Il Rapporto esplicativo (pag. 244 e 245) conferma i termini di questa nuova competenza del giudice che appare condivisibile senza difficoltà quando il grado di verosimiglianza dei presupposti da provare concerne un determinato convenuto. Per contro, nel caso di una pluralità di persone eventualmente responsabili, non è chiaro se l'AP intenda applicare a ognuna di esse il criterio della responsabilità secondo il grado di verosimiglianza, oppure se la facoltà del giudice, data la verosimiglianza a carico non di tutti, ma di un soggetto non individuato fra le persone indicate, sia quella di poter caricare a ognuno una parte uguale di responsabilità (... *à défaut d'indices significatifs, de condamner chacune des défenderesses à indemniser les victimes par moitié*: Rapporto esplicativo, pag. 245). Stando le cose effettivamente così, ci si trova di fronte a una forma del tutto nuova di risarcimento che - proprio perché corrispondente a una concezione dell'equità altrettanto nuova - suscita qualche legittima preoccupazione.

VD: L'art. 56d al. 2 AP: Le Conseil d'Etat s'oppose à l'introduction de cette disposition qu'il juge inutile, car elle fait double emploi avec l'art. 4 CC. En outre, dans le cadre de la libre appréciation des preuves, le juge est autorisé à admettre un fait comme démontré, lorsque son existence est la plus vraisemblable, selon l'expérience générale de la vie. Il est donc inutile d'introduire un critère tel que la „vraisemblance convaincante“ dans ce projet, notion qui se rapproche de celle de „vraisemblance prépondérante“, établie par la jurisprudence en matière d'assurances sociales. Or, si une telle institution se justifie dans ce dernier domaine, qui est régi par les maximes d'office et inquisitoriale, il est douteux qu'elle soit compatible avec la résolution d'un conflit de droit privé, dans lequel le juge se borne en principe à examiner les moyens de preuve apportés par les parties.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Der Umstand, dass es für die Geschädigten schwierig sein kann, den Sachverhalt nachzuweisen, rechtfertigt die vorgesehenen Beweiserleichterungen.

terungen nicht. Der Richter soll sich mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfen, wenn der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht oder der Partei die Beweisführung nicht zugemutet werden kann. Die Begriffe „unzumutbar“ und „einleuchtend“ lassen, weil zu unbestimmt und ungenau - sie müssen nämlich von Fall zu Fall bestimmt werden (Erläuternder Bericht S. 243/244) - zu viel Ermessensspielraum offen und führen zu einer Rechtsunsicherheit. Die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bestimmen, tönt zwar verlockend. Zu entscheiden, ob die Wahrscheinlichkeit 70,75 oder 80% beträgt, dürfte sich aber als ausserordentlich schwierig herausstellen.

Der Entscheid bleibt letztlich ein Werturteil und in einem gewissen Masse willkürlich. Die Bestimmung kann auch dazu führen, dass eine „mögliche haftpflichtige Person“ unter dem Motto „Solidarität mit dem Opfer“ zu Schadenersatzleistungen verpflichtet wird. Die Bestimmung kann im Übrigen gerade im Bereich der ärztlichen Haftung zu stossenden Ergebnissen führen.

Vgl. auch 341.03 zu Art. 43 und 341.46 vor Art. 56.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die weitgehend die heutige Rechtsprechung kodifizierenden Beweiserleichterungen sind nach unserer Ansicht sachlich begründet. Neu ist die Möglichkeit einer Bemessung des Schadenersatzes nach dem Grad der (einleuchtenden) Wahrscheinlichkeit (Art. 56d Abs. 2). Dies erscheint sachgerecht mit Blick auf den das Haftpflichtrecht beherrschenden Grundsatz der Billigkeit (heute über den Begriff der Adäquanz zu erreichen). Sie stellt allerdings mit der Abkehr der Kongruenz von Beweis und (voller) Schuldpflicht ein Novum im Schuldrecht dar, das aber sachlich zu rechtfertigen ist. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung bei Multikausalitäten nicht unproblematisch ist, und dass der Begriff der „einleuchtenden Kausalität“ vielleicht nicht gerade der aussagekräftigste ist. Allenfalls wäre es sinnvoller, von „überwiegender Kausalität“ zu sprechen, womit gleichzeitig klargestellt wäre, dass eine Wahrscheinlichkeitshaftung erst mit einer Haftungsquote von über 50 % einsetzt.

Richtig ist, den Grundsatz von OR 42 Abs. 2 über den Schadensnachweis beizubehalten (Art. 56d Abs. 3). Die Bestimmung spielt namentlich in Fällen wettbewerbsbezogener Schädigungen (z.B. unlauterer Wettbewerb durch Herabsetzung eines Konkurrenten) eine wichtige Rolle, wo ein konkreter Schaden kaum je mit der erforderlichen quantitativen Bestimmtheit nachzuweisen ist.

LPS: Nous sommes tout à fait opposés à l'allégement de la preuve prévu à l'alinéa 2 de cet article. Pour déduire un droit, la preuve est une condition préalable et nécessaire. N'exiger que la vraisemblance constitue une entorse inadmissible à ce principe et, là aussi, à entraîner une évolution du droit basée sur la pratique judiciaire et non sur la volonté du législateur. Pour ce point aussi, le problème se posera de l'aptitude à juger de la vraisemblance du dommage. L'une des personnes consultées nous a même indiqué que, si elle était mise en œuvre, cette disposition pourrait devenir le „coffre-fort“ des avocats!

SP: Ein wesentliches Hindernis für den Geschädigten bestand bislang darin, dass er nach dem sog. Alles oder nichts-Prinzip mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen hatte, dass der von ihm geltend gemachte Schaden auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen sei. Art. 56d mildert nun einerseits die Beweislast, indem es sich für den Kausalitätsnachweis mit einer „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ begnügt und damit den sog. Anscheinsbeweis zulässt. Auf der andern Seite darf der Richter neu im Sinne der angelsächsischen Praxis die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit (Verursachungsanteil) bemessen. Nach bisherigem Recht konnte der Richter bei sog. multikausalen Verursachungszusammenhängen nach Billigkeit auch Personen haften lassen, denen die ausschliessliche Verursachung des Schadens nicht nachgewiesen werden konnte. Die Haftung nach dem Verursachungsanteil, könnte insbesondere im Arzthaftpflichtprozess, wo die bestehende Krankheit stets eine konkurrierende Ursache bildet, oder im Umwelthaftungsprozess die Stellung des Geschädigten wesentlich verbessern. Wo allerdings regelmässig von komplexen Verursachungszusammenhängen auszugehen ist, und in der Praxis die Eruiierung des individuellen Schädigers generell schwer fällt, z.B. in gewissen Bereichen der Umwelthaftung, sollte zum Instrument des verursacherfinanzierten Schadenfonds übergegangen werden.

Die Einführung des sog. Anscheinsbeweises (Art. 56d VE) stellt eine Milderung der Beweislast zugunsten des Geschädigten dar. Der Gesetzesentwurf geht hier aber nicht weit genug. In der Praxis der Arzthaftung ist z.B. anerkannt, dass eine Beweislastumkehr auch bei Beweisvereitelung durch den Schädiger erfolgen soll, ferner bei Nachweis der Verletzung einer objektiv gebotenen Sorgfalts- oder Organisationspflicht, oder einer Gefährdung, die an sich geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu bewirken. In all diesen Fällen sollte der Entlastungsbeweis dem Schädiger obliegen. Entsprechende Grundsätze sind z.B. in der Arzt- und Spitalhaftung entwickelt worden. Für die Verteilung der Beweislast sollte neben dem in Art. 8 ZGB verankerten Grundsatz, wonach derjenige eine Tatsache nachzuweisen habe, der aus ihr Rechte ableitet, auch der Grundsatz verstärkt Geltung haben, dass beweispflichtig ist, wer die entsprechenden Tatsachen gesetzt bzw. beweismässig darüber verfügt, z.B. der Arzt oder das Spital über die Krankengeschichte.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: Nun ermöglicht Art. 56d Abs. 2 dem Geschädigten den Anscheinsbeweis. Es wäre aber unbillig, wenn dem so belangten Schädiger für die Entlastung und für allfällige Rückgriffsforderungen der Anscheinsbeweis nicht ebenfalls zustände. Kann der Unfallhergang nur mit Wahrscheinlichkeit ermittelt werden, so muss das für alle Beteiligten gelten. Schliesslich besteht ja die Möglichkeit, den Schadenersatz nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, also nicht entweder voll oder gar nicht zuzusprechen.

economiesuisse: Die geltende Rechtssprechung trägt Beweisproblemen bereits ausreichend Rechnung, in dem sie den Beweis der „überwiegenden“ Wahrscheinlichkeit zulässt. Der Vorentwurf sieht jedoch eine weitere Beweiserleichterung vor, kann sich das Gericht doch mit einer „einleuchten-

den“ Wahrscheinlichkeit begnügen, was auch reine Möglichkeiten einer Schädigung mit einschliesst. Damit würde die Haftung ins Uferlose ausgeweitet und zu einer Verdachtshaftung führen. Die Leidtragenden wären nicht zu letzt die Klein- und Mittelunternehmen. Das Haftpflichtrecht darf nicht zu einer generellen Lähmung unternehmerischen Handelns führen. Zudem würde das Haftpflichtrecht seine sicherheitstechnische Bedeutung in diesem Aspekt teilweise verlieren.

Die vorgeschlagene massive Erleichterung der Beweislast und –führung ist bezüglich weiter Bereiche des Vertrags- und Haftpflichtrechts nicht akzeptabel. Bei einer extensiven Auslegung wäre sie eine der folgenschwersten Änderungen. Falls überhaupt, kann eine solche Erleichterung für einzelne seltene Fälle in Betracht gezogen werden, sofern ihr Ausnahmecharakter sowie die Beschränkung auf spezielle Anwendungsbereiche deutlich geregelt wird.

FRI: Ad art. 56d al. 2.

Cet alinéa nous paraît extrêmement pernicieux et doit être combattu. Le fait qu'un tribunal puisse se contenter d'une vraisemblance convaincante d'un dommage nous paraît ouvrir la porte à des dérives inacceptables.

La preuve du dommage, en tant que point central de la législation actuelle, doit absolument être maintenue. Il est inadmissible de lier l'étendue de la réparation d'après un quelconque degré de vraisemblance tel que proposé dans le projet.

HEV: Auch diese prozessrechtliche Bestimmung unterstreicht die Tendenz der ganzen Revisionsvorlage, die Haftung sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht zulasten des Verursachers auszudehnen. Die Möglichkeit, dass sich der Richter bei der Beweisführung mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begründen und die Ersatzleistung nach dem Grad der *Wahrscheinlichkeit* bemessen kann, bringt gerade auch dem Hauseigentümer erhebliche Nachteile, stellt er doch dank seines Grundbesitzes einen sicheren Wert für den Geschädigten dar und wird von diesem schnell einmal (ohne hinreichende Beweisführung) belangt werden.

Pro natura: Vgl. SP.

SAV: Die Formulierung von Abs. 1 von Art. 56d VE über die Beweislast ist unbefriedigend; generell hat die Person, die Schadenersatz beansprucht, alle anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen.

Auch Abs. 2 Satz 1 müsste neu wie folgt formuliert werden:

„Kann der strikte Beweis nicht erbracht werden oder kann der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen.“

Satz 2 (Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit) scheint vorab den Kausalzusammenhang zu betreffen. Es fragt sich, ob es richtig ist, die Idee der „perte d'une chance“ hier im Zusammenhang mit Beweislast und Anscheinsbeweis zu regeln.

SBV: Die Regelung, wonach das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit bemessen kann, erachten wir als sehr problema-

tisch. Dies könnte dazu führen, dass bei einer Gewässerverschmutzung, deren Ursache mit grosser Wahrscheinlichkeit von der Tätigkeit eines Landwirtschaftsbetriebes herrührt, der verursachende Betrieb aber nicht gefunden wird, alle Landwirtschaftsbetriebe im Einzugsgebiet des Gewässers anteilmässig belangt werden können.

Wir beantragen in Art. 56d Abs. 2 den Satzteil, „ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen“, ersatzlos zu streichen.

SBVer: Die Beweislast ist nur in Bezug auf Schaden und Kausalzusammenhang, nicht jedoch auf das Verschulden explizit geordnet. Insoweit schiene uns eine Präzisierung sinnvoll, wobei es u.E. nicht angehe, dem Haftpflichtigen die Exkulpation aufzuerlegen, wie sie ihm heute in der Vertragshaftung obliegt (Art. 97 OR) und nur aus der freiwillig eingegangenen, vertraglichen Beziehung der Parteien begründet werden kann. Dass die Beweislast des Geschädigten auch für das Verschulden des Haftpflichtigen unmittelbar aus Art. 8 ZGB folgt (Guhl, OR 9. Aufl., S. 197, RZ 50-51), ist kein Grund, auf eine solche Präzisierung zu verzichten, denn auch die Beweislast für Schaden und Kausalzusammenhang folgte dann schon aus Art. 8 ZGB. Dass bereits der Text des heutigen Art. 42 Abs. 1 OR diese unechte Lücke aufweist, ist kein Grund dagegen, sie jetzt zu schliessen.

SGB: Vgl. SP.

SGCI: Art. 56d Abs. 2 VE sieht vor, dass das Gericht sich mit einer „einleuchtenden“ Wahrscheinlichkeit begnügen kann, wenn der Beweis des Schadens oder jener des Ursachenzusammenhangs nicht mit Sicherheit erbracht werden oder dem Geschädigten nicht zugemutet werden kann. Die SGCI ist sich bewusst, dass gewisse Schäden schwierig zu beweisen sind. Die geltende Rechtsprechung trägt diesem Problem jedoch bereits ausreichend Rechnung, in dem sie vereinzelt den Beweis der „überwiegenden“ Wahrscheinlichkeit zulässt. Der Vorentwurf sieht jedoch eine weitere Beweiserleichterung vor, kann sich das Gericht doch mit einer „einleuchtenden“ Wahrscheinlichkeit begnügen. Diese Formel ist in sich widersprüchlich. Entweder ist eine Tatsache einleuchtend oder sie ist wahrscheinlich. Einleuchtend kann auch eine Möglichkeit sein. Die blosser Möglichkeit einer Schadensverursachung kann aber unmöglich zu einer Haftungszurechnung führen, ansonsten die Haftung ins Uferlose ausgeweitet wird.

Die SGCI stellt sich mit Nachdruck gegen eine weitere Abschwächung und Verwässerung der Anforderungen an den Nachweis des Schadens bzw. des Ursachenzusammenhangs. Ansonsten besteht die Gefahr, dass frivolen Klagen Tür und Tor geöffnet wird. Der Sinn des Haftpflichtrechts kann nicht in einer Verdachtshaftung liegen. Aus diesen Gründen ist die vorgeschlagene Beweisregel abzulehnen.

Die SGCI steht andererseits der Möglichkeit der Bemessung der Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit positiv gegenüber. Dies erlaubt dem Gericht eine dem Einzelfall angemessene Verteilung der Schadenskosten vorzunehmen.

SGV: Ein weiteres Zeichen der der Revisionsvorlage zugrunde liegenden Tendenz ist auch diese prozessrechtliche Bestimmung. Die Haftung soll auch

hier in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht zulasten des Verursachers ausgedehnt werden. Die in Artikel 56d Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit, dass sich der Richter bei der Beweisführung mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begründen und die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen kann, widerspricht den in unserer Rechtsordnung verankerten Grundsätzen.

SPO: Vgl. zu Art. 56c

SUVA: Der in Abs. 2 dieser Bestimmung verwendete Begriff der „einleuchtenden“ Wahrscheinlichkeit ist heute nicht gebräuchlich. Es ist unklar, ob und gegebenenfalls inwiefern er sich von der heute bekannten „überwiegenden“ Wahrscheinlichkeit unterscheidet. Um unnötige Verwirrung zu verhindern, ist der Begriff der „überwiegenden“ Wahrscheinlichkeit vorzuziehen.

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, stellt sich uns die Frage, ob damit in gewissen Fällen nicht der Grundsatz der Solidarität in Frage gestellt wird. Wir beantragen daher, im Gesetz klar zu regeln, in welchen Fällen anstelle der solidarischen Haftung eine Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit in Frage kommt (alternative Kausalität, statistisch nachgewiesene Verursacher- und Marktanteile). Es kann sich nach unserem Dafürhalten nur um jene Fälle handeln, in denen dem Geschädigten ein strikter Nachweis der Kausalität gegen jeden einzelnen Beklagten nicht möglich ist und er deswegen nach dem Prinzip „alles oder nichts“ leer ausgehen würde.

SVR: La notion de „vraisemblance convaincante“ qu'introduit l'al. 2 de cette disposition paraît peu adéquate. En effet, le juge ne saurait se contenter, au moment de les apprécier selon son intime conviction, de preuves qui ne seraient qu'à moitié rapportées devant lui. La présomption de fait touchant le dommage ou le rapport de causalité, en cas de difficulté dans l'établissement de la preuve, constitue une atteinte à la sécurité du droit et ouvre la porte à l'arbitraire. La solution actuelle, consistant pour le juge à déterminer ex aequo et bono le montant du dommage lorsque celui-ci ne peut être établi avec exactitude (cf. art. 42 al. 2 CO), paraît à cet égard nettement préférable. C'est la seule qui soit compatible avec la liberté dont jouit le juge dans l'appréciation des preuves, que celles-ci soient strictes ou fondées sur la vraisemblance voir sur des indices.

SVV: Antrag:

Beweismass Art. 56d (neu)

Abs. 1: Kann der Beweis der Haftungsvoraussetzungen nicht mit Sicherheit erbracht oder kann der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen.

Abs. 2: Steht mit Sicherheit oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass von mehreren Beteiligten Einzelne, die sich nicht ermitteln lassen, den Schaden verursacht haben, so kann das Gericht die Haftung für alle Beteiligten bejahen. Die Beteiligten haften dem Geschädigten für

den ganzen Schaden solidarisch; die Aufteilung im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten erfolgt nach Köpfen.

Abs. 3: Können die Folgen des haftungsbegründenden Ereignisses nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden, so kann das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen.

Abs. 1 ist eine Bestätigung von Art. 8 ZGB. Diese Wiederholung ist überflüssig. Wir beantragen deshalb die *Streichung*.

Abs. 2 regelt zwei verschiedene Tatbestände (einleuchtende Wahrscheinlichkeit bei der Beweisführung und Bemessung der Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit). Diese Mischung ist der Klarheit abträglich. Fraglich bleibt auch der Anwendungsbereich. Schliesslich fehlt ein Hinweis auf die alternative Kausalität.

Wir beantragen deshalb die Streichung der vorgeschlagenen Bestimmung und schlagen stattdessen eine komplette Neufassung mit dem Titel Beweismass vor.

Abs. 1 unseres neuen Vorschlages regelt den Sachverhalt, wenn der Beweis nicht mit voller Sicherheit erbracht werden kann. Die vorgeschlagene Formulierung deckt sich mit der heutigen Praxis. Sie vermeidet den unklaren Begriff der einleuchtenden Wahrscheinlichkeit. Das Abstellen auf die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ deckt sich überdies mit der Terminologie der geltenden Schadenpraxis namentlich im UVG. Um sämtliche Zweifel über den Umfang des Beweises auszuräumen, schlagen wir im gleichen Sinne vor, das Beweismass auf alle Haftungsvoraussetzungen auszudehnen.

In unserem neuen Abs. 2 schlagen wir im Interesse der Rechtssicherheit eine ausdrückliche Regelung der alternativen Kausalität vor. Danach soll das Gericht die Haftung für alle Beteiligten bejahen, wenn mit Sicherheit oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass von mehreren Beteiligten Einzelne, die sich nicht ermitteln lassen, den Schaden verursacht haben. Die Beteiligten haften dem Geschädigten gegenüber für den ganzen Schaden solidarisch, wobei die Aufteilung im Innenverhältnis nach Köpfen erfolgt.

In unserem neuen Abs. 3 wird schliesslich der Gedanke übernommen, dass das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen kann. Dem Gericht wird die Möglichkeit eingeräumt, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, wenn die Folgen des haftungsbegründenden Ereignisses nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden können. Die im Vorentwurf enthaltene Bestimmung in Abs. 3 behandelt dagegen einen Tatbestand der Schadensberechnung (vgl. dazu unseren Vorschlag zu Art. 45f).

SWISSGAS: Neu soll beim Kausalitätsbeweis eine Beweiserleichterung eingeführt werden. Das Gericht soll die Ersatzleistung am Grad der Wahrscheinlichkeit der Kausalität einer bestimmten Ursache für den eingetretenen Schaden bemessen können. Dies ist nicht unproblematisch, da die Haftungsvoraussetzung der Kausalität, welche gerade im Bereich der Gefährdungshaftungen eine eminente Rolle spielt, ein Stück weit relativiert wird. Neu soll sich das Gericht mit einer „einleuchtenden“ Wahrscheinlich-

keit begnügen dürfen, dass eine potentiell haftungsbegründende Ursache für den eingetretenen Schaden tatsächlich kausal sein könnte. Abgesehen davon, dass dieser Grad der Wahrscheinlichkeit nicht objektiv fassbar ist, erweckt auch der Wortlaut von Art. 56d Abs. 2 letzter Halbsatz des Entwurfs („ferner kann es [das Gericht] die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen“) Bedenken, kann diese Bestimmungen doch durchaus dahin ausgelegt werden, dass auch eine noch so kleine Wahrscheinlichkeit Ersatzansprüche begründen kann. Diese Aufweichung des Kausalitätsbeweises ist problematisch. Am Anspruch auch des potentiellen Schädigers, dass nur volle richterliche Überzeugung für den Kausalitätsbeweis ausreichen soll, ist festzuhalten.

UniZH Honsell: Art. 56d Abs. 1 VE regelt die Beweislastverteilung. Danach obliegt der Beweis des Schadens des Ursachenzusammenhangs dem Geschädigten. Dabei handelt es sich einmal mehr um eine Vorschrift, die mehr Fragen aufwirft als sie beantwortet. Kann aus dieser Bestimmung gefolgert werden, dass das Verschulden (und – praktisch nicht bedeutsam, da es sich um eine Rechtsfrage handelt – die Widerrechtlichkeit) e contrario vom Geschädigten *nicht* zu beweisen ist? Dies ist wohl anzunehmen, weil die Regelung andernfalls überflüssig wäre. Eine Beweislast seitens des Geschädigten bezüglich sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen würde sich schon aus Art. 8 ZGB ergeben. Geht man also davon aus, dass der Geschädigte das Verschulden nicht zu beweisen hat, bedeutet dies eine Verallgemeinerung der Vermutung des Art. 97 Abs. 1 OR. Die Verschuldensvermutung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR ist zwar für die *vertragliche* Haftung durchaus sachgerecht, weil hier eine Sonderbeziehung besteht und sich der Schädiger zur Erbringung einer Leistung verpflichtet hat. Erbringt er sie nicht oder schlecht, hat er sein Versprechen nicht gehalten und soll grundsätzlich dafür einstehen müssen. Es ist an ihm, sich zu entlasten. Bei der deliktischen Haftung hat sich der Schädiger jedoch zu nichts verpflichtet. Wer von ihm Geldersatz fordert, sollte alle Voraussetzungen hierfür nachweisen müssen. Auch an diesem Beispiel zeigt sich, dass die unterschiedliche Regelung der vertraglichen und der deliktischen Haftung in vielen Bereichen durchaus ihre Berechtigung hat und eine Vereinheitlichung nicht unbedingt zu einer Verbesserung führt.

Eine fragwürdige Norm ist schliesslich Art. 56d Abs. 2 Satz 2 VE. Danach kann das Gericht die Ersatzleistung nach dem *Grad der Wahrscheinlichkeit* der Schadensverursachung bemessen. Auch bei geringerer statistischer Wahrscheinlichkeit wäre danach wenigstens prozentuell Ersatz zu leisten (So hat etwa der englische Court of Appeal, Ersatz für den vertragswidrigen Ausschluss von einem Schönheitswettbewerb bei 60 Bewerbern zugebilligt (Chaplin v. Hicks, King's Bench Division 1911/2, 786, 796; s. dazu ROBERTO, Schadensrecht (1997); während der deutsche Bundesgerichtshof (NJW 1983, 442) einen Anspruch wegen rechtswidrigen Ausschlusses von einem Architektenwettbewerb bei 42 Bewerbern verneint hat). Man hat darauf hingewiesen, dass die kleine Chance eines grossen Gewinns und die grosse Chance eines kleinen Gewinns ökonomisch gleichwertig sind. Trotzdem ist – entgegen dem Entwurf – die juristische Wertung richtig, dass nur bei hoher Wahrscheinlichkeit Ersatz zu gewähren ist. Andernfalls würde der allgemeine Grundsatz aufgehoben,

dass der Schaden bewiesen sein muss, wenn das Gericht zu einer Verurteilung gelangen soll. Die Vorschrift normiert eine Art „Verdachtshaftung“; das ist abzulehnen. Bei Beweisschwierigkeiten kann dem Geschädigten geholfen werden, indem man einen Anscheinsbeweis zulässt (Art. 56d Abs. 2 Satz 1 VE). Wird aber selbst der nicht erbracht, ist eine Haftung abzulehnen.

Uni ZH Meier: Beweislastverteilung

Nach dem Vorentwurf trägt der Geschädigte auch bei der vertraglichen Haftung grundsätzlich die Beweislast für sämtliche Haftungsvoraussetzungen. Für den Schaden und den Kausalzusammenhang (neu: „Ursachenzusammenhang“) wird dies ausdrücklich in Art. 56d Abs. 1 VE festgehalten. Für die übrigen Haftungsvoraussetzungen ergibt sich dies aus der allgemeinen Beweislastnorm in Art. 8 ZGB.

Nach dem Konzept des Entwurfes soll also der Geschädigte im Grundsatz die volle Last des im Haftpflichtprozess oft schwierigen Beweises tragen. Als grosse Erleichterung für die geschädigte Person soll allerdings, wie sogleich unter c) zu besprechen sein wird, weitgehend auf den Vollbeweis verzichtet werden.

M.E. befriedigt diese „monistische“ Lösung der Beweisprobleme über den Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht. Vielmehr hätte statt dessen auch eine ausgewogene Verteilung der Beweislast auf beide Parteien in Erwägung gezogen werden müssen. Insbesondere ist nicht verständlich, wieso die schädigende Partei nicht wenigstens wie bisher die Beweislast für das Verschulden bei der vertraglichen Haftung tragen soll (Art. 97 OR). Im Weiteren sind die vor allem von der deutschen Lehre entwickelten Vorschläge für Beweislastregeln im Haftpflichtrecht auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen.

Vorschlag: Statt der einseitigen Beweislastverteilung an die geschädigte Person ist nach einer ausgewogenen Verteilung der Beweislast auf beide Parteien zu suchen und entsprechend Art. 56d Abs. 1 neu zu fassen.

Wahrscheinlichkeitsbeweis („Anscheinsbeweis“)

Der *Wahrscheinlichkeitsbeweis* in Art. 56d Abs. 2 und Abs. 3 VE bringt an sich nichts grundsätzlich Neues. Für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden ist schon heute in Art. 42 OR ein Wahrscheinlichkeitsbeweis vorgesehen. Lehre und Praxis haben diesen sodann auch für den Kausalzusammenhang bejaht (z.B. BGE 107 II 269).

Unklar ist allerdings, ob der „Anscheinsbeweis“, wie der Wahrscheinlichkeitsbeweis nach Art. 56d Abs. 2 im Randtitel genannt wird, für alle Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung, d.h. auch für den Sachverhalt betreffend Verschulden, Widerrechtlichkeit und Vertragsverletzung geltend soll. Die Systematik des Artikels spricht eher dagegen. In Absatz 1 werden lediglich der Schaden und der Ursachenzusammenhang erwähnt. Die Experten scheinen laut den Erläuterungen eher von der gegenteiligen Annahme auszugehen.

M.E. ist eine Ausdehnung des Wahrscheinlichkeitsbeweises auf sämtliche Haftungsvoraussetzungen klar abzulehnen. Betreffend Verschulden, Widerrechtlichkeit und Vertragsverletzung stellen sich keine über das

übliche Mass hinausgehenden Beweisprobleme, die eine Sonderbehandlung rechtfertigen würden.

Nebenbei ist im Übrigen anzumerken, dass m.E. auf den unklaren Begriff des Anscheinsbeweises im Randtitel verzichtet werden sollte. Statt dessen ist direkt der anschauliche Begriff des „Wahrscheinlichkeitsbeweises“ oder des „Beweismasses“ zu verwenden.

Vorschlag: In Art. 56d Abs. 2 VE ist klarzustellen, dass sich der Wahrscheinlichkeitsbeweis allein auf Schaden und Kausalzusammenhang bezieht. Im Weiteren ist der Begriff des „Anscheinsbeweises“ durch einen anderen Begriff (Wahrscheinlichkeitsbeweis oder Beweismass) zu ersetzen.

Ersatz des Schadens nach Grad der Wahrscheinlichkeit

Geradezu revolutionär ist ohne Zweifel die Bestimmung in Absatz 2 mit dem Wortlaut: „*ferner kann es (gemeint das Gericht) die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen*“. Damit ist gemäss den Erläuterungen folgendes gemeint: Das Gericht soll damit die Befugnis und – bei den gegebenen Voraussetzungen - selbstverständlich auch die Pflicht erhalten, den Schadensersatz danach festzusetzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit die rechtserheblichen Tatsachen als gegeben erscheinen. Dabei gibt es grundsätzlich keine Minimalvoraussetzung dafür, dass überhaupt ein Schadensersatz zugesprochen werden kann. Insbesondere ist keine „einleuchtende Wahrscheinlichkeit“ gemäss dem Wortlaut des ersten Teiles von Art. 56d Abs. 2 VE notwendig. Beispiel: Eine Person klagt gegen einen Betreiber einer Mobilfunkantenne auf Schadensersatz wegen Gesundheitsstörungen. Die Gutachter kommen zum Schluss, es bestehe eine 20 % Wahrscheinlichkeit, dass die Gesundheitsstörungen durch die Antenne verursacht werden. Entsprechend kann und muss das Gericht dem Kläger 20 % des Schadens zusprechen.

Die Problematik dieser Regelung liegt auf der Hand! Letztlich wird damit die in Art. 41 VE geforderte „Zurechenbarkeit“ des Schadens aus den Angeln gehoben. Die Statuierung einer Schadensersatzpflicht, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nur mit einer geringen Wahrscheinlichkeit gegeben sind, verstößt m.E. klar gegen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).

Diese Bestimmung öffnet Tür und Tor für exorbitante eher moralisch als rechtlich begründete Schadensersatzklagen, wie wir sie aus dem amerikanischen Recht kennen. Unzählige Produkte (Medikamente, Zahnfüllungen, Fleisch, gedüngtes Gemüse etc.) und viele Anlagen (Abfalldepotien, Chemische Fabriken, AKW's etc.) beinhalten eine gewisse Gefahr einer Gesundheitsschädigung. - Letztlich sind diese Gefahren die Kehrseite des hohen Lebensstandards der heutigen Konsumgesellschaft. – Da in all diesen Fällen typischer Weise eine Vielzahl von Personen betroffen sind, können selbst bei einer geringen Wahrscheinlichkeit schnell enorme Schadensersatzsummen auf dem Spiel stehen. Oft wird sich der Hersteller eines Produktes oder der Betreiber einer Anlage - wie im amerikanischen Recht - angesichts des nicht abschätzbaren Risikos eines solchen Prozesses gezwungen sehen, bereits einem aussergerichtlichen Vergleich zuzustimmen.

Hervorzuheben ist schliesslich, dass sich diese Bestimmung u.U. auch im Vergleich zum bisherigen Recht zum Nachteil für die geschädigte Person auswirken kann. Falls der von Art. 42 OR bzw. von der Rechtsprechung geforderte Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht ist, ist nach heutigem Recht grundsätzlich der volle Schaden zu ersetzen, falls nicht andere Gründe für die Ermässigung des Schadens vorliegen. Nach der neuen Bestimmung kann das Gericht je nach Grad der Wahrscheinlichkeit einen Abzug machen.

Vorschlag: Der letzte Teilsatz von Art. 56d Abs. 2 („ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen“) ist ersatzlos zu streichen.

VöV: Absatz 1 ist unnötig, wegen Artikel 8 ZGB.

Absatz 2 sieht vor, dass das Gericht sich mit einer „einleuchtenden“ Wahrscheinlichkeit begnügen kann, wenn der Beweis des Schadens oder der Beweis des Ursachenzusammenhangs nicht mit Sicherheit erbracht werden oder dem Geschädigten zugemutet werden kann. Wir sind uns bewusst, dass gewisse Schäden schwierig zu beweisen sind. Die geltende Rechtsprechung trägt diesem Problem aber bereits jetzt ausreichend Rechnung, in dem sie vereinzelt den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zulässt. Der Vorentwurf sieht jedoch eine weitere Beweiserleichterung vor, kann sich das Gericht doch mit einer „einleuchtenden“ Wahrscheinlichkeit begnügen. Diese Formel ist in sich selber widersprüchlich: Entweder ist eine Tatsache einleuchtend oder sie ist wahrscheinlich. Einleuchtend kann auch eine Möglichkeit sein. Die blosser Möglichkeit einer Schadensverursachung kann aber unmöglich zu einer Haftungszurechnung führen, ansonsten die Haftung ins Uferlose ausgeweitet wird.

Wir sind gegen eine weitere Abschwächung der Anforderungen an den Nachweis des Schadens und des Ursachenzusammenhangs. Ansonsten besteht die Gefahr, dass jeglicher Klage Tür und Tor geöffnet wird. Der Sinn des Haftpflichtrechtes kann nicht in einer Verdachtshaftung liegen. Wir lehnen deshalb die Beweisregel ab.

Antrag: Der Artikel ist zu streichen.

VSE: Zu Abs. 2: Falls der Schadenverursacher nicht mit Sicherheit eruiert werden kann, könnte der Richter potentielle Verursacher, die aber den Schaden tatsächlich nicht verursacht haben, zur Ersatzleistung verpflichten. Dies geht zu weit.

Antrag: Art. 56 d Abs. 2 letzter Teilsatz „ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen“ streichen.

WWF: Ein wesentliches Hindernis für den Geschädigten bestand bislang darin, dass er nach dem sog. Alles oder nichts-Prinzip mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen hatte, dass der von ihm geltend gemachte Schaden auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen sei. Art. 56d mildert nun einerseits die Beweislast, indem es sich für den Kausalitätsnachweis mit einer „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit“ begnügt und damit den sog. Anscheinsbeweis zulässt. Auf der andern Seite darf der Richter neu im Sinne der angelsächsischen Praxis die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit (Verursachungsanteil) bemessen.

Nach bisherigem Recht konnte der Richter bei sog. multikausalen Verursachungszusammenhängen nach Billigkeit auch Personen haften lassen, denen die ausschliessliche Verursachung des Schadens nicht nachgewiesen werden konnte. Die Haftung nach dem Verursachungsanteil könnte insbesondere im Arzthaftpflichtprozess, wo die bestehende Krankheit stets eine konkurrierende Ursache bildet, oder im Umwelthaftungsprozess die Stellung des Geschädigten wesentlich verbessern. Wo allerdings regelmässig von komplexen Verursachungszusammenhängen auszugehen ist, und in der Praxis die Eruiierung des individuellen Schädigers generell schwer fällt, z.B. in gewissen Bereichen der Umwelthaftung, sollte zum Instrument des verursacherfinanzierten Schadenfonds übergegangen werden (vgl. Ausführungen hierzu).

341.52 Art. 56e

Kantone / Cantons / Cantoni

FR: Le principe de l'admission plus large de l'action en constatation de droit doit être approuvé. Le texte „il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage“ paraît toutefois trop restrictif et difficile à appliquer. La formule „l'évolution future du dommage est incertaine“ serait préférable.

JU: L'introduction d'une action en constatation va sans doute permettre de résoudre de manière nettement plus satisfaisante qu'actuellement le problème posé par la difficulté qui existe parfois d'estimer l'évolution future du dommage. Elle constitue donc à l'évidence un progrès par rapport à l'art. 46, al. 2 CO et à la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral.

SO: Wir begrüßen die Regelung des Feststellungsanspruches, auch wenn damit in das kantonale Zivilprozessrecht eingegriffen wird. Diese Bundesregelung ist wegen der Besonderheit der Haftpflichtfälle begründet und sinnvoll. So können die Haftpflichtprozesse vereinfacht und das Prozessrisiko verkleinert werden.

TG: Vgl. zu Art. 56.

VD: L'art. 56e AP, relatif à l'action en constatation de droit, est une bonne chose dès lors qu'il permettra aux parties de trouver un arrangement à l'amiable une fois le principe de la responsabilité tranché. Diverses questions de procédure devront toutefois être réglées, soit celle du délai pour ouvrir action une fois le jugement constatatoire rendu et quels seront les moyens de la partie qui entendra s'opposer à des conclusions uniquement constatatoires.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Zulassung einer allgemeinen Feststellungsklage entspricht einem Bedürfnis der Praxis.

Organisationen / organisations / organizzazioni

KSK: Gesundheitlichen Schädigungen benötigen oft eine jahrelange Behandlung. Dementsprechend fallen über Jahre - möglicherweise sogar ein Leben lang - Behandlungskosten an. Die Krankenversicherer im Zusatzversicherungsbereich gehören - zusammen mit den Sozialversicherern - zu den Versicherungsbranchen, bei denen sich der Umfang einer Leistungspflicht in der Regel erst nach Jahren oder nach Jahrzehnten abschätzen lässt. Aus diesem Grund erachtet das KSK die Möglichkeit eines Feststellungsanspruches als dringend geboten.

Das KSK verlangt aber, dass dieser Feststellungsanspruch auch dem Krankenversicherer zusteht. Falls die Subrogation - wie von uns verlangt - im Zeitpunkt des Schadenseintrittes erfolgt - ergibt es sich bereits aus der Subrogation, dass der Krankenversicherer anstelle der versicherten Person den Feststellungsanspruch durchsetzen kann. Trotzdem empfiehlt es sich, den Krankenversicherer im Bereich der Zusatzversicherung und den Sozialversicherer in Art. 56e VE zu erwähnen. Falls die Subrogation entgegen unserer Forderung im Zeitpunkt der Zahlung übergeht, ist das ausdrückliche Erwähnen des Krankenversicherers im Bereich der Zusatzversicherung zwingend.

SAV: Die unter Art. 56e VE erwähnte Feststellungsklage sollte im Haftpflichtprozess bei Bestreitung der Haftung dem Grunde nach generell zulässig sein, nicht nur dann, wenn „die künftige Entwicklung des Schadens sich nicht abschätzen lässt“.

SBVer: Wo es einem Kläger objektiv unmöglich ist, eine Leistungsklage einzureichen, hat er schon heute Anspruch auf ein Feststellungsurteil. Voraussetzungen sind, dass eine Ungewissheit über die Rechtsstellung des Klägers besteht, ihm die Fortdauer dieser Ungewissheit nicht zumutbar ist und er sie auch nicht mit einer Leistungsklage beheben kann. Dieser Primat der Leistungsklage hat den Zweck, dem Haftpflichtigen die möglichst frühzeitige Abschätzung seiner Pflichten zu ermöglichen, dient also dem Ausgleich der beidseitigen Interessen.

Demgegenüber senkt die neu vorgeschlagene Bestimmung die Schwelle des Feststellungsanspruches zu tief. Daraus wäre eine Vielzahl schlecht substantiierter Feststellungsklagen und erhöhte Rechtsunsicherheit bei den Beklagten zu befürchten. Wir schlagen deshalb vor, auf diese Bestimmung zu verzichten.

SGCI: Ablehnung der Art. 56e - 56h, vgl. Abschnitt 312.

SPO: Auch diese Bestimmung ist sehr zu begrüßen. Allerdings sollte unseres Erachtens eine Feststellungsklage generell möglich sein und nicht nur, wenn sich die künftige Entwicklung des Schadens nicht abschätzen lässt.

SVV: Antrag:

Feststellungsanspruch und vorläufige Zahlung (Art. 56e)

Abs. 1: Ist die Haftpflicht der belangten Person zwischen ihr und der geschädigten Person ganz oder teilweise umstritten und lässt sich die künftige Entwicklung des Schadens nicht abschätzen, so kann sowohl die

geschädigte wie auch die belangte Person dem Gericht beantragen, festzustellen, ob ein Recht auf Ersatz besteht.

Abs. 2: Ist eine Feststellungsklage oder eine Leistungsklage rechtshängig, so kann das Gericht die belangte Person zu vorläufigen Zahlungen verurteilen, wenn die geschädigte Person ihren Anspruch glaubhaft zu machen vermag und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse es erfordern. Der endgültigen Entscheidung wird dadurch nicht vorgegriffen.

Abs. 3: Hat die belangte Person gutgläubig oder gestützt auf einen gerichtlichen Entscheid vorläufige Zahlung geleistet, so werden diese Leistungen beim Regress des Sozialversicherers angerechnet.

In Art. 56e VE-OR wird ein Feststellungsanspruch vorbehalten, wenn die auf Schadenersatz verklagte Person ihre Haftpflicht ganz oder teilweise bestreitet und sich die künftige Entwicklung des Schadens nicht abschätzen lässt. Dieser Tatbestand steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Regelung in Art. 56h VE-OR, wo die vorläufigen Zahlungen an die geschädigte Person festgehalten sind, wenn sie ihren Anspruch geltend machen kann und es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erfordern.

Auf Grund dieses inneren Zusammenhangs schlagen wir vor, beide Bestimmungen in einem Artikel zu vereinigen.

In Abs. 3 schlagen wir eine Koordinierungsregel mit dem Sozialversicherungsrecht vor, die für die Praxis von Bedeutung ist. Auch der Erläuternde Bericht nimmt diesen Wunsch auf, der entgegen den Erwartungen der Autoren des Erläuternden Berichts aber im ATSG nicht verwirklicht wurde.

Uni ZH Meier: Art. 56e VE enthält einen Anspruch auf Feststellung der Schadenersatzpflicht, falls sich die zukünftige Entwicklung des Schadens nicht abschätzen lässt.

M.E. ist diese Bestimmung und das damit verbundene Konzept - Feststellungsklage verbunden mit einer Teilklage über den bereits abschätzbaren Schaden - zu begrüssen. Zu Recht löst sich der Entwurf vom Grundsatz, dass der Schadenersatz vom Gericht festgesetzt werden muss, auch wenn die zukünftige Entwicklung nicht oder kaum abgeschätzt werden kann.

Dies macht dann auch den problematischen und in der Praxis kaum genutzten Rektifikationsvorbehalt in Art. 46 Abs. 2 OR entbehrlich.

341.53 Art. 56f

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Wie bereits erwähnt (vgl. Bemerkung zu Art. 56c Abs. 2 VE) ist diese Regelung sinnvoll.

BL: Das Volk hat in einer Volksabstimmung dem Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 zugestimmt, wonach ein einheitliches Zivilprozessrecht auf Bundesebene geschaffen werden soll. Diese Verfassungsänderung ist noch nicht in Kraft getreten. Prozessrechtliche Bestimmungen sollten in einer einheitlichen Bundeszivilprozessordnung geregelt werden. Die vorgezogene - Regelung einzelner prozessrechtlicher Fragen im Haftpflicht-

recht ist daher abzulehnen. Wird an der Regelung prozessrechtlicher Fragen festgehalten, so ist Art. 56f VE OR anzupassen. Die dort vorgeschlagene Möglichkeit des Gerichts, bei der Festsetzung der Kostenvorschüsse die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ zu berücksichtigen ist sachfremd und deshalb abzulehnen.

BS: Dass die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Kosten der Beweisführung auf beide Parteien verteilt werden kann, ist grundsätzlich zu begrüßen. Doch fehlt eine Sanktionsmöglichkeit für den Fall, in welchem diejenige Partei, die nicht beweispflichtig ist, den ihr auferlegten Vorschuss nicht leistet. Ohne spezielle Regelung müsste in diesem Falle die andere Partei den fehlenden Vorschuss übernehmen oder es würde auf die Beweisführung verzichtet, was wiederum zu Lasten der anderen Partei geht.

Die Möglichkeit dieser Verteilung der Kosten der Beweisführung auf beide Parteien darf nicht dazu führen, dass das Kriterium der „Triftigkeit der Vorbringen“ der Parteien zu Gunsten der Berücksichtigung der „wirtschaftlichen Verhältnisse“ vernachlässigt wird.

FR: La possibilité de répartir de façon différenciée les avances de frais paraît séduisante. On peut toutefois craindre que la décision incidente rendue sur cet objet ne constitue un moyen dilatoire supplémentaire à la disposition du plaideur malintentionné dont l'objectif est de tirer le procès en longueur. Il serait ainsi utile de prévoir des garde-fous pour cette règle, par exemple en prévoyant que le juge statue souverainement sur la question de la répartition des avances de frais.

JU: Si les dispositions en matière de frais et de paiements anticipés constituent une avancée en matière de protection de la victime, les art. 56fss de l'avant-projet posent tout de même un certain nombre de questions. Ainsi, en matière d'avances de frais, nous trouvons délicat que le juge doive tenir compte dès le début de la procédure de la vraisemblance des allégations des parties. En effet, cela peut être ressenti par l'une des parties comme une prise de position du juge, qui donne déjà son avis sur le fond. Par conséquent, il nous semblerait logique de ne pas retenir explicitement la possibilité de tenir compte de la vraisemblance des allégations des parties à l'art. 56f, même si, dans le cadre de l'appréciation globale du juge pour fixer les avances de frais, ce dernier prendra forcément en considération cet élément.

SG: Die Folgen, wenn eine der beiden Parteien den Kostenvorschuss nicht bezahlt, müssen gesetzlich geregelt werden. Dabei macht die Aufteilung des Kostenvorschusses nur dort Sinn, wo die Kostenanteile eindeutig dem Haupt- und dem Gegenbeweis zugeordnet werden können.

SO: Diese Bestimmung wird nicht durchsetzbar sein, denn dem Beklagten kann nicht angedroht werden, der Prozess werde abgeschrieben, wenn er den Kostenvorschuss nicht bezahle. Daher ist auf diese Regelung zu verzichten. Zur weiteren Begründung verweisen wir auf unsere Bemerkung zu Art. 56h VE-OR.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56

VD: L'art. 56f AP, relatif à l'avance de frais, n'est pas souhaitable, dès lors qu'il impose au juge de procéder à une appréciation anticipée d'un fait, lorsqu'il

doit justement le soumettre à preuve. Par ailleurs cette disposition vise à aider une partie économiquement faible, laquelle risque donc d'être incapable de rembourser l'avance de frais faite par la partie adverse. Finalement des questions de procédure importantes en découlent, notamment quelles seront les voies ouvertes et quelle sera la sanction du défaut d'avance par une partie des frais nécessaires à l'administration des preuves de la partie adverse.

VS: Cf. 341.46

ZH: Der Vorentwurf bzw. die Erläuterungen geben keine Antwort auf die Frage, was zu geschehen hat, wenn eine Partei ein Beweismittel, insbesondere eine Expertise, beantragt, das Gericht den hierfür notwendigen Vorschuss auf beide Parteien verteilt und die Gegenpartei ihren Teil des Vorschusses in der Folge nicht leistet. Kann z. B. das Gericht die von der geschädigten Person beantragte Expertise auch dann einholen, wenn die Versicherung den ihr (teilweise) auferlegten Vorschuss nicht leistet und die Barauslagen des Gerichts nicht gedeckt sind? Oder kann in einem solchen Fall, in dem die Versicherung ihre Mitwirkungspflichten bei der Beweiserhebung verweigert, sogar einfach auf den von der geschädigten Person dargestellten Sachverhalt abgestellt und auf eine Expertise verzichtet werden? Die Folgen der Nichtleistung von Vorschüssen müssen im Gesetz klar geregelt werden. Ansonsten bliebe nur schon unklar, ob sich die Folgen nach Bundesrecht oder kantonalem Recht beurteilen.

Vgl. auch 341.46 vor Art. 56 und zu Art. 56g

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Besondere Vorschriften zu diesen rein prozessualen Fragen im materiellen Recht wirken als Fremdkörper und sind unseres Erachtens entbehrlich bzw. wegzulassen. Sie sind zudem insoweit überholt, als mit der Justizreform 2000 auch die Grundlage für ein eidgenössisches Prozessrecht geschaffen wurde. Dieser Themenkreis ist daher sachgerecht in die laufende Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts zu verweisen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Mit Art. 56 f VE betreffend Kosten und Entschädigungen kann man einverstanden sein. Ernsthafte Erwägung verdient jedoch die Forderung nach einem Verzicht auf Gerichts- und Beweiskostenvorschüsse, welche abschreckende Wirkung auf den rechtsuchenden Geschädigten haben könnten.

sia: Der sia begrüsst diese Bestimmung, welche den Gerichten erlaubt, den Kostenvorschuss neu nach inhaltlichen Kriterien auf die Parteien zu verteilen. Die bisherige formale Kostenvorschusspflicht der klagenden Partei begünstigte indirekt die finanziell potentere Partei, was dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.

SBVer: Auch für die Erhebung von Kostenvorschüssen durch das Gericht bestehen schon heute genügende Rechtsgrundlagen. Diese Bestimmung erscheint uns daher einerseits unnötig. Andererseits enthält sie den bereits mehrfach erwähnten, fragwürdigen Hinweis auf die „wirtschaft-

lichen Verhältnisse“, die nun hier schon im Vorfeld des Urteils zum Zug kämen.

Sollte an dieser Bestimmung festgehalten werden, müsste zumindest die Prozesschance ein zwingendes Element der Beurteilung sein.

SPO: Auch hier bringen die Formulierungen im Entwurf einen echten Fortschritt für die geschädigten Patientinnen und Patienten. Bis anhin musste der Geschädigte praktisch sämtliche Beweiskostenvorschüsse erbringen, da er allein beweisbelastet war. Dazu war er vielfach nicht in der Lage, ausser er konnte Rechtsschutz seitens einer Versicherung beanspruchen. Dies war den Versicherungen natürlich bekannt. Dementsprechend konnten sie mit viel zu niedrigen Entschädigungen Patientinnen und Patienten abspesen, da diese wegen des Kostenrisikos sich die Einleitung eines Prozesses gar nicht leisten konnten.

Von grösster Bedeutung ist auch die Bestimmung betreffend der Kostenfestsetzung. Es ist in grobem Masse stossend, wenn die Gerichte allein nach dem quantitativen Gesichtspunkt die Kostenverteilung vornehmen. Die neue Bestimmung ermöglicht einen gerechteren Kostenausgleich und ist daher sehr zu begrüßen.

SVR: L'art. 56f permet au juge de répartir l'avance des frais entre les parties en fonction de la vraisemblance de leurs allégations et de leur situation économique respective. Une telle disposition paraît dangereuse, en ce qu'elle oblige le juge, d'une part, à apprécier les preuves de manière anticipée, d'autre part à se livrer à une analyse de la situation économique des parties. A cela s'ajoute que l'on voit mal comment serait sanctionné, dans un tel contexte, le défaut d'avance de frais imposée à l'une ou à l'autre des parties. Le recours à l'assistance judiciaire en cas d'impécuniosité d'une partie au procès semble à cet égard un palliatif suffisant.

Uni ZH Meier: Der Kritik bedarf jedoch wiederum Art. 56f VE. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht die Kostenvorschüsse auf beide Parteien verteilen. Dabei hat es namentlich, wie der Entwurf sagt, „die Triftigkeit ihrer Vorbringen sowie ihre wirtschaftlichen Verhältnisse“ zu berücksichtigen.

Meine Kurzkritik dazu lautet:

Nach kantonalem Zivilprozessrecht hat grundsätzlich diejenige Partei den Kostenvorschuss zu bezahlen, die auch die Beweislast trägt. Nach dem Entwurf soll demgegenüber aus den genannten Gründen auch die andere Partei den Kostenvorschuss leisten müssen. Man kann sich fragen, ob diese Regelung überhaupt funktioniert. Was passiert, wenn diese Partei, die ja an der Erbringung des Beweises kein Interesse hat, den Kostenvorschuss nicht leistet? M.E. käme auf jeden Fall die Androhung, das Nichtleisten des Kostenvorschusses werde zu Ungunsten der vorschusspflichtigen Partei gewürdigt, nicht in Frage.

Sehr problematisch ist auch das Kriterium der wirtschaftlichen Verhältnisse für die Verteilung der Kostenvorschusspflicht. M.E. muss das Problem der fehlenden Mittel einer Partei über eine (grosszügige) unentgelt-

liche Prozessführung und nicht über die Verteilung der Kostenvorschusspflicht gelöst werden.

Geradezu abwegig ist m.E. das Kriterium der „Triftigkeit“. Danach soll offenbar diejenige Partei vor allem den Kostenvorschuss zahlen, die voraussichtlich mit ihrem Standpunkt unterliegen wird. Sie soll quasi dafür bestraft werden, dass sie im Prozess vorläufig die schlechteren Karten hat. M.E. beinhaltet diese Regelung einen Verstoß gegen den verfassungsmässigen Rechtsschutzanspruch, nach dem jede Person ein unabdingbares Recht hat, ihre Rechte und Rechtspositionen gerichtlich beurteilen zu lassen (Art. 29 Abs. 1 BV). Solange eine Partei nicht geradezu trölerisch handelt, darf sie in der Durchsetzung ihrer Rechte nicht benachteiligt werden, weil ihre Prozesschancen als geringer erscheinen.

Schliesslich ist hervorzuheben, dass sich in dieser Frage auf jeden Fall keine prozessuale Sonderlösung für den Haftpflichtprozess aufdrängt. Wenn und soweit man eine Abweichung von der allgemeinen Regel zur Verteilung von Kostenvorschüssen befürwortet, müsste diese allgemein für alle Zivilprozesse eingeführt werden.

Vorschlag: Art. 56f VE ist ersatzlos zu streichen.

VSE: Gemäss schweizerischer Rechtsprechung muss grundsätzlich derjenige, der einen Anspruch geltend machen will, diesen beweisen. Nachdem der Vorentwurf bei verschiedenen Tatbeständen eine umkehrte Beweislast stipuliert hat, geht er zudem bezüglich Kostenvorschüsse sehr weit. Es stellt nämlich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse ab. Künftig sollen die Kosten für die Beweisführung auf beide Parteien verteilt werden und zwar je nach Triftigkeit ihrer Vorbringen sowie ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse. Dies könnte dazu führen, dass wirtschaftlich florierende Unternehmen sämtliche Beweise, Gutachten selbst vorschüssig berappen müssen.

Antrag: Art. 56 f streichen.

341.54 Art. 56g

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Die Abweichung vom Prinzip des Obsiegens wird abgelehnt. Dieses Prinzip schützt vor übereiltem und unüberlegtem Prozessieren und hat eine disziplinierende Wirkung auf die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Die Abkehr vom Prinzip des Obsiegens führt zu einer Prozessfreudigkeit, die dem Rechtsfrieden eher abträglich sein dürfte. Ausserdem wird damit der „Erpressbarkeit“ der beklagten Partei Vorschub geleistet. In der Praxis könnte dies zu Vergleichsabschlüssen führen, welche der wirklichen Sachlage des Falles und der Gerechtigkeit widersprechen. Die aufgrund heutiger Regelung bestehende Gefahr des „Überklagens“ ist demgegenüber in der Praxis relativ unbedeutend und wird durch den rechtzeitigen Beizug von Rechtsanwälten in aller Regel minimiert. Die Revisionsvorlage geht in diesem Punkt in die unheilvolle Richtung des Haftpflicht- und Prozessrechts der Vereinigten Staaten. Die dort aufgetretenen gravierenden Fehlentwicklungen und Fehlentscheide zeigen deutlich, dass dieser Weg nicht zu beschreiten ist.

AR: Grundsätzlich kann es gerechtfertigt sein, andere Umstände als den Prozessausgang bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen. Indessen sollte der Grundsatz der Kostenverteilung nach Obsiegen der Regelfall bleiben. In Ausnahmefällen sollen indessen Korrekturen möglich sein, wie dies die meisten Zivilprozessordnungen bereits heute vorsehen.

BL: Vgl. zu Art. 56f.

BS: Die vorgeschlagene Kostenfestsetzung bzw. Kostenverteilung macht Sinn. Gerade in Prozessen, deren Ausgang schwer zu prognostizieren ist, ist es stossend, die Kosten einzig nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen.

SO: Diese Abweichung von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln über die Kostenaufgabe ist im Bereich des Haftpflichtrechts gerechtfertigt, weil hier das Risiko des Überklagens deutlich höher ist als in andern Prozessarten.

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

VD: L'art. 56g AP, relatif à la fixation des frais et dépens est souhaitable, dans la mesure où il permettra de sanctionner la partie qui prend des conclusions excessives. Toutefois, il est trop restrictif de tenir uniquement compte des „*circonstances qui ont donné lieu au litige*“, les dépens devant pouvoir être arrêtés en fonction d'éléments tels que le comportement procédural des parties. L'indication „*circonstances qui ont donné lieu au litige*“, devrait être supprimée ou complétée.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Es kann nicht Aufgabe des materiellen Rechts sein, regulierend in einzelne Zivilprozessordnungen einzugreifen. Bringt die Beweisführung Kosten mit sich, die die pflichtige Partei nicht sicherstellen kann, hat sie einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf (vorläufige) Befreiung. Es kann nicht angehen, dass das Gericht sachfremde Umstände wie die wirtschaftlichen Verhältnisse oder das Verhalten der Parteien im Prozess (soweit es nicht treuwidrig ist; bezeichnenderweise wird auf ein allfälliges störrisches oder verzögerndes Verhalten der beklagten Partei verwiesen) berücksichtigen darf. Dasselbe gilt für die Kostenaufgabe. Es besteht kein Anlass, vom Grundsatz abzuweichen und dem Gericht bei der Kostenfestsetzung freie Hand zu lassen, in weitgehender und flexibler Weise alle möglichen, mitunter sachfremden Umstände zu berücksichtigen. Das führt zu Rechtsunsicherheit und zu Rechtsungleichheit.

Es muss angenommen werden, dass die vorgeschlagene Regelung vermehrt Streitigkeiten über die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach sich ziehen wird und im Gerichtsurteil auch längere Ausführungen dazu nötig sein werden. Damit verteuern sich die Prozesse, und es werden „Nebenkriegsschauplätze“ geschaffen.

Vgl. auch 341.46 vor Art. 56.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Vgl. Art. 56f.

Organisationen / organisations / organizzazioni

sia: Vgl. zu Art. 56f.

SBV: Heute wird in der Regel für die Verteilung der Kosten auf das Obsiegen der Partei als Hauptkriterium abgestellt.

Wir haben dafür ein gewisses Verständnis, dass im Haftpflichtrecht den Gerichten der Beurteilungsspielraum etwas erweitert werden sollte, befürchten aber, dass gestützt auf den Vorentwurf auch in der Schweiz vermehrt sehr hohe Schadenersatzforderungen eingeklagt werden könnten, weil das Gericht nicht die Kosten nach dem Prinzip des Obsiegens und Unterliegens verlegen muss.

Eine solche Regelung, die zu den aus den USA bekannten negativen Begleiterscheinungen führt, ist entschieden abzulehnen.

SBVer: Aus demselben Überlegungen wie zu Art. 56f u.E. diese Bestimmung zu streichen: Sie will eine Kostenauflegung unabhängig vom Prozessausgang ermöglichen. Soweit das nicht ausnahmsweise schon bisher zulässig ist, liegt darin ein Widerspruch zu den Grundprinzipien des schweizerischen Zivilprozessrechts, den es nach Möglichkeit zu vermeiden bzw. nicht noch auszubauen gilt.

SPO: Vgl. zu Art. 56f.

Uni ZH Honsell: Nicht einzusehen ist, weshalb nach Art. 56g VE das Gericht bei der Auferlegung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen von dem rechtsstaatlichen Elementarprinzip der Verteilung nach Obsiegen und Unterliegen soll abweichen dürfen. Wer ungerechtfertigte Forderungen erhebt, ist nicht schutzwürdig. Vor den Risiken einer zu hohen Forderung schützt die Möglichkeit eines unbezifferten Klageantrags, die im Entwurf zwar fehlt, aber gleichwohl prozessrechtlich zulässig ist. Im Hinblick auf die Ungewissheit einer künftigen Schadensentwicklung kann der Geschädigte Feststellungsklage erheben (Art. 56e VE).

Uni ZH Meier: Der Entwurf beschreitet auch neue Wege für die Kostenregelung im Haftpflichtprozess. Statt der Verteilung der Kosten nach Obsiegen und Unterliegen, soll in erster Linie massgebend sein, welche Partei – wie es in Art. 56g VE heisst – „Anlass zum Rechtsstreit gegeben hat“.

Als Begründung wird in den Erläuterungen angeführt: Die traditionelle Lösung sei unbefriedigend, weil es für die klagende Partei oft nicht möglich sei abzuschätzen, ob und in welchem Umfange die Schadenersatzklage gutgeheissen werde. Mit dem neuen Konzept werde vor allem das Prozessrisiko für den Geschädigten gemindert.

Als Kritik ist anzuführen:

Das „Verursacherprinzip“ ist m.E. als Hauptkriterium für die Kostenverteilung ungeeignet. In den wenigsten Fällen lässt sich eindeutig sagen, welche Partei letztlich am Rechtsstreit schuld war. M.E. kann man einer Partei grundsätzlich nicht vorwerfen, dass sie einen aussergerichtlichen Vergleichsvorschlag nicht annimmt und statt dessen den Rechtsweg sucht. Dies gilt auch dann, wenn sie später im Urteil nicht wesentlich mehr als den Vergleichsvorschlag erhält.

Das neue Kriterium bringt m.E. dem Geschädigten auch keine Besserstellung, sondern richtet sich in ebenso vielen Fällen gerade gegen diesen. Für die Versicherung ist es in der Regel die beste Strategie, wenn immer möglich einen Prozess zu vermeiden. D.h. sie wird in den meisten Fällen einer vertretbaren aussergerichtlichen Lösung zustimmen. Die überwiegende Zahl der Prozesse wird wohl vom Geschädigten „verursacht“, weil er – etwa im Bereich der Genugtuung – einen objektiv gesehen adäquaten Vorschlag der Versicherung in seinem Fall nicht für angemessen hält.

Das neue Kriterium macht das Prozessrisiko für beide Parteien praktisch unkalkulierbar. Dies ist wiederum vor allem für wenig begüterte Geschädigte von Nachteil. Die Versicherung kann das Problem demgegenüber mit entsprechenden Rückstellungen einfach lösen.

Schliesslich ist wiederum hervorzuheben, dass sich für die Kostenverteilung keine Sonderlösung für den Haftpflichtprozess aufdrängt. Wenn und soweit man dabei von den allgemeinen Regeln abweichen will, müsste dies auch für die anderen Zivilprozesse gelten.

Das Problem des „Überklagens“ kann im Übrigen auf eine andere Art gelöst werden, nämlich über das (bundesrechtliche) Institut der unbezifferten Forderungsklage (BGE 116 II 219). Für den Verfasser ist nicht verständlich, weshalb der Entwurf gerade auf dieses zentrale Institut, das im Haftpflichtprozess seinen Hauptanwendungsbereich hat, verzichtet.

Vorschlag: Art. 56g ist ersatzlos zu streichen. Statt dessen ist die Zulässigkeit einer unbezifferten Forderungsklage zu statuieren.

VKF: Die Kantonalen Gebäudeversicherungen lehnen eine Abweichung vom Siegerprinzip grundsätzlich ab. Letzteres schützt vor übereiltem und unüberlegtem Prozessieren und hat eine disziplinierende Wirkung auf die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Die Abkehr vom Siegerprinzip führt zu risikolosem Prozessieren und damit zu einer Prozessfreudigkeit, die dem Rechtsfrieden abträglich ist. Ausserdem wird damit der „Erpressbarkeit“ der beklagten Partei Vorschub geleistet. In der Praxis könnte dies zu Vergleichsabschlüssen führen, welche der wirklichen Sachlage des Falles und der Gerechtigkeit widersprechen. Die aufgrund heutiger Regelung bestehende Gefahr des „Überklagens“ ist demgegenüber in der Praxis relativ unbedeutend und wird durch den rechtzeitigen Beizug von RechtsanwältInnen regelmässig minimiert. Die Revisionsvorlage geht in diesem Punkt in die unheilvolle Richtung des Haftpflicht- und Prozessrechts der Vereinigten Staaten. Die dort aufgetretenen gravierenden Fehlentwicklungen und Fehlentscheide zeigen deutlich, dass dieser Weg nicht zu beschreiten ist.

VSE: Gemäss dieser neuen Bestimmung soll das Gericht die Gerichtskosten und Parteientschädigungen nach Massgabe der Umstände festsetzen, die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben, ohne an die Regel gebunden zu sein, wonach das Obsiegen im Prozess entscheidend ist.

Die Bestimmung gewährt dem Gericht einen zu weiten Ermessensspielraum bei der Verteilung der Kosten, da die Leitlinien für die Umsetzung fehlen und von der Gerichtspraxis erst noch entwickelt werden müssen. Wie bereits im erläuternden Bericht festgehalten, wird vielfach auf die

wirtschaftliche Lage der Parteien abgestellt. Dieser Artikel fördert ebenfalls wie Art. 56f Vorentwurf die Prozessbereitschaft.

Antrag: Art. 56g streichen.

341.55 Art. 56h

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Eine vorläufige Zahlung würde trotz des Vorbehalts der endgültigen Entscheidung wohl in den meisten Fällen bereits vollendete Tatsachen schaffen und wird deshalb abgelehnt. Es ist davon auszugehen, dass eine Zahlung vom Empfänger verbraucht wird und er möglicherweise nicht über die Mittel für eine Rückzahlung verfügt. Die spätere Rückforderung aufgrund eines endgültigen Urteils unter Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) erscheint damit illusorisch.

BL: Vgl. zu Art. 56f

BS: Grundsätzlich ist die vorgeschlagene Möglichkeit, die belangte Partei zu vorläufigen Zahlungen an die geschädigte Partei zu verpflichten, zu begrüssen. Im erläuternden Bericht (S. 256) wird ausgeführt, dass die haftpflichtige Person nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung das zu viel Bezahlte zurückverlangen könne, wenn der Betrag der Vorschüsse denjenigen des dem Opfer letztlich zustehenden Schadenersatzes übersteigt. Im Bericht wird aber nicht auf die Frage eingegangen, ob die Rückzahlung solcher vorläufigen Zahlungen nicht allenfalls durch die geschädigte Partei in geeigneter Weise sicherzustellen wäre.

FR: Nous sommes favorables à cette disposition. Le fait que son application soit restreinte aux cas dans lesquels la situation économique du créancier l'exige et que le texte n'interdise pas de fixer des montants mensuels correspondant aux besoins du créancier nous paraît constituer une garantie suffisante pour éviter les difficultés que pourrait poser une éventuelle insolvabilité du „créancier“ tenu à restitution.

JU: L'art. 56h pourrait poser un problème que les rapporteurs ne soulèvent pas dans leur rapport. En effet, s'il est exact que dans l'hypothèse où des versements anticipés ont été effectués à tort, ils peuvent être récupérés sur la base des art. 62 ss CO, cette possibilité sera souvent pratiquement impossible dans le cadre de l'art. 56h. En effet, ce dernier s'applique précisément lorsque la personne lésée se trouve dans une situation financière délicate. Dès lors, il lui sera la plupart du temps impossible de rembourser ce qu'elle a touché à tort en raison d'une décision du tribunal. Dès lors, la personne qui a dû payer alors qu'elle n'était en rien responsable se retrouve privée en fait de toute possibilité de répéter l'argent versé en trop.

On peut donc se demander s'il ne serait pas adéquat de prévoir que dans une telle hypothèse, l'Etat est responsable et doit rembourser les sommes que la personne prétendument lésée n'a pas pu rembourser à celui qui a effectué des versements anticipés.

LU: Der erforderliche Grad der Glaubhaftmachung sollte näher definiert und eingegrenzt werden, da diese Bestimmung die Gefahr der missbräuchlichen Anrufung in sich birgt. Wird die belangte Partei zu vorläufiger Zah-

lung verpflichtet und die Klage später abgewiesen, besteht praktisch keine Aussicht auf die Rückleistung der Zahlung, da deren Gewährung an die Voraussetzung der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse der geschädigten Person geknüpft ist.

NE: Nous ne sommes pas favorable au principe des paiements anticipés, même si ceux-ci ne préjugent en rien de la décision finale que rendra le tribunal. Les longues explications données par les auteurs du projet à ce sujet ne nous ont pas convaincu. A l'évidence, la personne recherchée, qui est condamnée à payer avant même d'avoir été en mesure de faire valoir ses arguments, se trouve placée dans une situation anormalement préjudiciable. Les auteurs du projet ne cachent pas d'ailleurs leur intention de favoriser davantage les intérêts des victimes au détriment de la personne prise à partie qui, disent-ils, dans la plupart des cas, est un assureur a priori solvable. Le principe même des paiements anticipés fausse le procès en responsabilité civile. Comme tel, il n'est pas acceptable.

Quant à la restitution des avances perçues à tort en cas de perte du procès par le demandeur, il nous paraît peu raisonnable d'imaginer une procédure basée sur l'enrichissement illégitime des art. 62 et suivants du code des obligations. Autant dire sans détours que les avances faites au lésé à titre de paiements anticipés le seront à fonds perdus tant leur restitution est totalement aléatoire.

SO: Wegen der Verzinsung der Entschädigung und wegen der verlängerten ordentlichen Verjährungsfrist dürfte diese Bestimmung im Interesse beider Parteien Anwendung finden. Denkbar ist auch, dass der Kläger eine solche vorläufige Zahlung für die Begleichung des Kostenvorschusses für Beweismassnahmen verwenden würde. Auch aus diesem Grund kann auf Art. 56f VE-OR verzichtet werden.

SZ: Nach Art. 56h OR VE kann das Gericht die belangte Partei unter bestimmten Voraussetzungen zu vorläufigen Zahlungen verurteilen. Die Verurteilung zu vorläufigen - und damit möglicherweise ungerechtfertigten - Zahlungen ist im Grundsatz problematisch. Sie kann dazu führen, dass eine zu Unrecht belangte Partei zu vorläufigen Geldzahlungen geheissen wird, die sie nach Beendigung des Prozesses nicht mehr erhältlich machen kann (wenn beispielsweise der Empfänger der Zahlungen zahlungsunfähig wird). Wenn schon eine vorläufige Zahlungspflicht eingeführt werden soll, dann ist nicht nur den wirtschaftlichen Verhältnissen der geschädigten Partei, sondern auch den wirtschaftlichen Verhältnissen der belangten Partei Rechnung zu tragen (Vermögenslage, Versicherungsdeckung usw.).

TG: Vgl. 341.46 vor Art. 56.

VD: L'art. 56h AP, relatif aux paiements anticipés, pose la question de la restitution des paiements anticipés et l'obligation pour le magistrat de préjuger, comme à l'art. 56f AP. Le Conseil d'Etat s'oppose donc à l'introduction d'une telle disposition. Tout au plus pourrait-on envisager de faire consigner en tout ou partie le montant litigieux, ce qui dissuaderait certaines parties de miser sur la longue procédure et permettrait d'éviter que le jugement favorable reste lettre morte en cas d'insolvabilité.

VS: Cf. 341.46.

ZH: Da die Anhängigmachung der Klage als Voraussetzung nicht erwähnt wird, stellt sich die Frage, ob vorläufige Zahlungen nur verlangt werden können, nachdem die Klage rechtshängig gemacht wurde, oder ob bereits vorgängig auf vorläufige Zahlung geklagt werden kann. Im Bereich der Unterhaltspflicht der Eltern setzt die Anordnung vorläufiger Zahlungen (Art. 283 ZGB) voraus, dass die Klage eingereicht ist (Art. 281 Abs. 1 ZGB). Eine analoge Bestimmung fehlt im Vorentwurf. Für den Fall, dass vorläufige Zahlungen schon vor Einreichung der Klage verlangt werden können, könnten solche schwerlich als vorsorgliche Massnahmen betrachtet und der Einzelrichter im summarischen Verfahren gestützt auf § 222 Ziffer 3 Zivilprozessordnung (ZHPO) als zuständig angesehen werden. Vielmehr müsste diesfalls der zuständige Richter durch den Kantonsrat bestimmt werden (§ 70 Gerichtsverfassungsgesetz). Naheliegenderweise wäre dies zwar ebenfalls der Einzelrichter im summarischen Verfahren, jedoch auf Grund ausdrücklicher Bezeichnung im Rahmen von § 219 ZHPO.

Vorläufige Zahlungen benachteiligen die zur Zahlung verpflichtete Partei in nicht zumutbarer Weise. Der Umstand, dass die Vorschüsse allenfalls nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden können, helfen der oder dem Entreicherten nicht, wenn die bereicherte Person nicht mehr bereichert ist bzw. über keine Vermögenswerte mehr verfügt. Die Schweiz hat ein ausgebautes Sozialversicherungssystem; andernfalls hat die geschädigte Person Anspruch auf Fürsorgeleistungen.

Vgl. auch 341.46 vor Art. 56.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die vorgeschlagene Regelung erscheint eher fragwürdig. Jedenfalls sollte ein Anspruch der geschädigten Person auf vorläufige Zahlungen nur anerkannt werden, wenn das betreffende Risiko versichert ist und wenn der entsprechende Sachschaden gegenüber der Haftpflichtversicherung geltend gemacht wird. Im Übrigen wären vorläufige Zahlungen nur subsidiär zu Leistungen der Sozialversicherer zuzusprechen.

LPS: Une remarque récurrente doit à nouveau être faite, qui concerne la procédure et la systématique. La possibilité de versements anticipés qu'octroierait cette disposition nouvelle tombe à faux. Il s'agirait d'une mesure provisionnelle, certes compréhensible dans les fins qu'elle poursuit, mais qui relève du droit de procédure. Et le droit de procédure relève soit du droit cantonal (à ce jour), soit du droit fédéral, si le projet de code de procédure civile fédérale entre en vigueur; il ne relève en tout cas pas de la partie générale du CO; introduire des dispositions procédurales à cet endroit consiste tant à mettre la charrue avant les bœufs qu'à commettre une erreur de systématique. Nous y sommes donc opposés.

Organisationen / organisations / organizzazioni

FMH: Die Frage der vorläufigen Zahlungen sollte unseres Erachtens eher im Kontext des Prozessrechts entschieden werden und nicht im materiellen Recht.

HEV: Diese Bestimmung kann in der Praxis dazu führen, dass eine Person (z.B. Hauseigentümer), deren Haftung im Prozess glaubhaft gemacht wird, zur Zahlung von Geldbeträgen verpflichtet wird, die sie wirtschaftlich empfindlich treffen kann. Erweist sich am Ende des Prozesses der vermeintlich schuldige Hauseigentümer dann doch als unschuldig, so wird er auf einen neuen Prozessweg (ungerechtfertigte Bereicherung) verwiesen, um seine Vorauszahlung wieder zu erlangen. Solche sozialpolitisch motivierte Vorauszahlungen lehnen wir entschieden ab. Mit dieser Bestimmung wird unseres Erachtens ausserdem der haftpflichtrechtliche Grundsatz „casum sentit dominus“ unterlaufen.

SAV: Höchst kontrovers ist die Bestimmung von Art. 56h VE, welche es dem Gericht ermöglicht, dem Geschädigten vorläufige Zahlungen zuzusprechen. Für einige ist diese Bestimmung, trotz der guten Absichten des Gesetzgebers, letztendlich unannehmbar: Sie würde praktisch bewirken, dass ein Teil des Schadens vom obsiegenden Beklagten zu tragen ist, welcher oftmals nicht in der Lage wäre, sich die vorläufig vorgeschossenen Zahlungen zurückerstatten zu lassen. Daher auch die Versuchung des Richters, die Klage zumindest in der Höhe dieser Vorschüsse gutzuheissen. Das Schwergewicht müsste wenn schon auf geeignete Massnahmen zur Verringerung der Dauer von Haftpflichtprozessen gelegt werden.

Für die Verfechter dieser Neuerung besteht diese Gefahr nicht, da zu erwarten ist, dass der Richter mit äusserster Vorsicht von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird.

Als Kompromiss zwischen diesen beiden Ansichten könnte der Anwendungsbereich von Art. 56h VE auf diejenigen Fälle beschränkt werden, bei denen die Haftung anerkannt wurde oder der Richter sich bereits davon überzeugen konnte, dass eine Haftung dem Grunde nach mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit gegeben ist; wenn ferner offensichtlich ist, dass ein (durch Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckter) Schaden ausgewiesen, aber erst nach umfassendem Beweisverfahren abschliessend bezifferbar ist. Nicht massgebend für die Zusprechung vorläufiger Zahlungen sollten die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ der geschädigten Person sein. Ansonsten müssten selbstredend auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers berücksichtigt werden.

SBV: Wir befürworten die Änderung, wonach die geschädigte Person, wenn sie ihren Anspruch glaubhaft machen kann und es die wirtschaftlichen Verhältnisse erfordern, vorläufige Zahlungen erhalten kann, ausdrücklich. Damit kann ein Teil der heute durch langwierige Verfahren entstehende Härtefälle behoben werden.

SBMV: In Zivilprozessen ist für die Prozessdauer die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung unzulässig. Es fragt sich deshalb, ob die mit dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz tatsächlich gerechtfertigt ist, zumal zu Unrecht bezogene vorläufige Zahlungen systembedingt nur über einen weiteren Prozess (ungerechtfertigte Bereicherung) zurückgefordert werden könnten. Tendenziell wird auch mit diesem Vorschlag der haftpflichtrechtliche Grundsatz „casum sentit dominus“ ausgehöhlt.

SGV: In Zivilprozessen ist für die Prozessdauer die Vollstreckung von Ansprüchen von Geldzahlungen unzulässig. Es fragt sich deshalb, ob die mit dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz tatsächlich gerechtfertigt ist, zumal zu Unrecht bezogene vorläufige Zahlungen systembedingt nur über einen weiteren Prozess (ungerechtfertigte Bereicherung) zurückgefordert werden könnten.

Tendenziell wird auch hier der haftpflichtrechtliche Grundsatz „casum sentit dominus“ ausgehöhlt und trifft die bekanntermassen liquiditätsschwachen KMU in der Substanz.

SPO: Auch diese Bestimmung wird von der Schweizerischen Patienten- und Versichertenorganisation SPO vorbehaltlos begrüsst. Die Prozessverfahren dauern in der Regel sehr lange und häufig ist es auch so, dass bereits zu Beginn des Verfahrens die Haftpflicht als solche bejaht wird, sich jedoch umfangreiche Beweisabklärungen betreffend des anrechenbaren Schadenersatzes (z.B. wegen geltend gemachter konstitutioneller Prädisposition) und der Schadenshöhe anschliessen. Während dieser ganzen zweiten Phase kann der Geschädigte über keine finanziellen Mittel verfügen, da eine Auszahlung erst nach definitivem Abschluss des Verfahrens erfolgt. Dies ist stossend und für den Geschädigten vielfach ruinös, zumal er ja in aller Regel seinen Anwalt bevorschussen muss. Es ist gerechtfertigt, für solche Fälle eine vorläufige Zahlung des Schädigers bzw. seiner Versicherung vorzusehen. Die notwendigen Kautelen gegen einen Missbrauch sind im Vorentwurf enthalten, bedarf es doch gemäss dessen Formulierung der Glaubhaftmachung des Anspruchs und der entsprechenden wirtschaftlichen Lage auf Seiten des Geschädigten, welche eine solche vorläufige Zahlung rechtfertigt. Bedenken gegen die innovative Lösung sind daher nicht angebracht.

SVR: L'art. 56h comporte le risque de voir la partie lésée à laquelle des paiements anticipés ont été consentis se trouver ultérieurement dans l'impossibilité de les rembourser à l'auteur prétendu du dommage au cas où celui-ci serait mis en tout ou partie hors de cause.

SVV: Vgl. Art. 56e.

Uni ZH Meier: Der Entwurf sieht in Art. 56h VE schliesslich eine vorsorgliche Massnahme auf vorläufige Zahlung von Schadensersatz vor, falls der Anspruch der geschädigten Person als glaubhaft erscheint und – so wörtlich – es „ihre wirtschaftliche Verhältnisse“ erfordern.

Wie ich in meiner Habilitation näher dargelegt und begründet habe, ist an sich im Grundsatz gegen eine solche vorsorgliche Massnahme nichts einzuwenden. Da sie meist einen irreversiblen Zustand schafft, darf sie jedoch nur unter strengen Voraussetzungen – klare Hauptsacheprognose und erhebliche Gefährdung der fraglichen Partei – bewilligt werden. Diese Voraussetzungen müssen m.E. unbedingt im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

Zu beachten ist im Weiteren, dass grundsätzlich auch hier keine Sonderlösung für das Haftpflichtrecht angebracht ist. Eine vorsorgliche Verfügung auf Bezahlung einer Geldforderung kann ausnahmsweise auch bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen angebracht sein. Auch ein Arbeitnehmer oder Handwerker kann in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, wenn er

für die Erfüllung seiner Ansprüche bis zum Ende des Prozesses warten muss.

Vorschlag: In Art. 56h VE ist festzuhalten, dass die vorläufigen Zahlungen nur angeordnet werden dürfen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dies dringend erfordern und die Klage mit grosser Wahrscheinlichkeit gutgeheissen werden kann. Überdies muss die Einführung einer vorsorglichen Massnahme auf Bezahlung einer Geldforderung im Rahmen der neuen schweizerischen ZPO allgemein mit Anwendung auch für andere Rechtsgebiete geprüft werden.

VKF: Auch diese Regelung wird von den Kantonalen Gebäudeversicherungen abgelehnt. Zur Begründung kann im Wesentlichen auf das unter Ziff. 3 Gesagte verwiesen werden. Zusätzlich ist zu bemerken, dass die vorläufige Zahlung trotz des Vorbehalts der endgültigen Entscheidung in wohl den meisten Fällen bereits vollendete Tatsachen schaffen würde. Es ist davon auszugehen, dass eine Zahlung vom Empfänger verbraucht wird, und er möglicherweise nicht über die Mittel für eine Rückzahlung verfügt. Die spätere Rückforderung aufgrund eines endgültigen Urteils unter Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR; vgl. Erläuternder Bericht S. 256) wird damit illusorisch.

341.56 Art. 57

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Die vorgeschlagene Regelung schränkt die Vertragsfreiheit im Bereich der Freizeichnung ein. Verschiedene Freizeichnungen sollen nichtig sein. Dies ist abzulehnen. Einerseits passt Art. 57 VE OR nicht zu den übrigen sehr strengen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs. Werden zusätzliche Haftungstatbestände geschaffen und diverse Schlechterstellungen des Haftpflichtigen vorgesehen, so muss als Gegenstück die Möglichkeit bestehen, sich durch eine Verabredung von der Haftung befreien zu können. Andererseits hemmt die Einschränkung der Freizeichnungsmöglichkeiten die wirtschaftliche und technische Entwicklung.

LU: Im Einleitungssatz von Abs. 2 ist wohl das Wort „auch“ zu streichen.

In den Unterabsätzen b und c sollte dem Richter wie bisher ein Ermessensspielraum belassen werden (vgl. Art. 100 Abs. 2 OR).

Die absolute Formulierung in Unterabsatz d kann den Rechtsverkehr erschweren. Es fragt sich, ob die Bestimmung aufgrund der heutigen Rechtsprechung überhaupt notwendig ist.

TG: Zu Abs. 2: Eine Regelung der Problematik mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mag angezeigt sein. Die vorgeschlagene Ziffer d in Abs. 2 geht jedoch offensichtlich zu weit. Eine Haftungsbeschränkung in AGB's sollte nach wie vor zulässig sein, jedoch ist mittels restriktiven Zulässigkeitskriterien auf eine Verbesserung der Stellung der anderen Vertragspartei hinzuwirken. Die weiterhin fortgeschriebene Zersplitterung einer AGB-Regelung (Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; UWG; SR 256; Art. 256 OR) bedarf - auch unter dem Blickwinkel kohärenter Regelung - systematischer Überprüfung. Darüber hin-

aus ist zweifelhaft, ob die vorgeschlagene Regelung im praktischen Leben überhaupt greifen würde.

VD: Une personne qui signe une convention excluant ou limitant par avance la responsabilité d'un tiers est le plus souvent dans l'impossibilité d'évaluer la portée de son engagement, ce qui peut faire douter de la validité de son consentement. L'intégrité physique, psychique et la vie étant des valeurs supérieures, le Conseil d'Etat estime que l'art. 57 al. 1 AP a sa raison d'être. Il risque cependant de poser problème eu égard à la pratique médicale, consistant notamment à faire signer des décharges par les patients lorsqu'ils quittent un établissement contre l'avis des médecins ou aux feuilles d'information signées par les patients sur les risques de l'intervention. Une exception devrait être introduite à ce sujet.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Dass Freizeichnungen restriktiv zuzulassen sind, ist richtig. Art. 57 Abs. 1 geht aber wohl zu weit, etwa im Zusammenhang mit riskanten ärztlichen Eingriffen, Sportveranstaltungen oder andern risikogeeigneten Verträgen (z.B. Bergführer). Ein „Handeln auf eigene Gefahr“ wird dadurch praktisch ausgeschlossen. Dies kann zu unerwünschten Auswirkungen führen (z.B. die generelle Ablehnung riskanter ärztlicher Eingriffe). Die Bestimmung kollidiert denn auch mit Art. 46a Abs. 2, wonach die Einwilligung die Widerrechtlichkeit ausschliesst. Art. 57 Abs. 1 hat bei konsequenter Anwendung im Ergebnis zur Folge, dass in keinerlei Körperverletzungen eingewilligt werden kann. Die vorgeschlagene Regelung erscheint eher fragwürdig.

Organisationen / organisations / organizzazioni

AEROSUISSE: Der im Vergleich zum geltenden Recht in Art. 57 VE reduzierte Gestaltungsspielraum für haftungsbeschränkende Vereinbarungen erachten wir mindestens im kommerziellen Geschäftsbereich als massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit. Verschiedene Aktivitäten der Konzerngesellschaften der SAirGroup werden von konzessionierten oder bewilligungspflichtigen Betrieben erbracht. Sie werden von den Änderungen stark betroffen. So ist z.B. bei Flugzeugüberholungen die maximale Ausschöpfung vertraglicher Haftungsbeschränkungen zugunsten des Unterhaltsbetriebs zur Abwendung von Grossrisiken internationaler Standard in dieser Industrie. Die Flugzeugunterhaltsbetriebe der SAirGroup, die rund 50% ihres Umsatzes mit der Überholung und Wartung von fremden Flugzeugen erzielen, wären bei Einführung der vorgeschlagenen Regelung unweigerlich mit einer spürbaren Erhöhung ihrer Versicherungsprämien konfrontiert, was ihre internationale Konkurrenzfähigkeit schwächen würde. Das Gleiche gilt für die weltweit üblichen Verträge für die Erbringung von Dienstleistungen bei der Bodenabfertigung (Ground Handling). Das IATA Standard Ground Handling Agreement beschränkt die Haftung der Abfertigungsgesellschaft auf „intent“ und „wilful misconduct“ und beinhaltet eine summenmässige Haftungsbegrenzung bei fahrlässig verursachten Sachschäden. Es wäre deshalb zu begrüssen, wenn für die Neuordnung der Vereinbarungen über die Haftungsbeschränkungen bei Sach-

schäden differenziert würde zwischen bürgerlichem und kommerziellem Geschäftsleben.

economiesuisse: Die Parteiautonomie wird im Bereich der Freizeichnungsklauseln ganz erheblich eingeschränkt, da sich der Geltungsbereich von Art. 57 auch auf die vertragliche Haftung erstreckt (Art. 42 VE, Art. 99 Abs. 3 revOR). Diese Einschränkung ist im Rahmen von Art. 57 Abs. 1 VE bei den Verletzungen von Leib und Leben vertretbar. In verschiedener Hinsicht unangemessen ist dagegen die anvisierte Lösung bei den Sach- und Vermögensschäden (Art. 57 Abs. 2 VE). Die vorgeschlagene Lösung lässt jegliche Flexibilität vermissen. Ohne überzeugenden Grund wird das richterliche Ermessen in den Fällen von Art. 100 Abs. 2 OR (= Art. 57 Abs. 2 lit. b, c VE) gestrichen. Begründet wird dies damit, dass eine Partei eine stärkere Stellung als die andere hat, die vermutungsweise ausgenützt werden könne. Der Regelungsbereich von Art. 57 Abs. 2 VE umfasst aber nicht nur diese Fälle des Konsumentenschutzes, sondern auch den Geschäftsverkehr, für den eine pauschale Einschränkung nicht akzeptabel ist. Weiter muss bei leichter Fahrlässigkeit zwischen Haftungsausschluss und -beschränkung differenzieren werden. Im kaufmännischen Verkehr muss es unbedingt möglich bleiben, nur bestimmte Schadensposten (z.B. entgangenen Gewinn) auszuschliessen oder auf voraussehbare Schäden zu beschränken.

Art. 57 Abs. 2 lit. c VE weitet Art. 100 Abs. 2 OR aus, indem die Haftungsfreizeichnung auch bei den behördlich bewilligten Tätigkeiten ausgeschlossen wird. Diese Erweiterung ist keineswegs zwingend. Die Ausdehnung ist nicht gerechtfertigt, weil dies eine Schlechterstellung der Dienstgegenüber den Sachleistungspflichtigen zur Folge hätte. Entscheidend muss das Vorhandensein einer Monopolsituation bleiben, da nur in diesen Fällen der Leistungsabnehmer keine Partnerwahlfreiheit hat. Es bestehen durch die verschiedenen Möglichkeiten richterlicher Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. Ungewöhnlichkeitsregel, Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel) bereits genügend Instrumente, um das angestrebte Ziel des Konsumentenschutzes zu verwirklichen.

SBMV: Gemäss dieser Bestimmung sollen haftungsausschliessende oder haftungsbeschränkende Vereinbarungen in jedem Fall nichtig sein, wenn sie in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Diese Regelung ist pauschal und undifferenziert. Zudem orientiert sie sich nicht an der liberalen Grundhaltung des Schweizerischen Privatrechts. Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb in allgemeinen Geschäftsbedingungen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht soll ausgeschlossen werden können, zumal eine effiziente richterliche Kontrolle möglich ist (Ungewöhnlichkeitsregel, Unklarheitenregel).

SBVer: An dieser Bestimmung zeigt sich die Problematik der Auslagerung zentraler Teile des vertraglichen Haftpflichtrechts in das Deliktsrecht.

Der Vorschlag will jede Freizeichnung (sei es eine Beschränkung oder ein Ausschluss der Haftung) nichtig erklären u.a., wenn „die Haftung sich aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit ergibt“ (Abs. 2 Bst. c). Das trifft nach heutiger Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere auf die Banken zu (BGE 112 II 454-455). Ebenfalls will der Vorschlag Freizeichnungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen nichtig

erklären. So würden Haftungsbeschränkungen z.B. der Banken gegenüber ihren Kunden weitgehend verunmöglicht bzw. wären bloss noch denkbar ausserhalb des staatlich beaufsichtigten Geschäfts (also beispielsweise in Vermögensverwaltung und Beratungen), müssten dann jedoch neben den AGB vereinbart werden. Für diese Einschränkung der Vertragsfreiheit im Bankgeschäft fehlt uns die Begründung.

Wir zögen es vor, die bisherige, in Art. 100 und 101 OR enthaltene Regelung unverändert beizubehalten. Danach kann z.B. eine Bank gegenüber ihren Kunden - auch in den AGB -

- die Haftung für leichtes Verschulden ihrer Organe ausschliessen, soweit nicht ein Richter fallweise diese Freizeichnung als nichtig ansieht (Art. 100 Abs. 2 OR),

und

- die Haftung für leichtes Verschulden ihrer Angestellten ausschliessen (Art. 101 Abs. 3 OR).

Diese differenzierende Lösung wird den Anforderungen des Wirtschaftslebens und den gegeneinander abzuwägenden Interessen beider Seiten eher gerecht als eine schematische Regelung im Sinn von Art. 57 VE.

Wenn die bisherige Lösung verschärft werden soll, wäre eine Ausdehnung der richterlichen Kompetenz nach Art. 100 Abs. 2 OR auf den Tatbestand von Art. 101 Abs. 3 OR zu bevorzugen.

SGCI: Zu Art. 57 VE sind zunächst zwei redaktionelle Bemerkungen anzubringen. Unter dem Titel „K. *Haftungsbeschränkende* Vereinbarungen“ wird die Wegbedingung und die *Beschränkung* der Haftung geregelt. Damit müsste der Titel korrekterweise „K. *Haftungsausschliessende* und *-beschränkende* Vereinbarungen“ lauten.

Sodann lautet Art. 57 Abs. 2 VE: „Bei anderen Schädigungen sind *solche* Vereinbarungen auch nichtig (...)“. Dies ist sprachlich insofern unpräzise, als sich dieser Verweis auf den ganzen Abs. 1 zu beziehen scheint, was aber nicht gemeint sein kann. Richtig muss es heissen: „Bei anderen Schädigungen sind *haftungsausschliessende oder -beschränkende Vereinbarungen* auch nichtig (...)“.

Durch Art. 57 VE wird die generelle Stossrichtung der Aus- und Überdehnung der Haftung noch verstärkt. Die Parteiautonomie wird im Bereich der Freizeichnungsklauseln ganz erheblich eingeschränkt, da sich der Geltungsbereich von Art. 57 auch auf die vertragliche Haftung erstreckt (Art. 42 VE, Art. 99 Abs. 3 revOR). Diese Einschränkung ist im Rahmen von Art. 57 Abs. 1 VE bei den Verletzungen von Leib und Leben vertretbar. In verschiedener Hinsicht unangemessen ist dagegen die anvisierte Lösung bei den Sach- und Vermögensschäden (Art. 57 Abs. 2 VE).

Zunächst kritisiert die SGCI, dass die vorgeschlagene Lösung jegliche Flexibilität vermissen lässt. Ohne überzeugenden Grund wird das im bisherigen Recht enthaltene richterliche Ermessen in den Fällen von Art. 100 Abs. 2 OR (= Art. 57 Abs. 2 lit. b, c VE) gestrichen. Begründet wird dies damit, dass eine Partei eine stärkere Stellung als die andere hat, die ver-

mutungsweise ausgenützt werden könne.²¹ Dieses pauschale Argument zielt auf den Konsumentenschutz ab und kann in diesem Bereich eine gewisse Berechtigung haben. Der Regelungsbereich von Art. 57 Abs. 2 VE umfasst aber nicht nur diese Fälle, sondern auch den Handelsverkehr, weshalb es sinnvoll ist, weiterhin dem Gericht einen Ermessensspielraum einzuräumen.

Des Weiteren setzt sich die Vernehmlassungsvorlage nicht mit dem berechtigten Anliegen auseinander, dass bei leichter Fahrlässigkeit zwischen Haftungsausschluss und -beschränkung zu differenzieren sei.²² Im kaufmännischen Verkehr muss es doch möglich sein, nur bestimmte Schadensposten (z.B. entgangenen Gewinn) auszuschliessen oder auf voraussehbare Schäden zu beschränken.

Art. 57 Abs. 2 lit. c VE weitet Art. 100 Abs. 2 OR aus, indem die Haftungsfreizeichnung auch bei den behördlich bewilligten Tätigkeiten ausgeschlossen wird. Diese Erweiterung ist keineswegs so zwingend, wie dies im erläuternden Bericht (S. 261) dargestellt wird, sondern ist im Gegenteil in der Literatur umstritten (die Rechtsprechung hat sich mit dem Themenkreis noch nicht beschäftigt).²³ Im übrigen ist die Ausdehnung auch in der Sache nicht gerechtfertigt, weil dies eine Schlechterstellung der Dienstgegenüber den Sachleistungspflichtigen zur Folge hätte. Entscheidend muss vielmehr das Vorhandensein einer Monopolsituation bleiben, da nur in diesen Fällen der Leistungsabnehmer keine Partnerwahlfreiheit hat.

Die SGCI lehnt die pauschale und undifferenzierte Bestimmung von Art. 57 Abs. 2 lit. d VE ab. Es ist nicht einzusehen, warum insbesondere im kaufmännischen Verkehr in allgemeinen Geschäftsbedingungen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht soll ausgeschlossen werden können. Auch § 11 Nr. 7 dt AGB-Gesetz lässt diesen Ausschluss zu. Es bestehen zudem durch die verschiedenen Möglichkeiten richterlicher Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. Ungewöhnlichkeitsregel, Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel) bereits de lege lata genügend Instrumente, um das vom Vorentwurf angestrebte Ziel des Konsumentenschutzes zu verwirklichen. Schliesslich soll auch darauf hingewiesen, dass es keinen Sinn macht, nur gerade einen Teilaspekt der Problematik der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu regeln. Not täte vielmehr eine ausgewogene Gesamtkonzeption nach dem Vorbild ausländischer Gesetze (z.B. dt AGB-Gesetz).

SGV: Die Haftungsbefreiung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen sind gerade auch für KMU von existenzieller Bedeutung. Die in dieser Form vorgelegten Regelung ist als pauschal und undifferenziert entschieden zurückzuweisen. Sie orientiert sich nicht an der liberalen Grundhaltung des Schweizerischen Privatrechts. Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb in allgemeinen Geschäftsbedingungen der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht möglich sein soll, zumal eine effiziente richterliche Kontrolle möglich ist (Ungewöhnlichkeitsregel, Unklarheitenregel).

²¹ Erläuternder Bericht, 262.

²² Schwenzer, a.a.O. (Anm. 1), Rz. 24.09.

²³ Vgl. nur BaKomm/Wiegand, Art. 100 Rn. 6; BeKomm/Schmid, Art. 100 Rn. 117 f.

Auch dieses Verbot, Freizeichnungen für Vermögensschäden in allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen, würde einen Prämienmehrbedarf auslösen.

SOV: Insbesondere die Regelung in Art. 57 Abs. 2 lit. d. erachten wir als problematisch. Bei beidseitigem Vertragsinteresse können entsprechende vorformulierte Geschäftsbedingungen, welche eine Haftung beschränken, einem kalkulierten Risiko entsprechen. In solchen Fällen sollte auch eine formulärmässige Behandlung im Rahmen der bisherigen Gesetzgebung und Rechtsprechung möglich bleiben.

SVV: Antrag:

Abs. 2 lit. c: Streichung der Bestimmung in lit. c

Abs. 2 lit. d: Neuformulierung von lit. d:

..... , wenn die Klausel in Konsumentenverträgen in vorformulierten, allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und die Rechte des Konsumenten in sachwidriger Weise zu weitgehend begrenzt.

Art. 57 enthält ein Verbot von haftungsbeschränkenden Vereinbarungen. Nach Abs. 2 lit. c sind solche Freizeichnungsklauseln nichtig, wenn die Haftung sich aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit ergibt. Kein Problem stellt sich bei den konzessionierten Tätigkeiten, denn in diesem Bereich besteht das Freizeichnungsverbot bereits unter dem heutigen Regime. Anders bei bewilligungspflichtigen Tätigkeiten. Da ist ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Publikums bei zahlreichen Aktivitäten nicht gegeben (so etwa bei freiberuflichen Tätigkeiten wie Filmvorführungen, Personalverleih, Gastwirt etc.). Entsprechend rechtfertigt sich auch ein Verbot der Freizeichnung nur in Einzelfällen. Wir beantragen, in diesem Punkt das Freizeichnungsverbot in den einzelnen Spezialgesetzen zu regeln, um Unklarheiten über den Geltungsbereich auszuräumen. Abs. 2 lit. c ist folglich zu *streichen*.

Art. 57 Abs. 2 lit. d statuiert ein Freizeichnungsverbot in Fällen, in denen die Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten ist. Diese Bestimmung lässt sich nur in Bezug auf den Konsumentenschutz rechtfertigen. Die Bestimmung ist folglich auf Konsumentenverträge zu beschränken; für das Business-to-business Geschäft besteht kein Schutzbedürfnis.

Aber auch ein *Total*verbot von Freizeichnungen in AGB für Konsumentenverträge geht zu weit. Zumindest eine nicht zu enge summenmässige Limitierung (man denke an Bankgeschäfte, Telekommunikation, Transport etc.) oder eine massvolle Begrenzung der Rechtsbehelfe (z.B. Nachbesserung statt Wandelung in Kaufgeschäften) ist je nach Geschäft gerechtfertigt und wirtschaftlich geboten. Das Totalverbot von Freizeichnungen stellt einen massiven Eingriff in die Vertragsfreiheit dar und ist daher abzulehnen.

Uni ZH Honsell: Nach Abs. 1 sind Vereinbarungen nichtig, welche die Haftung bei Tötung oder Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkungen auf die Umwelt wegbedingen oder beschränken.

Diese Bestimmung übernimmt ein in der Lehre vereinzelt geäussertes Postulat. Man kann jedoch zweifeln, ob das Freizeichnungsverbot tatsächlich gerechtfertigt ist. Es leuchtet zwar ohne weiteres ein, dass das *Strafrecht* eine Verletzung der körperlichen Integrität anders zu bewerten hat als eine Sachbeschädigung. Haftpflichtrechtlich geht es jedoch in beiden Fällen allein um den Ersatz eines angerichteten Schadens. Der Geschädigte kann aber von einem Schaden, der aus einer Sachbeschädigung resultiert, *finanziell* gleich schwer getroffen sein wie von einem Personenschaden. Weshalb der Geschädigte bei einer Schädigung durch Personenschaden stärker geschützt sein soll als bei einer solchen durch Sachschaden, leuchtet also unter haftpflichtrechtlichem Blickwinkel nicht ein. Wenn ein Chirurg eine lebensrettende neue Operationsmethode wegen ihres hohen Risikos nur unter Freizeichnung von einfacher Fahrlässigkeit anwenden will, sollte man dies respektieren. Man müsste ihm ansonsten gestatten, die Operation abzulehnen.

Nach Art. 57 Abs. 2 lit. d VE ist weiter die Freizeichnung in *vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen* unzulässig. Diese Vorschrift ist ein völliges Novum mit weitreichender Wirkung. Nach Art. 42 VE gilt sie für positive Vertragsverletzungen. Sie gilt aber auch für Verzugs- und Nichterfüllungsschaden, weil der im Zuge der Haftpflichtrevision ebenfalls neu formulierte Art. 99 Abs. 3 OR u.a. auch auf Art. 57 verweist und Art. 100 aufgehoben werden soll. Man mag bezweifeln, ob den Redaktoren des Vorentwurfs die Reichweite des Verbotes bewusst war. Jedenfalls bedeutet die Neuregelung, dass die bislang üblichen Freizeichnungen in AGB generell nicht mehr möglich sind. In Lehre und Rechtsprechung war zwar bisher anerkannt, dass für eine Wegbedingung der Haftung in AGB ein strenger Massstab anzulegen ist. Der gänzliche Ausschluss der Freizeichnungsmöglichkeit geht jedoch zu weit und stellt einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, der sachlich nicht gerechtfertigt ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb es den Parteien, namentlich im kaufmännischen Verkehr, nicht gestattet sein soll, ihre Risikosphären auch in AGB selbständig abzugrenzen.

VSE: Gemäss Art. 57 Abs. 2 lit. d des Vorentwurfs sind Vereinbarungen, die die Haftung beschränken, nichtig, wenn die Klauseln in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Diese Vorschrift widerspricht der Vertragsfreiheit. Im erläuternden Bericht wird suggeriert, dass die schwächere Vertragspartei dadurch geschützt werden soll. Unter gleichgestellten Unternehmungen werden oft auch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgehandelt und als integrierender Bestandteil des Vertrages bezeichnet. Diese müssen nicht geschützt werden.

Antrag: Art. 57 Abs. 2 lit d ersatzlos streichen.

341.57 Art. 58

Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Es scheint notwendig, für die Anfechtung von Vereinbarungen zufolge Irrtums eine subsidiäre Frist von beispielsweise zehn Jahren festzulegen.

BL: Art. 58 VE OR sieht die Möglichkeit der nachträglichen Anfechtung von Vergleichen vor. Das Obligationenrecht sieht jedoch bereits unter gelten-

dem Recht im allgemeinen Teil (OR 19 ff.) vor, dass ein Vertrag wegen Willensmängeln angefochten werden kann. Die bestehenden Gesetzesbestimmungen reichen bereits aus, die Vertragspartner vor nicht gewollten Verträgen zu schützen. Im Weiteren ist es unerwünscht, durch die Aufstellung einer Anfechtungsmöglichkeit die Rechtssicherheit zu gefährden. Die Ausdehnung gemäss Art. 58 VE OR ist deshalb abzulehnen.

- JU:** L'art. 58 est source d'une certaine insécurité juridique quant au point de départ du délai d'un an qu'il prévoit. S'il est normal de faire partir ce délai du moment où la personne pouvait se rendre compte de son erreur, on voit mal ce que l'adverbe „raisonnablement“ apporte comme précision. A notre avis, il est plutôt une source d'imprécision, car on peut se demander à partir de quel moment une personne est „raisonnablement“ au courant d'une situation. Nous sommes donc pour la suppression de cet adverbe à l'art. 58 du projet.
- LU:** Da Täuschung und Drohung in der Formulierung nicht erfasst sind, wäre ein Hinweis auf die Art. 28–31 OR nützlich.
- SG:** Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Einführung einer absoluten Verwirkungsfrist für die Anfechtung von Vereinbarungen notwendig. Wir schlagen diesbezüglich eine Frist von zehn Jahren vor.
- SO:** Die Norm schützt gar nicht oder schlecht beratene Geschädigte, die sich in einer Vergleichsregelung vom Haftpflichtigen haben übervorteilen lassen. Der Vergleich soll dann aus Motiv-Irrtum anfechtbar sein. Gegen den besonderen Schutz derart Übervorteilter haben wir nichts einzuwenden.
- TG:** Mit der Vereinbarung wird die definitive Bereinigung eines Sachverhalts bezweckt, um so den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Angesichts dessen ist die vorgeschlagene Regelung abzulehnen. Die üblichen Anfechtungsmöglichkeiten (wegen Übervorteilung, Willensmängel, etc.) reichen aus, um dem Rechtsempfinden zuwiderlaufenden Vereinbarungen korrigieren zu können. Ein zusätzliches Entgegenkommen ist nicht notwendig, zumal in gewichtigen Schadensfällen die geschädigte Person in der Regel rechtskundig vertreten wird.
- VD:** Une telle disposition est de nature à créer une grande insécurité juridique, un auteur pouvant être recherché des années après les faits, pour autant que le lésé ait pu démontrer qu'il ne s'est rendu compte que tardivement de son erreur. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat est d'avis que les conditions auxquelles une telle transaction peut être invalidée doivent être plus restrictives.
- ZH:** Diese Regelung ist fragwürdig. Sie steht dem Rechtsfrieden entgegen. Mit der Vereinbarung wird die definitive Bereinigung bezweckt. Die üblichen Anfechtungsmöglichkeiten (wegen Übervorteilung, Willensmängel usw.) reichen aus, die dem Rechtsempfinden zuwiderlaufenden Vereinbarungen korrigieren zu lassen. Ein zusätzliches Entgegenkommen ist nicht notwendig. Das ist um so weniger angezeigt, als in gewichtigen Schadensfällen die geschädigte Person in der Regel rechtskundig vertreten ist.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Idee ist wohl richtig, die Umsetzung aber unseres Erachtens im vorliegenden Entwurf zu weitgreifend. Sie entspricht zwar SVG 87 Abs. 2, der aber auf der besonderen Stellung des dortigen (obligatorischen) Haftpflichtversicherers beruht, der in aller Regel allein mit dem Geschädigten verhandelt. Verallgemeinert, d.h. insbesondere auch auf das Vertragsverhältnis wirtschaftlich gleichgestellter Privater ausgedehnt, führt die Bestimmung jedoch zu einer unerwünschten Aushöhlung der Selbstverantwortung. Mindestens sollte die Anfechtung des Vergleichs an die Voraussetzungen von Willensmängeln gemäss OR 23 ff. geknüpft werden. Zudem wäre zu bedenken, gerichtliche und aussergerichtliche Vergleiche unterschiedlichen Anfechtungsvoraussetzungen zu unterstellen.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SBV: Nach geltendem Recht bietet neben verschiedenen Spezialgesetzen vor allem Art. 20 ff. OR die Grundlage, dass Verträge nichtig sind oder angefochten werden können, in denen eine Partei offensichtlich übervorteilt wird. Art. 58 will eine Verallgemeinerung (Generalisierung) und einen Ausbau der Regelung für das Haftpflichtrecht in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im OR übernehmen.

Nach unserer Ansicht genügt die heutige Regelung, so dass Art. 58 zu streichen ist. Wir beantragen dort, wo Sonderregelungen notwendig sind, diese wie bisher in den Spezialgesetzen zu verankern.

SBVer: Diese Bestimmung schafft eine Sonderregelung für Willensmängel bei Vergleichen über Schadenersatzleistungen. Die heutige Regelung nach Art. 23 ff. OR scheint u.E. auch in diesem Bereich vollauf zu genügen, weshalb auf die Bestimmung verzichtet werden kann.

341.58 Art. 59*Kantone / Cantons / Cantoni*

VS: La responsabilité pour un fait licite, qu'il s'agisse d'un état de nécessité ou de l'exercice du droit de propriété, n'appelle pas d'observation. Les art. 59 et 59a reprennent des solutions légale (art. 52 al. 2 CO) ou jurisprudentielle (complétant la réglementation de l'art. 679 CCS), font appel à l'équité et s'en remettent au pouvoir d'appréciation du juge.

341.59 Art. 59a*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Art. 59 VE legt eine besondere Haftung aus rechtmässiger Ausübung des Grundeigentums fest. Diese Bestimmung ist materiell berechtigt. In systematischer Hinsicht gehört die Regelung zu den Bestimmungen über das Grundeigentum, die im ZGB normiert sind.

Wir schlagen vor, Art. 59a VE materiell unverändert als Art. 679 Abs. 2 (neu) ins ZGB aufzunehmen.

BL: Der Vorentwurf des Bundesgesetzes enthält in Art. 59a ein Novum, welches den Kanton als Grundeigentümer ebenfalls tangieren wird. Namentlich im Bereich von Tiefbauarbeiten kommt es im Rahmen von Strassenunterhaltsarbeiten, die als rechtmässige Grundstücksbewirtschaftung zu gelten haben, immer wieder zu nachteiligen Auswirkungen auf Dritte (z.B. Gewinneinbussen von Verkaufsläden wegen erschwelter Zugänglichkeit), und der Kanton sieht sich immer wieder mit entsprechenden Ansprüchen konfrontiert. Materiell handelt es sich bei der vorliegenden Bestimmung praktisch nur um eine Konkretisierung der heutigen Rechtsprechung zu den Art. 679 ff. ZGB und um eine Wiederholung eines bereits in unserer Kantonsverfassung verankerten Grundsatzes der Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, wenn einzelne unverhältnismässig schwer betroffen sind (§ 13 Abs. 2 KV). Die Bestimmung von Art. 59a des Vorentwurfs ist somit aus Optik der Kantons akzeptabel, auch wenn allein der im OR festgeschriebene Grundsatz Begehrlichkeiten wecken und zu einer breiteren Rechtsprechung führen wird.

BS: Die genannte Bestimmung stellt zusammen mit Art. 59 VE insofern eine Ausnahmebestimmung dar, als eine Haftung auch bei rechtmässiger Ausübung eines Rechts - hier des Grundeigentums - festgehalten wird. Grundlage dafür bilden die Bestimmungen des Nachbarrechts (Art. 679/684 ZGB) einerseits und andererseits die 1965 mit dem sogenannten Entscheid Tanner (BGE 91 II 100ff.) eingeleitete Rechtsprechung in Bezug auf übermässige Einwirkungen infolge grösserer Bauarbeiten.

Gestützt auf die in den letzten Jahren vielfach angemeldeten Entschädigungsbegehren Privater auf Grund von Grossbaustellen der öffentlichen Hand, aber auch privater Bauherrschaften begrüssen wir den in Art. 59a VE OR unternommenen Versuch, die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Gesetzesrecht zu überführen. Dabei haben wir mit Genugtuung zur Kenntnis genommen, dass diese Bestimmung die Berechtigung des Staates zur Durchführung eines Enteignungsverfahrens nicht ausschliesst.

Das Gemeinwesen ist von dieser neuen Bestimmung besonders stark betroffen. Aufgrund der ansehnlichen Summen, die bei den entsprechenden Entschädigungsforderungen in Frage stehen, schlagen wir vor, dass zusätzlich zu den allgemeinen Schadensbemessungsbestimmungen für den vorliegenden Sachverhalt präzisere Kriterien für die Bestimmung des Umfangs der Schadenersatzansprüche festgelegt werden.

VD: Cette disposition est particulière, en ce sens que la responsabilité du propriétaire ne présuppose pas d'acte illicite. Elle introduit également des notions juridiques indéterminées telles que „nuisances excessives“ ou „dommage important“, dont l'application risque de poser de nombreux problèmes. Selon le rapport explicatif, cette disposition codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral. Or, celle-ci, qui procède d'un exercice d'équilibre périlleux entre les différents intérêts en présence, est très controversée. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat s'oppose à une telle codification. Au surplus, il y a lieu de se demander si une telle disposition ne devrait pas plutôt compléter les dispositions sur le droit de voisinage (en particulier art. 684 CC), plutôt que de figurer dans une loi sur la responsabilité civile.

VS: Cf. ad art. 59.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

LPS: Cet article, extrêmement mal rédigé („causer temporairement des nuisances excessives mais inévitables“) a les mêmes défauts que ceux relevés ci-dessus (cf. ad art. 56d et 56h). Subjectivité accrue, risque de flou dans l'application de la disposition sont des périls que nous entrevoyons déjà à sa simple lecture. Par ailleurs, si la disposition était maintenue, pour quelles raisons devrait-on limiter le devoir de réparation au seul propriétaire et ne pas l'étendre au locataire, superficière ou autre personne exerçant la maîtrise du fonds?

Organisationen / organisations / organizzazioni

FRI: Cet article est particulier en ce sens qu'il institue une responsabilité particulière qui se rattache à l'exercice licite de la propriété foncière.

Les termes contenus dans cette disposition tels que „nuisances excessives mais inévitables“ ou „dommage important“ démontrent par leur subjectivité la difficulté de son application.

La jurisprudence actuelle relative aux articles 679 et 684 CC, notamment l'arrêt Tanner (ATF 104 II 18), dénote d'un exercice d'équilibre périlleux entre les différents intérêts en présence. Le fait de codifier la jurisprudence très controversée du Tribunal fédéral nous paraît inacceptable.

Selon le rapport, toute personne qui exerce sur le fonds incriminé une maîtrise effective - superficière, locataire - peut être recherchée en application de cette disposition. Nous proposons donc d'y inclure: „*en tant que propriétaire ou détenteur*“, à l'instar de ce qui est libellé à l'article 61 al. 1 du projet.

HEV: Die neue Bestimmung über die „Grundeigentümerhaftung beim Bauen“ entspricht weitgehend der Praxis des Bundesgerichts, beginnend mit dem „Entscheid Tanner“ 1965. Sie ist als Ergänzung zu Art. 679 ZGB zu verstehen, der die Haftung für rechtswidrige Einwirkungen auf Nachbargrundstücke regelt, und füllt eine seit langem bestehende Gesetzeslücke.

SBVer: Diese Bestimmung kodifiziert eine Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend vorübergehende und unvermeidliche Eigentumsschädigungen unter Nachbarn, etwa bei Bauarbeiten (BGE 91 II 100). Auch gegen diese Neuerung ist Skepsis anzumelden, insoweit sie als Signal missverstanden werden könnte, die erwähnte Rechtsprechung noch zu verschärfen. Denn dadurch würde ein wichtiger Teil der Wirtschaft - das Baugewerbe - neuen Einschränkungen und Belastungen unterworfen, deren Folgen überhaupt nicht geklärt sind.

Angesichts dessen, dass der Artikel nach den Ausführungen des Erläuternden Berichts keine wirkliche Neuerung beinhaltet (S. 277), möchten wir aus den dargelegten Gründen anregen, darauf zu verzichten.

Uni GE: On peut se demander s'il convient de ranger l'art. 59a AP parmi les cas de responsabilités pour faits licites (cf. le texte même de cette disposition, ainsi que la note marginale précédant l'art. 59: „A. *Responsabilité*“

en cas de faits licites). En effet, on ne voit guère comment l'exploitation d'un fonds pourrait être licite si elle est à l'origine de nuisances excessives; le Rapport explicatif note d'ailleurs que „*si les nuisances sont jugées excessives, l'atteinte qu'elles portent au voisin est par là même illicite*“ (p. 274 s.).

Simultanément, on peut se demander s'il est utile que la loi se prononce sur le caractère, illicite ou non, de l'exploitation du fonds: l'essentiel n'est-il pas qu'elle dise (ce que l'actuel art. 679 CC ne fait pas) que lorsque ces nuisances sont inévitables, seule est en principe ouverte une action en dommages-intérêts (et non une action en cessation de trouble ou en interdiction de celui-ci)?

En tout état de cause, il nous paraît que le principe ancré dans l'art. 59a AP ne devrait pas être isolé de la base légale qu'il entend compléter, mais qu'il devrait au contraire être rapproché de celle-ci; il pourrait par exemple constituer un second alinéa de l'art. 679 CC.

Ce rapprochement pourrait être l'occasion d'examiner s'il ne convient pas de modifier le texte de l'art. 679 CC actuel:

- Selon celui-ci, l'action en responsabilité du propriétaire d'immeuble est ouverte d'une manière générale à „*celui qui est atteint ou menacé d'un dommage*“, alors que l'art. 59a AP intègre la lecture restrictive de l'art. 679 CC faite par la jurisprudence et la doctrine dominante en ne protégeant que le „*voisin*“. Il convient de choisir entre ces deux conceptions; si la seconde d'entre elles devait être retenue, il faudrait en outre déplacer l'art. 679 CC et l'insérer dans les règles régissant les rapports de voisinage (art. 684 ss CC).
- L'art. 679 CC limite au „*propriétaire*“ la qualité pour défendre, alors même que la jurisprudence s'est montrée plus large, ainsi que le rappelle le Rapport (p. 279). Si l'intention est de codifier cette jurisprudence, ce que la version actuelle de l'art. 59a AP ne reflète pas, le texte de ces deux dispositions devrait être modifié en conséquence.

On notera enfin qu'il ne se justifie guère d'exiger (ainsi que le fait l'art. 59a AP) que le dommage soit „*important*“ pour qu'il y ait lieu à réparation (cf. notamment à cet égard la démonstration de D. Piotet, *A propos de deux questions touchant aux immissions excessives inévitables causées au voisinage*, in JdT 1989 I 151 ss, p. 152 ss).

341.60 Art. 60

Kantone / Cantons / Cantoni

SO: Wir begrüßen es, dass Tierhalter neu der Gefährdungshaftung unterstehen sollen. Nach geltendem Recht haben sie die Möglichkeit, sich durch einen Sorgfaltsbeweis zu entlasten, was zu unbilligen Ergebnissen für die Geschädigten führt.

VD: Le Conseil d'Etat conteste la mention de l'atteinte à l'environnement, pour les motifs invoqués à propos de l'art. 45d AP.

VS: Contrairement à la solution de l'art. 56 CO, la responsabilité du détenteur d'un animal est conçue comme une responsabilité pour risque selon l'avant-projet. Cette évolution est judicieuse car l'administration de la

preuve selon laquelle le détenteur a gardé et surveillé son animal avec toute l'attention commandée par les circonstances ne suffit pas à prévenir le risque d'un danger dû à une réaction instinctive.

ZH: Im Gegensatz zum geltenden Recht sieht der Vorentwurf keine Entlastungsmöglichkeit durch Erbringen des Sorgfaltsbeweises mehr vor. Die Tierhalterhaftung wird somit neu als Gefährdungshaftung ausgestaltet. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass Tiere auf Grund von Instinkten reagieren bzw. Schäden verursachen können, die sich auch bei Anwendung aller Sorgfaltspflichten nicht vermeiden lassen. Es handelt sich somit gewissermassen um eine Billigkeitshaftung. Umso wichtiger erscheint allerdings die Beschränkung der Schadenersatzpflicht auf gewisse Schadenkategorien (Tötung einer Person, Einwirkungen auf deren körperliche oder geistige Unversehrtheit, Einwirkung auf Sachen oder die Umwelt).

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Die Tierhalterhaftung als strenge Kausalhaftung (ohne Entlastungsmöglichkeit) auszugestalten, geht wohl - trotz den aktuellen „Kampfhundefällen“ - zu weit. Die geltende Regelung von OR 56 Abs. 1 scheint sachgerechter (vgl. auch Art. 49, der in der Hilfspersonenhaftung weiterhin eine Entlastung über die *curae in eligendo, instruendo und custodiendo* zulässt).

LPS: Nous constatons que la responsabilité des détenteurs d'animaux est aggravée et que, de responsabilité pour faute, elle devient responsabilité pour risque. Nous ne sommes pas persuadés que cela soit opportun.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Der SAV begrüsst die Ausgestaltung der Tierhalterhaftung gemäss Art. 60 VE als echte Gefährdungshaftung, weil dies einem praktischen Bedürfnis entspricht.

SBV: Nach geltendem Recht kann sich die Person, die ein Tier hält, für den Schaden, den dieses verursacht, durch einen Sorgfaltsbeweis entlasten. Neu soll nun die Tierhalterhaftpflicht als Gefährdungshaftung ausgestaltet werden, so dass sich der Tierhalter bei einem Schaden praktisch nicht mehr entlasten kann.

Die Ausgestaltung der Tierhalterhaftpflicht als Gefährdungshaftung hat in der Praxis fatale Folgen. Wenn bei Einführung der Gefährdungshaftung Wanderer eine umzäunte mit Kühen bestossene Weide durchqueren und sie dabei die Tiere derart reizen, dass eine Kuh einen Wanderer angreift und verletzt, so müsste nun der Tierhalter für den Schaden aufkommen, obwohl den Wanderer ein offensichtliches Selbstverschulden trifft. Oder ein anderes Beispiel: Wird beim Verladen einer Kuh ein Helfer, der nicht Angestellter des Tierhalters ist, von dieser Kuh getreten, kann die geschädigte Person selbst dann, wenn beim Verladen der Kuh nach allen Regeln der Kunst vorgegangen wurde, Haftpflichtansprüche gegen den Tierhalter geltend machen. Macht er dies nicht selber, wird die zuständige Unfallversicherung oder Krankenkasse es nicht versäumen, gegenüber den haftpflichtigen Dritten zu regressieren. Ein solches Rechtskonstrukt erscheint

uns aber völlig unzweckmässig. Die Stellung des Geschädigten wird dadurch nur scheinbar erhöht, da ohne Gefährdungshaftung ein normaler Unfall, der durch die Unfallversicherung entschädigt wird, vorliegt. Erhöht werden aber mit Sicherheit die administrativen Kosten und Streitfälle vor Gericht.

Wir sind der Überzeugung, dass sich die bisherige Regelung bestens bewährt hat und wehren uns entschieden dagegen, dass die Tierhalterhaftpflicht als Gefährdungshaftung ausgestaltet wird.

SUVA: Diese Bestimmung geht davon aus, die besonders gefährliche Tätigkeit werde vom Halter des Tieres „betrieben“. Es stellt sich indessen die Frage, ob der Eigentümer des Tieres mit Billigung dabei mitwirkt und neben dem Halter nach Art. 51 VE haftet. Diese Ungewissheit könnte zum vornherein vermieden werden, indem wie in Art. 61 Abs. 2 VE zur Haftung für Werke die solidarische Mithaftung des Eigentümers stipuliert würde.

Wir beantragen daher eine Ergänzung des Art. 60 VE mit folgendem Abs. 2: „Steht das Tier nicht im Eigentum der Person, die es hält, haftet die Person, in deren Eigentum es steht, solidarisch mit“. Diese Regelung rechtfertigt sich bei der Haftung für Tiere umso mehr, als im Gegensatz zum Mangel beim Werk die Gefährlichkeit dem Tier immanent ist, d.h. dass es instinktiv Schaden verursachen kann, auch wenn es noch so sorgfältig betreut wird. Da keine Versicherungspflicht besteht, verlangt der Schutz des Opfers eine umfassende (Mit-) Haftung.

SVV: Antrag:

Die Person, die ein Tier hält, haftet für den Schaden, den dieses durch die Verwirklichung des ihm eigenen charakteristischen Risikos verursacht.

Art. 60 VE-OR statuiert eine Gefährdungshaftung für den Tierhalter. Mit Blick auf die besondere Stellung des Tiers in der Gesellschaft ist ein Spezialtatbestand trotz der Einführung einer generellen Gefährdungshaftung (vgl. Art. 50 VE-OR) gerechtfertigt. Den Tatbeständen der Gefährdungshaftung ist allerdings eigen, dass sie an das charakteristische Risiko anknüpfen. Dies kommt im Vorentwurf nur ungenügend zum Ausdruck. Wir beantragen deshalb eine Präzisierung.

Die Schadenarten werden bereits in Art. 45 Abs. 3 VE-OR aufgezählt. Ein erneuter Verweis darauf in Art. 60 VE-OR erübrigt sich. Wir schlagen deshalb eine Straffung des Artikels vor.

341.61 Art. 60a

Kantone / Cantons / Cantoni

VS: Cf. ad art. 59.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SVV: Bei Art. 60a VE-OR handelt es sich um eine Nachführung des heutigen Art. 57 OR. Die Bestimmung ist nicht zu beanstanden. Eine grammatikalische Korrektur ist in Abs. 2 angebracht (geschlechtsneutrale Formulierung: sofern ihr [der Person] diese).

341.62 Art. 61*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Wir begrüßen die Regelung von Art. 61 des Vorentwurfes. Die Umkehr der Beweislast des Werkeigentümers scheint uns durchaus sinnvoll zu sein, ist es doch nahe liegender, dass der Werkeigentümer beweisen muss, dass sein Werk keinen Mangel aufweist, statt dass die Beweislast für den Mangel beim Geschädigten liegt.

BL: Abzulehnen ist unseres Erachtens die Beweislastverteilung, soll doch der Halter beziehungsweise Eigentümer eines Werkes neu den Negativbeweis erbringen müssen, dass der Schaden nicht von einem Mangel des Werks verursacht wurde. Dies wird insbesondere im Bereich des Strassenunterhalts zu Beweisnotständen führen. Jeder könnte bei dieser Gesetzeskonstellation behaupten, ein Schaden an seinem Fahrzeug (z.B. Lackschaden) sei auf mangelhaften Unterhalt einer Strasse zurückzuführen, und das Gemeinwesen muss dann den Beweis antreten, dass im fraglichen Zeitpunkt eben kein Werkmangel vorgelegen hat. Wie in anderen Rechtsbereichen auch, ist auch im Fall der Werkeigentümerhaftung die Erbringung eines Negativbeweises äusserst problematisch und unseres Erachtens als Rechtskonstrukt abzulehnen. Die Kausalhaftung ist für den Geschädigten Erleichterung genug und bedingt rechtstheoretisch überhaupt nicht, dass auch eine Beweislastumkehr *bezüglich des Schadens* erfolgen muss. Der jetzige Rechtszustand hat zu keinen unbefriedigenden Resultaten geführt.

Es dürfte zwar den Kanton kaum direkt betreffen, dennoch sei darauf hingewiesen, dass die Einführung einer „Halterhaftung“ insofern problematisch ist, als der Halter nicht definiert wird. Problematisch wird dies insbesondere dann, wenn das Werk nicht im Eigentum des Halters steht, sieht doch Art. 61 Abs. 2 des Vorentwurfs eine Solidarhaftung von Halter und Eigentümer vor. Nach dem klaren System der Kausalhaftung soll derjenige für ein mangelhaftes Werk einstehen, welcher auch die tatsächliche Herrschaft darüber ausübt und für den Mangel verantwortlich ist. Dies sind sehr oft nicht gleichzeitig zwei Rechtssubjekte, weshalb diese Solidarhaftung nach Art. 61 des Vorentwurfs abzulehnen ist. Im Ergebnis wird somit postuliert, am Konstrukt des heutigen Art. 58 OR bezüglich der Kausalhaftung des Werkeigentümers festzuhalten. Auf die Beweislastumkehrung des Entwurfs (Negativbeweiserbringungspflicht) ist zu verzichten, da der jetzige Rechtszustand keineswegs unbefriedigend ist. Im Weiteren ist nicht nachvollziehbar aus welchen Gründen eine Ausdehnung der Haftung auf Mieter und Pächter vollzogen werden soll. Ausserdem stellt sich die Frage, ob an jedes Werk die gleichen Anforderungen gestellt werden sollen. Denkbar sind Differenzierungen zwischen Strassen, privaten Gebäuden und öffentlich zugänglichen Gebäuden.

BS: Die Einsetzung des Halters eines Werkes als Haftungssubjekt anstelle des Eigentümers, wie bisher, kehrt die Situation bezüglich Streitverkündung um: Neu wird der belangte Halter dem Eigentümer den Streit verkünden, bisher war es der Eigentümer, der bei Vorhandensein eines Halters diesem den Streit verkündete. Wir sind der Ansicht, dass diese Neuerung sehr weit geht. Letztendlich ist es aber eine politische Entscheidung, wem man die Last der Beklagtenrolle überbinden will.

Auch die Überbindung der Beweislast für den Werkmangel, bzw. eben dessen Nichtvorliegen auf den Halter des Werkes, ist letztlich eine rechtspolitische Entscheidung.

- SO:** Wir stimmen der Erweiterung des Kreises der haftpflichtigen Personen auf jene, die das Werk hält, zu.
- SZ:** Die Umkehr der Beweislast für die Haftung aus Werkeigentum ist bei öffentlichen Werken sehr problematisch. Das öffentliche Werk ist praktisch unter allen Bedingungen betriebsbereit zu halten. Will der Staat auch nur einigermaßen Haftpflichtansprüchen entgegentreten, so muss er ein Überwachungssystem für sein Strassennetz auf die Beine stellen, damit die Beweise für den ordentlichen Unterhalt erbracht werden können. Sein Beweisdispositiv ist flächendeckend aufzubauen und nicht nur punktuell, wie dies jemand tun muss, der einen Schaden erleidet.
- TG:** Die bei der Werkeigentümerhaftung vorgesehene Umkehr der Beweislast ist unsystematisch und nicht praxistauglich; es sind keine Fälle bekannt, in denen sich ein Bedürfnis nach einer solchen Regelung manifestiert hätte.
- TI:** Tra le disposizioni speciali l'art. 61 AP attiene alla responsabilità per opere, norma che contiene un'importante modifica sostanziale nei confronti dell'art. 58 CO poiché considera responsabile per i danni che ne possono derivare non il *proprietario* dell'edificio o di altra opera, ma „in primis“ il suo *detentore*. La possibilità per il leso di postulare la responsabilità solidale del proprietario é prevista solo qualora la persona del detentore e del proprietario non siano identiche (cpv. 2). Su questa norma l'opinione dello scrivente Consiglio non è di sola perplessità, ma di dissenso. Infatti, gli autori dell'AP si sono allontanati dal concetto di proprietà dell'opera sulla base di giurisprudenza federale e cantonale che ha adottato sì criteri più ampi per definire la responsabilità dell'art. 58 CO, come quello di „*maîtrise effective sur l'ouvrage*“, ma in casi particolari, ossia ad esempio laddove il proprietario non è stato ritenuto responsabile dell'opera, non essendo tenuto alla sua manutenzione, oppure essendo estraneo all'opera stessa a dipendenza della distinzione fisica riscontrabile fra l'opera e il fondo su cui sorge (Rapporto esplicativo, pag. 294 e 295). Giurisprudenza di cui si sarebbe dovuto tenere debito conto, ma semmai per offrire la possibilità alla persona lesa di convenire in giudizio, in linea di principio, anche il detentore dell'opera, accanto al proprietario o invece del proprietario, segnatamente qualora ritenesse data l'eventualità che questi - a dipendenza delle caratteristiche della fattispecie - potesse essere esonerato dalla responsabilità per l'opera. Soluzione fondamentalmente diversa da quella prospettata dall'AP che, andando oltre il significato delle indicazioni giurisprudenziali ed escludendo dalla norma generale la responsabilità del proprietario, finisce per porre eventualmente problemi processuali al leso nell'individuazione del detentore e mette d'altra parte il detentore, cui non necessariamente incombe la manutenzione dell'opera, o che non dispone della „*maîtrise effective*“ sulla stessa, nella situazione di dover rispondere per i danni che da quella per legge gli derivano. Si sostiene poi che l'eventuale difficoltà di individuazione del detentore sarebbe ovviata dal capoverso 2 della norma (Rapporto esplicativo, pag. 297); anche questa affermazione tuttavia suscita perplessità dal momento che intende risolvere un problema di tipo processuale per mezzo di una

norma puramente sostanziale come quella che prevede la responsabilità solidale del proprietario.

- VD:** Le Conseil d'Etat réitère les réserves émises dans le cadre de l'art. 49a AP, à propos du renversement du fardeau de la preuve: une preuve négative (preuve qu'aucun défaut de construction n'est à l'origine du dommage) est beaucoup plus difficile à apporter que la preuve d'un défaut, voire impossible. La ratio legis d'une telle sévérité est un souci d'équité, compte tenu de l'avantage qui peut être retiré d'un ouvrage. Le Conseil d'Etat s'oppose toutefois à ce renversement du fardeau de la preuve, étant précisé que cette responsabilité se rapproche plus d'une responsabilité pour risque qu'une responsabilité objective simple.
- VS:** Enfin, doivent être approuvées les deux innovations apportées à la responsabilité en raison d'un ouvrage: le détenteur de l'ouvrage répond solidairement avec le propriétaire qui doivent apporter la preuve libératoire de l'absence d'un vice de construction ou d'entretien.
- ZH:** Die Einführung der einfachen Verursacherhaftung für Werkeigentümer unterstützen wir. Dass dabei neu auch auf den Halter und nicht mehr nur auf den Werkeigentümer abgestellt wird, ist als zweckmässig zu erachten.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

- FDP:** Eine allgemeine Werkhalterhaftung geht sehr weit und ist in dieser Form abzulehnen. Beispielsweise ist der Mieter nach dem Entwurf haftpflichtiger Halter, aber dennoch grundsätzlich nicht unterhaltspflichtig (OR 256). Warum aber soll er für mangelnden Unterhalt einstehen (und damit faktisch zum Abschluss einer entsprechenden Haftpflichtversicherung gehalten sein)? Die bisherige Werkeigentümerhaftung mit den Spezifikationen der Rechtsprechung zum Begriff des Werkeigentums erscheint uns sachgerechter (vgl. BGE 91 II 285; 106 II 205). Mindestens wäre die Haftung neben dem Eigentümer auf den unterhaltspflichtigen Halter zu beschränken.
- LPS:** L'aggravation de la responsabilité pour les ouvrages ne rencontre pas notre agrément. Poser le principe que le détenteur de l'ouvrage doit s'exculper (preuve négative) fait du détenteur d'ouvrage un accusé potentiel dès le début d'une procédure, alors qu'il serait plus simple et plus juste de prévoir que, là aussi, le principe de l'article 8 CCS s'applique (le fardeau de la preuve incombe à celui qui en déduit un droit). On relèvera en outre que prouver qu'il n'y a aucun défaut de construction ou d'entretien peut, selon les circonstances, être une „probatio diabolica“, soit une preuve impossible à apporter.

Organisationen / organisations / organizzazioni

- economiesuisse:** Auch für einen Systemwechsel bei der Regelung der *Werkeigentümerhaftung* werden keine stichhaltigen Argumente vorgebracht, warum im Verhältnis zum geltenden Recht die Beweislast nun de lege ferenda umgekehrt werden soll. Wenig überzeugend scheint die Ausdehnung der Haftung auf den sog. „Werkhalter“. Gemäss den Erläuterungen zum Vorentwurf soll dadurch auch eine Haftung des Mieters und Pächters in Betracht kommen. Stichhaltige Argumente, weshalb bei-

spielsweise der Mieter für einen Konstruktionsmangel an einem Werk haften soll, werden jedoch nicht vorgebracht. Die Haftung des Mieters oder Pächters für Werkmängel wurde vom Bundesgericht bisher abgelehnt.

FRI: Les arguments contenus dans le rapport explicatif et militant en faveur d'un renversement du fardeau de la preuve ne sont nullement convaincants. Rien ne milite, selon nous, à s'éloigner de l'article 8 CCS, selon lequel le fardeau de la preuve incombe à celui qui en déduit son droit.

Il reviendrait à l'avenir au défendeur – propriétaire ou détenteur – de prouver qu'aucun défaut n'est à l'origine du dommage, s'il entend se libérer.

L'aggravation de la responsabilité est incontestable dès lors que l'apport d'une preuve „négative“ est nettement plus difficile à apporter que la preuve de l'existence d'un défaut.

On assiste malheureusement à un glissement pernicieux d'une responsabilité objective simple à une responsabilité pour risque, comme si la détention d'un immeuble constituait une activité spécifiquement dangereuse au sens de l'article 50 du projet.

HEV: Nach heutiger Auffassung ist Art. 58 (Werkeigentümerhaftung) eine milde Kausalhaftung. Dem Eigentümer steht kein spezieller Entlastungsbeweis zu. Passivlegitimiert ist nur der Eigentümer. Das Bundesgericht hat noch in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass die Haftung nach OR 58 grundsätzlich durch das Eigentum am Grundstück bestimmt wird.

Es hat betont, dass eine Ausdehnung der Haftung nur mit Vorsicht vorzunehmen ist. Das Bundesgericht hat sich bei der Definition des Eigentums auf das *formelle Kriterium* abgestützt. Die Verfasser der Revisionsvorlage hingegen gehen bei der Definition des Haftungssubjekts von einem *materiellen Kriterium* aus. Neu wird nicht mehr auf den „Eigentümer“ abgestellt, sondern auf den „Halter“ des Werkes. Auf den ersten Blick weist die bisherige Definition des „Eigentümers“ den doppelten Vorteil der Einfachheit und Klarheit auf. Bei näherer Betrachtung kann man den Argumenten der Revisionsverfasser für einen materiellen Eigentumsbegriff durchaus etwas abgewinnen. Gewiss ist es logisch und billig, diejenige Person zu beklagen, in deren Verantwortungsbereich das Werk liegt. Allerdings ist damit die Verantwortung für den Hauseigentümer, der das Haus nicht bewohnt, nicht vom Tisch. Denn Art. 61 Abs. 2 VE gibt dem Geschädigten die Möglichkeit, gegen den Halter und den Eigentümer gleichzeitig vorzugehen (solidarische Haftung), wenn sich der Halter nicht eindeutig ermitteln lässt. Damit wird der Geschädigte in der Praxis tendenziell den (oft einfacheren) Weg des Grundbucheintrages wählen, wo er den Eigentümer sicher ermitteln und haftbar machen kann, statt den Halter mühsam ausfindig zu machen.

Von ihrer Grundkonzeption her bleibt die neue Haftung für Werke eine milde Kausalhaftung und damit entsprechend der Definition des Gesetzes, eine Sonderbestimmung. Allerdings weist sie bei näherer Betrachtung für den Eigentümer gravierenden Änderungen auf: Entsteht ein Schaden durch einen Werkmangel, wird die Verletzung der Sorgfaltspflicht des Halters oder Eigentümers vermutet. Der beklagte Hauseigentümer kann sich nur dadurch exkulpieren, dass er nachweist, dass der Schaden nicht

von einem Mangel am Werk verursacht worden ist. Er wird auch dann haftbar, wenn er beweist, dass er den Mangel nicht kannte. Es bleibt ihm nur der zweifelsohne schwierige Beweis, dass das Haus keinen Konstruktions- oder Unterhaltsmangel aufweist.

Die vorgeschlagene Haftungsbestimmung wird unweigerlich Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Problematisch kann das Verhältnis von Art. 61 VE (wie bereits heute Art. 58) zu Art. 679 ZGB werden. Es wäre daher ratsam, diese beiden Bestimmungen wie bis anhin konkurrierend anwenden zu können. Abgrenzungsprobleme sehen wir auch gegenüber den neuen Generalklauseln und gegenüber der neuen Unternehmenshaftung (ein technischer Mangel an einer Einrichtung kann die Ersatzpflicht begründen). Aus all diesen Gründen sind wir der Ansicht, dass die Neufassung der Werkhaftung für den Grundeigentümer negative Auswirkungen haben wird und stehen dieser deshalb kritisch gegenüber.

SAV: Bezüglich der Haftung für Werke bringen Art. 61 und 61a in der Beurteilung des SAV keine wesentlichen Vorteile gegenüber der Praxis zu Art. 58 OR. Positiv zu würdigen ist die vorgesehene Umkehr der Beweislast für das Vorliegen eines Mangels bzw. der Mängelfreiheit eines Werkes; fragwürdig ist die Aufgabe der Grundeigentümerstellung als (primärem) Anknüpfungstatbestand. Für den Geschädigten ist dieses formale, eindeutige Kriterium einfacher zu handhaben als der neue, auslegungsbedürftige Begriff des „Werkhalters“, was immer der Gesetzgeber darunter verstehen mag.

SBV: Nach geltendem Recht hat gemäss Art. 58 OR der Werkeigentümer den Schaden zu ersetzen, den das Werk infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhaftem Unterhalt verursacht. Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf andere, die ihm hierfür verantwortlich sind.

In Art. 61 des Vorentwurfes ist neu vorgesehen, dass nicht mehr der Kläger den Werkmangel beweisen muss, sondern dass der Beklagte (Eigentümer oder Halter) nachweisen muss, dass der Schaden nicht von einem Mangel des Werkes ausgeht (Umkehr der Beweislast). Neu und das ist besonders gravierend, haftet nicht mehr nur der Eigentümer für den Werkmangel, sondern im gleichen Umfang auch der Halter. Mit anderen Worten haftet der Mieter oder Pächter einer Liegenschaft für einen allenfalls entstehenden Schaden aus einem Werkmangel im gleichen Rahmen, wie wenn er der Eigentümer wäre und dies selbst dann, wenn er für den Unterhalt des Gebäudes gar nicht zuständig ist. Zuständigkeit und Verantwortlichkeit fallen also auseinander.

Wir können die Umkehr der Beweislast, da sie im Normalfall mit der einfachen Kausalhaftung im Einklang steht, akzeptieren. Wir setzen uns aber entschieden dagegen ein, dass neu auch der Halter des Werkes im gleichen Umfang wie der Eigentümer für Schäden, welche aus diesem Werk entstehen können, haftet. Es ist dem Gericht zu überlassen, in einem Einzelfall festzustellen, ob der Halter haftpflichtrechtlich faktisch zum Eigentümer geworden ist und er deshalb in diesem Rahmen haftet.

Wir beantragen Art. 61 in dem Sinne zu ändern, dass konsequent vom Werkeigentümer gesprochen wird.

Konsequenterweise darf auch in Art. 61a nur von Eigentümern gesprochen werden.

SGCI: Die SGCI ist vom geplanten Systemwechsel bei der bewährten Regelung der Werkeigentümerhaftung nicht überzeugt. Es wurden insbesondere keine stichhaltigen Argumente vorgebracht, warum im Verhältnis zum geltenden Recht die Beweislast nun de lege ferenda umgekehrt werden soll. Wenig überzeugend scheint der SGCI auch die Ausdehnung der Haftung auf den sog. „Werkhalter“. Gemäss den Erläuterungen zum Vorentwurf soll dadurch auch eine Haftung des Mieters und Pächters in Betracht kommen. Stichhaltige Argumente, weshalb beispielsweise der Mieter für einen Konstruktionsmangel an einem Werk haften soll, werden jedoch nicht vorgebracht. Das Bundesgericht hat denn auch nur in einzelnen, besonders gelagerten Fällen von der Haftungsvoraussetzung des Werkeigentums abgesehen. Dabei ging es immer um die Haftung des Gemeinwesens. Die Haftung des Mieters oder Pächters für Werkmängel wurde vom Bundesgericht jedoch abgelehnt.

SGV: Gemäss Bundesgericht wird die Haftung nach OR 58 grundsätzlich durch das Eigentum am Grundstück begründet. Eine Ausdehnung der Haftung sei nur mit Vorsicht vorzunehmen.

Es besteht keine dringende Notwendigkeit von der Eigentümer- zur Halterhaftung überzugehen. Ebenso unnötig ist die Umkehr der Beweislast. Auch hier soll grundsätzlich der Geschädigte beweisen, dass ihm ein Schaden entstanden ist.

SUVA: Diese Neuregelung ist sehr zu begrüßen. Die Beweislastumkehr sowie die Solidarhaftung von Halter und Eigentümer gewährleisten einen besseren Schutz von Geschädigten.

SVV: Antrag:

Die Person, die ein Gebäude oder ein anderes Werk hält, haftet für den Schaden, den dieses infolge eines Mangels verursacht.

In Art. 61 VE-OR wird die Haftung für Werke festgehalten. Die Beibehaltung einer Sonderbestimmung zur Werkhalterhaftung ist sinnvoll, denn das Halten eines Werks ist keine besonders gefährliche Tätigkeit. Im Vergleich zum heutigen Art. 58 OR wird neu auch der Werkhalter erfasst. Diese Klärung ist im Lichte der Gerichtspraxis zu begrüßen. Auch die Solidarhaftung zwischen diesen Beiden entspricht dem Haftungssystem bei mehreren Haftpflichtigen und ist nicht zu beanstanden.

Fraglich ist hingegen, ob die Begrenzung des Entlastungsbeweises auf „Konstruktions- und Unterhaltsmangel“ nicht eine ungewollte Einschränkung beinhaltet. Ein Werk kann mängelfrei konstruiert und einwandfrei unterhalten, aber fehlerhaft konzipiert sein. Wir schlagen deshalb eine Verkürzung auf das Wort „Mangel“ vor.

Zu grossen praktischen Problemen führt die geplante Beweislastverteilung. Diese entspricht zwar dem System der milden Kausalhaftung. Die Sachlage präsentiert sich im Vergleich zu Art. 49a VE-OR aber genau umgekehrt. So wie es dort richtig ist, dem Unternehmer einen Befreiungsbeweis zuzugestehen, weil er „näher an der Haftungsursache ist“, ist hier gerechtfertigt, den Geschädigten belegen zu lassen, dass ein Werkmangel

den Schaden verursacht hat. Die Ausgangslage ähnelt der Produkthaftpflicht, wo es auf Grund der Interessenlage Sinn macht, den Geschädigten den Produktfehler beweisen zu lassen und nicht zum vornherein den Produzenten die Fehlerfreiheit. Wir beantragen deshalb die Beweislast gleich wie in der aktuellen Fassung von Art. 58 OR zu belassen.

VöV: Neu soll das Subjekt der Haftung für Gebäude und andere Werke durch das materielle Kriterium des Haltens bestimmt werden. Dabei besteht Haftungssolidarität zwischen Werkeigentümer und Halter des mangelhaften Werkes. Unseres Erachtens sollte die Haftung des Halters nur mit Zurückhaltung bejaht werden, bestimmt doch in der Regel der Eigentümer über Konstruktion und Unterhalt eines Werkes.

Der Entwurf sieht für die Haftung für mangelhafte Werke eine Umkehr der Beweislast vor. Wir lehnen diese Beweislastumkehr in der vorgeschlagenen Form ab, da sie aus praktischen Gründen nicht realisierbar ist.

In der Praxis werden Schadenfälle regelmässig erst Monate nach dem Unfall angemeldet. Insbesondere seit der Einführung des neuen KVG regressieren die Krankenkassen erst nach Monaten. Liegt der Unfall bereits längere Zeit zurück, ist der Sachverhalt kaum mehr feststellbar (zum Beispiel bei Baustellen oder Eisflächen). Folglich ist auch nicht mehr feststellbar, ob ein Werkmangel vorgelegen hat oder nicht. Insbesondere wer über zahlreiche Grundstücke verfügt, wie dies bei den KTU's oftmals der Fall ist, ist gar nicht in der Lage, die fehlende Mangelhaftigkeit zu beweisen, wenn der Schaden nicht unmittelbar nach dessen Eintritt angezeigt wird.

Da die Unfälle regelmässig sehr spät angemeldet werden, kann eine Umkehr der Beweislast nur zusammen mit einer Unfallanzeigepflicht eingeführt werden. Wir schlagen daher vor, dass der Gesetzestext dahingehend geändert wird, dass eine Umkehr der Beweislast nur dann gilt, wenn der Schaden unmittelbar nach dessen Eintritt gemeldet wird. Andernfalls muss wie nach geltendem Recht der Geschädigte beweisen, dass der Schaden auf einen Konstruktions- oder Unterhaltsmangel zurückzuführen ist.

VSE: Die künftige Ausgestaltung der Werkeigentümerhaftung sieht vor, dass der Werkmangel inskünftig nicht mehr vom Kläger bewiesen werden muss, sondern dass der Beklagte, der sich von der Haftung befreien will, nachweisen muss, dass der Schaden nicht von einem Mangel des Werkes verursacht wurde. Diese Umkehr der Beweislast geht zu weit, nachdem bereits der Werkeigentümer mit der einfachen Kausalhaftung belastet ist. Künftig sollen auch Halter und Eigentümer solidarisch haften. Unseres Erachtens besteht bezüglich Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts kein Handlungsbedarf, um den geltenden Artikel 58 OR zu revidieren.

Antrag: Die Werkeigentümerhaftung gemäss geltendem Artikel 58 OR ist beizubehalten.

341.63 Art. 61a

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Vgl. zu Art. 61

VS: Cf. ad art. 59.

Organisationen / organisations / organizzazione

HEV: Entsprechend der Änderung des Begriffs Eigentümer auf den Halter erweitert sich auch in diesem Artikel der Kreis der Passivlegitimierten auf Eigentümer *und Halter* (s. auch Ausführungen unter Art. 61 VE).

Der Änderung des Randtitels können wir zustimmen, weil sie damit besser ausdrückt, dass die Bestimmung nur vor dem allfälligen Eintritt eines Schadens zur Anwendung kommt.

Vgl. auch zu Art. 61

SAV: Vgl. zu Art. 61.

**342 Revision weiterer Bestimmungen des OR
Révision d'autres dispositions du CO
Revisione di altre disposizioni del CO**

Bestimmungen des Vorentwurfs, zu denen keine Bemerkungen gemacht wurden, sind ohne Nummerierung und in Klammern wiedergegeben.

Les dispositions de l'avant-projet au sujet desquelles aucune remarque n'a été formulée sont mentionnées entre parenthèses.

Le disposizioni dell'avamprogetto che non hanno dato adito a osservazioni sono indicate tra parentesi e senza numero.

**342.01 Art. 31 Abs. 3
Art. 31, 3^e al.
Art. 31 cpv. 3**

Organisationen / organisations / organizzazioni

SBVer: Diese Bestimmung aus dem Recht der Willensmängeln wäre u.E. - in Sinn einer fallweise angemessenen Handhabung durch die Gerichte - z.B. wie folgt zu ändern:

„³Ist durch einen unter dem Einfluss von Täuschung oder Furcht abgeschlossenen Vertrag eine Forderung gegen die geschädigte Person begründet worden, so kann diese die Unverbindlichkeit einredeweise jederzeit geltend machen. Hat sie ihn genehmigt, so kann ihr der Richter nach eigenem Ermessen Schadenersatz zusprechen.“

UniGE: Cette disposition cherche à donner un sens à l'idée exprimée à l'art. 60 al. 3 CO. Elle permet au lésé de se prévaloir en tout temps, par voie d'exception, de l'invalidité d'un contrat conclu sous l'empire d'un dol ou d'une crainte fondée. Or, von TUHR, au début du siècle déjà, avait reconnu un emprunt au BGB par le législateur suisse, qualifié de "gänzlich verfehlt", parce que le droit suisse, contrairement au droit allemand ne connaît pas le principe de l'abstraction des créances (v. TUHR / PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. I, Zurich 1979, § 40 n. 56, et § 54 n. 29; v. TUHR / ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. II, Zurich 1974, § 81 n. 56). Le législateur pourrait éviter "einem Versehen zum Opfer [zu fallen]" (v. TUHR / PETER, § 40 n. 56) à nouveau, en supprimant simplement cette disposition.

**342.02 Art. 97 Abs. 1
Art. 97, 1^{er} al.
Art. 97 cpv. 1**

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Vgl. zu Art. 42 OR

SO: Wir gehen davon aus, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmung in Art. 42 VE-OR definiert wird. Demnach sind die Bestimmungen über die

Haftung aus Vertrag nur anwendbar bei Nichterfüllung und verspäteter Erfüllung. Wenn dies zutreffen sollte, so wäre der Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 entsprechend anzupassen: der Begriff "teilweise" wäre durch den Begriff "verspätet" zu ersetzen.

Demnach wären die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen neu nicht mehr anwendbar in Fällen der mangelhaften Erfüllung eines Vertrages. Hier sei die Frage erlaubt, ob dieser "Systemwechsel" angezeigt ist.

Organisationen / organisations / organizzazioni

UniGE: Etant donné que les auteurs de la présente réponse refusent catégoriquement l'extension des art. 41 ss AP à la violation du contrat, cette modification n'a pas lieu d'être.

342.03 Art. 99 Abs. 3
Art. 99, 3^e al.
Art. 99 cpv. 3

Organisationen / organisations / organizzazioni

SBV: Neu sollen die Art. 41-58 des OR auch für die vertragliche Haftung Geltung haben. Die vertragliche Haftung war bisher von den Bestimmungen des Haftpflichtrechts nicht erfasst. Wir erachten eine solche Neuregelung, die in gefährlicher Weise in die Vertragsfreiheit eingreift, als äusserst problematisch und lehnen sie daher, wie in den Darlegungen zu Art. 42 festgehalten, ab.

UniGE: Etant donné que les auteurs de la présente réponse refusent catégoriquement l'extension des art. 41 ss AP à la violation du contrat, cette modification n'a pas lieu d'être.

342.04 Art. 100
 Vgl. Art. 57 OR / Cf. ad art. 57 CO

342.05 Art. 101 Abs. 2 und 3
Art. 101, 2^e et 3^e al.
Art. 101 cpv. 2 e 3
 Vgl. Art. 57 OR / Cf. ad art. 57 CO

(Art. 113)

342.06 Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7 (neu)
Art. 134, 1^{er} al., ch.7 (nouveau)
Art. 134 cpv. 1 n. 7 (nuovo)

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: Begrüssenswert ist die neue Ziffer 7 von Art. 134 Abs. 1 OR, wonach die Verjährung während der Hängigkeit eines Gerichtsverfahrens nicht beginnt oder stille steht, falls sie begonnen hat.

SBMV: Wir begrüßen die vorgeschlagene neue Bestimmung in Ziffer 7 zu Art. 134 Abs. 1 OR, wonach die Verjährung nicht beginnen respektive still stehen soll, solange über eine Forderung ein Gerichtsprozess im Gange ist.

SBV: Wie SBMV.

**342.07 Art. 759 und 760
Art. 759 et 760
Art. 759 e 760**

LU: Zu Art. 760: Die relative Frist von drei Jahren könnte in Fällen der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs allenfalls zu kurz bemessen sein (vgl. BGE 116 II 160 ff.).

**342.08 Art. 918 und 919
Art. 918 et 919
Art. 918 e 919**

LU: Zu Art. 919: Vgl. zu Art. 760.

342.09 Art. 928

GR: Der Vorentwurf sieht richtigerweise vor, die Umschreibung der Haftenden auf den Sachbereich „Handelsregisterführung“ zu beschränken. Die Ausgestaltung der Haftung als primäre Staatshaftung des Kantons ist zu begrüßen, da damit eine Angleichung an die Haftung bezüglich der Grundbuchführung, des Zivilstandswesens etc. erfolgt. Die getroffene Lösung ist sachgerecht, zumal bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Pflichtverletzung der verantwortlichen Personen trotzdem auf diese Rückgriff genommen werden kann. Problematisch erscheint jedoch die Ausdehnung der Haftung auf die "Erfüllung weiterer damit verbundener Aufgaben". Um die Gefahr unsachgerechter Verantwortlichkeitsansprüche zu vermeiden, ist auf die Ausweitung der Haftung zu verzichten und die angeführte Formulierung zu streichen (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 955 ZGB gemäss Vorentwurf).

- 35** **Aufhebung des Bundesgesetzes vom 28. März 1905²⁴ über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post**
Abrogation de la loi fédérale du 28 mars 1905²⁵ sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes
Abrogazione della legge federale del 28 marzo 1905²⁶ su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste

SAV: Der SAV nimmt mit Freude zur Kenntnis, dass dieses überholte Gesetz endlich aufgehoben wird.

²⁴ SR 221.112.742

²⁵ RS 221.112.742

²⁶ RS 221.112.742

**36 Änderung von Bundesgesetzen
Modification de lois fédérales
Modifiche di leggi federali**

Bestimmungen des Vorentwurfs, zu denen keine Bemerkungen gemacht wurden, sind ohne Nummerierung und in Klammern wiedergegeben.

Les dispositions de l'avant-projet au sujet desquelles aucune remarque n'a été formulée sont mentionnées entre parenthèses.

Le disposizioni dell'avamprogetto che non hanno dato adito a osservazioni sono indicate tra parentesi e senza numero.

Die nachstehenden Bundesgesetze werden wie folgt geändert:

Les lois fédérales ci-après sont modifiées comme suit:

Le seguenti leggi federali sono modificate come segue:

**361 Staat - Volk - Behörden
Etat - Peuple - Autorités
Stato - Popolo - Autorità**

**361.1 Verantwortlichkeitsgesetz (VG)²⁷
Loi sur la responsabilité de la Confédération (LRCF)²⁸
Legge su la responsabilità della Confederazione (LResp)²⁹**

**361.11 Art. 3 Abs. 1, 2 und 3
Art. 3, 1er, 2e et 3e al.
Art. 3, cpv. 1, 2 e 3**

SO: Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes soll neu nicht mehr für die amtliche Tätigkeit sondern für die hoheitliche Tätigkeit gelten. Was unter hoheitlicher Tätigkeit zu verstehen ist, wird im erläuternden Bericht nicht gesagt. Der neue Wortlaut der Bestimmung soll sich laut erläuterndem Bericht wegen der Anpassung an Art. 43 und 43a VE-OR ergeben haben (s. Seite 309). Nun ist aber in Art. 43a von der Ausübung hoheitlicher Gewalt die Rede. Nur dieser Begriff wird in den Erläuterungen mit Beispielen veranschaulicht (Seite 71).

Geht man vom Wortlaut der Art. 43a VE-OR und Art. 3 VE-VG aus, so möchte der Bundesgesetzgebers nur noch einen eng definierten Bereich dem besonderen Regime der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze unterstellen. Das Regime des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes aber würde ein weiteres Feld beschlagen, das allerdings gegenüber dem geltenden Recht eingeschränkt wäre. Eine solche Regelung lehnen wir klar

²⁷ SR 170.32

²⁸ RS 170.32

²⁹ RS 170.32

ab. Sie wäre gesetzessystematisch schlecht und würde die Autonomie der Kantone zu stark beschränken. Im übrigen verweisen wir auf die Ausführungen zu Art. 43a VE-OR.

(Art. 9)

**361.12 Art. 10 Abs. 2 und Art. 11
Art. 10, 2^e al. et art. 11
Art. 10 cpv. 2 e art. 11**

Bundesgericht / Tribunal fédéral / Tribunale federale

Bger: In verfahrensrechtlicher Hinsicht drängt sich eine Bemerkung zum Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes und seiner Behördenmitglieder und Beamten auf. Art. 10 Abs. 2 VG sieht in seiner heutigen Fassung für Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung aus der Amtstätigkeit von Personen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a-c VG (Mitglieder des National- und Ständerates, Mitglieder des Bundesrates, Bundeskanzler, Mitglieder des Bundesgerichts sowie des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, einschliesslich nebenamtliche Richter) den Weg der Klage an das Bundesgericht als einzige Instanz vor. Der vorliegende Entwurf will das Bundesgericht von derartigen erstinstanzlichen Prozessen entlasten und schlägt die Streichung von Art. 10 Abs. 2 VG vor. Allerdings weist der Erläuternde Bericht auf die ebenfalls hängige Neuordnung der Bundesrechtspflege hin. Der Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements für das Bundesgerichtsgesetz sieht in seiner gegenwärtigen Fassung in Art. 106 Abs. 1 lit. c die Beibehaltung der verwaltungsrechtlichen Klage für Haftungsansprüche aus Handlungen von Personen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a-c VG vor. Dies mit gutem Grund, erscheint doch in solchen Fällen die Verfügungskompetenz einer Bundesverwaltungsbehörde unangebracht. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesgerichts wird hier der Bedeutung der Sache gerecht. Das Bundesgericht schlägt daher vor, die beiden Entwürfe in dem Sinne zu koordinieren, dass bei der Revision des Haftpflichtrechts auf die vorgeschlagene Streichung von Art. 10 Abs. 2 VG verzichtet wird.

**(Art. 19 Abs. 1
Art. 19, 1^{er} al.
Art. 19, cpv. 1)**

**(Art. 20 Abs. 1
art. 20, 1^{er} al.
art. 20, cpv. 1)**

(Art. 21)

(Art. 23)

361.2 **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)**³⁰
Loi sur la procédure administrative (PA)³¹
Legge sulla procedura amministrativa (PA)³²

(Art. 55 Abs. 4
Art. 55, 4^e al.
Art. 55 cpv. 4)

361.3 **Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994**³³ **über das öffentliche**
Beschaffungswesen (öBG)
Loi fédérale du 16 décembre 1994³⁴ **sur les marchés publics**
(LMP)
Legge federale del 16 dicembre 1994³⁵ **sugli acquisti pubblici**
(LAPub)

(Art. 34 und 35
Art. 34 et 35
Art. 34 e 35)

361.4 **Beamtengesetz (BtG)**³⁶
Loi sur les fonctionnaires (LFonct)³⁷
Ordinamento dei funzionari (OF)³⁸

(Art. 48 Abs. 5 und 5^{bis}
Art. 48, 5^e al. et al. 5^{bis}
Art. 48 cpv. 5 e 5^{bis})

³⁰ SR 172.021

³¹ RS 172.021

³² RS 172.021

³³ SR 172.056.1

³⁴ RS 172.056.1

³⁵ RS 172.056.1

³⁶ SR 172.221.10

³⁷ RS 172.221.10

³⁸ RS 172.221.10

362 Privatrecht - Zivilrechtspflege - Vollstreckung
Droit privé - Procédure civile - Exécution
Diritto privato - Procedura civile - Esecuzione

362.01 Zivilgesetzbuch³⁹
Code civil⁴⁰
Codice civile⁴¹

362.01.1 Art. 46

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Der Versuch, für alle Erscheinungsformen von bundesrechtlich angeordneter Haftung des Kantons eine möglichst einheitliche Formulierung zu finden (vgl. erläuternder Bericht S. 316), darf als gelungen bezeichnet werden und wird von uns begrüsst.

ZG: Die Neuformulierung von Art. 46 ZGB scheint uns eher redaktioneller Natur zu sein. Unter Hinweis auf die in unserem Kanton geregelte Staatshaftung haben wir keine Einwände anzubringen. Dies gilt insbesondere auch für Abs. 3, wonach gegen die Person, welche den Schaden verursacht hat, der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zusteht.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SVZ: Der Schweizerische Verband der Zivilstandsbeamten ist der Meinung, dass der Versuch, eine einheitliche Formulierung für alle Erscheinungsformen von bundesrechtlich angeordneter Haftung der Kantone zu finden, vollends gelungen ist. Der vorliegende Entwurf des Gesetzestextes kann also in dieser Form in das neue Haftpflichtrecht aufgenommen werden

Art. 426

Kantone / Cantons / Cantoni

GR: Vgl. zu Art. 955 ZGB

TG: Im Vormundschaftswesen soll gemäss Vorschlag neu die primäre (Kausal-)Haftung des Kantons gelten. Das Vormundschaftswesen ist nun aber auch im Kanton Thurgau eine klassische Aufgabe der Gemeinden. Die Verpflichtung für fremdes, ausserhalb des direkten Einflussbereichs liegendes Verhalten einzustehen und allenfalls prozessieren zu müssen, ist abzulehnen. Aus kantonaler Sicht kann gerade nicht "von Verwirklichung der für diesen Bereich charakteristischen Betriebs- und Organisationsgefahr" gesprochen werden. Dies trifft vielmehr auf die Gemeinde zu. Es geht auch nicht an, über eine haftpflichtrechtliche Norm des Bundes, die in einem Kanton getroffene Aufgabenteilung zwischen den Gemeinden und dem Kanton quasi auszuschalten. Diese Änderungsvorschläge sind daher entschieden abzulehnen.

³⁹ SR 210

⁴⁰ RS 210

⁴¹ RS 210

ZG: Der Vorentwurf sieht eine Streichung der Art. 426-430 sowie 454 und 455 ZGB vor. Sie sollen durch einen einzigen neuen Art. 426 ersetzt werden, der die ausschliessliche Staatshaftung mit Rückgriffsrecht vorsieht. Dies stellt eine wesentliche Änderung der bisherigen persönlichen Kaskaden- und Ausfallhaftung der unmittelbar handelnden und der Aufsichtsorgane sowie subsidiär auch der beteiligten Gemeinwesen dar. Dieser Schnitt ist erheblich, entbehrt aber nicht der Konsequenz im Umfeld der modernen Staatshaftungslehre. Die geschädigte Person soll sich nicht mit verschiedenen Haftungsträgern auseinandersetzen müssen, sondern an ein einziges Haftungssubjekt halten können, welchem dann die interne Auseinandersetzung obliegt. Deshalb stimmen wir dieser Lösung zu. Weiterhin können damit Verantwortlichkeitsfälle vom Zivilrichter beurteilt werden, wie dies unser Verantwortlichkeitsgesetz vorsieht (Art. 426 ZGB in Verbindung mit VE Art. 56 Abs. 1 OR).

ZH: Im Vormundtschaftswesen soll die primäre (Kausal-)Haftung des Kantons gelten. Das Vormundtschaftswesen ist eine klassische Aufgabe, für welche die Gemeinde zuständig ist. Die Verpflichtung für fremdes, ausserhalb des direkten Einflussbereichs liegendes Verhalten eintreten und allenfalls prozessieren zu müssen, lehnen wir ab. Aus kantonaler Sicht kann gerade nicht «von der Verwirklichung der für diesen Bereich charakteristischen Betriebs- bzw. Organisationsgefahr» gesprochen werden; das trifft vielmehr für die Gemeinde, die für die persönliche Fürsorge des Einzelnen zuständig sind, zu.

Für den Fall, dass der Staat tatsächlich primär haften soll, müsste dem Kanton die Möglichkeit eingeräumt werden, die Schadloshaltung von der Gemeinde im kantonalen Recht vorzusehen (vgl. dazu z. B. Art. 5 Abs. 3 SchKG und § 18b HG). Gegen die Einschränkung des Regresses bezüglich der natürlichen Personen auf absichtliche oder grobfahrlässige Schadenverursachung haben wir nichts einzuwenden. Diese Regelung entspricht den Bestimmungen im kantonalen Recht.

Organisationen / organisations / organizzazioni

SAV: La FSA approuve le système de responsabilité primaire du canton en matière de registre du commerce, d'état civil ou de registre foncier. S'agissant des organes de tutelle, et plus particulièrement du tuteur ou du curateur, il est à craindre qu'un tel régime déresponsabilise les personnes auxquelles un tel mandat a été confié. Ainsi, et en raison notamment du rapport de confiance particulier existant entre le tuteur et son pupille, il est opportun de prévoir une responsabilité solidaire du tuteur ou du curateur, aux côtés du canton, en cas de dommage intentionnel ou par négligence, même légitime.

362.01.3 Art. 427 - 430

TG: Vgl. zu Art. 426 ZGB

ZH: Vgl. zu Art. 426 ZGB

362.01.4 Art. 454 und 455
Art. 454 et 455
Art. 454 e 455

TG: Vgl. zu Art. 426 ZGB

ZH: Vgl. zu Art. 426 ZGB

362.01.5 Art. 849

Kantone / Cantons / Cantoni

GR: Art. 849 ZGB in der Form des Vorentwurfs sieht eine Haftung des Kantons für unsorgfältige Schätzung des amtlichen Wertes von Grundstücken zwecks Errichtung einer Gült vor. Wegen der geringen praktischen Bedeutung der Gült ist auch diese Bestimmung kaum je zur Anwendung gekommen. Es wird davon ausgegangen, dass es sich zwar um eine primäre, aber vom Verschulden der fehlbaren Beamten abhängige Staatshaftung handelt. Diese ist dem jetzt durchgängig anerkannten Konzept der Kantonshaftung (für das Handelsregister-, das Zivilstands- und das Vormundschaftswesen sowie für die Grundbuchführung und im Rahmen des Schuldbetriebs- und Konkurswesens) anzugleichen. Gemäss revidiertem Art. 849 Abs. 1 ZGB gilt als Anknüpfungspunkt und Widerrechtlichkeitselement die "mangelhafte Durchführung der Schätzung". Gemeint ist indessen ein objektiver Organisationsmangel in Analogie zu Art. 49a OR des Vorentwurfs. Nicht erforderlich ist ein Verschulden der unmittelbar handelnden Person oder ihrer Vorgesetzten. Art. 849 Abs. 2 ZGB der heutigen Fassung sieht ein unbeschränktes Rückgriffsrecht des Kantons gegen die fehlbaren Beamten vor. Neu soll das Gemeinwesen auf seine Beamten nur zurückgreifen können, wenn diese sich einen subjektiv schwerwiegenden Vorwurf (Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit) entgegenhalten lassen müssen. Dies ist eine Angleichung an die im Staatshaftungsrecht heute generell geltende Regel und ist zu begrüssen.

LU: Es ist nicht klar, was unter dem Begriff „mangelhafte Durchführung der Schätzung“ zu verstehen ist. Nach den Ausführungen im erläuternden Bericht ist damit offenbar ein objektiver Organisationsmangel gemeint. Möglicherweise wäre es hilfreich, den Gesetzestext entsprechend den Erläuterungen zu formulieren.

ZG: Nach dem geltenden Art. 849 Abs. 1 ZGB sind die Kantone dafür haftbar, dass die Schätzung mit aller erforderlichen Sorgfalt vorgenommen wird. Aus der systematischen Stellung des Artikels im Bundeszivilrecht ergibt sich, dass sich die Haftung des Kantons für unsorgfältige Schätzung des amtlichen Grundstückswertes auf Schätzungen zwecks Errichtung einer Gült beschränkt ist. Die Bestimmung hat nur eine geringe praktische Bedeutung, da heute im Kanton Zug keine Gülten mehr errichtet werden. Dies gilt entsprechend auch für die neue Regelung.

362.01.6 Art. 955*Kantone / Cantons / Cantoni*

GR: Die Beibehaltung der Kausalhaftung des Kantons wird von der Regierung unterstützt. Auf keine Zustimmung stösst jedoch der Vorschlag, den Kanton nicht nur für Schaden aus der Führung des Grundbuches, sondern auch noch für denjenigen aus der "Erfüllung weiterer damit verbundener Aufgaben" haftbar zu erklären. Diese Formulierung ist nämlich viel zu ungenau und öffnet neuen Begehrlichkeiten von sich geschädigt fühlenden Personen Tür und Tor. Im erläuternden Bericht selbst wird darauf hingewiesen, dass darunter "annexe Aufgaben im Sinne von Doktrin und Rechtsprechung" fallen würden. Ein Handlungsbedarf für eine ausdrückliche und wegen der Vielzahl der möglichen Tatbestände unklar bleibende Umschreibung im Gesetzestext liegt somit gar nicht vor. Schliesslich besteht die Gefahr, dass in Zukunft unter diesen Gesetzestext Handlungen subsumiert werden, die mit der Grundbuchführung auch in einem weiteren Sinne nichts zu tun haben.

Deshalb beantragt die Regierung, in Abs. 1 ersatzlos zu streichen... "und die Erfüllung weiterer damit verbundener Aufgaben"...

Den entsprechenden Antrag auf Streichung stellen wir auch mit Bezug auf *Art. 46 und Art. 426 ZGB* des Vorentwurfs, da in beiden Bestimmungen ebenfalls die Haftung für die "Erfüllung weiterer damit verbundener Aufgaben" festgeschrieben wird.

ZG: Nach dem geltenden Art. 955 Abs. 1 ZGB sind die Kantone für allen Schaden verantwortlich, der aus der Führung des Grundbuchs entsteht. Die Bestimmung erfährt eine Änderung rein redaktioneller Natur. Dass neben der eigentlichen Führung des Grundbuches auch noch annexe Aufgaben einbezogen werden (Abs. 2), d.h. unter "Grundbuchführung" die gesamte Tätigkeit zu verstehen ist, welche die Vorsteher des Grundbuchamts entfalten, um die Öffentlichkeit der dinglichen Rechte an Grundstücken zu gewährleisten, entspricht herrschender Auffassung. Abs. 2 schränkt die Möglichkeit des Regresses auf die Fehlbaren gegenüber dem geltenden Recht ein, was sich zu Gunsten der Schadensverursacher auswirkt und nicht zu beanstanden ist.

Organisationen / organisations / organizzazioni

VSGV: Per quanto attiene alla responsabilità precipua degli ufficiali, e collaboratori, del registro fondiario, la stessa è retta, in particolare, dalle norme dell'art. 955 CC. Disposto di legge che, nell'ambito della procedura di revisione, è stato modificato solo in minima parte e, per quanto ci consta, senza ulteriori ripercussioni per i preposti.

- 362.02 Pro memoria: Bundesgesetz vom 28. März 1905⁴² über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post**
Pro memoria: Loi fédérale du 28 mars 1905⁴³ sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes
Pro memoria: Legge federale del 28 marzo 1905⁴⁴ su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste
- 362.03 Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)⁴⁵**
Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)⁴⁶
Legge sulla responsabilità per danno da prodotti (LRDP)⁴⁷

Kantone / Cantons / Cantoni

- AR:** Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es "schon deshalb nicht sinnvoll, an diesem Gesetz herumzulaborieren, weil die definitive Ausgestaltung der Richtlinien, an der sich die,autonome' schweizerische Kopie orientiert, noch nicht feststeht." Diese Auffassung hat eine bestimmte Berechtigung, indessen ist zu berücksichtigen, dass die Verlängerung der Verjährungsfristen gemäss Vorentwurf zu einem diesbezüglichen Auseinanderklaffen des Produktehaftpflichtgesetzes und des allgemeinen Haftpflichtrechts führt. Dies hat den Nachteil, dass bei einer teilkausalen Schädigung durch ein fehlerhaftes Produkt und aufgrund eines anderen Haftungsgrundes die letztgenannten Schädigungen noch nicht verjährt sind. Dies hat für den nach dem Vorentwurf Haftpflichtigen einschneidende Nachteile. Einerseits kann er auf den für das Produkt Haftpflichtigen keinen Rückgriff nehmen, andererseits könnten ihn die Gerichte wegen Verjährung der Haftung nach dem Produktehaftpflichtgesetz aus Billigkeitsgründen vollständig für die Schädigung einstehen lassen. Gerade im Gesundheitswesen sind zahlreiche derartige Fallkonstellationen zu erwarten, bspw. wegen Brustimplantaten oder Hüftgelenksprothesen.
- SG:** Die Produktehaftpflicht legt eine absolute Verwirkungsfrist von zehn Jahren fest (Art. 10 PrHG), während die absolute Verjährungsfrist für Rückgriffsansprüche nach Art. 55c Abs. 1 des Entwurfes 20 Jahre beträgt. Wenn der Schaden beispielsweise erst zehn Jahre nach der Inverkehrbringung des Produkts durch die Herstellerin (Art. 10 Abs. 1 PrHG) entdeckt wird, kann dies bei einer teilkausalen Schädigung durch ein fehlerhaftes Produkt (beispielsweise im Gesundheitswesen Brustimplantate oder Hüftgelenksprothesen) zu der unhaltbaren Situation führen, dass der Kanton vollumfänglich für den lediglich teilverursachten Schaden aus Geschäftsherrenhaftung (Art. 49a des Entwurfes) einzustehen hat. Die Ver-

⁴² SR 221.112.742

⁴³ RS 221.112.742

⁴⁴ RS 221.112.742

⁴⁵ SR 221.112.944

⁴⁶ RS 221.112.944

⁴⁷ RS 221.112.944

wirkungsbestimmungen im PrHG sind daher insoweit zwingend anzupassen.

**362.04 Versicherungsvertragsgesetz (VVG)⁴⁸
Loi sur le contrat d'assurance (LCA)⁴⁹
Legge sul contratto d'assicurazione (LCA)⁵⁰**

**362.04.1 Art. 46 Abs. 1^{bis} (neu)
Art. 46, al.1^{bis} (nouveau)
Art. 46 cpv. 1^{bis} (nuovo)**

SAV: Die neu vorgesehenen Verjährungsvorschriften (Art. 55 ff. VE) decken sich nicht mit der im VVG nach wie vor vorgesehenen zweijährigen Verjährungsfrist. Nach Ansicht des SAV ist auch hier eine Vereinheitlichung vorzunehmen; denn für den Praktiker bereitet es im Einzelfall mitunter Probleme, wenn die versicherungsvertragliche Verjährung abläuft, wenn die haftpflichtrechtliche noch pendent ist.

362.04.2 Art. 72

FR: Nous n'avons pour l'heure pas connaissance de l'état du remaniement fondamental prévu et portant sur la loi sur le contrat d'assurance (cf. rapport p. 324).

Compte tenu d'expériences faites avec certaines compagnies d'assurances, il y aurait lieu de saisir l'occasion pour requérir une clarification formelle de la loi sur le contrat d'assurance permettant, sans ambiguïté, aux assurances de renoncer contractuellement à faire valoir une prétention récursoire pour « faute grave », et définissant cette dernière (art. 14 LCA).

Par ailleurs, il conviendrait, pour assurer une complète application de l'art. 53c de l'avant-projet, de modifier également la loi sur le contrat d'assurance afin de supprimer la possibilité des assureurs responsabilité civile d'exclure, dans leurs conditions générales d'assurance, la couverture des prétentions récursoires des assureurs dommage.

**362.05 Urheberrechtsgesetz (URG)⁵¹
Loi sur le droit d'auteur (LDA)⁵²
Legge sul diritto d'autore (LDA)⁵³**

(Art. 14 Abs. 3, 61, 62 Abs. 2, 64 und 77 Abs. 3

Art. 14, 3^e al., 61, 62, 2^e al., 64 et 77, 3^e al.

Art. 14 cpv. 3, 61, 62 cpv. 2, 64 e 77 cpv. 3)

⁴⁸ SR 221.229.1

⁴⁹ RS 221.229.1

⁵⁰ RS 221.229.1

⁵¹ SR 231.1

⁵² RS 231.1

⁵³ RS 231.1

**362.06 Topographengesetz (ToG)⁵⁴
Loi sur les topographies (LTo)⁵⁵
Legge sulle topografie (LTo)⁵⁶**

(Art. 10)

**362.07 Markenschutzgesetz (MSchG)⁵⁷
Loi sur la protection des marques (LPM)⁵⁸
Legge sulla protezione dei marchi (LPM)⁵⁹**

**(Art. 52 ff.
Art. 52 ss
Art. 52 segg.)**

**362.08 Muster- und Modellgesetz (MMG)⁶⁰
Loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI)⁶¹
Legge sui disegni e modelli industriali (LDMI)⁶²**

(Art. 24 - 26, 28a)

**362.09 Patentgesetz (PatG)⁶³
Loi sur les brevets d'invention (LBI)⁶⁴
Legge sui brevetti (LBI)⁶⁵**

**(Art. 66 ff. und 72 ff.
Art. 66 ss et 72 ss
Art. 66 segg. e 72 segg.)**

**362.10 Sortenschutzgesetz (SOSG)⁶⁶
Loi sur la protection des obtentions végétales (LOB)⁶⁷
Legge sulla protezione delle novità vegetali⁶⁸**

**(Art. 37 ff.
Art. 37 ss
Art. 37 segg.)**

⁵⁴ SR 231.2

⁵⁵ RS 231.2

⁵⁶ RS 231.2

⁵⁷ SR 232.11

⁵⁸ RS 232.11

⁵⁹ RS 232.11

⁶⁰ SR 232.12

⁶¹ RS 232.12

⁶² RS 232.12

⁶³ SR 232.14

⁶⁴ RS 232.14

⁶⁵ RS 232.14

⁶⁶ SR 232.16

⁶⁷ RS 232.16

⁶⁸ RS 232.16

362.11 **Datenschutzgesetz (DSG)**⁶⁹
Loi sur la protection des données (LPD)⁷⁰
Legge sulla protezione dei dati (LPD)⁷¹

(Art. 15 Abs. 1
Art. 15, 1er al.
Art. 15 cpv. 1)

362.12 **Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**⁷²
Loi sur la concurrence déloyale (LCD)⁷³
Legge contro la concorrenza sleale (LCSI)⁷⁴

(Art. 9 Abs. 3
Art. 9, 3e al.
Art. 9 cpv. 3)

362.13 **Kartellgesetz (KG)**⁷⁵
Loi sur les cartels (LCart)⁷⁶
Legge sui cartelli (LCart)⁷⁷

(Art. 12)

362.14 **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)**⁷⁸
Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷⁹
Legge sulla esecuzione e sul fallimento (LEF)⁸⁰

362.14.1 **Art. 5**

GR: Vgl. die Ausführungen zu Art. 955 ZGB.

(Art. 6)

⁶⁹ SR 235.1

⁷⁰ RS 235.1

⁷¹ RS 235.1

⁷² SR 241

⁷³ RS 241

⁷⁴ RS 241

⁷⁵ SR 251

⁷⁶ RS 251

⁷⁷ RS 251

⁷⁸ SR 281.1

⁷⁹ RS 281.1

⁸⁰ RS 281.1

362.15 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale
Privatrecht (IPRG)⁸¹
Loi sur le droit international privé (LDIP)⁸²
Legge sul diritto internazionale privato (LDIP)⁸³

(Art. 129 ff.
Art. 129 ss
Art. 129 segg.)

363 Strafrecht - Strafrechtspflege – Strafvollzug
Droit pénal - Procédure pénale – Exécution
Diritto penale - Procedura penale – Esecuzione

363.1 Opferhilfegesetz (OHG)⁸⁴
Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)⁸⁵
Legge concernente l'aiuto alle vittime di reati (LAV)⁸⁶

(Art. 14 und 16
Art. 14 et 16
Art. 14 e 16)

364 Landesverteidigung
Défense nationale
Difesa nazionale

364.1 Militärgesetz (MG)⁸⁷
Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM)⁸⁸
Legge militare (LM)⁸⁹

(Art. 135)

(Art. 141 Abs. 1
Art. 141 1^{er} al.
Art. 141 cpv. 1)

(Art. 143 Abs. 1 und 3
Art. 143 al. 1 et 3
Art. 143 cpv. 1 e 3)

⁸¹ SR 291

⁸² RS 291

⁸³ RS 291

⁸⁴ SR 312.5

⁸⁵ RS 312.5

⁸⁶ RS 312.5

⁸⁷ SR 510.10

⁸⁸ RS 510.10

⁸⁹ RS 510.10

**364.2 Zivilschutzgesetz (ZSG)⁹⁰
 Loi sur la protection civile (LPCi)⁹¹
 Legge sulla protezione civile (LPCi)⁹²**

**(Art. 58 Abs. 1 und 3 – 6
 Art. 58, 1er et 3e à 6e al.
 Art. 58 cpv. 1 e 3 – 6)**

**(Art. 61 Sachüberschrift und Abs. 1
 Art. 61 Nouveau titre médian et 1er al.
 Art. 61 Titolo e cpv. 1)**

**(Art. 63 Abs. 1 und 3
 Art. 63, 1er et 3e al.
 Art. 63 cpv. 1 e 3)**

**365 Öffentliche Werke - Energie – Verkehr
 Travaux publics - Energie - Transports et communications
 Lavori pubblici - Energia - Trasporti e comunicazioni**

**365.01 Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG)⁹³
 Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN)⁹⁴
 Legge sulla responsabilità civile in materia nucleare (LRCN)⁹⁵**

**(Art. 3 Abs. 7 (neu)
 Art. 3, 7e al. (nouveau)
 Art. 3 cpv. 7 (nuovo))**

365.01.1 Art. 4

VSE: Der Inhaber der Kernanlage oder der Transportbewilligung haftet gegenüber dem Gemeinwesen für die Kosten von Massnahmen, welche von den zuständigen Behörden getroffen werden, um eine drohende nukleare Gefährdung abzuwehren oder die Auswirkung ihrer Verwirklichung zu vermindern. Die geltende Bestimmung ist als "Kann-Vorschrift" formuliert und sollte deshalb beibehalten werden.

Antrag: Art. 4 KHG ist unverändert zu belassen.

(Art. 7 – 9)

⁹⁰ SR 520.1

⁹¹ RS 520.1

⁹² RS 520.1

⁹³ SR 732.44

⁹⁴ RS 732.44

⁹⁵ RS 732.44

**(Art. 10 Sachüberschrift sowie Abs. 1 und 2
Art. 10 Titre médian ainsi que 1^{er} et 2^e al.
Art. 10 Titolo e cpv. 1 e 2)**

**(Art. 16^{bis} (neu)
Art. 16^{bis} (nouveau)
Art. 16^{bis} (nuovo))**

**(Art. 19 und 20
Art. 19 et 20
Art. 19 e 20)**

**Art. 26 Sachüberschrift sowie Abs. 1
Art. 26, Titre médian ainsi que 1^{er} al.
Art. 26 Titolo e cpv. 1**

LU: Abs. 1 von Art. 26 geltendes KHG statuiert eine umfassende Officialmaxime, was nach Art. 56c Abs. 2 VE nicht der Fall ist. Die Aufhebung von Art. 26 Abs. 1 KHG führt daher dazu, dass bei der Anwendung des KHG keine umfassende Officialmaxime mehr gilt. Daher sprechen wir uns gegen die Aufhebung des Abs. 1 von Art. 26 aus.

**(Art. 27 und 28
Art. 27 et 28
Art. 27 e 28)**

**365.02 Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 (EleG)⁹⁶
Loi fédérale du 24 juin 1902⁹⁷ sur les installations électriques
(LIE)
Legge federale del 24 giugno 1902⁹⁸ sugli impianti elettrici (LIE)**

365.02.1 Art. 27

VSE: Aufgrund des Streichungsantrages bezüglich Art. 50 VE sind einzelne Bestimmungen im EleG (insbesondere Art. 27 EleG) entsprechend unverändert zu belassen.

(Art. 28)

(Art. 29 – 31)

(Art. 33 – 39)

(Art. 41)

⁹⁶ SR 734.0

⁹⁷ RS 734.0

⁹⁸ RS 734.0

**365.03 Strassenverkehrsgesetz (SVG)⁹⁹
Loi sur la circulation routière (LCR)¹⁰⁰
Legge sulla circolazione stradale (LCStr)¹⁰¹**

AEROSUISSE: Es wäre zu begrüßen, wenn im revidierten SVG ausdrücklich klar gestellt würde, dass dieses Gesetz auf dem nicht öffentlichen Teil eines Flughafens keine Anwendung findet.

SAV: Hier ist vorab darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Vorentwurf und die vorgeschlagenen Neuerungen im Wesentlichen auf dem beruhen, was bereits im SVG kodifiziert ist. So wurden z.B. die Formulierungen betreffend direktes Forderungsrecht, Einredenausschluss, ungenügende Versicherungsdeckung, Versicherungspflicht usw. diesem Gesetz entnommen. An der Haftung des Motorfahrzeughalters ändert sich an sich nichts. Bei der Auslegung und Konkretisierung des neuen allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts werden bewährte Lehre und Judikatur zum SVG massgebenden Einfluss haben.

365.03.01 Art. 58

ACS: Diese Formulierung ist unhaltbar, da zu wenig präzisiert. Unter den "*dem Betrieb des Fahrzeuges innewohnenden charakteristischen Risiken*" kann von der Luftverschmutzung bis zu den daraus behaupteten Erkrankungen der Bevölkerung alles verstanden werden. Die Haftung muss sich auf Unfälle beziehen. Wir beantragen daher folgende Redaktion:

"...dass sich die dem Betrieb des Fahrzeuges innewohnenden charakteristischen Risiken *bei einem Unfall* verwirklichen.

FRS: wie ACS.

TCS: L'art. 58 ne comporterait plus qu'un al., le 1^{er} modifié dans sa formulation, modification que l'on peut accepter.

Le TCS relève que l'on se propose de garder le terme de «détenteur» pour exprimer le rattachement de la responsabilité, terme que l'on aurait tout d'abord voulu remplacer par celui d'«exploitant», utilisé en matière d'aviation où l'on parle d'«exploitant d'aéronef», mais que finalement, on se serait résolu à ne pas changer de terme pour éviter de suggérer que la modification rédactionnelle aurait pu avoir une signification, ce qui n'aurait pas été l'intention. Le TCS salue ce fait, car le terme d'«exploitant» aurait véritablement été déplacé en matière de circulation routière. Il aurait même pu prêter à confusion avec un professionnel de la branche automobile.

On ne mentionnerait plus les catégories actuellement connues de dommages (dommage corporel, dommage matériel), mais on parlerait de «dommages patrimoniaux» comprenant diverses catégories d'atteintes et de tort moral et l'on ne parlerait plus des dommages-intérêts, mais de «dommage réparable» (art. 45a al. 3). Malgré les changements d'habitudes que ces modifications de terminologie devront entraîner pour les pra-

⁹⁹ SR 741.01

¹⁰⁰ RS 741.01

¹⁰¹ RS 741.01

ticiens, on peut approuver ces modifications qui vont dans le sens d'une plus grande clarté dans les termes.

Il y aurait donc, selon le rapport en p. 353, renvoi à l'art. 45 al. 3 du projet pour les responsabilités à risque - au nombre desquelles on compte le risque de la circulation automobile - et pour lesquelles, sauf disposition contraire, seul serait réparable le dommage résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux lois ou à l'environnement.

1. Pour ce qui est de l'atteinte à la vie, selon l'art. 45a al. 1 du projet, il y aurait indemnisation d'un dommage patrimonial, c'est-à-dire d'une perte pécuniaire, à savoir:

a) al. 1 les frais résultant du décès d'une personne = notamment ceux d'inhumation (il n'y aurait donc pas de modification par rapport à CO 45 al. 4 actuel).

Le terme «notamment» permettrait toujours de faire valoir d'autres frais, ce que le TCS tient à saluer. Le texte du projet n'apporterait donc aucun progrès sur ce point. Mais au moins, laisserait-il, comme auparavant, le champ libre à la jurisprudence.

On peut donc d'ores et déjà admettre qu'il y aura toujours indemnisation des frais admis jusqu'ici par la jurisprudence: faire-part, cérémonie, réception des parents, transport du corps au pays natal, monument funéraire (mais non son entretien); en revanche les frais de liquidation de la succession ou le paiement des impôts successoraux ne seraient toujours pas indemnisables, v. le commentaire Bussy-Rusconi (3ème édition 1996) à l'art. 62 LCR rem. 2.1. Il convient toutefois de relever que les assureurs admettent généralement de prendre en compte les différences de «culture du décès», qui peuvent avoir une incidence non négligeable sur l'étendue des frais résultant du décès. Cette pratique doit être maintenue et, en tout cas, rien dans le projet ne s'y opposerait.

Selon le rapport p. 80, en revanche, d'autres problèmes particuliers liés à l'étendue de la réparation en cas de décès n'auraient pas à être réglés par la loi. Tout cela n'étant toutefois pas clairement précisé dans les articles projetés, on ne modifierait donc rien à la pratique actuelle qui consiste, notamment, à ne pas admettre le remboursement des frais de déplacement des proches pour assister aux obsèques, à opposer aux héritiers du défunt prétendant à la réparation des frais d'inhumation la faute concomitante du défunt et à effectuer une réduction de l'indemnité pour perte de soutien en raison de probabilités de remariage.

b) l'indemnisation de la perte de soutien (art. 45a al. 2 du projet) subie par les personnes auxquels la victime assurait tout ou partie de l'entretien. Le rapport souligne qu'il s'agirait là d'un droit propre des proches à la réparation du dommage réfléchi. Mais en fait, il n'y a rien de très nouveau par rapport à l'art. CO 45 al. 3 qui prévoyait déjà ce droit.

2. Pour ce qui est de l'atteinte à l'intégrité, celle-ci pourrait être non seulement physique mais aussi psychique selon l'art. 45b du projet.

En matière de dommage psychique, il se pose parfois la question de l'indemnisation des dommages uniquement psychiques d'un tiers non directement impliqué dans un accident, mais qui a eu la malchance d'y assister par hasard. La disposition projetée de l'art. 45b lit. b excluerait

une telle indemnisation, puisqu'elle ne la prévoit qu'en cas de lésions corporelles. Cela nous paraît discutable, dans la mesure, bien sûr, où cette atteinte serait en relation de causalité adéquate avec l'accident.

A part cela, le dommage réparable comprendrait donc: les frais de traitement, mais aussi toute autre perte qui résulterait de l'incapacité de travail (élément formellement nouveau par rapport à CO 46 al. 1 et qui couvrirait, notamment, l'incapacité à tenir le ménage, ce qu'il convient de relever), ainsi que le manque à gagner et l'atteinte à l'avenir économique. A notre sens, l'incapacité à tenir le ménage devrait être indemnisée, même dans le cas où le lésé ne recourt pas à une tierce personne pour effectuer cette tâche. Certains lésés préfèrent, en effet, dans de tels cas, recourir à la famille proche ou plus éloignée, voire à des connaissances, pour des raisons de confiance essentiellement. Dans ces cas, il conviendrait donc de prévoir l'allocation d'une «indemnité équitable».

Le rapport remarque par ailleurs que, pour les frais de traitement et le préjudice d'incapacité de travail, la règle de CO 45 al. 2 qui régissait uniquement le dommage subi de son vivant par une personne décédée peu après ne serait pas nécessaire. Autrement dit, il s'agirait là d'une prestation qui serait due à la victime elle-même lorsqu'elle vit encore, mais qui passerait à ses héritiers en cas de décès en vertu de CCS 560. On peut malgré tout penser que CO 45 al. 2 actuel fonde mieux le principe selon lequel il s'agit d'un droit propre aux héritiers.

3. Le dommage au véhicule.

a) En cas de dommage total, l'art. 45c al. 1 du projet prévoirait d'une manière générale le principe du dédommagement en fonction du coût d'acquisition (valeur à neuf). Certes, il réserve le cas où l'objet est sujet à dépréciation, ce qui permet de tenir compte d'un amortissement. Le rapport, en p. 82, donne à ce sujet l'exemple du véhicule automobile. A notre sens, la nouvelle disposition fonde toutefois le fait que l'amortissement devrait être effectué, non plus sur la base du coût d'acquisition au moment de l'achat, mais sur la base du coût d'acquisition à neuf au moment de l'accident.

b) En revanche, en cas de dommage partiel, outre le prix des réparations, le droit à une éventuelle moins-value, serait expressément mentionné (art. 45c al. 2 du projet). Certes, les assureurs allèguent que cette indemnité est généralement spontanément versée ou alors que ce seraient les professionnels eux-mêmes (experts, garagistes etc) qui attireraient l'attention de leur client sur ce droit. Le TCS estime néanmoins qu'il est bien que ce droit soit expressément mentionné.

Le rapport en p. 82 estime même que d'autres frais pourraient être indemnisés, comme le dépannage ou l'expertise administrative d'un véhicule accidenté, interprétation qui serait couverte par le mot «notamment». Actuellement de tels frais sont effectivement indemnisés et doivent le rester.

c) La disposition de l'art. 45c al. 3 du projet a particulièrement retenu notre attention, car il est prévu que si l'objet est non seulement nécessaire, mais aussi - simplement - utile à la personne lésée, notamment lorsqu'il sert à un usage professionnel, le dommage comprend égale-

ment les frais de location d'une chose équivalente ou le gain manqué pendant la période que nécessite la réparation ou l'acquisition d'une chose, en l'occurrence du véhicule.

En revanche, et même si le rapport semble vouloir s'en tenir à une interprétation plutôt restrictive, en mentionnant surtout la location pendant la période des vacances ou pour l'utilisation dans un lieu mal desservi par les transports publics, la nouvelle disposition fonderait, à notre sens, le droit au prix d'un véhicule de location pour tous les cas, car si la voiture n'est pas toujours strictement nécessaire à l'automobiliste (dans le sens où l'automobiliste n'en a pas toujours besoin pour l'exercice de sa profession ou pour cas de rigueur, comme le transport de personnes très jeunes ou très âgées ou handicapées), elle sera au moins utile, sinon personne n'achèterait de véhicule. Cela signifierait donc, en pratique, une généralisation du droit à l'indemnisation des frais d'un véhicule de location.

En revanche, le rapport en p. 83 relève que l'on n'a pas voulu prévoir expressément une indemnité pour privation de jouissance de la chose atteinte (par exemple: frais fixes). On relèvera à ce sujet qu'il y a une différence de pratique entre la Suisse allemande, où les frais fixes ne sont actuellement pas indemnisés par les assureurs et la Suisse romande où ils le sont. A notre sens, ces frais devraient être indemnisés dans toute la Suisse, même si l'on peut admettre que l'on veuille limiter l'indemnisation pour privation de jouissance aux frais fixes, afin d'éviter d'éventuels abus que l'on pourrait redouter en relation avec l'indemnisation d'un préjudice de frustration, à cause de la caractéristique par trop subjective de ce dernier.

4. La disposition fondamentalement la plus nouvelle, mais surtout la plus discutable serait celle de l'indemnisation de l'atteinte à l'environnement (art. 45d).

La nouvelle disposition de l'art. 58 se référant moins clairement à la notion d'accident que l'ancien art. 58 LCR, il y a tout lieu de craindre les dérives que pourrait occasionner une telle disposition, si l'on tient compte des éléments qui suivent. Il suffit que les composantes de l'environnement soient menacées (et non encore détruites ou détériorées). Les ayant-droit seraient les collectivités publiques et les organisations, non seulement nationales, mais aussi régionales de protection de l'environnement. Or le TCS ne saurait admettre que des organisations de protection de l'environnement, surtout locales, puissent être un ayant-droit. Quant aux collectivités publiques, ce ne sont pas elles qui sont réellement lésées, mais l'environnement, lequel appartient à tous. D'où une première difficulté à déterminer la personne du lésé.

D'autre part, la règle ne se rapporterait pas exclusivement à la loi sur la protection de l'environnement. On peut donc craindre que l'on risque de voir l'environnement partout. Pourraient même être dédommagées les dépenses faites pour déterminer l'existence d'une atteinte, et là, il y a tout lieu de craindre tous les abus, surtout lorsqu'il n'y a aucun indice tangible et manifeste de l'atteinte.

Certes, certaines limites sont fixées dans le texte: le milieu visé serait l'environnement naturel (et non, par exemple, les bâtiments, ce qui est

déjà plus raisonnable); les mesures de prévention, de sauvegarde et de remise en état à la suite d'une atteinte (ou d'un risque d'atteinte) devraient avoir été prises de bonne foi et paraître objectivement raisonnables au regard des circonstances concrètes; les organismes de protection de l'environnement devraient avoir effectivement pris des mesures et y avoir été autorisés. Mais en revanche, il suffirait aussi que ces organismes aient simplement préparé les mesures, et là, on peut craindre des abus.

En fait, si l'on peut comprendre un tel poste de dommage lorsque l'on est en présence d'activités spécifiques comportant un risque manifeste pour le milieu naturel (industrie nucléaire, chimique etc.), il serait préférable que le principe et l'étendue de l'indemnisation soient réglementés sous ce risque spécifique.

Par ailleurs, on se représente mal, surtout, comment le système pourrait fonctionner en pratique. On l'a vu, la personne du lésé est déjà incertaine. Celui qui s'estime lésé va-t-il avoir une action directe contre l'assurance responsabilité civile d'un automobiliste?

Comment déterminera-t-on cette assurance? Faudra-t-il créer un pool d'assurances, ou un fonds de garantie?

En matière de circulation routière, une telle responsabilité ne peut se concevoir que limitée à des cas de pollution ou d'atteintes effectives à l'environnement dus à un accident (essence répandue, incendie), ce qui est d'ailleurs déjà pris en charge par l'assureur actuellement - y compris pour ce qui est des mesures préventives de dommages, pour lesquelles on a déjà pu constater des abus avérés par la disproportion des moyens mis en œuvre - et non aux nuisances provenant de la simple utilisation des véhicules. En effet, sauf défauts isolés, qui ne sauraient à eux seuls créer un dommage à l'environnement, on peut partir du principe que les véhicules correspondent aux normes existantes, car ils ont été admis à circuler et sont régulièrement contrôlés en ce qui concerne les gaz d'échappement. On rejoindrait ainsi les réflexions faites dans le rapport en p. 353 selon lequel les dommages d'intoxication provoqués par les gaz d'échappement (notamment le CO₂) pourraient être couverts par l'assurance RC du détenteur, mais il faudrait des faits dommageables «accidentels et aigus». Toutefois, si l'on veut imposer une telle façon de voir, il serait alors, à notre sens, impératif qu'elle figure expressément dans le texte de loi, ce qui ne serait pas le cas.

La disposition parlerait de «risques caractérisés que comporte l'emploi». On remarquera que l'on évite l'utilisation du terme «risque inhérent» qui était pourtant bien connu et qui risque bien, en pratique, d'être toujours utilisé, même à l'avenir. Le rapport, en p. 354, dit qu'il s'agit de risque «technico-mécanique» et que la responsabilité est engagée lorsque «l'accident dommageable, considéré dans son ensemble, est dû à la réalisation de risque spécifique résultant de l'utilisation des organes mécaniques (moteur, phares etc.) du véhicule à moteur. Il est en outre essentiel qu'il s'agisse de processus qui soit en relation avec la fonction du véhicule - la locomotion». Cette définition correspond effectivement à celle que l'on peut dégager de la jurisprudence.

5. Le tort moral

L'art. 45e du projet aurait pour nouveauté essentielle de regrouper les dispositions des art. 47 et 49 CO.

Pour ce qui est des conséquences en matière de circulation routière, il n'y aurait rien de très nouveau dans ce domaine. L'al. 2 reconnaîtrait expressément un droit à une indemnité pour tort moral aux proches d'une victime de lésions corporelles particulièrement graves. Cela correspond à la jurisprudence actuelle, et il convient de saluer le fait que cette jurisprudence serait désormais érigée en principe.

Le rapport définit en p. 88 le tort moral comme une diminution involontaire du bien-être qu'une personne subit à la suite d'une atteinte à sa personnalité. En revanche, le projet de loi ne voudrait pas poser le principe de l'octroi d'une indemnité pour tort moral à une victime totalement et définitivement privée de toute conscience. Le législateur ferait simplement en sorte que la rédaction du texte ne l'exclue pas afin de ne pas consacrer un recul par rapport à la jurisprudence actuelle. A notre sens, il importe de ne pas exclure catégoriquement une telle possibilité d'indemnisation. Il est vrai que, dans certains cas de coma prolongé durant depuis de nombreuses années, le non-octroi d'une telle indemnité pourrait se comprendre. On pourrait toutefois se demander si, dans de tels cas, il ne faudrait pas plutôt augmenter l'indemnité pour tort moral aux proches ayant la lourde charge de revivre chaque jour la même souffrance morale renouvelée - du moins lorsque ces proches en assument réellement tout le poids par leurs visites et leur présence auprès de la personne lésée. En fin de compte, pour l'assureur, cela représenterait, au total, la même somme. En tout cas, il nous paraîtrait douteux de pouvoir partir dans tous les cas du principe qu'une personne en état de coma avancé ne peut rien ressentir, du simple fait qu'elle est dans l'incapacité de le manifester.

L'ai. 2 reprendrait d'une certaine manière CO 49 al. 2, ce qui permettrait, à lire le rapport en p. 92, l'octroi d'un franc symbolique ou l'obligation de verser une somme d'argent à une œuvre de bienfaisance.

6. Le dommage purement économique

Selon l'art. 45 al. 3 du projet, l'indemnisation du dommage purement économique sera exclu dans le cadre de la responsabilité pour risque. Cela ne voudrait toutefois pas déjà dire que la victime d'un accident de circulation ne serait jamais indemnisée d'un tel préjudice. Il peut en effet y avoir cumul de responsabilités (responsabilité pour faute ou pour auxiliaires), qui ne contiennent pas d'exclusion de ce type de dommage. V. dans ce sens le rapport p. 163. Mais surtout, la LCR applicable en tant que lex specialis n'exclut pas clairement un tel dommage. Il est exact que l'indemnisation d'un tel dommage peut aller assez loin dans ses conséquences. Que l'on songe, par exemple au véhicule qui sectionne, le soir, le fil électrique qui amène l'électricité à un grand hôtel-restaurant. Le dommage sera d'abord pour l'exploitation électrique qui subit une perte d'exploitation durant la coupure. Mais il pourra également y avoir le manque à gagner de l'hôtelier et cela pour diverses raisons: les clients ne pourront pas fréquenter le restaurant par manque d'éclairage, et même éclairés à la bougie, ils ne pourront se faire préparer des plats, il pourra également y avoir des pertes de la possibilité

d'enregistrer les clients sur Internet, voire la perte de données de clientèle sur ordinateur etc.

On note que les al. 2 et 3 de l'art. 58 seraient transférés intégralement et sans modification, respectivement aux art. 59 al. 1 et 2.

Quant à l'al. 4 de l'art. 58 il serait abrogé. Comme le relève à juste titre le rapport, la disposition actuelle pouvait donner à penser que seule une faute du conducteur ou d'un auxiliaire pouvait engager la responsabilité du détenteur, ce qui n'était pas juste (v. Bussy-Rusconi à LCR 38 rem. 3.1). Désormais ce serait l'art. 51 du projet qui formulerait le principe exact et le nouvel LCR 82 ne ferait qu'y renvoyer, ce qui rétablit la situation exacte et doit donc être approuvé.

365.03.02 Art. 59

SAV: Problematisch erscheint die Aufgabe der für den Geschädigten vorteilhaften Beweislastverteilung im Hinblick auf eine Entlastung des Halters gemäss Art. 59 Abs. 1 SVG. Diese Bestimmung soll durch Art. 47a VE ersetzt werden, was gegenüber der heutigen Situation für das Verkehrsunfallopfer von Nachteil ist. Die besondere Entlastungssituation gemäss Art. 59 Abs. 1 SVG sollte daher beibehalten werden, zumal Art. 47a VE, jedenfalls in der vorgeschlagenen Fassung, selbst eine Entlastung bei zusätzlichem Verschulden des Gefährdungshaftpflichtigen noch zulässt.

TCS: L'article 59 LCR reprendrait, sans les modifier, les al. 2 et 3 de l'art. 58.

L'al. 1 serait abrogé. C'est l'art. 47a du projet qui entendrait régler de manière uniforme, pour tout le droit de la responsabilité civile, la question de l'exonération de la responsabilité. Dans le rapport, en p. 355, on estime que la LCR ne présente aucune particularité qui permettrait de s'écarter des trois motifs d'exonération, à savoir: la force majeure, le risque caractérisé ou le comportement imputables à un tiers ou à la personne lésée. Pour le comportement de la personne lésée, il s'agirait donc avant tout, mais pas exclusivement, de sa faute (cas d'une personne incapable de discernement), quant au risque caractérisé imputable à un tiers, il pourrait être non fautif (ex.: explosion d'un immeuble qui communique le feu à une voiture, le conducteur aveuglé entrant en collision avec un autre véhicule). Dans les 3 cas, il faudrait une prépondérance «manifeste» du fait pouvant donner motif à exonération. D'autre part, l'art. 47a du projet ne parlerait plus, à la différence de LCR 59 al. 1, de «faute grave» du lésé ou d'un tiers. Mais le rapport à la p. 115 rappelle, en revanche, que la jurisprudence a été sévère en cas de responsabilité pour risque créé (ce qui est le cas de la RC automobile). S'il y a faute d'un tiers ou d'un lésé, il faudrait donc que cette faute «atteigne une gravité certaine». Cela veut donc malgré tout bien dire que, lorsqu'il y a faute, dans le critère de la prépondérance, il faudra inclure la faute grave.

Par ailleurs, on renoncerait à exiger deux autres preuves libératoires que prévoit LCR 59: l'absence de faute du détenteur ou des personnes dont il est responsable et l'absence de défectuosité du véhicule avant contribué à l'accident.

Pour ce qui est de l'absence de défectuosité ayant contribué à l'accident, le rapport en p. 355 estime qu'il est inutile d'exiger une telle preuve. S'il devait y avoir défaut du véhicule, ce défaut engagerait la responsabilité du

détenteur, par conséquent ce dernier ne saurait se prévaloir que ce risque ne lui serait pas imputable (indépendamment même d'une faute de sa part, car c'est le fondement de la responsabilité pour risque). On ne peut être que d'accord avec cette manière de voir.

Pour ce qui est de l'absence de faute du détenteur, la faute additionnelle du détenteur ne serait plus présumée. Il n'y aurait donc plus renversement du fardeau de la preuve, ce qu'il faut saluer. L'art. 47a du projet parle d'exonération de «la personne». Or ce dernier point peut faire problème lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la LCR. En effet, rien ne dit que la personne dont il est question à l'art. 47a du projet serait le détenteur plutôt que, par exemple, le conducteur. Il serait donc malgré tout préférable d'introduire, à l'art. 59 LCR, un al. renvoyant expressément, pour l'exonération du détenteur, à l'art. 47a du projet.

Par contre, le rapport estime que l'on ne saurait exclure d'emblée une situation dans laquelle la faute causale d'un tiers ou de la victime serait à tel point prépondérante qu'une exonération puisse être admise, et cela, malgré une faute légère du détenteur. Pour ce qui est de la LCR, la jurisprudence était déjà parvenue à cette conclusion, mais l'art. 47a du projet pourrait laisser subsister un doute étant donné qu'il parle de fait non imputable au responsable. Il semble toutefois qu'il faille admettre par là qu'il s'agirait d'un fait extérieur et non d'un fait imputable au responsable.

L'abrogation de l'al. 2 actuel de l'art. 59 LCR est justifiée dans le rapport en p. 356 par le fait que l'art. 32 du projet prévoirait tous les critères généraux de fixation de la réparation. Le rapport ajoute même qu'une réduction en raison d'un cas fortuit concurrent ne saurait être exclu a priori. On peut approuver cette manière de voir.

En revanche, le rapport a estimé qu'il fallait reprendre la responsabilité pour assistance prêtée (ce qui est fait à l'al. 2 de l'art. 59 LCR) par économie de modification du droit actuel. On peut toutefois s'étonner d'une telle préoccupation ici seulement, alors que, d'autre part, on nous soumet un ample projet de modification. On aurait effectivement très bien pu ériger cette règle en règle applicable pour l'ensemble de la responsabilité civile en cas d'assistance prêtée, les règles de CO 422 sur la gestion d'affaire sans mandat restant par ailleurs applicables. En dépit de cela, on peut dire qu'au moins la règle resterait claire pour ce qui est de la circulation routière.

L'alinéa 4 serait repris intégralement, avec quelques modifications, au nouvel art. 60 LCR.

365.03.03 Art. 60

TCS: Sous cette disposition on reprendrait l'art. 59 al. 4 LCR, l'art. 60 actuel LCR étant abrogé.

On relève cependant les modifications suivantes: la LCR ne serait pas applicable dans les deux cas prévus et il n'y aurait pas de renvoi expresse au CO. Ce renvoi figurerait de manière générale pour la LCR au nouvel art. 82 LCR qui préciserait, en plus, quels seraient les articles concernés à savoir: 41 à 58 CO. On peut admettre cette modification.

Pour le reste, la lettre a serait reprise sans modification. Le rapport précise qu'il y a renvoi aux art. 48 et 49a du projet, éventuellement au contrat concerné (prêt, bail etc.), ce qui nous paraît juste.

Quant à la lettre b, on procéderait à une modification: les bagages ne seraient plus mentionnés expressément, car, selon le rapport en p. 358, cela n'aurait pas une réelle signification pour les transports privés. Un deuxième al., plus développé, ferait expressément renvoi à la responsabilité des entreprises de transport public pour ce qui n'est pas couvert par la responsabilité du détenteur de voitures automobiles. Cette modification est effectivement justifiée.

Pour ce qui est de l'ancien art. 60 LCR autrement dit du cas de concours de responsabilité, celui-ci ne serait plus réglementé dans la LCR mais dans les dispositions générales en matière de responsabilité.

Le principe de la solidarité (parfaite) de plusieurs auteurs du dommage vis-à-vis d'un tiers lésé, lorsque parmi eux figure un détenteur de VA (actuel art. 60 al. 1 LCR), figurerait donc de manière générale à l'art. 53b al. 1 du projet qui reprendrait partiellement l'art. 50 al. 1 CO. A relever qu'un nouvel al. 2 à l'art. 53b limiterait toutefois la solidarité dans les rapports externes vis-à-vis du tiers responsable au montant qui serait dû par le responsable s'il était le seul responsable, ce qui paraît acceptable pour le lésé et équitable pour le responsable.

Quant à l'art. 60 al. 2, il serait repris par l'art. 53c du projet. La répartition interne devrait donc se faire en fonction de toutes les circonstances (notamment la gravité de la faute et l'intensité du risque). On ne voudrait plus, comme le relève le rapport en p. 173, accorder une part prépondérante à la faute imputable à l'un des responsables, comme le faisait LCR 60 al. 2 lorsqu'il y avait plusieurs détenteurs parmi les responsables, ce qui doit être approuvé.

365.03.04 Art. 61

TCS:L'art. 61 serait également abrogé. C'est la règle générale de l'art. 53a du projet (collision de responsabilités) qui serait applicable.

Selon le rapport en p. 165, le projet ne voudrait plus que l'on accorde une importance prépondérante à la faute, comme le fait LCR 61 al. 1, ni que l'on distingue selon la nature des dommages (corporels et matériels), comme le font les al. 1 et 2 actuels. De plus, selon le rapport en p. 165, l'al. 3 de l'art. 61 deviendrait superflu, car il n'y aurait plus lieu de préciser que les règles régissant la solidarité seraient applicables.

Pour le reste, en cas de dommages matériels, il convient de relever que le fardeau de la preuve appartiendrait toujours au demandeur, il n'y aurait rien de changé à ce sujet, en particulier, la faute ne serait pas présumée en cas de dommage matériel. En revanche, celui qui subirait un dommage corporel ne serait plus avantagé par rapport à celui qui ne subirait qu'un dommage matériel. Dans les deux cas, il serait donc possible d'invoquer les différences de risques inhérents et non plus seulement pour les dommages corporels.

365.03.05 Art. 62

TCS:L'art. 62 serait également abrogé et le renvoi aux dispositions du CO de l'ancien al. 1, de surcroît limité aux modalités de la réparation et au tort moral, serait fait à l'art. 82 du projet d'une manière générale. On peut approuver cette modification.

L'al. 2 concernant la prise en compte du revenu exceptionnellement élevé du lésé figurerait, de manière générale, à l'art. 52 al. 2 du projet. Il s'agit effectivement là davantage d'une règle générale.

Quant au principe de l'al. 3, il figurerait, de manière générale, à l'art. 54i du projet, ce que l'on peut approuver.

Le rapport mentionne expressément, en p. 205, que le principe du cumul de prétentions (prévu par LCA 96 pour l'assurance des personnes) connaît une dérogation, notamment à LCR 62 al. 3 lorsque la personne responsable a financé en totalité ou en partie une assurance au profit d'autrui, telle «l'assurance-occupants». Le rapport approuve une telle dérogation, car il estime que la victime ne subit aucun préjudice puisqu'elle reçoit en tout cas le montant auquel elle peut prétendre. Le TCS avait quant à lui, toujours soutenu le principe du cumul des prestations, la jurisprudence lui ayant toutefois par la suite partiellement donné tort, ce qui, de l'avis du TCS, ne faisait qu'enlever encore davantage de son attrait à l'assurance-occupants. Celle-ci apparaît d'ailleurs de moins en moins justifiée depuis les obligations successives d'assurances accident pour tous les employés, puis d'assurance maladie (couvrant les frais de traitement médical) pour tous. Le TCS relève donc avec satisfaction que l'on n'a malgré tout pas voulu supprimer la possibilité d'exclure par contrat, - totalement ou partiellement - l'imputation des prestations, comme peut toujours le prévoir une assurance-occupants, même si cette possibilité n'est de loin pas utilisée de manière généralisée par les assureurs.

365.03.06 Art. 64

TCS:L'article 64 LCR serait abrogé, car la compétence de fixer les montants minimaux de couverture de l'assurance RC auto serait comprise à l'art. 54q du projet qui prévoit une telle compétence pour toutes les assurances obligatoires et qui serait applicable à la LCA en vertu du nouvel art. 82 LCR. On peut approuver ce procédé.

365.03.07 Art. 65

TCS:L'article 65 LCR serait également abrogé. Le principe du droit d'action directe, tel qu'il est connu dans la LCR, a précisément inspiré le projet. On le retrouverait donc de manière générale à l'art. 54c du projet. En fait, ce sera surtout pour les autres domaines de la responsabilité civile que ce droit sera appréciable pour le lésé. Que l'on songe notamment à la responsabilité du chef d'entreprise, du propriétaire d'ouvrage, du détenteur d'animaux etc.

L'inopposabilité des exceptions au lésé figurerait de manière générale, pour les assurances obligatoires, à l'art. 54h al. 1 du projet et le droit de recours de l'assureur contre le preneur ou l'assuré, à l'art. 54h al. 2 du

projet. Reprises de la LCR, où ces dispositions ont fait leurs preuves, ces modifications peuvent être approuvées.

365.03.08 Art. 66

TCS:L'article 66 LCR serait également abrogé, les mêmes dispositions figurant d'une manière générale à l'art. 54d al. 1 du projet pour l'al. 1. à l'art. 54d al. 2 et 3 pour l'al. 2. On peut donc approuver ces modifications.

365.03.09 Art. 69 Abs. 3 und 4

Art. 69, al. 3 et 4

Art. 69 cpv. 3 e 4

TCS:Pour ce qui est de l'art. 69 al. 3, la seule modification serait que le renvoi à l'art. 64 LCR serait supprimé, car cet article serait abrogé.

L'art. 69 al. 4 serait légèrement modifié étant donné qu'il n'y aurait plus renvoi au CO pour la responsabilité du détenteur du véhicule pour les dommages matériels causés à la remorque. Ce renvoi existant de manière générale, cette disposition particulière ne serait effectivement plus nécessaire.

365.03.10 Art. 70 Abs. 3 und 7

Art. 70, al. 3 et 7

Art. 70 cpv. 3 e 7

TCS:L'al. 3 serait supprimé. Il n'aurait effectivement plus de sens étant donné qu'il correspondait à LCR 64 (compétence de fixer l'assurance minimale pour les dommages causés par les cycles). Désormais, l'art. 54 g du projet, qui prévoit la même chose pour les assurances obligatoires, serait donc applicable par renvoi de LCR 82.

L'al. 7 n'aurait effectivement plus sa raison d'être, puisqu'il renvoyait aux art. 65 et 66 qui seraient supprimés et remplacés par les articles 54 c et d du projet.

365.03.11 Art. 72 Abs. 4, letzter Satz

Art. 72, al. 4, dernière phrase

Art. 72 cpv. 4 ultimo periodo

TCS:La seule modification serait la suppression de la dernière phrase de l'al. 4 qui renvoie aux art. 65 et 66 LCR, lesquels seraient abrogés.

Dans ses activités (organisation de manifestations cyclistes), le TCS se heurte souvent à la règle de l'art. 72 al. 1 selon laquelle les dispositions de l'art. 72 s'appliquent aux manifestations sportives de cycles dont le classement se fait principalement d'après la vitesse maximale atteinte et au cours desquelles est exigée une vitesse moyenne supérieure à 50 km/h. Or les manifestations du TCS ne répondent pas à cette dernière condition. En pratique, il est donc arrivé que le TCS, par précaution, ait malgré tout conclu les assurances prescrites par LCR 72 et payé les primes correspondantes, procédé auquel l'assureur ne s'était jamais opposé. Or, à l'occasion d'un cas de sinistre, les prestations ont été refusées au motif qu'une des conditions de l'assurance (vitesse moyenne supérieure à 50 km/h) n'étaient pas remplies. L'alternative - à savoir ne pas conclure d'assurance - serait lourde de conséquences pour le TCS (art. 72 al. 5 LCR).

Pourtant, le type de risque entraîné par ces manifestations est le même qu'en cas de course. Il est même accru, par rapport à certaines autres courses, étant donné que le parcours n'est pas fermé à la circulation et que les autres usagers qui circulent peuvent souvent être nombreux (samedi et dimanche). Il y a des «ouvriers» de route (motards) et un peloton de tête circulant à vitesse élevée, comme dans des courses ordinaires.

La disposition de l'art. 72 al. 1 devrait, à notre sens, être revue de manière à rendre les assurances obligatoires, tant qu'il y a organisation semblable à une course, même si la vitesse moyenne n'est pas supérieure à 50 km/h, mais que le temps du parcours entre en compte, d'une certaine manière, dans le classement, ce qui peut impliquer d'importantes pointes de vitesse.

365.03.12 Art. 73

TCS: Cette disposition, qui ferait double emploi avec l'art. 43 du projet serait malgré tout maintenue parce qu'elle prévoit une exception à l'obligation d'assurance.

A notre sens, toutefois, la raison donnée ne semble pas être la bonne. Ce qui est essentiel est plutôt que les règles spéciales de la LCR - et non seulement les règles générales du projet - soient applicables, dans ce cas, à la Confédération et aux cantons et c'est cela qui justifie le maintien de LCR 73.

365.03.13 Art. 75

TCS: La question de la suppression de l'al. 2 se serait posée étant donné les nouvelles règles des art. 53c et 54f du projet. Finalement, on aurait quand même gardé la disposition pour des raisons de cohérence, ce qui ne convainc pas véritablement.

A notre sens, l'al. 2 ne fait pas qu'instituer un droit de recours, il précise encore les personnes qui peuvent faire l'objet du recours, ainsi que les conditions dans lesquelles le recours est envisageable, véritable raison pour laquelle il convient de maintenir cette disposition.

365.03.14 Art. 79

TCS: On relèvera que le rapport, pourtant rendu en 1999, se réfère, au sujet de l'art. 79 LCR, au commentaire Bussy-Rusconi. Or il s'agit de la deuxième édition (1984) de cet ouvrage et non de la troisième (datant de 1996). Dans la deuxième édition, le commentaire relevait, en effet, que le DFJP de l'époque (1957) avait fait la proposition d'introduire cette disposition pour donner à la Confédération une monnaie d'échange pour négocier des accords de réciprocité avec les pays étrangers en faveur de citoyens suisses victimes à l'étranger d'accidents dus à des VA ou des cycles étrangers. La deuxième édition du commentaire estimait effectivement qu'en tant que pays de tourisme, la Suisse aurait pu faire l'abstraction de tels calculs. Le rapport, en p. 362, au sujet de l'article 79 LCR estimait que la règle de réciprocité - tempérée depuis la révision de 1995 - où il n'est plus question d'exiger l'égalité de traitement, mais la simple équivalence - ne devait pas être complètement abandonnée, contrairement à ce qu'avait

suggéré la doctrine et référence était faite au commentaire Bussy-Rusconi (deuxième édition), comme relevé plus haut.

Toutefois, s'ils avaient pris connaissance de ce qui figure à la troisième édition du commentaire Bussy-Rusconi, les auteurs du rapport auraient vu qu'avec le système prévu depuis 1995, il n'aurait même plus été nécessaire de se référer à des accords de réciprocité. Par conséquent, on aurait pu soutenir qu'auraient été exclus du droit aux prestations uniquement les ressortissants des Etats où le lésé suisse ne serait pas traité de la même manière que les «indigènes» du pays. Le commentaire a cependant constaté qu'OAV 54 excluait toujours les lésés étrangers du bénéfice de LCR 76 sauf accord de réciprocité ou accord avec le fonds de garantie. Cela aurait donc contredit l'interprétation selon laquelle on aurait pu prétendre pouvoir se passer d'accord de réciprocité. La troisième édition du commentaire en tirait donc la conclusion que l'ancien système était maintenu, mais - à la différence de la deuxième édition - elle ne préconisait plus la suppression de l'art. 79 LCR.

Actuellement, il faut bien constater qu'en matière de circulation routière et de dommages causés par des véhicules pourtant connus et assurés à l'étranger, le lésé suisse peut être, en fonction des conventions internationales applicables et du pays concerné, moins bien indemnisé qu'il ne le serait en Suisse. A l'inverse, mais en vertu des mêmes règles, le lésé étranger sera souvent mieux indemnisé, pour ce type de dommage, en Suisse. Une question qui pourrait par contre se poser serait celle de savoir s'il se justifierait d'avantager encore davantage le lésé étranger en Suisse en supprimant également l'art. 79 LCR pour les dommages causés par des véhicules inconnus ou non assurés, les cas étant toutefois, heureusement, rares.

365.03.15 4. Abschnitt: Art. 80 - 81 (aufgehoben)
Chapitre quatrième: Art. 80 et 81 (abrogé)
Capo quarto: Art. 80 - 81 (abrogato)

Kantone / Cantons / Cantoni

LU: Art. 80 SVG: Wir verweisen auf die Ausführungen zu Art. 9 KHG.

Organisationen / organisations / organizzazioni

TCS: Ad art. 80 LCR: La LPGA du 6 octobre 2000, dont le délai référendaire est arrivé à échéance le 21.01.01 sans avoir été utilisé, devrait entrer prochainement en vigueur. Or cette loi comporte une modification de l'art. 80 LCR dans le sens qui suit: les victimes d'un dommage qui sont assurées en vertu de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents peuvent faire valoir les prétentions découlant de cette loi.

Cette disposition devrait donc entrer en vigueur sous cette forme. De sorte qu'il n'y aurait plus lieu d'examiner la modification qui est présentée ici.

On remarquera que la réserve à l'art. 44 LAA (privilège des proches et de l'employeur) a été supprimée. Il n'y aura donc plus qu'un privilège de recours. Selon l'art. 75 al. 1 LPGA l'assureur (social) n'aura un droit de recours contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et

descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué l'événement assuré intentionnellement ou par négligence grave (al. 1). Si les prétentions récursoires découlent d'un accident professionnel, la même limitation sera applicable à l'employeur de l'assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise.

Ad art. 81 LCR: L'article 81 serait abrogé. La disposition actuelle pouvait être désavantageuse pour la victime d'un accident causé par un véhicule militaire. Cette victime ne pouvait pas, par exemple, réclamer certains dommages comme le tort moral. V. commentaire Bussy-Rusconi à LCR 81 rem. 1.1.

365.03.16 Art. 82

TCS:Le nouvel art. 82 LCR contiendrait désormais la règle générale du renvoi au code des obligations pour tout ce qui n'est pas régi expressément par la LCR, ce qui constitue à la fois une simplification et une meilleure systématique.

L'ancien art. 82 LCR figurerait au nouvel art. 88 LCR où il serait repris tel quel.

365.03.17 Art. 83

Kantone / Cantons / Cantoni

ZH: Mit der Heraufsetzung der Verjährungsfrist von zwei auf drei Jahre können wir uns einverstanden erklären, zumal damit die Geltendmachung von Ansprüchen erleichtert wird.

Organisationen / organisations / organizzazioni

TCS:L'art. 83 LCR prévoyant le délai de prescription de 2 ans serait abrogé. S'appliqueraient alors les art. 55 à 55c en matière de prescription. Pour l'action en réparation, le délai serait de 3 ans (à point de départ subjectif) et 20 ans (à point de départ objectif) selon l'art. 55 LCR. De plus, la renonciation à la prescription serait possible pour une durée de 20 ans au maximum. Le TCS salue l'allongement des délais en matière de prescription. On sait, en effet, que les plus graves accidents de circulation routière peuvent prendre jusqu'à une dizaine d'année pour leur liquidation. Or on connaît la réticence qu'avait le Tribunal fédéral à admettre de débouter un lésé au seul motif que l'action aurait été prescrite. La modification devrait donc permettre de tarir, à l'avenir, l'abondance de jurisprudence sur la prescription en matière de LCR, notamment.

On relève même que l'art. 83 al. 3 LCR a influencé la règle posée à l'art. 55c du projet sur la prescription de l'action récursoire pour laquelle les délais ont été allongés à 3 ans à dater de la réparation complète ou de la connaissance du coresponsable, à 20 ans à dater du fait dommageable ou de la cessation de ses effets.

365.03.18 Art. 84

TCS:L'article 84 LCR a déjà été abrogé par la loi sur les fors entrée en vigueur le 1^{er} 2001. Il n'y a donc plus lieu de se prononcer sur cette modification.

365.03.19 Art. 86

TCS: L'article 86 LCR serait abrogé et le principe de la libre appréciation des preuves figurerait désormais à l'art. 56c al. 1 du projet, ce que l'on peut accepter.

365.03.20 Art. 87

TCS: L'art. 87 LCR serait abrogé.

La nullité des clauses exclusives de responsabilité figurerait à l'art. 57 du projet. On remarquera toutefois que l'art. 57 al. 1 du projet applique la même règle pour les dommages à l'environnement. Or comme exposé précédemment le TCS estime que ces dommages ne devraient pas concerner des dommages autres que ceux à la suite d'un accident de circulation routière.

Pour l'annulabilité des conventions manifestement insuffisantes, ce serait l'art. 58 du projet qui serait applicable. Le point de départ du délai serait toutefois subjectif (le jour où la personne a raisonnablement pu se rendre compte de l'insuffisance de l'indemnisation), ce qu'il faut approuver.

365.03.21 Art. 88

TCS: Le droit préférentiel du lésé figurerait désormais en tant que principe général à l'art. 54b du projet.

A l'art. 88 on reprendrait l'art. 82 actuel LCR.

**365.04 Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957¹⁰² (EBG)
Loi sur les chemins de fer (LCdF)
Legge sulle ferrovie (Lferr)¹⁰³**

365.04.1 Art. 40b (neu / nouveau / nuovo)

VöV: Wir sind der Meinung, dass der öffentliche Verkehr gegenüber dem Individualverkehr bevorzugt werden soll. Der öffentliche Verkehr erfüllt eine öffentliche Aufgabe und dient dem service public. Weiter fördert der öffentliche Verkehr die nachhaltige Entwicklung und trägt damit dazu bei, dass Artikel 2 der Bundesverfassung erfüllt wird. Beide vorgenannten Elemente fehlen beim Individualverkehr. Zudem ist der öffentliche Verkehr wegen der Konzessionierung an verschiedene Pflichten gebunden: insbesondere an die Transport- und die Fahrplanpflicht. Auch diese Elemente fehlen beim Individualverkehr. Aus diesen Gründen beantragen wir für den öffentlichen Verkehr ein Regressprivileg.

Antrag: Ergänzen: "Wenn Unternehmungen, die dem EBG unterstehen, zu vertraglichen oder ausservertraglichen Ersatzansprüchen verpflichtet werden, haben sie ein integrales Regressrecht, gegenüber Haftpflichtigen, die nicht dem EBG unterstehen.

Wie in der Einleitung erwähnt, bewirkt die Aufhebung des EHG eine Verschlechterung der Haftung des öffentlichen Verkehrs. Wir beantragen deshalb die Beibehaltung der Bestimmungen, wonach Genugtuung und

¹⁰² SR 742.101

¹⁰³ RS 742.101

Schadenersatz für Sachschaden nur bei Verschulden der Bahn zu leisten ist (Art. 8 und 11 EHG).

Antrag: Genugtuung und Schadenersatz für Sachschaden ist nur bei Verschulden der Bahn zu leisten.

365.05 Transportgesetz vom 4. Oktober 1985¹⁰⁴ (TG)
Loi fédérale du 4 octobre 1985¹⁰⁵ sur le transport public (LTP)
Legge federale del 4 ottobre 1985¹⁰⁶ sul trasporto pubblico (LTP)

365.05.1 Art. 19 Abs. 2 und 3, Art. 23 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2
Art. 19, 2^e et 3e al., art. 23, 2^eal., et art. 39, 2 al.
Art. 19 cpv. 2 e 3, 23 cpv. 2 e 39 cpv. 2

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

SVS: Dem Transportgesetz (TG; Erläuternder Bericht S. 366 ff., VE 705) unterstehen beim Transport von Personen, Gepäck und Gütern auch die Schifffahrtsunternehmen. Wir erachten die vorgeschlagenen Neufassungen der Art. 19 (Angleichung an VE Art. 48/48a), 23 (Aufhebung des Abs. 2, weil VE Art. 47a genügt) betreffend Haftung für das Handgepäck der Passagiere als sinnvoll. Konsequenterweise ist Art. 39, Abs. 2 TG zu streichen, da er eine Parallelbestimmung zum wegfallenden Art. 23, Abs. 2 TG darstellt.

VöV: Zum Transportrecht gibt es unter dem Blickwinkel des nationalen und internationalen Transportrechts folgendes zu bemerken:

Im nationalen Recht gilt:

Handgepäck: Im Zusammenhang mit einem Unfall haftet das Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) für Verlust und Beschädigung des Handgepäcks kausal und unbeschränkt (Art. 11 Abs. 1 EHG und Art. 19 Abs. 2 TG). Unabhängig von einem Unfall haftet das EVU unbeschränkt, jedoch nur bei nachgewiesenem Verschulden (Art. 11 Abs. 2 EHG und Art. 19 Abs. 2 TG). Andererseits haftet der Reisende für allen Schaden, der durch das Handgepäck entsteht, soweit er nicht ein Verschulden des EVU oder von Dritten oder Umstände nachweist, die er nicht vermeiden oder deren Folgen er nicht abwenden konnte (Art. 19 Abs. 3 TG).

Reisegepäck: Das EVU haftet für Verlust, Beschädigung und Verspätung von Reisegepäck kausal, kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Schaden auf ein Selbstverschulden des Geschädigten oder auf Umständen zurückzuführen ist, die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte (Art. 23 TG); ferner kann es sich auf die sog. privilegierten Haftbefreiungsgründe wie Natur des Reisegepäcks, mangelnde Verpackung etc. berufen (Art. 23 Abs. 3 TG i.V. mit Art. 16 TV). Die Haftungsmitel für den Sachschaden beträgt 1'000 CHF/Gepäckstück bzw. 10'000 CHF/Sendung (Art. 12 TV), für den Verspätungsschaden 30 CHF/24 h für höchstens 14 Tage (Art. 15 TV).

¹⁰⁴ SR 742.40

¹⁰⁵ RS 742.40

¹⁰⁶ RS 742.40

Frachtgut: Das EVU haftet für Verlust, Beschädigung und Verspätung von Frachtgut kausal, kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Schaden auf ein Selbstverschulden des Geschädigten oder auf Umständen zurückzuführen ist, die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte (Art. 39 TG); ferner kann es sich auf die sog. privilegierten Haftbefreiungsgründe wie Beförderung in offenem Wagen, Verlad durch Absender, Verpackungsmängel etc. berufen (Art. 39 Abs. 3 TG i.V. mit Art. 40 TV). Die Haftungslimite für Sachschaden beträgt 150 CHF/kg (Art. 34 TV), für Verspätungsschaden 2000 CHF/Wagen bzw. 500 CHF/Sendung (Art. 39 TV).

P-Wagen: Gemäss Art. 27 TG regeln die EVU P-Wagenschäden einheitlich. Dies geschieht im UIC-Merkblatt 433, wonach für Schäden am Wagen das benutzende EVU haftet, sofern es nicht beweist: Nichtverschulden der Eisenbahn; oder Umstände, welche die Eisenbahn nicht vermeiden und deren Folgen sie nicht abwenden konnte; oder Drittverschulden; oder Verschulden des Einstellers, oder mangelnde Instandhaltung durch den Einsteher (Art. 17.1). Für vom Wagen verursachte Schäden haftet die Eisenbahn, was der Einsteher mit einer jährlichen Pauschale von 24 ECU abgilt (Art. 23).

Infrastrukturbetreiber: Gemäss Art. 25 EHG haftet gegenüber dem Geschädigten ausschliesslich das EVU, wobei ihm der Rückgriff gegenüber dem Infrastrukturbetreiber (IB) unbenommen bleibt.

Im internationalen Transportrecht gilt:

Personenschäden: Das EVU haftet für Personenschäden grundsätzlich kausal. Es kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Unfall durch ausserhalb des Betriebes liegende Umstände, durch Selbstverschulden oder durch Drittverschulden verursacht wurde (Art. 26 § 2 C1V). Betragsmässig besteht eine minimale Haftung von 70'000 RE; sieht jedoch das nationale Recht eine höhere oder - wie das schweizerische Recht - eine unbegrenzte Haftung vor, gilt diese (Art. 30 § 2 CIV). Die Haftung erstreckt sich auch auf das Ein- und Aussteigen (Art. 26 § 1 Abs. 1 CIV), in der - u.E. richtigen - Meinung, dass sich auch bei diesen Vorgängen die charakteristische Betriebsgefahr des EVU manifestiert; soweit auf Seiten Infrastruktur ein Werkmangel vorliegt, kann das EVU selbstverständlich Rückgriff auf den Infrastrukturbetreiber nehmen.

Handgepäck. Im Zusammenhang mit einem Unfall haftet das EVU für Verlust und Beschädigung des Handgepäckes kausal; die Haftungsbefreiungsgründe sind diesselben wie bei der Haftung für Personenschäden (Art. 26 § 1 CIV) und die Haftungslimite beträgt 700 RE (Art. 31 CIV). Unabhängig von einem Unfall haftet das EVU nur bei Verschulden (Art. 47 § 2 CIV), und zwar - da eine Haftungslimite in der CIV fehlt - grundsätzlich unbeschränkt. Andererseits haftet der *Reisende* für allen durch das Handgepäck verursachten Schaden, soweit er nicht ein Verschulden des EVU oder von Dritten oder Umstände nachweist, die er nicht vermeiden oder deren Folgen er nicht abwenden konnte (Art. 15 § 6 CIV).

Reisegepäck., Das EVU haftet für Verlust, Beschädigung und Verspätung des Reisegepäckes kausal, kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Schaden auf ein Selbstverschulden des Geschädigten, besondere Mängel des Reisegepäckes oder auf Umstände zurückzuführen ist,

die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte (Art. 35 § 2 CIV). Die Haftungsmitel beträgt 40 RE/kg bzw. 600 RE/Gepäckstück bei nachgewiesenem und 10 RE/kg bzw. 150 RE/Gepäckstück bei nicht nachgewiesenem Schaden (Art. 38 § 1 CIV). Für Verspätung des Reisegepäcks haftet das EVU bis max. 0.4 RE/kg bzw. 7 RE/Gepäckstück bei nachgewiesenem und 0.07 RE/kg bzw. 1.4 RE/Gepäckstück bei nicht nachgewiesenem Schaden, und zwar immer für höchstens 14 Tage (Art. 40 § 1 CIV).

Frachtgut: Das EVU haftet für Verlust, Beschädigung und Verspätung des Gutes kausal, kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Schaden auf ein Selbstverschulden des Geschädigten, besondere Mangels des Gutes oder auf Umständen zurückzuführen ist, die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte (Art. 36 § 2 CIM). Ferner kann sich das EVU auf die sog. privilegierten Haftbefreiungsgrunde wie Beförderung in offenem Wagen, Verpackungsmangel, Verlad durch Absender oder Auslad durch Empfänger etc. berufen (Art. 36 § 3 CIM). Für Sachschäden beträgt die Haftungsmitel 17 RE/kg (Art. 40 ff. CIM), für Sachschäden das Vierfache der Fracht (Art. 43 CIM).

Im internationalen Transportrecht gilt künftig:

Voraussichtlich per 2004 tritt ein neues COTIF in Kraft. Die oben dargestellten Haftungsgrundsätze bleiben die gleichen, wobei die Haftungsmitel jedoch angemessen angehoben werden. Im Personenverkehr wird neu eine Haftung für Nichteinhaltung des Fahrplans bis zur Limite der ubernachtungs- und Benachrichtigungskosten eingeführt (Art. 32 neue CIV), analog zu Art. 4 TV.

Neu sind ferner die "Einheitlichen Rechtsvorschriften für Verträge über die Verwendung von Wagen im internationalen Eisenbahnverkehr (CUV)" und die "Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die Nutzung der Infrastruktur im internationalen Eisenbahnverkehr (CUI)".

Wagen: Gemäss Art. 4 CUV haftet das (benutzende) EVU für Schäden am Wagen (P-Wagen *und* bahneigene Wagen), sofern es nicht sein Nichtverschulden beweist. Für vom Wagen verursachte Schäden haftet gemäss Art. 7 CUV der Wageneigentumer (Halter), wenn ihn ein Verschulden trifft. Diese Haftungsregelungen sind nicht zwingend.

Infrastrukturbetreiber: Der IB gilt gegenüber Reisenden und Frachtkunden als Hilfsperson des EVU (Art. 51 CIV 1999 und Art. 40 CIM 1999). Gemäss Art. 8 und 9 CUI haften IB und EVU unter sich grundsätzlich kausal und unbeschränkt; durch "Prozessvereinbarung" können sie jedoch auch eine abweichende Regelung treffen (Art. 20 CUI).

Zwischenergebnis:

Das nationale wie internationale Eisenbahntransportrecht trifft im Verhältnis Eisenbahnverkehrsunternehmen - Kunde - weitere Vertragspartner (andere Eisenbahnverkehrsunternehmen, Infrastrukturbetreiber, Wageneigentumer/Halter/Einsteller) spezifische Haftungsregelungen, und zwar sowohl hinsichtlich Haftungsgrund wie Haftungsmitel. Diese spezifischen Regelungen finden ihre Rechtfertigung darin, dass die Eisenbahn ein Massenbeförderungsmittel ist und ihr Risiko in Grenzen gehalten werden muss. Aus diesem Grund verfügen auch andere nationale Trans-

portrechte sowie das internationale Luft- See-, Binnenschiffahrts- und Strassentransportrecht über gleiche oder vergleichbare spezielle Haftungsregelungen.

Zur Aufhebung von Art. 19 Abs. 2 und 3, 23 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 TG:

Wie oben dargestellt, begründet Artikel 19 Absatz 2 TG (Handgepäck) im Zusammenhang mit einem Unfall eine kausale, im übrigen jedoch eine Verschuldenshaftung des EVU.

Die Aufhebung dieser Bestimmung führt integral zu einer kausalen Haftung des EVU (Art. 50 HPG), mithin also zu einer spürbaren Haftungsverhärfung. Überdies schafft die Aufhebung eine unverständliche Inkongruenz zum internationalen Eisenbahntransportrecht.

Wie oben dargestellt, begründet Artikel 19 Absatz 3 TG (Handgepäck) eine kausale Haftung des Reisenden, versehen mit klar umschriebenen Entlastungsgründen.

Deren Aufhebung führt im Normalfall zu einer blossen Verschuldenshaftung (Art. 48/48a HPG) und bei Urteilsunfähigkeit des Reisenden (z.B. Kinder, Greise, Alkohol- und Drogenabhängige) gar zu einem gänzlich "haftungslosen" Zustand. Die damit verbundene Risikoverschiebung zu Lasten des EVU ist nicht gerechtfertigt und schafft wiederum eine unverständliche Inkongruenz zum internationalen Eisenbahntransportrecht (Art. 15 § 6 CIV).

Wie oben dargestellt, begründet Artikel 23 Absatz 2 TG (Reisegepäck) eine kausale Haftung des EVU für Verlust, Beschädigung und Verspätung des Reisegepäcks; das EVU kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, dass der Schaden auf ein Selbstverschulden des Geschädigten oder auf Umstände zurückzuführen ist, die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte.

Die Aufhebung dieser Bestimmung begründet eine Gefährdungshaftung des EVU gemäss Art. 50 HPG, mit Entlastungsmöglichkeit gemäss Art. 47a HPG bei höherer Gewalt oder bei kausalitätsunterbrechendem Verhalten des Geschädigten bzw. Dritter. Dieser Neuerung ist aus folgenden Gründen zu opponieren:

- Anstelle des Begriffs der "höheren Gewalt" hat das internationale (Transport)recht die präzise Umschreibung "Umstände, welche die Eisenbahn nicht vermeiden und deren Folgen sie nicht abwenden konnte" entwickelt (vgl. z.B. Art. 15 § 6 CIV, Art. 35 § 2 CIV und Art. 36 § 2 CIM). Diese Definition wurde vom schweizerischen Transportrecht mit Absicht und zu Recht in die Art. 23 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 TG übernommen. Art. 47a HPG stellt demgegenüber ein Rückschritt dar, weil der Begriff der höheren Gewalt unscharf ist und insbesondere das Streikrisiko nicht klar zuordnen kann.
- Die Einführung einer Gefährdungshaftung nach dem Muster von Art. 50 HPG schafft wiederum eine unverständliche Inkongruenz zum internationalen Transportrecht (Art. 35 CIV).

Hinsichtlich der Haftung für Frachtgut (Art. 39 Abs. 2 TG) gelten die genau gleichen Überlegungen wie für Reisegepäck. Die Inkongruenz zum internationalen Transportrecht betrifft hier Art. 36 CIM.

Positiv festzuhalten bleibt, dass

- nach Art. 44 HPG das internationale Eisenbahntransportrecht gemäss COTIF ausdrücklich vorbehalten bleibt;
- Art. 41 TG (Kompetenz des Bundesrates zur Festlegung von Höchstgrenzen) vom HPG nicht aufgehoben wird, mithin also sämtliche Haftungslimiten für Reisegepäck (Art. 12 ff. TV) und Frachtgut (Art. 34 ff. TV) erhalten bleiben.

Konklusion:

Art. 19 Abs. 2 und 3, 23 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 TG dürfen vom neuen HPG aus folgenden Gründen nicht aufgehoben werden:

1. Die Eisenbahntransporthaftpflicht stellt eine vertragspezifische Regelung dar, die den praktischen Bedürfnissen aller Beteiligten dient. Sie ist keineswegs überholt, fand doch die letzte Revision des TG im Jahre 1998 statt und behält das neue COTIF - abgesehen von einer angemessenen Erhöhung der Haftungslimiten - die geltenden Bestimmungen vollumfänglich bei.
2. Eine Aufhebung der besagten TG-Bestimmungen setzt das neue HPG mit sich selbst (vgl. Art. 42 HPG) in Widerspruch.
3. Bis anhin achtete der schweizerische Gesetzgeber auf Kongruenz des nationalen zum internationalen Eisenbahntransportrecht. Warum sollte er im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung von dieser bewährten Strategie abweichen? Die Regeln des internationalen Eisenbahntransportrechts werden allseits als ausgewogen und sachgerecht empfunden und sind deshalb bei der COTIF-Revision auch unangetastet geblieben. Überdies erlauben harmonisierte Transportrechte die Entwicklung einer einheitlichen Rechtssprechung und mithin grössere Rechtssicherheit.

Antrag: Artikel 19 Absatz 2 und 3, Artikel 23 Absatz 2 und Artikel 39 Absatz 2 TG dürfen vom neuen HPG nicht aufgehoben werden.

(Art. 40 - 48)

**365.06 Personenbeförderungsgesetz vom 18. Juni 1993¹⁰⁷ (PBefG)
Loi fédérale du 18 juin 1993¹⁰⁸ sur le transport des voyageurs
(LTV)
Legge federale del 18 giugno 1993¹⁰⁹ sul trasporto viaggiatori
(LTG)**

**365.06.1 Art. 5 Abs. 1
Art. 5, 1er al.
Art. 5 cpv. 1**

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

SVS: Die Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes (Erläuternder Bericht S. 367 f.; VE 706) ist formeller Natur. Art. 5 ist mit den neuen, auch

¹⁰⁷ SR 744.10

¹⁰⁸ RS 744.10

¹⁰⁹ RS 744.10

für Schifffahrtsunternehmen geltenden Bestimmungen in Einklang zu bringen.

VöV: Aus den Gründen, die wir zu Artikel 40b EBG dargelegt haben, beantragen wir eine Ergänzung des Personenbeförderungsgesetzes, des Bundesgesetzes über die Trolleybusunternehmen und des Bundesgesetzes über die Binnenschifffahrt im Sinne der Privilegierung bei Haftungskonkurrenz.

Antrag: entsprechende Ergänzung (Privilegierung bei Haftungskonkurrenz) in den drei obgt. Gesetzen.

365.07 Bundesgesetz vom 29. März 1950¹¹⁰ über die Trolleybusunternehmen
Loi fédérale du 29 mars 1950¹¹¹ sur les entreprises de trolleybus
Legge federale del 29 marzo 1950¹¹² sulle imprese filoviarie

365.07.1 Art. 15

VöV: Vgl. zu Personenbeförderungsgesetz.

(Art. 16 Abs. 1, zweiter Satz

Art. 16, 1^{er} al., 2^e phrase

Art. 16 cpv. 1, periodo 2)

365.08 Rohrleitungsgesetz vom 4. Oktober 1963¹¹³ (RLG)
Loi fédérale du 4 octobre 1963¹¹⁴ sur les installations de transport par conduites (LITC)
Legge federale del 4 ottobre 1963¹¹⁵ sugli impianti di trasporto in condotta (LITC)

365.08.1 Art. 33

SWISSGAS: Während im geltenden Rohrleitungsgesetz (RLG) der *Inhaber* der Anlage Haftungssubjekt ist, mithin derjenige, der selbständig über den Gebrauch der Anlage entscheidet und im Detail bestimmt, was damit gemacht werden soll, welche und wessen Stoffe damit transportiert werden sollen oder welche Revisionen und Reparaturen daran vorzunehmen sind, soll nach revidiertem Recht der *Betreiber der Anlage* haftpflichtig sein. Der Begriff des Betreibers ist - mindestens nach Auffassung der Verfasser der Vorlage - weiter gefasst als der Begriff des Inhabers. Anlageinhaber nach bisherigem Verständnis ist derjenige, der selbständig über den Gebrauch der Anlage entsprechend ihrem Zweck verfügt, wer im Detail bestimmt, was damit gemacht werden soll, welche und wessen Stoffe damit transportiert werden sollen oder welche Revisionen und Reparaturen daran vorzunehmen sind. Entscheidend ist damit, wer tatsächlich über die Anlagen und die für ihre Bedienung angestellten Personen verfügen kann. Neu soll *der Betreiber haften*, also derjenige, der den Betrieb

¹¹⁰ SR 744.21

¹¹¹ RS 744.21

¹¹² RS 744.21

¹¹³ SR 746.1

¹¹⁴ RS 746.1

¹¹⁵ RS 746.1

organisatorisch und wirtschaftlich beherrscht bzw. auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt wird. Abgesehen davon, dass der Begriff des Betreibers in grammatikalischer Hinsicht, aber auch nach umgangssprachlichem Verständnis keineswegs zwingend in erweitertem Sinne (im Vergleich zum Begriff des Inhabers) zu verstehen ist, wird gemäss der Auffassung der Gesetzesredaktoren die Haftung insoweit erweitert, als nicht der die tatsächliche Gewalt über die Anlage Ausübende haftpflichtig sein soll, sondern derjenige, der - ohne notwendigerweise über die Kontrolle über den Betriebsablauf zu verfügen - unter Einsatz einer eigens eingesetzten Betriebsgesellschaft weit weg vom Betriebsgeschehen steht. Mit dieser von den Gesetzesredaktoren vertretenen Auslegung wird ohne Not - im Sinne des Konzernhaftungs-Gedankens - die Haftung erweitert.

Nach unserer Auffassung, ist an sich nichts dagegen einzuwenden, den Begriff *Betreiber* statt desjenigen des *Inhabers* im revidierten Gesetz einzuführen, bzw. den Inhaber-Begriff zu streichen. Indes darf daraus keine Erweiterung der Haftung resultieren. Im geltenden Recht tauchen die Begriffe "Unternehmung", "Betreiber", "Inhaber" und "Eigentümer" in unterschiedlichem Kontext auf Während die Plangenehmigung und die Betriebsbewilligung gemäss Art. 2 f. bzw. Art. 30 f. RLG an die *Unternehmung* geknüpft ist, werden in Art. 33 f. RLG der *Inhaber* und der *Eigentümer*, soweit dieser mit jenem nicht identisch ist, haftpflichtig erklärt wird. Aus Art. 2 Abs. 4 RLG wiederum ergibt sich, dass als *Betreiberin* die Unternehmung, mithin die Bewilligungsinhaberin, gilt. Aus Art. 30 f. RLG folgt wiederum, dass nur die Bewilligungsinhaberin die Rohrleitungsanlage effektiv betreiben kann. Insoweit sind die Begriffe "Betreiberin" und "Unternehmung" deckungsgleich bzw. ergibt sich aus dem Gesetz klar, wer Betreiber einer Rohrleitungsanlage sein kann. Nur der so verstandene Betreiber kann auch haftpflichtig im Sinne von Art. 33 RLG sein. Dies wäre in der künftigen bundesrätlichen Botschaft klarzustellen.

Die Haftung knüpft im geltenden Recht an den *Betrieb im technischen Sinne* einer Rohrleitung an. Haftungsvoraussetzung bildet damit, dass durch technische Anlagen mit Rohrleitungen, Pumpen und Tanks Stoffe befördert werden, die Wasser- und/oder Luftgifte darstellen und ausserdem teilweise leicht entzündbar und explosibel sind. "Steht das Fördergut still, fehlt ein entscheidender Faktor der Gefährlichkeit solcher Anlagen, weshalb die Betriebshaftung entfällt". Der Inhaber haftet dann bei Schäden nur bei Mängeln oder fehlerhafter Behandlung der Anlage. Der Mangelbegriff entspricht dabei demjenigen der Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 OR. Massstab für die Qualifikation einer Ursache als Mangel ist dabei eine Rohrleitungsanlage in ordnungsgemäsem Zustand, wobei Hauptbeispiel eines Mangels das Leck in einer Rohrleitung darstellt. Von ebenfalls haftungsbegründender fehlerhafter Behandlung einer Rohrleitungsanlage ist dann die Rede, wenn Fehlmanipulationen oder Unterlassungen von Angestellten zu Schäden führen.

Die Revisionsvorlage knüpft die Haftung an die Verwirklichung des "*charakteristischen Risikos*" an. Der Begriff soll jenem der *Betriebsgefahr* im Strassenverkehrsrecht entsprechen und jede besondere und typische Gefahr erfassen, welche mit dem Betrieb - im weitesten Sinne - der Anlage zusammenhängt. Zu diesem Gesamtrisiko gehört dann auch ein all-

fälliger Mangel der Anlage oder die fehlerhafte Behandlung durch den Betreiber oder dessen Hilfspersonen. Das charakteristische Risiko soll auch den entscheidenden Faktor für den Nachweis darstellen, ob und inwieweit zwischen der betreffenden Tätigkeit und dem Schaden ein typischer, haftungsbegründender Kausalzusammenhang besteht. Strassenverkehrsrechtlich erfasst der Betrieb die Gesamtheit der mit der Fortbewegung zusammenhängenden Vorgänge. Umgekehrt sind Unfälle, die ausschliesslich auf die Kräfte (ohne Fortbewegung) zurückgehen, die der Fortbewegung des Fahrzeuges zu dienen bestimmt sind, nicht vom Strassenverkehrsgesetz erfasst. Der Grund liegt darin, dass die motorischen Kräfte allein dann für den Betrieb eines Motorfahrzeuges charakteristisch sind, wenn sie im Hinblick auf die Fortbewegung wirksam werden. Die spezifische Betriebsgefahr ist gegeben, wenn ein Unfall entweder schlechthin auf die motorische Fortbewegung des Fahrzeuges oder mindestens auf Ursachen zurückgeht, die durch eine Kombination der den verwendeten Kräften (an sich) eigenen Gefahr mit der aus der Fortbewegung fließenden oder wenigstens im Hinblick darauf gesetzten Gefahr ausgezeichnet sind.

Der Begriff des charakteristischen Risikos will nun aber nicht nur die Betriebsgefahr erfassen, sondern, da er z.B. auch Mängel der Anlage erfassen will, darüber hinaus mögliche Schadensursachen der scharfen Kausalhaftung unterstellen, die gerade nicht durch die Verwirklichung der Betriebsgefahr bedingt sind. Nach geltendem Recht bzw. herrschender Lehre untersteht z.B. eine Rohrleitung, in welcher das Fördergut stillsteht und die Schieber geschlossen sind, nicht der Betriebshaftung. Nur soweit ein Mangel oder eine fehlerhafte Behandlung der Anlage als Schadensursache feststeht, wird der Inhaber der Anlage daraus haftpflichtig.¹¹⁶ Schäden, die z.B. beim Einfüllen von zu transportierenden Stoffen in die Rohrleitungsanlagen oder beim Umfüllen von transportierten Stoffen in andere Transportmittel entstehen, stehen nach geltendem Recht in einem so entfernten Zusammenhang mit der Anlage, dass sie weder unter die Betriebshaftung, noch unter die subsidiäre Nichtbetriebshaftung des RLG fallen.¹¹⁷ Da das neue Recht das charakteristische Risiko offenbar sehr weit fassen will, ist nicht ausgeschlossen, dass derartige betriebsfremde Unfälle ebenfalls der Kausalhaftung unterstellt werden. Unklar ist auch, ob Mängel, die nicht die eigentliche Rohrleitungsanlage betreffen, sondern an einem Teil der Rohrleitungsanlage auftreten, der nur in losem Zusammenhang mit dieser steht und dem Betrieb nur indirekt dient, trotzdem unter die Gefährdungshaftung fällt. Nach geltendem Recht wird z.B. ein Schaden, der durch herabfallende Ziegel eines Pumpenhauses auf den Personenwagen eines Dritten vom RLG nicht erfasst. Ob dies auch unter Zugrundelegung des schillernden Begriffs des charakteristischen Risikos der Fall wäre, ist unklar. Zudem ist unklar ob nach neuem Recht bei nicht betriebsbedingten Schäden der zusätzliche Beweis der Mangelhaftigkeit der Anlage noch geführt werden muss, oder ob es – wie im vorhergehenden Beispiel dargelegt – für die Haftung des Betreibers ausreichen würde, dass die Ziegel vom Pumphaus herabgefallen sind. Ob dieses Herabfallen

¹¹⁶ Oftinger/Stark, a.a.O., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/3, S. 372/373

¹¹⁷ Oftinger/Stark, a.a.O., Bd. II/3, S. 376/377

durch einen Mangel am Hausdach bedingt ist, oder durch Drittursachen, wäre dann nicht mehr darzulegen.

Nach unserer Auffassung wäre in der bundesrätlichen Botschaft im Interesse der Rechtssicherheit genauer darzustellen, welche Schadenfälle unter den Begriff des charakteristischen Risikos fallen und welche nicht.

(Art. 34)

(Art. 37 – 40)

365.09 Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975¹¹⁸ über die Binnenschifffahrt (BSG)
Loi fédérale du 3 octobre 1975¹¹⁹ sur la navigation intérieure (LNI)
Legge federale del 3 ottobre 1975¹²⁰ sulla navigazione interna (LNI)

365.09.1 Art. 5 Abs. 2
Art. 5, 2e al.
Art. 5 cpv. 1

ZH: Die Haftung des Kantons für mangelhaften Gewässerunterhalt gilt an sich schon heute auf Grund der Wasserbaugesetzgebung. Gegen die Verankerung im Gesetz ist nichts einzuwenden.

365.09.2 Art. 30a (neu / nouveau / nuovo)

BS: Die Konkretisierung der haftpflichtrechtlichen Bestimmungen im Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt, mit generell standardisiertem Hinweis auf das OR (allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts), ist zu begrüßen. Auch wenn im erläuternden Bericht (Seite 373) auf den Vorrang des auf dem Rhein geltenden Strassburger Übereinkommens vom 4. November 1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt erinnert wird, ist die Bezeichnung "Halter" als Haftungssubjekt (Art. 30a BSG-neu) insbesondere in der Rheinschifffahrt unüblich. Auch die (erläuternde) Bezeichnung "Betreiber" schafft nicht die nötige Klarheit, zumal nur auf die konzessionierten Unternehmungen verwiesen wird.

Wir unterscheiden zwischen dem Eigentümer oder Eigner eines Schiffes und dem Binnenreeder oder Ausrüster, der auf Grund eines Bare-Boat-Charter-Vertrages als Mieter anzusehen ist. In diesem Sinne spricht das Bundesgesetz über das Schiffsregister (SR 747.11) vom *Eigentümer* eines Binnenschiffes und in Art. 15 Abs. 1 Schiffsregisterverordnung (SR 747.111) vom *Binnenreeder*, der ein Rheinschiff betreibt, aber nicht Eigentümer ist. In der internationalen Rheinschifffahrt wird hierunter auch der Ausrüster verstanden.

Für Art. 30a Abs. 1 BSG schlagen wir deshalb folgende Formulierung vor:

¹¹⁸ SR 747.201

¹¹⁹ RS 747.201

¹²⁰ RS 747.201

"Der Eigentümer eines Motorschiffes oder der Binnenreeder, der das Motorschiff nicht als Eigentümer betreibt, haftet für den Schaden (...),1.

SVS: Bei den Neuerungen im Binnenschiffahrtsgesetz (Erläuternder Bericht S. 372 ff.; VE 709) leuchtet ein, dass die Haftpflichtverhältnisse der Schifffahrt hier ihre Regelung finden und damit der bisherige Verweis auf das Eisenbahnhaftpflicht-gesetz wegfällt.

Der neue Art. 30a Binnenschiffahrtsgesetz übernimmt den Grundsatz der Gefährdungs- bzw. Kausalhaftung aus dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz, gleichzeitig die Gelegenheit wahrnehmend, die konzessionierte wie die nichtkonzessionierte Schifffahrt denselben Haftpflichtregeln zu unterstellen. Halter eines Motorschiffes haften demgemäss kausal für Schäden, die dadurch verursacht werden, dass die dem Betrieb eines solchen Schiffes innewohnenden charakteristischen Risiken sich verwirklichen. Eine analoge Formulierung treffen wir an im revidierten Art. 64, Abs. 1 des Luftfahrtgesetzes (VE 711). Damit werden punkto Haftung konzessionierte und nichtkonzessionierte Schifffahrt einander gleichgestellt, was für die Halter nicht konzessionierter Schiffe eine Haftungsverschärfung bringt. Die Verschuldenshaftung spielt nur noch bei Schäden, die auf für den Betrieb eines Motorschiffes nicht charakteristische Risiken zurückzuführen sind. Die charakteristischen Risiken zu definieren, bleibt der Rechtsanwendung, insbesondere der Rechtsprechung überlassen, wobei Experten ein entscheidendes Wort mitreden werden.

Unseres Erachtens liesse der Unterschied zwischen konzessionierter und nicht-konzessionierter Schifffahrt – die eine mit Beförderungspflicht im öffentlichen Interesse, die andere auf private Bedürfnisse ausgerichtet – auch eine unterschiedliche Haftung und damit für die nichtkonzessionierte Schifffahrt die Verschuldenshaftung rechtfertigen. Wir würden eine solche Differenzierung für sachgerecht halten.

Auch bei Art. 30a VE wäre es empfehlenswert, die internationalen Abkommen und die darauf beruhenden Vorschriften ausdrücklich vorzubehalten. Wir verweisen auf die Ausführungen zu Art. 44 OR.

VöV: Vgl. zu Personenbeförderungsgesetz (365.06).

(Art. 33 und 34

Art. 33 et 34

Art. 33 e 34)

365.09.3 Art. 39

SVS: Zu den übrigen Revisionspunkten des Binnenschiffahrtsgesetzes haben wir keine Bemerkungen mit Ausnahme des zur Aufhebung vorgesehenen Art. 39. Das neue Gerichtsstandsgesetz behält in Art. 1, Abs. 2 c die Bestimmungen über die Zuständigkeit „auf dem Gebiet der Binnen- und Seeschifffahrt sowie der Luftfahrt“ ausdrücklich vor.

**365.10 Seeschiffahrtsgesetz (SSG)¹²¹
Loi sur la navigation maritime (LNM)¹²²
Legge sulla navigazione marittima (LNM)¹²³**

**365. 10.1 Art. 48 Abs. 2
Art. 48, 2e al.
Art. 48 cpv. 2**

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

SVS: Im Seeschiffahrtsgesetz (Erläuternder Bericht S. 374 ff., VE 710) entspricht die Ergänzung des Art. 40 durch den vorgesehenen Abs. 2 einer Notwendigkeit: Die an sich selbstverständliche Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts bedarf der Abschwächung durch den ausdrücklichen Vorbehalt des internationalen Rechts, auch wenn dieser bereits in Art. 44 VE enthalten ist.

Der Renvoi auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts macht tatsächlich den bisherigen Satz 1 von Art. 40, Abs. 2 hinfällig. Akzeptabel scheint in Satz 2 die Übernahme der abweichenden Regelung für das Verhältnis zwischen dem Reeder und dem Eigentümer des Schiffes beim „bareboat-charter“, welche die Regressnahme auf den Vermieter einschränkt: Dieser soll nur für Schäden verantwortlich gemacht werden können, die auf eine Verletzung der Pflicht, das Schiff „in seetüchtigem Zustand... zu übergeben“, zurückgehen.

Die Kriterien dafür, was noch bzw. nicht mehr als „seetüchtig“ gilt, werden von der Praxis entwickelt.

In Art. 48a wäre eine analoge Ergänzung wie die für Art. 30a Binnenschiffahrtsgesetz angeregte nicht überflüssig.

**365.11 Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948¹²⁴ (LFG)
Loi fédérale du 21 décembre 1948¹²⁵ sur l'aviation (LA)
Legge sulla navigazione aerea (LNA)¹²⁶**

AEROSUISSE: Für das Lufttransportrecht sieht der vorliegende Entwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts keine Änderung vor. Das Lufttransportreglement von 1952 unterstellt alle Inlandbeförderungen und internationalen Beförderungen, die durch Luftfahrzeuge gegen Entgelt erfolgen, sowie die unentgeltlichen Beförderungen durch Luftfahrtunternehmen hinsichtlich der Haftung des Lufttransportführers gegenüber den Fluggästen und den Verfrachtern den Grundsätzen der Regelung eines völkerrechtlichen Vertrages, nämlich des sogenannten Warschauer Abkommens in der Fassung von Den Haag 1955. Das ist eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast (das Verschulden des Transportführers wird vermutet, er kann sich durch den Nachweis, dass ihn kei-

¹²¹ SR 747.30

¹²² RS 747.30

¹²³ RS 747.30

¹²⁴ SR 748.0

¹²⁵ RS 748.0

¹²⁶ RS 748.0

nerlei Verschulden treffe, von der Ersatzpflicht befreien). Für Schäden über bestimmte Limiten hinaus haftet der Transportführer aber nur, wenn ihm ein besonders schweres Verschulden (Absicht oder bewusste grobe Fahrlässigkeit) nachgewiesen werden kann. Für unentgeltliche Privatflüge gilt das Obligationenrecht, also die Verschuldenshaftung.

Nun gilt auch für die Schweiz seit 1998 für die Beförderung von Fracht das Montreal Protokoll Nr. 4 zum Warschauer Abkommen, das die Verschuldenshaftung durch eine strenge Kausalhaftung mit undurchbrechbaren Schadenslimiten abgelöst hat. Das Lufttransportreglement, das sich gemäss Art. 75 LFG an die Grundsätze der für die Schweiz verbindlichen internationalen Übereinkommen zu halten hat, hätte bereits geändert werden sollen; erfolgt ist bisher nichts. Für Personenschäden haben die in der International Air Transport Association IATA zusammengeschlossenen, im internationalen Linienluftverkehr tätigen Fluggesellschaften (Carriers) in einem Intercarrier Agreement 1994 eine neue Haftungsordnung vereinbart: der Lufttransportführer haftet kausal für Personenschäden und kann sich nur in dem Umfang, um den Schäden bestimmte Limiten überschreiten, vom Schadenersatz durch den Nachweis befreien, dass ihn keinerlei Verschulden treffe oder dass der Schaden durch Verschulden eines Dritten eingetreten sei. Die International Civil Aviation Organisation ICAO hat 1999 einen neuen völkerrechtlichen Vertrag, das Übereinkommen von Montreal, abgeschlossen, das die Haftungsordnung des Intercarrier Agreement übernimmt, also die Verschuldenshaftung des Warschauer Abkommens durch die Kausalhaftung ablöst.

Das schweizerische Lufttransportreglement wird nicht nur dem Montreal Protokoll Nr. 4, sondern auch dem Übereinkommen von Montreal, das nach Vorliegen einer genügenden Anzahl von Ratifikationen in absehbarer Zeit in Kraft treten wird, angepasst werden müssen, was auf eine vollständige Überarbeitung hinausläuft. Es fragt sich, ob dann an der Trennung zwischen unentgeltlichen Privatflügen mit Haftung nach OR und allen andern Flügen mit Haftung nach den Grundsätzen eines für die Schweiz verbindlichen internationalen Übereinkommens festzuhalten ist, oder ob das Lufttransportreglement nicht einheitlich für alle Flüge gelten soll. Da die charakteristischen Risiken, die dem Betrieb eines Luftfahrzeugs innewohnen, bei entgeltlichen wie bei unentgeltlichen Flügen dieselben sind, wäre es nicht sinnvoll, entgeltliche Flüge als besonders gefährliche Tätigkeit der Gefährdungshaftung eines Spezialgesetzes zu unterstellen, für unentgeltliche Privatflüge aber auf die Haftung nach dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechtes zu verweisen. Der Verweis auf das Obligationenrecht würde nämlich über dessen neuen Art. 50 ohnehin zur Gefährdungshaftung auch für die unentgeltlichen Privatflüge führen. Die ohnehin nötige Revision des Lufttransportreglements sollte u.E. dazu benützt werden, die Haftung des Transportführers gegenüber Passagieren und Verfrachtern für alle Flüge einheitlich nach den Grundsätzen des Übereinkommens von Montreal zu regeln, unter Berücksichtigung des revidierten und vereinheitlichten Haftpflichtrechts im Allgemeinen Teil des OR.

Für die Revision des Lufttransportreglementes bedarf es keiner Änderung des Luftfahrtgesetzes; zuständig ist der Bundesrat. Wir empfehlen aber, dass in der Botschaft zum vorliegenden Gesetz über die Revision und

Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf die bevorstehenden wesentlichen Änderungen im Lufttransportrecht hingewiesen wird.

Ablehnung von Art. 131 Abs. 2 VE LfV

Die im erläuternden Bericht (S.380) angeregte Revision dieser Bestimmung lehnen wir ab und verweisen zur Begründung auf unsere Ausführungen zu Art. 54c.

Ablehnung der Verjährungsfrist für Inlandflüge nach Art. 55 VE OR

Im erläuternden Bericht (S. 380) wird angeregt, für Inlandflüge an Stelle der zweijährigen Verwirkungsfrist nach Warschauerabkommen die normale Verjährungsfrist des Obligationenrechts gelten zu lassen (Art. 55 VE). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Einer Besserstellung der geschädigten Person im Inlandverkehr gegenüber dem internationalen Lufttransport ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Hingegen könnte in Art. 55 VE präzisierend darauf hingewiesen werden, dass Verjährungs- bzw. Verwirkungsvorschriften der Spezialgesetzgebung vorbehalten bleiben.

365.11.1 Art. 64 Abs. 1 Art. 64, 1er al. Art. 64 cpv. 1

AEROSUISSE: Gegen die Neuformulierung dieser Bestimmung ist nichts einzuwenden, da sie inhaltlich nichts neues bringt und sich ausdrücklich an die internationale Haftungsordnung des Römer-Abkommens hält.

SAV: Es ist und bleibt ein Ärgernis, dass hier nach wie vor nur die Schäden, die von einem im Fluge befindlichen Fahrzeug auf der Erdoberfläche verursacht werden, erfasst sind. Es gibt weder rechtliche noch sachliche Gründe, weshalb der Insasse eines Flugzeuges nicht von der strengen Gefährdungshaftung profitieren soll. Klar ist, dass im internationalen Bereich die Staatsverträge zu berücksichtigen sind (z. B. Warschauer Abkommen). Dem schweizerischen Gesetzgeber bleibt es jedoch unbenommen, für Inlandflüge die scharfe Kausalhaftung gegenüber Flugzeuginsassen zu legiferieren und dies sollte dringlich geschehen. Der vorgeschlagene Art. 64 Abs. 1 LFG ist eine von Art. 50 VE abweichende Sonderregelung, die nicht gerechtfertigt ist.

365.11.2 Art. 64a (neu / nouveau / nuovo)

AEROSUISSE: Bei der Revision des Luftfahrtgesetzes ist der neue Art. 64a insofern keine materielle Neuerung, als die Entlastung heute schon mit dem Verweis von Art. 79 LFG auf das Obligationenrecht aus dessen Art. 44 abgeleitet werden kann. Während aber nach dem heutigen Art. 44 OR der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder von ihr ganz entbinden kann, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat oder Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung der Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben, lässt der vorgeschlagene Art. 64a LFG nur noch Absicht oder grobe Fahrlässigkeit des Geschädigten zur Befreiung oder Herabsetzung der Ersatzpflicht zu. Bei Start und Landung ist aber die Wirkung der Schwerkraft nicht so übermächtig, dass sie vom Geschädigten zu vertretende Betriebsgefahren oder das Verhal-

ten eines Dritten völlig unbeachtlich machen könnte. Es gilt auch hier das oben zu Art. 47a Gesagte.

365.11.3 Art. 66 - 69

AEROSUISSE: Die Schweiz hat das Römer-Abkommen unterzeichnet, allerdings nie ratifiziert. Der Bundesrat hat aber bei Erlass des Luftfahrtgesetzes ausdrücklich beabsichtigt, dieser internationalen Rechtsordnung in vollem Umfang Rechnung zu tragen (Botschaft des Bundesrates zum LFG, BBL 1945 I 345 und 362). Die dem Römer - Abkommen angeglichene Verjährungsfrist des Art. 68 LFG sollte deshalb weiter gelten.

(Art. 77 und 78
Art. 77 et 78
Art. 77 e 78)

(Art. 79)

365.12 Postgesetz vom 30. April 1997¹²⁷ (PG)
Loi fédérale du 30 avril 1997¹²⁸ sur la poste (LPO)
Legge federale del 30 aprile 1997¹²⁹ sulle poste (LPO)

(Art. 11 Abs. 2 Bst. a
Art. 11, 2^e al., let. a
Art. 11 cpv. 2 lett. a)

365.13 Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997¹³⁰ (TUG)
Loi fédérale du 30 avril 1997¹³¹ sur l'entreprise de télécommunications (LET)
Legge federale del 30 aprile 1997¹³² sull'azienda delle telecomunicazioni (LATC)

(Art. 18 Abs. 2
Art. 18, 2^e al.
Art. 18 cpv. 2)

¹²⁷ SR 783.0

¹²⁸ RS 783.0

¹²⁹ RS 783.0

¹³⁰ SR 784.11

¹³¹ RS 784.11

¹³² RS 784.11

366 **Gesundheit - Arbeit - Soziale Sicherheit**
Santé - Travail - Sécurité sociale
Sanità - Lavoro - Sicurezza sociale

366.1 **Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983¹³³ (USG)**
Loi fédérale du 7 octobre 1983¹³⁴ sur la protection de
l'environnement (LPE)
Legge federale del 7 ottobre 1983¹³⁵ sulla protezione
dell'ambiente (LPAmb)

366.11 **VARIANTE A**

UniGE: Dans ce domaine, l'avant-projet comporte deux variantes. La première consiste à renvoyer l'ensemble des dispositions qui relèvent de la responsabilité (au sens large du terme) aux dispositions générales de l'art. 50 AP alors que la seconde maintient l'art. 59a LPE avec quelques modifications.

Dommage écologique

Une première modification générale consiste dans la définition du dommage écologique qui est désormais intégré au dommage couvert par la responsabilité pour atteinte à l'environnement (art. 45d AP). Cette disposition se justifie d'autant plus que l'exclusion de ce dommage lors de l'adoption de l'art. 59a LPE était motivée par le souhait d'introduire un système cohérent à travers la révision générale de la responsabilité civile.

366.11.1 **Art. 59**

AG: Abzulehnen ist die (mit Art. 59 USG als Variante A) vorgeschlagene Privatisierung der Bestimmung über die verwaltungsrechtliche Kostenaufgabe. Unseres Erachtens ist es den Behörden nicht zuzumuten, die Kosten für Massnahmen zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Einwirkung künftig auf dem aufwändigen Weg des Zivilprozesses einzutreiben.

BS: Wir wenden uns mit aller Deutlichkeit gegen die vorgeschlagene Änderung von Artikel 59 USG. Diese Bestimmung enthält nicht ein "diffuses und undifferenziertes Verursacherprinzip", wie es im erläuternden Bericht dargestellt wird, sondern eine klare, auf langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung basierende Rechtsgrundlage. Diese Grundlage führt denn auch im praktischen Vollzug und in Beschwerdefällen kaum je zu rechtlichen Problemen.

Der Vorschlag nimmt eine merkwürdige Vermischung von öffentlichem und zivilem Recht vor: Das Eingreifen einer Behörde bei Ereignissen stützt sich allein auf öffentliches Recht ab. Wenn diese Behörde dann anschliessend ihre Kosten wieder eintreiben will (bzw. muss), steht sie den Verursachern gegenüber in einer seltsamen Zwitterstellung da: Sie ist zwar immer noch die Behörde, die eventuell aufgrund des Ereignisses auch Sanierungen oder weitere Massnahmen verfügen kann. Für die Eintreibung ihrer eigenen Kosten muss sie aber zuerst den Verursacher

¹³³ SR 814.01

¹³⁴ RS 814.01

¹³⁵ RS 814.01

um Entschädigung bitten. Weigert sich dieser, so muss sie den mühsamen Weg über einen Zivilprozess einschlagen.

Die neue Formulierung macht zudem in der Einleitung den Anschein, als ob es im freien Ermessen der Behörden stehe, Massnahmen zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr, zu ihrer Feststellung und Behebung zu treffen ("Haben die Behörden Massnahmen ... getroffen..."). Die Behörden haben bei dieser Frage jedoch keinen Ermessensspielraum: Wenn ein Unfall geschieht, müssen sie im öffentlichen Interesse zur Abwehr von Gefahren eingreifen. Alleine der Schadendienst des kantonalen Amtes für Umwelt und Energie musste in den Jahren 1999 und 2000 je rund 60 Mal ausrücken, um Sofortmassnahmen zum Schutze der Umwelt bzw. der Gewässer einzuleiten. Wenn in Zukunft die bei diesen Fällen entstandenen Kosten den Verantwortlichen nicht mehr mit einer vergleichsweise einfachen Verfügung belastet werden können, sondern (mit allen Beweismitteln) in einer Klage beim Zivilgericht und der anschliessenden Verhandlung geltend gemacht werden müssen, entsteht ein mindestens dreifacher Aufwand. Dieser Aufwand kann aber ohne personelle Verstärkung nicht geleistet werden.

Wir müssen schliesslich auch auf ein psychologisches Moment hinweisen: Wenn Vertreter einer Behörde bei einem Unfall - zum Teil in Extremsituationen und unter grossem Druck - bei jedem Schritt überlegen müssen, ob sie die dabei entstandenen Kosten auch im zivilrechtlichen Sinne beweisen können, werden zwangsläufig gewisse Hemmungen zum Handeln entstehen, die sich je nachdem verhängnisvoll auswirken können.

366.11.2 Art. 59a

AG: Wir lehnen die Streichung der Haftungsnorm in Art. 59a des Umweltschutzgesetzes (USG) ab. Die Streichung der erst im Jahre 1995 eingeführten Bestimmung ist nicht erforderlich und würde politisch nicht verstanden

BS: Die Haftungsregeln im USG haben aus unserer Sicht weniger eine praktische Bedeutung, als vielmehr eine politische Wirkung: Es soll im Spezialgesetz ein wichtiger Hinweis darauf gesetzt werden, dass diese Haftung besteht. Die Streichung - und entsprechende Aufnahme in die allgemeinen Haftungsregeln des OR - kann deshalb aus rein praktischer Sicht kaum bestritten werden. Ob dies allerdings aus politischer Sicht das richtige Zeichen ist, wagen wir zu bezweifeln.

(Art. 59b)

366.12 VARIANTE B

366.12.1 Art. 59

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Diese Bestimmung bleibt bei Variante B erhalten, was aus unserer Sicht sehr wesentlich ist.

FR: Notre préférence va clairement à la variante B. Il n'est pas souhaitable que l'Etat doive ouvrir action devant le juge civil pour recouvrer les frais enga-

gés, à chaque fois où il intervient pour empêcher une atteinte à l'environnement naturel ou pour y remédier. La solution actuelle, selon laquelle l'autorité administrative met les frais de l'intervention à la charge du responsable par le biais d'une décision administrative, permet de liquider la majorité des cas de façon simple, rapide et avantageuse.

GL: Auch hier wird abgelehnt, dass neu die Behörden die verantwortlichen Personen auf dem zivilrechtlichen Wege für den Ersatz der entstandenen Kosten belangen müssen. Die in diesem Bericht von Zivilrechtlern undifferenziert und unbegründet vorgetragene Vorwürfe gegen ein diffuses und undifferenziertes Verursacherprinzip ist entschieden entgegenzutreten. Die Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtspraxis hat sehr wohl differenzierte Verursacher- und Störerkriterien erarbeitet, die den angeblich rechtspolitisch anerkannten Verantwortlichkeits- und Zurechnungskriterien in keiner Weise nachstehen. Die bisherige Regelung mit dem nachträglichen Rechtsschutz hat sich jedenfalls bewährt und ist deshalb unbedingt beizubehalten.

Diese vorgesehene "Privatisierung" bzw. "Zivilisierung" der Kostenerhebung wird zweifelsohne mit erheblichen zusätzlichen Prozess- und Anwaltskosten verbunden sein, die viel besser in die entsprechenden Sicherungs- und Behebungsmassnahmen investiert werden. Ganz abgesehen von der unzumutbaren Länge vieler zivilrechtlicher Verfahren. Das Gemeinwesen wird erheblich mehr Kosten als bisher in die Prozessführung als in die Schadensregulierung investieren müssen.

Deshalb ist in diesem Punkt Variante A jedenfalls abzulehnen und Variante B vorzuziehen, welche die geltende Bestimmung über die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen beibehält.

GR: Die bisherige Regelung hat sich bewährt und ist deshalb beizubehalten. Es wäre ein Schritt in die falsche Richtung, ein einfaches, gut funktionierendes, rasches und kostengünstiges Verwaltungsverfahren zur Überbindung von Kosten für Sicherungs- und Behebungsmassnahmen zu Gunsten einer zivilrechtlichen Lösung aufzugeben, die teuer, zeitraubend und im Ergebnis nicht besser sein wird. Deshalb befürworten wir die Variante B, welche mit dem unveränderten Art. 59 die geltende Regelung betreffend die Überbindung der Kosten der angesprochenen Massnahmen beibehält.

SG: Vgl. zu Art. 45d VE.

SO: Wir lehnen den Vorschlag, die Kosten der Behörden für Umweltmassnahmen künftig auf dem Zivilprozessweg einzufordern, klar ab. Wenn die Behörden Massnahmen zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Einwirkung treffen müssen, so sollen sie die Kosten dafür wie bisher dem Verursacher auf dem Weg der Verfügung überbinden können. Es wäre für die Behörde unzumutbar, wenn sie in solchen Fällen, die in der Praxis regelmässig vorkommen, den aufwändigen Weg des Zivilprozesses beschreiten müssten, um die Kosten für die Massnahmen eintreiben zu können.

SZ: Auch beim Vorschlag zur Variante A, einer Revision von Art. 59 USE, ist es unbedingt abzulehnen, dass neu die Behörden die verantwortlichen Personen auf dem zivilrechtlichen Weg für den Ersatz der entstandenen Kosten belangen müssen (Bericht, S. 385). Die im Bericht von Zivil-

rechtsexperten salopp und unbegründet vorgetragenen Vorwürfe gegen ein „diffuses und undifferenziertes Verursacherprinzip“ überzeugen nicht. Die Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtspraxis hat sehr wohl differenzierte Verursacher- und Störer Kriterien erarbeitet, die den angeblich rechtspolitisch anerkannten Verantwortlichkeits- und Zurechnungskriterien in keiner Weise nachstehen. Die bisherige Regelung mit dem nachträglichen Rechtsschutz hat sich jedenfalls bewährt und ist deshalb unbedingt beizubehalten. Deshalb ist in diesem Punkt Variante 1 abzulehnen und Variante B vorzuziehen, welche die geltende Bestimmung über die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen beibehält. Die vorgesehene „Privatisierung“ bzw. „Zivilisierung“ der Kostenerhebung ist zweifelsohne mit erheblichen zusätzlichen Prozess- und Anwaltskosten verbunden, die viel besser in die entsprechenden Sicherungs- und Behebungsmassnahmen investiert werden.

Aus den gleichen Gründen ist Art. 54 GSchG beizubehalten. Es ist eine falsche Tendenz, ein bisher eingespieltes, rasches, einfaches, klares und kostengünstiges Verwaltungsverfahren betreffend den Kostenersatz für Sicherungs- und Behebungsmassnahmen zu Gunsten einer „zivilisierten“ Lösung aufzugeben, die kostenintensiv, langatmig und im Ergebnis überhaupt nicht besser sein wird.

TG: Wie bereits in den Bemerkungen zu Art. 45d VE dargelegt, erübrigt sich eine besondere Haftpflichtnorm im USG keineswegs. Es ist überdies nicht sinnvoll, eine auf erheblichen politischen Druck eingeführte und erst seit 1997 geltende Bestimmung wieder aufzuheben. Auch kommt einer besonderen Haftpflichtnorm in der Umweltschutzgesetzgebung neben der rechtlichen Funktion eine sehr wichtige präventive Wirkung zu, auf die nicht verzichtet werden sollte.

Organisations / organisations / organizzazioni

SBV: Wir beantragen, den Wortlaut von USG Art. 59 unverändert beizubehalten. Wir verweisen auf unsere Stellungnahme zu VE Art. 45d, Ersatz von Umweltschäden.

Uni GE: La variante A non seulement renvoie la réglementation sur la responsabilité de l'art. 59a LPE aux dispositions générales de l'art. 50 AP, mais supprime la "*responsabilité*" particulière de l'art. 59 LPE. Cette modification répond peut-être à des critiques qui ont été adressées à cette disposition dans la mesure où elle visait aussi bien un perturbateur par comportement qu'un perturbateur par situation. Néanmoins, pour les motifs indiqués ci-dessus (cf. ad art. 50 CO), la responsabilité du perturbateur par situation (détenteur non exploitant) peut se justifier.

Le principal inconvénient de la variante A résulte toutefois du fait qu'elle remplace une prise en charge des frais engagés par la collectivité pour faire face à des pollutions imminentes ou déjà survenues selon une procédure administrative, reposant sur une décision des services compétents, par une procédure de mise en œuvre de la responsabilité devant les tribunaux civils. Les remarques qui suivent valent également pour les modifications de la LRCN et de la LEaux qui vont dans le même sens (abrogation de l'art. 54 LEaux). On peut douter que le recours à l'action en responsabilité soit plus avantageux pour l'administration ou l'administré en

terme de rapidité et de coût des procédures, ou qu'il permette une meilleure mise en œuvre du principe pollueur-payeur. Celui-ci suppose en effet une bonne prévisibilité des frais qui peuvent être encourus, ce que l'intervention administrative facilite. On peut également douter que les garanties de procédure soient meilleures dans un système de responsabilité fondée sur le droit privé.

366.12.2 Art. 59a Abs. 1, 3 und 4-6

Art. 59a, 1^{er}, 3^e et 4^e à 6^e al.

Art. 59a cpv. 1, 3 e 4 – 6

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Wir bevorzugen diese Variante, bei der eine spezielle Umwelt-Haftungsnorm erhalten bleibt, welche auch eine gewisse Konkretisierung der allgemeinen Haftungsgrundsätze enthält. Zugleich begrüßen wir die neue Formulierung, weil sie dazu führt, dass auch Schäden infolge direkter Berührung mit umweltgefährdenden Stoffen oder Organismen gedeckt werden.

GL: Die in Variante A zum USG vorgesehene Streichung von Art. 59a USG ist ebenfalls klar abzulehnen. Diese Bestimmung ist erst 1995 aufgenommen worden und verwirklichte eine wichtige rechtspolitische Forderung. Es ist auch richtig, dass im Umweltschutzgesetz selbst verankert ist, dass Umweltschädiger haftbar sind. Dies muss in diesem Gesetz selbst zum Ausdruck kommen, auch wenn es bloss eine Verstärkung der allgemeinen Haftung nach OR ist. Die Variante B ist in diesem Punkt vorzuziehen und Art. 59a in modifizierter Form ist beizubehalten.

SO: Erst mit der Revision von 1995 ist die Umwelthaftungsnorm im USG geschaffen worden. Sie sollte - zumindest vorläufig - beibehalten werden. Deshalb lehnen wir die Variante A ab.

Der Variante B stimmen wir zu. Die neuen allgemeinen Haftungsgrundsätze des Obligationenrechts werden im USG wiederholt und die 1995 eingeführte Konkretisierung der Grundsätze im Bereich der Umwelt (Art. 59a Abs. 2 USG) wird beibehalten. Diese Variante unterstreicht die Bedeutung der Umwelthaftung und ihre präventive Dimension. Zudem wird an der Kostenaufgabe nach öffentlichem Recht festgehalten. Diese Regelung hat sich in der Praxis bewährt, und es existiert dazu eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Die in Variante A zum USG vorgesehene Streichung von Art. 59a USG ist ebenfalls abzulehnen. Diese Bestimmung ist erst 1995 aufgenommen worden und verwirklichte eine wichtige rechtspolitische Forderung. Es ist auch richtig, dass im Umweltschutzgesetz selbst verankert ist, dass Umweltschädiger haftbar sind. Dies muss in diesem Gesetz selbst zum Ausdruck kommen, auch wenn es bloss eine Verstärkung der allgemeinen Haftung nach dem Obligationenrecht ist. Die Variante B ist in diesem Punkt vorzuziehen und Art. 59a in modifizierter Form beizubehalten.

ZH: Die Variante A geht davon aus, dass sich in Anbetracht der neuen Haftpflichtregeln im OR eine besondere Haftpflichtnorm im USG erübrigt. Dies wird, wie bereits zu Art. 45d VE dargelegt, abgelehnt. Es ist überdies nicht

sinnvoll, eine auf Grund einlässlicher politischer Diskussion eingeführte und erst seit 1997 geltende Regelung wieder aufzuheben. Einer besonderen Haftpflichtnorm in der Umweltschutzgesetzgebung kommt neben der rechtlichen eine sehr wichtige präventive Wirkung zu, auf die nicht verzichtet werden sollte.

Organisationen / organisations / organizzazioni

Uni GE: Sur ce point, on peut relever que l'abrogation de l'art. 59a comporte les inconvénients indiqués ci-dessus concernant l'art. 50 AP, mais également le remplacement de l'art. 59a al. 2 par l'art. 50 al. 2 AP. Or l'art. 59a al. 2 qui donne une liste non exhaustive, mais relativement précise, des entreprises soumises à la responsabilité de la LPE contribue davantage à la sécurité du droit que la définition floue de l'art. 50 al. 2 AP. L'art. 59a al. 2 se réfère en effet pour déterminer les entreprises dangereuses, à l'assujettissement à certaines dispositions de la LPE (OPAM, art. 26 et 29a LPE) ou de la LEaux, alors que l'art. 50 al. 2 AP ne se réfère qu'à des activités qui, par leur "*nature*" ou par "*celle des substances, instruments ou énergies utilisés*", sont susceptibles de causer des dommages.

La variante B présente l'avantage de maintenir l'art. 59a al. 2 LPE. En outre, elle laisse l'art. 59 LPE dans le domaine de l'exécution par équivalent du droit administratif. En revanche, elle remplace la notion de "*détenteur*" par celle d'exploitant restreignant ainsi la possibilité de demander réparation par exemple au propriétaire actuel d'un fonds dont l'exploitant est en faillite ou a disparu pour les dommages résultant de l'activité antérieure à l'acquisition. C'est ignorer également que le *risque est assumé par le fait de la détention*. Si cette restriction peut être justifiée dans certains cas, il serait préférable qu'elle fasse l'objet d'une réglementation spéciale, comme la LPE le prévoit pour les sites contaminés (quelles que soient les faiblesses de rédaction de l'art. 32d LPE), en précisant les conditions d'une *exonération*, plutôt que d'une exclusion a priori.

Conclusion: la variante B est préférable, mais il n'y a pas lieu de modifier le texte de l'art. 59a LPE pour supprimer la possibilité de mettre en cause le détenteur. Une possibilité d'exemption du détenteur qui n'est pas à l'origine de la pollution pourrait être introduite en précisant, par exemple, dans un alinéa 3: *Lorsque plusieurs détenteurs sont en cause, la responsabilité incombe en premier lieu à celui dont le comportement est à l'origine du dommage. Le détenteur de l'installation qui n'en est pas l'exploitant peut être exonéré de toute responsabilité s'il n'a pas contribué à sa surveillance.*

Voir aussi l'art. 50 AP

366.2 Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991¹³⁶ (GSchG)
Loi fédérale du 24 janvier 1991¹³⁷ sur la protection des eaux (LEaux)
Legge federale del 24 gennaio 1991¹³⁸ sulla protezione delle acque (LPAc)

366.21 Art. 54

AG: Abzulehnen ist schliesslich auch die Aufhebung von Art. 54 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG). Dieser Bestimmung kommt weiterhin selbständige Bedeutung zu, weshalb sie aus unserer Sicht auf keinen Fall gestrichen werden sollte.

BS: Es ist für uns nicht nachvollziehbar, dass der erläuternde Bericht behauptet, Artikel 59 USG decke auch den Bereich des Gewässerschutzes ab. Auch in der Schweiz wurde bereits über die Einführung eines Umwelt-Grundgesetzes diskutiert, das allgemeine Bestimmungen zu allen Umweltbereichen (also z.B. auch zum Naturschutz oder zum Wald) enthalten sollte. Der Gesetzgeber hat jedoch davon Abstand genommen. Vielmehr gilt heute der Grundsatz, dass es zwei Arten von Umweltrecht gibt: das Umweltrecht im weiteren Sinne (welches z.B. die Gesetzgebung über den Gewässerschutz, den Natur- und Landschaftsschutz, den Wald und die Fischerei enthält) und das Umweltrecht im engeren Sinne, eben das Bundesgesetz über den Umweltschutz. Das Bundesgesetz über den Gewässerschutz gehört zwar zum Umweltrecht im weiteren Sinne, aber es ist völlig unabhängig vom Bundesgesetz über den Umweltschutz; es hat eine andere Geschichte und einen anderen Geltungsbereich. Aus diesem Grund müssen alle allgemeinen Normen des USG im GSchG wiederholt werden. Dasselbe gilt z.B. auch für das von Anfang an im USG enthaltene Verursacherprinzip: Es galt nicht für das GSchG, bis es nachträglich mit der Revision vom 20. Juni 1997 eingefügt worden ist.

Im Übrigen sei hier noch angemerkt, dass in der Praxis Artikel 54 GSchG eine viel wichtigere Rolle spielt als Artikel 59 USG: Die meisten Ereignisse, die ein Eingreifen von Behörden erforderlich machen, bilden eine Gefahr für die Gewässer. Der grösste Teil der Ersatzforderungen unserer Umweltbehörden stützt sich demzufolge auf Artikel 54 GSchG ab.

Generell gilt für diese Bestimmung dasselbe wie für Artikel 59 USG: Wir wenden uns mit aller Deutlichkeit gegen die Streichung oder Änderung von Artikel 54 GSchG.

GL: Aus den gleichen Gründen wie zu Art. 59 USG erwähnt, ist unbedingt auch Art. 54 GSchG beizubehalten. Es ist eine falsche Tendenz, ein bisher eingespieltes, rasches, einfaches, klares und kostengünstiges Verwaltungsverfahren betreffend den Kostenersatz für Sicherungs- und Behebungsmassnahmen zu Gunsten einer zivilrechtlichen Lösung aufzugeben, die kostenintensiv, langatmig und im Ergebnis überhaupt nicht besser sein wird. Auch wenn diese Bestimmung durch Haftungsbestimmungen des USG konsumiert sein sollte, ist es für den ‚Normalbenutzer‘ richtig, dass

¹³⁶ SR 814.20

¹³⁷ RS 814.20

¹³⁸ RS 814.20

diese Kostennorm beibehalten wird. Es können mit einem Verweis auf diese Norm im GSchG ausufernde Diskussionen über die Anwendung der USG-Norm im Bereich des Gewässerschutzes vermieden werden. Solche Diskussionen würde ja wieder zuerst auf der untersten Ebene der juristischen Auseinandersetzungen stattfinden, nämlich auf der Ebene von Gemeinden und Kanton.

SG: Vgl. zu Art. 45d VE.

SO: Wir lehnen die Streichung von Art. 54 GSchG ab. Art. 59 VE-USG deckt u.E. den Bereich des Gewässerschutzes nicht ab. Art. 59 VE-USG kann u.E. nur für Kosten von Massnahmen gelten, welche die Behörden gestützt auf das USG ergreifen. Art. 54 GSchG regelt die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen, welche den Behörden für den Gewässerschutz erwachsen sind. USG und GSCG sind gleichwertige selbständige Erlasse, weshalb in jedem der Erlasse die verwaltungsrechtliche Kostenaufgabe ausdrücklich zu regeln ist.

SZ: Vgl. zu Art. 59 USG.

TG: Die Aufhebung der Bestimmung ist abzulehnen. Solange GSchG und USG getrennte Erlasse sind und je ihre eigenen Bereiche regeln, muss im GSchG eine analoge Haftungsnorm bestehen bleiben. Im übrigen wird auf die Ausführungen zu Art. 45d VE und Art. 59 bzw. 5 9a USG verwiesen.

ZH: Wie TG.

366.3 Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991¹³⁹ (StSG)
Loi fédérale du 22 mars 1991¹⁴⁰ sur la radioprotection (LRaP)
Legge federale del 22 marzo 1991¹⁴¹ sulla radioprotezione (LRaP)

(Art. 39)

(Art. 40)

366.4 Lebensmittelgesetz vom 9. Oktober 1992¹⁴² (LMG)
Loi fédérale du 9 octobre 1992¹⁴³ sur les denrées alimentaires (LDAI)
Legge federale del 9 ottobre 1992¹⁴⁴ sulle derrate alimentari (LDerr)

(Art. 57)

¹³⁹ SR 814.50

¹⁴⁰ RS 814.50

¹⁴¹ RS 814.50

¹⁴² SR 817.0

¹⁴³ RS 817.0

¹⁴⁴ RS 817.0

366.5 **Zivildienstgesetz vom 6. Oktober 1995¹⁴⁵ (ZDG)**
Loi fédérale du 6 octobre 1995¹⁴⁶ sur le service civil (LSC)
Legge federale del 6 ottobre 1995¹⁴⁷ sul servizio civile (LSC)

(Art. 52)

(Art. 53 Abs. 2 und 3
Art. 53, 2^e et 3^e al.
Art. 53 cpv. 2 e 3)

(Art. 55)

(Art. 57)

366.51 Art. 59

LU: Im Sinne einheitlicher Verjährungsfristen wäre in Abs. 2 eine Anpassung an das neu vorgesehene System (vgl. Bemerkungen zu Art. 55 ff. VE) zu überlegen.

(Art. 60)

(Art. 61)

366.6 **Unfallversicherungsgesetz (UVG)¹⁴⁸**
Loi sur l'assurance-accidents (LAA)¹⁴⁹
Legge sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF)¹⁵⁰

366.61 Art. 44

LU: Die Ersetzung des Haftungsprivilegs durch das Regressprivileg sollte nicht jetzt anders geregelt werden, sondern erst im Zusammenhang mit dem ATSG.

367 **Wirtschaft - Technische Zusammenarbeit**
Economie - Coopération technique
Economia - Cooperazione tecnica

367.1 **Jagdgesetz vom 20. Juni 1986¹⁵¹ (JSG)**
Loi sur la chasse du 20 juin 1986¹⁵² (LChP)
Legge sulla caccia del 20 giugno 1986¹⁵³ (LCP)

FR: L'avant-projet renonce, à juste titre, à modifier le système actuel d'indemnisation des dégâts causés par la faune sauvage. La réglementation en

¹⁴⁵ SR 824.0

¹⁴⁶ RS 824.0

¹⁴⁷ RS 824.0

¹⁴⁸ SR 832.20

¹⁴⁹ RS 832.20

¹⁵⁰ RS 832.20

¹⁵¹ SR 922.0

¹⁵² RS 922.0

¹⁵³ RS 922.0

vigueur, qui renvoie à la compétence législative des cantons, donne entièrement satisfaction. Il est en particulier justifié que cette indemnisation continue d'être soumise au droit et à la procédure administratifs.

Les modifications proposées correspondent à l'objectif d'unification poursuivi par la présente révision. Elles ne consistent qu'en des adaptations rendues nécessaires par l'instauration d'une partie générale du droit de la responsabilité civile. Elles peuvent donc être approuvées.

367.11 Art. 15

SO: Im erläuternden Bericht wird die Frage aufgeworfen, nach welchen Regeln für den Schaden gehaftet werden müsse, der anlässlich einer Selbstschutzmassnahme nach Art. 12 Abs. 3 JSG angerichtet worden sei, und nach welchen Regeln der Wildhüter und der Jagdaufseher für angerichteten Schaden haften würden. Es wird angenommen, dass in diesen Fällen Art. 50 VE-OR analog anzuwenden wäre (erläuternder Bericht Seite 396). Anlässlich der anstehenden Revision des Haftpflichtrechts sollte diese Rechtsunsicherheit behoben werden, sei es in der Botschaft oder durch eine Regelung im Gesetz.

(Art. 16)

(Art. 23, zweiter Satz

Art. 23, 2^e phrase

Art. 23, secondo periodo)

367.2 Bundesgesetz vom 20. Juni 1991¹⁵⁴ über die Fischerei
Loi fédérale du 20 juin 1991¹⁵⁵ sur la pêche
Legge federale del 20 giugno 1991¹⁵⁶ sulla pesca

367.21 6. Abschnitt / Art. 15
Section 6 / Art. 15
Sezione 6 / Art. 15

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Der Vernehmlassungsentwurf sieht vor, die Haftungsbestimmung des Bundesgesetzes über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF) ersatzlos zu streichen. Im erläuternden Bericht wird die Meinung vertreten, dass die kombinierte Anwendung von Art. 45c und 45d VE OR die Streichung von Art. 15 BGF kompensieren. Dies trifft aber nur teilweise zu. Die Regelung gemäss Vernehmlassungsentwurf hätte zwar zur Folge, dass im Falle einer Fischvergiftung wohl weiterhin die Wiederherstellung des Vorzustandes (Neubesatz mit Fischen) als ersatzfähiger Schaden gelten würde. Der fischereiliche Nutzungsausfall würde aber nur noch in den tatsächlich genutzten Gewässern einen ersatzfähigen Schaden bewirken. Im Falle von Schongebieten würde hingegen in Zukunft kein ersatzfähiger Schaden mehr entstehen, wenn die tatsächliche Nutzung anstelle des Ertragsver-

¹⁵⁴ SR 923.0

¹⁵⁵ RS 923.0

¹⁵⁶ RS 923.0

mögens tritt. Auch im Falle von Kantonen mit Patentsystem dürfte es kaum möglich sein, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen geschädigtem Gewässer und reduziertem Erlös aus dem Patentverkauf nachzuweisen; auch in diesem Fall müsste der Schadenverursacher somit in Zukunft den Ertragsausfall nicht mehr entschädigen. Einzig im Falle von Pächtern, die trotz Nutzungsausfall den Pachtzins bezahlen müssen, würde der Pachtzins in die Schadenssumme eingehen.

- FR:** Nous ne sommes pas convaincus de l'opportunité d'abroger cette disposition. L'indemnisation de la diminution de la capacité de rendement concerne avant tout les ruisseaux qui sont affectés à l'élevage de poissons. Dans ces ruisseaux, sont élevés des poissons qui y seront ensuite prélevés pour repeupler d'autres cours d'eau. Là où l'on procède à l'élevage, les populations piscicoles sont plus nombreuses que dans un cours d'eau à l'état naturel. Et en cas de sinistre, le dommage est supérieur aux mesures qu'il conviendrait de prendre pour restaurer l'état naturel du biotope considéré. Le dommage subi en cas de pollution d'un ruisseau d'élevage ne coïncide donc pas avec le dommage en cas d'atteinte à l'environnement au sens de l'art. 45d de l'avant-projet. Dès lors que le poisson est en soi une *res nullius*, l'art. 45c de l'avant-projet relatif au dommage en cas d'atteinte aux choses n'est au demeurant d'aucun secours dans ce domaine. Aussi convient-il de ne pas abroger purement et simplement cet art..
- OW:** Bezüglich Fischerrecht sollte der Status quo beibehalten werden.
- SH:** Diese Bestimmung soll entfallen. Der Status quo muss aber beibehalten werden. Die Beurteilung des Nutzungsausfalles muss weiterhin auf dem potenziellen Ertrag basieren. Wir lehnen eine Streichung daher ab.
- SO:** Wir sind gegen die Streichung von Art. 15 des Bundesgesetzes über die Fischerei (BGF). Art. 15 BGF enthält eine besondere Bestimmung zur Schadensberechnung, an der wir festhalten: Laut Abs. 2 ist bei der Berechnung des Schadens das verminderte Ertragsvermögen des geschädigten Gewässers zu berücksichtigen. Das Ertragsvermögen eines Gewässers ist der theoretisch abschöpfbare Fangertrag. Dieser kann in einem Schongebiet oder in einem nur schwach befischten Gewässer hoch sein. Würde diese Spezialregelung gestrichen, wäre bei der Schadensberechnung künftig wohl auf den effektiven Fangertrag des Gewässers abzustellen. Das würde zu Ergebnissen führen, die nicht dem Zweck des Fischereigesetzes entsprechen.
- TG:** Die Sektion Fischerei des BUWAL hat die Kantone ersucht, darauf hinzuweisen, dass der Status quo des geltenden Fischereigesetzes beizubehalten sei. Die Beurteilung des Nutzungsausfalls müsse weiterhin auf dem potentiellen Ertrag (Ertragsvermögen) basieren. Dem Bundesamt für Justiz ist die Begründung hierfür bereits bekannt. Der Regierungsrat unterstützt dieses Anliegen.
- TI:** L'avamprogetto della Legge federale sulla revisione e l'unificazione del diritto della responsabilità civile prevede pure l'abrogazione dell'art. 15 della Legge federale sulla pesca del 21 giugno 1991. Questa norma contiene delle indicazioni specifiche sulla valutazione del danno e sull'utilizzazione degli indennizzi (cpv. 2 e 3). L'abrogazione prevista causerebbe tuttavia gravi problemi in caso di danni alla fauna ittica, poiché, se da un

canto rimarrà possibile farsi indennizzare gli interventi di ripristino (ripopolamenti e compensazione del danno alla fauna ittica), dall'altro sarà ben più difficile, specialmente per un Cantone come il Ticino dove la pesca è regolata con un sistema a patente, ottenere indennizzi per il mancato rendimento piscicolo. Ciò sarà inoltre escluso in caso di danni ai pesci in zone di divieto di pesca. L'abrogazione proposta sminuirebbe quindi in modo inaccettabile le possibilità di richiedere la copertura dei danni in un ambito in cui già ora è sovente difficile giungere a tale risultato per le frequenti difficoltà nell'individuazione dei responsabili. Lo scrivente Consiglio chiede pertanto che, nel campo specifico della pesca, venga mantenuto lo status quo, rinunciando all'abrogazione dell'art. 15 della Legge federale sulla pesca.

ZG: Dieser Art. kann - wie vorgesehen - ohne Verlust aufgehoben werden, insbesondere nachdem durch kombinierte Anwendung von VE Art. 45c und 45d OR ein entsprechender Nutzungsausfall ersatzfähig ist.

Organisationen / Organisations / Organizzazioni

SFV: Im Gegensatz zu den Verfassern des vorliegenden Vorentwurfs sind wir der Auffassung, dass die Absätze 2 und 3 des geltenden Fischereigesetzes weiterhin ihre volle Berechtigung haben. Mit diesen Bestimmungen wurde beim Erlass des Gesetzes im Jahre 1973 zu Recht eine völlig unbefriedigende bundesgerichtliche Praxis korrigiert.

Art. 15 Abs. 2 BGF sieht vor, dass bei der Berechnung des Schadens das verminderte Ertragsvermögen des geschädigten Gewässers zu berücksichtigen ist. Mit dieser Formulierung wird erreicht, dass fischereiliche Schäden in Gewässern aufgrund eines objektiven Kriteriums - des Ertragsvermögens - entschädigt werden müssen. Es wäre unbefriedigend, wenn in Schadenfällen nur auf die bisherige Nutzung abgestellt würde, die unter Umständen im Zeitablauf stark variieren kann. Im Falle von Fischereischongebieten, in denen die fischereiliche Nutzung untersagt ist, bildet dieses Kriterium zudem die einzige Berechnungsgrundlage. Es wäre stossend, wenn der Schadenverursacher keine Entschädigung leisten müsste, weil keine Nutzungsausfälle geltend gemacht werden können. Auch bei Gewässern, die aus irgendwelchen Gründen nur schwach befischt werden oder für die keine Fangstatistiken zur Verfügung stehen, muss auf das potenzielle Ertragsvermögen abgestellt werden können. Diese Probleme lassen sich unseres Erachtens auch durch eine kombinierte Anwendung der Art. 45c und 45d des Vorentwurfs nicht lösen.

Nach Art. 15 Abs. 3 BGF muss der Empfänger mit der Entschädigung, die er zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes erhalten hat, möglichst bald den Schaden wiedergutmachen. Auch diese Bestimmung macht durchaus Sinn. Sie will verhindern, dass der Anspruchsberechtigte die Entschädigung zwar in Empfang nimmt, die Besatzmassnahmen jedoch hinauszögert, um von der Zuwanderung von Fischen aus den benachbarten, nicht geschädigten Gewässerstrecken zu profitieren.

Da es sich bei Artikel 15 um eine Haftpflichtbestimmung handelt, die spezifische fischereiliche Probleme regelt, sind wir der Auffassung, dass sie im Fischereigesetz eingestellt bleiben sollte. Für den Fall, dass Sie aus gesetzessystematischen Gründen eine andere Lösung wählen sollten,

stellen wir Ihnen den Eventualantrag, die Absätze 2 und 3 vollumfänglich in den allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu integrieren.

- 367.3 Edelmetallkontrollgesetz vom 20. Juni 1933 (EMKG)¹⁵⁷
Loi fédérale du 20 juin 1933¹⁵⁸ sur le contrôle des métaux précieux (LCMP)
Legge federale del 20 giugno 1933¹⁵⁹ sul controllo dei metalli preziosi (LCMP)**

(Art. 38 Abs. 4
Art. 38, 4^e al.
Art. 38 cpv. 4)

(Art. 40 Abs. 3
Art. 40, 3^e al.
Art. 40 cpv. 3)

- 367.4 Sprengstoffgesetz vom 25. März 1977¹⁶⁰
Loi fédérale du 25 mars 1977¹⁶¹ sur les substances explosibles
Legge federale del 25 marzo 1977¹⁶² sugli esplosivi**

(Art. 27)

- 367.5 Bundesgesetz vom 18. Juni 1993¹⁶³ über Pauschalreisen
Loi fédérale du 18 juin 1993¹⁶⁴ sur les voyages à forfait
Legge federale del 18 giugno 1993¹⁶⁵ concernente i viaggi „tutto compreso“**

(Art. 14 Abs. 2
Art. 14, 2^e al.
Art. 14 cpv. 2)

(Art. 15 Sachüberschrift und Absatz 1 Einleitungssatz
Art. 15 Titre médian et 1^{er} al., phrase introductive
Art. 15 Titolo e cpv. 1)

¹⁵⁷ SR 941.31

¹⁵⁸ RS 941.31

¹⁵⁹ RS 941.31

¹⁶⁰ SR 941.41

¹⁶¹ RS 941.41

¹⁶² RS 941.41

¹⁶³ SR 944.3

¹⁶⁴ RS 944.3

¹⁶⁵ RS 944.3

- 367.6** **Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994¹⁶⁶ (AFG)**
Loi fédérale du 18 mars 1994¹⁶⁷ sur les fonds de placement (LFP)
Legge federale del 18 marzo 1994¹⁶⁸ sui fondi d'investimento (LFI)

(Art. 65 Abs. 3
 Art. 65, 3e al.
 Art. 65 cpv. 3)

(Art. 66)

- 367.7** **Bankengesetz vom 8. November 1934¹⁶⁹ (BankG)**
Loi sur les banques du 8 novembre 1934¹⁷⁰ (LB)
Legge sulle banche dell'8 novembre 1934 (LBCR)¹⁷¹

(Art. 44 und 45
 Art. 44 et 45
 Art. 44 e 45)

37 **Übergangsrecht**
Droit transitoire
Diritto intertemporale

AR: Angesichts der zahlreichen zum Teil tiefgreifenden Änderungen des materiellen und formellen Rechts kommt der übergangsrechtlichen Regelung erhebliches Gewicht zu. Zu denken ist beispielsweise an Schäden, die nach altem Recht bereits verjährt sind, nach den längeren, neurechtlichen Verjährungsfristen noch nicht verjährt sind. Fraglich ist zudem, was beispielsweise für Schäden gilt, die vor Vollzugsbeginn des neuen Rechts verursacht wurden, von denen die geschädigte Person aber erst lange nach Vollzugsbeginn Kenntnis erhält. Fragen ergeben sich zudem hinsichtlich der Verfahrensbestimmungen.

¹⁶⁶ SR 951.31

¹⁶⁷ RS 951.31

¹⁶⁸ RS 951.31

¹⁶⁹ SR 952.0

¹⁷⁰ RS 952.0

¹⁷¹ RS 952.0