

Dokument	<b>HAVE 2013 S. 272</b>
Autor	<b>Hardy Landolt</b>
Titel	<b>Wer soll das bezahlen – wer hat so viel Geld?</b>
Publikation	<b>HAVE - Haftung und Versicherung</b>
Herausgeber	<b>Verein Haftung und Versicherung</b>
ISSN	<b>1424-926X</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

---

HAVE 2013 S. 272

## Wer soll das bezahlen – wer hat so viel Geld?

**Hardy Landolt**\*

### Wer trägt den Schaden?

Erleidet eine Person einen Schaden, muss das Recht eine Antwort geben, wer den Schaden zu tragen hat. Soll der Geschädigte, der Schadenverursacher oder die Allgemeinheit den Schaden tragen? In jüngster Zeit stellt sich diese Frage vor allem bei den nichtobjektivierbaren Personenschäden. Die *Sozialisierung aller Individualschäden* würde weder Geschädigte noch potenzielle Schadenverursacher dazu anhalten, einen Schaden zu verhindern. Eine *Schadenausgleichspflicht des Schadenverursachers* per se würde bedeuten, dass jeder, der eine Mitursache für den Schaden gesetzt hat, zum Ersatz verpflichtet wäre. Ein derartiges Haftungsverständnis hätte eine infinite Verantwortlichkeit für Schäden zur Folge, die auf ein menschliches Verhalten zurückgeführt werden können; sogar die Vorfahren wären verantwortlich, weil sie den Schädiger gezeugt haben<sup>1</sup>. Ein solches Haftungsverständnis ist offensichtlich unsinnig und ungerecht, weil gehaftet würde, ohne dass man *für den Schaden verantwortlich* ist. Genauso unsinnig wäre, den Geschädigten immer den Schaden tragen zu lassen (*casum sentit dominus – the loss lies where it falls*). Derjenige, der einem andern absichtlich Schaden zufügt, soll aber dafür ersatzpflichtig sein. Ein *angemessener Schadenausgleich* ist deshalb ein *Gebot der Gerechtigkeit*. Nach dem auf *Aristoteles* zurückgehenden Konzept der Gerechtigkeit besteht diese sowohl in einer *Ausgleichs-* als auch in einer *Verteilungsgerechtigkeit*.

### Schadenausgleich durch Schadenverursacher – Individualisierung von Schäden

---

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

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



Im Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Schadenverursacher richtet sich der Schadenausgleich primär nach dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit ("dikaion diorthotikon" oder "iustitia commutativa" – Tauschgerechtigkeit; Proportionalität). Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit wird unter dem Gesichtspunkt der *Ausgleichsgerechtigkeit* durch ein vorwerfbares Verhalten ausgelöst. Vorwerfbar sind Schadensabsicht (inneres Unrecht) und unbotmässiges Verhalten (äusseres Unrecht).

Die reine *Verschuldenshaftung* knüpft die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit an der *vorsätzlichen Schadenszufügung* an: Wer einem andern wissentlich und willentlich Schaden zugefügt, soll vermungsweise haften, weil das friedliche Zusammenleben gefährdet wird, wenn Menschen einander schädigen. Damit der vorsätzlich handelnde Schädiger nicht ersatzpflichtig wird, muss er sich deshalb auf ein explizites Schädigungsrecht berufen können. Die reine Vorsatzhaftung ist eine *Haftung für vorsätzliche Schadenszufügung ohne Rechtfertigungsgrund*. Nicht ersatzfähig ist nach dieser Haftungstheorie der Schaden, der einer Person nicht vorsätzlich oder mit Rechtfertigungsgrund vorsätzlich zugefügt wurde. Der Gesetzgeber sieht grundsätzlich eine Vorsatzhaftung nur bei Absicht und sittenwidrigem Verhalten vor<sup>2</sup>, toleriert mit anderen Worten, dass Menschen einander vorsätzlich oder eventualvorsätzlich schädigen, was in einer kapitalistischen Gesellschaft ja auch tagtäglich vorkommt, wenn einer dem anderen ein Geschäft vor der Nase wegschnappt.

Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung knüpft die Verhaltenshaftung die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht an einem inneren Umstand (Schädigungsvorsatz), sondern am Schaden verursachenden Verhalten des Schadenverursachers an. Haftungs begründend ist ein *Schaden verursachendes Verhalten* dann, wenn es dem Schadenverursacher vorgeworfen werden kann bzw. *pfllichtwidrig* war. Damit im rechtlichen Kontext von Pflichtwidrigkeit gesprochen werden kann, müssen rechtliche Pflichten verletzt worden sein. Dazu zählen die genuin gesetzlichen, aber auch vertragliche und sittliche Pflichten. In den ersten beiden Fällen wird gegen gesetztes oder autonomes Recht verstossen, im letzten Fall werden ausserrechtliche Pflichten verletzt, die jedoch aufgrund eines Verweises des Gesetzgebers als gesetzliche Pflichten im weitesten Sinne zu betrachten sind. Das schweizerische Haftungsrecht ist denn auch von diesem Gedanken geprägt: "Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet"<sup>3</sup>.

Die Zuteilung der Schadenausgleichslast muss nicht ausschliesslich nur nach kommutativen, sondern kann auch nach distributiven Kriterien erfolgen. Die *Verteilgerechtigkeit* verlangt mitunter, dass eine Person für einen Schaden haftet, obwohl sie selbst weder absichtlich Schaden zufügen wollte noch durch ihr pflichtwidriges Verhalten den Schaden bewirkt hat. Bei der Erfolgshaftung wird für eine *bestimmte Art der Schadenverursachung* gehaftet. Im Unterschied zur Verhaltenshaftung setzt die Erfolgshaftung nicht ein pflichtwidriges Verhalten

---

#### HAVE 2013 S. 272, 273

voraus. Der Haftungsgrund besteht vielmehr darin, dass es der Schaden verursachenden Person aufgrund einer *Interessenabwägung* zumutbar ist, Ersatz zu leisten. Die Haftung ist der Preis, den der Herr der Schadenursache für den Schaden bezahlt. Ob dem Schadenverursacher der Ersatz des Schadens zumutbar bzw. billig ist, hängt einerseits vom Nutzen ab, den der Schadenverursacher aus seiner Tätigkeit zieht, und andererseits von der Schwere des Eingriffs beim Geschädigten. Dieser Haftungsgedanke liegt der Gefährdungshaftung zugrunde, die eine Schadenersatzpflicht entweder an der

---

2 Vgl. Art. 41 Abs. 2 OR.

3 Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR und ferner Art. 97 Abs. 1 OR.

4 Vgl. z.B. Art. 64 Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21.12.1948, Art. 48 ff. Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz) vom 23.9.1953 sowie Art. 15 Bundesgesetz über die Trolleybusunternehmen vom 29.3.1950 und Art. 58 Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19.12.1958.



Verwirklichung eines gesteigerten Risikos, sei es bei Fahrzeugen<sup>4</sup> oder technischen Anlagen<sup>5</sup>, sei es bei einer gefährlichen Tätigkeit<sup>6</sup>, anknüpft.

### **Schadentragung durch die Allgemeinheit – Sozialisierung von Schäden**

Im Verhältnis zwischen dem Geschädigten und Nichtschadenverursachern, insbesondere der Allgemeinheit, richtet sich der Schadenausgleich ausschliesslich nach den Prinzipien der verteilenden Gerechtigkeit ("dikaion dianemetikon" oder "iustitia distributiva" – Zuteilgerechtigkeit; Ergebnissgerechtigkeit). Die Verteilgerechtigkeit verlangt mitunter, dass die Allgemeinheit oder ein Einzelner einen Schaden zu ersetzen hat, obwohl sie selbst den Schaden nicht verursacht haben. Ein Paradebeispiel für eine Schadenausgleichspflicht aufgrund der Verteilgerechtigkeit bildet die *sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht*. Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bei der AHV/IV und Unfallversicherung, sowie die Wohnbevölkerung bzw. Steuerzahler, bei der Krankenversicherung und den Ergänzungsleistungen, tragen mit den Lohnbeiträgen, Versicherungsprämien und Steuern die Schadenlast der obligatorisch Versicherten. In all diesen Fällen schultert ein Kollektiv aus dem einzigen Grund der Solidarität gegenüber dem Geschädigten dessen Schadenlast.

Eine *Kollision bei der Verteilung der Schadenlast auf ein Individuum (Schadenverursacher) oder die Gesellschaft (Solidargemeinschaft)* kann sich nach dem Gesagten nur dann ergeben, wenn der Schadenverursacher für einen Schaden weder wegen absichtlicher noch wegen pflichtwidriger Schadenverursachung, sondern einzig und allein wegen der Verwirklichung eines zwar sozial tolerierten, aber erhöhten Schadenrisikos einzustehen hat. In einem solchen Fall verlangt die Verteilgerechtigkeit vom "Schadenverursacher", dass er den Preis für die von ihm genutzten Vorteile des von der Gesellschaft geduldeten Schadenrisikos in Form von Schadenersatz bezahlt. Verlangt demgegenüber die Ausgleichsgerechtigkeit eine Tragung der Schadenlast, ist von vornherein von der Priorität der Schadenstragung durch den Schadenverursacher auszugehen. Wieso soll ein Kollektiv von Nichtschadenverursachern Schäden tragen, die ein Einzelner in vorwerfbarer Weise verursacht hat?

### **Sozialversicherer oder Gefährdungshaftpflichtiger?**

Es bleibt damit die Frage, ob der Gefährdungshaftpflichtige oder ein Sozialversicherer an seiner Stelle den Schaden tragen soll. Ein Blick zurück in der Geschichte des schweizerischen Schadenausgleichssystems zeigt, dass seit je ein *relatives Gleichgewicht zwischen diesen beiden Schadenausgleichsprinzipien* bestand. In vereinzelt Bereichen bestand erst eine Gefährdungshaftung, die später durch eine Sozialversicherung abgelöst wurde; im umgekehrten Fall wurde später eine Gefährdungshaftung eingeführt, welche die Sozialversicherung verdrängt hat. Eine *Verdrängung des Gefährdungshaftpflichtigen* durch die Sozialversicherung fand etwa bei der Eisenbahnhaftpflicht statt<sup>7</sup>. Eine *Verdrängung der Sozialversicherung* erfolgte demgegenüber bei Strassenverkehrsunfällen, wo erst eine blosse Verschuldenshaftung bestand, die dann sukzessive mit dem MFG und später dem SVG zu einer Gefährdungshaftung ausgebaut und verschärft wurde.

Die *Verteilung der Schadenlast* in den Fällen, in denen die Verteilgerechtigkeit eine Schadentragung indiziert, hat nach *objektiven Kriterien* (Schadenshöhe, Wirtschaftlichkeit, Prävention, finanzielle Verhältnisse, innere Kohärenz der Gesellschaft etc.) zu erfolgen. Die ökonomische Theorie der Schadenverteilung nimmt die Zuteilung im Hinblick auf die Kriterien der Prävention und Versicherbarkeit vor:

*cheapest cost avoider*: Bei vermeidbaren Schäden soll derjenige den Schaden tragen, der mit dem geringsten Aufwand den Schadenseintritt hätte vermeiden können.

---

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Art. 27 Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24.6.1902, Art. 33 Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) vom 4.10.1963, Art. 3 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) vom 18.3.1983 und Art. 39 Strahlenschutzgesetz (StSG) vom 22.3.1991.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. Art. 16 Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) vom 20. Juni 1986.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 96 II 218 E. 3a.



*cheapest insurer*: Bei unvermeidbaren Schäden soll derjenige den Schaden tragen, der mit dem geringsten Aufwand den Schaden versichern kann.

*superior risk bearer*: Bei unversicherbaren Schäden soll derjenige den Schaden tragen, dem die Schadenstragung am ehesten zumutbar ist.

---

HAVE 2013 S. 272, 274

Die Gretchenfrage "Wer trägt den Schaden?" deckt sich deshalb nur bedingt mit der sprichwörtlichen Frage "Wer soll das bezahlen – wer hat so viel Geld?". Es ist nicht immer die Solidargemeinschaft der Sozialversicherten, die den Aufwand des Schadenseintritts hätte vermeiden können, mit dem geringsten Aufwand den Schaden versichern kann oder der die Schadenstragung am ehesten zumutbar ist. Eigentlich müsste mit Bezug auf jede Schadenkategorie die vorerwähnte ökonomische Trilogie zur Hand genommen und geklärt werden, auf welche Weise die Schaden(tragungs)last aller minimiert werden kann. Allein, diese reflektierte Analyse wird nicht gemacht. Es ist letztlich Aufgabe des Gesetzgebers, die *Wertungsfrage*, ob dem Gefährdungshaftpflichtigen oder dem Sozialversicherer die Last der Schadenstragung aufzubürden ist, zu entscheiden. Dies hat der Gesetzgeber auch dort getan, wo Sozialversicherer und Gefährdungshaftpflichtiger miteinander einzustehen haben: *Sozialversicherer regressieren integral (auch) auf Gefährdungshaftpflichtige*<sup>8</sup>, weshalb Letztere prioritär die Schadenslast tragen.

Was bleibt, ist die Frage, was zu geschehen hat, wenn der Sozialversicherer seit je nichts entschädigte, nicht mehr für Schäden aufkommen kann oder nicht (mehr) leisten will, wie das bei den nicht objektivierbaren Personenschäden oder den Sachschäden der Fall ist. In diesen Fällen ist allein die Verteilgerechtigkeit massgebend: Ist es dem Kollektiv der Gefährdungshaftpflichtigen zumutbar, die Gesamtheit der Schadenslast bei Eintritt des fraglichen Risikos zu tragen oder zu versichern? Für Sachschäden wird diese Frage seit je mit Selbstverständlichkeit bejaht<sup>9</sup>, für nicht objektivierbare Personenschäden von einzelnen Protagonisten zunehmend verneint. Dass auch nicht objektivierbare Personenschäden in zumutbarer Weise vom Kollektiv der Gefährdungshaftpflichtigen getragen werden können, hat die jüngste Geschichte gezeigt, als Schleudertraumaschäden noch ersetzt wurden und kein Versicherer Konkurs ging. Es ist deshalb müssig, über die Zumutbarkeit der Schadenstragungslast zu räsonieren. Denn letztlich fragt es sich einzig, ob nicht objektivierbare Personenschäden als Schaden im Rechtssinne zu qualifizieren sind. Sind sie es, hat der Gefährdungshaftpflichtige diese Schäden zu tragen, auch dann, wenn der Sozialversicherer nicht mehr will. Dass sie es sind, hat das Bundesgericht bis anhin bejaht – ähnlich dem Gesetzgeber, der auch eine immaterielle Unbill, genauso wenig objektivierbar, als ersatzfähig qualifiziert<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Vgl. Art. 72 ff. ATSG.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 SVG.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 47 und 49 OR.