

Michel Verde

## **Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht**

### **Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren**

---

Die Lehre hat diverse Theorien zur Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit entwickelt. Zum einen stehen sich die objektive und die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie gegenüber. Zum anderen sind zahlreiche weitere Theorien gebildet worden, die man unter dem Titel «dritte Widerrechtlichkeitstheorie» zusammenfasst. Der Beitrag legt dar, warum die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR grundsätzlich als sog. Verhaltensunrecht zu verstehen ist, und geht auf einzelne Aspekte der Begründung der Widerrechtlichkeit anhand eines Verstosses gegen eine Verhaltensnorm ein.

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Privatversicherungsrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Michel Verde, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: Jusletter 18. April 2016

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die verschiedenen Widerrechtlichkeitstheorien
  - 1. Eine Übersicht
    - a) Dreiteilung der Widerrechtlichkeitstheorien
    - b) Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie
    - c) Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie
    - d) Die «dritte Widerrechtlichkeitstheorie»
  - 2. Stand der Diskussion
- III. Der hier vertretene Standpunkt zur Widerrechtlichkeit
  - 1. Grundsätzliche Überlegungen zur Widerrechtlichkeit
  - 2. Kritik an der Erfolgsunrechtslehre
    - a) Erfolgsunrecht als Abkürzung zur Widerrechtlichkeit
    - b) Einwände gegen das Erfolgsunrecht
      - aa) Untauglich bei Unterlassungen
      - bb) Nicht zielführend bei Einwilligung in ein potenziell schädigendes Verhalten
      - cc) Gleichstellung von Unrecht und Unglück
      - dd) Führt bei den Gefährdungshaftungen auf Irrwege
      - ee) Verfehlte Abhängigkeit der Widerrechtlichkeit von der Rechtsgutbeeinträchtigung
    - c) Fazit: Fort vom Erfolgsunrecht
  - 3. Widerrechtlichkeit als Verstoss gegen eine Verhaltensnorm
    - a) Verhaltensnormen beruhen auf Bedürfnisabwägungen
    - b) Gesamte Rechtsordnung als Quelle von haftungsrelevanten Verhaltensnormen
    - c) Der haftungsrelevante Schutzzweck einer Verhaltensnorm
    - d) Zwei verschiedene Arten von Verhaltensnormen
      - aa) Überblick
      - bb) Die risikobezogenen Verhaltensnormen
      - cc) Die erfolgsbezogenen Verhaltensnormen
    - e) Konkretisierung der Verhaltensnormen
      - aa) Konkretisierungsbedarf
      - bb) Objektiver Sorgfaltsmassstab
      - cc) Erlaubtes Risiko
      - dd) Vertrauensgrundsatz
      - ee) Risikobezogene Verhaltensnormen als Konkretisierungshilfe
- IV. Einzelaspekte
  - 1. Widerrechtlichkeit und Verschulden
  - 2. Widerrechtlichkeit und Adäquanz
  - 3. Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des defensiven Rechtsgüterschutzes
  - 4. Widerrechtlichkeit bei den Gefährdungshaftungen
- V. Fazit

## I. Einleitung

[Rz 1] Die ausservertragliche Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) setzt voraus, dass der Schädiger den Schaden widerrechtlich verursacht hat. Die in Art. 41 Abs. 1 OR ausdrücklich genannte Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit gilt – so die herrschende Auffassung – auch für die sog. milden ausservertraglichen Kausalhaftungen, d. h. namentlich die Haftung für Hilfspersonen nach Art. 55 OR, die Haftung des Familienoberhauptes nach Art.

333 Zivilgesetzbuch (ZGB) sowie die Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR.<sup>1</sup> Ob die Widerrechtlichkeit auch bei den Gefährdungshaftungen eine Haftungsvoraussetzung bildet, ist im schweizerischen Haftpflichtrecht hingegen umstritten.<sup>2</sup>

[Rz 2] Mit der Vergabe des Prädikats «widerrechtlich» hält man fest, dass das Prädikatobjekt im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>3</sup> Gegenstand des Widerrechtlichkeitsurteils als Haftungsvoraussetzung ist das Verhalten eines Menschen – darüber besteht weitestgehend Einigkeit.<sup>4</sup> Welches Verhalten rechtswidrig ist und daher zu einer Haftung führen kann, sagt Art. 41

<sup>1</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; BGE 112 II 118 (128) E. 5e; ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl., Bern 1997, S. 444 f.; KELLER MAX / GABI SONJA / GABI KARIN, *Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Basel 2012, S. 43 f.; OFTINGER KARL / STARK EMIL WILHELM, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER / STARK, § [1–15]), § 4 N 55 f.; REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2008, Rz. 883; SCHNYDER ANTON K. / PORTMANN WOLFGANG / MÜLLER-CHEN MARKUS, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 135; differenzierend WERRO FRANZ, *Kommentar zu den Art. 41–61 und 394–406 OR*, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. WERRO, CR), OR 41 N 90. Demgegenüber hält SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012, fest, dass die Widerrechtlichkeit nicht pauschal für jede Kausalhaftung als Voraussetzung genannt werden kann (SCHWENZER, Rz. 53.02; kritisch auch CHAPPUIS CHRISTINE / WERRO FRANZ, *La responsabilité civile: à la croisée des chemins*, ZSR 122 (2003) II, S. 237 ff., S. 283 f.).

<sup>2</sup> Dazu hinten Rz. 84 f.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler DONATSCH ANDREAS, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Habil. Zürich 1987, S. 39; MERZ HANS, *Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem*, ZBJV 91<sup>bis</sup> (1955), S. 301 ff., S. 306; NAGLER JOHANNES, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in: Hegler August (Hrsg.), *FG Reinhard von Frank*, Band I, Tübingen 1930, S. 339 ff., S. 340 und 345. Zur Funktion der Widerrechtlichkeit siehe VERDE MICHEL, *Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts*, Diss. Luzern 2014, Rzn 285 ff.

<sup>4</sup> Siehe etwa Urteile des Bundesgerichts 5A\_805/2014 vom 22. Juni 2015 E. 5.1; 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a; BGE 116 Ia 162 (169) E. 2c; CHAPPUIS / WERRO, S. 274; DARBELLAY JEAN, *Théorie générale de l'illicéité, en droit civil et en droit pénal*, Freiburg i. Ue. 1955, S. 72; FELLMANN WALTER, *Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem – Versuch einer Zwischenbilanz*, ZSR 128 (2009) I, S. 473 ff. (zit. FELLMANN, *Widerrechtlichkeit*), S. 492 f.; GIGER HANS, *Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden*, in: Peter Hans / Stark Emil W. / Tercier Pierre (Hrsg.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, Freiburg i. Ue. 1982, S. 369 ff., S. 382; GMÜR MAX, *Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?*, ZSR 22 (1903), S. 587 ff., S. 620 ff.; KÄNZIG ERNST, *Die Widerrechtlichkeit nach Artikel 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit*, Diss. Bern 1939, S. 18; KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6. Aufl., Bern 2002 (zit. KELLER A.), S. 106; LOSER-KROGH PETER, *Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung*, ZSR 122 (2003) II, S. 127 ff., S. 143; MERZ, (Fn. 3), S. 306 f.; MISTELI CHRISTOPHE, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, Diss. Lausanne 1998, S. 107; OFTINGER KARL / STARK EMIL WILHELM, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band II / 1, *Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, 4. Aufl., Zürich 1987 (zit. OFTINGER / STARK, § [16–23]), § 16 N 44; OSWALD CHRISTOPH, *Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich*, Diss. Zürich 1987 (zit. OSWALD CHR.), S. 82; PFISTER PAUL, *Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit, insbesondere nach Art. 41 des Schweizerischen Obligationenrechts*, Diss. Zürich 1925, S. 5; PORTMANN WOLFGANG, *Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?*, SJZ 93 (1997), S. 273 ff. (zit. PORTMANN, *Unrecht*), S. 275; ROBERTO VITO, *Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens*, AJP 8 (1999), S. 511 ff. (zit. ROBERTO, *Vermögensschutz*), S. 519; DERS., *Schadensrecht*, (Fn. 78), S. 91; WEBER ROLF H., *Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?*, ZSR 107 (1988), S. 39 ff. (zit. WEBER R.), S. 43 f.; WIDMER PIERRE, *Privatrechtliche Haftung*, in: Geiser Thomas / Münch Peter (Hrsg.), *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Band V, *Schaden – Haftung – Versicherung*, Basel 1999, § 2 (zit. WIDMER P.), Rz. 2.47; anders aber BREHM ROLAND, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, *Das Obligationenrecht*, 1. Abteilung, *Allgemeine Bestimmungen*, 3. Teilband, 1. Unterteilband, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BREHM, BK), OR 41 N 33i; STARK EMIL WILHELM, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, Rzn 255–263. Auch im deutschen Haftpflichtrecht-Schrifttum besteht in diesem Punkt Übereinstimmung (siehe bspw. v. CAEMMERER, S. 127 f.; DEUTSCH ERWIN, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., Köln / Berlin / Bonn / München 1996 (zit. DEUTSCH, *HAFTUNGSRECHT*), Rz. 246; ENNECCERUS LUDWIG / NIPPERDEY HANS CARL, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., erster Halbband Tübingen 1959, zweiter Halbband Tübingen 1960, S. 1274 und 1288 f.; FIKENTSCHER WOLFGANG / HEINEMANN ANDREAS, *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin 2006, Rzn 638 und 1404; STATHOPOULOS MICHAEL, *Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht*, in: Canaris Claus-Wilhelm / Diederichsen Uwe (Hrsg.), *FS Karl Larenz*, München 1983, S. 631 ff., S. 639; STEFFEN ERICH, *Kommentar und Vorbemerkungen zu § 823 BGB und Kommentar zu §§ 824–831 BGB*, in: *Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, Kommentar, hrsg. v. Mit-

Abs. 1 OR nicht – eine Aufzählung der einzelnen widerrechtlichen Verhaltensweisen wäre denn auch impraktikabel<sup>5</sup>. Stattdessen verweist diese Haftungsnorm mit der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit auf die Gebote und Verbote der gesamten geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsordnung<sup>6</sup> und knüpft an den schuldhaften Verstoss gegen diese Verhaltensnormen die Schadenersatzpflicht.<sup>7</sup> Damit obliegt es der Lehre und der Rechtsprechung, die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit mit Blick auf die gesamte Rechtsordnung zu konkretisieren.<sup>8</sup> Dies hat dazu geführt, dass unterschiedliche Ansichten darüber bestehen, welches Ereignis massgebend sein soll, damit man die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR (unter Vorbehalt einer Rechtfertigung) als gegeben betrachten kann.

## II. Die verschiedenen Widerrechtlichkeitstheorien

### 1. Eine Übersicht

#### a) Dreiteilung der Widerrechtlichkeitstheorien

[Rz 3] Nachdem man im Haftpflichtrecht lange Zeit zwischen zwei Theorien zur Widerrechtlichkeit unterschied, nämlich zwischen der subjektiven und der objektiven Theorie, ist man in der Literatur nun dazu übergegangen, eine Dreiteilung vorzunehmen: Neben den beiden genannten Theorien sind neue Theorien hinzugetreten, die in der Lehre unter dem Titel «dritte Widerrechtlichkeitstheorie» oder «neue Widerrechtlichkeitstheorie» besprochen oder zumindest erwähnt werden.<sup>9,10</sup>

---

gliedern des Bundesgerichtshofes, Band II, 5. Teil, §§ 812–831, 12. Aufl., Berlin 1989 (zit. STEFFEN, RGRK), § 823 N 115 und 119). Im österreichischen Haftpflichtrecht bringt § 1294 Satz 1 ABGB deutlich zum Ausdruck, dass sich die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit auf das Verhalten eines Menschen bezieht: «Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Andern [...]».

<sup>5</sup> LEHMANN HEINRICH, Begrenzung der Rechtswidrigkeit, in: Lehmann Heinrich / Nipperdey Hans Carl (Hrsg.), Recht und Wirtschaft, FS Justus Wilhelm Hedemann, Berlin 1958, S. 177 ff., S. 178.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.2.1; BGE 95 II 481 (491 f.) E. 6; 56 II 371 (373) E. 2; 55 II 331 (334) E. 2; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 33c; DESCHENAUX HENRI / TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, § 6 N 44; ENGEL, (Fn. 1), S. 449; GIGER, (Fn. 4) S. 379 f.; KÄNZIG, (Fn. 4) S. 97 f. und 105; MERZ, (Fn. 3), S. 306–308 und 325; v. TUHR ANDREAS / PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 408 f.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 32 II 273 (279) E. 4; 30 II 567 (571 f.) E. 3b; FELLMANN WALTER / KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, Rz. 337; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 46; PFISTER, (Fn. 4), S. 83 und 85; OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929 (zit. OSER / SCHÖNENBERGER, ZK), OR 41 N 10; v. WATTENWYL ROBERT, Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, ZSR 48 (1929), S. 414 ff., S. 423.

<sup>8</sup> Vgl. ENGEL, (Fn. 1), S. 449; MERZ, (Fn. 3), S. 328 f.; ferner STÖCKLI HUBERT, Notizen zur Widerrechtlichkeit, in: Niggli Marcel Alexander / Hurtado Pozo José / Queloz Nicolas (Hrsg.), FS Franz Riklin, Zürich 2007, S. 227 ff., S. 237; v. WATTENWYL, (Fn. 7), S. 427 f.

<sup>9</sup> Siehe FURRER ANDREAS / MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2012, S. 310 f.; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 473; HEIERLI CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Diss. Zürich 2012, Rz. 541; HEIERLI CHRISTIAN / SCHNYDER ANTON K., Kommentar zu den Art. 41–59a, 61 und 143–150 OR, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. HEIERLI / SCHNYDER, BSK), OR 41 N 32a; MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013 (zit. MÜLLER CHR.), Rz. 157; REY, (Fn. 1), Rz. 712a; SCHNYDER / PORTMANN / MÜLLER-CHEN, (Fn. 1), Rz. 142.

<sup>10</sup> Für eine Übersicht zu den verschiedenen in der Schweiz vertretenen Widerrechtlichkeitstheorien siehe z. B. VERDE, (Fn. 3), Rzn 292 ff.

[Rz 4] Die Unterschiede zwischen den einzelnen Theorien zur Widerrechtlichkeit haben nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung: So verläuft die Grenze zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden je nach Widerrechtlichkeitslehre anders. Dazu ist anzumerken, dass nach der in der Schweiz vorherrschenden Auffassung sich das Verschulden aus zwei Komponenten zusammensetzt, nämlich aus der sog. subjektiven Komponente, bestehend aus der Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB, und der sog. objektiven Komponente, die aus dem Zurückbleiben des Verhaltens des Schädigers hinter dem unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten besteht und in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auftreten kann.<sup>11</sup> Damit ist die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens von der Diskussion über die Widerrechtlichkeit mitbetroffen. Dies wirkt sich vor allem bei den Kausalhaftungen aus, da diese kein Verschulden voraussetzen.<sup>12</sup> Praxisrelevante Unterschiede zwischen den Widerrechtlichkeitstheorien bestehen auch hinsichtlich der Beweislastverteilung: Je nach Theorie hat der Geschädigte in Bezug auf die Widerrechtlichkeit eine andere Beweisführungslast.

## b) Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie

[Rz 5] Ausgangspunkt der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie im schweizerischen Haftpflichtrecht war die Formulierung der französischen Fassung von Art. 50 des OR vom 14. Juni 1881. Sie lautete: «*Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, [...] est tenu de le réparer*».<sup>13</sup> Aus diesem «*sans droit*» im Gesetzestext wurde der Schluss gezogen, eine schädigende Handlung sei an sich rechtswidrig und es obliege dem Schädiger zu beweisen, dass er zur schädigenden Handlung berechtigt war.<sup>14</sup> Die subjektive Widerrechtlichkeitslehre betrachtet daher jede Schädigung als widerrechtlich, sofern sich aus der Rechtsordnung keine Berechtigung zur Schädigung ergibt.<sup>15</sup> Das Wort «Recht» wird hier in seiner subjektiven Bedeutung verstanden, «*im Sinn von Berechtigung, Befugnis oder Anspruch*».<sup>16</sup> «Widerrechtlich» bedeutet hier mit anderen Worten «*non iure*».<sup>17</sup> Nach diesem Widerrechtlichkeitsverständnis verweist das Rechtswidrigkeitserfordernis von Art. 41 Abs. 1 OR *nicht* auf die gesamte Rechtsordnung, um die Deliktshaftung zu begründen. Vielmehr soll Art. 41 Abs. 1 OR selbst eine Norm sein, wonach jede zumindest fahrlässige Schädigung

<sup>11</sup> Siehe etwa BGE 116 Ia 162 (170) E. 2c; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 169–179; HONSELL HEINRICH / ISENRING BERNHARD / KESSLER MARTIN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 6 N 4; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 61; MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rzn 237 ff.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 40; REY, (Fn. 1), Rzn 810 und 834 ff.; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 22.03; kritisch zu dieser Zweiteilung des Verschuldensbegriffs FELLMANN WALTER, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106 (1987) I, S. 339 ff. (zit. FELLMANN, Verschuldensbegriff), S. 354 f.; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.66; WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. WERRO, responsabilité civile), Rzn 259 ff., betrachtet demgegenüber den Sorgfaltsmangel als objektive Komponente des Verschuldens, während die subjektive Komponente aus der Urteilsfähigkeit sowie dem Vorsatz oder der inneren Unsorgfalt bestehen soll.

<sup>12</sup> Vgl. bzgl. Letztgenanntem etwa HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 1 N 13; KELLER A., (Fn. 4), S. 49 f.; REY, (Fn. 1), Rz. 66.

<sup>13</sup> Hervorhebung durch Unterstreichung hinzugefügt.

<sup>14</sup> Siehe BURCKHARDT WALTHER, Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch, ZStrR 15 (1902), S. 233 ff. (zit. BURCKHARDT W., Anforderungen), S. 238–240, m. H. auf § 823 BGB (seiner Ansicht nach sollte es bei Art. 41 Abs. 1 OR heissen: «*wer dem andern, ohne hierzu besonders berechtigt zu sein, Schaden zufügt [...]*»).

<sup>15</sup> DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 6 N 8; GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Diss. Freiburg i. Ue. 1987, Rzn 281 und 357.

<sup>16</sup> GABRIEL, (Fn. 15), Rzn 213 und 288.

<sup>17</sup> WINIGER BÉNÉDICT, Une définition ambivalente et 2000 ans de confusion: illicéité objective et subjective, in: Guillod Olivier / Müller Christoph (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, FS Pierre Wessner, Basel 2011, S. 265 ff., S. 268 f.

gung verboten ist, während das Wort «widerrechtlich» auf den Ausnahmefall der rechtmässigen Schädigung hinweist.<sup>18</sup> Das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit beschränkt sich somit auf die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen und ist dementsprechend ein negatives Tatbestandselement.<sup>19</sup> Man spricht deshalb teilweise statt von der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie von der sog. negativen Widerrechtlichkeitstheorie.<sup>20</sup> Da die Beweislast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beim Schädiger liegt, bringt die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie eine Beweiserleichterung für den Geschädigten mit sich: dieser braucht sich um die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit (vorerst) nicht zu kümmern.

### c) Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie

[Rz 6] Das Prinzip, auf dem die objektive Widerrechtlichkeitstheorie beruht, haben KARL OFTINGER sowie PIERRE WIDMER folgendermassen treffend formuliert: «*Alles, was nicht verboten ist, ist erlaubt*».<sup>21</sup> Widerrechtlich ist dieser Theorie zufolge jedes schädigende Verhalten, das gegen die geschriebenen und ungeschriebenen Verhaltensnormen der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsgutes dienen.<sup>22</sup> Das Wort «Recht» versteht man bei dieser Widerrechtlichkeitslehre in seiner objektiven Bedeutung, es meint also «*die Gesamtheit der rechtsverbindlichen Normen*».<sup>23</sup> «Widerrechtlich» bedeutet hier mit anderen Worten «*contra ius*».<sup>24</sup>

[Rz 7] Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie tritt die Rechtswidrigkeit traditionellerweise in zwei Formen auf, nämlich als Erfolgsunrecht und als Verhaltensunrecht. Bei der Erfolgsunrechtslehre und der Verhaltensunrechtslehre handelt es sich um zwei verschiedene Ansätze zur Begründung der Widerrechtlichkeit im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie.<sup>25</sup> Beim Erfolgsunrecht folgt die Widerrechtlichkeit aus der Beeinträchtigung eines sog. absolut geschützten Rechtsgutes.<sup>26</sup> Zu diesen Rechtsgütern zählt die Lehre allem voran das Leben, die physische und die psychische Integrität einer Person, das Eigentum, die beschränkt dinglichen Rechte und die Immaterialgüterrechte.<sup>27</sup> Nach herrschender Lehre gehört ausserdem der Besitz dazu.<sup>28</sup> Beim

---

<sup>18</sup> GMÜR, (Fn. 4), S. 621.

<sup>19</sup> BURCKHARDT CARL CHRISTOPH, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 22 (1903), S. 469 ff. (zit. BURCKHARDT C. CHR.), S. 514; GABRIEL, (Fn. 15), Rzn 356 f.

<sup>20</sup> Siehe DARBELLAY, (Fn. 4), S. 56; GABRIEL, (Fn. 15), Rz. 282; KÄNZIG, (Fn. 4), S. 41. Andere Autoren sprechen wiederum von der sog. absoluten Widerrechtlichkeitstheorie (siehe PFISTER, (Fn. 4), S. 82).

<sup>21</sup> OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, Zürich 1940, § 4 Fn. 9; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.46, der jedoch von «*ausdrücklich verboten*» spricht, was zu eng formuliert ist, weil auch ungeschriebene Verhaltensnormen die Widerrechtlichkeit begründen können.

<sup>22</sup> Vgl. statt vieler FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 337.

<sup>23</sup> GABRIEL, (Fn. 15), Rzn 213–215 und 227.

<sup>24</sup> Vgl. DARBELLAY, (Fn. 4), S. 60 f.; WINIGER, (Fn. 17), S. 266–268.

<sup>25</sup> Vgl. CARTIER MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. St. Gallen 2007, Rzn 19 ff.

<sup>26</sup> Vgl. statt vieler BREHM, BK, (Fn. 1), OR 41 N 35; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 23 f.; REY, (Fn. 1), Rz. 686. Regelmässig spricht man statt von der Verletzung eines Rechtsgutes von der Verletzung eines absoluten Rechts (vgl. hinten Rz. 21, m. Verw.). Die Lehre vom Erfolgsunrecht wird auch als Rechtsgüterverletzungstheorie bezeichnet (siehe OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 30).

<sup>27</sup> Statt vieler BREHM, BK, (Fn. 1), OR 41 N 35 f.; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 33; REY, (Fn. 1), Rzn 686 ff.

<sup>28</sup> Siehe etwa BREHM, BK, (Fn. 1), OR 41 N 35; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 33; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 44 f.; OSER / SCHÖNENBERGER, ZK, (Fn. 7), OR 41 N 14; WIDMER P., (Fn. 1), Rz. 2.47; a. M. MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 159; REY, (Fn. 1), Rz. 692; zudem offenbar auch BGE 119 II 127 (129) E. 3.

Verhaltensunrecht<sup>29</sup> leitet man die Widerrechtlichkeit nicht aus einem bestimmten Erfolg ab, sondern aus dem Verhalten des Schädigers, welches an den Verhaltensnormen des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts gemessen wird, die vor Schäden der eingetretenen Art schützen sollen – den sog. Schutznormen.<sup>30</sup> Das Verhaltensunrecht betrifft hauptsächlich reine Vermögensschäden, denn das Vermögen gilt im Haftpflichtrecht nicht als absolut geschütztes Rechtsgut, sondern soll nur gegenüber bestimmten Beeinträchtigungsursachen rechtlichen Schutz genießen.<sup>31</sup>

[Rz 8] Innerhalb der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie lassen sich unterschiedlich nuancierte Erscheinungsformen dieser Theorie ausmachen.<sup>32</sup> Nach weit verbreiteter Ansicht liegt das sog. Erfolgsunrecht dann vor, wenn gegen eine Norm verstossen wird, die ein absolut geschütztes Rechtsgut schützt, *und* das geschützte Rechtsgut verletzt wird.<sup>33</sup> Man bezeichnet diese Erscheinungsform der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie daher vereinzelt als *Normwiderrechtlichkeitstheorie*.<sup>34</sup> Normen, die solche absolut geschützten Rechtsgüter schützen, findet man in der gesamten Rechtsordnung.<sup>35</sup> Nach MAX KELLER und SONJA GABI sind diese Art von Rechtsgütern durch fünf Grundschutznormen<sup>36</sup> geschützt, die «*zusammen einen Verhaltenskodex bilden, der die rechtlichen Aspekte des menschlichen Zusammenlebens in seinen Grundzügen regelt*».<sup>37</sup> Der Verstoss gegen eine solche Grundschutznorm soll die Widerrechtlichkeit begründen. Allerdings sind diese Grundschutznormen derart abstrakt und vage, dass die Widerrechtlichkeit letztendlich aus der Beeinträchtigung des absolut geschützten Rechtsgutes abgeleitet wird.<sup>38</sup> Obschon auch beim Erfolgsunrecht ein Verstoss gegen eine Schutznorm gefordert wird, erlangt die Suche nach Schutznormen daher vor allem beim Verhaltensunrecht Bedeutung, d. h. im Falle von reinen Vermögensschäden.<sup>39</sup> Nach anderer Lehrmeinung soll es beim Erfolgsunrecht nur auf die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes ankommen; mehr wird für die Begründung der Rechtswidrigkeit nicht verlangt.<sup>40</sup> Die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes soll also per se rechtswidrig sein und nur durch einen Rechtfertigungsgrund rechtmässig werden können.<sup>41</sup> Man bezeichnet diese (verkürzte) Variante der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie zum Teil als *Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie*.<sup>42</sup> Letztendlich begründet man sowohl bei der Normwi-

---

<sup>29</sup> Auch als Schutznormtheorie oder Normverstosstheorie bezeichnet (siehe CARTIER, (Fn. 25), Rz. 91; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 31).

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler AEPLI VIKTOR, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, SJZ 93 (1997), S. 405 ff., S. 407; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 41 f.; REY, (Fn. 1), Rz. 695.

<sup>31</sup> Vgl. statt vieler BGE 135 V 373 (376) E. 2.4; BREHM, BK, (Fn. 1), OR 41 N 38d f.; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 45.

<sup>32</sup> Dazu auch VERDE, (Fn. 3), Rzn 299–306.

<sup>33</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47; REY, (Fn. 1), Rzn 672 und 674, ferner 686; vgl. BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 35 ff.

<sup>34</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47; REY, (Fn. 1), Rzn 673 f.

<sup>35</sup> Vgl. KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 52; REY, (Fn. 1), Rzn 686 ff.

<sup>36</sup> Siehe hinten Rz. 20.

<sup>37</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 46 f. (bereits in den Voraufgaben).

<sup>38</sup> Vgl. KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 51.

<sup>39</sup> Vgl. REY, (Fn. 1), Rzn 686 und 696.

<sup>40</sup> Vgl. KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47; REY, (Fn. 1), Rz. 674; STARK, (Fn. 4), Rzn 255 und 260.

<sup>41</sup> KELLER A., (Fn. 4), S. 107; OFTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 43 f. und 102; STARK, (Fn. 4), Rzn 263 (wonach bei den Kausalhaftungen auf die Rechtsgutverletzung abgestellt werden müsse) und 272; WIDMER PIERRE / KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Privatrechtliche Haftung*, in: Münch Peter / Weber Stephan (Hrsg.), *Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung*, 2. Aufl., Basel 2015, § 2, Rzn 2.75 f.

<sup>42</sup> Siehe REY, (Fn. 1), Rz. 674.

derrechtlichkeitstheorie als auch bei der Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie die Rechtswidrigkeit mit der Rechtsgutbeeinträchtigung (d. h. mit dem Erfolgsunrecht), sofern ein absolut geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Unterschiede bestehen nur bei Unterlassungen sowie bei den Gefährdungshaftungen: Bei Unterlassungen kann nur die Normwiderrechtlichkeitstheorie die Rechtswidrigkeit begründen, da mangels einer allgemeinen Pflicht, zugunsten anderer tätig zu werden, der Erfolgseintritt allein keine Widerrechtlichkeit zu begründen vermag und diese Widerrechtlichkeitslehre neben der Rechtsgutbeeinträchtigung stets auch einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm voraussetzt, d. h. auch gegen Handlungsgebote.<sup>43</sup> Bei den Gefährdungshaftungen wird hingegen regelmässig kein Normverstoss vorliegen, sodass die Rechtswidrigkeit allein mit dem Erfolgseintritt begründet werden muss, wenn sie auch dort Haftungsvoraussetzung sein soll.<sup>44</sup> Nach einer dritten Ausprägung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie kann die Rechtswidrigkeit nur in einem Verhalten liegen, dass gegen eine Verhaltensnorm verstösst, nicht aber aus dem Eintritt einer Rechtsgutbeeinträchtigung folgen.<sup>45</sup> Die Rechtswidrigkeit kann demnach nur aus dem sog. Verhaltensunrecht bestehen, selbst wenn ein absolut geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt wird.

#### d) Die «dritte Widerrechtlichkeitstheorie»

[Rz 9] Bei den unter dem Titel «dritte Widerrechtlichkeitstheorie» zusammengefassten Widerrechtlichkeitslehren handelt es sich um diverse neue, ähnlich konzipierte Theorien, welche die Widerrechtlichkeit mit dem Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht, gegen eine Schutzpflicht oder gegen ein überwiegendes Interesse begründen.<sup>46</sup>

[Rz 10] Besonders verbreitet ist das Verständnis der Widerrechtlichkeit als Verletzung der im Verkehr erforderlichen (äusseren) Sorgfalt.<sup>47</sup> Massgebend ist demnach, ob gegen eine Verhaltensnorm verstossen oder die im Verkehr gebotene Sorgfalt nicht beachtet wird.<sup>48</sup> Im Grunde genommen stellt auch diese Widerrechtlichkeitslehre eine Form der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie dar, nämlich eine Weiterentwicklung des Verhaltensunrechts.<sup>49</sup> Von dieser unterscheidet sich jene hauptsächlich in der Abgrenzung der Widerrechtlichkeit vom Verschulden: Das objekti-

---

<sup>43</sup> Vgl. hinten Rz. 24.

<sup>44</sup> Vgl. GIGER, (Fn. 4), S. 383; REY, (Fn. 1), Rzn 674 ff.; STARK, (Fn. 4), Rz. 261. Allerdings überzeugt die Begründung der Widerrechtlichkeit anhand des Erfolgseintritts bei den Gefährdungshaftungen nicht (dazu hinten Rz. 29 ff.).

<sup>45</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 492 f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rzn 334 ff.; GIGER, (Fn. 4), S. 382 f.; KÄNZIG, (Fn. 4), S. 63 und 76; LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 143; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276 f.

<sup>46</sup> Siehe dazu die Darstellung bei VERDE, (Fn. 3), Rzn 311–319; zudem FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 477. Siehe zu diesen verschiedenen Widerrechtlichkeitslehren etwa CARTIER, (Fn. 25), Rzn 334 ff.; PERRIG WERNER, Über den Begriff der Widerrechtlichkeit, SJZ 55 (1959), S. 325 ff., S. 327 f.; ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht), Rzn 40 und 220; SCHÖNENBERGER BEAT, Kommentar zu den Art. 41–59a und 61 OR, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. SCHÖNENBERGER, KUKO), OR 41 N 26.

<sup>47</sup> Diese Widerrechtlichkeitslehre vertreten namentlich BOSSHARD ERICH, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1988, S. 111 und 118; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 95; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 40 und 220; WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 120 (2001) I, S. 101 ff. (zit. WIDMER C.), S. 110–113; ablehnend namentlich RASCHEIN HEINZ, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1985 (zit. RASCHEIN, Widerrechtlichkeit), S. 199 f.; WEBER R., (Fn. 4), S. 49 f.

<sup>48</sup> BOSSHARD, (Fn. 47), S. 111; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 2 und § 6 N 21; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 40, 48 und 220.

<sup>49</sup> Weitgehend gl. M. CARTIER, (Fn. 25), Rz. 245.



ve Element des Verschuldens, d. h. die Abweichung des schädigenden Verhaltens vom unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten,<sup>50</sup> prüft man hier im Unterschied zur herkömmlichen objektiven Widerrechtlichkeitstheorie im Rahmen der Widerrechtlichkeit statt beim Verschulden.<sup>51</sup> Dies führt dazu, dass der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens die objektive Komponente entzogen wird (zumindest soweit kein Vorsatz vorliegt).<sup>52</sup> Die Vertreter dieser Widerrechtlichkeitstheorie gehen unterschiedlich damit um: HEINRICH HONSELL sowie VITO ROBERTO zum Beispiel sind der Meinung, dass das Haftungserfordernis des Verschuldens auf das subjektive Element zu reduzieren sei, nämlich der Urteilsfähigkeit.<sup>53</sup> ERICH BOSSHARD hingegen möchte das Verschulden nicht auf die Frage der Urteilsfähigkeit beschränken, sondern plädiert für einen subjektivierten Verschuldensbegriff.<sup>54</sup>

[Rz 11] Demgegenüber ist die insbesondere<sup>55</sup> von MICHAEL CARTIER vertretene, auf eine Interessenabwägung basierende Widerrechtlichkeitstheorie bisher kaum beachtet worden. Sie beruht auf der Überlegung, eine Haftung basiere letztendlich auf die höhere Bewertung des Integritätsinteresses des Geschädigten im Verhältnis zum Aktivitätsinteresse des Schädigers.<sup>56</sup> Dass durch die Existenz von Rechtfertigungsgründen die Widerrechtlichkeit aufgrund des Verhältnisses der betroffenen Interessen zueinander aufgehoben werde, sei ein Beweis dafür, dass die Widerrechtlichkeit aus dem Verhältnis der betroffenen Interessen hervorgehe.<sup>57</sup> Dem Widerrechtlichkeitsurteil soll eine umfassende Interessenabwägung durch den Richter zugrunde liegen.<sup>58</sup> Auf «*vorbestimmte und starre Kriterien der Widerrechtlichkeit*», wie geschriebene Schutznormen oder die Definition absoluter Rechte, soll verzichtet werden zugunsten einer flexiblen Beurteilung von Haftpflichtfällen.<sup>59</sup> Stattdessen sollen im Rahmen der richterlichen Interessenabwägung diverse Kriterien als Richtlinien und Orientierungsmarken herangezogen werden, wie der Wert des schädigenden Verhaltens und derjenige des von diesem Verhalten betroffenen Rechtsgutes, eine allfällige Risikoübernahme durch den Schädiger oder den Geschädigten sowie Indizien, die auf bereits getroffene Interessenabwägungen hinweisen und sich aus Berufsregeln, gesetzliche Verhaltenspflichten oder Verkehrssitten ergeben können.<sup>60</sup> In Bezug auf das Verschulden deckt sich diese Widerrechtlichkeitstheorie weitgehend mit der objektiven Theorie; auch hier geht man von einem objektivierten Verschuldensbegriff aus.<sup>61</sup> Allerdings soll die Fahrlässigkeit (als Verschuldensform) gemäss CARTIER nicht aus dem äusseren Verhalten, sondern aus der inneren Sorgfalt – verstanden als intellektueller Vorgang – bestehen.

---

<sup>50</sup> Zur objektiven Komponente des Verschuldens siehe vorne Rz. 4.

<sup>51</sup> Siehe HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 1), Rzn 40, 48 und 220.

<sup>52</sup> Vgl. dazu hinten Rz. 67 ff.

<sup>53</sup> HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 1), Rzn 40 und 231.

<sup>54</sup> BOSSHARD, (Fn. 47), S. 118 und 120.

<sup>55</sup> Neben CARTIER, (Fn. 25), kann im schweizerischen Haftpflichtrecht auch PERRIG, (Fn. 46), als Vertreter dieses Widerrechtlichkeitskonzepts genannt werden.

<sup>56</sup> Vgl. CARTIER, (Fn. 25), Rz. 383.

<sup>57</sup> PERRIG, (Fn. 46), S. 327.

<sup>58</sup> CARTIER, (Fn. 25), Rz. 334.

<sup>59</sup> CARTIER, (Fn. 25), Rz. 361.

<sup>60</sup> CARTIER, (Fn. 25), Rzn 362–379; ähnlich PERRIG, (Fn. 46), S. 328, wonach das Interessenverhältnis vom Standpunkt der Rechtsordnung aus beurteilt werden müsse.

<sup>61</sup> Hierzu und zum Folgenden CARTIER, (Fn. 25), Rzn 426–448.

## 2. Stand der Diskussion

[Rz 12] Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie hat nur wenige Anhänger<sup>62</sup> gefunden. Der gegen ihr (meines Erachtens zu Recht) erhobene Hauptvorwurf lautet, dass es dem System der schweizerischen Rechtsordnung widerspricht, wenn jemand die Rechtmässigkeit seines Verhaltens beweisen muss, da die Freiheit vermutet wird; es obliegt dem Geschädigten zu beweisen, dass der Schadenverursacher gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat.<sup>63</sup> Auch die Widerrechtlichkeitstheorien, wonach die Rechtswidrigkeit anhand einer Schutzpflichtverletzung oder mit einem Verstoss gegen ein überwiegendes Interesse begründet werden soll, fristen ein Schattendasein.

[Rz 13] Am meisten Zustimmung in der Lehre hat die objektive Widerrechtlichkeitstheorie gefunden mit ihrer Unterteilung der Widerrechtlichkeit in die Erscheinungsformen des Erfolgsunrechts und des Verhaltensunrechts.<sup>64</sup> Die einen Autoren weisen darauf hin, dass die Verletzung der absolut geschützten Rechtsgüter per se widerrechtlich sei (Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie),<sup>65</sup> während andere darauf hinweisen, dass mit deren Verletzung zugleich ein Verstoss gegen eine sie schützende Rechtsnorm vorliegt (Normwiderrechtlichkeitstheorie).<sup>66</sup> Auch das Bundesgericht hat sich ausdrücklich zur objektiven Widerrechtlichkeitstheorie bekannt.<sup>67</sup> Ihm zufolge liegt die für eine Deliktshaftung erforderliche Widerrechtlichkeit dann vor, wenn die Schadenszufügung «gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensunrecht)». <sup>68</sup>

<sup>62</sup> Namentlich BURCKHARDT C. CHR., (Fn. 19), S. 514; BURCKHARDT W., (Fn. 14), Anforderungen, S. 240; GABRIEL, (Fn. 15), Rzn 898 ff.; GMÜR, (Fn. 4), S. 621.

<sup>63</sup> Siehe DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 6 N 11; WIDMER PIERRE / WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht (ohne Ortsangabe und Erscheinungsjahr), S. 96; ähnlich PFISTER, (Fn. 4), S. 82; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.46; zudem DARBELLAY, (Fn. 4), S. 60.

<sup>64</sup> Dieser Lehre zur Widerrechtlichkeit folgen namentlich BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012, Rz. 1835; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 33g–41b; DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 6 N 13 ff.; ENGEL, (Fn. 1), S. 452; GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., bearbeitet von Koller Alfred / Schnyder Anton K. / Druey Jean Nicolas, Zürich 2000 (zit. GUHL / [BEARBEITER]), GUHL / KOLLER, § 24 N 4 f.; HEIERLI, (Fn. 9), Rzn 530 ff. und 553; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 33; KELLER A., (Fn. 4), S. 107 f.; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 43 ff.; MERZ, (Fn. 3), S. 308 ff.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 22; OSER / SCHÖNENBERGER, (Fn. 7), ZK, OR 41 N 9 – 11; RASCHHEIN HEINZ, Thesen zum System des schweizerischen Haftpflichtrechts, recht 6 (1988), S. 83 ff. (zit. RASCHHEIN, Thesen), S. 89 f.; DERS., Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 248; REY, (Fn. 1), Rzn 682 ff.; SCHNYDER / PORTMANN / MÜLLER-CHEN, (Fn. 1), Rzn 146 ff.; v. TUHR / PETER, (Fn. 6), S. 408–413; WIDMER P., (Fn. 4), Rzn 2.46–2.49; WIDMER / KRAUSKOPF, (Fn. 41), Rzn 2.75–2.80.

<sup>65</sup> So namentlich KELLER A., S. 107; MERZ, S. 309; OFTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 43 f.; STARK, Rzn 255 und 263 f.

<sup>66</sup> Siehe etwa BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 35 ff.; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47 und 51; REY, (Fn. 1), Rzn 682 und 686 ff.

<sup>67</sup> BGE 115 II 15 (18) E. 3a; 82 II 25 (28) E. 1; zudem bspw. Urteil des Bundesgerichts 2C\_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a; BGE 119 II 127 (128) E. 3; 33 II 564 (568) E. 3.

<sup>68</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2010 E. 2b; zudem etwa, mit teils abweichender Formulierung, Urteil des Bundesgerichts 4A\_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_594/2009 vom 27. Juli 2010 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_468/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_59/2009 vom 7. September 2009 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.2.1; BGE 132 III 122 (130) E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.296/1999 E. 1a; BGE 122 III 176 (192) E. 7b; 119 II 127 (128) E. 3; 117 II 315 (317) E. 4d; 115 II 15 (18) E. 3a. Bis in die Achtzigerjahre verwendete das Bundesgericht einen verhaltensbezogeneren Textbaustein zur Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit: Diesem zufolge ist ein Verhalten dann rechtswidrig, wenn es «gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.» (BGE 95 II 481 [491] E. 6; ebenso bspw. in BGE 109 II 123 [124] E. 2a; 95 III 83 [91] E. 6c; 91 I 449 [453] E. 3; 88 II 276 [280 f.] E. 4a; 82 II 25 [28] E. 1; 30 II 567 [571] E. 3b).

[Rz 14] Diese objektive Widerrechtlichkeitstheorie mit den beiden Erscheinungsformen Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht steht zunehmend in der Kritik: Einerseits wirft man ihr vor, dass sie reine Vermögensschäden diskriminiere.<sup>69</sup> Andererseits lehnt eine zunehmende Anzahl Autoren das Erfolgsunrecht ab und betrachtet eine verhaltensbezogene Widerrechtlichkeitsbegründung als die einzig richtige.<sup>70</sup> Die neuere Lehre tendiert mit anderen Worten zum Verständnis der Widerrechtlichkeit als Verhaltensunrecht, d. h. als Verletzung einer Verhaltenspflicht in Form eines Verbots oder Gebots der Rechtsordnung, die nicht einfach aus dem Erfolg hergeleitet werden kann.<sup>71</sup> Man könnte beinahe von einer neuen herrschenden Lehre sprechen, hätten die einzelnen Autoren nicht unterschiedliche Vorstellungen<sup>72</sup> darüber, wie die Widerrechtlichkeit verhaltensbezogen zu begründen sei.

### III. Der hier vertretene Standpunkt zur Widerrechtlichkeit

#### 1. Grundsätzliche Überlegungen zur Widerrechtlichkeit

[Rz 15] Die Rechtsordnung hat den Menschen als Adressaten und sein Verhalten als Gegenstand.<sup>73</sup> Naturereignisse oder das Verhalten von Tieren sind als solche zunächst einmal recht-

<sup>69</sup> Siehe etwa CARTIER, (Fn. 25), Rzn 237 ff.; CHAUDET FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, ZSR 113 (1994) II, S. 1 ff., Rzn 34 und 59; GAUCH PETER / SWEET JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Forstmoser Peter / Giger Hans / Heini Anton / Schlupe Walter R. (Hrsg.), FS Max Keller, Zürich 1989, S. 117 ff., S. 119; KUONEN NICOLAS, La responsabilité précontractuelle, Diss. Freiburg i. Ue. 2007, Rzn 1387–1399; KRAMER ERNST A., «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 2 (1984), S. 128 ff. (zit. KRAMER, Stromkabelbeschädigungen), S. 132; MISTELI, (Fn. 4), S. 81–100; ROTH MONIKA, Die Ständeregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und aus Delikt, Diss. Basel 2004, S. 213–215.

<sup>70</sup> Siehe BOSSHARD, (Fn. 47), S. 102; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 492 f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rzn 334 f.; GIGER, (Fn. 4), S. 382 f.; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 2; KOLLER ALFRED, Ausservertragliche Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung?, Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, FS Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 367 ff., S. 370; KUONEN, Rzn 1385 f. und 1413 ff.; LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 142; MISTELI, (Fn. 4), S. 107 f. und 279; MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, S. 289 ff., S. 300–302; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 95; OVERNEY ALEXIS, Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée?, in: Fuhrer Stephan / Chappuis Christine (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, LA Roland Brehm, Bern 2012, S. 293 ff., S. 308 f.; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276 f.; PEYER PATRIK R., Zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, recht 20 (2002), S. 99 ff., S. 107; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 40 und 254; DERS., Vermögensschutz, (Fn. 4), S. 518 f.; DERS., Schadensrecht, (Fn. 78), S. 91 f.; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 50.31 (wobei man in Ausnahmefällen gegebenenfalls auf das Erfolgsunrecht zurückgreifen könne); SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 2004, S. 3 ff. (zit. SCHÖNENBERGER, Widerrechtlichkeit), S. 12; WERRO, CR, (Fn. 1), OR 41 N 87 f.; WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 21 (2003), S. 12 ff. (zit. WERRO, Vertrauenshaftung), S. 14; WIDMER C., (Fn. 47), S. 110–113. Neu ist dieser Standpunkt nicht, er wurde in der Schweiz bereits namentlich von KÄNZIG, (Fn. 4), (S. 76, 116 und 207) und OFTINGER, (Fn. 21), (S. 94 ff., besonders Fn. 16) vertreten.

<sup>71</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass man im Strafrecht schon seit langem erkannt hat, dass die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens stets auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm beruht und nicht einfach aus dem Eintritt eines bestimmten Erfolges abgeleitet werden kann (lediglich zu Beginn des 20. Jahrhunderts vertraten einzelne Autoren auf diesem Rechtsgebiet noch eine erfolgsbezogene Rechtswidrigkeitslehre) (dazu VERDE, (Fn. 3), Rz. 158, m. Verw.).

<sup>72</sup> Siehe vorne Rz. 8–11 und 37.

<sup>73</sup> Vgl. etwa ARZT GUNTHER, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Basel 1996, S. 1; BOSSHARD, (Fn. 47), S. 16; BUCHER EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich 1965 (zit. BUCHER E.), S. 42 und 45; DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rz. 246, m. w. Verw.; FIKENTSCHER / HEINEMANN, Rz. 637; FORSTMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 6 N 4, 11 und 16; HENKEL HEINRICH, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1977, S. 44; KELSEN HANS, Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. v. Ringhofer Kurt / Walter Robert, Wien 1979, S. 71 ff.; MOOR PIERRE, Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit, Genf / Brüssel 2010, S. 140 f.; MÜNZZBERG WOLFGANG, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Habil. Frankfurt a. M. 1965, S. 53; SCHLUPE WALTER RENÉ, Einladung zur Rechts-

lich neutrale Fakten; erst in Verbindung mit menschlichem Verhalten erlangen sie eine rechtliche Bedeutung.<sup>74</sup> Soweit die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten von Tieren, Sachen oder juristischen Personen oder den Bestand, den Eintritt oder das Ausbleiben eines bestimmten Zustandes oder Ereignisses verlangt, kann sie dies nur durch eine Aufforderung an ihre Adressaten zu einem entsprechenden Hinwirken tun.<sup>75</sup> Daraus folgt dreierlei:

[Rz 16] Erstens, dass die Rechtsordnung die Rechtsgüter<sup>76</sup> nur über die Lenkung menschlichen Verhaltens schützen kann.<sup>77</sup> Dabei kann die Rechtsordnung nur bestimmte Verhaltensweisen verbieten oder gebieten, um ein Rechtsgut zu schützen, nicht aber die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes als solche.<sup>78</sup> Der Schutz von Rechtsgütern ist also stets mit Verhaltenspflichten verbunden. Wenn die Rechtsordnung sagt, ein bestimmter Zustand solle sein oder nicht sein, kann dies nur bedeuten, dass sie von ihren Adressaten fordert, einen solchen Zustand herbeizuführen, nicht herbeizuführen oder zu beseitigen.<sup>79</sup>

[Rz 17] Zweitens, dass sich das Prädikat «rechtswidrig» grundsätzlich auf menschliches Verhalten beziehen muss.<sup>80</sup> Würde man das Prädikat «rechtswidrig» statt nur auf menschliches Verhalten auch auf Zustände, auf nicht durch menschliches Verhalten bewirkte Ereignisse oder auf das Verhalten von Tieren beziehen, müsste die Rechtsordnung konsequenterweise auch Tiere, Gegenstände oder die Natur zu ihren Adressaten machen.<sup>81</sup>

---

theorie, Bern 2006 (zit. SCHLUEP, Rechtstheorie), Rz. 376; STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 639; ZIMMERMANN LEOPOLD, Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930, S. 5; ZITELMANN ERNST, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 1 ff., S. 3 f.

<sup>74</sup> Vgl. BRÜGGEMEIER GERT, Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin / Heidelberg 2006 (zit. BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht), S. 23.

<sup>75</sup> Gl. M. LORENZ DIETER, Der Massstab des einsichtigen Menschen, Bad Homburg 1967, S. 18; WALTER TONIO, Der Kern des Strafrechts, Tübingen 2006 (zugl. Habil. Freiburg i. Brsg. 2004), S. 82.

<sup>76</sup> Zum Begriff «Rechtsgut» und zu den verschiedenen Gattungen von Rechtsgütern siehe VERDE, (Fn. 3), RZn 32–88.

<sup>77</sup> GEIGER THEODOR, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 123; HEINRICH MANFRED, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002 (zugl. Habil. München 2001), S. 112; RUDOLPH HANS-JOACHIM, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1 – 45b StGB, hrsg. v. Wolter Jürgen, 8. Aufl., Loseblatt, 26. Lieferung, Köln 1997, Vor § 1 N 2; WOLTER JÜRGEN, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgzurechnung, ZStW 89 (1977), S. 649 ff. (zit. WOLTER, Irrtum), S. 672; ZOLL ANDRZEJ, Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: Schönemann Bernd et al. (Hrsg.), FS Claus Roxin, Berlin 2001, S. 93 ff., S. 99; ferner DESAX MARCUS, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg i. Ue. 1976, S. 11; ZIELINSKI DIETHART, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, Berlin 1973 (zugl. Diss. Bonn 1972), S. 125 f.

<sup>78</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 16; DARBELLAY, (Fn. 4), S. 83; HOLD v. FERNECK ALEXANDER, Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Erster Band, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903, S. 387; MIR PUIG SANTIAGO, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, in: Dornseifer Gerhard et al. (Hrsg.), GS Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 253 ff., S. 263 f.; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 3, m. w. Verw., auch auf andere Meinungen; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 275; ROBERTO VITO, Schadensrecht, Habil. Zürich 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht), S. 91; ROXIN CLAUD, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006 (zit. ROXIN, Verbrechenslehre), § 10 N 96 und § 11 N 57; SCHWANDER VITAL, Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit, ZStrR 63 (1948), S. 281 ff. (zit. SCHWANDER V., Rechtswidrigkeit), S. 282; STRATENWERTH GÜNTER, Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht, in: Grünwald Gerald et al. (Hrsg.), FS Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, S. 177 ff. (zit. STRATENWERTH, Erfolgswert), S. 182 f.; ferner ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 195.

<sup>79</sup> Gl. M. WALTER, (Fn. 75), S. 82 f.; vgl. BAUMANN JÜRGEN / WEBER ULRICH / MITSCH WOLFGANG, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 16 N 11; ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1289; LORENZ, (Fn. 75), S. 18; SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964 (zit. SCHWANDER V., Strafrecht), Rz. 141.

<sup>80</sup> Darüber, dass sich die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit auf das menschliche Verhalten bezieht, besteht denn auch grundsätzlich Einigkeit im Haftpflichtrecht (vgl. vorne Kap. I., m. Verw. bei Fn. 4).

<sup>81</sup> WALTER, (Fn. 75), S. 82; vgl. ferner ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1280; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 20 f.

[Rz 18] Drittens, dass einer für das Widerrechtlichkeitsurteil relevanten Rechtsgutbeeinträchtigung stets ein menschliches Verhalten zugrunde liegen muss.<sup>82</sup> Beisst beispielsweise ein Hund einen Passanten, so ist die für eine Haftung nach Art. 56 OR erforderliche Widerrechtlichkeit nicht darin zu suchen, dass der Hund eine Körperverletzung verursacht hat, sondern im Verstoss des Hundehalters gegen die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten.<sup>83,84</sup>

[Rz 19] Die Rechtsordnung kann also selbst bei den absolut geschützten Rechtsgütern – wie zum Beispiel die körperliche Integrität<sup>85</sup> – den Rechtsgüterschutz nur über an Menschen gerichtete Verhaltensgebote und -verbote erreichen, deren Missachtung durch den Adressaten die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens begründet. Dabei kann der Gesetzgeber mit den Verhaltensnormen nicht das Beeinträchtigen eines Rechtsgutes untersagen, sondern nur das Schaffen von Gefahren für ein Rechtsgut verbieten oder das Abwenden einer Gefahr verlangen. Dies liegt im Umstand begründet, dass jedes Verhalten, selbst wenn es auf die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes hin gerichtet ist, vorderhand nur eine mehr oder weniger unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut bewirken kann, während der Eintritt der Rechtsgutbeeinträchtigung sowie deren Ausmass immer zumindest ein kleines bisschen vom Zufall abhängen.<sup>86</sup> Damit ist zugleich gesagt, dass bereits die Gefährdung von Rechtsgütern widerrechtlich ist, sofern sie einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm darstellt. Widerrechtlichkeit bedeutet also nicht, dass etwas geschehen ist, das nicht hätte geschehen sollen, sondern dass eine Person etwas getan hat, das sie gemäss den Verhaltensnormen nicht hätte tun dürfen, oder etwas unterlassen hat, das sie hätte tun müssen.<sup>87</sup>

## 2. Kritik an der Erfolgsunrechtslehre

### a) Erfolgsunrecht als Abkürzung zur Widerrechtlichkeit

[Rz 20] Wie hiervor<sup>88</sup> erläutert, kann die Widerrechtlichkeit des schädigenden Verhaltens auch dann nur darin liegen, dass eine Person gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, wenn der Schaden auf die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes zurückzuführen ist – etwa als Personenschaden oder als Sachschaden.<sup>89</sup> Dies verhält sich auch bei der Lehre vom Erfolgsunrecht nicht anders; auch bei ihr beruht die Widerrechtlichkeit auf den Verstoss gegen eine

---

<sup>82</sup> Im Ergebnis ebenso STRATENWERTH GÜNTER, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, ZStrR 79 (1963), S. 233 ff. (zit. STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgsunwert), S. 243 f.

<sup>83</sup> Gl. M. WERRO, CR, (Fn. 1), OR 56 N 4 und 14.

<sup>84</sup> Da es nach Art. 56 Abs. 1 OR dem Tierhalter obliegt zu beweisen, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat, enthält diese Haftungsnorm eine Vermutung der Widerrechtlichkeit.

<sup>85</sup> Vgl. zu den absolut geschützten Rechtsgütern etwa REY, (Fn. 1), Rzn 686 ff.; VERDE, (Fn. 3), Rzn 145 und 297.

<sup>86</sup> Ebenso WILHELMI RÜDIGER, Risikoschutz durch Privatrecht, Habil. Tübingen 2007, S. 137; in diesem Sinne auch DONATSCH, (Fn. 3), S. 43; STRATENWERTH, Erfolgsunwert, (Fn. 78), S. 183; DERS., Handlungs- und Erfolgsunwert, (Fn. 82), S. 245; ähnlich ferner HIRSCH HANS JOACHIM, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, in: Graul Eva / Wolf Gerhard (Hrsg.), GS Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 3 ff. (zit. HIRSCH, Unwert), S. 8; WIETHÖLTER RUDOLF, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960, S. 34; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 130 und 152 f.; vgl. auch VERDE, (Fn. 3), Rzn 89 f.

<sup>87</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 150.

<sup>88</sup> Rz. 15 ff.

<sup>89</sup> Vgl. zu diesen beiden Schadensarten etwa FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 129; VERDE, (Fn. 3), Rzn 10, 24 und 75.

Verhaltensnorm.<sup>90</sup> Es handelt sich dabei jedoch um ein sehr allgemein gehaltenes, abstraktes Gebot bzw. Verbot.<sup>91</sup> Die (oft unausgesprochen zum Ausdruck gebrachte) Verhaltensnorm lautet, dass man sich – unter Vorbehalt der Rechtfertigungsgründe – so zu verhalten hat, dass die absolut geschützten Rechtsgüter nicht beeinträchtigt werden. «Neminem laedere» ist quasi die (sehr vage)<sup>92</sup> Verhaltensgrundnorm, deren Verletzung die Erfolgsunrechtslehre aus der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes ableitet.<sup>93</sup> So wies HANS MERZ darauf hin, dass es bei der Lehre vom Erfolgsunrecht darum gehe, die «*an alle Rechtsgenossen gerichtete Verhaltensvorschrift des Du sollst nicht. . . was (nämlich fremdes Leben und Eigentum, fremde Gesundheit und körperliche Integrität, fremde Persönlichkeitsrechte und immaterielle Güterrechte verletzen) zu erkennen*».<sup>94</sup> KARL OFTINGER sowie später auch MAX KELLER und SONJA GABI haben diese Verhaltensvorschrift in fünf allgemeine Verbote resp. in fünf Grundschnitznormen unterteilt:<sup>95</sup> Sie bestehen in den Verboten, jemanden zu töten (1), jemandes körperliche oder geistig-seelische Integrität zu verletzen (2),<sup>96</sup> jemandes Persönlichkeit zu verletzen (3), jemandes Eigentum oder Besitz zu beeinträchtigen (4) sowie gegen Treu und Glauben zu handeln (5). Die Begründung der Widerrechtlichkeit mit dem Eintritt des Erfolges ist eine abgekürzte Widerrechtlichkeitsbegründung, bei welcher der Hinweis auf den Verstoss gegen eine solche Verhaltenspflicht unterbleibt.<sup>97</sup> Damit orientiert sich die Lehre vom Erfolgsunrecht an der Reflexwirkung der Verhaltensnormen, die im umfassenden Schutz der Rechtsgüter besteht.<sup>98</sup> Man spricht daher auch wie erwähnt<sup>99</sup> von der Normwiderrechtlichkeitstheorie.<sup>100</sup> Dieses Konzept der Widerrechtlichkeitsbegründung ist von einem Teil der Lehre auf die Spitze getrieben worden, indem die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes an sich schon widerrechtlich sein soll, ohne dass ein Verstoss gegen eine Grundschnitznorm erforderlich wäre.<sup>101</sup> So war EMIL WILHELM STARK der Meinung, dass die Anerkennung eines Rechtsgutes eine Norm (neminem laedere) bedeute, «*durch die jede Verletzung dieses Gutes als rechtswidrig qualifiziert wird*».<sup>102</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E., Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, BK), ZGB 2 Fn. 18; KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien 1997 (zit. KOZIOL, Haftpflichtrecht), Rz. 4/11; OFTINGER, (Fn. 21), S. 94; ZULLIGER FELIX, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Diss. Zürich 1988, S. 152; ferner LARENZ KARL / CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994 (zit. LARENZ / CANARIS, Schuldrecht), S. 366.

<sup>91</sup> Vgl. KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/11; ferner BRÜGGEMEIER GERT, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986 (zit. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht), Rz. 96.

<sup>92</sup> Vgl. BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 43; ferner BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, (Fn. 91), Rz. 96.

<sup>93</sup> GIGER, (Fn. 4), S. 379; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 30.

<sup>94</sup> MERZ, (Fn. 3), S. 309; ebenso RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 248; ähnlich OFTINGER, (Fn. 21), S. 95 f.

<sup>95</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 46 f. (bereits in den Voraufgaben); OFTINGER, (Fn. 21), S. 95 f.

<sup>96</sup> OFTINGER, (Fn. 21), S. 95, erwähnte nur die körperliche Integrität.

<sup>97</sup> Vgl. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, (Fn. 91), Rz. 95; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 107; ZULLIGER, (Fn. 90), S. 152.

<sup>98</sup> Vgl. KÄNZIG, (Fn. 4), S. 116; MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 161; OFTINGER, (Fn. 21), § 4 Fn. 16; RASCHEIN, Thesen, (Fn. 64), S. 88.

<sup>99</sup> Vorne Rz. 8.

<sup>100</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47; REY, (Fn. 1), RZn 673 f. OFTINGER, (Fn. 21), S. 96, bezeichnete die so begründete Rechtswidrigkeit als Widerrechtlichkeit im engeren Sinn.

<sup>101</sup> Vgl. zu dieser auch als Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie bezeichneten Variante der Erfolgsunrechtslehre vorne Rz. 8 und 13. Vgl. zur Entwicklung der Erfolgsunrechtslehre auch FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 485 f.

<sup>102</sup> STARK, (Fn. 4), Rz. 260.

[Rz 21] Worin der Erfolg bestehen soll, der die Widerrechtlichkeit des schädigenden Verhaltens indiziert,<sup>103</sup> wird unterschiedlich erläutert: Nach einem Teil der Lehre liegt das Erfolgsunrecht in der Verletzung eines sog. absolut geschützten Rechtsgutes;<sup>104</sup> ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass das Erfolgsunrecht aus der Verletzung eines absoluten (subjektiven) Rechts folgt.<sup>105</sup> Gemäss Bundesgericht besteht das Erfolgsunrecht in der Verletzung absoluter Rechte ohne Rechtfertigungsgrund.<sup>106</sup> Nur ausnahmsweise spricht das Bundesgericht von einer Rechtsverletzung.<sup>107</sup> Die scheinbar lediglich anderslautende Formulierung bewirkt eine Akzentverschiebung: Erblickt man nämlich die Widerrechtlichkeit in der Verletzung eines absoluten Rechts resp. eines subjektiven Rechts, so begründet man sie mit einer Rechtsverletzung.<sup>108</sup> Demgegenüber begründet man die Widerrechtlichkeit mit der Verletzung einer Realität, wenn man sie als Verletzung eines Rechtsgutes umschreibt.

[Rz 22] Bei Rechten und Realitäten handelt es sich um zwei unterschiedliche Kategorien und es ist hinsichtlich der Rechtswidrigkeit keineswegs gleichgültig, welcher man sich bedient: Begründet man nämlich die Widerrechtlichkeit mit der Beeinträchtigung eines Rechtsgutes, so orientiert man sich am Eintritt oder Ausbleiben eines Ereignisses in der Rechtsgüterwelt – nämlich der Rechtsgutbeeinträchtigung – und folgert daraus die Rechtswidrigkeit desjenigen Verhaltens, welches die Rechtsgutbeeinträchtigung unmittelbar oder mittelbar bewirkt hat. Demnach ist jede Handlung grundsätzlich widerrechtlich, die für eine Rechtsgutbeeinträchtigung kausal ist. Begrenzt wird diese automatische Schlussfolgerung lediglich durch die Rechtfertigungsgründe. Begründet man die Widerrechtlichkeit hingegen mit der Verletzung eines absoluten subjektiven Rechts, so müsste man zuerst den Umfang des subjektiven Rechts feststellen,<sup>109</sup> um in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Verhalten des Schädigers das betreffende subjektive Recht des Geschädigten missachtet und somit widerrechtlich ist. Zu prüfen wäre zunächst also, ob der Geschädigte gegenüber dem Schädiger im konkreten Fall einen Anspruch darauf hat, dass dieser das schädigende Verhalten unterlässt resp. sich auf eine bestimmte Art und Weise verhält, um die Rechtsgutbeeinträchtigung zu vermeiden.<sup>110</sup> Einem derartigen subjektivrechtlichen An-

---

<sup>103</sup> Dazu sogleich im Rz. 23 sowie in Fn. 117.

<sup>104</sup> So etwa AEPLI, (Fn. 30), S. 405; BERGER, (Fn. 64), Rz. 1835; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, OR 41 N 33; JAAG TOBIAS, Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 122 (2003) II, S. 3 ff., S. 59; KELLER A., (Fn. 4), S. 106 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 23 f.; RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 248; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.47.

<sup>105</sup> Z. B. ENGEL, (Fn. 1), S. 452; GUHL / KOLLER, (Fn. 64), § 24 N 4; HONSELL / ISENING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 1; MERZ, (Fn. 3), S. 310; MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 159.

<sup>106</sup> Siehe bspw. BGE 132 II 449 (457) E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.1; BGE 123 II 577 (581) E. 4c.

<sup>107</sup> So etwa in Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2007 vom 19. September 2007 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a; BGE 95 II 93 (106) E. II. 4b.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden JÄGER HERBERT, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957, S. 10; ferner BINDING KARL, Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, erster Band, Normen und Strafgesetze, 3. Aufl., Leipzig 1916, S. 364.

<sup>109</sup> Vgl. ferner DEUTSCH ERWIN, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Eine privatrechtliche Untersuchung, 2. Aufl., Köln 1995 (zit. DEUTSCH, FAHRLÄSSIGKEIT), S. 219; ZULLIGER, (Fn. 90), S. 152.

<sup>110</sup> Ein wesentlicher Zweck der absoluten subjektiven Rechte, die von der Rechtsordnung den Inhabern von Individualrechtsgütern verliehen werden, ist der Schutz dieser Rechtsgüter (vgl. BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009 (zit. BUCHER A.), Rzn 431 f.; HÜRLIMANN-KAUP BETTINA / SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2010, Rz. 852; LEHMANN HEINRICH / HÜBNER HEINZ, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966, S. 81; SCHLUEP WALTER RENÉ, Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964 (zit. SCHLUEP, Markenrecht), S. 279 und 321; ferner MERKEL ADOLF, Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., Berlin 1913, § 159; PORTMANN WOLFGANG, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Habil. Zürich 1995 (zit. PORTMANN, subjektive Privatrechte), Rzn 232–234 und 240). Dem-

spruch des Geschädigten entspricht ein äquivalentes Verhaltensgebot resp. -verbot, dessen Adressat der Schädiger ist.<sup>111,112</sup> Für die Begründung der Widerrechtlichkeit anhand der Verletzung eines absoluten subjektiven Rechts ist das Verhalten des Schädigers daher nicht gleichgültig.<sup>113</sup> Richtigerweise müsste man folglich bei der Begründung der Widerrechtlichkeit anhand der Verletzung eines subjektiven Rechts gleich wie bei der Verhaltensunrechtslehre darlegen, inwiefern der Schädiger gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat.<sup>114</sup> Anderes würde bedeuten, ein absolutes subjektives Recht (d. h. ein gegenüber jedermann geltendes Recht) in ein generelles absolutes subjektives Recht umzudeuten, welches nicht nur gegenüber jedem, sondern auch gegenüber allem gilt, d. h. einen allumfassenden Schutz gewähren soll (*erga omnes et omnia*).<sup>115</sup>

[Rz 23] Diese Konsequenz wird nicht gezogen: Unabhängig davon, ob unter dem Erfolgsunrecht die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes oder die Verletzung eines absoluten subjektiven Rechts verstanden wird, schliesst man bei der Lehre vom Erfolgsunrecht aus dem Eintritt der Rechtsgutbeeinträchtigung auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens und beschränkt sich im Übrigen auf die Prüfung allfälliger Rechtfertigungsgründe.<sup>116</sup> Der Geschädigte braucht nur zu beweisen, dass der Schädiger eines der absolut geschützten Rechtsgüter beeinträchtigt hat, um die Vermutung<sup>117</sup> der Widerrechtlichkeit auszulösen, während es dem Schädiger obliegt, diese Vermutung durch den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes zu widerlegen.<sup>118</sup> Im Ergebnis führt die Lehre vom Erfolgsunrecht zu einer Reduktion der Beweisführungslast bezüglich der Widerrechtlichkeit. Der Geschädigte profitiert bei der Verschuldenshaftung jedoch kaum von dieser Beweiserleichterung, muss er doch das Verhalten wenn nicht schon bei der Widerrechtlichkeit, dann eben beim Verschulden hinsichtlich dessen Sorgfaltspflichtwidrigkeit würdigen, soweit er nicht nachweist, dass der Schädiger vorsätzlich handelte.

---

entsprechend haben etwa die Inhaber des Rechtsgutes Persönlichkeit die Persönlichkeitsrechte, die Besitzer von Sachen die Besitzrechte, die Eigentümer die Eigentumsrechte und die Inhaber von Immaterialgütern die Immaterialgüterrechte (vgl. die Darstellung bei BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009, S. 18 f.; PORTMANN, subjektive Privatrechte, Rzn 265 ff.; zudem BUCHER E., (Fn. 73), S. 172). Inhalt dieser subjektiven Rechte ist vor allem der Anspruch gegenüber den anderen Rechtssubjekten darauf, dass Verhaltensweisen unterlassen werden, welche die Rechtsgüter beeinträchtigen oder gefährden (VERDE, (Fn. 3), Rz. 55).

<sup>111</sup> In diesem Sinne auch MISTELI, (Fn. 4), S. 252. Ein subjektives Recht auf ein bestimmtes Verhalten zu haben bedeutet, dass einem dieses Verhalten geschuldet ist, was wiederum heisst, dass jemand zu diesem Verhalten verpflichtet ist (vgl. ALEXYS ROBERT, Theorie der Grundrechte, Habil. Göttingen 1984, S. 186; BUCHER E., (Fn. 73), S. 60 f.; GEIGER, (fn. 77), S. 128; HORN HANS-RUDOLF, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Diss. Mainz 1962, S. 55; KÄNZIG, (Fn. 4), S. 53 f.; MERKEL, (Fn. 110), §§ 163 und 165; PORTMANN, subjektive Privatrechte, (Fn. 110), Rzn 133 und 234). Die subjektiven Rechte und die ihnen entsprechenden Verhaltenspflichten sind daher logisch äquivalent (ALEXY, S. 186).

<sup>112</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Rechtsgütern, subjektiven Rechten und objektiv-rechtlichen Pflichten VERDE, (Fn. 3), Rzn 50–58.

<sup>113</sup> A. M. MERZ, (Fn. 3), S. 309; auch das Bundesgericht vertrat im Urteil des Bundesgerichts 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a, den Standpunkt, dass das Wesen des Erfolgsunrechts darin liege, dass die Verletzung absoluter Rechte stets rechtswidrig sei, egal wie sie verursacht wurde.

<sup>114</sup> Ähnlich FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 487; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rzn 316 ff.; ferner MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 161; PORTMANN, Unrecht, S. 278; vgl. zudem KÄNZIG, (Fn. 4), S. 53 f.; ferner HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, BK, (Fn. 90), ZGB 2 N 12 ff.

<sup>115</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 433 f.; ferner MISTELI, (Fn. 4), S. 77.

<sup>116</sup> Siehe z. B. BGE 133 III 121 (128 f.) E. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a; MERZ, S. 309 f.; RASCHEN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 248 f.; WIDMER P., (Fn. 4), Rzn 2.47 und 2.49.

<sup>117</sup> Bei dieser Indizierung der Widerrechtlichkeit handelt es sich jedoch nicht um eine Vermutung im technischen Sinne.

<sup>118</sup> Gl. M. FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 173), Rz. 1408; in diesem Sinne auch DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rz. 255; ferner STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 107.



**b) Einwände gegen das Erfolgsunrecht**

**aa) Untauglich bei Unterlassungen**

[Rz 24] Gegen die Lehre vom Erfolgsunrecht ist zunächst einmal einzuwenden, dass sie – wie auch das Bundesgericht festhält<sup>119</sup> – auf die Begründung der Widerrechtlichkeit einer Handlung zugeschnitten ist. Bei Unterlassungen versagt das Konzept der allein auf den Erfolg basierenden Widerrechtlichkeit:<sup>120</sup> Unterlassen bedeutet nämlich nicht einfach «Nichtstun», sondern «etwas nicht tun».<sup>121</sup> Eine Unterlassung ist nur dann rechtswidrig, wenn sie ein Verstoss gegen eine Handlungspflicht darstellt, wobei keine allgemeine Rechtspflicht existiert, zugunsten anderer tätig zu werden.<sup>122</sup> Daher erfordert die Begründung der Widerrechtlichkeit einer Unterlassung stets den Rückgriff auf eine Schutznorm.<sup>123</sup>

**bb) Nicht zielführend bei Einwilligung in ein potenziell schädigendes Verhalten**

[Rz 25] Nicht zielführend ist die Erfolgsunrechtslehre sodann, wenn der Geschädigte rechtsgültig in ein potenziell schädigendes Verhalten eingewilligt hat unter der Bedingung, dass sich dieses Verhalten im Rahmen bestimmter Sorgfalts- resp. Verhaltensregeln bewegt. Ein solcher Sachverhalt liegt zum Beispiel vor, wenn ein Patient in einen kunstgerechten ärztlichen Eingriff oder ein Kampfsportler in einen regelkonformen Wettkampf einwilligt. Die Widerrechtlichkeit kann hier nicht aus einer Rechtsgutbeeinträchtigung abgeleitet werden, sondern ergibt sich einzig und allein aus dem Verhalten des Schädigers, der gegen die vorgenannten Sorgfalts- resp. Verhaltensregeln verstösst.<sup>124</sup>

**cc) Gleichstellung von Unrecht und Unglück**

[Rz 26] Soweit der Schädiger vorsätzlich und unmittelbar eine Rechtsgutbeeinträchtigung herbeiführt, wird die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens derart offenkundig sein, dass es nicht darauf ankommt, ob man sie anhand der Erfolgsunrechtslehre oder einer anderen Widerrechtlichkeitslehre begründet. In allen übrigen Fällen kommt man nicht darum herum, das Verhalten des Schädigers einer umfassenderen rechtlichen Würdigung zu unterziehen, als nur festzustellen, dass es die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes bewirkt hat.

[Rz 27] An dieser Stelle tritt ein weiteres Manko der Erfolgsunrechtslehre in Erscheinung: Sie vermag – abgesehen von den Rechtfertigungsgründen – die Haftung nicht zu begrenzen, son-

---

<sup>119</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b (m. Verw. auf HONSELL).

<sup>120</sup> Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A\_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 E. 2b vom 2. Oktober 2000; BERGER, (Fn. 64), Rz. 1837; ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1281; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 2; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 264; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 50.29; WILHELMI, (Fn. 86), S. 107.

<sup>121</sup> FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 13), Rz. 639; vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 42.

<sup>122</sup> Vgl. anstelle vieler Urteil des Bundesgerichts 4A\_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000 E. 2b; BGE 126 III 113 (114 f.) E. 2a/aa; 16, 194 (199) E. 3; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 56a f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 346; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/60; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 50.29; STARK, (Fn. 4), Rzn 236 f. und 283.

<sup>123</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1.

<sup>124</sup> Vgl. etwa BGE 123 II 577 (583) E. 4d/ee; 115 Ib 175 (180 f.) E. 2b; CARTIER, (Fn. 25), Rzn 146 ff.; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276.

dern qualifiziert jedes Verhalten als rechtswidrig, welches zu einer Beeinträchtigung der absolut geschützten Rechtsgüter führt. Indem die Lehre vom Erfolgssunrecht die Widerrechtlichkeit mit dem Erfolgseintritt begründet, statt sich mit dem Verhalten des Schädigers auseinanderzusetzen, verkommt der (auch bei der Erfolgssunrechtstheorie vorgenommene) Verweis auf die Gebote und Verbote der Rechtsordnung zu einer praktisch bedeutungslosen Leerformel.<sup>125</sup> Unrecht und Unglück werden in der Rubrik der Widerrechtlichkeit einander gleichgestellt.<sup>126</sup> Nach der Erfolgssunrechtslehre handelt nämlich auch derjenige widerrechtlich, der ein Messer herstellt, wenn dieses vom Käufer später als Waffe eingesetzt wird, wie auch derjenige, der ein Auto verkauft, mit welchem ein Unfall verursacht wird, diejenige, die ein Kind zur Welt bringt, welches später als Erwachsener einen Mord begeht, oder diejenige, die trotz aller Sorgfalt auf dem verschneiten Trottoir stürzt und dabei eine nebenhergehende Person zu Boden reisst.<sup>127</sup> Das keiner dieser Protagonisten für sein Tun haften soll, dürfte im Ergebnis kaum umstritten sein. Die bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit anhand der Erfolgssunrechtslehre nicht vorgenommene Haftungsbegrenzung muss folglich andernorts durchgeführt werden: sei es beim Verschulden, soweit der Schädiger sich objektiv gesehen sorgfältig verhielt, sei es bei der Adäquanz des Kausalzusammenhangs, sofern der zum Schaden führende Geschehensablauf ausserhalb der allgemeinen Lebenserfahrung und des gewöhnlichen Laufes der Dinge liegt.<sup>128</sup>

[Rz 28] Diese quasi durch die Hintertüren des Verschuldens und der Adäquanz erfolgende Haftungsbegrenzung überzeugt nicht:<sup>129</sup> Zwar ist sie solange unproblematisch, wie es sich bei der Deliktshaftung um eine Verschuldenshaftung handelt, da sie dort zum gleichen Resultat führt. Sobald es sich aber um eine Kausalhaftung handelt, fehlt die Möglichkeit, die Haftung mit dem Verschuldenserfordernis abzuwenden, da diese Haftungsart kein Verschulden voraussetzt,<sup>130</sup> während das Adäquanzerfordernis selten zur Verneinung der Haftung führen dürfte, weil die Adäquanz in der Praxis grosszügig bejaht wird.<sup>131</sup> Infolgedessen haftet etwa das Familienoberhaupt (Art. 333 Abs. 1 ZGB), der Geschäftsherr (Art. 55 OR) oder der Bund (Art. 3 Abs. 1 Verantwortlichkeitsgesetz; VG)<sup>132</sup> nach der Theorie vom Erfolgssunrecht auch dann, wenn der Schädiger

---

<sup>125</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1286 Fn. 35.

<sup>126</sup> Vgl. WIETHÖLTER, (Fn. 86), S. 35; ferner v. CAEMMERER, S. 127 f.

<sup>127</sup> Vgl. zu den Beispielen Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 5. November 1999, Sachverhalt, BJM 2001, S. 296; BOSSHARD, (Fn. 47), S. 39; v. CAEMMERER, S. 77; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 226 f.; KOLLER, (Fn. 70), S. 371; WAGNER GERHARD, Kommentar zu den §§ 823–838 und 839a–853 sowie zum Produkthaftungsgesetz, in: Säcker Franz Jürgen / Rixecker Roland / Oetker Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 6. Aufl., München 2013 (zit. WAGNER, MK), § 823 N 19.

<sup>128</sup> Vgl. BGE 41 II 90 (94); Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 5. November 1999, Sachverhalt und E. 3, BJM 2001, S. 296 ff.

<sup>129</sup> Kritisch namentlich auch CARTIER, (Fn. 25), Rzn 165 ff.; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 2; KOLLER, (Fn. 70), S. 371; MÜLLER-CHEN, (Fn. 70), S. 301; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 262 ff.; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 19 f.; ferner RÜTSCHKE BERNHARD, Staatshaftung für bewilligte Sicherheitsrisiken – warum die objektive Widerrechtlichkeitstheorie nicht funktioniert, Jusletter vom 4. April 2011, Rzn 9 ff.; WERRO, responsabilité civile, (Fn. 11), Rz. 470.

<sup>130</sup> Bzgl. Zuletzt genanntem etwa BERGER, (Fn. 64), Rz. 1877; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 1 N 13; KELLER A., (Fn. 4), S. 49 f.; REY, (Fn. 1), Rz. 66.

<sup>131</sup> Vgl. bzgl. Letztgenanntem etwa (je m. Verw. auf die Praxis) FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich 2010, Rzn 392 ff. und 397 f.; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 3 N 10; REY, (Fn. 1), Rzn 835 ff.

<sup>132</sup> Auch bei der Staatshaftung soll nach herrschender Meinung die Erfolgssunrechtslehre zur Anwendung gelangen (siehe bspw. Urteil des Bundesgerichts 2C\_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2007 vom 19. September 2007 E. 4.1; BGE 132 II 449 [456 f.] E. 3.2 f.; GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 166; HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Ver-

selbst nicht aus unerlaubter Handlung haften würde, weil ihm eine solche nicht vorgeworfen werden kann.<sup>133</sup> Abgesehen davon führt die Lehre vom Erfolgsunrecht dazu, dass sowohl die Konkretisierung der an den Schädiger gerichteten Verhaltensnorm als auch die Berücksichtigung des dem Rechtsgüterschutz entgegenstehenden Bedürfnisses des Schädigers nach Handlungsfreiheit bei der Verschuldenshaftung erst beim Verschulden und bei den milden Kausalhaftungen überhaupt nicht stattfinden.<sup>134</sup>

#### dd) Führt bei den Gefährdungshaftungen auf Irrwege

[Rz 29] Problematisch ist die Lehre vom Erfolgsunrecht schliesslich auch bei den Gefährdungshaftungen: Diese Haftungen dienen vereinfacht gesagt dazu, dem Halter / Betreiber einer erlaubten Gefahrenquelle im Gegenzug zum Nutzen, den die Gefahrenquelle für ihn erzeugt, das aus ihr resultierende Schadensrisiko aufzuerlegen.<sup>135</sup> Es handelt sich nicht um Haftungen für begangenes Unrecht, sondern um Einstandspflichten für gewisse typische Gefährdungsfolgen zulässiger Gefahrenquellen.<sup>136</sup> Eine Gefährdungshaftung tritt dann ein, wenn sich das an sich erlaubte Risiko in einer von der jeweiligen Haftungsgrundlage erfassten Rechtsgutbeeinträchtigung realisiert.<sup>137</sup> Ein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm wird nicht vorausgesetzt und in vielen Fällen auch nicht vorliegen.

[Rz 30] Nach der im schweizerischen Haftpflichtrecht herrschenden Meinung soll die Widerrechtlichkeit dennoch Voraussetzung der Gefährdungshaftungen sein und mittels des Erfolgsunrechts begründet werden.<sup>138</sup> So soll zum Beispiel bei einem Strassenverkehrsunfall nicht das verkehrskonforme oder -widrige Verhalten des Autofahrers entscheidend sein für die Widerrechtlichkeit, sondern die Verletzung der geschädigten Person.<sup>139</sup> Dies würde bedeuten, dass wenn eine auf dem Trottoir stehende Person plötzlich und unvorhersehbar vor ein korrekt fahrendes Auto springt und – trotz Vollbremsung und Ausweichmanöver – verletzt wird, die Widerrechtlichkeit ab dem Moment vorliegen würde, an dem das Auto die Person berührt.<sup>140</sup> Gleiches gälte zum Bei-

---

waltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / St. Gallen 2010, Rzn 2248–2250; JAAG, (Fn. 104), S. 59 f.; a. M. etwa RÜTSCH, (Fn. 129), Rzn 9 ff.; TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 62 N 34).

<sup>133</sup> Nach FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 484 f., versagt die Erfolgsunrechtstheorie generell bei Kausalhaftungen für fremdes Verhalten.

<sup>134</sup> Vgl. ferner STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 107, 119 und 395; WILHELMI, (Fn. 86), S. 106.

<sup>135</sup> Vgl. DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rzn 635–637; FUCHS MAXIMILIAN, Deliktsrecht, 7. Aufl., Berlin / Heidelberg 2009, S. 233; MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 21; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 510 f.; v. STAUDINGER JULIUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823–825, bearbeitet von Hager Johannes, 13. Aufl., Berlin 1999, teilweise Neubearbeitung 2009 (zit. STAUDINGER / HAGER), Vorbem. zu §§ 823 ff. N 28; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), Vor § 823 N 16; WIDMER / KRAUSKOPF, (Fn. 41), Rzn 2.20 f.; a. M. WILHELMI, (Fn. 86), S. 361 ff.; zudem JAUN MANUEL, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Habil. Bern 2007, S. 272 f., wonach die Gefährdungshaftungen nicht an eine positive Erlaubnis zu einer Gefährdung knüpfen würden. Diejenigen Rechtsnormen, die eine Gefährdungshaftung statuieren, bilden keine Verhaltensnormen (OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 Fn. 51).

<sup>136</sup> Vgl. BGHZ 24, 21 (26); SEILER HANSJÖRG, Gedanken aus risikorechtlicher Sicht zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, ZBJV 131 (1995), S. 398 ff., S. 405.

<sup>137</sup> Vgl. FUCHS, (Fn. 135), S. 233.

<sup>138</sup> Vgl. hinten Rz. 85.

<sup>139</sup> BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 33i.

<sup>140</sup> So HORN, (F. 111), S. 102; WUSSOW WERNER, Systematik des Haftpflichtrechts, Frankfurt a. M. 1958, S. 19; vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 1.

spiel auch im Fall des sich korrekt verhaltenden Lokomotivführers, dem ein Selbstmörder vor den Zug springt.<sup>141</sup> Diese in der Schweiz herrschende Lehrmeinung ist einerseits die logische Folge der von vielen Autoren vertretenen Erfolgsunrechtstheorie, denn ihr zufolge ergibt sich hier die Rechtswidrigkeit aus der Beschädigung einer Sache oder der Verletzung einer Person.<sup>142</sup> Andererseits bleibt nichts anderes übrig, als die Rechtswidrigkeit mit der Rechtsgutbeeinträchtigung zu begründen, wenn man sie in Hinblick auf die Rechtfertigung haben möchte.<sup>143</sup>

[Rz 31] Nach hier vertretener Ansicht führt die Erfolgsunrechtslehre bei den Gefährdungshaftungen auf Abwege, weswegen die Widerrechtlichkeit – da man sie hier oftmals nicht verhaltensbezogen begründen kann – keine Voraussetzung der Gefährdungshaftungen bilden kann. Dies wird besonders dann ersichtlich, wenn man das Objekt des Rechtswidrigkeitsprädikats näher betrachtet: Als widerrechtlich kann man entweder das Verhalten des Schädigers (resp. des Halters / Betreibers der Gefahrenquelle) beurteilen oder die Rechtsgutbeeinträchtigung als solche. Sofern bei den Gefährdungshaftungen gleich wie bei der Verschuldenshaftung<sup>144</sup> das Verhalten des Schädigers der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils sein soll, so hiesse dies entweder, dass man:

- (erstens) den erlaubten Betrieb einer Gefahrenquelle – wie zum Beispiel sorgfaltspflichtkonformes Autofahren – aufgrund des schädigenden Erfolges im Nachhinein als rechtswidrig unqualifiziert;
- (zweitens) den Betrieb einer Gefahrenquelle auch bei Eintritt eines schädigenden Erfolges zwar als zulässig betrachtet, die damit verbundenen Risiken aber als rechtswidrig bezeichnet; oder
- (drittens) die Handlung (beispielsweise das Autofahren) zerlegt in die Tätigkeit vor der Rechtsgutbeeinträchtigung und in diejenige im Augenblick der Rechtsgutbeeinträchtigung.<sup>145</sup>

[Rz 32] All dies wären wenig plausible Lösungen. Auch kann man nicht eine bestimmte Tätigkeit erlauben und zugleich mit Hinweis auf den in hohem Masse abstrakten Grundsatz des *neminem laedere* verlangen, dass die Realisierung der mit dieser Tätigkeit unvermeidbar verbundenen Risiken verhindert wird.<sup>146</sup> Möchte man solche Irrwege vermeiden, müsste man bei den Gefährdungshaftungen statt des Verhaltens die Rechtsgutbeeinträchtigung als solche zum Gegenstand des Prädikats «widerrechtlich» machen. Dies wird im Schrifttum tatsächlich getan: So schreibt beispielsweise ROLAND BREHM: «*So ist an sich bei einem Unfall nicht das falsche (= schuldhafte) Verhalten des Automobilisten widerrechtlich, sondern die Verletzung des Geschädigten, weil dabei ein absolutes Recht verletzt worden ist*».<sup>147</sup> Dann aber hätte man nicht nur in aller Stille das Objekt des Widerrechtlichkeitsurteils ausgewechselt, sondern auch das gekünstelte Konstrukt eines rechts-

---

<sup>141</sup> ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1284; LARENZ / CANARIS, (Fn. 90), Schuldrecht, S. 364.

<sup>142</sup> Vgl. GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 14 (1996), S. 225 ff., S. 234; KELLER A., (Fn. 4), S. 106; zudem WAGNER, MK, (Fn. 127), Vor § 823 N 19.

<sup>143</sup> Siehe STARK, (Fn. 4), Rz. 263; zudem OPTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 102. Dazu auch hinten Rz. 87.

<sup>144</sup> Vgl. vorne Rz. 2.

<sup>145</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 17; ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1284 f.; LARENZ / CANARIS, (Fn. 90), Schuldrecht, S. 610; SPICKHOFF ANDREAS, Kommentar zu den §§ 823, 827–829, 839a BGB, Anh. I zu § 823 BGB und zum Umwelthaftungsgesetz, in: Soergel Hans Theodor / Siebert Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12, §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl., Stuttgart 2005 (zit. SPICKHOFF in Soergel), § 823 N 5; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), Vorbem. zu §§ 823 ff. N 30.

<sup>146</sup> Vgl. JANSEN NILS, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003 (zugl. Habil. Regensburg 2002), S. 49.

<sup>147</sup> BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 33i (ebenso heisst es dort mit Bezug auf Art. 55 OR «*dass die Widerrechtlichkeit (= Haftungsgrund) nicht im Verhalten des Schädigers (= ev. Befreiungsmassstab), sondern schlicht in der Verletzung des*

widrigen Zustandes aus rechtmässigem Verhalten geschaffen.<sup>148</sup> Darüber hinaus wäre es dann nur folgerichtig – allerdings unsinnig –, auch jede durch ein Naturereignis (etwa ein Blitzschlag oder eine Lawine) bewirkte Sachbeschädigung oder Körperverletzung als rechtswidrig zu betrachten,<sup>149</sup> womit man die Natur zum Ansprechpartner der Rechtsordnung machen und den der Rechtsordnung immanenten Bezug zum Menschen<sup>150</sup> missachten würde.<sup>151</sup>

#### ee) Verfehlte Abhängigkeit der Widerrechtlichkeit von der Rechtsgutbeeinträchtigung

[Rz 33] Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit die Ex-post-Betrachtung massgebend.<sup>152</sup> Einige Befürworter der Erfolgsunrechtslehre vertreten die (durchaus konsequente) Auffassung, dass die Widerrechtlichkeit erst vom Zeitpunkt an vorliegt, an dem die Rechtsgutbeeinträchtigung eingetreten ist.<sup>153</sup>

[Rz 34] Darin liegt ein weiterer Mangel der Erfolgsunrechtslehre: Sie schafft nämlich eine verfehlte Abhängigkeit der Widerrechtlichkeit vom Eintritt einer Rechtsgutbeeinträchtigung resp. eines Schadens, die wenig logisch ist. Würde die Widerrechtlichkeit tatsächlich vom Erfolgseintritt abhängen, so würde zum einen ein Verhalten erst rückwirkend als rechtswidrig qualifiziert werden.<sup>154</sup> Zum anderen würde dieses Rechtswidrigkeitsurteil vom Zufall abhängen; denn ob eine bestimmte Handlung zu einer Rechtsgutbeeinträchtigung führt, hängt stets ein Stück weit von Faktoren ab, die der Schädiger zum Zeitpunkt der Handlung ebenso wenig überblicken und berücksichtigen kann wie eine verständige Drittperson, die als Massstab für den Gesetzgeber dienen mag.<sup>155</sup> Dies würde zu absurden Ergebnissen führen, wie beispielsweise, dass ein Attentäter rechtmässig handelt, wenn sein Schuss das Opfer knapp verfehlt, widerrechtlich hingegen, wenn er seine Zielperson trifft. Das entsprechende Verbot müsste dann lauten: «Es ist verboten, auf einen Menschen zu schiessen, ausser man trifft ihn nicht».<sup>156</sup> Der handelnden Person stünde damit aber keine Richtschnur zur Verfügung, an welche sie ihr Verhalten ausrichten könnte; stattdessen würde sie erst im Nachhinein erfahren, ob ihr Verhalten rechtmässig oder rechtswidrig gewesen ist, und die Gebote und Verbote der Rechtsordnung, auf die sich letztendlich auch die Lehre vom Erfolgsunrecht beruft, müssten etwas logisch Unmögliches bezwecken, nämlich ein bereits

---

*Geschädigten bzw. in der Sachbeschädigung liegt»*); siehe auch STARK, (Fn. 4), Rzn 259 f. und 263; ferner WIDMER / KRAUSKOPF, (Fn. 41), Rzn 2.75 f.

<sup>148</sup> Bzgl. Zweitgenanntem ENNECERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1284.

<sup>149</sup> Siehe KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 53 f.

<sup>150</sup> Vgl. dazu vorne Rz. 15 ff.; VERDE, (Fn. 3), Rz. 100.

<sup>151</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 37; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 211; WALTER, (Fn. 75), S. 82; ferner HOLD v. FERNECK, (Fn. 78), S. 211–214; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 3; WIETHÖLTER, (Fn. 86), S. 34.

<sup>152</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 282; OPTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 44.

<sup>153</sup> Siehe etwa KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 47; MERZ, (Fn. 3), S. 315; OPTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 24, und § 16 N 44 (Fn. 4) (*«Ein Verstoss gegen das Gebot «neminem laedere» liegt erst vor, wenn eine «laesio» eingetreten ist.»*); RASCHEN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 226.

<sup>154</sup> BOSSHARD, (Fn. 47), S. 17; KOZIOL HELMUT, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010 (zit. KOZIOL, Grundfragen), Rz. 6/8; DERS., Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/4; WILHELMI, (Fn. 86), S. 108; vgl. ferner LARENZ / CANARIS, (Fn. 90), Schuldrecht, S. 365 f.; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), § 823 N H 16.

<sup>155</sup> Vgl. zu Letzterem hinten Rz. 56 f.

<sup>156</sup> ENGISCH KARL, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (Neudruck Aalen 1964; zit. ENGISCH, Untersuchungen), S. 337 Fn. 23.

geschehenes Verhalten zu beeinflussen.<sup>157</sup> Abgesehen davon würde es hinsichtlich des Notwehrrechts dazu führen, dass der Angegriffene erst dann davon Gebrauch machen dürfte, wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung bereits eingetreten ist, da erst dann die Rechtswidrigkeit des Angriffs feststünde.<sup>158</sup>

[Rz 35] Richtigerweise ist der Eintritt der Rechtsgutbeeinträchtigung bedeutungslos für die Rechtswidrigkeit.<sup>159</sup> Wie das Bundesgericht in einem strafrechtlichen Entscheid zu Recht festgehalten hat, kann die Ex-post-Kenntnis über den Geschehensablauf «*nicht darüber entscheiden, ob eine Handlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme erlaubt oder verboten war*».<sup>160</sup> Zum einen muss die Widerrechtlichkeit schon zum Zeitpunkt des Handelns feststehen.<sup>161</sup> Zum anderen bleibt die Widerrechtlichkeit auch dann bestehen, wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung ausbleibt und das betreffende Verhalten folglich mangels Schaden für das Haftpflichtrecht keine Bedeutung erlangt.<sup>162</sup> Entscheidend für die Widerrechtlichkeit ist nicht das Ergebnis eines Verhaltens, sondern das Verhalten als solches.<sup>163</sup> Die Widerrechtlichkeit ist also nicht beispielsweise deswegen gegeben, weil eine Person von einer Kugel getroffen und verletzt wird, sondern deshalb, weil jemand auf sie geschossen hat.<sup>164</sup>

### c) **Fazit: Fort vom Erfolgsunrecht**

[Rz 36] Die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit – die wie erläutert aus dem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm besteht – kann meines Erachtens nur verhaltensbezogen begründet werden; der erfolgsbezogene Ansatz,<sup>165</sup> den die Erfolgsunrechtslehre verfolgt, ist aufgrund der eben dargelegten Einwände<sup>166</sup> abzulehnen. Zumindest im Ergebnis besteht hier somit Überein-

---

<sup>157</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 16; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rz. 6/8; DERS., Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/4; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 275.

<sup>158</sup> PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276; vgl. DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rz. 237; WILHELMI, (Fn. 86), S. 108. Dies sehen auch OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 4 N 25, und § 16 N 45 (Fn. 4), und betrachten in Bezug auf das Notwehrrecht bereits eine Gefährdung als widerrechtlich, wenn sie von einem menschlichen Verhalten ausgeht, das auf einen unmittelbar bevorstehenden Angriff hinweist.

<sup>159</sup> Vgl. STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgsunwert, (Fn. 82), S. 245 (zwar auf das Strafrecht bezogen, aber im Haftpflichtrecht genauso zutreffend).

<sup>160</sup> BGE 135 IV 56 (65) E. 2.2, m. Verw. auf STRATENWERTH.

<sup>161</sup> Übereinstimmend BOSSHARD, (Fn. 47), S. 16 und 40 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/4; MÜNZBERG, (Fn. 70), S. 109; SPICKHOFF in Soergel, (fn. 145), § 823 N 5.

<sup>162</sup> Gl. M. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 40 f.; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 56 f.; STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 632; ferner DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 226.

<sup>163</sup> So zutreffend GIGER, (Fn. 4), S. 382.

<sup>164</sup> In diesem Sinne auch BOSSHARD, (Fn. 47), S. 16; ZIPPELIUS REINHOLD, Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg, AcP 157 (1958 / 59), S. 390 ff., S. 395 und 397 f.

<sup>165</sup> Zum verhaltens- und zum erfolgsbezogenen Ansatz der Widerrechtlichkeitsbegründung vgl. VERDE, Rz. 157.

<sup>166</sup> Dem in der Lehre (etwa CARTIER, (Fn. 25), Rzn 237 ff.; CHAUDET, (Fn. 69), Rzn 34 und 59; GAUCH / SWEET, (Fn. 69) S. 119; KUONEN, (Fn. 69), Rzn 1387–1399; KRAMER, Stromkabelbeschädigungen, (Fn. 69), S. 132; MISTELI, (Fn. 4), S. 81–100; ROTH, (Fn. 69), S. 213–215) bisweilen erhobenen Einwand, dass die objektive Widerrechtlichkeitstheorie mit der Unterscheidung von Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht reine Vermögensschäden diskriminieren würde, mag ich mich hingegen nicht anschließen. Nach hier vertretener Ansicht bewirkt die Erfolgsunrechtslehre keine Diskriminierung reiner Vermögensschäden, sondern eine Privilegierung von Sach- und Personenschäden, was für sich allein genommen kein Grund für eine Abkehr von der Erfolgsunrechtslehre darstellt.

stimmung mit einem mittlerweile grossen Teil der Lehre<sup>167</sup>, der das Erfolgsunrecht ebenfalls ablehnt.

[Rz 37] Innerhalb derjenigen Lehre, die das Erfolgsunrecht ablehnt, bestehen verschiedene Ansichten darüber, wie die Widerrechtlichkeit verhaltensbezogen zu begründen ist: Im Wesentlichen kann man die Lehrmeinungen in zwei Gruppen unterteilen, die sich durch die Abgrenzung der Widerrechtlichkeit vom Verschulden unterscheiden: Während die eine Auffassung zwischen einer Pflichtwidrigkeit im Sinne der Widerrechtlichkeit und einer Sorgfaltswidrigkeit im Sinne des Verschuldens unterscheidet,<sup>168</sup> setzt die andere Lehrmeinung die Sorgfaltspflichtwidrigkeit im Sinne der nach einem objektiven Massstab bestimmten Fahrlässigkeit mit der Rechtswidrigkeit gleich.<sup>169</sup> Das zweitgenannte Widerrechtlichkeitsverständnis ist auch dem Bundesgericht nicht fremd, hat es doch in diversen Urteilen – besonders solche zur Arzthaftung – die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt als Aspekt der Widerrechtlichkeit betrachtet.<sup>170</sup> Für dieses Widerrechtlichkeitsverständnis spricht zumindest, dass die nach herrschender Ansicht<sup>171</sup> beim Verschulden rubrizierte Sorgfaltspflicht (d. h. das unter den gegebenen Umständen angebrachte Verhalten resp. die im Verkehr gebotene Sorgfalt) nichts anderes darstellt als eine rechtliche Verhaltenspflicht und in dieser Eigenschaft im Grunde genommen der Rubrik «Widerrechtlichkeit» angehört.<sup>172</sup> Neben diesen beiden Auffassungen einer verhaltensbezogenen Widerrechtlichkeitsbegründung sei als dritter Ansatz die Begründung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens anhand einer Interessenabwägung genannt, der vorne<sup>173</sup> unter dem Oberbegriff «dritte Widerrechtlichkeitstheorie» erwähnt worden ist. Im Folgenden soll die verhaltensbezogene Begründung der Widerrechtlichkeit näher betrachtet werden.

<sup>167</sup> BOSSHARD, (Fn. 47), S. 102; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 492 f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rzn 334 f.; GIGER, (Fn. 4), S. 382 f.; HONSELL / ISENTRING / KESSLER, (Fn. 11), § 4 N 2; KOLLER, S. 370; KUONEN, (Fn. 69), Rzn 1385 f. und 1413 ff.; LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 142; MISTELI, (Fn. 4), S. 107 f. und 279; MÜLLER-CHEN, (Fn. 70), S. 300–302; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 95; OVERNEY, (Fn. 70), S. 308 f.; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276 f.; PEYER, (Fn. 70), S. 107; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. Fn 46), Rzn 40 und 254; DERS., Vermögensschutz, (Fn. 1), S. 518 f.; DERS., Schadensrecht, (Fn. 78), S. 91 f.; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 50.31; SCHÖNENBERGER Widerrechtlichkeit, (Fn. 70), S. 12; WERRO, CR, (Fn. 1), OR 41 N 87 f.; DERS., Vertrauenshaftung, (Fn. 70), S. 14; WIDMER C., (Fn. 47), S. 110–113; ferner CARTIER, (Fn. 25), Rz. 167.

<sup>168</sup> Siehe etwa FELLMANN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 4), S. 492 f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rzn 334 ff. und 563 ff.; LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 143 f.; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 276 f.

<sup>169</sup> Siehe BOSSHARD, (Fn. 47), S. 111 und 118; HONSELL / ISENTRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 95; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 40 und 220; WIDMER C., (Fn. 47), S. 110–113; ablehnend namentlich RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 199 f.; REY, (Fn. 1), Rz. 843; WEBER R., (Fn. 4), S. 49 f. Diesem zweitgenannten Widerrechtlichkeitsverständnis folgen auch viele Autoren im deutschen und im österreichischen Haftpflichtrecht: siehe ESSER JOSEF / SCHMIDT EIKE, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 68 f.; HARRER FRIEDRICH, Kommentar zu den §§ 1293–1341 ABGB, in: Schwimann Michael (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 6, §§ 1293–1502 ABGB, 3. Aufl., Wien 2006 (zit. HARRER in Schwimann), § 1294 N 7 f.; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rz. 6/10; DERS., Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rzn 4/13 f.; NIPPERDEY HANS CARL, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 10 (1957), S. 1777 ff., S. 1779 f.; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 26; WILHELMI, (Fn. 86), S. 315.

<sup>170</sup> So bspw. in Urteil des Bundesgerichts 4A\_679/2010 vom 11. April 2011 E. 6.5.1.4 (Arzthaftung); BGE 120 Ib 411 (414) E. 4a (Arzthaftung); 115 Ib 175 (180 f.) E. 2 (Arzthaftung); 82 II 25 (28 f.) E. 1; 29 II 60 (65) E. 5.

<sup>171</sup> Statt vieler Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 5. November 1999 E. 3c, BJM 2001, S. 298; BREHM, BK, (Fn. 3), OR 41 N 172a; FISCHER WILLI, Kommentar zu den Art. 41–61 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. FISCHER, OFK), OR 41 N 62; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 62 ff.; REY, (Fn. 1), Rzn 834 und 843; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.10.

<sup>172</sup> In diesem Sinne auch ENNECCERUS / NIPPERDEY, S. 1281 f.; JAUN, (Fn. 135), S. 404; ähnlich ferner MISTELI, (Fn. 4), S. 252; WIETHÖLTER, (Fn. 86), S. 36. Auch MERZ, (Fn. 3), S. 316 f., wies darauf hin, dass die Fahrlässigkeit im Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht liegt, war jedoch der Ansicht, dass der Fahrlässigkeitsbegriff ein eigenständiges Rechtswidrigkeitsproblem habe, welches von der in Art. 41 Abs. 1 OR geforderten Widerrechtlichkeit zu unterscheiden sei.

<sup>173</sup> Rz. 11.

### 3. Widerrechtlichkeit als Verstoss gegen eine Verhaltensnorm

#### a) Verhaltensnormen beruhen auf Bedürfnisabwägungen

[Rz 38] Weil der Schutz von Rechtsgütern mit Verhaltenspflichten verbunden ist,<sup>174</sup> bedeutet er stets eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der einzelnen Personen.<sup>175</sup> Jede Verhaltensnorm bewirkt nämlich eine Reduktion der Handlungsfreiheit.<sup>176</sup> Der Schutz von Rechtsgütern findet daher in einem Spannungsfeld statt zwischen dem Schutz eines Rechtsgutes einerseits und der Handlungsfreiheit andererseits.<sup>177</sup> Dementsprechend bedarf es beim Erlass von Verhaltensnormen zum Schutz von Rechtsgütern einer Abwägung zwischen dem Umfang des rechtlichen Schutzes eines Rechtsgutes auf der einen Seite und den damit einhergehenden Freiheitsbeschränkungen auf der anderen Seite.<sup>178</sup> Dies gilt sowohl in Bezug auf absolut geschützte Rechtsgüter<sup>179</sup> – die von der Rechtsordnung einen umfangreichen Schutz geniessen<sup>180</sup> – als auch hinsichtlich anderer Rechtsgüter, die nur punktuell geschützt werden, wie das Vermögen.<sup>181,182</sup> Hinzu kommt, dass der Rechtsgüterschutz bisweilen auch ein Abwägen erfordert zwischen dem Ausmass des Schutzes des einen Rechtsgutes und der damit verbundenen Beeinträchtigung resp. Gefährdung<sup>183</sup> eines anderen Rechtsgutes – dies nämlich dann, wenn der Schutz eines Rechtsgutes in Konflikt mit dem Schutz eines anderen gerät.<sup>184, 185</sup> Die Gebote und Verbote der Rechtsordnung, die zum Schutz von Rechtsgütern aufgestellt werden, beruhen mithin auf einer Abwägung zwischen Rechtsgüterschutzbedürfnisse einerseits und entgegenstehende Rechtsgüterschutz-

<sup>174</sup> Dazu vorne Rz. 19.

<sup>175</sup> Wie ALEXY, (Fn. 111), (S. 198–202) schlüssig darlegt, bedeutet Freiheit im juristischen Sinne, dass rechtlich die Möglichkeit besteht, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, was bedeutet, dass weder eine rechtliche Pflicht noch ein rechtliches Verbot besteht, diese Handlung vorzunehmen (ähnlich wie ALEXY auch KELSEN, (Fn. 73), S. 106; vgl. ferner FIKENTSCHER WOLFGANG, Methoden des Rechts, in vergleichender Darstellung, Band IV, Dogmatischer Teil, Anhang, Tübingen 1977, S. 169 f.; SCHLUEP, Markenrecht, (Fn. 110), S. 290).

<sup>176</sup> In diesem Sinne auch FRISCH WOLFGANG, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988 (zit. FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten), S. 70.

<sup>177</sup> Ebenso REHBERG JÖRG, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», Diss. Zürich 1962, S. 52; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), Vorbem. zu §§ 823 ff. N 12, m. w. Verw.; in diesem Sinne etwa auch EGGER AUGUST, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Art. 1–89 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1930 (zit. EGGER, ZK), ZGB 28 N 53; FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten, (Fn. 176), S. 76.; LENCKNER / EISELE, Vorbem. §§ 13 ff. N 93; TORP CARL, Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, ZStW 23 (1903), S. 84 ff., S. 88.

<sup>178</sup> Dabei geht es nicht etwa um eine Abwägung zwischen bspw. einer Körperverletzung einerseits und der Freiheit, eine bestimmte Tätigkeit ausüben zu dürfen, andererseits, sondern um eine Abwägung zwischen der Freiheit, eine bestimmte Tätigkeit ausüben zu dürfen auf der einen Seite und der damit verbundenen Gefahr für z. B. die körperliche Integrität auf der anderen Seite (vgl. REHBERG, (Fn. 177), S. 55).

<sup>179</sup> Zu den verschiedenen absolut geschützten Rechtsgütern siehe vorne Rz. 7.

<sup>180</sup> Vgl. VERDE, (Fn. 3), Rz. 94.

<sup>181</sup> Zum Rechtsgut Vermögen siehe VERDE, (Fn. 3), Rzn 76 ff.

<sup>182</sup> Dieses Spannungsfeld bildet nebenbei bemerkt ein wesentlicher Grund dafür, dass das Vermögen als solches nur vor bestimmten Verhaltensweisen geschützt wird. Ein umfassender Schutz würde nämlich zu einer übermässigen Einschränkung der Handlungsfreiheit führen, da kaum überschaubar ist, inwiefern irgendein Verhalten das Vermögen anderer Personen gefährdet (vgl. etwa CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Canaris Claus-Wilhelm / Diederichsen Uwe (Hrsg.), FS Karl Larenz, München 1983, S. 27 ff., S. 36 f.; KAROLLUS MARTIN, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wien 1992 (zugl. Habil. Wien 1990), S. 48; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rzn 6/49 f.).

<sup>183</sup> Vgl. dazu MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 283, m. H.

<sup>184</sup> VERDE, (Fn. 3), Rz. 98; vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 143.

<sup>185</sup> Dabei kann nicht nur ein Konflikt zwischen Rechtsgüter unterschiedlicher Art bestehen, sondern auch zwischen Rechtsgüter der gleichen Art, die unterschiedlichen Rechtsgutinhabern gehören. Auf der Ebene der subjektiven Rechte betrachtet geht es um die Abgrenzung der Rechte der einzelnen Rechtssubjekte.



wie Handlungsfreiheitsbedürfnisse andererseits, worauf bereits zahlreiche Autoren<sup>186</sup> im Haftpflichtrecht zutreffend hingewiesen haben. Demnach ist ein Verhalten dann rechtswidrig, wenn das Bedürfnis nach Schutz des betroffenen Rechtsgutes überwiegt – ein Prinzip, das der Gesetzgeber in Art. 28 ZGB festgehalten hat.

[Rz 39] Infolgedessen bildet nach hier vertretener Ansicht der Kern der vorne<sup>187</sup> beschriebenen, auf einer Interessenabwägung basierenden Widerrechtlichkeitstheorie (im Folgenden *Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie* genannt) den richtigen Ausgangspunkt für die Bestimmung der Widerrechtlichkeit eines schädigenden Verhaltens. Er basiert nämlich auf der Überlegung, dass das Erlaubt- oder Verboten sein eines Verhaltens auf einer Abwägung zwischen dem Bedürfnis nach Rechtsgüterschutz und demjenigen nach Handlungsfreiheit beruht. Dennoch ist die Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie meiner Meinung nach kein angängiger Ansatz zur Begründung der Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht:<sup>188</sup> Es geht meines Erachtens nämlich zu weit, sich über die vom Gesetzgeber anhand der Verhaltensnormen getroffenen Entscheidungen zugunsten des Rechtsgüterschutzes oder der Handlungsfreiheit hinwegzusetzen, nur um eine möglichst hohe Flexibilität bei der Beurteilung von Haftpflichtfällen zu erreichen. Denn damit würde man die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung autonom bestimmen, d. h. unabhängig von den Verhaltensnormen der Rechtsordnung.<sup>189</sup> Im Lichte der Tatsache, dass die Kompetenz zur Privatrechtssetzung primär beim Gesetzgeber und nicht beim Richter liegt,<sup>190</sup> wäre ein solches Vorgehen bedenklich. Hinzu kommt, dass bei der Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie eine besonders hohe Rechtsunsicherheit besteht; vor allem weiss der Rechtsgutininhaber dann oft nicht, ob er abwehren darf.<sup>191</sup> Diesem Makel soll – so CARTIER<sup>192</sup> – durch die Bildung von Fallgruppen, bei denen regelmässig aufgrund einer Interessenabwägung ein bestimmtes Verhalten geboten oder verboten wird, sowie durch Kriterien zur Interessenabwägung begegnet werden. Soweit der Richter in Anwendung der Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie bei der Abwägung der betroffenen Interessen auf das gleiche Resultat kommt, wie bei der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, besteht im Ergebnis kein Unterschied zwischen jener und dieser Theorie. Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn das Interesse am Schutz des verletzten Rechtsgutes nach allgemeiner Anschauung schwerer wiegt als die betroffenen Interessen des Schädigers, wie beispielsweise das Interesse am Schutz des Lebens im Vergleich zum Interesse am Schutz der Ehre. Auch dort, wo nach dieser Widerrechtlichkeitstheorie ein überwiegendes Interesse als Rechtfertigungsgrund (namentlich Notwehr und Notstand) zu prüfen ist, dürfte die Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie in der Regel zum gleichen Resultat führen. In anderen Fällen aber kann die Interessen-Widerrechtlichkeitstheorie durchaus zu unterschiedlichen, mitunter befremdlichen Ergebnissen führen: Zum Beispiel erachtet CARTIER einen fachgerecht durch-

---

<sup>186</sup> So etwa BOSSHARD, (Fn. 47), S. 110 f.; EHRENZWEIG ARMIN / EHRENZWEIG ADOLF, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, bearbeitet von Mayrhofer Heinrich, 3. Aufl., Wien 1986 (zit. EHRENZWEIG / MAYRHOFER), S. 272; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/27; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 143; PERRIG, (Fn. 46), S. 327 f.; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.45; WIDMER / KRAUSKOPE, (Fn. 41), Rz. 2.69; WILBURG WALTER, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg an der Lahn 1941, S. 44.

<sup>187</sup> Rz. 11.

<sup>188</sup> Ebenfalls ablehnend HEIERLI, (Fn. 9), Fn. 1405.

<sup>189</sup> Vgl. LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 142 und 144.

<sup>190</sup> Vgl. LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 148; ferner HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, ZGB 2 N 78.

<sup>191</sup> Vgl. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 448.

<sup>192</sup> CARTIER, (Fn. 25), Rzn 361 f.

geführten medizinischen Eingriff auch ohne Einwilligung des Patienten als rechtmässig, sofern eine bestimmte Aussicht auf Heilung besteht, die das Interesse des Patienten am Schutz seiner körperlichen Integrität vor dem Eingriff überwiegt.<sup>193</sup> Handelt es sich hingegen um einen risikoreichen, einen wenig erfolgsversprechenden oder einen rein ästhetisch motivierten Eingriff, so fehle es an den überwiegenden Erfolgs- und Heilungschancen, die den Eingriff rechtfertigen würden. In solchen Fällen sei eine Einwilligung des Patienten erforderlich, mit welcher der Patient in gewissem Umfang auf die Wahrnehmung seines Interesses am Schutz seiner körperlichen Integrität verzichte und so den Schwerpunkt der Interessenabwägung verschiebe. Zumindest beim urteilsfähigen Patienten ist dieser Standpunkt – mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht – kaum überzeugend: Mit der Einwilligung in einen medizinischen Eingriff nimmt der urteilsfähige Patient nicht bloss ein gewisses Risiko für seine körperliche Integrität auf sich, sondern er nimmt zugleich sein Recht auf Selbstbestimmung über seinen Körper wahr. Deshalb ist ein medizinischer Eingriff ohne (hypothetische) Einwilligung auch dann rechtswidrig, wenn die Erfolgs- und Heilungschancen überwiegen.<sup>194</sup>

## b) Gesamte Rechtsordnung als Quelle von haftungsrelevanten Verhaltensnormen

[Rz 40] Quelle der für eine Deliktshaftung erforderlichen Widerrechtlichkeit sind nach dem Gesagten die Verhaltensnormen der Rechtsordnung, die man im Haftpflichtrecht<sup>195</sup> als «Schutznormen» zu bezeichnen pflegt. Solche Verhaltensnormen können nach herrschender Ansicht in der gesamten geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsordnung enthalten sein; neben dem Zivilrecht kommen also auch das Strafrecht und das Verwaltungsrecht als Quellen von Verhaltensnormen in Betracht, die zum Zeitpunkt des betreffenden Verhaltens des Schädigers der Begründung der Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht dienen können, wobei es sich nicht zwingend um geschriebenes Recht handeln muss, sondern auch um Gewohnheitsrecht oder Richterrecht handeln kann.<sup>196</sup> Demgegenüber bilden privater Rechtssetzung entstammender Verhaltensrichtlinien kein Fundament für die Widerrechtlichkeit.<sup>197</sup> Nichtsdestoweniger dürfen Verhaltensricht-

---

<sup>193</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden CARTIER, (Fn. 25), Rzn 461–465.

<sup>194</sup> Vgl. etwa BGE 117 Ib 197 (201) E. 2c; 115 Ib 175 (181) E. 2b; AEBI-MÜLLER REGINA E., *Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung*, Jusletter vom 22. September 2014, Rzn 4, 16, 137 f. und 183.

<sup>195</sup> Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A\_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000 E. 1a; KELLER A., (Fn. 4), S. 107; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 335.

<sup>196</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_104/2012 vom 3. August 2012 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.2.1, m. w. Verw.; BGE 116 Ia 162 (169) E. 2c; Urteil des Bundesstrafgerichts BK\_K 005/04 vom 6. Juli 2004 E. 4.2.1; BOSSHARD, (Fn. 47), S. 104; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 39–42 und 47–52 (wobei er für Zurückhaltung beim Rückgriff auf ungeschriebenes Recht plädiert und darauf hinweist, dass zunächst abgeklärt werden muss, ob bereits eine geschriebene Norm besteht); ENGEL, (Fn. 1), S. 449 f.; HEIERLI, (Fn. 9), Rzn 558 f.; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 32b und 34a f.; KÄNZIG, (Fn. 4), S. 220 ff.; LORANDI FRANCO, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 8 (1990), S. 19 ff., S. 23; MISTELI, (Fn. 4), S. 120–135 und 214; OFTINGER, (Fn. 21), S. 95; OSER / SCHÖNENBERGER, ZK, (Fn. 7), OR 41 N 13; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 32; siehe dazu auch VERDE, (Fn. 3), Rzn 416–420, m. w. H. Auch vom Bund geschlossene Staatsverträge werden als Quelle der Widerrechtlichkeit i. S. v. Art. 41 Abs. 1 OR erwähnt (Urteil des Bundesstrafgerichts BK.2007.1 vom 30. Juli 2007 E. 4.1; Urteil des Bundesstrafgerichts BK\_K 005/04 vom 6. Juli 2004 E. 4.2.1).

<sup>197</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_594/2009 vom 27. Juli 2010 E. 3.4; GIGER, (Fn. 4), S. 379 f.; HEIERLI, (Fn. 9), Rz. 562; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 35; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 47; ferner KÄNZIG, (Fn. 4), S. 109. Ebenso die Lehre in Deutschland (vgl. etwa BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, (Fn. 94), Rz. 795; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), § 823 N 186, m. w. Verw.; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), § 823 N G 13; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 396, m. w. Verw. Eine Ausnahme davon kann dann vorliegen, wenn staatliche Rechtsnormen explizit auf privater Rechtssetzung entstammender Verhaltensrichtlinien verweisen (vgl. HEIERLI, (Fn. 9), Rzn 560 f.).

linien aus privater Rechtssetzung nicht als unbeachtlich abgetan werden: Sie können der Konkretisierung von Schutznormen dienen, die sich aus den Gesetzen im materiellen Sinne ergeben.<sup>198</sup>

### c) Der haftungsrelevante Schutzzweck einer Verhaltensnorm

[Rz 41] Nicht jede Verhaltensnorm bildet eine Grundlage für die Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Haftpflichtrecht. Damit eine Verhaltensnorm als sog. Schutznorm zur Widerrechtlichkeitsbegründung herangezogen werden kann, muss sie nach herrschender Lehre

- erstens das beeinträchtigte Rechtsgut des Geschädigten zu schützen bezwecken,
- zweitens den schädigenden Geschehensablauf zu verhindern bezwecken und
- drittens den Geschädigten als von ihr geschützte Person erfassen.<sup>199</sup>

[Rz 42] Die Auffassung des Bundesgerichts, wonach es sich bei einer Schutznorm um eine Verhaltensnorm handelt, die dem Schutz vor Schädigungen der eingetretenen Art dient,<sup>200</sup> steht mit diesen drei Merkmalen im Einklang. Auch im deutschen Haftpflichtrecht kennzeichnen diese drei Schutzbereiche den Schutznormcharakter einer Verhaltensnorm.<sup>201</sup> Ein widerrechtliches Verhalten führt also nur dann zur Haftung für den daraus entstandenen Schaden, wenn die bewirkte Rechtsgutbeeinträchtigung vom Schutzzweck – d. h. vom sachlichen, modalen und persönlichen Schutzbereich – der die Widerrechtlichkeit begründenden Verhaltensnorm erfasst wird.<sup>202</sup> Zwischen der Rechtsgutbeeinträchtigung und der Widerrechtlichkeit des Verhaltens muss mit anderen Worten ein Schutzzweckzusammenhang bestehen.<sup>203</sup> Ob er vorliegt, ist eine Rechtsfrage.

---

<sup>198</sup> Vgl. ferner BGE 135 V 373 (376) E. 2.4; vgl. SPICKHOFF ANDREAS, Gesetzesverstoss und Haftung, Köln / Berlin / Bonn / München 1998 (zugl. Habil. Göttingen 1996; zit. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss), S. 76; ferner SCHMIEDEL BURKHARD, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht, Erster Teil, Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu § 823 Abs. 2 BGB, Tübingen 1974 (zugl. Habil. Freiburg i. Brsg. 1972 / 73), S. 37; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 47. Siehe dazu hinten Rz. 64 ff.

<sup>199</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 66; DERS., Schadensrecht, (Fn. 78), S. 84; ebenso BOSSHARD, (Fn. 47), S. 28; CARTIER, (Fn. 25), Rzn 191 ff.; KERNEN ALEXANDER, Das Geldwäschereigesetz als Quelle von haftpflichtrechtlichen «Schutznormen», recht 26 (2008), S. 133 ff., S. 134 f.; zudem FREI, (Fn. 131), Rz. 523 (jedoch nicht spezifisch auf die Widerrechtlichkeit bezogen [vgl. Rzn 529 ff.]); ähnlich CHAPPUIS BENOÎT, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale, Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, Sem. Jud. 2000, Volume II, S. 304 ff. (zit. CHAPPUIS B.), S. 306; DESAX, (Fn. 77), S. 15 f.; HEIERLI, (Fn. 9), Rz. 586; LORANDI, (Fn. 196), S. 23 f.; MISTELI, (Fn. 4), S. 109 und 215; vgl. ferner GAUCH / SWEET, (Fn. 69), S. 119; KRAMER, Stromkabelbeschädigungen, (Fn. 69), S. 133; SCHWANDER IVO, Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre gemäss Geldwäschereigesetzgebung als Schutznormen i. S. v. Art. 41 Abs. 1 OR? Anknüpfung der Schadenersatzklage im internationalen Verhältnis, Art. 133 Abs. 2 IPRG, AJP 16 (2007), S. 1177 ff. (zit. SCHWANDER I.), S. 1178 f.

<sup>200</sup> Bspw. Urteil des Bundesgerichts 4A\_468/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3; BGE 135 V 373 (376) E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.3.2.

<sup>201</sup> Grundlegend v. LISZT FRANZ, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898, S. 32; RÜMELIN MAX, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), S. 171 ff., S. 306 f.; vgl. weiter etwa BGHZ 40, 306 (307); BOEHMER GUSTAV, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950, S. 70 und 75; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, (Fn. 74), S. 537; FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 73), Rzn 1632 f.; FUCHS, (Fn. 135), S. 127; KÖTZ HEIN / WAGNER GERHARD, Deliktsrecht, 12. Aufl., München 2013, Rz. 230; SCHLOSSER HANS, Deliktischer Schadenersatzanspruch aus § 823 II BGB und eigenständiger Interessenschutz des Verkehrsoffers – BGH, NJW 1980, 1792, JuS 22 (1982), S. 657 ff., S. 658; SCHMIEDEL, (Fn. 198), S. 109 f.; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), § 823 N 219; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), § 823 N G 24–30; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 418.

<sup>202</sup> Siehe zu diesen drei Schutzbereichen, welche den Schutznormcharakter einer Verhaltensnorm kennzeichnen, VERDE, Rzn 393–407.

<sup>203</sup> Übereinstimmend HEIERLI, (Fn. 9), Rz. 585 (jedoch mit anderer Terminologie).

**d) Zwei verschiedene Arten von Verhaltensnormen**

**aa) Überblick**

[Rz 43] Verhaltensnorm ist nicht gleich Verhaltensnorm. Mit Blick auf den Rechtsgüterschutz kann man zwei Arten von Verhaltensnormen unterscheiden:<sup>204</sup>

- Zum einen solche, die ein spezifisches Verhalten verbieten oder gebieten, das ein Risiko für bestimmte Rechtsgüter beinhaltet resp. der Vermeidung einer Gefahr für diese Rechtsgüter dient – unabhängig davon, ob im Einzelfall deren Missachtung eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut bewirkt oder sogar zu dessen Beeinträchtigung führt.
- Zum anderen Verhaltensnormen, die vom Rechtsgut ausgehen und das Bewirken einer Beeinträchtigung oder Gefährdung des Rechtsgutes untersagen – in der Regel, indem sie einen schädlichen Erfolg beschreiben, der nicht eintreten soll.

[Rz 44] Im ersten Fall kann man von *risikobezogenen Verhaltensnormen* sprechen, im zweiten Fall von *erfolgsbezogenen Verhaltensnormen*.<sup>205</sup> Erstere kommen weitaus häufiger vor und sind auch für die Konkretisierung der erfolgsbezogenen Verhaltensnormen relevant.<sup>206</sup> Im Folgenden werden diese zwei Arten von Verhaltensnormen näher betrachtet.

**bb) Die risikobezogenen Verhaltensnormen**

[Rz 45] Indem risikobezogene Verhaltensnormen spezifische Verhaltensweisen gebieten oder verbieten, enthalten sie konkrete Verhaltensanweisungen – wie zum Beispiel Art. 4a Abs. 1 Verkehrsregelnverordnung (VRV)<sup>207</sup> oder Art. 9 Abs. 1 Geldwäschereigesetz (GwG)<sup>208</sup>. Sie beziehen sich auf Verhaltensweisen, von denen der Gesetzgeber zum Zeitpunkt, an dem er die Verhaltensnorm erlässt, annimmt, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Rechtsgutbeeinträchtigung führen können resp. dass sie geeignet sind, eine bestimmte Gefahr für ein Rechtsgut zu reduzieren.<sup>209</sup>

[Rz 46] Die Missachtung einer solchen Verhaltensnorm bewirkt zunächst einmal bloss eine abstrakte Gefahr für das Rechtsgut; abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann sich diese abstrakte Gefahr auch zu einer konkreten Gefahr steigern oder sich in einer Beeinträchtigung des Rechtsgutes realisieren.<sup>210,211</sup> Für den Normadressaten ist dies jedoch nicht massgebend: ver-

---

<sup>204</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rzn 236 f.; DERS., Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 457; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 141; REHBERG, (Fn. 177), S. 53; ferner KÄNZIG, (Fn. 4), S. 114 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/23; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 117.

<sup>205</sup> DONATSCH, (Fn. 3), S. 120. OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 84 f., bezeichnet Letztere als «Gefährdungsnormen».

<sup>206</sup> Dazu hinten Rz. 64 ff.

<sup>207</sup> Diese Bestimmung der Verkehrsregelnverordnung regelt die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten.

<sup>208</sup> Diese Bestimmung des Geldwäschereigesetzes regelt die Meldepflicht des Finanzintermediärs.

<sup>209</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 167; REHBERG, (Fn. 177), S. 220; ferner DONATSCH, (Fn. 3), S. 121 f.; LORENZ, (Fn. 75), S. 158 f.; STOLL HANS, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968, S. 23; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 172 f.

<sup>210</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 72 und 123; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 173 und 179; ferner DONATSCH ANDREAS / TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, S. 349; REHBERG, (Fn. 177), S. 116; STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I), § 16 N 35.

<sup>211</sup> Zur Differenzierung zwischen einer konkreten und einer abstrakten Gefahr für ein Rechtsgut sowie zum Schutz von Rechtsgütern vor solchen Gefahren siehe VERDE, (Fn. 3), Rzn 92–94.

langt wird von ihm nur, sich auf die vorgegebene Art und Weise zu verhalten – tut er dies nicht, ist sein Verhalten widerrechtlich.

### cc) Die erfolgsbezogenen Verhaltensnormen

[Rz 47] Bei den erfolgsbezogenen Verhaltensnormen sind die Verhaltensanweisungen wesentlich unspezifischer: Sie bezeichnen nicht ein bestimmtes Verhalten, sondern fordern vereinfacht gesagt, kein Risiko eines bestimmten Ausmasses für ein bestimmtes Rechtsgut zu schaffen oder umgekehrt Risiken eines bestimmten Ausmasses zu beseitigen.<sup>212,213</sup> Der Adressat wird verpflichtet, sich in Hinblick auf den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes sorgfältig zu verhalten; entweder indem er eine bestimmte Tätigkeit mit der gebotenen Sorgfalt ausübt oder indem er die Tätigkeit unterlässt.<sup>214</sup> Konkret geht es darum, dass die Adressatin unter Berücksichtigung des zum Zeitpunkt des Verhaltens vorhandenen Wissens sowie der erkennbaren Risikofaktoren mögliche Geschehensabläufe bedenkt und analysiert sowie sich soweit möglich und zumutbar so verhält, dass sie das erkennbare Risiko nicht schafft bzw. abwendet.<sup>215</sup> Die Voraussehbarkeit und die Vermeidbarkeit des Risikos bilden demzufolge die Grundlage der von einer erfolgsbezogenen Verhaltensnorm geforderten Sorgfalt.<sup>216</sup>

[Rz 48] Unerlaubt kann dabei nur ein Verhalten sein, welches für das von der erfolgsbezogenen Verhaltensnorm geschützte Rechtsgut gefährlich ist.<sup>217</sup> Ob dies zutrifft, d. h. ob die Möglichkeit besteht, dass ein bestimmtes Verhalten zu einer Rechtsgutbeeinträchtigung einer bestimmten Intensität führen kann oder nicht, ist aus der Ex-ante-Perspektive zum Zeitpunkt der Vornahme resp. der Unterlassung der Handlung zu beurteilen; auf den tatsächlichen Eintritt einer konkreten Gefahr für das Rechtsgut oder auf dessen tatsächlichen Beeinträchtigung kann es – wie vor-

---

<sup>212</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 120; DONATSCH / TAG, (Fn. 210), S. 341 f.; JENNY GUIDO, Kommentar zu den Art. 12, 13 und 21–23 StGB, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. JENNY, BSK), StGB 12 N 79; KAUFMANN ARMIN, Das fahrlässige Delikt, ZfRV 5 (1964), S. 41 ff., S. 47; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 142; WESSELS JOHANNES / BEULKE WERNER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Aufl., Heidelberg 2011, Rz. 668; ferner DEDES CHRIS-ROS, Die Konkretisierung der Sorgfalt, in: Kaufmann Arthur et al. (Hrsg.), FS Paul Bockelmann, München 1979, S. 437 ff., S. 437 f.; WILHELMI, (Fn. 86), S. 110 und 132.

<sup>213</sup> Während bei der Unterlassung gegen eine Pflicht zu sorgfältigem Handeln verstossen wird, liegt die Rechtswidrigkeit bei einem Tun im Verstoss gegen eine Pflicht zur Unterlassung eines unsorgfältigen Verhaltens (vgl. DEHNE-NIEMANN JAN, Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung, GA 2012, S. 89 ff., S. 93; ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 294 f.; JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991, Abschn. 9 N 6; LORENZ, (Fn. 75), S. 141; ROXIN, Verbrechenslehre, (Fn. 78), § 24 N 12).

<sup>214</sup> Vgl. HARRER in Schwimann, (Fn. 169), § 1294 N 7; WALTER, (Fn. 75), S. 40 f.

<sup>215</sup> Vgl. BURGSTALLER MANFRED, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Wien 1974, S. 37 f.; GALLAS WILHELM, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Lüttger Hans / Blei Hermann / Hanau Peter (Hrsg.), FS Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 171 ff. (zit. GALLAS, Gefährdung), S. 178; HIRSCH HANS JOACHIM, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Schönemann Bernd et al. (Hrsg.), FS Claus Roxin, Berlin 2001, S. 711 ff. (zit. HIRSCH, Versuch), S. 718; KINDHÄUSER URS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 10 N 2 und 5 sowie § 11 N 6 ff.; SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984, Kap. 5 N 42; WALTER, (Fn. 75), S. 164; WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969 (zit. WELZEL, Strafrecht), S. 137; ferner FRISCH WOLFGANG, Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzbuchgebung, in: Eser Albin / Kaiser Günther / Weigend Ewa (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, Freiburg i. Brsg. 1993, S. 201 ff. (zit. FRISCH W., Strafgesetzbuchgebung), S. 214; ZIMMERMANN, (Fn. 73), S. 50.

<sup>216</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 142 f.; VERDE, (Fn. 3), Rz. 247, m. w. Verw.; WILHELMI, (Fn. 86), S. 182; ferner STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 633.

<sup>217</sup> Bei einem für das geschützte Rechtsgut ungefährlichen Verhalten fehlt von vornherein ein (schützenswertes) Bedürfnis danach, das betreffende Verhalten zu verbieten.

ne<sup>218</sup> bereits dargelegt – nicht ankommen.<sup>219</sup> Ein Verhalten steht demnach dann in Widerspruch zur Verhaltensnorm, wenn es ex ante gesehen als gefährlich für das Rechtsgut erscheint; hingegen steht ein Verhalten im Einklang mit der Verhaltensnorm und ist daher erlaubt, wenn es für das Rechtsgut als ungefährlich erscheint.<sup>220</sup>

[Rz 49] Unabhängig davon, ob eine erfolgsbezogene Verhaltensnorm zu einem Tun oder einem Unterlassen verpflichtet, kann sie ein unterschiedliches Ausmass an Sorgfalt verlangen:<sup>221</sup> Vom Adressaten kann die Verhaltensnorm zunächst einmal verlangen, in zumindest geringem Mass sorgfältig zu agieren, um offenkundig unmittelbar drohende Beeinträchtigungen zu vermeiden. Gemeint sind Verhaltensweisen, bei denen der Eintritt oder das Ausbleiben einer Rechtsgutbeeinträchtigung in der Regel nur noch vom Zufall resp. vom kaum absehbaren Verhalten anderer Personen abhängt und deren Gefährlichkeit offensichtlich ist, wie beispielsweise mit dem Motorrad in der Innenstadt durch eine stark belebte Fussgängerzone zu rasen. Erfolgsbezogene Verhaltensnormen können weiter auch Handlungen verbieten, bei denen die Gefahr einer Rechtsgutbeeinträchtigung zwar (ex ante betrachtet) konkret besteht, jedoch keine unmittelbare ist. Die Adressatin einer solchen Verhaltensnorm wird damit zu einem höheren Mass an Sorgfalt verpflichtet, d. h., sie muss sich in Hinblick auf mögliche Risiken für bestimmte Rechtsgüter, die nicht zwangsläufig auf den ersten Blick erkennbar sind, umsichtig verhalten. Das Mass an verlangter Sorgfalt kann jedoch nicht beliebig erhöht werden: Sobald eine abstrakte Gefahr vermieden werden soll, bildet eine erfolgsbezogene Verhaltensnorm vielfach kein geeignetes Instrument mehr, sondern es bedarf einer risikobezogenen Verhaltensnorm, die ein spezifisches Verhalten gebietet oder verbietet.<sup>222</sup> Ansonsten wäre die Rechtsadressatin in ihrer Handlungsfreiheit übermässig eingeschränkt, denn das Schaffen jeder auch nur wenig wahrscheinlichen, abstrakteren Gefahr für ein Rechtsgut zu untersagen würde letzten Endes bedeuten, dass fast jedes Verhalten verboten ist, was den Rechtsgüterschutz ad absurdum treiben würde.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Rz. 34 f.

<sup>219</sup> SCHMIDHÄUSER, (Fn. 215), Kap. 5 N 42; WOLTER, Irrtum, (Fn. 77), S. 672; ZIMMERL, (Fn. 73), S. 50 f.; vgl. ENGISCH KARL, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931 (zit. ENGISCH, Kausalität), S. 54 f.; FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten, (Fn. 176), S. 71 f.; FRISCH WOLFGANG, Vorsatz und Risiko, Köln / Berlin / Bonn / München 1983, (zit. FRISCH W., Vorsatz), S. 76 f.; GALLAS, Gefährdung, (Fn. 215), S. 178.

<sup>220</sup> In diesem Sinne auch BOSSHARD, (Fn. 47), S. 108; DONATSCH / TAG, (Fn. 212), S. 341; ENGISCH, Kausalität, (Fn. 219), S. 52; MIR PUIG, (Fn. 78), S. 263; MÜNZBERG, (fn. 73), S. 149–151; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 86–89; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 117 und 143; WOLTER, Irrtum, (Fn. 77), S. 672; ferner ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 74 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rzn 4/28 und 4/30; REISCHAUER RUDOLF, in: Rummel Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band §§ 1175–1502 ABGB, Nebengesetze, 2. Aufl., Wien 1992 (zit. REISCHAUER in Rummel), § 1294 N 13; ROXIN, Verbrechenslehre, (Fn. 78), § 11 N 57; STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgsunwert, (Fn. 82), S. 246 f.; WILHELMI, (Fn. 86), S. 110 und 183–185.

<sup>221</sup> In gewissem Masse ähnlich FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten, (Fn. 176), S. 86 ff., der drei phänomenologische Grundtypen rechtsgutgefährdender Verhaltensweisen unterscheidet, je nachdem ob der Täter ein Risiko schafft, das unmittelbar eine Rechtsgutbeeinträchtigung zu bewirken vermag, oder eines, welches mit einem vermittelnden Handeln des Opfers selbst oder einer Drittperson verbunden ist.

<sup>222</sup> Vgl. BINDING, (Fn. 108), S. 404; REHBERG, (Fn. 177), S. 53.

<sup>223</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 181, m. w. Verw.; EGGER, ZK, (Fn. 177), ZGB 28 N 53; FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten, (Fn. 176), S. 72; HEINRICH, (Fn. 77), S. 119; REHBERG, (Fn. 177), S. 52; SCHWANDER V., Rechtswidrigkeit, (Fn. 78), S. 285; TORP, (Fn. 177), S. 88; WELZEL HANS, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491 ff. (zit. WELZEL, System), S. 515 f.; ZIPPELIUS, (Fn. 164), S. 397; ferner HEDEMANN JUSTUS WILHELM, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, Erster Teil, Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910, S. 84; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 121.

e) **Konkretisierung der Verhaltensnormen**

aa) **Konkretisierungsbedarf**

[Rz 50] Erfolgsbezogene Verhaltensnormen sind naturgemäss mehr oder weniger vage und daher konkretisierungsbedürftig. So ist beispielsweise mit der im Wesentlichen aus Art. 28 ZGB und Art. 117 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) fliessenden Verhaltensanweisung, in Hinblick auf den Schutz des Lebens der Mitmenschen sorgfältig zu agieren, noch wenig darüber gesagt, wie sorgfältig man sich verhalten muss und was diese Sorgfalt für eine bestimmte Tätigkeit (zum Beispiel bei medizinischen Eingriffen, beim Betreiben von Baustellen, beim Skifahren etc.) bedeutet. Der konkrete Inhalt der erfolgsbezogenen Verhaltensnorm muss daher anhand der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden.<sup>224</sup> Hinzu kommt, dass die Rechtsordnung Ausnahmebestimmungen enthält, besonders in Form von Rechtfertigungsgründen.<sup>225</sup> Die Verhaltensnorm ergibt sich dann erst aus der Kombination der Regel- mit den Ausnahmebestimmungen.<sup>226</sup>

[Rz 51] Vollständig ist eine Verhaltensnorm erst dann, wenn feststeht, welches Verhalten die Rechtsordnung in einer konkreten Situation von ihrer Adressatin fordert. Soweit ein Konkretisierungsdefizit besteht, muss dieses im Rahmen der Rechtsanwendung durch den Richter ausgeglichen werden.<sup>227</sup> Es handelt sich dabei um einen rechtsschöpferischen Akt,<sup>228</sup> mit dem eine mehr oder weniger rudimentär verfasste Verhaltensnorm einzelfallbezogen zu Ende formuliert wird, um zu beurteilen, welches Verhalten im konkreten Fall rechtmässig ist. Aufgrund des insbesondere bei erfolgsbezogenen Verhaltensnormen bestehenden Konkretisierungsbedarfs – und weil auch richterrechtliche Verhaltensnormen als Quelle der Widerrechtlichkeit dienen können –, teilt vielfach erst die Gerichtspraxis mit, welches Verhalten konkret widerrechtlich ist.<sup>229</sup>

[Rz 52] Wie überhaupt beim Erlass von Verhaltensnormen ist auch bei der Konkretisierung einer (erfolgsbezogenen) Verhaltensnorm im Prinzip eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem

---

<sup>224</sup> Vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 49.

<sup>225</sup> Zum Ganzen VERDE, (Fn. 3), Rzn 127 f.

<sup>226</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1279; LENCKNER THEODOR / EISELE JÖRG, N 1–133 der Vorbem. zu §§ 13 ff. StGB, Kommentar zu den §§ 185–202a und 203–206 StGB, in: Schönke Adolf / Schröder Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010 (zit. LENCKNER / EISELE in Schönke / Schröder), Vorbem. §§ 13 ff. N 17 und 48; RÖNNAU THOMAS, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. StGB, in: Lauffhütte Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan Ruth / Tiedemann Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32–55, 12. Aufl., Berlin 2006 (zit. RÖNNAU, LK), Vor § 32 N 12; ferner LARENZ KARL / CANARIS CLAU-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin / Heidelberg 1995 (zit. LARENZ / CANARIS, Methodenlehre), S. 80 f., 85 und 93; MAIHOFER WERNER, Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, in: Siegfried Hohenleitner / Ludwig Lindner / Friedrich Nowakowski (Hrsg.), FS Theodor Rittler, Aalen 1957, S. 141 ff., S. 150 f.; WOLTER JÜRGEN, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Schünemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, S. 103 ff. (zit. WOLTER, Unrecht), S. 108; anders ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 229 f., wonach in einem solchen Fall ein Konflikt zwischen zwei Rechtssätze vorliegt und einer davon den anderen verdrängt.

<sup>227</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 105 f.; ESSER JOSEF, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, S. 150 f.; FIKENTSCHER, (Fn. 175), S. 316 und 372 f.; FRISCH W., Strafgesetzgebung, (Fn. 215), S. 212; HECK PHILIPP, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zit. HECK, Schuldrecht), Anh. § 1 N 4; ferner BURCKHARDT WALTHER, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925 (zit. BURCKHARDT W., Auslegung), S. 84 f.; ESER ALBIN, Verhaltensregeln und Behandlungsnormen, Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, in: Eser Albin / Schittenhelm Ulrike / Schumann Heribert (Hrsg.), FS Theodor Lenckner, München 1998, S. 25 ff., S. 42 f.; MERKEL, (Fn. 110), § 120 und 354.

<sup>228</sup> Vgl. ESSER, (Fn. 227), S. 26, 63 und 151 f.; FIKENTSCHER, (Fn. 175), S. 316; GEIGER, (Fn. 77), S. 156; MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 33.

<sup>229</sup> Vgl. etwa BOSSHARD, (Fn. 47), S. 106; ESSER, (Fn. 227), S. 151; LEHMANN, (Fn. 5), S. 178; MERZ, (Fn. 3), S. 310. Dies ist keine Eigenart des Haftpflichtrechts, sondern trifft auch auf andere Rechtsgebiete zu, wie z. B. das Strafrecht (wobei dort das Analogieverbot zulasten des Beschuldigten und das Verbot unbestimmter Strafvorschriften zu beachten sind).

Bedürfnis nach Schutz eines Rechtsgutes auf der einen Seite und den damit in Widerstreit stehenden Bedürfnissen auf der anderen Seite, namentlich nach Handlungsfreiheit oder nach Schutz eines anderen Rechtsgutes.<sup>230</sup> Dort, wo es darum geht, Sicherheitsmassnahmen zu treffen, um bestimmte Risiken zu reduzieren, gilt es eine Abwägung vorzunehmen zwischen der Gefahr<sup>231</sup> für das betreffende Rechtsgut einerseits sowie der Wirksamkeit, der Kosten und der Nachteile der möglichen Sicherheitsmassnahmen andererseits.<sup>232</sup> Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass je wertvoller das zu schützende Rechtsgut ist und je gefährlicher die betreffende Tätigkeit ist, desto höher das Bedürfnis nach Rechtsgüterschutz wiegen wird und umgekehrt.<sup>233</sup>

[Rz 53] Bei dieser Bedürfnisabwägung zur Konkretisierung der vom Gesetzgeber skizzierten Verhaltensnormen gilt es unter anderem, die Gesamtrechtsordnung im Auge zu behalten.<sup>234</sup> Manchmal erfassen nämlich gleich mehrere Rechtsnormen ein bestimmtes Verhalten, ohne dass die eine Norm der anderen als *lex specialis* vorgeht. Dies trifft besonders dann zu, wenn ein bestimmtes Verhalten von mehreren Rechtsgebieten erfasst wird. Selbst wenn ein Verweis auf die anderen Rechtsnormen fehlt, haben solche Rechtsnormen wenigstens insofern eine potenzielle Relevanz beim Konkretisieren einer Verhaltensnorm, als dass sie Wertungen des Gesetzgebers hinsichtlich des Schutzes bestimmter Rechtsgüter enthalten können, die quasi als Gewichtssteine in die Bedürfnisabwägung miteinzubeziehen sind.<sup>235</sup> Es handelt sich dabei vor allem um Informationen darüber, welcher Wert einzelnen Rechtsgütern beigemessen wird, ab welcher Risikohöhe sie wie stark geschützt werden sollen, welche Handlungsfreiheiten gewährt werden sollen oder welche Verhaltensweisen als sorgfältig erachtet werden. Solche «Gewichtssteine» hält unter anderem das Strafrecht bereit.<sup>236</sup>

[Rz 54] Soweit es zu einer Abwägung zwischen dem Schutz verschiedener Rechtsgüter kommt, gilt es zu beachten, dass Rechtsgüter einer bestimmten Art nicht zwingend aufgrund ihres Wertes einen prioritären Schutz geniessen gegenüber Rechtsgütern anderer Art (zum Beispiel die Gemeinrechtsgüter vor den Individualrechtsgütern oder die Persönlichkeitsrechtsgüter vor dem Vermögen). Obschon zwischen den einzelnen Rechtsgütern hinsichtlich des ihnen zugemessenen

---

<sup>230</sup> Stellenweise weist der Gesetzgeber explizit darauf hin, dass bei der Rechtsanwendung eine Abwägung vorzunehmen ist, häufig indem im Gesetz auf ein Interesse Bezug genommen wird (siehe bspw. Art. 28 Abs. 2 ZGB; Art. 272 OR; Art. 17 StGB; Art. 9 Abs. 1 lit. b DSGVO). Solche Verweise auf das sog. Interesse oder auf eine Interessenabwägung erfolgen oft dort, wo nicht bloss typische Sachverhalte geregelt werden sollen, sondern so weit wie möglich auf die konkreten Umstände der vielgestaltigen Einzelfälle eingegangen werden soll (HUBMANN HEINRICH, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), S. 85 ff., S. 86). Der Ausdruck «Interesse» ist dabei im Sinne des Begriffes «Bedürfnis» zu verstehen (vgl. VERDE, (Fn. 3), Rz. 42).

<sup>231</sup> Die Gefahr ist anhand der möglichen Beeinträchtigungsintensität und der Eintrittswahrscheinlichkeit zu beurteilen (VERDE, (Fn. 3), Rz. 92).

<sup>232</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_206/2014 vom 18. September 2014 E. 3.4.5 (mit Bezug auf die Verkehrssicherungspflicht von Bergbahn- und Skiliftunternehmen).

<sup>233</sup> Vgl. KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/30.

<sup>234</sup> Insb. risikobezogene Verhaltensnormen können als Konkretisierungshilfe dienen (vgl. hinten Rz. 64 ff.).

<sup>235</sup> Vgl. Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II, S. 460 (bezogen auf Art. 13 Abs. 2 DSGVO); HECK PHILIPP, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (zit. HECK, Begriffsbildung), S. 107; HUBMANN, (Fn. 230), S. 98 f.; ferner BYDLINSKI FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991, S. 583 f.; HENKEL, (Fn. 73), S. 353.

<sup>236</sup> Vgl. HUBMANN, (fn. 230), S. 102; vgl. in Bezug auf Art. 179<sup>quater</sup> StGB AEBI-MÜLLER REGINA E. / EICKER ANDREAS / VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter vom 3. Mai 2010, Rz. 100; VERDE, (Fn. 3), Rz. 666.



Wertes eine Rangordnung besteht,<sup>237</sup> kann der Schutz eines Rechtsgutes gegenüber dem Schutz eines anderen, als höherwertig betrachteten Rechtsgutes im Einzelfall Vorrang haben.<sup>238</sup> Das Wertverhältnis der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ist zwar ein essenzieller Faktor für die Entscheidung, inwieweit der grundsätzlich gewährte Schutz für ein Rechtsgut zugunsten eines anderen reduziert werden soll, aber es kommen weitere Faktoren hinzu, die es ebenso zu berücksichtigen gilt.<sup>239</sup> Dazu gehören Umstände wie das Ausmass der drohenden Beeinträchtigung bei den beteiligten Rechtsgütern, die Eintrittswahrscheinlichkeit, die Ursache des Rechtsgüterschutzkonfliktes oder Prinzipien, wie dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen habe.<sup>240</sup>

## bb) Objektiver Sorgfaltsmassstab

[Rz 55] Für die Konkretisierung einer (erfolgsbezogenen) Verhaltensnorm sind zunächst einmal die Voraussehbarkeit und die Vermeidbarkeit von Risiken für das von der Verhaltensnorm geschützte Rechtsgut im konkreten Einzelfall massgebend. Diese beiden Elemente markieren die Grenze der Sorgfalt, die eine Verhaltensnorm von ihren Adressaten fordern kann.<sup>241</sup> In einem ersten Schritt gilt es die Tatfrage zu beantworten, welche mögliche, für das Rechtsgut schädliche Geschehensabläufe zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens<sup>242</sup> wenigstens in den Grundzügen erkennbar sind.<sup>243</sup> In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, welche Verhaltensmöglichkeiten bestehen und erkennbar sind, um den als für das Rechtsgut gefährlich erkennbaren, möglichen Geschehensablauf so zu beeinflussen, dass das Risiko beseitigt wird – sei es, indem eine bestimmte Tätigkeit anders ausgeführt oder ganz unterlassen wird, oder sei es, indem eine bestimmte Handlung vorgenommen wird.<sup>244,245</sup> Dabei kann unter Umständen eine gewisse Reaktionszeit erforderlich sein, um die Situation geistig zu verarbeiten und die erforderlichen Massnahmen zu

---

<sup>237</sup> Vgl. statt vieler BVerfGE 39, 1 (42); HUBMANN, (Fn. 230), S. 101; IVANOV DANIEL, Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Diss. Basel 2003, S. 69 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/29; WILHELMI, (Fn. 86), S. 250.

<sup>238</sup> Vgl. HENKEL, (Fn. 73), S. 352; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rz. 6/17; LENCKNER THEODOR, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, S. 295 ff. (zit. LENCKNER, Güterabwägung), S. 310.

<sup>239</sup> Vgl. HUBMANN, (Fn. 230), S. 94; LENCKNER, Güterabwägung (Fn. 238), S. 309; ferner SCHWANDER V., Strafrecht, (Fn. 79), Rz. 163.

<sup>240</sup> Vgl. HUBMANN, (Fn. 230), S. 110–123; LENCKNER, Güterabwägung, (Fn. 238), S. 299–302, m. Verw. auf RUDOLF MERKEL (Fn. 110); SCHWANDER V., Strafrecht, (Fn. 79), Rz. 163; ferner HENKEL, (Fn. 73), S. 352.

<sup>241</sup> VERDE, (Fn. 3), Rz. 247. Zur Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit als Elemente der von einer erfolgsbezogenen Verhaltensnorm geforderten Sorgfalt siehe vorne Rz. 47).

<sup>242</sup> Aufgrund des Umstandes, dass für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit – wie auch der Vermeidbarkeit – die Ex-ante-Perspektive massgebend ist, besteht bei der nachträglichen Würdigung des Verhaltens die Gefahr eines Rückschaufehlers (ausführlich zum Problem des Rückschaufehlers ROBERTO VITO / GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) I, S. 5 ff., S. 5 ff.).

<sup>243</sup> VERDE, (Fn. 3), Rz. 260, m. Verw.; vgl. etwa MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 154 f.; zudem, die Vorhersehbarkeit als Element des Verschuldens betrachtend, KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 63; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 16 f. und 95; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 415; ferner BGE 111 II 72 (74) E. 3a.

<sup>244</sup> VERDE, (Fn. 3), Rz. 263 f., m. Verw.

<sup>245</sup> In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass z. B. Krampfbewegungen oder bewusstlosigkeitsbedingte Regungslosigkeit kein menschliches Verhalten im rechtlichen Sinne darstellen und daher auch nicht als widerrechtlich qualifiziert werden können (vgl. zum menschlichen Verhalten bspw. VERDE, (Fn. 3), Rz. 102). Daran ändert die in Art. 54 OR vorgesehene Haftung der urteilsunfähigen Person nichts.

ergreifen.<sup>246</sup> Aus der Voraussetzung der Vermeidbarkeit folgt, dass die Vorhersehbarkeit spätestens zum Zeitpunkt vorliegen muss, an dem eine Vermeidung noch möglich ist.<sup>247</sup>

[Rz 56] Sowohl bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit als auch der Vermeidbarkeit sind das zum massgeblichen Zeitpunkt vorhandene Wissen und die vorhandenen technischen Möglichkeiten zu berücksichtigen.<sup>248</sup> Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, nach welchem Massstab die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit beurteilt werden sollen. Möglich wäre die Anwendung eines subjektiven, individualisierten Sorgfaltsmassstabes, der die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse berücksichtigt, oder eines objektiven, generellen Massstabes. Im Strafrecht, wo spätestens auf der Stufe der Schuld ein individualisierter Sorgfaltsmassstab anzuwenden ist, gehen die Meinungen darüber auseinander, ob bereits bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens ein individualisierter Massstab zur Anwendung gelangen soll, oder erst bei der Beurteilung der Schuld.<sup>249</sup> Im Haftpflichtrecht jedenfalls wird man einen objektiven Sorgfaltsmassstab anlegen müssen, um die Widerrechtlichkeit zu beurteilen, wie dies nach herrschender Ansicht<sup>250</sup> bei der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens getan wird. Wenn die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse einer Person es (trotz einer allfälligen besonderen Anstrengung) nicht erlauben, die für eine bestimmte Handlung erforderliche Sorgfalt einzuhalten, muss sie auf die betreffende Handlung verzichten. Ein subjektiver Massstab, bei dem die Sorgfaltspflichtwidrigkeit danach beurteilt wird, was die betreffende Person aufgrund ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten hätte voraussehen und vermeiden können, ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit nicht sachgerecht. Hinzu kommt nebenbei bemerkt, dass ein subjektiver Sorgfaltsmassstab wenig praktikabel wäre: Die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person sind einer direkten Wahrnehmung oder Feststellung durch Drittpersonen vielfach nur schwer oder gar nicht zugänglich und dementsprechend schwierig zu beweisen bzw. festzustellen,<sup>251</sup> weswegen man im Strafrecht auch dort mittels Massfiguren auf einen objektiven Massstab zurückgreift, wo eigentlich ein individueller Massstab anwendbar wäre.<sup>252</sup>

---

<sup>246</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B\_302/2011 vom 29. August 2011 E. 3.4.4; Urteil des Bundesgerichts 4P.268/1999 vom 23. Februar 2000 E. 3; DONATSCH, (Fn. 3), S. 154; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 94; REY, (Fn. 1), Rz. 851.

<sup>247</sup> So auch OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 Fn. 18; ferner MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 183 f.

<sup>248</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 145, 148 und 153 f.; LORENZ, (Fn. 75), S. 116 ff.; VERDE, (Fn. 3), Rzn 259, 260 und 263, m. w. Verw. Wissenschaftlich nicht anerkannte oder gar widerlegte Erkenntnismethoden (wie auch Behandlungsmethoden), wie zum Beispiel Hellseherei, gehören nicht dazu (vgl. etwa LORENZ, S. 126 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 Fn. 15).

<sup>249</sup> Siehe dazu die Darstellung bei VERDE, (Fn. 3) Rzn 253 ff., m. Verw.

<sup>250</sup> Statt vieler BGE 116 Ia 162 (169 f.) E. 2c; DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 7 N 28; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 48a; KELLER A., (Fn. 4), S. 119 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 63 ff.; SCHWENZER, (Fn. 1), Rz. 22.20; a. M. etwa WIDMER P., (Fn. 4), Rzn 2.28 und 2.70 f., der für einen subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab plädiert.

<sup>251</sup> Vgl. OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 67.

<sup>252</sup> Vgl. FREI, (Fn. 131), Rzn 148 f.; JENNY, (Fn. 212), BSK, StGB 12 N 82; NIGGLI MARCEL ALEXANDER / MAEDER STEFAN, Kommentar zu den Art. 12–13, 21–23 und 67 StGB, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. NIGGLI / MAEDER, BSK), StGB 12 N 103.

[Rz 57] Es fragt sich indes, was für Fähigkeiten und Kenntnisse man der Massfigur<sup>253</sup> zuschreiben soll, welche die Rechtsordnung in der konkreten Situation personifiziert und an der das Verhalten der Rechtsadressaten gemessen wird.<sup>254</sup> Je mehr Kenntnisse und Fähigkeiten man dieser Massfigur zuschreibt, desto weniger Personen werden in der Lage sein, das, was als voraussehbar und vermeidbar gilt, tatsächlich vorauszusehen und zu vermeiden.<sup>255</sup> Umgekehrt gilt, dass desto mehr Fehlleistungen als sorgfaltspflichtkonform und damit als rechtmässig qualifiziert werden, je tiefer das Niveau der dieser Massfigur zugeschriebenen Kenntnisse und Fähigkeiten ist.<sup>256</sup> Weder der exquisit Dumme noch der Laplace'sche Weltgeist bilden daher adäquate Massfiguren.<sup>257</sup> Ausgangspunkt dürfte eher der durchschnittliche, erwachsene Mensch sein.<sup>258</sup> Vielfach ist es allerdings sachgerechter, sog. differenzierte Massfiguren<sup>259</sup> einzusetzen, wie man sie sowohl bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung als Element des Verschuldens<sup>260</sup> als auch im Strafrecht<sup>261</sup> kennt. Dabei differenziert man (anhand erkennbarer Faktoren) hauptsächlich nach Alters-, Ausbildungs-, Berufs- und Betätigungsgruppen. Massfigur ist dann nicht der sog. gute Durchschnittsbürger, sondern der ausgebildete Arzt, Anästhesist, Lastwagenfahrer, der Querschnittgelähmte etc. Massgebend ist jeweils der durchschnittliche, verständige und besonnene Vertreter einer solchen Referenzgruppe.<sup>262</sup> Der Einsatz einer solchen spezifischen Massfigur ist vor allem bei Tätigkeiten angezeigt, die aufgrund ihrer Schwierigkeit oder der mit ihnen verbundenen Risiken für bestimmte Rechtsgüter besondere Fachkenntnisse und Fähigkeiten verlangen.<sup>263</sup> So bildet zum Beispiel für eine operative Behandlung eines Blutgefässes der durchschnittliche, besonnene und verständige Facharzt für Gefässchirurgie die Massfigur, und nicht etwa der allgemein praktizierende Hausarzt oder der vernünftige Durchschnittsbürger. Wer die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse nicht aufweist, hat die betreffende Tätigkeit zu unterlassen oder eine Fachperson beizuziehen.<sup>264</sup>

---

253 Zur Bezeichnung dieser Massfigur werden diverse Ausdrücke verwendet, wie den *diligens pater familias*, den verständigen Dritten, den guten und vernünftigen Durchschnittsbürger, den besonnenen und einsichtigen Menschen, den gesunden Menschenverstand etc. (vgl. etwa HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 17; LORENZ, (Fn. 75), S. 12; SCHWANDER V., *Rechtswidrigkeit*, (Fn. 78), S. 287; v. TUHR / PETER, (Fn. 6), S. 429; WELZEL, *Strafrecht*, (Fn. 215), S. 132).

254 Vgl. KAUFMANN, (Fn. 212), S. 51.

255 Vgl. WALDER HANS, *Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten*, ZBJV 104 (1968), S. 161 ff., S. 169.

256 ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 187.

257 KAUFMANN, (Fn. 212), S. 49.

258 DONATSCH, (Fn. 3), S. 146; vgl. bspw. auch BGE 134 IV 193 (202) E. 5.1.

259 BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 54.

260 Siehe bspw. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, (Fn. 4), RZn 403 ff.; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 9), BSK, OR 41 N 48a; KELLER A., (Fn. 4), S. 119 f.; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 66 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 85 ff; REY, (Fn. 1), Rz. 847.

261 Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 6B\_25/2012 vom 17. August 2012 E. 1.2; BGE 127 IV 62 (66 f.) E. 2e; 118 IV 130 (133 f.) E. 3; 106 IV 264 (267) E. 2a; BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 56 f.; CORBOZ BERNARD, *Kommentar zu Art. 12 StGB*, in: Roth Robert / Moreillon Laurent (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP*, Basel 2009 (zit. CORBOZ, CR), StGB 12 N 151; FRISCH PETER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin 1973 (zugl. Diss. Bonn 1970; zit. FRISCH P.), S. 93; JESCHECK HANS-HEINRICH / WEIGEND THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 578; KAUFMANN, (Fn. 212), S. 51; SCHWANDER V., *Rechtswidrigkeit*, (Fn. 78), S. 287; WALDER, (Fn. 225), S. 170.

262 Vgl. statt vieler BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 172; GIGER, (Fn. 4), S. 386; STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 633.

263 Vgl. OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 86.

264 Vgl. etwa BGE 72 II 311 (317) E. 4; 67 II 23; REY, (Fn. 1), Rz. 848.

[Rz 58] Neben der Bestimmung der Massfigur gilt es die konkreten Umstände zu berücksichtigen, namentlich die zur Verfügung stehende Zeit und die vorhandenen Mittel.<sup>265</sup> So ist zum Beispiel beim notfallmässigen Verarzten eines Verletzten in der Notfallstation eines Spitals ein anderer Sorgfaltsmassstab anzuwenden, als bei einem nicht-dringlichen medizinischen Eingriff, bei dem ausreichend Zeit zur Verfügung steht für eine ausführliche Diagnose und Abwägung zwischen verschiedenen Behandlungsmethoden.<sup>266</sup>

[Rz 59] Der Einsatz eines objektiven Sorgfaltsmassstabes bedeutet nun nicht, dass die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten völlig belanglos wären: Besonderes Wissen oder Können sind grundsätzlich zugunsten des Schutzes von Rechtsgüter einzusetzen; anderes würde bedeuten, ohne Not Risiken für Rechtsgüter zuzulassen, die es eigentlich zu vermeiden gälte.<sup>267,268</sup> Soweit eine Person über überdurchschnittliche Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, wirken sie sich also sorgfaltspflichterhöhend aus. So darf von einem Profi-Schwimmer, der regelmässig an Schwimmolympiaden teilnimmt, erwartet werden, dass er seine schwimmerischen Fähigkeiten einsetzt, um ein Kind vor dem Ertrinken zu retten, anstatt sich nur mit der Schwimmleistung eines durchschnittlichen Erwachsenen zu begnügen.<sup>269</sup>

### cc) Erlaubtes Risiko

[Rz 60] Daraus, dass eine durch ein bestimmtes Verhalten bewirkte Gefahr für ein Rechtsgut voraussehbar und vermeidbar ist, folgt nicht ohne weiteres, dass dieses Verhalten verboten ist. Da rechtliche Verhaltenspflichten wie erwähnt in einem kontradiktorischen Gegensatz zur Handlungsfreiheit stehen, bedarf es sowohl beim Erlass wie auch bei der Konkretisierung einer Verhaltensnorm einer Abwägung zwischen Rechtsgüterschutz und Handlungsfreiheit.<sup>270</sup> Dasjenige Mass an Sorgfalt, welches aufgrund der Vorhersehbarkeit und der Vermeidbarkeit bestimmter Risiken von den Verhaltensnormadressaten grundsätzlich verlangt werden könnte, muss daher nicht zwangsläufig die tatsächlich von der Rechtsordnung geforderte Sorgfalt bilden, sondern kann zugunsten der Handlungsfreiheit reduziert werden.<sup>271</sup> Konkret geht es darum, einen Verhaltensbereich festzulegen, in dem sich im Prinzip jedermann (voraussetzungslos) oder jede über bestimmte Fähigkeiten und Kenntnisse verfügende Person (mit Bewilligung) betätigen darf, ob-

---

<sup>265</sup> Vgl. BGE 113 II 429 (432) E. 3a; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 66 f., m. H. auf die Praxis.

<sup>266</sup> Vgl. BGE 130 IV 7 (14) E. 4.3.

<sup>267</sup> ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 24 N 61 f.; vgl. REHBERG, (Fn. 177), S. 119 f. und 205.

<sup>268</sup> Dass ein Sonderwissen bzw. -können zu berücksichtigen ist, ist allgemein anerkannt: sei es im Strafrecht bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit als Element des Unrechts (siehe z. B. BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 65 f.; DONATSCH / TAG, (Fn. 210), S. 347; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 579), sei im Haftpflichtrecht bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit als Element des Verschuldens (siehe bspw. OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 70; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 64 f.; STEFFEN, RGK, (Fn. 4), § 823 N 411) oder – wie hier – als Element der Widerrechtlichkeit (siehe etwa KAROLLUS, (Fn. 182), S. 171; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 5/43).

<sup>269</sup> FREUND GEORG, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin / Heidelberg 2009, § 5 N 32.

<sup>270</sup> Rz. 38 f. und 52 f. sowie Fn. 175 und 178; VERDE, (Fn. 3), Rz. 130.

<sup>271</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 86; v. CAEMMERER, S. 77 f.; CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 145 f.; DONATSCH, (Fn. 3), S. 146 f.; LENCKNER THEODOR, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Bockelmann Paul / Kaufmann Arthur / Klug Ulrich (Hrsg.), FS Karl Engisch, Frankfurt a. M. 1969, S. 490 ff. (zit. LENCKNER, Fahrlässigkeit), S. 498 f.; LORENZ, (Fn. 75), S. 61 f.; PREUSS WILHELM, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Diss. Freiburg i. Brsg. 1973, S. 128 f.; REHBERG, (Fn. 177), S. 54 f. und 116 f.; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), § 823 N 17; STEFFEN, RGKG, (Fn. 4), § 823 N 121 f.; ferner BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 39 f.; GERMANN OSCAR ADOLF, Auslegung und freie Rechtsfindung, ZStrR 55 (1941), S. 134 ff. (zit. GERMANN, Auslegung), S. 175; MAIWALD MANFRED, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik, in: Herrmann Joachim et al. (Hrsg.), FS Hans-Heinrich Jescheck, erster Halbband, Berlin 1985, S. 405 ff., S. 413.

schon damit ein grundsätzlich voraussehbares und – durch Unterlassung der betreffenden Tätigkeit – vermeidbares Risiko für ein Rechtsgut verbunden ist.<sup>272</sup> Man spricht dabei sowohl im Haftpflichtrecht als auch im Strafrecht vom erlaubten Risiko oder von der sozialen Adäquanz eines Verhaltens (die Terminologie ist in beiden Rechtsgebieten nicht einheitlich).<sup>273</sup> Gegen die von einer erfolgsbezogenen Verhaltensnorm geforderte Sorgfalt verstösst ein Verhalten somit erst dann, wenn es ex ante gesehen mit einem voraussehbaren und vermeidbaren Risiko verbunden ist, welches das Mass des Erlaubten übersteigt.

[Rz 61] Mit der Erlaubnis an sich gefährlicher Tätigkeiten verschiebt sich die Sorgfaltspflicht von der Pflicht zur Unterlassung der Tätigkeit hin zur Pflicht, diese Tätigkeit mit einer bestimmten Sorgfalt auszuüben.<sup>274</sup> Typische Fälle, wo bestimmte Verhaltensweisen<sup>275</sup> erlaubt sind, obschon damit voraussehbare und vermeidbare Risiken für Rechtsgüter einhergehen, sind beispielsweise die Teilnahme am Strassenverkehr, der Betrieb von Chemiefabriken, das Ausüben von Sportarten wie Skifahren an einem belebten Hang oder ganz profane Tätigkeiten wie der Gebrauch von Gasherden.<sup>276</sup> Auch sog. allgemeine Lebensrisiken<sup>277</sup> in normalem Ausmass werden bisweilen als erlaubtes Risiko angesehen, sodass kein sorgfaltspflichtwidriges Handeln vorliegt, wenn man beispielsweise jemanden zu einem Spaziergang verleitet, während sich eine Gewitterfront nähert, oder dem allgemeinen Unfallrisiko zum Trotz auf eine Busfahrt schickt.<sup>278</sup> Allerdings kann dann nicht mehr von der Schaffung eines erlaubten Risikos die Rede sein, wenn jemand weiss, dass an bestimmten Stellen aufgrund von geologischen Gegebenheiten der Blitz häufig einschlägt<sup>279</sup> oder dass die Bremsen des Busses einen schwerwiegenden Defekt aufweisen. Das Erlaubt sein eines Risikos muss nämlich spätestens dann enden, wenn im konkreten Einzelfall die unmittelbare Gefahr der Realisierung eines generell erlaubten Risikos besteht und sowohl voraussehbar als auch vermeidbar ist.<sup>280</sup>

<sup>272</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 183; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/37; REHBERG, (Fn. 177), S. 212; anders BGE 134 IV 193 (204) E. 7.2, wonach es beim erlaubten Risiko nicht um eine Reduktion der Sorgfaltsanforderungen gehe, sondern darum, die Gefahr für ein Rechtsgut auf dasjenige Minimum zu beschränken, welches nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand oder gar nicht ausgeschlossen werden kann.

<sup>273</sup> Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 6S.8/2007 vom 24. April 2007 E. 6.1.1; BGE 130 IV 7 (10) E. 3.2; 127 IV 34 (38) E. 2a; BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 40; CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 144 f.; DONATSCH, (Fn. 3), S. 159 f., m. w. Verw.; ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 286 ff.; FREI, (Fn. 131), Rz. 217; HIRSCH HANS JOACHIM, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), S. 78 ff. (zit. HIRSCH, soziale Adäquanz), S. 97; JENNY, (Fn. 212), BSK, StGB 12 N 78; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 579; KINDHÄUSER, (Fn. 216), § 33 N 26; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/37; MAURACH REINHART / ZIPF HEINZ, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992, § 17 N 14 ff.; PREUSS, (Fn. 271), S. 93 ff.; RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 174; REHBERG, (Fn. 177), S. 55 und 226; ROXIN CLAUDIUS, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, in: Kohlmann Günter (Hrsg.), FS Ulrich Klug, Band II, Köln 1983, S. 303 ff. (zit. ROXIN, soziale Adäquanz), S. 310 f.; STRATENWERTH, (Fn. 210), AT I, § 9 N 34 ff.; WELZEL, Strafrecht, (Fn. 215), S. 56 f. und 132.

<sup>274</sup> Vgl. ferner BGE 134 IV 193 (204 f.) E. 7.2 und 8.1; 64 II 254 (260) E. 1a; BGHZ 24, 21 (26). Vgl. ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 291 f.; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 580; REHBERG, (Fn. 177), S. 25; ferner BOSSHARD, (Fn. 47), S. 86; KÖHLER MICHAEL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1997 (zit. KÖHLER M.), S. 185 f.

<sup>275</sup> Entgegen der üblichen Bezeichnung als «erlaubtes Risiko» ist nicht ein bestimmtes Risiko als solches erlaubt, sondern ein Verhalten, welches mit einem gewissen Risiko verbunden ist (ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 287).

<sup>276</sup> Vgl. BGE 64 II 254 (260) E. 1a; DONATSCH, (Fn. 3), S. 158 f., m. w. Verw.; ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 287; JENNY, (Fn. 212), BSK, StGB 12 N 78; ROXIN, soziale Adäquanz, (Fn. 273), S. 310 f.; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 9 N 37 f.; WALDER, (Fn. 225), S. 173.

<sup>277</sup> Vgl. dazu FREI, (Fn. 131), Rz. 336; ROBERTO, Schadensrecht, (Fn. 78), S. 94 ff.

<sup>278</sup> Vgl. STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 9 N 35 und 38; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 160 f.; WESSELS / BEULKE, (Fn. 212), Rz. 183.

<sup>279</sup> Vgl. KÖHLER AUGUST, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917 (zit. KÖHLER A.), S. 201.

<sup>280</sup> Vgl. BGE 134 IV 193 (205 f.) E. 8.1; LORENZ, (Fn. 75), S. 62; MAIWALD, (Fn. 271), S. 423 f.

**dd) Vertrauensgrundsatz**

[Rz 62] Im Kontext des erlaubten Risikos steht die Frage, welcher Aufwand betrieben werden muss, um ein voraussehbares und vermeidbares Risiko für ein Rechtsgut zu vermeiden.<sup>281</sup> Neben dem vorhin erläuterten erlaubten Risiko, der im Allgemeinen als Korrektiv der Vermeidbarkeit dient, ist für die Beantwortung dieser Frage der Vertrauensgrundsatz relevant, der als Korrektiv der Voraussehbarkeit dient.<sup>282</sup> Der Zweck des Vertrauensgrundsatzes liegt darin, zu vermeiden, dass die Ausübung bestimmter Tätigkeiten durch denjenigen Aufwand übermässig erschwert wird, der betrieben werden müsste, um auf jedes erdenkliche Fehlverhalten anderer gefasst zu sein.<sup>283</sup>

[Rz 63] Dem Vertrauensgrundsatz zufolge darf jedermann bei der Gestaltung seines Verhaltens grundsätzlich davon ausgehen, dass sich seine Mitmenschen pflichtgemäss verhalten werden; es sei denn, es liegen im Einzelfall konkrete Anzeichen dafür vor, dass sich jemand nicht pflichtgemäss verhalten wird.<sup>284</sup> Dabei stellt die Tatsache, dass in bestimmten Situationen regelmässig Verhaltensregeln missachtet werden, allein noch kein solches konkretes Anzeichen dar.<sup>285</sup> Hinzu kommt, dass die besagten Anzeichen erkennbar sein müssen.<sup>286</sup> So darf sich zum Beispiel der operierende Chirurg auf die Richtigkeit einer im Vorfeld der Operation erstellten Diagnose eines Spezialisten verlassen,<sup>287</sup> ebenso wie beispielsweise der Besitzer eines Raubtieres nicht mit dem gewaltsamen, unbefugten Eindringen in das Tiergehege rechnen muss.<sup>288</sup> Unbestrittenermassen gilt der Vertrauensgrundsatz insoweit nicht, wie eine Sorgfaltspflicht gerade die Überwachung des Verhaltens anderer Personen beinhaltet, was grundsätzlich einer Garantenstellung bedarf.<sup>289</sup> Zu beachten ist auch, dass derjenige, der eine gefährliche Situation schafft oder gegen Verhaltensregeln verstösst, nicht darauf vertrauen darf, dass andere das von ihm so geschaffene Risiko ausgleichen.<sup>290</sup>

---

<sup>281</sup> Vgl. BGE 90 IV 8 (11) E. 2; WALDER, (Fn. 225), S. 173; ferner JENNY, BSK, (Fn. 212), StGB 12 N 89; REHBERG, (Fn. 177), S. 103.

<sup>282</sup> Vgl. LENCKNER, Fahrlässigkeit, (Fn. 271), S. 499; ferner FRISCH P., (Fn. 261), S. 100; a. M. BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 59.

<sup>283</sup> Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 193 f.; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 41; ferner OSWALD HANS, Der Vertrauensgrundsatz als Grundregel für das Verhalten im Strassenverkehr (SVG 26), SJZ 59 (1963), S. 281 ff. (zit. OSWALD H.), S. 282.

<sup>284</sup> BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 58 ff.; DONATSCH, (Fn. 3), S. 192 f.; FREI, (Fn. 131), Rzn 239 und 242; KINDHÄUSER, (Fn. 215), § 33 N 30 ff.; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 40 und 42; vgl. CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 154 f.; FRISCH P., (Fn. 261), S. 101 f.; JAKOBS, (Fn. 213), Abschn. 7 N 55a, m. w. H.; JENNY, BSK, (Fn. 210), StGB 12 N 90 f. Für den Strassenverkehr kann dieser Grundsatz aus Art. 26 SVG abgeleitet werden (BGE 127 IV 34 [42 f.] E. 3c / aa; 111 II 89 [92 f.] E. 2b; OSWALD H., (fn. 283), S. 282).

<sup>285</sup> So m. E. zutreffend DONATSCH, (Fn. 3), S. 193, m. w. Verw.; VOGEL JOACHIM, Kommentar zu den §§ 15–18 StGB-D, in: Laufhütte Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan Ruth / Tiedemann Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafrecht, Band 1, Einleitung, §§ 1–31, 12. Aufl., Berlin 2007 (zit. VOGEL, LK), § 15 N 228; a. M. FRISCH P., (Fn. 261), S. 102.

<sup>286</sup> Vgl. OSWALD H., (Fn. 283), S. 284.

<sup>287</sup> DONATSCH / TAG, (Fn. 212), S. 356; vgl. ROXIN, Verbrechenslehre, (Fn. 78), § 24 N 25.

<sup>288</sup> Vgl. FRISCH P., (Fn. 261), S. 104 f.

<sup>289</sup> FREI, (Fn. 131), Rz. 242, m. w. Verw.; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 43; vgl. DONATSCH / TAG, (Fn. 212), S. 356.

<sup>290</sup> Vgl. FREI, (Fn. 131), Rz. 243; KINDHÄUSER, (Fn. 215), § 33 N 33; OSWALD H., (Fn. 283), S. 282; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 42.

## ee) Risikobezogene Verhaltensnormen als Konkretisierungshilfe

[Rz 64] Ein wichtiges Hilfsmittel zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten, die sich aus erfolgsbezogenen Verhaltensnormen ergeben, bilden generelle Verhaltensrichtlinien.<sup>291</sup> Bei diesen Verhaltensrichtlinien kann es sich sowohl um gesetzliche, risikobezogene Verhaltensnormen handeln (etwa die Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes, die Verkehrsregeln des Strassenverkehrsrechts oder kantonale Brandschutzvorschriften), als auch um ausserrechtliche Sorgfaltsregeln (wie Standesregeln für die Ausübung bestimmter Berufe oder Regelwerke wie die SKUS-Richtlinien oder die FIS-Regeln).<sup>292</sup> Auch Erfahrungssätze und anerkannte Kunstregeln, die nicht in Regelwerken schriftlich festgehalten sind, gehören zum Bestand ausserrechtlicher Sorgfaltsregeln.<sup>293,294</sup> Solche Verhaltensrichtlinien (seien es nun gesetzliche, risikobezogene Verhaltensnormen oder ausserrechtliche Sorgfaltsregeln) beruhen im Grunde genommen auf der Annahme, dass deren Einhaltung bestimmte Risiken für ein Rechtsgut reduziert oder sogar eliminiert.<sup>295</sup> Sie bilden mithin ein Indiz dafür, was sorgfältiges Verhalten bei einer bestimmten Tätigkeit bedeutet.<sup>296</sup> Dabei können sich mehrere Verhaltensrichtlinien unterschiedlicher Herkunft gegenseitig ergänzen.<sup>297</sup>

[Rz 65] Solche Verhaltensrichtlinien kann man als Mindestsorgfaltsstandard für die betreffenden Tätigkeiten betrachten und als Ausgangspunkt für die Prüfung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit nehmen.<sup>298</sup> Die im Einzelfall massgebende Sorgfaltspflicht kann jedoch von solchen Verhaltensrichtlinien abweichen.<sup>299</sup> Aus der Missachtung einer solchen Verhaltensrichtlinie folgt deshalb nicht ohne Weiteres, dass das fragliche Verhalten zugleich auch sorgfaltspflichtwidrig ist; unter Umständen kann ein Verhalten noch im Rahmen der im Einzelfall gebotenen Sorgfalt liegen,

<sup>291</sup> Vgl. BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 45 und 50 f.; REHBERG, (Fn. 177), S. 200 und 222; SEELMANN KURT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. SEELMANN, Strafrecht), S. 168; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 172 f.

<sup>292</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A\_206/2014 vom 18. September 2014 E. 3.3; BGE 130 IV 7 (11) E. 3.3; 127 IV 34 (38) E. 2a; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 173–174a; BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 45 und 50 f.; CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 136 und 138; DONATSCH, (Fn. 3), S. 121–123; FRISCH W., tatbestandsmässiges Verhalten, (Fn. 176), S. 90–96 und 101–109; HEIERLI / SCHNYDER, (Fn. 3), BSK, OR 41 N 48b; KELLER A., (Fn. 4), S. 133 ff.; NIGGLI / MAEDER, BSK, (Fn. 252), StGB 12 N 111; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 98 und 100; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 47 und 57 f.; ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 24 N 15 und 18; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 406 f.; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 13; WALDER, (Fn. 225), S. 171.

<sup>293</sup> BGE 130 IV 7 (11) E. 3.3; 113 II 429 (431 f.) E. 3a; DONATSCH, (Fn. 3), S. 122, m. w. Verw.; MAURACH REINHART / GÖSSEL KARL HEINZ / ZIPF HEINZ, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Aufl., Heidelberg 1989, § 43 N 51; vgl. CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 139; WELZEL, Strafrecht, (Fn. 215), S. 133.

<sup>294</sup> Auch eine bestimmte Verkehrsübung kann man für die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht heranziehen, jedoch bedeutet die Üblichkeit eines Verhaltens noch lange nicht, dass das Verhalten der rechtlich erforderlichen Sorgfalt entspricht (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A\_206/2014 vom 18. September 2014 E. 3.4.1; KELLER A., (Fn. 4), S. 122 f., m. Verw. auf die Rechtsprechung; REY, (Fn. 1), Rz. 849; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 413).

<sup>295</sup> Vgl. ferner BGHSt 12, 75 (78). Vgl. DONATSCH, (Fn. 3), S. 121 f.; LORENZ, (Fn. 75), S. 158 f.; REHBERG, (Fn. 177), S. 220; ferner ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 172 f.

<sup>296</sup> Ebenso BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 45; ähnlich FREL, (Fn. 131), Rz. 135, m. w. Verw.; NIGGLI / MAEDER, BSK, (Fn. 252), StGB 12 N 111; SEELMANN, Strafrecht, (Fn. 291), S. 168.

<sup>297</sup> Vgl. CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 142.

<sup>298</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B\_25/2012 vom 17. August 2012 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 6B\_302/2011 vom 29. August 2011 E. 3.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6S.8/2007 vom 24. April 2007 E. 6.1.1; BGE 130 IV 7 (11) E. 3.3; 121 IV 286 (290) E. 3; CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 134; JENNY, BSK, (Fn. 212), StGB 12 N 88; KAROLLUS, (Fn. 182), S. 140 f.; SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 62; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 16 N 13.

<sup>299</sup> Dies ist besonders bei ausserrechtlichen Sorgfaltsregeln möglich (vgl. BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 52 f.; DONATSCH, (Fn. 3), S. 126 f.; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, (Fn. 293), § 43 N 58; ferner ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 24 N 19).

obschon es gegen eine Verhaltensrichtlinie verstösst.<sup>300</sup> Zum Beispiel liegt in Hinblick auf den Schutz der körperlichen Integrität anderer Leute kein unsorgfältiges Verhalten vor, wenn man an einer leeren Strassenkreuzung bei guten Sichtverhältnissen ein Rotlichtsignal missachtet, auch wenn dieses Verhalten gegen die Verkehrsregeln verstösst. Möglich ist auch, dass der Normadressat aufgrund eines besonderen Wissens und / oder Könnens trotz Missachtung der massgebenden Verhaltensrichtlinien die erforderliche Sorgfalt einzuhalten vermag resp. sich weiterhin im Bereich des erlaubten Risikos bewegt.<sup>301</sup> Umgekehrt bedeutet die Beachtung solcher Verhaltensrichtlinien nicht zwangsläufig, dass man damit die im Einzelfall gebotene Sorgfalt einhält.<sup>302</sup> Gerade aufgrund ihres Sonderwissens oder Sonderkönnens kann die Normadressatin im Einzelfall zu einem höheren Mass an Sorgfalt verpflichtet sein, als eine solche Verhaltensrichtlinie vorgibt.<sup>303</sup> Auch kann das durch eine solche Verhaltensregel vorgesehene Verhalten aufgrund der konkreten Umstände als sorgfaltswidrig erscheinen: So kann im Einzelfall die Sorgfaltspflicht die Missachtung einer solchen Verhaltensrichtlinie geradezu gebieten – beispielsweise wenn man eine Kollision mit einem plötzlich auftauchenden Fussgänger nur durch Überfahren einer Sicherheitslinie vermeiden kann.<sup>304</sup> Die risikobezogenen Verhaltensnormen stehen zur Sorgfaltspflicht, die aus einer erfolgsbezogenen Verhaltensnorm fliesst, folglich nicht im Verhältnis von *lex specialis* zu *lex generalis*,<sup>305</sup> sondern dienen (in diesem Kontext) lediglich der Konkretisierung dieser Sorgfaltspflicht. Dabei helfen sie, bei der nachträglichen Beurteilung der Sachlage aus der Ex-ante-Perspektive Rückschaulfehler zu vermeiden.<sup>306</sup>

[Rz 66] Solche Verhaltensrichtlinien schaffen die Erwartung (oder sind zumindest geeignet, die Erwartung zu schaffen), dass sie von demjenigen eingehalten werden, der eine durch solche Verhaltensrichtlinien geregelte Tätigkeit ausübt. Der vorne<sup>307</sup> dargelegte Vertrauensgrundsatz schützt grundsätzlich eine derartige Verhaltenserwartung. Damit dienen Verhaltensrichtlinien (vor allem die gesetzlichen, risikobezogenen Verhaltensnormen) in zweifacher Hinsicht der genaueren Ermittlung des erlaubten Risikos: Einerseits zeigen sie, unter welchen Umständen bestimmte Tätigkeiten ausgeübt werden dürfen, trotz des damit verbundenen Risikos für Rechtsgüter.<sup>308</sup> So kann aus den Strassenverkehrsvorschriften abgeleitet werden, dass es zwar grundsätzlich erlaubt ist, am Strassenverkehr teilzunehmen, nicht aber ein höheres Risiko zu schaffen, als man bei Beachtung der Strassenverkehrsvorschriften schafft. Andererseits beeinflussen solche Verhaltensrichtlinien das erlaubte Risiko, indem sie den Vertrauensgrundsatz mit konkretem

---

<sup>300</sup> Statt vieler BGE 135 IV 56 (64) E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6S.8/2007 vom 24. April 2007 E. 6.1.1; DONATSCH, (Fn. 3), S. 124 f., m. w. Verw.; GERMANN OSCAR ADOLF, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zit. GERMANN, Verbrechen), S. 180 f.

<sup>301</sup> Vgl. ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 180 und 184.

<sup>302</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A\_206/2014 vom 18. September 2014 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 6S.8/2007 vom 24. April 2007 E. 6.1.1; BGE 78 IV 73 (75) E. 2. Hierzu und zum Folgenden DONATSCH, (Fn. 3), S. 124 f.; REHBERG, (Fn. 177), S. 221; vgl. zudem etwa CORBOZ, CR, (Fn. 261), StGB 12 N 137; MAURACH / GÖSSEL / ZIPP, (Fn. 293), § 43 N 50; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 98; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 91 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 57.

<sup>303</sup> Vgl. vorne Rz. 59.

<sup>304</sup> KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 68; REHBERG, (Fn. 177), S. 220; WALDER, (Fn. 225), S. 172; vgl. OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 98.

<sup>305</sup> Vgl. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 287 ff.; REHBERG, (Fn. 177), S. 221 f.

<sup>306</sup> ROBERTO / GRECHENIG, (Fn. 242), S. 21 f.

<sup>307</sup> Rz. 62 f.

<sup>308</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden OSWALD H., (Fn. 283), S. 282; REHBERG, (Fn. 177), S. 200; ferner GERMANN, Verbrechen, (Fn. 300), S. 212; FREL, (Fn. 131), Rzn 221 f.; JENNY, BSK, (Fn. 212), StGB 12 N 88.



Inhalt füllen. So darf der auf der Hauptstrasse Fahrende bloss deswegen in der Regel darauf vertrauen, dass Verkehrsteilnehmer, die seine Fahrbahn von einer Nebenstrasse her kreuzen möchten, ihm den Vortritt gewähren, weil das Vortrittsverhältnis dementsprechend geregelt ist.<sup>309</sup>

## IV. Einzelaspekte

### 1. Widerrechtlichkeit und Verschulden

[Rz 67] Da die Sorgfaltspflichtwidrigkeit nach herrschender Ansicht dem Verschulden in Form der Fahrlässigkeit angehört,<sup>310</sup> stellt sich die Frage, was von der objektiven Verschuldenskomponente<sup>311</sup> übrig bleibt, wenn man den Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht als Aspekt der Widerrechtlichkeit betrachtet. Es bestehen im Wesentlichen fünf Möglichkeiten:

[Rz 68] Erstens könnte man von einem subjektiven Verschuldensbegriff ausgehen, sodass bei der Widerrechtlichkeit ein objektiver Sorgfaltsmassstab gilt, während beim Verschulden die Sorgfaltspflicht nach subjektiven Kriterien zu bestimmen wäre, d. h. nach den individuellen Fähigkeiten des Schädigers.<sup>312</sup> Einen subjektiven Sorgfaltsmassstab beim Verschulden einzusetzen haben bereits mehrere Autoren im Schweizer Haftpflichtrechtsschrifttum vorgeschlagen,<sup>313</sup> allerdings konnte sich dieser bedenkenswerte Standpunkt bisher nicht durchsetzen.<sup>314</sup>

[Rz 69] Eine andere Möglichkeit bestünde darin, dieselbe Sorgfaltspflichtwidrigkeit beim Verschulden ein zweites Mal zu prüfen.<sup>315</sup> Dies wäre zwar im Ergebnis unschädlich, aber sinnlos.<sup>316</sup>

[Rz 70] Drittens wäre es denkbar, die vor allem im deutschen Haftpflichtrecht zum Teil vorgenommene Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Fahrlässigkeit zu übernehmen: Erstere besteht aus dem sachgemässen äusseren Verhalten und ist sowohl auf der Stufe Rechtswidrigkeit als auch der Stufe Verschulden relevant, wobei bei der Widerrechtlichkeit ein Höchstmass an Sorgfalt verlangt wird. Letztere gehört nur zum Verschulden und besteht aus einem intellektuell-emotionalen Vorgang, der sich aus dem Erkennen der Verhaltensnorm und dem geistig-seelischen

---

<sup>309</sup> Ähnlich WELZEL, Strafrecht, (Fn. 215), S. 134.

<sup>310</sup> Siehe anstelle vieler OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 51; OSER / SCHÖNENBERGER, ZK, (Fn. 7), OR 41 N 63 ff.; REY, (Fn. 1), Rz. 843.

<sup>311</sup> Zur subjektiven und objektiven Komponente des Verschuldens siehe vorne Rz. 4.

<sup>312</sup> Siehe BOSSHARD, (Fn. 47), S. 118 und 120; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 5/42; NIPPERDEY, (Fn. 169), S. 1780–1782; WILHELMI, (Fn. 86), S. 317 ff.; ferner LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 144. Dies würde dem im österreichischen Haftpflichtrecht vorherrschenden Standpunkt entsprechen, wonach das Verschulden in Form von Fahrlässigkeit anhand eines subjektiven Massstabes zu beurteilen ist (vgl. EHRENZWEIG / MAYRHOFER, (Fn. 186), S. 295; KAROLLUS, (Fn. 182), S. 159 ff. und 315 f.; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rzn 6/5, 6/10, 6/12 und 6/92; DERS., Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rzn 4/13 f. und 5/35 f., m. w. Verw.; REISCHAUER in Rummel, (Fn. 220), § 1294 N 11, 13 und 20 f. sowie § 1311 N 6).

<sup>313</sup> Siehe etwa BOSSHARD, (Fn. 47), S. 118 und 120; FELLMANN, Verschuldensbegriff, (Fn. 11), S. 354 f. und 365; WIDMER P., (Fn. 4), Rzn 2.28 und 2.70 f.

<sup>314</sup> Siehe statt vieler DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 7 N 28; ENGEL, (Fn. 1), S. 457; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 48a; KELLER A., (Fn. 4), S. 119 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 5 N 63 ff.

<sup>315</sup> Vgl. BGHZ 24, 21 (28); STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 637.

<sup>316</sup> So zu Recht ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 231; vgl. CHAPPUIS CHRISTINE, La distinction entre l'illicéité et la faute: n'est-il pas temps de renoncer?, in: Fuhrer Stephan / Chappuis Christine (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, LA Roland Brehm, Bern 2012, S. 83 ff. (zit. CHAPPUIS CHR.), S. 88 f.; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21.

Ausrichten auf ein verhaltensnormgemässes Verhalten zusammensetzt.<sup>317</sup> Gegen diese Lösung spricht vor allem der Umstand, dass die äussere Sorgfalt in der Regel eine innere Sorgfalt voraussetzt,<sup>318</sup> weswegen man diese beiden Komponenten eines sorgfaltspflichtkonformen Verhaltens nicht als zwei selbstständige, an verschiedenen Orten rubrizierten Haftungsvoraussetzungen betrachten kann.<sup>319</sup> Abgesehen davon wäre das Fehlen resp. Vorliegen eines inneren Ereignisses wie die innere Sorgfalt kaum zu beweisen,<sup>320</sup> weshalb man in der deutschen Praxis dem Geschädigten entgegen kommt, indem man aus der Missachtung der äusseren Sorgfalt auf die Missachtung der inneren Sorgfalt schliesst.<sup>321</sup>

[Rz 71] Die vierte Variante wäre, zwei objektive Sorgfaltsmassstäbe anzuwenden, wobei man bei der Widerrechtlichkeit von einer abstrakten, ein Höchstmass an Sorgfalt verlangenden, und beim Verschulden von einer die konkreten Umstände des Einzelfalls – vor allem die Eigenheiten des Schädigers – berücksichtigenden Sorgfaltspflicht ausgehen würde.<sup>322</sup> Dies würde bedeuten, dass die Beurteilung des Verhaltens des Schädigers anhand der von der Rechtsordnung gestellten Anforderungen zwischen den Rubriken Widerrechtlichkeit und Verschulden aufgeteilt wird. Soweit die Widerrechtlichkeit auf den Verstoss gegen eine erfolgsbezogene Verhaltensnorm beruht, würde man auf dem Feld der Widerrechtlichkeit mittendrin damit aufhören zu prüfen, ob das Verhalten des Schädigers den Anforderungen der Rechtsordnung genügt, und erst beim Verschulden zum Abschluss dieser Prüfung gelangen.<sup>323</sup> Damit wäre man auf halbem Weg zwischen der Erfolgsunrechtslehre und einer streng verhaltensbezogenen Widerrechtlichkeitstheorie stehen geblieben und müsste so etwas wie einen «*sorgfältige[n] Verstoss gegen eine Schutznorm*»<sup>324</sup> prüfen.<sup>325</sup> Eine zweiteilige Prüfung des Verhaltens kommt daher nach hier vertretener Ansicht nur bei risikobezogenen Verhaltensnormen in Betracht, die aus konkreten Verhaltensanweisungen bestehen.<sup>326</sup> Bei diesen Verhaltensnormen wird in Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit lediglich geprüft, ob das Verhalten des Schädigers bzw. des (möglicherweise) Haftpflichtigen mit dem von der Verhaltensnorm verlangten Verhalten übereinstimmt, derweil keine Prüfung stattfindet, ob sein Verhalten sorgfältig gewesen ist mit Blick auf die Vermeidung einer bestimmten Rechtsgutbeeinträchtigung. Die Frage ob dem Schädiger Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann in Zusammenhang mit dem Verstoss gegen die risikobezogene Verhaltensnorm, bleibt im Rahmen der Widerrechtlichkeitsprüfung offen. So kann ein fahrlässiger Verstoss gegen Art. 4a

---

<sup>317</sup> Siehe zum Ganzen etwa BGH, Urteil vom 31. Mai 1994, NJW 47 (1994), S. 2233; Urteil vom 11. März 1986, NJW 39 (1986), S. 2758; DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rzn 385 ff.; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 414; ferner v. BAR CHRISTIAN, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten, JuS 28 (1988), S. 169 ff., S. 173; vgl. zudem STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 634, m. w. Verw.; grundlegend zu dieser Unterscheidung ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 271 ff.

<sup>318</sup> Vgl. BURGSTALLER, (Fn. 215), S. 19; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 94 ff.; ENGISCH, Untersuchungen, (Fn. 156), S. 279 und 346; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 51.

<sup>319</sup> Vgl. STATHOPOULOS, (Fn. 4), S. 635 f.; WILHELMI, (Fn. 86), S. 322 f.

<sup>320</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 226; vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 310 f.

<sup>321</sup> Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 31. Mai 1994, NJW 47 (1994), S. 2233; Urteil vom 11. März 1986, NJW 39 (1986), S. 2758.

<sup>322</sup> So HEIERLI, (Fn. 9), Rzn 985 f.; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 100 ff.; WÜRMLI MARCEL, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss. Bern 2009, Rz. 299. Vgl. ferner BGE 82 II 25 (30) E. 2; vgl. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 457 und 459; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 279; ferner LARENZ / CANARIS, (Fn. 90), Schuldrecht, S. 369; RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 260 f.; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 414.

<sup>323</sup> Vgl. STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 403.

<sup>324</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 224.

<sup>325</sup> Vgl. BOSSHARD, (Fn. 47), S. 112 f.

<sup>326</sup> Dazu vorne Rz. 45 f.

Abs. 1 VRV vorliegen, wenn man die zulässige Fahrgeschwindigkeit überschreitet, weil man mit einem nicht-funktionierenden Tachometer fährt.

[Rz 72] Als fünfte Variante könnte man das Verschulden auf die subjektive Komponente – d. h. die Deliktsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB (i. V. m. Art. 19 Abs. 3 ZGB) – beschränken.<sup>327</sup> Wenn der Widerrechtlichkeit ein Verstoss gegen eine erfolgsbezogene Verhaltensnorm zugrunde liegt, kommt meiner Meinung nach nur dieser Ansatz in Frage, nämlich die Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Verhaltens ausschliesslich im Rahmen der Widerrechtlichkeit zu prüfen, nicht aber auch unter dem Aspekt des Verschuldens. Allerdings soll dabei nach hier vertretener Ansicht die objektive Komponente des Verschuldens nicht ganz entfallen, sondern lediglich auf den Vorsatz beschränkt werden.<sup>328</sup>

## 2. Widerrechtlichkeit und Adäquanz

[Rz 73] Im schweizerischen Haftpflichtrecht genügt der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem widerrechtlichen Verhalten und den Schaden nicht für eine Haftung. Die natürlich-kausale Ursache der Rechtsgutbeeinträchtigung muss zudem nach der Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge an sich geeignet sein, einen Erfolg der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zumindest zu begünstigen.<sup>329</sup> Die Beurteilung dieser für eine Haftung erforderlichen Adäquanz erfolgt aus der Ex-post-Perspektive anhand einer objektiven nachträglichen (retrospektiven) Prognose.<sup>330</sup>

[Rz 74] Wenn die Widerrechtlichkeit aus dem Verstoss gegen eine erfolgsbezogene Verhaltensnorm folgt, kommt dem Erfordernis der Adäquanz des Kausalzusammenhangs im Rahmen der Haftungsbegründung allerdings keine begrenzende Funktion zu: Versteht man die Widerrechtlichkeit als Sorgfaltspflichtverletzung, ist die Adäquanzlehre als haftungsbegrenzendes Korrektiv überflüssig, da inadäquate Geschehensabläufe bereits in der Rubrik der Widerrechtlichkeit mangels Voraussehbarkeit ausgeschieden werden.<sup>331</sup> Die Eignung eines Verhaltens zur Beeinträchtigung des betreffenden Rechtsgutes bildet dann nämlich die Grundlage für die Widerrechtlichkeit,<sup>332</sup> denn bei erfolgsbezogenen Verhaltensnormen ist die Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens im konkreten Fall aus der Ex-ante-Sicht zu beurteilen (der Ausgangspunkt ist damit fast

---

<sup>327</sup> Siehe etwa HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 6 N 21; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rzn 40 und 231; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 43; ferner JAUN, (Fn. 135), S. 259 f.; KOLLER, (Fn. 70), S. 373.

<sup>328</sup> Ähnlich MISTELI, (Fn. 4), S. 252 f., der in der Rubrik «Verschulden» die persönliche Einstellung des Schädigers zum widerrechtlichen Verhalten – d. h. seinen deliktischen Willen – erfassen möchte.

<sup>329</sup> Statt vieler (teilweise mit abweichender Formulierung) Urteil des Bundesgerichts 4A\_444/2010 vom 22. März 2011 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.2.1; BGE 123 III 110 (112) E. 3a; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 120; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 423; FREI, (Fn. 131), Rzn 354 und 356; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 16; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 3 N 15; WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.52 f.; WERRO, (Fn. 11), responsabilité civile, Rz. 192; DERS., CR, (Fn. 1), OR 41 N 43.

<sup>330</sup> Anstelle vieler BGE 101 II 69 (73) E. 3a; 80 II 338 (344) E. 2b; 70 II 168 (177); HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 16; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 36; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 3 N 22, m. w. Verw.; REY, (Fn. 1), Rzn 533 und 538. Gleich verhält es sich im deutschen Haftpflichtrecht (statt vieler FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 73), Rz. 626; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 81). Nach einem Teil der deutschen Lehre (bspw. LANGE / SCHIEMANN, S. 86 und 93, m. Verw. auf die Rechtsprechung) ist die Adäquanz hingegen aus der Ex-ante-Perspektive zu beurteilen. In der Schweiz hat sich FREI, (Fn. 131), Rz. 376, dafür ausgesprochen, die Adäquanzprüfung im Zivilrecht von einem Ex-ante-Blickwinkel aus vorzunehmen.

<sup>331</sup> Vgl. REISCHAUER in Rummel, (Fn. 220), § 1295 N 12; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 80.

<sup>332</sup> MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 149.

der gleiche wie derjenige der Adäquanz).<sup>333</sup> Nebenbei bemerkt ist das Adäquanzerfordernis bei der Verschuldenshaftung auch dann überflüssig, wenn man der Lehre vom Erfolgsunrecht folgt, da dann in der Rubrik des Verschuldens alles ausgeschieden wird, was im Filter der Adäquanz hängen bleiben könnte.<sup>334</sup> Als Anwendungsbereich für die Adäquanzlehre verbleibt immerhin die Begrenzung der haftungsausfüllenden Kausalität.<sup>335</sup>

[Rz 75] Anders verhält es sich, wenn man die Rechtswidrigkeit anhand einer risikobezogenen Verhaltensnorm begründet: Mit einer solchen Verhaltensnorm wird ein bestimmtes Verhalten verboten, um die Verwirklichung eines bestimmten Risikos für ein Rechtsgut zu verhindern.<sup>336</sup> Auch wenn zwischen der Rechtsgutbeeinträchtigung und dem widerrechtlichen Verhalten ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, darf man die Rechtsgutbeeinträchtigung nur dann dem rechtswidrigen Verhalten zurechnen, wenn die Beeinträchtigung nicht bloss eine natürlich-kausale Folge der Gefahrenlage ist, die durch das widerrechtliche Verhalten herbeigeführt wurde, sondern die Realisierung des spezifischen Risikos darstellt, um dessentwillen das Verhalten verboten ist.<sup>337</sup> Die Zurechnung des Erfolges entfällt also, wenn die missachtete Verhaltensnorm nicht denjenigen Geschehensablauf zu vermeiden bezweckt, der zur Rechtsgutbeeinträchtigung führte, sondern andere mögliche Geschehensabläufe, die das Verhalten ex ante betrachtet als gefährlich erscheinen lassen.<sup>338</sup> Die eingetretene Rechtsgutbeeinträchtigung (und damit auch der Schaden) liegt in einem solchen Fall ausserhalb des Schutzbereichs der missachteten Verhaltensnorm, womit der Schutzzweckzusammenhang fehlt.<sup>339</sup> Wäre die Rechtsgutbeeinträchtigung ausgeblieben, wenn sich der Schädiger rechtmässig verhalten hätte, so wäre dieses Ausbleiben nur ein Schutzreflex, nicht aber der Schutzzweck der Verhaltensnorm.<sup>340</sup>

[Rz 76] Weil sich der Schutzzweck einer risikobezogenen Verhaltensnorm danach beurteilt, welche Rechtsgutbeeinträchtigungsrisiken der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Rechtssetzung vor Augen hatte und reduzieren wollte, während es bei der Adäquanz des Kausalzusammenhangs darauf ankommt, was im konkreten Fall voraussehbar war, hat der Aspekt der Vorhersehbarkeit bei der Widerrechtlichkeit einen anderen Ausgangspunkt als bei der Adäquanz.<sup>341</sup> Bei der Bestimmung des Schutzzwecks einer risikobezogenen Verhaltensnorm obliegt es dem Richter zu

---

<sup>333</sup> Vgl. vorne Kap. Rz. 47 f.

<sup>334</sup> Vgl. etwa FREI, (Fn. 131), Rzn 430 f. und 460 f.; HUBER ULRICH, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 24 (1969), S. 677 ff., S. 679 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 3 N 31; ROBERTO, Schadensrecht, (Fn. 78), S. 77; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), § 823 N 25; zudem DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 119, der die kausale Adäquanz als Vorstufe des Verschuldens bezeichnet.

<sup>335</sup> Vgl. etwa HUBER, (Fn. 334), S. 681; OFTINGER / STARK, (Fn. 1), § 3 N 31; STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 80.

<sup>336</sup> Vgl. vorne Rz. 45 f.

<sup>337</sup> GALLAS WILHELM, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Kaufmann Arthur et al. (Hrsg.), FS Paul Bockelmann, München 1979, S. 155 ff. (zit. GALLAS, Struktur), S. 163; RUDOLPHI, (Fn. 77), Vor § 1 N 57.

<sup>338</sup> Vgl. etwa FREUND, (Fn. 269), § 5 N 67; JAKOBS, (Fn. 213), Abschn. 7 N 79 ff.; JENNY, BSK, (Fn. 212), StGB 12 N 100; JESCHECK / WEIGEND (Fn. 261), S. 586; KAUFMANN, (Fn. 212), S. 53 f.; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, (Fn. 293), § 43 N 92 ff.; ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 11 N 84 ff.; RUDOLPHI, (Fn. 78), Vor § 1 N 64; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 9 N 43.

<sup>339</sup> Vgl. zum Schutzzweckzusammenhang vorne Rz. 42.

<sup>340</sup> Vgl. KRÜPELMANN JUSTUS, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, in: Kaufmann Arthur et al. (Hrsg.), FS Paul Bockelmann, München 1979, S. 443 ff., S. 453; ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 11 N 86.

<sup>341</sup> Vgl. BRUNNER PETER, Die Zurechnung der Schadenersatzpflicht bei Verletzung eines «Schutzgesetzes» gem § 1311 ABGB, ÖJZ 27 (1972), S. 113 ff., S. 116 f.; KAROLLUS, (Fn. 182), S. 384 f.; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rz. 7/16; ROBERTO, Schadensrecht, (Fn. 78), S. 85; WILBURG, (Fn. 186), S. 244; ferner DEUTSCH ERWIN, Haftungsrecht und Strafrecht, in: Müller Klaus / Soell Hermann (Hrsg.), FS Eduard Wahl, Heidelberg 1973, S. 339 ff. (zit. DEUTSCH, STRAFRECHT), S. 351; FREI, (Fn. 131), Rz. 535.

beurteilen, inwiefern der Gesetzgeber das verbotene Verhalten als gefährlich erachtete.<sup>342</sup> Dabei kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber das sich verwirklichte Risiko umso weniger vor Augen hatte, je atypischer der zur Rechtsgutbeeinträchtigung führende Geschehensablauf ist.<sup>343</sup> Dies kann dazu führen, dass der Schutzzweck einer risikobezogenen Verhaltensnorm schädigende Geschehensabläufe erfassen kann, die nach der Adäquanztzlehre als inadäquat erscheinen, und umgekehrt. Die Frage nach dem Schutzzweckzusammenhang einer risikobezogenen Verhaltensnorm darf daher nicht mit derjenigen nach der Adäquanztz des Kausalzusammenhangs vermengt werden.<sup>344</sup>

[Rz 77] Der Schutzzweck der übertretenen Verhaltensnorm markiert die Grenze der Zurechnung der haftungsbegründenden Rechtsgutbeeinträchtigung.<sup>345</sup> Dies bedeutet, dass man für adäquat-kausal verursachte Rechtsgutbeeinträchtigungen nur dann haftet, wenn sie vom Schutzzweck der (risikobezogenen) Verhaltensnorm erfasst werden. Umgekehrt soll nach einem Teil der Lehre eine natürlich-kausal verursachte Rechtsgutbeeinträchtigung auch dann zu einer Haftung führen können, wenn der Kausalzusammenhang inadäquat gewesen ist, sofern sie vom Schutzzweck der Verhaltensnorm erfasst wird,<sup>346</sup> derweil nach anderer Ansicht in diesem Fall die Adäquanztz als Haftungsbegrenzungskriterium dienen soll.<sup>347</sup> Nach einer dritten Meinung soll die Adäquanztz als Kriterium für die Interpretation des Schutzzwecks beigezogen werden, ausser wenn der Gesetzgeber das Rechtsgut vor jedem Risiko, d. h. auch vor komplett aussergewöhnlichen Kausalverläufen schützen wollte.<sup>348</sup> Der drittgenannte Standpunkt verdient meines Erachtens den Vorzug, wobei daran zu erinnern ist, dass die Adäquanztz nur bei risikobezogenen Verhaltensnormen eine begrenzende Funktion hat im Rahmen der Haftungsbegründung. Da die Rechtsprechung die Adäquanztz eines Kausalzusammenhangs überaus grosszügig bejaht,<sup>349</sup> dürfte es jedoch nur äusserst selten Fälle geben, wo zwar die Schädigung vom Schutzzweck erfasst, die Adäquanztz aber verneint wird.<sup>350</sup>

---

<sup>342</sup> Vgl. STOLL, (Fn. 209), S. 23.

<sup>343</sup> KAROLLUS, (Fn. 182), S. 387.

<sup>344</sup> Gl. M. DESAX, (Fn. 77), S. 17; übereinstimmend KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 8/75 Fn. 276.

<sup>345</sup> STOLL, (Fn. 209), S. 14 f.; vgl. FREI, (Fn. 131), Rz. 538; HUBER, (Fn. 334), Fn. 15; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 8/76; KRAMER ERNST A., Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 31 (1976), S. 338 ff. (zit. KRAMER, Schutzgesetze), S. 342; a. M. offenbar BISTRITZKI WALTER, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Diss. München 1981, S. 80 f., der anscheinend davon ausgeht, dass der Schutzzweck auch adäquat-kausale Rechtsgutbeeinträchtigungen erfassen soll, die der Gesetzgeber nicht vor Augen hatte und verhindern wollte.

<sup>346</sup> BRUNNER, (Fn. 341), S. 117; DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rzn 146 und 315; HARRER in Schwimann, (Fn. 169), § 1295 N 40; offenbar auch STEFFEN, RGRK, (Fn. 4), § 823 N 558.

<sup>347</sup> KAROLLUS, (Fn. 182), S. 380–385; STOLL, (Fn. 209), S. 22 ff.; ferner FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 73), Rz. 1634; HEIERLI, (Fn. 9), Rz. 500.

<sup>348</sup> KRAMER, Schutzgesetze, (Fn. 345), S. 342 f.; in diesem Sinne auch KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 8/76; REISCHAUER in Rummel, (Fn. 220), § 1295 N 12; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), § 823 N 227; DERS., Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 276–279.

<sup>349</sup> Je m. Verw. auf die Praxis etwa FREI, (Fn. 131), Rzn 392 ff. und 397 f.; HONSELL / ISENTRING / KESSLER, (Fn. 11), § 3 N 10; REY, (Fn. 1), Rzn 835 ff. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung das Adäquanztzkriterium auch dazu einsetzt, um im Einzelfall eine billige, den rechtspolitischen Zielsetzungen des Rechtsgebietes entsprechende Zurechnung vorzunehmen (BGE 123 III 110 [111 ff.] E. 3; vgl. dazu WIDMER P., (Fn. 4), Rz. 2.53).

<sup>350</sup> Vgl. FREI, (Fn. 131), Rz. 537.

### 3. Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des defensiven Rechtsgüterschutzes

[Rz 78] Fraglich ist, ob eine als Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht (bzw. gegen eine Verhaltensnorm) verstandene Widerrechtlichkeit auch im Bereich des defensiven Rechtsgüterschutzes brauchbar ist: Das Notwehrrecht<sup>351</sup> nach Art. 52 Abs. 1 OR, das einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt,<sup>352</sup> stünde nicht offen, wenn die Widerrechtlichkeit aus der Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Verhaltens folgen soll, der Schädiger sich aber sorgfaltspflichtkonform verhält.<sup>353</sup> Auf den ersten Blick scheint das Verständnis der Widerrechtlichkeit als Verletzung einer Sorgfaltspflicht mit der unerfreulichen Begleiterscheinung verbunden zu sein, dass es sich mit dem Notwehrrecht schlecht verträgt; es besteht der Eindruck, dass im Vergleich zur Erfolgsunrechtslehre eine Schutzlücke vorliegt.<sup>354</sup>

[Rz 79] Einige Autoren tragen diesen Umstand als Argument gegen die Theorie vor, wonach die Widerrechtlichkeit im Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht liegt.<sup>355</sup> Allerdings unterstellen sie damit, dass die für das Notwehrrecht vorausgesetzte Rechtswidrigkeit die gleiche sei, wie die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit der Deliktshandlung.<sup>356</sup> MANUEL JAUN ist sogar der Ansicht, dass es mehr als bloss ein Schönheitsfehler sei, wenn zwei unterschiedliche zivilrechtliche Widerrechtlichkeitsbegriffe bestünden.<sup>357</sup>

[Rz 80] Ob der Rechtswidrigkeitsbegriff in der gesamten Rechtsordnung stets der gleiche sein muss<sup>358</sup> oder ob es innerhalb der Rechtsordnung verschiedene Rechtswidrigkeitsbegriffe geben kann, die in den einzelnen Rechtsgebieten autonom bestimmt werden,<sup>359</sup> ist umstritten. Angesprochen ist damit das Thema der Einheit der Begriffe innerhalb der Gesamtrechtsordnung, das auch unter der Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung diskutiert wird.<sup>360</sup> Ein rechtsgebietspezifischer Gebrauch bestimmter Ausdrücke ist in der schweizerischen wie auch in anderen Rechtsordnungen kein seltenes Phänomen; ein bestimmter Ausdruck wie zum Beispiel «Fahrlässigkeit» kann je nach Rechtsgebiet eine andere Bedeutung haben, sodass derselbe Aus-

---

<sup>351</sup> Das Notwehrrecht bildet Teil des sog. defensiven bzw. negatorischen Rechtsgüterschutzes (vgl. statt vieler OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 96).

<sup>352</sup> Art. 52 Abs. 1 OR nennt die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht ausdrücklich, erforderlich ist sie gleichwohl (statt aller BREHM, BK, (Fn. 4), OR 52 N 14; LANDMANN VALENTIN N. J., Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1974, S. 65; REY, (Fn. 1), Haftpflichtrecht, Rz. 777). Gleich verhält es sich bei § 19 ABGB, wobei auch im österreichischen Zivilrecht ein rechtswidriger Angriff als Voraussetzung der Notwehr verlangt wird (KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/63). Demgegenüber wird die Rechtswidrigkeit des Angriffs in § 227 Abs. 2 BGB explizit vorausgesetzt.

<sup>353</sup> Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 203 f.; WILHELMI, (Fn. 86), S. 105.

<sup>354</sup> Vgl. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 447; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), § 823 N H 16; WILHELMI, (Fn. 86), S. 105 f.; ferner RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 221 f.

<sup>355</sup> Siehe JAUN, (Fn. 135), S. 396; LEHMANN, (Fn. 5), S. 189 f.; SCHÖNENBERGER, KUKO, (Fn. 46), OR 41 N 26; ferner FIKENTSCHER / HEINEMANN, (Fn. 73), Rz. 597.

<sup>356</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 343.

<sup>357</sup> JAUN, (Fn. 135), S. 396.

<sup>358</sup> Siehe etwa ELSTER ALEXANDER, Rechtswidrigkeit, in: Stier-Somlo Fritz / Elster Alexander (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Vierter Band, Berlin / Leipzig 1927, S. 739; ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1278 f.; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 327.

<sup>359</sup> Siehe bspw. BAUMANN / WEBER / MITSCH, (Fn. 79), § 16 N 6; GABRIEL, (Fn. 15), Rz. 843; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, (Fn. 359), Rz. 655; PERRIG, (Fn. 46), S. 326; RASCHEIN, Widerrechtlichkeit, (Fn. 47), S. 21 f.; SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 197 f.; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 296 f.

<sup>360</sup> Vgl. FELIX DAGMAR, Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Habil. Passau 1997, S. 157–159.

druck verschiedene Begriffe bezeichnet (sog. Relativität der Rechtsbegriffe).<sup>361</sup> Nach hier vertretener Ansicht muss die Bedeutung des Ausdrucks «widerrechtlich» resp. «rechtswidrig» in den verschiedenen Kontexten, in denen er eingesetzt wird, nicht stets die gleiche sein; der Begriff der Widerrechtlichkeit bei Art. 41 Abs. 1 OR kann ein anderer sein als zum Beispiel derjenige bei Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 66 OR, Art. 7 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Art. 15 StGB oder Art. 141 (StPO).<sup>362</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Rechtmässigkeit eines Verhaltens innerhalb der Gesamtrechtsordnung widerspruchsfrei zu beurteilen ist, was man ebenfalls unter dem Titel «Einheit der Rechtsordnung» bespricht.<sup>363</sup> Während ein rechtsgebietspezifischer Gebrauch des Rechtswidrigkeitsbegriffs zwar nicht in jedem Fall sachgerecht, aber immerhin möglich ist, besteht zu Recht Einigkeit darüber, dass ein Verhalten von der Gesamtrechtsordnung grundsätzlich widerspruchsfrei als erlaubt oder verboten beurteilt werden muss.<sup>364</sup>

[Rz 81] Demnach muss der für das Notwehrrecht nach Art. 52 Abs. 1 OR erforderlichen Rechtswidrigkeit nicht derselbe Widerrechtlichkeitsbegriff zugrunde liegen, wie bei der Haftungsbeurteilung. Man könnte dort die Rechtswidrigkeit als «*Nichtduldenmüssen*» eines Eingriffs in ein bestimmtes Rechtsgut (zum Beispiel die körperliche Integrität) verstehen.<sup>365</sup> So wird in der Lehre zum Teil die Auffassung vertreten, dass beim Notwehrrecht ein anderer Rechtswidrigkeitsbegriff gelten soll, nämlich ein erfolgsbezogener, sodass die erforderliche Widerrechtlichkeit dort dann vorliegt, wenn das betreffende Rechtsgut ohne Berechtigung gefährdet wird.<sup>366</sup> Auch im (deutschen) Strafrecht geht ein grosser Teil der Lehre davon aus, dass bei der Rechtswidrigkeit eines Angriffs, die auch im Strafrecht eine Voraussetzung des Notwehrrechts bildet,<sup>367</sup> ein erfolgsbezogener Rechtswidrigkeitsbegriff gelten soll, während die Widerrechtlichkeit des tatbestandsmässigen Verhaltens verhaltensbezogen zu begründen ist, und vertritt den Standpunkt, dass die Rechtswidrigkeit eines Angriffs dann vorliegt, wenn die aufgrund eines menschlichen Verhaltens drohende Rechtsgutbeeinträchtigung nicht durch eine Erlaubnisnorm gedeckt ist.<sup>368</sup>

<sup>361</sup> Vgl. CHAPPUIS B., (Fn. 199), S. 307; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern / München / Wien 2013 (zit. KRAMER, Methodenlehre), S. 67, m. w. Verw.

<sup>362</sup> In diesem Sinne bspw. auch GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, (Fn. 359), Rz. 655; SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 197 f.

<sup>363</sup> Vgl. FELIX, (Fn. 360), S. 159 f.; VERDE, (Fn. 3), Rz. 133, m. w. Verw.

<sup>364</sup> Siehe etwa BGH, Urteil vom 20. November 1992, NJW 46 (1993), S. 927; BGE 90 IV 14 (19) E. 4a; ELSTER, (Fn. 358), S. 739; ENGISCH KARL, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 (Nachdruck Darmstadt 1987; zit. ENGISCH, Einheit), S. 53 ff.; ESER, S. 45; GÜNTHER HANS-LUDWIG, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln / Berlin / Bonn / München 1983 (zugl. Habil. Trier 1981), S. 96 f.; KÄNZIG, (Fn. 4), S. 154; LARENZ / CANARIS, Methodenlehre, (Fn. 226), S. 87; MAURACH / ZIPF, (Fn. 273), § 25 N 11 f.; NOLL PETER, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, S. 15 f.; SPICKHOFF ANDREAS, Die Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Zusammenspiel von Internationalem Privat- und Strafrecht, in: Ahrens Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Medizin und Haftung, FS Erwin Deutsch, Berlin / Heidelberg 2009, S. 907 ff. (zit. SPICKHOFF, Rechtswidrigkeitsurteil), S. 907; DERS., Gesetzesverstoss, (Fn. 198), S. 198; STRATENWERTH, AT I, (Fn. 210), § 8 N 20; ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 296; ferner CHAPPUIS B., (Fn. 199), S. 304; EHRENZWEIG / MAYRHOFER, (Fn. 186), S. 277; zudem VERDE, (Fn. 3), Rzn 133 f., m. w. H.

<sup>365</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1450; JAUN, (Fn. 135), S. 396; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 343.

<sup>366</sup> Siehe etwa ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1450; KOZIOL, Grundfragen, (Fn. 154), Rz. 2/12; DERS., Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rzn 4/10 und 4/67; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 96 ff.; REISCHAUER in Rummel, (Fn. 220), § 1294 N 9; ferner DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rz. 237; DERS., Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 257 ff., der bei einer unmittelbar drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung von einem erfolgsbezogenen Widerrechtlichkeitsbegriff ausgeht.

<sup>367</sup> Vgl. Art. 15 StGB bzw. § 32 Abs. 2 des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

<sup>368</sup> Siehe anstelle vieler GALLAS, Struktur, (Fn. 337), S. 163 sowie Fn. 21; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 341; KINDHÄUSER, (Fn. 215), § 16 N 21 f.; WELZEL, System, (Fn. 223), S. 525.

[Rz 82] Nach hier vertretener Ansicht sollte bei der Notwehrvoraussetzung des rechtswidrigen Angriffs der gleiche Widerrechtlichkeitsbegriff gelten wie bei der Haftungs begründung. Auch beim Notwehrrecht bildet nämlich das Verhalten des Angreifers den Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils.<sup>369</sup> Es wäre nicht vertretbar, wenn man aufgrund eines unterschiedlichen Widerrechtlichkeitsbegriffes innerhalb des Haftpflichtrechts das Erlaubt- oder Verboten sein des Verhaltens einer Person widersprüchlich beurteilen würde, je nachdem, ob es um die Notwehrebefugnis oder um die Haftpflicht geht.<sup>370</sup> Folglich ist auch die für das Notwehrrecht nach Art. 52 Abs. 1 OR erforderliche Rechtswidrigkeit des Angriffs erst dann gegeben, wenn das Verhalten des Angreifers gegen eine Verhaltensnorm verstösst, sei es eine risikobezogene, sei es eine erfolgsbezogene, wobei letzteres Sorgfaltspflichtwidrigkeit bedeutet.<sup>371</sup>

[Rz 83] Wie zu Beginn dieses Unterkapitels erwähnt, kann dies dazu führen, dass das Notwehrrecht nicht zur Verfügung steht, wenn der Angreifer kein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm begeht, während bei einer Begründung der Rechtswidrigkeit anhand des Erfolgsunrechts die Notwehrvoraussetzung des rechtswidrigen Angriffs vorliegen würde. Eine solche vermeintliche Schutzlücke bildet allerdings kein Argument gegen das Verständnis der Widerrechtlichkeit als Verstoss gegen eine Verhaltensnorm bzw. gegen eine Sorgfaltspflicht: Erstens fehlt es am Rechtsbewährungsbedürfnis – wesentlich ist der Grundsatz, dass das Recht nicht dem Unrecht weichen muss –, welches neben dem Schutzbedürfnis die zweite tragende Säule des Notwehrrechts bildet,<sup>372</sup> wenn der Schädiger sich sorgfaltspflichtkonform verhält. Gegen ihn muss sich das Recht nicht bewähren;<sup>373</sup> überdies ist es fragwürdig, gegen ihn das schärfste aller Abwehrrechte zu gewähren.<sup>374</sup> Zweitens führt der Umstand, dass das Notwehrrecht neben einen rechtswidrigen Angriff eine unmittelbare Gefahr für das betreffende Rechtsgut des Notwehrberechtigten voraussetzt,<sup>375</sup> dazu, dass es nur wenige Situationen geben dürfte, bei denen zwar für den Notwehrberechtigten, nicht aber für den Angreifer die Gefährdung des Rechtsgutes erkennbar ist.<sup>376</sup> Somit dürfte es nur selten vorkommen, dass die verhaltensbezogen begründete Rechtswidrigkeit des Angriffs fehlt, während sie bei einer erfolgsbezogenen Begründung zu bejahen wäre. Doch auch für solche Fälle bedarf es kein Erfolgsunrecht zur Begründung der Rechtswidrigkeit, stehen doch – drittens – andere Rechtsbehelfe offen, um eine Rechtsgutbeeinträchtigung abzuwehren. Zu denken ist zunächst einmal an den rechtfertigenden defensiven Notstand. Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 52 Abs. 2 OR rechtfertigt der Notstand nur den Eingriff in fremdes Vermögen (resp.

---

<sup>369</sup> Beim Angriff handelt es sich um entweder um eine Handlung oder eine Unterlassung, d. h. um ein Verhalten (vgl. BREHM, BK, (Fn. 4), OR 52 N 9; LANDMANN, (Fn. 352), S. 56 f.; LORENZ, (Fn. 75), S. 38).

<sup>370</sup> LORENZ, (Fn. 75), S. 38.

<sup>371</sup> Ebenso BAUMANN / WEBER / MITSCH, (Fn. 79), § 17 N 17; HIRSCH HANS JOACHIM, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in: Jescheck Hans-Heinrich / Lüttger Hans (Hrsg.), FS Eduard Dreher, Berlin 1977, S. 211 ff. (zit. HIRSCH, Notwehr), S. 223 ff.; LORENZ, (Fn. 75), S. 38; MAURACH / ZIPF, (Fn. 273), § 26 N 16; MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 371; ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 15 N 14; SEELMANN KURT, Kommentar zu den Art. 11 und 14–18 StGB, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. SEELMANN, BSK), StGB 15 N 7; WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 14; WILHELMI, (Fn. 86), . 105 f.

<sup>372</sup> Vgl. etwa BURCKHARDT C. CHR., (Fn. 19), S. 517; JESCHECK / WEIGEND, (Fn. 261), S. 336 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/63; LENCKNER, Güterabwägung, (Fn. 238), S. 300; ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 15 N 1–3; ferner MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 365–367.

<sup>373</sup> ROXIN, Verbrechenlehre, (Fn. 78), § 15 N 16.

<sup>374</sup> WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 14; vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 364 f.; ferner WILHELMI, (Fn. 86), S. 106.

<sup>375</sup> Vgl. etwa BREHM, BK, (Fn. 4), OR 52 N 10 f.; FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 357.

<sup>376</sup> Vgl. MÜNZBERG, (Fn. 73), S. 345–347.



in fremde Sachen).<sup>377</sup> Eine Beeinträchtigung von personenbezogenen Rechtsgütern, besonders von Leib und Leben, ist demnach nicht vom Notstand erfasst.<sup>378</sup> Insofern ist der zivilrechtliche Notstand enger gefasst als der strafrechtliche, bei dem gemäss Art. 17 StGB auch Eingriffe in die körperliche Integrität zulässig sind, sofern die Verhältnismässigkeit gewahrt ist.<sup>379</sup> Diese gegenüber dem Strafrecht bestehende Diskrepanz könnte man dadurch beheben, dass man (entgegen dem Gesetzeswortlaut) gleich wie im Strafrecht auch im Zivilrecht Eingriffe in personenbezogene Rechtsgüter unter den Rechtfertigungsgrund des Notstandes stellt, wie dies ein Teil der Lehre vorschlägt.<sup>380</sup> Möchte man von einer derartigen Überdehnung von Art. 52 Abs. 2 OR absehen, steht als Alternative eine auf Art. 28 Abs. 2 ZGB basierende Rechtfertigung zur Verfügung: Ein Eingriff in die körperliche Integrität zur Gefahrenabwehr kann – auch ohne dass ein rechtswidriger Angriff vorliegt – über den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten Interesses nach Art. 28 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt werden.<sup>381</sup>

#### 4. Widerrechtlichkeit bei den Gefährdungshaftungen

[Rz 84] In vielen Gefährdungshaftungsfällen wird kein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm. Wenn die Rechtswidrigkeit aus einem Verstoss gegen eine Verhaltensnorm besteht, ein solcher Verstoss aber in vielen Gefährdungshaftungsfällen fehlt, so bedeutet dies konsequenterweise, dass die Widerrechtlichkeit kein Merkmal der Gefährdungshaftung sein kann. Davon, dass die Widerrechtlichkeit keine Voraussetzung der Gefährdungshaftungen bildet, gehen denn auch die herrschende Lehre<sup>382</sup> und Rechtsprechung<sup>383</sup> in Deutschland aus, ebenso wie die herrschende Lehre im österreichischen Haftpflichtrecht<sup>384</sup> sowie ein überwiegender Teil der schweizerischen Lehre<sup>385</sup>. Der

<sup>377</sup> Ebenso gemäss § 228 BGB.

<sup>378</sup> BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183, 2. Aufl., Bern 1941 (zit. Becker, BK), OR 41 N 9; BREHM, BK, (Fn. 4), OR 52 N 43 f.; v. TUHR / PETER, (Fn. 6), § 46 Fn. 103; vgl. KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 56; OFTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 297 f.; OSER / SCHÖNENBERGER, ZK, (Fn. 7), OR 52 N 28.

<sup>379</sup> Vgl. SEELMANN, BSK, (Fn. 371), StGB 17 N 10 f.

<sup>380</sup> So namentlich DESAX, (Fn. 70), S. 44 f.; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 52 N 12; LANDMANN, (Fn. 352), S. 102 f. (mit Hinweis darauf, dass unter dem in Art. 52 Abs. 2 OR erwähnten Eingriff in fremdes Vermögen jeder Schaden im Vermögen zu verstehen sei, unabhängig davon, aufgrund welcher Rechtsgutbeeinträchtigung er entstanden sei); zudem – bezogen auf § 228 BGB – WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 14; WILHELMI, (Fn. 86), S. 106.

<sup>381</sup> Vgl. BGE 101 II 177 (197) E. 6a.

<sup>382</sup> DEUTSCH, Haftungsrecht, (Fn. 4), Rz. 644; ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1341 f.; FUCHS, (Fn. 135), S. 234; LARENZ / CANARIS, (Fn. 90), Schuldrecht, S. 610; NIPPERDEY, (Fn. 169), S. 1778; SPICKHOFF in Soergel, (Fn. 145), Vor § 823 N 45; STAUDINGER / HAGER, (Fn. 135), Vorbem. zu §§ 823 ff. N 30; ferner HECK, Schuldrecht, (Fn. 227), § 145 N 9; SCHMIEDEL, (Fn. 198), S. 34; WAGNER, MK, (Fn. 127), Vor § 823 N 21; a. M. WUSSOW, (Fn. 140) S. 19.

<sup>383</sup> Grundlegend BGHZ 24, 21 (26) («Indem die Rechtsordnung den gefahrvollen Verkehr zulässt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie auch aus, dass sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält. Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen.»); zudem etwa BGHZ 34, 355 (361); 105, 65 (68); anders hingegen BGHZ 117, 110 (111) (kritisch zu diesem Entscheid DEUTSCH, Fahrlässigkeit, (Fn. 109), S. 446).

<sup>384</sup> EHRENZWEIG / MAYRHOFER, (Fn. 186), S. 289 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, (Fn. 90), Rz. 4/1, m. w. Verw.

<sup>385</sup> BOSSHARD, (Fn. 47), S. 50; CHAPPUIS / WERRO, (Fn. 4), S. 285; DESCHENAUX / TERCIER, (Fn. 6), § 2 N 24; FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Bern 2013 (zit. FELLMANN, Haftpflichtrecht), Rz. 116; KUONEN, (Fn. 69), Rzn 1426 f.; LANDOLT HARDY, Haftung für rechtmässige Schadenverursachung, HAVE 2014, S. 3 ff., S. 8; LOSER-KROGH, (Fn. 4), S. 142; MÜLLER CHR., (Fn. 9), Rz. 154; OSWALD CHR., (Fn. 4), S. 35 f. und 83; PORTMANN, Unrecht, (Fn. 4), S. 278 und Fn. 38; ROBERTO, Haftpflichtrecht, (Fn. 46), Rz. 500; SEILER, (Fn. 136), S. 404 f.; WEBER (Fn. 4), R., S. 44; WEBER STEPHAN, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Gauch Peter / Schmid Jörg (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001,

Haftpflichtige haftet demnach nicht für ein deliktisches Verhalten, sondern für die Verwirklichung eines erlaubten Risikos.<sup>386</sup>

[Rz 85] In der Schweiz ist ein grosser Teil der Lehre<sup>387</sup> diesbezüglich anderer Ansicht: Man geht davon aus, dass die Widerrechtlichkeit auch Voraussetzung der Gefährdungshaftungen sei. Das Bundesgericht schloss sich in BGE 112 II 118 dieser Lehrmeinung an, bekannte sich in BGE 116 II 480 jedoch nicht mehr ausdrücklich dazu, sondern liess vielmehr (implizit) offen, ob es weiterhin dieser Auffassung zu folgen gedenkt.<sup>388</sup> Dieser Teil der Lehre kritisiert das Verständnis der Widerrechtlichkeit als Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht bzw. ausschliesslich als Verstoß gegen eine Verhaltensnorm mit verschiedenen – mitunter polemischen und emotionalen<sup>389</sup> – Voten (und spricht sich damit zugleich für die Erfolgsunrechtslehre aus): So heisst es zum Beispiel, dass es dem gesunden Menschenverstand und dem Rechtsempfinden widerspräche, eine Körperverletzung als rechtmässig zu betrachten,<sup>390</sup> oder dass es mit der als Sorgfaltspflichtverletzung verstandenen Widerrechtlichkeit so einen Unfug wie ein Recht zum Überfahren geben würde.<sup>391</sup>

[Rz 86] Der letztgenannte Einwand ist jedoch schon deshalb falsch, weil aus der Rechtmässigkeit eines den Umständen entsprechend sorgfältigen Autofahrens keineswegs ein Recht zum Überfahren abgeleitet werden kann; erlaubt ist nur die Tätigkeit des Autofahrens samt den damit verbundenen Risiken.<sup>392</sup> Abgesehen davon ist die Schlussfolgerung, dass nur durch Eingriffsrechte gedeckte Rechtsgutbeeinträchtigungen rechtmässig seien, eine *petitio principii*.<sup>393</sup> Hinzu kommt schliesslich, dass die Begründung der Widerrechtlichkeit anhand der Erfolgsunrechtslehre (welche in der Regel die einzige Möglichkeit bildet, bei den Gefährdungshaftungen die Widerrechtlichkeit zu begründen), in die Irre führt, wie vorne<sup>394</sup> bereits dargelegt worden ist.

[Rz 87] Da die Gefährdungshaftungen überwiegend auf Sach- und Personenschäden limitiert sind,<sup>395</sup> beschränkt sich die praktische Bedeutung der Diskussion um die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit bei dieser Haftungsart letztlich auf die Frage, ob der Schädiger ge-

---

S. 253 ff. (zit. WEBER S.), S. 269 f.; WERRO, CR, (Fn. 1), OR 41 N 90; DERS., *responsabilité civile*, (Fn. 11), Rz. 299; ferner DESAX, (Fn. 77) S. 21 f.; GIGER, (Fn. 4), S. 383.

<sup>386</sup> Vgl. NIPPERDEY, (Fn. 169), S. 1778.

<sup>387</sup> BREHM, BK, (Fn. 4), OR 41 N 33i; GAUCH, (Fn. 142), S. 234; GROSS, (Fn. 132), S. 184; HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 32c; JAUN, (Fn. 135), S. 271; KELLER A., (Fn. 4), S. 106; OFTINGER / STARK, (Fn. 4), § 16 N 187 ff.; SCHNYDER / PORTMANN / MÜLLER-CHEN, (Fn. 1), Rz. 135; SCHÖNENBERGER, *Widerrechtlichkeit*, (Fn. 70), S. 11; STARK, (Fn. 4), Rz. 843.

<sup>388</sup> BGE 112 II 118 (128) E. 5e; BGE 116 II 480 (491 f.) E. 5. Auch aus aktuelleren bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht nicht eindeutig hervor, ob das Bundesgericht die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung einer Gefährdungshaftung betrachtet: So geht es in BGE 138 III 276 mit Hinweis auf BGE 112 II 118 offenbar davon aus, dass die Widerrechtlichkeit eine Voraussetzung der Haftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG darstellt (S. 282 E. 3.2), während es im Urteil 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 (E. 3) lediglich den Schaden, den Betrieb eines Motorfahrzeugs sowie den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang als Voraussetzungen der Haftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG aufführt, nicht aber die Widerrechtlichkeit.

<sup>389</sup> Vgl. WAGNER, MK, (Fn. 127), § 823 N 14; ferner ZIELINSKI, (Fn. 77), S. 200.

<sup>390</sup> Siehe OFTINGER KARL / STARK EMIL WILHELM, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II / 2, Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung*, 4. Aufl., Zürich 1989 (zit. OFTINGER / STARK, § [24–26]), § 24 Fn. 36 f.; zustimmend JAUN, (Fn. 135), S. 271 und 397; ebenso HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 32c.

<sup>391</sup> Siehe LEHMANN, (Fn. 5), S. 189; RASCHEIN, *Widerrechtlichkeit*, (Fn. 47), S. 221.

<sup>392</sup> Ähnlich ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1284.

<sup>393</sup> So zu Recht ENNECCERUS / NIPPERDEY, (Fn. 4), S. 1284.

<sup>394</sup> Rz. 29 ff.

<sup>395</sup> Siehe etwa Art. 40b Abs. 1 EBG, Art. 64 LFG oder Art. 58 Abs. 1 SVG. Keine Beschränkung auf Sach- und Personenschäden dagegen in den Art. 59a Abs. 1 USG und Art. 2 Abs. 1 KHG.

stützt auf Rechtfertigungsgründe einer Gefährdungshaftung entgehen kann.<sup>396</sup> Weil es nun unverständlich wäre, wenn zum Beispiel ein Autofahrer gestützt auf Art. 58 Abs. 1 SVG haften müsste, falls er aus Notwehr mit seinem Auto einen Angreifer verletzt, macht man geltend, dass vor allem die Notwendigkeit, auf Rechtfertigungsgründe zurückgreifen zu können, die Widerrechtlichkeit zur unabdingbaren Voraussetzung der Gefährdungshaftungen mache.<sup>397</sup> Nach hier vertretener Ansicht trifft dies nicht zu.<sup>398</sup> Es ist nämlich fraglich, ob in solchen Fällen – wie dem Einsatz eines Motorfahrzeugs als Mittel der Notwehr – Art. 58 SVG überhaupt als Haftungsgrundlage anwendbar ist. Vielmehr müsste man derartige Fälle mittels teleologischer Reduktion aus dem Anwendungsbereich von Art. 58 SVG ausschliessen und nach Art. 41 Abs. 1 OR beurteilen.<sup>399</sup> Denn im Grunde genommen liegt in einem solchen Fall keine Verwirklichung der Betriebsgefahr vor, die den Grund für die Haftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG bildet.<sup>400</sup>

## V. Fazit

[Rz 88] Nach hier vertretener Ansicht ist die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit ausschliesslich verhaltensbezogen zu begründen. Rechtswidrig ist ein Verhalten dann, wenn es gegen eine Verhaltensnorm verstösst. Als Quelle solcher Verhaltensnormen dient die gesamte geschriebene und ungeschriebene Rechtsordnung. Die Verhaltensnormen lassen sich in zwei Arten unterteilen: Zum eine bestehen sog. risikobezogene Verhaltensnormen, die ein konkretes Verhalten vorschreiben resp. verbieten, um damit bestimmte Risiken zu reduzieren. Zum anderen bestehen sog. erfolgsbezogene Verhaltensnormen, die vom Normadressaten mit Blick auf den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes ein sorgfältiges Verhalten fordern. Ob ein Verhalten sorgfaltspflichtwidrig und somit widerrechtlich ist, muss bei erfolgsbezogenen Verhaltensnormen anhand des konkreten Einzelfalls beurteilt werden. Dementsprechend bedürfen erfolgsbezogene Verhaltensnormen einer einzelfallbezogenen Konkretisierung. Bei den risikobezogenen Verhaltensnormen ergibt sich die Widerrechtlichkeit des Verhaltens demgegenüber in der Regel unabhängig von den konkreten Umständen.

---

Dr. iur. MICHEL VERDE, Rechtsanwalt, Eversheds AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine geänderte und erweiterte Fassung des § 6 der Dissertation des Autors «Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts», Luzern 2014, die mit dem Prix d'Excellence der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht sowie mit dem Professor Walther Hug-Preis ausgezeichnet worden ist. Diverse Teile des vorliegenden Beitrages wurden unverändert dieser Dissertation entnommen.

---

<sup>396</sup> OFTINGER / STARK, (Fn. 390), § 24 N 28.

<sup>397</sup> Siehe HEIERLI / SCHNYDER, BSK, (Fn. 9), OR 41 N 32c; JAUN, (Fn. 135), S. 397; OFTINGER / STARK, (Fn. 390), § 24 N 33.

<sup>398</sup> Gl. M. FELLMANN, Haftpflichtrecht, (Fn. 385), Rz. 117.

<sup>399</sup> Ebenso wie Art. 41 statt Art. 56 OR zur Anwendung gelangt, wenn der Halter seinem Hund befiehlt, eine Person anzugreifen (BREHM, BK, (Fn. 4), OR 56 N 7; HONSELL / ISENRING / KESSLER, (Fn. 11), § 17 N 10; KELLER / GABI / GABI, (Fn. 1), S. 180; REY, (Fn. 1), RZn 1004 f.; OFTINGER / STARK, (Fn. 4), § 21 N 74; a. M. FELLMANN / KOTTMANN, (Fn. 7), Rz. 868).

<sup>400</sup> In diesem Sinne auch KÖTZ / WAGNER, (Fn. 201), Rz. 548.