

Haftungspflicht und Billigkeitskorrektiv

Ein Beitrag zu den Härtefallklauseln
im Recht der unerlaubten Handlungen

von

Leander D. Loacker

Professor an der Universität Zürich
stv. Richter am FL-OGH

Schulthess § 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abbildungsverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII

1. Teil: Grundlagen, Ausgangs- und Bezugspunkte 1

§ 1 Einleitung	3
A. Grundsätzliches	3
B. Billigkeit als Gegenstand von Inklusions- und Exklusionsmodellen	10
C. Terminologie und sich aus ihr ergebende Abgrenzungen	17
I. Haftpflicht	17
II. Billigkeitskorrektiv	18
III. Verständnis der deliktsrechtlichen Härtefallklausel	19
1. Gesetzliche Grundlage	19
2. Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes	19
3. Wechselbeziehungen: Härtefallklausel, Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Billigkeit	21
D. Aufbau der Untersuchung	24
§ 2 Idealisiert und verteuft: Der Ruf der Billigkeit	25
A. Loblieder auf die Billigkeit	25
B. Abgesänge auf die Billigkeit	26
C. Ausgewählte Ursachen für die allgemeine Skepsis gegenüber Billigkeitsregelungen	27
I. Billigkeit als Türöffner für Rechtspolitik	27
II. Insbesondere: Ideologie- und Missbrauchsanfälligkeit am Beispiel des Nationalsozialismus	30
1. Retrospektive	30
2. Legislative	34
3. Judikative	39
4. Sehenden Auges: Der Fall Hedemann	44
5. Fazit	53
III. Traditionell verpöntes Rechtsgefühl	58
IV. Mangel an Rechtssicherheit	59
V. Gleichsetzung mit einer «Haftung für Reichtum»	63
VI. Impliziter Vorwurf unangebrachter «Schädigerschutzklauseln»	63
VII. Grenzenloser Sozialschutz?	66
VIII. Ergebnisorientiertheit	67

1. Bedeutung der Grundrechte für den Billigkeitsentscheid im Allgemeinen	164
2. Besonders relevante Grundrechte	167
§ 5 Billigkeit als einzelfallzentriertes Abwägungsermessen	173
A. Zur Abwägung «an sich»	173
B. Billigkeit und Empirie	176
C. Billigkeit als Grundlage multifaktorieller Anspruchsbestimmung	179
2. Teil: Korrekturgegenstand Vorwerfbarkeitsmanko	181
§ 6 Zur Billigkeitshaftung i.e.S.	183
A. Vorbemerkungen	183
I. Allgemeines	183
II. Parallelbestimmungen im österreichischen und deutschen Recht	189
III. Schädigerrolle vs. Geschädigtenrolle	190
B. Normzweck	191
C. Dogmatische Einordnung	196
I. Die Billigkeitshaftung im System der Haftungstypen	196
1. Typologie und Terminologie	196
2. Qualifizierung der Billigkeitshaftung	200
II. Implikationen für die Kaskadenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR	204
1. Selbstfesselung der Rechtsprechung	204
2. Reaktivierung des Ermessens und dessen Konsequenzen	206
III. Billigkeit als Zurechnungsgrund	209
D. Subsidiaritätsfragen	213
I. Generelle Subsidiarität: Billigkeitshaftung als <i>last resort</i> ; Folgerungen für das Aussenverhältnis bei Schuldnermehrheit	213
II. Verhältnis zur Aufsichtshaftung gem. Art. 333 ZGB	216
III. Subsidiarität gegenüber sonstigen Dritten	219
IV. Subsidiarität gegenüber Art. 54 Abs. 2 OR	219
E. Zentralkriterium: Verschuldensunfähigkeit (deliktische Urteilsunfähigkeit)	220
I. Terminologie	220
II. Systematische Einordnung in der Anspruchsprüfung	223
III. Beweislast	228
IV. Verschuldensfähigkeit in deliktischem Kontext	231
1. Verhältnis zu objektivierten und subjektiven Verschuldensmassstäben	231
2. Verhältnis zum Straf(prozess)recht	234
3. Umfang der Verschuldensfähigkeit	235
a) Gegenstand	235
b) «Rumpf-Subjektivierung»: Das Verständnis nach deutschem Recht	241
aa) Verzicht auf die volitive Komponente	241
bb) Nur beschränkt erforderliche intellektuelle Einsichtsfähigkeit	245
cc) Ergebnis	251

4. Verschuldensfähigkeit und Selbstverschulden	254
5. Reduzierte Verschuldensfähigkeit?	261
a) Ausgangspunkte	261
b) Eigener Vorschlag	270
aa) Implikationen zwischen Verschuldensfähigkeit und -grösse	270
bb) Verhältnis zur strafrechtlichen Schuldfähigkeit; Auslöser der Annahme reduzierter Verschuldensfähigkeit im Haftpflichtrecht	273
cc) Ausgestaltung der Reduktion der Verschuldensgrösse	275
dd) Absage an einen generellen Ermässigungsausschluss bei mittlerer Fahrlässigkeit	280
ee) Absage an einen «ganzheitlichen» Verschuldensbegriff	281
ff) Auswirkung auf die Anwendung von Art. 54 OR	283
V. Mögliche Ausschlussgründe für die Verschuldensfähigkeit	283
1. Alter und Altersgrenzen	283
a) Allgemeines und Billigkeitshaftungssysteme	283
b) Zwischenfazit des Rechtsvergleichs	295
c) Spezialfall «hohes» Alter?	297
2. Menschen mit geistiger Behinderung oder schwerwiegender psychischer Beeinträchtigung	298
3. Temporäre Störungen	299
a) Temporäre Verschuldensunfähigkeit infolge des Konsums von Psychotropika	299
b) Verschuldete temporäre Verschuldensunfähigkeit (Art. 54 Abs. 2 OR); fundamentale Bewusstseinseinschränkungen und situationsbedingter Kontrollverlust	301
F. Weitere Voraussetzungen	306
I. Adäquat kausal verursachter Schaden	306
II. Widerrechtlichkeit	306
1. Grundsätzliches	306
2. Unbeherrschbares Verhalten und Widerrechtlichkeit	308
a) Lösung aus der Perspektive des Erfolgsunrechts	309
b) Lösung aus der Perspektive des Verhaltensunrechts	311
c) Lösung aus Sicht dritter Widerrechtlichkeitstheorien: «Schutzpflichtvariante»	312
d) Lösung aus Sicht dritter Widerrechtlichkeitstheorien: «Sorgfaltspflichtvariante»	314
aa) Grundkonzept und Beurteilung des Ausgangsfalls	314
bb) Beurteilung des Sorgfaltswidrigkeitsansatzes im Allgemeinen	317
cc) Weitere Alternativen	320
(i) PETL und PEL Liab. Dam.	320
(ii) Eigene Auffassung	322
(iii) OR 2020	324
e) Abschliessende Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung des unbeherrschbaren Verhaltens	332
III. Hypothetischer Verschuldensvorwurf	337
1. Grundsätzliches	337

2. Hypothetische Natur des Vergleichs	339
G. Billigkeitskorrektur ausserhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches: Analoge Anwendung der Billigkeitshaftungsbestimmung	340
I. Vorbemerkung	340
II. Billigkeitskorrektur und teilsubjektiviertes Verschuldensfähigkeitsverständnis	341
1. Analoge Anwendung bei fehlender Steuerungsfähigkeit (mangelnde volitive Kompetenz)	342
2. Analoge Anwendung bei Ausscheiden eines hypothetischen Fahrlässigkeitsvorwurfs (mangelnde intellektuelle Kompetenz)	346
3. Epilog: Rückschlüsse für das schweizerische Deliktsrecht	351
4. Gänzlicher Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis – die h.M. in Österreich	356
III. Billigkeitskorrektur in Fällen von Selbstverschulden	361
IV. Billigkeitskorrektur bei vertraglichen und vorvertraglichen Schuldverhältnissen	362
V. Billigkeitskorrektur bei fehlendem Verhalten im Rechtssinn?	362
VI. Modellcharakter für Art. 419 StPO	364
§ 7 Fallgruppen zur Billigkeitshaftung i.e.S.	367
A. Vorbemerkung	367
B. Verteilungspolitische Aspekte	368
I. Vorrangigkeit verteilungspolitischer Aspekte gegenüber anderen haftungsrelevanten «Umständen» im Allgemeinen	368
1. Grundsätzliches	368
2. Vorgeschlagenes Prüfschema	370
II. Vorrangigkeit versicherungsbasierter gegenüber einkommens- und vermögensbasierter Tragfähigkeit im Besonderen	372
1. Grundsätzliches	372
2. Thesen	373
3. Tabellarische Darstellung	375
III. Versicherungsschutz bei der direkten Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR	377
1. Vorbemerkung zur Anspruchsprüfung	377
2. Versicherungsschutz auf Seiten des Anspruchsgegners i.S.d. Art. 54 Abs. 1 OR	378
3. Versicherungsschutz auf Seiten des Anspruchstellers i.S.d. Art. 54 Abs. 1 OR	379
IV. Versicherungsschutz bei der analogen Heranziehung des Art. 54 Abs. 1 OR im Rahmen des Art. 44 Abs. 1 OR	382
1. Versicherungsschutz auf Seiten des Anspruchsgegners	382
2. Versicherungsschutz auf Seiten des Verschuldensunfähigen	383
3. Beidseitig fehlender Versicherungsschutz	383
4. Tabellarische Darstellung	383
V. Gesamtbewertung	384

VI.	Blosse Versicherbarkeit	387
VII.	Vermögens- und einkommensbasierte Tragfähigkeit	388
	1. Grundsätzliches	388
	2. Relevanter Zeitpunkt	391
VIII.	Der Nachlass als Haftungsadressat	393
	1. BGE 103 II 330	393
	2. Bewertung	393
	3. BGE 74 II 202	395
	4. Bewertung	395
IX.	«Öffentliche Hand» auf Geschädigtenseite	395
	1. BGE 71 II 225	395
	2. Bewertung	396
C.	Verhaltensbezogene Aspekte	396
I.	Verhaltensweise an der Grenze zur subjektiven Vorwerfbarkeit	396
	1. Rechtsprechung	396
	2. Bewertung	397
II.	Besonders missbilligte Verhaltensweisen	399
	1. Meinungsstand	399
	2. Bewertung	400
III.	Altruistisches Verhalten	401
IV.	Unbeherrschbares Verhalten	404
	1. Strassenverkehr	404
	2. Art. 61 Abs. 1 und 2 SVG (Exkurs)	407
V.	Schädigendes Verhalten besteht in einer Vertragsverletzung oder in der Herbeiführung eines nichtigen Vertragsschlusses	413
	1. Vertragsverletzung	413
	a) Rechtsprechung	413
	b) Bewertung	413
	2. Herbeiführung eines nichtigen Vertragsschlusses	414
	a) Rechtsprechung und Meinungsstand	414
	aa) Gescheiterte Verträge im Allgemeinen	415
	(i) Die Anfänge	415
	(ii) Die Fortsetzung	415
	(iii) Ein unklarer Zwischenschritt	416
	(iv) Die endgültige Wende	417
	bb) Gescheiterter Steigerungskauf im Besonderen	419
	b) Bewertung	419
	c) Rechtslage in Deutschland und Österreich	421
	3. Fazit	422
D.	Schadensbezogene Aspekte	423
I.	Mitwirkendes Verschulden des verschuldensfähigen Anspruchstellers i.S.d. Art. 54 Abs. 1 OR	423
II.	Art und Umfang des Schadens	426
	1. Schadensgrösse und Schadensfolgen	426
	2. Immaterieller Schaden: Genugtuungsanspruch	427

III.	Zufall	428
1.	Vorbemerkung aus historischer Perspektive	428
2.	Zufall als Allein- oder Teilursache	430
a)	Zufall als (feststehende) Alleinursache	430
b)	Zufall als (feststehende) Teilursache	432
c)	Im Besonderen: Adäquanz und Billigkeitshaftung	436
d)	Zufall als alternative Alleinursache	438
E.	Sachverhaltskontextbezogene Aspekte	441
I.	Nahebeziehung zwischen den Beteiligten	441
1.	Meinungsstand und Rechtsprechung	441
2.	Bewertung	441
II.	Entgegenkommen des Geschädigten nach erfolgter Schädigung	443
1.	Rechtsprechung	443
2.	Bewertung	443
III.	Sonstige Umstände nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 OR	443
IV.	Dritte	445
§ 8	Reformkonzepte zur Billigkeitshaftung i.e.S.: Ansätze aus Vergangenheit und Gegenwart	451
A.	Erster Rückblick: Scheitern einer allgemeinen Billigkeitshaftung in Deutschland bei Entstehung des BGB	451
B.	Zweiter Rückblick: Scheitern einer allgemeinen Billigkeitshaftung bei der Beratung des Obligationenrechts von 1881	452
C.	Dritter Rückblick: Die Billigkeitshaftung im Vorentwurf eines gesamtrevidierten schweizerischen Haftpflichtrechts	454
D.	Erster Seitenblick: Absage an eine allgemeine Billigkeitshaftung (auch) im türkischen Obligationenrecht	456
E.	Zweiter Seitenblick: Umriss einer allgemeinen Billigkeitshaftung im chinesischen Deliktsrecht	457
F.	Dritter Seitenblick: Kein Neuregelungsvorschlag im Projekt «OR 2020»	464
G.	Vierter Seitenblick: Europäische Vorschläge	465
I.	PEL Liab. Dam.	465
1.	Billigkeitshaftung Minderjähriger	465
2.	Billigkeitshaftung von Menschen mit geistiger Behinderung	467
II.	PETL	470
3. Teil:	Korrekturgegenstand Haftungsumfang	473
§ 9	Billigkeitsbedingte Ersatzreduktion gem. Art. 43 Abs. 1 OR	475
A.	Grundsätzliches	475
B.	Insbesondere: Verknüpfung mit Art. 759 Abs. 1 OR (Organhaftung im Aussenverhältnis)	477
C.	Fallgruppen und Bewertung	480

I.	Fokussierung auf ausgewählte Billigkeitserwägungen i.e.S.	480
II.	Erforderlichkeitsvorbehalt	481
III.	Geringes Verschulden	482
1.	Geringes Verschulden vs. Proportionalitätsprinzip und gegliederter Schadensbegriff	482
2.	Geringes Verschulden und mittlere Fahrlässigkeit	484
3.	Geringes Verschulden und die Beteiligung von Kindern	484
4.	Geringes Verschulden in weiteren Gerichtsentscheiden	486
IV.	Altruistisches Verhalten	487
V.	Finanzielle Verhältnisse des Geschädigten	490
VI.	Schwache Adäquanz, Zufall, untypische Schadensentwicklung udgl.	493
D.	Verfall der Proportionalitätsidee?	493
§ 10	Billigkeitsbasierte Reduktionsgründe nach Art. 44 OR	499
A.	Beschränkung auf zwei Billigkeitsaspekte	499
B.	Zur dogmatischen Herleitung der Berücksichtigung des Selbstverschuldens im Allgemeinen	500
I.	Berücksichtigung nur billigkeitshalber?	500
II.	Selbstverschuldens- und billigkeitsbasierte Rechtsfolgen im Vergleich	503
III.	Auswirkungen auf prozessualer Ebene	504
C.	Spiegelbildliche Anwendung des Art. 54 Abs. 1 OR im Rahmen des Art. 44 Abs. 1 OR	505
I.	Verschuldensunfähiger als Anspruchsteller, Verschuldensfähiger als Anspruchsgegner	505
1.	Der Analogieschluss	505
2.	Voraussetzungen der analogen Berücksichtigung des Verhaltens des Verschuldensunfähigen	508
a)	Subsidiaritätsvorbehalt gegenüber Art. 333 ZGB	508
b)	Erforderlichkeits- und Angemessenheitsvorbehalt	509
II.	Sonderfall: Verschuldensunfähige auf beiden Seiten	513
III.	Exkurs: Anrechnung des Verhaltens von Dritten, insbesondere bei der Schadenminderung	514
1.	Aufsichtspflichtige, insbesondere Eltern	514
2.	Hilfspersonen, insbesondere nach Schadensentstehung eingesetzte	517
3.	Implikationen für die Schadenminderungspflicht von gesetzlich vertretenen Geschädigten, insbesondere von Kindern	519
D.	Vermeidung einer Notlage des Schädigers (Art. 44 Abs. 2 OR)	520
I.	Entstehungshintergrund	520
II.	Legitime Einsatzfelder	521
III.	Zentrale Anwendungsvoraussetzungen	522
1.	Kein grobes Verschulden des Schädigers	522
2.	Notlage des Schädigers	522

IV.	Die konzeptionell-rechtspolitische Grundfrage	525
V.	Absage an Art. 44 Abs. 2 OR im gescheiterten Projekt «OR 2020»	527
4. Teil:	Schluss	529
§ 11	Ausgewählte Kernaussagen im Überblick	531
A.	Allgemeiner Teil	531
I.	Grundlagen	531
1.	Dichotomische Typologisierung der Billigkeitsfunktionen im Recht der unerlaubten Handlungen	531
2.	Deliktische Härtefallklauseln und Verhältnismässigkeitsprinzip	532
3.	Billigkeitsverständnis	534
4.	Billigkeit und Rechtspolitik	536
II.	Nachprüfung von Billigkeitsentscheiden durch das Bundesgericht	537
B.	Besonderer Teil	539
I.	Billigkeitshaftung i.e.S.	539
II.	Billigkeitsbedingte Ersatzreduktion gem. Art. 43 Abs. 1 OR	542
III.	Billigkeit und Art. 44 OR	543
IV.	Spiegelbildliche Anwendung des Art. 54 Abs. 1 im Rahmen des Art. 44 Abs. 1 OR	544
V.	Verhinderung einer Notlage des Schädigers (Art. 44 Abs. 2 OR)	545
§ 12	Anhang: Rechtshistorische Genese untersuchungsrelevanter OR-Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen	546
A.	Vom Entwurf «Munzinger I» bis zum Entwurf aus dem Jahr 1877	546
B.	Vom Entwurf aus dem Jahr 1879 bis zum geltenden OR	552
	Literaturverzeichnis	561
	Stichwortverzeichnis	641

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1 Häufigkeit der Verwendung des Begriffs der ‹Billigkeit› in gedruckten
Quellen zwischen 1800 und 2019..... 4

Abb. 2 Dichotomische Typologisierung der Billigkeitsfunktionen im
Haftpflichtrecht 78

Abb. 3 ‹Rumpf-Subjektivierung› 246

Abb. 4 Fahrlässigkeit im Kontext der Billigkeitshaftung 355

Abb. 5 Tragfähigkeitsaspekte bei der direkten Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR 376

Abb. 6 Tragfähigkeitsaspekte bei der analogen Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR 384