

Aktuelle Praxis im Haftpflichtrecht

Christian Haag

Rechtsanwalt und Notar,
Fachanwalt SAV Haftpflicht- und
Versicherungsrecht, Luzern

Ein Überblick über
die wichtigsten Entwick-
lungen im Haftpflicht-
recht während der
letzten zwölf Monate.

1. Prozessuales

Im Besprechungszeitraum sind viele prozessuale Urteile ergangen. Tendenziell scheint die Gerichtspraxis die aus Sicht der Rechtssuchenden bereits hohe Komplexität und die prozessualen Hürden noch zu erhöhen.

1.1 Das Gesuch nach Art. 158 ZPO muss genügend substantiiert sein

Vorsorgliche Beweisabnahmen nach Art. 158 ZPO sind im Haftpflichtrecht hilfreich, um beispielsweise mit einem medizinischen Gutachten eine fragliche Sorgfaltspflichtverletzung einer Medizinalperson oder die Unfallkausalität und Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu klären. Anwendbar ist dabei das Summarverfahren. Die Anforderungen an ein Gesuch sind jedoch hoch, denn es steht den Parteien nur ein einziger Vortrag zu – in der Regel ein schriftliches Gesuch.

Gibt das Gericht dem Gesuchsteller Gelegenheit zu einer Replik/Stellungnahme auf eine Klageantwort/Vernehmlassung, muss es darin geäusserte Noven nicht mehr berücksichtigen: Das Replikrecht darf nicht dazu genutzt werden, nachträgliche Ergänzungen oder Verbesserungen der ersten Rechtschrift vorzunehmen. Das Replikrecht beinhaltet keinen Anspruch auf einen zweiten Vortrag mit freiem Novenrecht. Die Novenschranke fällt im Summarverfahren bereits nach den ersten Vorträgen, ausser die neuen Vorbringen erfüllen die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO.¹

1.2 Substanziierungsanforderungen an Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Unfallopfer und Patienten, die den Rechtsweg beschreiten müssen, sind oft in ihrer finanziellen Existenz gefährdet. Entsprechend hoch ist die Bedeutung der unentgeltlichen Rechtspflege respektive Prozessführung (UP). Im Urteil 4A_274/2016 vom 19. Oktober 2016 entschied das Bundesgericht über die Substanziierungsanforderungen eines UP-Gesuchs. Der Geschädigte wurde bei einem Autounfall verletzt und beantragte UP für einen Schadenersatzprozess in Höhe von 1,4 Millionen Franken. Gemäss Bundesgericht hätte er dazu behaupten und unter Bezeichnung der Beweismittel soweit möglich und zumutbar belegen müssen, welchen Schaden er einklagen wolle. Dies bedinge die Substanziierung der gesundheitlichen Beschwerden und deren Auswirkung auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit. Nur so könne das über die UP entscheidende Gericht die Erfolgsaussichten der Begehren summarisch beurteilen (E. 2.4.3).

Bemerkung: Auch wenn der Entscheid in der Beurteilung des konkreten Einzelfalls korrekt sein mag, erscheint er in seinen generellen Aussagen aus Anwaltssicht problematisch: Im Zeitpunkt der Ausarbeitung des UP-Gesuchs ist naturgemäss noch nicht über die UP entschieden. Und selbst wenn die UP bewilligt und der Aufwand entschädigt wird, ist der Ansatz massiv unter dem üblichen Stundenansatz eines privaten Mandats, seit rund zwanzig Jahren gleich tief und nur wenig höher als die

durchschnittlichen Infrastrukturfixkosten einer Anwaltskanzlei.² Zudem gilt im Bereich der UP die Offizialmaxime, sodass an einer UP-Verhandlung durchaus klärende richterliche Fragen möglich wären mit der Gelegenheit zur allfälligen Ergänzung und Erläuterung der geplanten Klage und Schadenersatzbegründung.

Es ist zudem enorm aufwendig, die Beweismittel soweit möglich zu bezeichnen und zu belegen sowie die gesundheitlichen Beschwerden und deren Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zu substantiieren, und all dies, bevor sicher ist, ob der Aufwand dafür jemals bezahlt wird. All dies erschwert es Unfallopfern und Patienten enorm, zu einer UP-Rechtsvertretung zu kommen, welche diesen vorprozessualen, bei unklarer Haftung oder Kausalität mit einem erheblichen Kostenrisiko behafteten Aufwand nicht scheut.³

Weiter untersteht die Haftung der UP-Anwaltschaft dem privaten Auftragsrecht (BGer 4A_234/2016 vom 19. Dezember 2016) und eine Berufshaftpflichtversicherung ist obligatorisch. Erweist sich eine Klage als klar nicht begründet und von vornherein aussichtslos, so kann die Mandantschaft den früheren UR-Anwalt bei unterlassener Aufklärung aus Art. 398 OR ins Recht fassen.⁴

Und ein Anwalt, der «ins Blaue hinaus» krass überklagt, hat auch standesrechtliche Konsequenzen zu befürchten,⁵ zumal das Gericht bei einem solchen Prozessausgang eine Anzeige deponieren kann.⁶ Zudem darf die Prüfung der Erfolgsaussichten nicht zu einer Verlagerung des Hauptprozesses

in das Bewilligungsverfahren führen, indem mit dem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege der Entscheid über die materiellen Fragen vorweggenommen wird.⁷ All dies spricht dagegen, seitens des Gerichts die UR-Messlatte schon initial allzu hoch anzusetzen.

1.3 Nicht angefochtener Zwischenentscheid über Gutachten verbindlich

In 4A_591/2015 vom 6. Juli 2016 beurteilte das Bundesgericht die 2003 eingereichte Klage wegen eines HWS-Distorsionstraumas aus einem Auffahrunfall. 2008 hatte das Bezirksgericht ein biomechanisches und medizinisches Gutachten eingeholt. Mit selbständigem Zwischenentscheid stellte das Bezirksgericht 2009 fest, die Widerrechtlichkeit und die Kausalität für die Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung in noch zu bestimmender Höhe seien erfüllt. Dieser Zwischenentscheid blieb unangefochten.

2010 holte das Bezirksgericht ein polydisziplinäres medizinisches Gutachten ein. Parallel dazu hatte die IV im Jahre 2009 ein interdisziplinäres Medas-Gutachten erstellen lassen. Die Beklagte beantragte im Zivilprozess die Edition dieses IV-Gutachtens sowie der gestützt darauf ergangenen IV-Renteneinstellungsverfügung. Das Bezirksgericht wies den Editionsantrag ab und hiess die Klage teilweise gut. Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung. Das Obergericht des Kantons Aargau ordnete die Edition des Medas-Gutachtens an und wies im Sommer 2015 die Klage

ab. Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde ans Bundesgericht. Dieses urteilte, das Bezirksgericht habe gestützt auf das Gerichtsgutachten eine Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Das Obergericht habe stattdessen gestützt auf das IV-Medas-Gutachten auf eine Arbeitsfähigkeit geschlossen und die Beweiskraft des erstinstanzlichen Gerichtsgutachtens verneint (Ziffer 1).

In der Folge prüfte das Bundesgericht die Frage der Rechtskraftwirkung des unangefochtenen Zwischenentscheids des Bezirksgerichts aus dem Jahre 2009: Die damalige kantonale Bestimmung der ZPO AG habe im Wesentlichen dem heutigen Art. 237 Abs. 1 ZPO entsprochen. Im Zwischenentscheid habe das Bezirksgericht über das Vorhandensein materieller Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch entschieden. Nach Art. 237 Abs. 2 ZPO seien Zwischenentscheide selbständig anzufechten, und eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid sei ausgeschlossen (E. 2.2). Der Zwischenentscheid sei im fortgesetzten Verfahren verbindlich (E. 2.2.1). Die Bindungswirkung trete ein, soweit eine Frage im Zwischenentscheid entschieden worden sei, was durch Auslegung des Zwischenentscheides zu beurteilen sei (E. 2.2). Das Bezirksgericht habe im Zwischenentscheid zwar lediglich festgestellt, die Widerrechtlichkeit und die Kausalität für den geltend gemachten Schadenersatz und Genugtuungsanspruch in noch zu bestimmender Höhe seien erfüllt. Das Bezirksgericht habe aber nicht nur abstrakt geprüft, ob diese beiden Voraussetzungen für einen

Schadenersatzanspruch gegeben wären, falls sich die behaupteten körperlichen Beeinträchtigungen nachweisen lassen sollten. Vielmehr sei gemäss Zwischenentscheid erwiesen, dass die Klägerin durch den Auffahrunfall eine HWS-Distorsionsverletzung erlitten habe und an welchen Schmerzen sie derzeit leide (E. 2.3). Indem das Dispositiv die Widerrechtlichkeit und die Kausalität bejahe, habe es darüber entschieden, dass die Beschwerden im Begutachtungszeitpunkt tatsächlich vorlagen und unfallkausal seien (E. 2.3.1).

Soweit die Gesundheitsstörung im Zwischenentscheid für die im Dispositiv entschiedene Frage der Kausalität massgebend war, hätte dieser angefochten werden können und müssen (E. 2.3.2). Bezüglich Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit sowie Beeinträchtigung der Haushaltsführung entfalte der Zwischenentscheid in dessen infolge des Verweises, dies müsse bei der Schadensberechnung geklärt werden, keine Bindungswirkung (E. 2.3.3).

Von der im Zwischenentscheid als erstellt erachteten gesundheitlichen Beeinträchtigung dürfe bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aber nicht abgewichen werden, weil ansonsten die bereits verbindlich festgestellte Kausalität verneint würde. Eine gegenüber dem Gerichtsgutachten abweichende Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bleibe zwar zulässig, aber nur, wenn dieser die im Gerichtsgutachten festgehaltene, gemäss Zwischenentscheid unfallkausale Gesundheitsbeeinträchtigung zugrunde gelegt werde (E. 2.3.4). Ein Gutachten, welches für die

¹ Urteil LF160079 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13.2.2017, besprochen in: *plädoyer* 3/17, S. 69–72; analog schon Urteil PF150029 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17.8.2015, E. 3.5.

² Vgl. BGE 132 I 201, S. 201 ff.; weiter Zusammenfassung der Praxiskostenanalyse SAV 2005, S. 2, goo.gl/PQ8iWn.

Es ist ein offenes Geheimnis, dass viele Anwälte deswegen trotz standesrechtlicher Pflicht keine UR-Mandate führen. So sagte gar ein dem Verfasser persönlich bekannter, früherer kantonaler Anwaltsverbandspräsident als Referent einer Weiterbildung zum Standesrecht, er habe «bei UP-Mandatsanfragen jeweils gerade keine Kapazität».

³ Vgl. dazu: Pierre Heusser, «Die unentgeltliche Vertretung ist klarer zu regeln», in: *plädoyer* 6/11, Rz. 55–57.

⁴ Erscheint der Prozess aussichtslos, bedarf der Gang vor Gericht besonderer Rechtfertigungsgründe, andernfalls Unsofgfalt bei der Prozessführung zum Thema wird. Walter Fellmann, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, S. 451, R. 1347f.

⁵ Grobe Verstösse gegen die Treuepflicht sind standeswidrig, ebenso eine unverantwortliche Berufsausübung. Walter Fellmann / Gaudenz G. Zindel, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2005, Rz. 26 f. zu Art. 12 lit. a BGFA.

⁶ Vgl. die Meldepflicht kantonalen Gerichte bei Verletzung der Berufsregeln, Art. 15 Abs. 1 BGFA.

⁷ BGer 5A_842/2011 vom 24.2.2012.

Beschwerden eine unfallfremde Ursache benenne, könnte wegen der Bindungswirkung des Zwischenentscheides nur nach erfolgreicher Anfechtung oder Revision des Zwischenentscheids herangezogen werden (E. 2.4). Die Sache werde daher an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese die Arbeitsfähigkeit unter Zugrundelegung der gemäss Zwischenentscheid unfallkausalen Gesundheitsstörung beurteile. Dabei müsse die Vorinstanz die vorhandenen Gutachten neu würdigen, jedoch ohne Berücksichtigung des IV-Medax-Gutachtens (E. 2.8).

1.4 Teilklage

1.4.1 Anforderung an Rechtsbegehren bei alternativ objektiver Klagehäufung

In BGE 142 III 683 hatte der Kläger in einem Arbeitsrechtsprozess von behaupteten Forderungen auf Bar-Boni der Jahre 2011 bis 2013 einen Pilotprozess über 30 000 Franken angestrengt (E. 5.1). Das Bundesgericht trat auf die Teilklage nicht ein, weil das Rechtsbegehren zufolge alternativ objektiver Klagehäufung nicht genügend bestimmt respektive individualisiert sei (E. 5.4). Laut Bundesgericht hatte der Kläger mit den eingeklagten drei Jahren drei separate, eigenständige Ansprüche und damit eine objektive Klagenhäufung vorgenommen (E. 5.3.1). Weil er in der Klage nicht präzisiert habe, in welcher Reihenfolge und beziehungsweise oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht würden, liege eine alternative objektive Klagenhäufung vor (E. 5.4).

1.4.2 Zulässigkeit der Teilklage und Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

In der Folge befürchtete die Anwaltschaft von Geschädigten, eine Teilklage zum Beispiel auf Erwerbsausfallsschaden oder Haus-

haltschaden als günstigerer und schnellerer Pilotprozess zur Klärung der Haftung und bzw. oder Kausalität müsse künftig auch diese Hürde meistern. Das Bundesgerichtsurteil 4A_26/2017 vom 24.5.2017 liess aufatmen: Demnach ist die Gerichtspraxis von BGE 142 III 683, wonach bei einer Teilklage auf Forderungen aus mehreren unterschiedlichen Lebensvorgängen die Reihenfolge klar anzugeben sei, so nicht auf das Haftpflichtrecht übertragbar: Die Definition eigenständiger Schadenspositionen aus einer Körperverletzung sei objektiv nicht eindeutig möglich und die separate Beurteilung jeder eigenen Schadensposition nicht praktikabel. Deshalb sei einer klagenden Partei nicht zumutbar, die Teilklage auf einzelne Positionen zu beschränken, um den Streitgegenstand nicht zu verlassen (E. 3.5).

Im Rahmen einer echten Teilklage unter Vorbehalt einer Nachklage werde der Streitgegenstand nicht verlassen, auch wenn die Teilklage mehrere unterschiedliche Schadenspositionen und Genugtuung aus demselben Unfallereignis umfasse (E. 3.6). Der Lebenssachverhalt und Streitgegenstand bei einer Klage aus einem Unfallereignis blieben trotz Teilklage auf unterschiedliche Schadenspositionen wie beispielsweise Schadenersatz und Genugtuung dieselben. Das Rechtsbegehren auf Schadenersatz und Genugtuung aus einem Unfall genüge demnach den Bestimmtheitsanforderungen von Art. 86 ZPO (E. 3.7).

Diese Rechtsprechung bekräftigte das Bundesgericht im Urteil 4A_15/2017 vom 8. Juni 2017: Erst die Kombination einer Teilklage mit einer objektiven Klagenhäufung (Art. 86 i.V.m. 90 ZPO) führe zu einer alternativen objektiven Klagenhäufung. Liege demgegenüber einer Teilklage bloss ein einziger Streitgegenstand zugrun-

de, bestehe keine objektive Klagenhäufung, weil diese eine Häufung von Ansprüchen und damit eine Mehrzahl von Streitgegenständen voraussetze (E. 3.3.1). Verlange die klagende Geschädigte wie hier teilklageweise Schadenersatz von 30 000 Franken für Erwerbsausfall während 12,5 Jahren (E. 3.3.2), bestehe gleichwohl nur ein einziger Streitgegenstand, nämlich der gesamte Schaden aus einer Körperverletzung (massgebender Lebenssachverhalt). Bloss weil die einzelnen Schadenspositionen zusätzlicher Tatsachelemente bedürfen und der Lebenssachverhalt diesbezüglich erweitert werde, verändere sich der Streitgegenstand nicht (E. 3.3.4).

Dass der Lohn als Erwerbsausfall aus dem Autounfall aus periodischen Leistungen bestehe, ändere nichts daran, dass der ganze Erwerbsausfallsschaden aus dem Unfall resultiere und damit innerhalb desselben Streitgegenstands liege. Durch die Periodizität der Lohnansprüche werde der Schadenersatzanspruch nicht zur periodischen Leistung (E. 3.3.5).

1.4.3 Kostenrisiko durch negative Feststellungswiderklage

Einen Dämpfer verursachte auf Geschädigtenseite allerdings ein weiteres Urteil, dessen Begründung noch aussteht:⁸ Gemäss 4A_576/2016 vom 13. Juni 2017 soll die negative Feststellungswiderklage gegen eine Teilklage auf 30 000 Franken zulässig sein, obschon der Gesetzeswortlaut (Art. 224 I ZPO) dies wegen der unterschiedlichen Verfahrensart (vereinfachtes vs. ordentliches Verfahren) ausschliesst.

Bemerkung: Bei hohen Streitwerten ist zu befürchten, dass Geschädigte damit künftig die Haftung oder Kausalität nicht mehr teilklageweise ohne ruinöses Kostenrisiko einer negativen Feststellungswiderklage klären können:

Die Assekuranz kann mit der abschreckenden Wirkung des Kostenrisikos einer negativen Feststellungswiderklage rechnen, über welche die Anwaltschaft die geschädigte Person aufklären muss – sogenannte wirtschaftliche Aufklärung. Nichts daran ändert oft eine Rechtsschutzversicherungsdeckung, deren übliche Deckungssumme von 250 000 Franken kaum reicht, um bei einem siebenstelligen Streitwert über drei Gerichtsinstanzen inklusive Gerichtsgutachten zu prozessieren. Sollte sich diese Rechtsprechung durchsetzen, so würde das Instrument der Teilklage geschwächt, das unter anderem genau zum Zweck einer kostengünstigen Klärung geschaffen wurde.⁹

Es ist fraglich, ob das Bundesgericht mit seinem Urteil eine solche Schwächung erreichen wollte. Diesfalls würde auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts obsolet, wonach je nach Konstellation aus Kosten- und Risikoüberlegungen analog einer Eigenfinanzierung bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur eine reduzierte Summe einklagt werden dürfe.¹⁰

2. Strassenverkehr

2.1 Haftungsverteilung: Haftungsreduktion wegen Mitverschulden an Unfall

In Entscheid 4A_179/2016 vom 30. August 2016 (zur Publikation vorgesehen) war ein fünf Jahre alter Knabe mit seiner neun Jahre alten Schwester auf dem Trottoir unterwegs in die Schule. Als ein Motorroller mit der Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h vorbeifuhr, trat der Knabe unvermittelt auf die Strasse, wo er vom Roller erfasst wurde. Im Strafverfahren urteilte das Bundesgericht zum adhäsionsweisen Zivilanspruch, die Haftungsquote des Fahrers des

Motorrollers betrage lediglich 70 Prozent. Die Mutter treffe im Rahmen von Art. 302 Abs. 1 ZGB ein Verschulden: Üblicherweise habe sie die Kinder auf dem Schulweg begleitet (E. 4.1 und 5.1). Die neunjährige Schwester des Verunfallten habe zwar den Schulweg alleine bewältigen können, jedoch nicht die intellektuellen und physischen Voraussetzungen gehabt, um ihren hyperaktiven jüngeren Bruder – der erst vor kurzem in die Schweiz eingewandert war – vor den Gefahren des Strassenverkehrs zu beschützen (E. 5.2). Im Verhältnis zwischen Rollerfahrer und Mutter treffe Letztere somit eine Haftungsquote von 30 Prozent (in fine aus E. 4.2). Gegenüber ihrem Sohn haften die Mutter aus Art. 41 OR (E. 5.1).

2.2 Übersetztes Tempo: Anscheinsbeweis für natürlichen Kausalzusammenhang

In Entscheid 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 war die Ursache eines Autounfalls streitig. Das Unfallfahrzeug war nachts bei einer signalisierten Geschwindigkeit von 50 km/h auf einer nasen, abfallenden Strasse nach klägerischer Darstellung mit 69 km/h unterwegs gewesen, bevor der Lenker die Kontrolle darüber verloren hatte.

Gemäss Bundesgericht kann bei Strassenverkehrsunfällen aus dem objektiv regelwidrigen Verhalten wie zum Beispiel einer überhöhten Geschwindigkeit unter Umständen der Anscheinsbeweis für dessen natürlichen Kausalzusammenhang zum Unfall erfolgen. Dass ein Lenker die Beherrschung über sein Fahrzeug verliert, sei eine typische Folge übersetzter Geschwindigkeit. Sollte der Klägerschaft der Nachweis der angesichts der Verhältnisse überhöhten Geschwindigkeit gelingen, greife daher an sich der Anscheinsbeweis, dass der Unfall darauf zu-

rückzuführen ist. Die Beklagte könne diesen Anscheinsbeweis umstossen durch Geltendmachung von Umständen, welche die aus blosser Erfahrung geschöpfte Überzeugung des Gerichts erschüttern (E. 4.4.2.2).

3. Verjährung

3.1 Unterbrechung durch Betreibung: Genügende Bezeichnung der Forderung

Im Entscheid 5A_606/2016 vom 24. November 2016 befand das Bundesgericht über die Gültigkeit eines Zahlungsbefehls zur Unterbrechung einer Verjährung. Als Forderungsgrund hatte der Gläubiger im Betreibungsbegehren «Unterbrechung der Verjährung/Ereignis vom 30. Januar 2006» genannt. Der Schuldner erhob darauf Rechtsvorschlag und verlangte von der Aufsichtsbehörde die Aufhebung des Zahlungsbefehls mangels ausreichender Substanziierung des Forderungsgrunds.

Gemäss Bundesgericht wirkt der Zahlungsbefehl verjährungsunterbrechend, wenn der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip zweifelsfrei erkennt oder erkennen kann, um welche Forderung es geht (E. 2.5). Der Forderungsgrund sei hier zwar knapp umschrieben. Da vorliegend eine Teilklage betreffend dasselbe Ereignis vor Gericht war, habe der Schuldner den Anlass der Betreibung aber aus ihrem Gesamtzusammenhang erkennen können. Daher sei der Zahlungsbefehl gültig, auch wenn weitere Präzisierungen zur Schadenersatzforderung fehlten (E. 2.4).

Bemerkung: Unabdingbar ist in solchen Fällen mindestens die Erwähnung des Datums, an dem die Forderung entstanden ist, respektive bei Dauerschuldverhältnissen mit periodischen Zahlungspflichten der fraglichen

⁸ plädoyer 4/17, S. 5.

⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BBl 2006, S. 7288; Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission im Juni 2003, S. 43.

¹⁰ BGER 4A_274/2016 vom 19.10.2016, Sachverhalt B.b. und E. 3.

Zeitperiode (E. 2.1). Andernfalls riskiert der Gläubiger die Ungültigkeit des Zahlungsbefehls und damit den Eintritt der Verjährung.

3.2 Zustellung einer Entschädigungsvereinbarung unterbricht Verjährung

Ansprüche aus Privatversicherungen verjähren bereits nach zwei Jahren (Art. 46 Abs. 1 VVG), was für Vertragsansprüche singulär ist (vgl. Art. 127 f. OR). Mit Urteil 4A_228/2016 vom 16.1.2017 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Zustellung einer Entschädigungsvereinbarung einer Zusatzversicherung zur Unfallversicherung die Verjährung unterbricht.

4. Haushaltsschaden

4.1 Substanziierung bei längerem Aufenthalt in medizinischer Einrichtung

Regelmässig halten Haftpflichtversicherungen einer geschädigten Person entgegen, während des Aufenthalts in einem Spital oder einer Rehaklinik habe sich die Arbeitsunfähigkeit im Haushalt nicht ausgewirkt. Deshalb sei für diese Zeit nichts zu entschädigen.

Dazu hat das Obergericht Zürich festgehalten, die geschädigte Person könne konkrete Behauptungen dazu aufstellen, dass während des Aufenthaltes in einer medizinischen Einrichtung gleichwohl Pflanzen oder Tiere besorgt und das Haus gereinigt werden musste oder administrative Arbeiten nötig waren. Solche konkreten Aufwendungen sind belegbar und beweisbar. Bei Mehrpersonenhaushalten sei eine der Quantifizierung des Versorgerschadens angeglichene Berechnung anzustellen, in welcher jener Aufwand auszuscheiden ist, welcher für die hospitalisierte Person anfällt. Zur Substanziierung des Haushalts-

schadens sei keine Liste mit allen von der geschädigten Person aufgeführten Haushaltsarbeiten mit exaktem Mass der jeweiligen Beeinträchtigung nötig. Dies sei nicht praktikabel und kompatibel mit der Festlegung des Stundenaufwandes nach statistischen Werten der abstrakten Methode. Vielmehr genüge es, den medizinischen Gutachter zu fragen, wie er die Einbusse in den einzelnen Haushaltsarbeiten gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (Sake) einschätze.¹¹

5. Auftrag

5.1 Arzthaftung: Unsorgfalt auch ohne Verletzung medizinischer Guidelines

In den Entscheiden 6B_999/2015 und 6B_1003/2015 vom 28. September 2016 beurteilte die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Sorgfaltspflichtverletzung eines Kinderarztes: Ein einjähriges Kind hatte seit einem Tag hohes Fieber. Deshalb konsultierte die Mutter notfallmässig den Kinderarzt. Dieser diagnostizierte eine Infektion der oberen Atemwege und verschrieb eine Luftbefeuchtung für den Hals und Mittel zur Fiebersenkung und Schmerzlinderung. Zwei Tage später persistierte das Fieber, und das Kind hatte Krämpfe und erbrach sich. Der Kinderarzt stellte bei einem weiteren Notfallbesuch unter anderem neurologische Beschwerden fest und verschrieb Paracetamol. Weil die Beschwerden anhielten, wurde das Kind anschliessend notfallmässig ins Spital gebracht. Dort verstarb es drei Tage später an einer Meningoenzephalitis.

Im Prozess verneinte der Gerichtsexperte eine medizinische Sorgfaltspflichtverletzung, weil weder spitalinterne noch nationale oder internationale Guidelines zum gebotenen Handeln bestün-

den. Gemäss Bundesgericht kann gleichwohl die ärztliche Sorgfaltspflicht verletzt werden, wenn das medizinische Handeln nicht der Literatur entspricht und seitens Gerichtsexperten als individuelle Verletzung der Sorgfalt beurteilt wird. Wenn Guidelines fehlen, welche ein bestimmtes Verhalten festlegen, kann daraus nicht gegen eine Verletzung der medizinischen Sorgfalt geurteilt werden (E. 5.5).

Symptome einer Hirnhautentzündung bei einem Kleinkind erheischen weitere Abklärungen und gegebenenfalls Antibiotika, weil sich eine Meningitis sehr schnell entwickeln kann und die Abgabe von Antibiotika einfach und sicher ist. Eine entsprechende Unterlassung verletzt das medizinisch zustehende Ermessen (E. 6.3). Weniger als zehn Prozent der an dieser Form der Meningitis erkrankten Kleinkinder sterben. Entsprechend bejahte das Bundesgericht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Tod des Kleinkindes bei korrekter Behandlung nicht eingetreten wäre (E. 7).

5.2 Willensvollstreckung: Berechnung des Vermögensschadens

In Entscheid 4A_280/2016 vom 10. Oktober 2016 beurteilte das Bundesgericht eine Schadenersatzforderung aus unsorgfältiger Willensvollstreckung. Die Willensvollstreckung war von der Mutter des Klägers testamentarisch verfügt worden. Der erbende Kläger verlangte von der Willensvollstreckerin 380 000 Franken Schadenersatz mit der Begründung, die Willensvollstreckerin habe mit einem Teil seines Vermögens pflichtwidrige Optionsgeschäfte getätigt.

Gemäss Bundesgericht richtet sich die Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers gegenüber Erben nach Auftragsrecht. Mangels anderweitiger Anordnung

des Erblassers müsse die Willensvollstreckerin eine Anlagestrategie definieren, um die Vermögenssubstanz so gut wie möglich zu erhalten. Eine zu Lebzeiten gewählte risikoreiche Anlagestrategie dürfe der Willensvollstrecker nicht beibehalten, sondern müsse konservativ anlegen (E. 3.1). Verluste aus riskanten, pflichtwidrigen Geschäften dürften nicht mit Gewinnen aus rechtmässigen Anlagen verrechnet werden.

Die Schadensberechnung könne sich daher auf Verluste aus unzulässigen Geschäften beschränken, ohne Gesamtvergleich der möglichen Entwicklung (E. 4.2). Ein Auftrag sei jederzeit kündbar. Schadenersatz sei daher für die entstandenen Verluste bei Auflösung des Mandates geschuldet. Dem Willensvollstrecker sei der Einwand verwehrt, die Anlagen hätten sich später wieder erholt und bei einer späteren Kündigung wäre der Schaden nicht eingetreten (E. 5.1).

5.3 UP-Rechtsvertretung haftet dem Klienten nicht aus Staatshaftungsrecht

Im Entscheid 4A_234/2016 vom 19. Dezember 2016 beurteilte das Bundesgericht die Haftung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands: Dieser war amtlich beigegeben worden, um Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge (BVG) gegen die letzte Pensionskasse durchzusetzen. Nach Verneinung der Zuständigkeit klagte die invalide Klientin gegen eine frühere Pensionskasse. Diese war leistungspflichtig, wendete indessen erfolgreich die Verjährung früherer Leistungen ein. In der Folge klagte die ehemalige Klientin gegen ihren früheren UP-Anwalt wegen Nichtunterbrechung der Verjährung.

Die kantonalen Gerichte im Waadt verneinten die Passivlegitimation des UP-Anwalts: Dieser sei öffentlicher Beamter nach

Art. 61 Abs. 1 OR. Daher sei ausschliesslich der Staat nach Staatshaftungsrecht verantwortlich für eine seitens UP-Anwalt unterlassene Information und Unterbrechung der Verjährung (E. B und 3).

Anders urteilte das Bundesgericht: Obschon zwischen Staat und UP-Anwalt öffentliches Recht gelte, komme für die Anwaltshaftung gegenüber der Klientschaft Privatrecht zur Anwendung (E. 3.1). Anders als der hoheitlich handelnde Notar sei der Anwalt kein Funktionär. Daher könne das kantonale Staatshaftungsrecht seine Haftung nicht als ausschliessliche Staatshaftung regeln (E. 3.2.1).

6. Werkeigentum

6.1 Keine Haftung für abgelegenen, abgesperrten Gartenteich

Im Fall 4A_377/2016 vom 18. Oktober 2016 war die Mutter eines 19 Monate alten Kindes daran, den Innenraum ihres Autos zu staubsaugen. Das Kleinkind befand sich bei ihr. Während der Reinigung des Wageninnenraums wandte sich die Mutter etwa dreimal von ihrem Kind ab und reinigte während rund 30 bis 60 Sekunden ihr Auto. Bei der dritten Blickkontrolle war ihr Kind verschwunden.

Daraufhin suchte die Mutter ihr Kind, welches sie schliesslich bäuchlings im Gartenteich des Nachbargrundstücks liegend fand. Das Kind erlitt wegen Sauerstoffmangels eine schwere Hirnschädigung. Der rund 25 Quadratmeter grosse und 60 Zentimeter tiefe Gartenteich war mit unregelmässigen Natursteinen und niedrigem Pflanzenwuchs umrandet. Zur Strasse hin war der Garten durch eine senkrechte, etwa 80 Zentimeter hohe Granitsteinmauer mit hohen Pflanzen abge-

schlossen. Im Unfallzeitpunkt war das Gartentor verschlossen und mit einer Kindersicherung zusätzlich gesperrt. Von der Strasse her war der Teich nicht zu sehen. Es war nicht erstellt, auf welchem Weg das Kind in den Garten der Eigentümer und zum Teich gelangte.

Das Kind und Angehörige klagten unter anderem auf Genugtuung. Die Gerichte wiesen die Klagen und Rechtsmittel ab: Ein Hauseigentümer müsse nicht damit rechnen, dass selbständig auf der Strasse spielende Kinder unerlaubterweise durch den einzig offenen, schmalen Zugang rund um das Haus herum bis in die hinterste Ecke des fremden Grundstückes zu einem gut abgeschirmten Teich überhaupt vordringen und dort zusätzlich auch noch durch Übermut oder Unvorsichtigkeit durch das stehende Wasser geschädigt werden. Insbesondere müsse nicht mit einem Kleinkind von gerade einmal 19 Monaten gerechnet werden, das sich ganz alleine in den Garten begeben und zum Teich gelange. Kindern in diesem Alter fehle das Bewusstsein für Gefahren. Deshalb gehörten sie ausserhalb des Hauses unter Aufsicht.

Hauseigentümer dürften darauf vertrauen, dass Kinder in diesem Alter im Freien überwacht werden und nicht ohne Begleitung bis zu einem Teich kommen. Daraus leite sich jedoch nicht ab, dem Kleinkind könne ein Verschulden der Eltern als eigenes Verhalten angerechnet werden, sondern dies betreffe die Voraussetzbarkeit einer zweckwidrigen Verwendung des Werkes als Voraussetzung der Werkeigentümerhaftung (E. 2.3).

6.2 Signalisation von Untiefe in Badeanstalt

Im Straffall 6B_1055/2016 vom 4. Juli 2017 ging es um einen erwachsenen Besucher des

¹¹ Vgl. Have 1/2017, S. 58 f., mit Verweis auf Urteil HG 120 057 des Handelsgerichts Zürich vom 26.1.2016; vgl. auch Have 1/2017, S. 95.

- ¹² Thomas Gächter und Michael E. Meier, «Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse», in: Jusletter vom 14.8.2017.
- ¹³ Auswertung der Bundesgerichtspraxis von Michael E. Meier, in: Folien zum 18. Luzerner Zentrums-tag Sozialversicherungsrecht 2017, S. 22: Total 200 Rentenablehnungen, 10 Rückweisungen zur Neubegutachtung, 3 resp. 5 geschützte Rentenzusprachen, 1 Rentenzusprache.
- ¹⁴ Somatoforme Schmerzstörung, HWS-Distorsionstrauma, PTBS, CFS, Neurasthenie, dissoziative Bewegungsstörung, Hypersomnie u.Ä.
- ¹⁵ Statt vieler: Michael E. Meier, «Ein Jahr neue Schmerzrechtsprechung», in: Jusletter vom 11.7.2016.

Strandbads Lido in Luzern. Bei einem Kopfsprung von einem Badesteg in den See prallte der Besucher auf den Boden und wurde in der Folge zum Tetraplegiker. Das Wasser war dort nur 1,2 Meter tief gewesen. Der Badesteg befand sich innerhalb der Badi und hatte kein Warn- oder Verbotsschild betreffend Kopfsprünge in den See (E. 2.2).

Die Staatsanwaltschaft stellte ein Strafverfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung gegen den Geschäftsführer der Badi ein, was die kantonalen Gerichte schützten. Nicht so das Bundesgericht: Die Fachdokumentation der Beratungsstelle für Unfallverhütung 2013 erwähne als Unfallursache in Natur- und Strandbädern mehrheitlich zu geringe Wassertiefen und wechselnde Wasserstände, insbesondere bei Sprüngen von Stegen und Sprunganlagen. Für Natur- und Strandbäder gelten dieselben Anforderungen wie für öffentlich zugängliche Schwimmbäder. Zudem könne aus dem Fehlen einer ausdrücklich anerkannten Regelung nicht ohne weiteres gefolgert werden, das Anbringen einer Warn- oder Verbotstafel betreffend Kopfsprünge vom Badesteg sei jedenfalls strafrechtlich nicht erforderlich.

In casu liege der Badesteg im Strandbad und sei damit Teil der Anlage, womit ihn die Badegäste benutzten. Der Badesteg werde dabei regelmässig als Plattform für Kopfsprünge benutzt (E. 2.5.1). Es gebe immer auch unvorsichtige oder die Gefahr falsch einschätzende Benutzer, was eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Leitung der Badeanstalt aber nicht ausschliesse (E. 2.5.2 in fine). Ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Geschäftsführers könne nicht mit der für eine Einstellung nötigen Klarheit verneint werden (E. 2.5.3). Die Staatsanwaltschaft habe daher Anklage zu erheben.

7. Sozialversicherungsrecht

7.1 Observation

Gemäss Urteil 61 838/10 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 18. Januar 2017 verstossen Überwachungsmassnahmen einer gesetzlichen UVG-Versicherung mangels gesetzlicher Grundlage gegen das Recht auf Privatleben in Art. 8 EMRK. In 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung auf die Invalidenversicherung (IV) übertragen. Die Ergebnisse einer Observation sind jedoch je nach Güter- und Interessenabwägung gleichwohl beachtlich (E. 5). Für das Haftpflichtrecht gilt bis heute Ähnliches (BGE 136 III 410, E. 2–6). Letzteres Urteil ist in Strassburg angefochten, ein Urteil des EGMR steht aus.

Bemerkung: Erste Entscheide zur neuen Observationsrechtsprechung indizieren, dass die Güter- und Interessenabwägung regelmässig zugunsten der Sozialversicherung ausfällt. Dann verkäme aber die Anforderung einer detaillierten Gesetzesgrundlage als Voraussetzung der Observation zum Lippenbekenntnis. In der Lehre wird 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 als «ziemlich freie Rechtsfindung» stark kritisiert.¹² Offenbar ist auch der Weiterzug dieses Entscheids nach Strassburg geplant. Angesichts dessen ist nicht auszuschliessen, dass der EGMR nochmals korrigierend eingreift.

7.2 Keine Übertragung der IV-Indikatoren ins Haftpflichtrecht

In 4A_707/2016 vom 29. Mai 2017 war streitig, ob die sozialversicherungsrechtliche Indikatoren-Schmerzrechtsprechung (BGE 141 V 281) auch im Haftpflichtrecht gilt. Diese Schmerzrechtsprechung führt in aller Re-

gel¹³ zur Anspruchsverneinung bei psychosomatisch-syndromalen¹⁴ Beschwerden.¹⁵ Gemäss zivilrechtlicher Abteilung des Bundesgerichts sind die sozialversicherungsrechtlichen Indikatoren nicht unmittelbar vom (herrschenden) medizinisch-empirischen Kenntnisstand abhängig (E. 1.2.1 f. und 4.2.1). Die Anspruchsvoraussetzungen seien im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht nicht dieselben (E. 1.2.2 und 4.2.1). Daher könne die Fragestellung bezüglich Gesundheitsschaden und Unfallkausalität trotz Überschneidungen im Sozialversicherungsrecht von derjenigen im Haftpflichtrecht abweichen (E. 4.2.1).