
V. Teil: Die PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW und ein Vorschlag zur Güte

*Indeed, one might as well define a cause as a cause,
and be done with it.*

MICHAEL MOORE

1. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Die vorangegangenen Kapitel haben gezeigt, dass das geltende Recht diverse Aspekte, die für den Begriff der Ursache oder für den Kausalitätsbeweis von zentraler Bedeutung sind, gar nicht oder nur ungenügend regelt. Die festgestellten Mängel und Schwachstellen sind unterschiedlicher Natur, betreffen generelle Fragen genauso wie spezifisch schadenersatzrechtliche und lassen sich in geraffter Form wie folgt zusammenfassen: 1

Zunächst einmal fehlt es in der gesamten Rechtsordnung an einer Definition des Begriffs der Ursache. Das wäre so lange nicht problematisch, wie sich Lehre und Rechtsprechung auf einen allgemein anerkannten Verursachungsbegriff stützen könnten, der sämtliche Fallgruppen abdeckt. Das ist jedoch nicht der Fall. Die allseits gebräuchliche *Conditio-Formel* hat sich zwar für das Gros der Fälle als praktikabel und für die heuristische Fragestellung als durchaus sinnvoll erwiesen. Sie führt jedoch bei mehreren Kausalitätsarten zu falschen Ergebnissen und eignet sich daher weder im Zivilrecht noch in anderen Rechtsgebieten als allgemein gültige Definition. Sie kann höchstens als Ausgangspunkt dienen, der gesetzlicher Konkretisierungen bedarf.¹ 2

Andere Mängel betreffen die Haftungsfrage, teils dem Grundsatz nach, teils lediglich im Quantitativ. Sie lassen sich zum einen durch besondere Haftungsnormen für die Fälle alternativer Kausalität und Minikausalität und eine spezielle Regelung der Entlastungsgründe bei Reserveursachen beheben. Zum anderen hat sich gezeigt, dass eine Sonderregel für die Beweislast bei möglicher Teilschadenskausalität genauso nötig ist wie die Vermutung des pflichtgemässen Verhaltens Dritter, sollen auch in diesen Konstellationen sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können. 3

Schliesslich fehlt es auch an einer Bestimmung, die in allgemeiner Weise regelt, unter welchen Voraussetzungen der beweisbelasteten Partei Beweiserleichterungen zu gewähren sind und in welchem Umfang. Im Vordergrund stehen dabei die Senkung des Beweismasses und die Umkehr der Beweislast. 4

¹ Dazu nachstehend Ziff. 3.2. Der andere denkbare Weg, nämlich den Ursachenbegriff im Sinne der INUS-Theorien zu übernehmen, wurde verworfen, denn es ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass man sich vom «nicht hinreichenden, aber notwendigen Teil eines hinreichenden, aber nicht notwendigen Bedingungssets» in der Laiensphäre eine zutreffende Vorstellung machen würde.

- 5 Je nach Art des festgestellten Mangels haben entsprechende Korrekturen systematisch an einem anderen Ort anzusetzen. Der Begriff der Ursache und die damit zusammenhängenden Haftungsfolgen sind Fragen des allgemeinen Teils und werden sinnvollerweise dort geregelt. Das gilt auch für den Begriff des Schadens, der sich wie gesehen nicht losgelöst von demjenigen der Ursache definieren lässt. Für das Zivilrecht bietet sich hier eine Regelung im Deliktsrecht an, dessen Bestimmungen über die Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR analoge Anwendung auf sämtliche Vertragsverhältnisse finden.² In Verbindung mit Art. 7 ZGB ist damit sichergestellt, dass für das gesamte Bundeszivilrecht ein einheitlicher Ursachen- und Schadensbegriff gilt und die Haftungsfolgen aufeinander abgestimmt sind.
- 6 Für die beweisrechtlichen Korrekturen ist Art. 8 ZGB der einschlägige Ort.³ Soweit es um Beweisschwierigkeiten geht, die auf die Verletzung von Mitwirkungspflichten durch die Gegenpartei zurückzuführen sind, ist aber Art. 164 ZPO als *lex specialis* miteinzubeziehen.
- 7 In diesem letzten Teil soll nun versucht werden, die für sachgerecht erachteten Lösungen in einem konkreten Entwurf für das Zivilrecht auszuformulieren.⁴ Hierzu braucht das Rad nicht gänzlich neu erfunden zu werden, denn eine Kodifikation der hier interessierenden Punkte, an die man sich anlehnen kann, gibt es weitgehend bereits: die *PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW*. Die dort vorgefundene Regelung erweist sich jedoch ihrerseits als lückenhaft,⁵ sprachlich nicht immer präzise und in der Systematik teilweise unbefriedigend, wie die nachstehende Diskussion der einschlägigen Bestimmungen aufzuzeigen versucht.

² Dem Wortlaut nach umfasst die Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR nur das Mass der Haftung. Lehre und Rechtsprechung haben die Norm jedoch schon immer im umfassenderen Sinne ausgelegt, wie er noch in den Entwürfen von 1905 und 1909 vorgesehen war. Deren Art. 1121 Abs. 3 resp. Art. 113 Abs. 3 hielten in ganz allgemeiner Weise fest: «Im übrigen finden die Bestimmungen über die Ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.» Darüber hinaus wäre es zweckmässig, den Verweis dahingehend anzupassen, dass er auch das Bereicherungsrecht, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die übrigen nicht vertraglichen Entstehungsgründe einer Obligation (*culpa in contrahendo*, Vertrauenshaftung usw.) umfasst. Wie die Kasuistik zu Beginn des I. Teils gezeigt hat, beschränken sich Kausalitätsfragen nämlich längst nicht auf das Vertrags- und Deliktsrecht, sondern finden sich in der einen oder anderen Form auch bei den übrigen Anspruchsgrundlagen.

³ Sollte auch in anderen Rechtsgebieten beweisrechtlich ein Handlungsbedarf ausgemacht werden, so wären die entsprechenden Regelungen wohl im Prozessrecht unterzubringen.

⁴ Im Vorentwurf für eine Revision des Haftpflichtrechts wurde auf Empfehlung der Studienkommission von einer detaillierten Regelung der Materie abgesehen und stattdessen in Art. 47 lediglich der Grundsatz statuiert, dass jemand nur insoweit ersatzpflichtig ist, als «[...] der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht.»; vgl. WIDMER/WESSNER, S. 110.

⁵ Lückenhaft nicht nur in dem Sinne, dass einzelne Konstellationen offenbar unbekannt waren oder schlicht vergessen gingen, sondern auch in der ungenügenden Abstimmung der Haftungsfolgen, die für die einzelnen Kausalitätsarten vorgesehen sind; vgl. dazu die Kommentierung der einzelnen Bestimmungen.

2. Die Principles of European Tort Law (PETL)

2.1 Übersicht

Die EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (eine 1992 unter dem Namen *Tilburg Group* gegründete Vereinigung, der mittlerweile mehr als 30 Experten angehören) hat 2005 die sog. Principles of European Tort Law veröffentlicht.⁶ Diese sind in der Art eines allgemeinen Teils konzipiert und sollen dereinst die Grundlage für die Vereinheitlichung und Harmonisierung des europäischen Deliktsrechts bilden. 8

Wie die vorliegende Arbeit gehen auch die Principles von einer klaren Trennung zwischen Kausalität und Zurechnung aus. Dabei definiert Art. 3:101 PETL als Grundnorm den Begriff der Ursache im Sinne der *Conditio*-Formel. Die sich daran anschliessenden Bestimmungen enthalten eine Reihe von Sonderregeln und Sonderanknüpfungen für einige der problematischen Fallgruppen. Das betrifft namentlich die Fälle von Doppelkausalität (Art. 3:102 PETL) und alternativer Kausalität (Art. 3:103 PETL), hypothetische Ursachen (Art. 3:104 PETL) und die Fälle unsicherer Teilschadenskausalität (Art. 3:105 PETL). Art. 3:106 PETL regelt schliesslich die Haftungsbeschränkungen, die sich bei möglichen Ursachen aus der Risikosphäre des Geschädigten ergeben. 9

Meines Wissens sind die Principles das erste Regelwerk, das – wenn auch nicht in erschöpfender Weise⁷ – zwischen den einzelnen Kausalitätsarten unterscheidet und an sie konkrete beweis- oder haftungsrechtliche Folgen knüpft. Das macht sie für die Zwecke der vorliegenden Arbeit besonders interessant. 10

⁶ Zu Entstehungsgeschichte und Grundlagen der PETL vergl. SPIER, in: Moréteau (Hrsg.), S. 35 ff. und 74. Ausgangspunkt war eine Sammlung von 24 Fällen und ihre Lösung nach ausgewählten, europäischen Zivilrechtsordnungen; vergl. SPIER (Hrsg.), S. 4 ff., und die anschliessenden Länderberichte. Gemäss Mitteilung auf der Website www.egt.org (letztmals besucht am 31. Dezember 2018) werden die Principles seit 2009 überarbeitet und ergänzt. Mit Ausnahme der Beweislast bleibt diese Revision aber ohne Auswirkungen auf die hier interessierenden Bestimmungen.

⁷ Die Durchsicht der Fallsammlung in WINIGER/KOZIOL/KOCH/ZIMMERMANN (Hrsg.), S. 1–7, zeigt, dass einzelne Fallgruppen vergessen gingen oder unbekannt waren. Es betrifft dies insbesondere die Fälle überschliessend-komplementärer Kausalität, seriell abhängige Mehrfachunterlassungen und den Abbruch rettender Kausalverläufe. Auch in der jüngsten, auf die Vereinheitlichung des europäischen Haftpflichtrechts ausgerichteten Fallsammlung (vergl. die 17 Beispiele bei INFANTINO/ZERVOGIANNI, S. 139 ff.) werden die heiklen Fälle nur teilweise angesprochen und Kausalitätsfragen mehrheitlich durch Haftungs- und Zurechnungsfragen überlagert, wobei Letzteres dem Umstand geschuldet ist, dass auch in der Rechtsprechung der einzelnen Staaten diese Aspekte oft nicht klar auseinandergelassen werden.

2.2 Zur Definition des Schadens und seiner Ursache

Art. 2:101 PETL Ersatzfähiger Schaden

Schaden setzt einen vermögenswerten oder ideellen Nachteil an einem rechtlich geschützten Interesse voraus.

Art. 3:101 PETL Notwendige Bedingung (conditio sine qua non)

Ein Geschehen oder Verhalten (im Folgenden: Aktivität) ist dann Ursache des beim Geschädigten eingetretenen Schadens, wenn ohne diese Aktivität der Schaden nicht eingetreten wäre.

- 11 Art. 2:101 PETL bestimmt in allgemeiner Weise, was unter einem ersatzfähigen Schaden zu verstehen ist. Die dort vorgefundene Umschreibung deckt sich zwar weitgehend mit dem hier vertretenen Schadensbegriff,⁸ ist aber insoweit elliptisch, als sie die Frage, ob der Erfolg konkret oder abstrakt zu betrachten ist,⁹ ausblendet und den Schadensbegriff ohne erkennbaren Vorteil von der Schadenshöhe gemäss der Differenztheorie trennt.¹⁰ Sodann ist die in Art. 2:101 PETL gewählte Formulierung unpräzise, weil der Schaden die nachteilige Veränderung eines rechtlich geschützten Interesses nicht voraussetzt (so der Wortlaut), sondern diese Veränderung schlechthin ist.¹¹
- 12 Die Ersatzfähigkeit eines erlittenen Nachteils hängt davon, ob er ein rechtlich geschütztes Interesse betrifft oder nicht. Art. 2:102 PETL enthält dazu eine nicht abschliessende Aufzählung, in der die wichtigsten rechtlich geschützten Positionen aufgelistet sind. Sache der Praxis wird es sein, diesen Katalog ggfs. zu verfeinern oder weiterzuentwickeln.¹² Insofern bauen die Principles auf einem flexiblen Begriff des ersatzfähigen Schadens auf.
- 13 Liegt eine solche nachteilige Veränderung eines rechtlich geschützten Interesses vor, so ist es für die Ersatzfähigkeit des Schadens grundsätzlich ohne Belang, auf welche Haftungsgrundlage sich der Schadensersatzanspruch stützt. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob sich der Schädiger aufgrund einer Delikts- oder Kausalhaftung zu verantworten hat.¹³
- 14 Art. 42 Abs. 1 OR des nachstehenden Entwurfs übernimmt inhaltlich Art. 2:101 PETL mit wenigen redaktionellen Anpassungen und ergänzt die Bestimmung in einem zweiten Satz mit der Definition der Schadenshöhe nach der sog. Differenzhypothese. Was unter einem rechtlich geschützten Interesse zu verstehen ist, wird mit Rücksicht auf den Gegenstand dieser Arbeit bewusst offengelassen und schliesst damit den Einbezug vereitelter Chancen und gesteigerter Risiken nicht aus.

⁸ Vergl. I. Teil., Ziff. 5.2.1, lit. a.

⁹ Dazu eingehend im I. Teil, Ziff. 5.3.

¹⁰ Letztere findet sich in Art. 10:101 PETL unter der Überschrift «Art und Zweck des Schadensersatzes» etwas versteckt untergebracht.

¹¹ Das entspricht der Regelungsabsicht der Verfasser, die allerdings nur in der Überschrift klar zum Ausdruck kommt; vergl. KOZIOL, vor Art. 2:101, N. 1 und Art. 2:101, N. 1 f.

¹² KOZIOL, Art. 2:101, N. 1 und vor Art. 2:101, N. 3.

¹³ Vergl. KOZIOL, vor Art. 2:101, N. 7, wonach die Bestimmung nach dem Willen der Verfasser sowohl auf Verschuldens- wie auch auf Kausalhaftungen Anwendung finden soll.