

Versicherung im Fokus von Sportler und Sportveranstaltungen

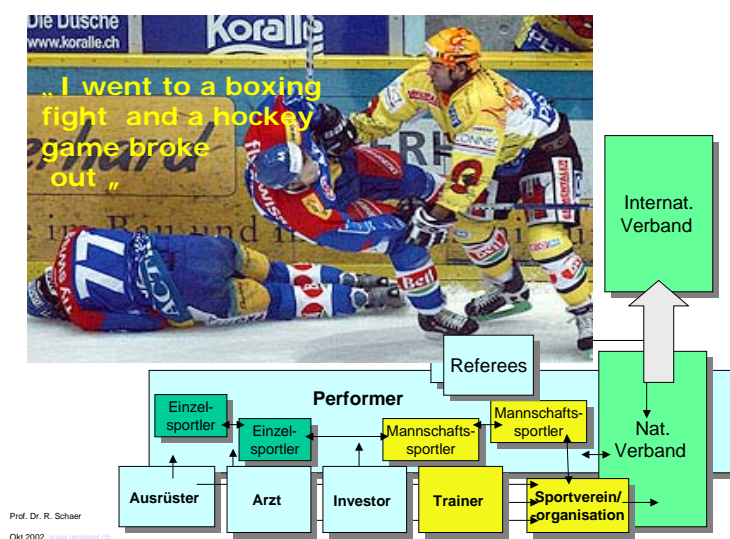
Teil 2

Die Haftpflichtversicherungsdeckung der Sportbetriebsgesellschaften als Arbeitgeber und der Sportler als Arbeitnehmer

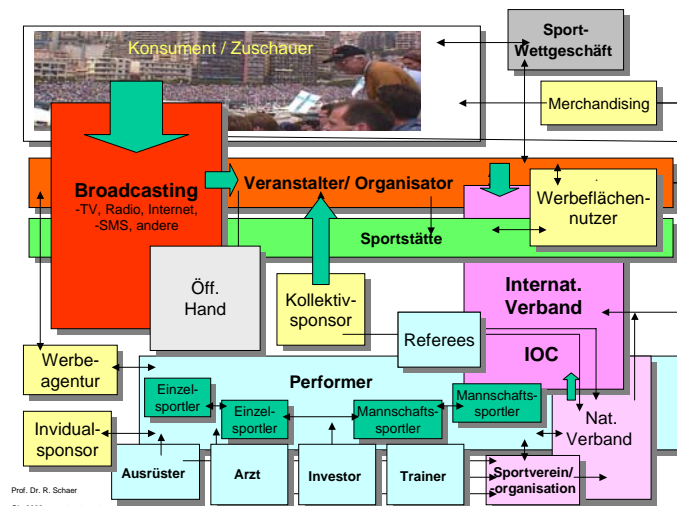
Meine Damen und Herren

Vor ungefähr einem Jahr haben wir uns mit den Problemkreisen der Haftung des Eventveranstalters und zwar mit dem Fokus auf Versicherungsdeckungen im Zusammenhang mit dem Ausfall bzw. Teilausfall einer Veranstaltung beschäftigt und dabei im Detail auch die einschlägigen AVB der Eventausfall-Versicherungen betrachtet.

Heute wollen wir uns insbesondere dem Thema Haftpflicht und Haftpflichtversicherung der Betriebsgesellschaft, des Clubs oder Vereins, die möglicherweise gleichzeitig auch Eventveranstalter sein können, nicht zwangsläufig müssen, zuwenden. Und dabei insbesondere das Verhältnis zwischen der Betriebsgesellschaft als Arbeitgeber und dem Sportler als Arbeitnehmer, sowie dasjenige der performenden Sportler unter sich näher unter die Lupe nehmen.



Und wie gehabt : damit für Sie Konkretes, Umsetzbares herauschaut, wollen wir uns nicht nur den wenig greifbaren Bestimmungen des Haftpflichtrechts widmen, sondern vor allem auch die Versicherungsdeckungen betrachten, die die anfallenden Risiken versichern bzw. ausschliessen.



Ein für Sie sicherlich interessanter Hinweis :

In der Haftpflichtversicherungsdeckung der Betriebsgesellschaft der ZSC Lions sind bsp. Haftpflichtansprüche der Spieler unter sich und gegenüber den Spielern anderer Vereine und Klubs, solange sie sich als solche bei Kampfspielen betätigen, ausgeschlossen. Sofern meine Unterlagen vollständig waren, wäre derselbe Sachverhalt beim Fussballclub Zürich versichert. Ganz abgesehen davon stellt sich die Frage, ob nicht die Betriebsgesellschaft als Arbeitgeber selber haftet und damit die Deckung oder Nichtdeckung des tätig werdenden Sportlers im Grunde genommen von sekundärer Bedeutung ist.

Diese Frage hängt eng mit derjenigen der Haftung für schädigendes Verhalten von Arbeitnehmern zusammen und zugleich der Zurechenbarkeit dieses schädigenden Verhaltens des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber. Im Sport : muss die Betriebsgesellschaft für das schädigende Verhalten des Sportlers generell oder allenfalls bloss eingeschränkt aufkommen.

Betriebshaftpflichtversicherung

ZSC Lions

Einschränkungen des Deckungsumfanges in den BB (Besondere Bedingungen)

In Ergänzung zu Art. 7 AVB sind von der Versicherung ausgeschlossen

- a) Die **Haftpflicht der Spieler unter sich und gegenüber den Spielern anderer Vereine und Klubs**, solange sie sich als solche bei Kampfspielen betätigen

Art 2 der AVB (Allgemeine Versicherungsbedingungen)

Versicherte Personen

Versichert ist die Haftpflicht der nachstehenden Personen

- a)
- b)
- c) **Der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen ... (mit Ausnahme von selbständigen Unternehmern und Berufsleuten ...) ... Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben .**

Zum Einstieg nur kurz : Im ausservertraglichen Verhältnis wäre ja bekanntlich gemäss OR 55 die cura in eligendo, instruendo und custodiendo, erweitert durch die heutige Haftung auch für Organisationsfehler ausschlaggebend. D.h. dem Arbeitgeber stünde nach herrschender Auffassung ein Entlastungsbeweis zu, was im Fall des Fouls von Antisin an Malkow - gemäss Bundesgericht immerhin eventualvorsätzliche Körperverletzung - dazu führen könnte, dass der Arbeitgeber nicht haftet und der Spieler selber keinen Haftpflichtversicherungsschutz genießt, er also mit seinem privaten Vermögen für den verursachten Schaden eintreten muss.

Zu beachten wäre ausserdem eine Ausschlussklausel : nämlich diejenige, wonach „ Schäden, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind „ – mal abgesehen von ihrer Konkretisierung oder Auslegung – nicht gedeckt werden und damit gerade im Sport die Gefahr besteht, dass der Haftpflichtversicherungsvertrag der Betriebsgesellschaft in vielen Fällen von Körperverletzungen gar keine Deckung gewährt. Dies führt zwangsläufig zur Frage, ob mit einer derartigen Klausel nicht eine eigentliche Vertragsaushöhlung stattfindet.

Einschränkung des Deckungsumfanges AVB 7 i

Von der Versicherung ausgeschlossen sind :

....

- i) die Haftpflicht für Schäden, deren Eintritt ... mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste ...

Antisin vs. Malkow (BGer 18.04.95)

*" In casu steht fest, dass A - der im übrigen als extrem harter Spieler gilt und deshalb auch äusserst viele Strafzeiten absitzen musste - die Spielregeln krass verletzt hat und dass er bei seiner Verhaltensweise nicht ignorieren konnte, dass diese zu einer schweren Verletzungsgefahr des gegnerischen Spielers führen musste. Damit ist **Eventualvorsatz** gegeben. Wird eine auch dem Schutz der Spieler vor Verletzung bezweckende Spielregel absichtlich oder in grober Weise missachtet, so darf keine stillschweigende Einwilligung in das der sportlichen Tätigkeit innewohnende Risiko einer Körperverletzung angenommen werden*

Ausserdem ist ja auf Anfang dieses Jahres – also 2003 – das neue Gesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts in Kraft getreten und mit ihm wurde das Haftungsprivileg des Arbeitgebers in ein blosses Regressprivileg umgewandelt. Während früher der Arbeitgeber im Umfang der kongruenten Schadensforderungen bei Berufsunfällen - d.h. diejenigen Schadenspositionen, die durch die obligatorische Unfallversicherung gedeckt waren – nicht haftete und so bsp. grundsätzlich keine Genugtuung dem Arbeitgeber gegenüber verlangt werden konnte, da diese Position ja durch die Integritätsentschädigung abgedeckt war, gilt dies heute nicht mehr. Der Arbeitgeber haftet somit grundsätzlich und damit auch für die Differenz zwischen dem haftpflichtrechtlich höheren Schadensbetrag und demjenigen, den der Unfallversicherer zu entrichten hat^{1 2}.

¹ Auf die Problematik der Anrechnung dieser Leistungen wegen der Prämienzahlung durch den Arbeitgeber soll hinten zurückgekommen werden. Hier nur folgender Hinweis : Seit einem wegweisenden Entscheid des Bundesgerichtes – 65 II 262 - gilt, dass der Haftpflichtige, der durch eigene Prämienzahlungen eine Versicherungsleistung finanziert hat, diese auf den haftpflichtrechtlich geschuldeten Schadenersatz anrechnen kann. Dieses Grundprinzip wurde im übrigen in der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts aufgenommen.

Seit dem 1.1.2003 : Wegfall des sog. Haftungsprivileges

Art. 44 alt UVG :

Ein Haftpflichtanspruch steht dem obligatorisch **Versicherten** ... aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur zu, wenn der Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt wurde.

Art 75 ATSG

Ein Rückgriffsanspruch ... aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht dem **Versicherungsträger** nur zu, wenn der Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt wurde.

Interessanterweise sind nun grundsätzlich Arbeitnehmer auch mit der Betriebshaftpflichtversicherungspolice gedeckt; handelt es sich aber um Arbeitnehmer, so sind Regressansprüche Dritter - d.h. insbesondere der Sozialversicherer – von der Deckung ausgeschlossen. Mit der neuen Bestimmung des ATSG aber sind derartige Haftpflichtansprüche nunmehr wohl möglich; früher brauchte es einer groben Fahrlässigkeit.

Könnte sich der Arbeitgeber gestützt auf OR 55 entlasten - zwischen Wettkampfsportlern wird ja zumindest nach der herrschenden Lehre³ kein Vertrags- oder vertragsähnliches Verhältnis angenommen, obwohl gerade dies gewisse Haftpflichtprobleme lösen könnte – so stellt sich die Frage der Haftung des Sportlers selber. Gegenüber einem gegnerischen Spieler haftet er bei groben Spielregelverletzungen, ein Haftungsprivileg spielt nicht und zusätzlich hätte er selber einen stark eingeschränkten Haftpflichtversicherungsschutz. Denn wie zu zeigen war, sind die das Event überhaupt erst gestaltenden Sportler insofern benachteiligt, als ihre mögliche Haftung gegenüber einem gegnerischen Opponenten nicht gedeckt ist. Darüber hinaus sind – dies der Vollständigkeit halber - ganz generell Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter gegenüber den Arbeitnehmern und Hilfspersonen von der Deckung ausgeschlossen.

Dies erlaubt VVG 59 und damit wird im Grunde genommen derjenige, der das höchste Risiko bei der Ausübung einer sportlichen Tätigkeit am schlechtesten gestellt. Denn gemäss diesem Artikel sind zwingend nur die mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen vollumfänglich gedeckt, nicht aber der Arbeitnehmer oder Hilfspersonen. Die Versicherer haben davon Gebrauch gemacht

VVG 59 lautet wie folgt :

Hat sich der Versicherungsnehmer gegen die Folgen der mit einem gewerblichen Betriebe verbundenen gesetzlichen Haftpflicht versichert,

² Er haftet aber auch für die durch die unterschiedliche Beurteilung der Zurechnung - adäquate Kausalität – möglicherweise extremen Unterschiede in der Beurteilung des durch einen Unfall oder eine Berufskrankheit verursachten Schadens. Bekanntlich weitet das Bundesgericht die Zurechnung im Haftpflichtrecht über diejenige in der obligatorischen Unfallversicherung aus, was zur Folge haben kann, dass der Arbeitgeber für bsp. psychische Unfallfolgen einstehen muss, die gemäss UVG nicht entschädigt werden.

³ siehe dazu Thaler, a.a.O. S. 120

so erstreckt sich die Versicherung auch auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen.

Dieser Artikel, bereits früher, aber insbesondere nach Inkrafttreten des neuen ATSG, ist schlicht unverständlich, denn geht man von einem Organbegriff und der Organhaftung aus, so muss der Betriebsinhaber sowieso für deren Fehlverhalten einstehen. D.h. seine persönliche Haftung ist immer angesprochen und insofern bringt dieser Artikel nicht viel, einzig dass nun auch die persönliche Haftung von Organen gedeckt ist. Schlimmer aber ist, dass der Arbeitnehmer selber aufgrund dieses Artikels von der Deckung ausgeschlossen werden könnte, was überhaupt keinen Sinn macht.

In der Police der ZSC Lions wird dies so umgesetzt, dass ganz generell die Haftpflicht der Spieler unter sich und gegenüber den Spielern anderer Vereine und Klubs ausgeschlossen wird, beim FC Zürich hingegen – sofern meine Unterlagen vollständig sind – wären nur die Regressansprüche Dritter ausgeschlossen.

Wichtig aber die Erkenntnis : der Spieler selber wird mit diesen Ausschlussklauseln zum schwächsten Glied im Pool der möglicherweise Haftpflichtigen⁴ .

Ist es eine Utopie, dass der vorleistende Sozialversicherer nun auf das private Vermögen eines Spielers zugreifen könnte ? Wohl kaum, denn die Ressourcenallokation wird dazu führen, dass der darbenende Sozialversicherer jede Finanzierungsquelle eröffnet, die ihm ertragreich erscheint.

Um die Sachlage noch zu komplizieren :

Im ausservertraglichen Verhältnis – d.h. bei einem groben Foul eines Spielers an einem Opponenten des gegnerischen Teams – könnte sich der Arbeitgeber allenfalls entlasten . Keine Verletzung der cura in eligendo, instruendo oder custodiendo - es sei denn, es werden überharte Spieler angeheuert; der SCB hätte somit mit der cura in eligendo mit Yves Sarault doch etwelche Probleme – und damit haftet der Spieler persönlich und alleine. Wie wir gesehen haben, besteht aber häufig keine Haftpflichtversicherungsdeckung für dieses Ereignis.

Und damit die Frage : soll oder muss der Spieler auch dieses Risiko tragen ? Es sei vorweggenommen : in Deutschland bestünde für derartige Situationen ein sog. Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Darauf werden wir später im Detail zurückkommen.

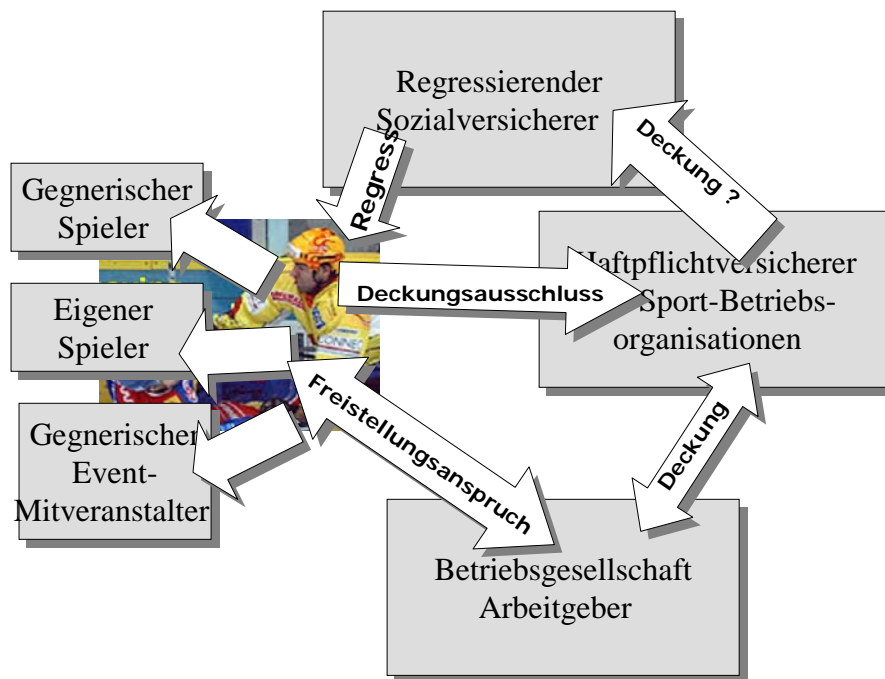
Um die Problematik noch zu verschärfen : wenn der Trainer und Coach zu einer überharten Gangart aufgefordert hat - was nicht etwa nur Theorie ist - , stellt sich auch die Frage nach seiner Haftung und hier wäre die Ausgangslage für die Haftpflichtversicherungsdeckung wiederum anders. Denn der Trainer wäre im Sinne von VVG 59 eine dieser Personen, die mit der Leitung oder Beaufsichtigung

⁴ nach Fuhlrott , In „ Die Verantwortlichkeit des Sportveranstalters „ ASDS Jahrestagung 1998, S. 104 festhält, dass die Haftpflicht von Wettkämpfern untereinander nicht versicherbar sei, weil eine Einwilligung des Geschädigten in die Verletzung gegeben sei, so dürfte dies kaum zutreffen. Das haftpflichtrechtliche Argument der Schadensverteilung bei erhöhten Gefahrezuständen hat nichts mit der Versicherbarkeit eines Risikos zu tun. Der für den Versicherer vorteilhafte VVG 59 ist Ursache für diese Deckungsausschlüsse.

des Betriebes betraut ist und damit kommt er zwangsläufig in den Genuss einer umfassenden Haftpflichtversicherungsdeckung. Ausschlüsse greifen hier nicht.

Nur nebenbei : in einer auf Ressourcenallokation ausgerichteten Gesellschaftsordnung wird auch der Trainer und Coach immer mehr in Frage der Verantwortung miteinbezogen. Failure to properly instruct waren in den USA schon im Jahre 1938⁵ Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Sportler und Trainer und dürfte den Höhepunkt wohl mit dem Fall Thompson v. Seattle Public School⁶ erreicht haben, wo ein Footballspieler beim Training schwerste Verletzungen erlitt und geltend machte, der Trainer habe ihn nicht richtig instruiert.

Versucht man diese verschiedenen Rechtsbeziehungen schematisch darzustellen, so dürfte dies ungefähr wie folgt aussehen :

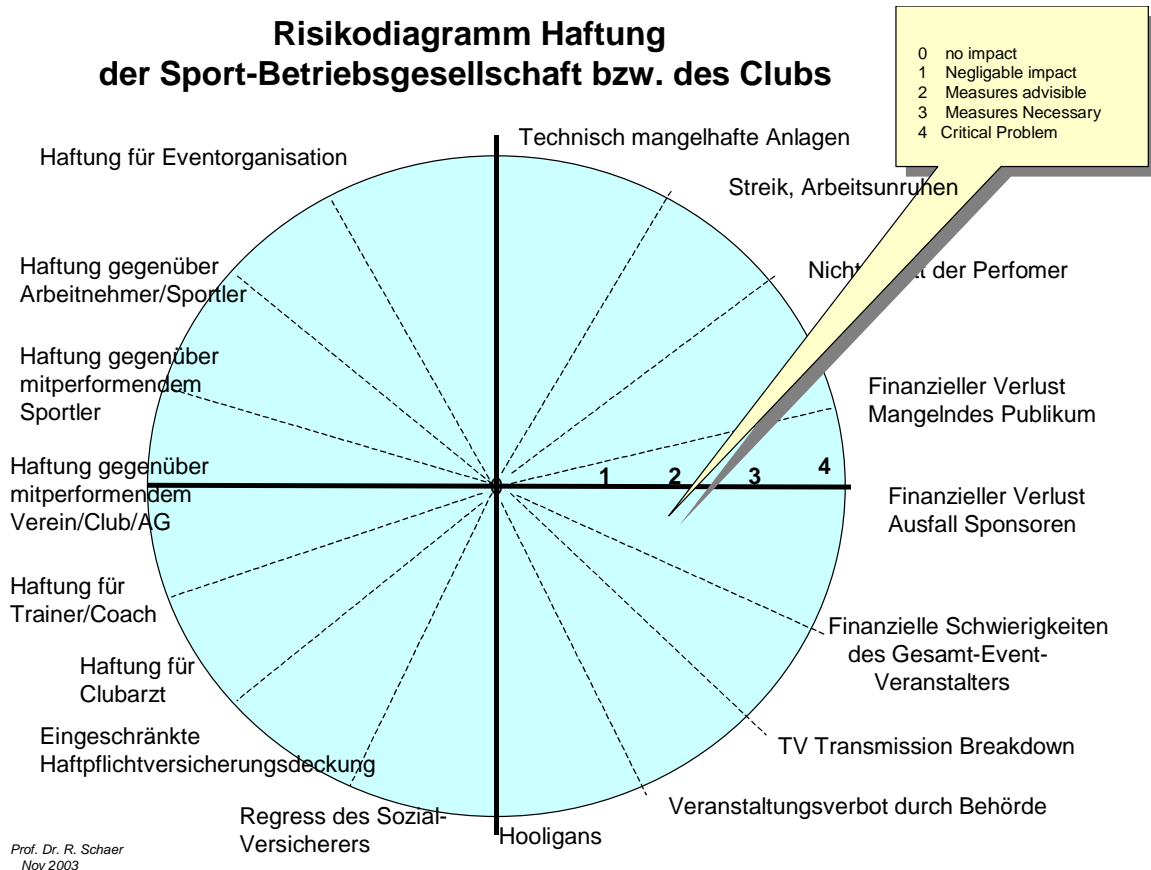


Diesen Beziehungen wollen wir in der nächsten halben Stunde nachgehen und uns einige Überlegungen dazu machen.

Versucht man, in bezug auf diese Problemstellungen ein Risikodiagramm zu erstellen, so dürfte dies wohl ungefähr so aussehen :

⁵ Siehe Bellman v. San Francisco High School District in Quirk, Sports and the Law, S. 14

⁶ siehe Quirk, a.a.O. S. 15



Wir werden uns somit heute insbesondere mit folgenden Problemkreisen befassen :

- die Haftung der Betriebsgesellschaft für das Verhalten der Spieler und Trainer, Entwicklungstendenzen und Zurechnungsfragen
- der Freistellungsanspruch des Spielers
- die „überraschenden“ Ausschlussklauseln in den Haftpflichtversicherungsverträgen
- der Wegfall des Haftungsprivileges

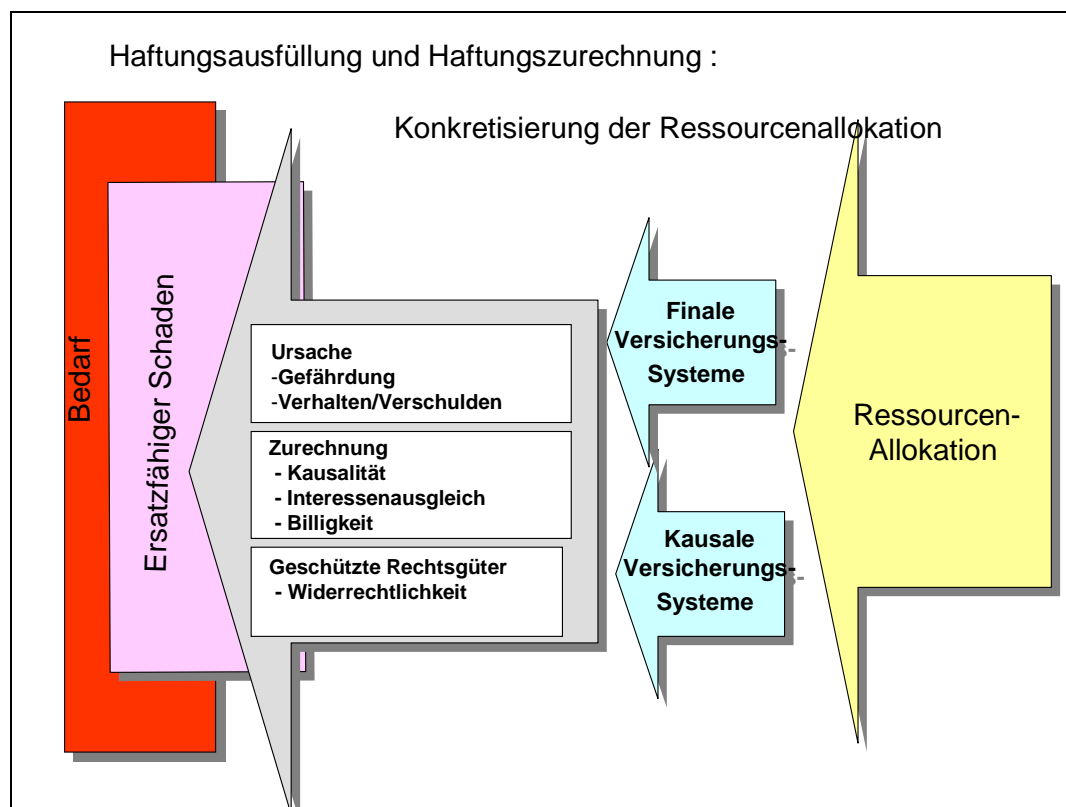
Man könnte dies nun juristisch-theoretisch tun, einzig die Gesetzesartikel betrachten und versuchen, eine Auslegung vorzunehmen. Juristerei ist aber nichts anderes als ein Hilfsmittel, um innerhalb bestimmter Rahmenbedingungen – gesellschaftspolitische, wirtschaftliche etc - gewisse Sachverhalte zu regeln. Ohne diese Rahmenbedingungen sind Normen nicht zu verstehen, können nicht konkretisiert werden. Und damit spielt das Wirtschaftliche und Finanzierungsfragen eine ausserordentlich grosse Rolle. D.h. es geht um Ressourcenallokation und damit schlussendlich um die Frage von Nutzen und Schaden.

Sport ist ein Wirtschaftszweig, Sport ist Business. Big business, längst nicht mehr die schönste Nebensache der Welt. Es geht um steinhartes Business, um

Showbusiness, um Geld und damit um Ressourcen und deren Allokation. In unserer Gesellschaftsordnung ist Gewinnorientierung zu einem zentralen Operationsziel geworden. Darnach richten sich die Mittel aus. Wir leben in einer umfassenden Leistungsgesellschaft, wir leben in einem Umfeld der Gewinnmaximierung, wir leben in einer Doping-Mentalität, die ihren Niederschlag bei Unternehmen in accounting gimmicks findet.

Dies schlägt voll durch im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, denn schliesslich geht es dort ja auch nur um Schadenausgleich und damit um Ressourcenallokation.

Es geht mithin auch im Recht, insbesondere im Haftpflicht – und Versicherungsrecht um Ressourcenallokation. Um nichts anderes . Das Recht selber ist blosses Instrument, um diese Allokation mehr oder weniger interessengerecht zu steuern. Und bewusst sage ich interessengerecht : denn dass bsp. mit Art. 72 ATSG der regressberechtigte Sozialversicherer privilegiert wird⁷ und ein verpönter Kaskadenregress eingeführt werden soll, ist nur im Hinblick auf den Finanzierungsbedarf der Sozialversicherer verständlich.



In einem modernen, konsumorientierten , dem Gedanken der Ressourcenallokation folgenden Schadenausgleichssystem sind folgende Trends auszumachen :

⁷ Dass es sich um eine Privilegierung handelt und damit der Sozialversicherer über einen Gesetzeskunstgriff nicht auch als Solidarhaftender in der Schadensgemeinschaft betrachtet werden soll, erkennt auch Kieser, Kommentar ATSG N13 zu Art. 72 .

Die Trends in der haftpflichtrechtlichen Ressourcenallokation

- 1. Zurechnungsgrund ist immer mehr die Kosten-Nutzen Relation, die das gefährdende Verhalten oder ein gefährdender Zustand überlagert**
Das Verschulden tritt völlig in den Hintergrund
- 2. Entlastungsmöglichkeiten werden immer mehr zurückgedrängt**
Exculpation ist praktisch inexistent, Unvorhersehbarkeit und Unabwendbarkeit von Drittverhalten kann entlasten, ev.höchste – nicht höhere – Gewalt
- 3. Der „ersatzfähige Schaden „ wird bestimmt durch die „Verkehrsauffassung“, hinter der sich die Ressourcenallokation als Wertmasstab verbirgt**
- 4. Wahrscheinlichkeitsbeweis und Anscheinsbeweise erleichtern das Geltendmachen von Schadenersatzforderung**
- 5. Der vorleistende Sozialversicherer hat einen Finanzierungsbedarf**

Soweit es mir in der mir zugesprochenen Zeit möglich ist, werde ich nun den Nachweis für diese Aussage liefern

I. Die Schaden-Nutzen-Relation als haftungsbegründender Tatbestand

Zum Einstieg in diese nicht gerade einfache Thematik sei ein kurzer Hinweis auf das Big Picture erlaubt; häufig ist ein derartiger Einstieg augenöffnender, als die sofortige Fokussierung auf Details, die dann den Blick aufs Ganze verwehren.

1. Was bezweckt man mit dem Schadenausgleich ?

Bei jedem Schadenausgleichssystem stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Sinn und Zweck einer derartiger Lösungen:

- was wird überhaupt bezweckt mit dem Schadenausgleich ?
- welcher Schaden soll in welchem Umfang ersetzt werden ?
- wer soll in welchem Umfang für diesen Schaden aufkommen ?

Ein vernünftiges Schadenausgleichssystem kann weder Sanktion oder Prävention in den Vordergrund seiner Sinn- und Zweckfrage stellen. Und damit sind zumindest bei uns in Europa Punitive Damages – zivilrechtliche Strafzahlungen – bereits out und bleiben es hoffentlich auch, obwohl die Amerikanisierung auch vor dem Recht nicht halt macht.

Was wollen wir mit dem Ausgleich oder Deckung eines bestimmten Bedarfes ?

- ist es Existenzsicherung ?
- ist es gerechter oder allenfalls billiger Interessenausgleich ?
- ist es der bestmögliche Ersatz ? (so Entwurf Gesamtrevision des Haftpflichtrechts in Art. 27)
- soll wirtschaftlicher Fortschritt damit bezweckt werden, was dem Kommerzialisierungsgedanken und dem Frustrationsschaden zum Durchbruch verhelfen würde ?
- ist sogar Gewinnmaximierung beabsichtigt, indem das Vermögen nicht nur Güter, Rechte oder Fähigkeiten umfasst, die auf einem bestehenden Markt in Geld umsetzbar sind, sondern schlichtweg alles was auf irgendeine Art und Weise in Geld aufgerechnet werden könnte.

Und damit wäre die Wealth Maximization Theorie von Posner angesprochen und die damit zusammenhängende und auch in Europa Fuss fassende ökonomische Analyse des Rechts⁸. Sie befasst sich als Methode des Rechts u.a. mit dem Anspruch des Einzelnen und dessen Gewinnmaximierung. Dies wird in Grossbritannien als Einbusse umschrieben, die nicht vom Wert auf dem Markt bestimmt wird, sondern als Consumer surplus : das subjektive Verständnis vom Wert einer Einbusse tritt in den Vordergrund⁹

Schaden ist demzufolge nicht etwa ein reiner Rechtsbegriff, sondern ein durch wirtschaftliche Vorstellungen und durch Werthaltungen einer Gesellschaftsordnung geprägter Rechtsbegriff.

⁸ (so Lammer Markus, a.a.O. S. 65ff)

⁹ (vgl. dazu Harris Donald, Remedies in Contract and Tort, London 1988, S. 44f.)

Unsere Verkehrsauffassung ist Wertungsmaßstab – Benchmark – für die Frage, ob eine Vermögenseinbusse vorliegt oder nicht, aber auch für die davon untrennbare Frage, in welcher Höhe sie rechtlich für ersatzfähig erklärt wird. Juristisch technisch ist somit der Begriff Verkehrsauffassung ein sog. wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff.

2. Rechtsfortbildung bezüglich Haftungs begründung : die Kosten-Nutzen-Relation

Nahtlos lässt sich auch ein vor kurzem – im Oktober 2002 - vom Bundesgericht neu kreierte Grundprinzip – oder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz – hier anfügen. Ist man aufmerksam genug, feinhörig genug, so ist die Aussage des Bundesgerichtes von extremer Bedeutung, nicht etwa bloss leicht hingeworfen, sondern ein Kernsatz mit einer enormen Tragweite. Richtig gewertet führt dies auch dazu, dass nicht mehr die früheren Zurechnungskriterien im Haftpflichtrecht ausschlaggebend sind, sondern die Nutzen – Schaden- Relation, hinter der sich nichts anderes als eine Ressourcenallokation verbirgt. Oder spricht man im öffentlich-rechtlichen Jargon : ein Lasten- oder Risikoausgleich.

Bei diesem, die Zukunft prägenden Entscheid ging es um folgendes :

Gefälligkeitshandlung in einer Baugrube

CaseTex Nr.: 4713 Fundort: NZZ 12.03.2003, 17, 4C.56/2002 /rnd
Instanz: BGE 21.10.2002

" In diesem Sinne enthält Art. 422 Abs. 1 OR auch das Element einer Risikohaftung. Diese beruht auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip, dass das **Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit** von jenem zu tragen ist, in dessen **Interesse und zu dessen Nutzen** sie ausgeführt wird...Insofern rechtfertigt sich auch die analoge Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR auf die Fälle von Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen. Die Haftung greift allerdings nur dann, wenn sich das der **gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko** verwirklicht. Nicht davon erfasst werden sogenannte Zufallsschäden. Deshalb ist eine Haftung zu verneinen, falls sich nicht das **besondere Tätigkeitsrisiko**, sondern das **allgemeine Lebensrisiko** verwirklicht hat... "

Fazit : Wer den Sondernutzen hat, muss auch für den Schaden aufkommen

Prof. Dr. R. Schaer
Nov 2003

Wichtig – insbesondere im Zusammenhang auch mit sportlicher Aktivität und damit einer gewissen, gefahrens geneigten Tätigkeit ist nun der Kernsatz dieses Urteils :

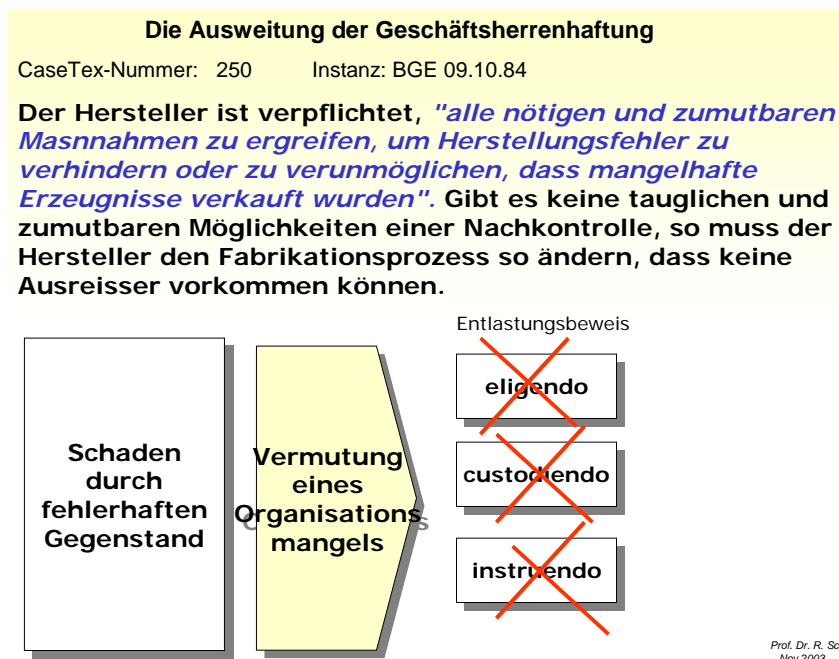
" Diese beruht auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird..... Die Haftung greift allerdings nur dann, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht. Nicht davon erfasst werden sogenannte Zufallsschäden. Deshalb ist eine Haftung zu verneinen, falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat... ".

Mit anderen Worten : das Bundesgericht prägt den Grundsatz oder das allgemein gültige Rechtsprinzip, dass das Risiko schadensgeneigter Tätigkeit von dem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen diese Tätigkeit ausgeführt wird. Und dies führt im Zusammenhang mit den oben erwähnten Entwicklungstendenzen zu der eigentlichen Schlussfolgerung, dass eine Event-Gefährdungshaftung in der Schweiz bereits Tatsache geworden ist.

In Anbetracht der Bedeutung dieses Grundsatzes sei er nochmals stand-alone dargestellt :

Es gilt sowohl vertraglich wie ausservertraglich das Grundprinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird.

Auch wenn der Vorwurf der Trivialität aufkommen könnte : dieses Lastenausgleichsprinzip – wer den Vorteil hat, muss auch den Schaden tragen - bewegt sich weit weg von den herkömmlichen Zurechnungskriterien im Haftpflichtrecht, deckt sich aber ganz eindeutig mit der mit dem Schachtrahmenfall¹⁰ angezogenen Fortentwicklung des Rechts.



Damals stand noch die Organisationshaftung im Zentrum der Überlegungen :

In casu war der Hersteller verpflichtet, "alle nötigen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um Herstellungsfehler zu verhindern oder zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft wurden". Gibt es keine tauglichen und zumutbaren Möglichkeiten einer Nachkontrolle, hätte der Hersteller die Konstruktion der Schachtrahmen so verändern müssen, dass ein Ausreissen der Schlaufen auch dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen gewesen wäre, wenn keine Endkontrolle vorgenommen wird. Die Haftung gestützt auf OR 55 ist zu bejahen.

Das Bger hat die cura in eligendo, instruendo und custodiendo des Arbeitgebers weit ausgedehnt und die gesamte Arbeitsorganisation und Arbeitskontrolle

¹⁰ Bger 09. 10.84, CaseTex Nr. : 250

miteinbezogen. Der Hersteller muss, "alle nötigen und zumutbaren Massnahmen" ergreifen, um Herstellungsfehler zu verhindern oder zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft werden. Während diese Entwicklung im Bereich der Konsumgüter auch über die EU-Richtlinie Produkthaft – und damit in der Schweiz in vorauseilendem Gehorsam im Produkthaftpflichtgesetz – umgesetzt wurde, gilt der Schachtrahmenfall und damit die Organisationshaftung auch für gewerblich genutzte Produkte und ebenfalls auch für das Erstellen eines immateriellen Produktes, beispielsweise einem Event, wie dies eine Sportveranstaltung darstellen kann.

Dass eine umfassende Organisationshaftung auch in der Gesamtrevision Haftpflichtrecht ihren Niederschlag gefunden hat, ist eine Selbstverständlichkeit. Für den Haftpflichtrechtler alter Schule aber immerhin aufsehenerregend, als der Entlastungsbeweis nun neue Dimensionen angenommen hat : man muss beweisen, dass die Organisation geeignet war, den Schaden zu verhüten. Wem wird wohl bei eingetretenem Schaden dieser Beweis gelingen ?

Der einschlägige Artikel soll wie folgt lauten ¹¹:

Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen ihrer Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten .

Damit war über den Weg der richterlichen Rechtsfortentwicklung eine strenge Kausalhaftung selbst für Ausreisser eingeführt; Entlastungsmöglichkeiten spielten praktisch nicht. Nicht das Verhalten oder ein gefährlicher Zustand ist ausschlaggebend, sondern die Sichtweise des Geschädigten, der ein fehlerfreies Produkt erwarten darf. Der Unternehmer muss beweisen, dass seine Arbeitsorganisation geeignet war, den Schaden zu verhüten. Dieser ist aber eingetreten. Er wird - wie bei besonderen Kunstfehlern von Aerzten in Deutschland – praktisch keine Chance haben, diesen Beweis anzutreten.

1. Umfassende Verhaltenszurechnung bei hierarchischer Arbeitsorganisation

Das schweizerische Bundesgericht hat auf einem anderen Wege dieses Trilemma gelöst, sehrwahrscheinlich aber ohne zu realisieren, was dieser Entscheid im Grunde genommen für Auswirkungen haben wird. Wird nämlich in einer hierarchischen Arbeitsorganisation jedes Verhalten, auch dasjenige einer Hilfsperson wegen der Arbeitsorganisation einem Organ zugerechnet, so haftet der Arbeitgeber immer. Entlastungsmöglichkeiten sind keine gegeben; OR 55 ist ausgehebelt.

¹¹ Gesamtrevision Haftpflichtrecht Art. 49a

Verhaltenszurechnung trotz hierarchischer Arbeitsorganisation

CaseTex Nr.: 4683

Fundort : 4C.296/2001, 128 III 76 ff.

Instanz: BGer 07.01.2002

Bei der Reinigung eines Stalles - vom kt. Landwirtschaftsinstitu des Kt.Jura betrieben - wird das Rollgerüst durch einen entweichenden jungen Stier berührt, was zum Sturz des mit der Reinigung beschäftigten Lehrlings führt. Der Unfallversicherer erbringt Leistungen; darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine grobe Fahrlässigkeit gegeben sei, so dass das Haftungsprivileg - damals noch geltend - nicht zum Zuge kommen könne

Organhaftung und Arbeitsdelegation

Gemäss OR 55/2 wird das Verhalten eines Organs dem Arbeitgeber zugerechnet. Dies gilt für das persönliche Verhalten und Unterlassen - mangelhaftes Sicherheitskonzept - des Betriebsleiters, gilt insbesondere aber auch dann, wenn dieser Kompetenzen an Mitarbeiter weitergibt. Deren Verhalten oder Unterlassen wird ihm zugerechnet. **Eine hierarchische Struktur darf nicht dazu führen, dass die Haftung des Arbeitgebers mangels Zurechenbarkeit eines Verhaltens oder Unterlassens abgeschwächt wird.**

Verhaltenszurechnung trotz hierarchischer Arbeitsorganisation

CaseTex Nr.: 4683

Fundort : 4C.296/2001, 128 III 76 ff.

Instanz: BGer 07.01.2002

Eine hierarchische Arbeitsorganisation kann nicht dazu führen, dass ein Verhalten oder ein Unterlassen eines Mitarbeiters nicht einem Organ zugerechnet wird.

Sachverhalt:

Bei der Reinigung eines Stalles - vom kt. Landwirtschaftsinstitu des Kt.Jura betrieben - wird das Rollgerüst durch einen entweichenden jungen Stier berührt, was zum Sturz des mit der Reinigung beschäftigten Lehrlings führt. Der Unfallversicherer erbringt Leistungen; darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine grobe Fahrlässigkeit gegeben sei, so dass das Haftungsprivileg - damals noch geltend - nicht zum Zuge kommen könne.

Erwägungen:

Staatshaftung für ein Landwirtschaftsinstitut

Der Betrieb eines landwirtschaftlichen Institutes zur Ausbildung von Bauern kann eine öffentliche Aufgabe sein, so dass bezüglich der Haftungsbestimmungen der Kt. gemäss OR 61/1 öffentlich-rechtliche Haftungsnormen aufstellen kann. Dies hat der Kt. Jura auch getan, wobei diese Haftung nicht nur Dritten gegenüber, sondern auch den eigenen Angestellten bzw. Beamten gegenüber gilt. Insofern ist ausschliesslich öffentliches Recht für die Haftung des Kantons anwendbar.

Dies hat zur Folge, dass grundsätzlich auch eine Berufung ans BGer nicht möglich wäre. In casu ist allerdings zu berücksichtigen, dass die

Gesetzgebungskompetenz des Kantons durch UVG 44 /2 eingeschränkt ist.

Organhaftung und Arbeitsdelegation

Gemäss OR 55/2 wird das Verhalten eines Organs dem Arbeitgeber zugerechnet. Dies gilt für das persönliche Verhalten und Unterlassen - mangelhaftes Sicherheitskonzept - des Betriebsleiters, gilt insbesondere aber auch dann, wenn dieser Kompetenzen an Mitarbeiter weitergibt. Deren Verhalten oder Unterlassen wird ihm zugerechnet. Eine hierarchische Struktur darf nicht dazu führen, dass die Haftung des Arbeitgebers mangels Zurechenbarkeit eines Verhaltens oder Unterlassens abgeschwächt wird.

" Cependant, s'il a délégué ses compétences à son collaborateur, celui-ci devient, en raison de cette délégation, un organe de l'employeur. Toute autre construction juridique reviendrait à dire qu'il suffit d'avoir une structure hiérarchisée pour que la responsabilité de l'employeur se dilue, ce qui n'est pas acceptable. Il faut rappeler que l'employeur est tenu d'assurer la sécurité de ses employés (art.328 al. 2 CO)".

In casu ist davon auszugehen, dass ein grobfahrlässiges Unterlassen anzunehmen ist. Ein Lehrling, der mit einer Heugabel ausgestatte, 8 junge Stiere in einer Stallecke unter Kontrolle halten will, während der andere auf eine hohen Gerüst, das zudem keine Abschränkungen aufweist, Reinigungsarbeiten vorzunehmen hat, handelt grobfahrlässig.

" Du moment que l'accident était prévisible en raison de la manière dangereuse de procéder au nettoyage, les règles de précaution les plus élémentaires, dont le respect s'imposait à toute personne raisonnable placée dans la même situation, ont été violées ... En considérant dans de pareilles circonstances qu'il y avait faute grave imputable à l'employeur et que celui-ci ne pouvait se prévaloir de l'art. 44 LAA, la cour cantonale n'a pas transgressé le droit fédéral... "

Das heisst mit andern Worten, dass eine hierarchische Arbeitsorganisation nicht dazu führen darf, dass die Haftung des Arbeitgebers abgeschwächt wird oder aber : für alle Handlungen oder Unterlassungen, die in Ausübung dienstlicher Verrichtungen anfallen, findet eine Zurechnung statt. Und zwar nicht nur im innerarbeitsvertraglichen Verhältnis, sondern mit der Anrufung von OR 55 auch auf ausservertragliche Schadenersatzansprüche. Das Verschulden einer Hilfsperson wird grundsätzlich in einer arbeitsteiligen Welt einem Organ zugerechnet und damit greift OR 55 generell.

Damit wird der Organbegriff umfassend ausgeweitet, was insbesondere auch Auswirkungen auf die Interpretation von Art. 59 VVG haben muss. Dieser bereits vorne erwähnte Artikel , der zu den halbzwingenden gehört, besagt bekanntlich, dass eine Betriebshaftpflichtversicherung sich auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder

Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen erstrecken muss. Wird aber das Verhalten von Hilfspersonen in einer hierarchischen Arbeitswelt diesen Organen zugerechnet und gilt dies als deren persönliches Verschulden, so hat VVG 59 seine Sprengkraft weitgehend verloren. Offen bleibt nach wie vor die Frage, wie sich dies auf die Ausschlussklauseln „Keine Haftung für Schäden unter den Sportlern selber „ bzw. Regressansprüche Dritter auswirken wird.

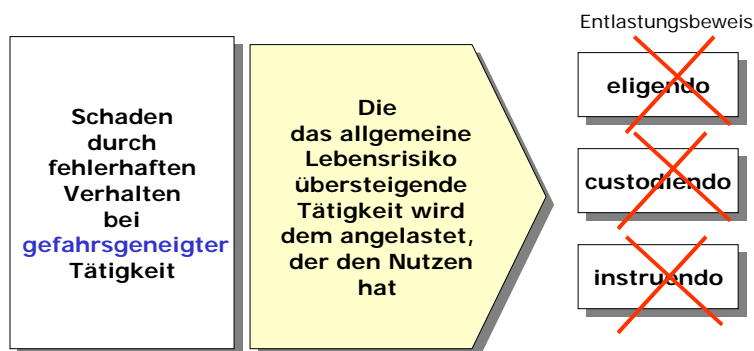
2. Produkthaftung auch für Services

Mit dieser umfassenden Zurechnung des Verhaltens von Arbeitnehmern und Hilfspersonen wird im Grunde genommen die Organisationshaftung bei Produkten auch auf Services ausgedehnt. Auch der Ausreisser führt zu einer Haftung des Unternehmens, in dessen Interesse eine Tätigkeit vorgenommen wurde.

Ebenso muss - und dies sei vorweggenommen – ein Eventveranstalter und damit auch eine moderne Betriebsgesellschaft im Sport davon ausgehen, dass das gelieferte Produkt - das Event – selber fehlerfrei ist ¹². Denn weitergehend als die Organisationshaftung hat er ja auch den Vorteil, den Nutzen und damit gilt : Wer den Vorteil hat, muss auch für den Schaden aufkommen. Ressourcenallokation in einer klaren Ausprägung. Dies gilt selbst dann, wenn sich Konsumenten selber in eine Gefahrensituation begeben, wenn sie sich ihnen bekannten Risiken aussetzen.

Die umfassende „Produkthaftung“ auch für immaterielle Produkte:

für menschliches Verhalten



Prof. Dr. R. Schaer
Nov 2003

Auf die Gefahr hin, dem Vorwurf der Redundanz ausgesetzt zu werden, erlaube ich mir trotzdem noch den Hinweis auf die Organisationshaftung des Reiseveranstalters. Auch dies m.E. ein Hinweis auf die Trends in unserer Massen-Konsumgesellschaft und der damit verbundenen Veränderung der Wertvorstellungen. Auch hier im Grunde genommen der im Baugrubenfall

¹² So machen beispielsweise Hooligans das Event zu einem fehlerhaften, gefährdenden; dies ist voraussehbar und mit entsprechendem Mitteleinsatz auch abwendbar. „Alle nötigen und zumutbaren Massnahmen „ sind zu ergreifen.

anzutreffende Grundsatz : wer den Profit hat, soll umfassend auch für einen möglichen Schaden einstehen. Die Lockung mit der Aussage in einem Reiseprospekt ¹³, dass „sichere, sanfte Anstiege mit Genussabfahrten „ Lustgewinn bescheren werden, wird nicht nur als Prospektinhalt betrachtet, sondern sie wird zum Vertragsinhalt und führt zu entsprechend umfassenden Sorgfaltspflichten.

Pauschalreisegesetz (in Anlehnung an die RL der EU über den Reiseveranstalter)

Art. 14 Haftung; Grundsatz

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, haftet dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung, **unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen** zu erbringen haben.

² ...

Art. 15 Ausnahmen

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler haftet ...nicht, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages zurückzuführen ist:

- a. auf Versäumnisse des Konsumenten;
- b. auf **unvorhersehbare** oder **nicht abwendbare** Versäumnisse Dritter, die an der Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen nicht beteiligt sind;
- c. auf **höhere Gewalt** oder auf ein Ereignis, welches der Veranstalter, der Vermittler oder der Dienstleistungsträger **trotz aller gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehen** oder abwenden konnte.

² In den Fällen nach Absatz 1 Buchstaben b und c muss sich der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, darum bemühen, dem Konsumenten bei Schwierigkeiten Hilfe zu leisten.

Rechtliche Grundlage für die Beurteilung dieses Falles ist das Gesetz über Reiseveranstaltungen, das ebenfalls seine Wurzeln in einer RL der EU hat. Die entsprechenden Regelungen wurden in der Schweiz mit dem Pauschalreisegesetz umgesetzt. Und auch hier zeigt sich nun der Trend zur grundsätzlichen Haftung mit limitierten Entlastungsmöglichkeiten. Ein Exkulpationsbeweis ist gar nicht vorgesehen. Auch sämtliche Fehler derjenigen, die auf irgendeine Art und Weise an der Erbringung der Reise - und damit der Veranstaltung – teilnehmen, werden dem Veranstalter zugerechnet. Die Hilfspersoneneigenschaft spielt keine Rolle.

Im Grunde genommen ist diese Reiseveranstaltungshaftung – einer Gefährdungshaftung für Dienstleistungen - nichts anderes als die Umsetzung der Produkthaftung - diese für fehlerhafte Sachen, jene für fehlerhafte Dienstleistungen –im Bereich der immateriellen Produkte. Und damit gleichsam das Einfallstor auf dem Weg zur Event-Gefährdungshaftung. Überlagert mit dem vom Bundesgericht geprägten Grundsatz, dass ein *sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültiges Grundprinzip gelte, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird, bedeutet dies nun im Verhältnis des Sportlers zu seinem Arbeitgeber, dass letzterer als Nutzenträger faktisch für alle sich ereignenden Schäden einzustehen hat.*

¹³ Organisationshaftung des Reiseveranstalters bei Lawinenunglück
CaseTex Nr : 4560 , SpuRt 2002, 117, OLG München 24.01.2002

„ Wer den Nutzen hat, soll auch den Schaden tragen „

Ressourcenallokation als Nutzen/Schadenrelation

1. Die Nutzen/Risikorelation ist ausschlaggebender Haftungsgrund
2. Exculpationsbeweise sind Vergangenheit
3. Anforderungen an Verkehrssicherungspflichten sind hoch und umfassend
4. Unabhängig von der Hilfspersoneneigenschaft wird deren Verhalten dem Veranstalter zugerechnet
5. Höhere Gewalt nur bei extremen Naturereignissen,
6. Einwirkung Dritter nur dann Entlastung, wenn unvorhersehbar und unabwendbar (Hooligans sind vorhersehbar)

Diese Kosten-Nutzen-Relation hat – und dies für den neugierigen Juristen, wobei Kreativität und Innovation ja bekanntlich Neugier voraussetzt – schon früher zu einer interessanten Rechtsfortbildung beigetragen. Im Zusammenhang mit Bautätigkeiten hat das Bundesgericht¹⁴ vor längerem eine Haftungsnorm kreiert, wonach derjenige, der bei Bautätigkeiten mit den damit verbundenen, unvermeidbaren Lärm – und Staubimmissionen naheliegende Geschäftsbetriebe beeinträchtigt, für diesen reinen Vermögensschaden aufkommen müsse. Dies mit der Begründung, dass es sich hier wohl um eine rechtmässige Schädigung handle, die der Geschädigte hinnehmen müsse, dass aber die widerstreitenden Interessen einen gerechten und vernünftigen Ausgleich für diesen „ privatrechtlichen Enteignungstatbestand „ erfordere. Wer den Nutzen aus einer Bautätigkeit hat, soll selbst für rechtmässig verursachte Schädigungen aufkommen.

3. Rechtsfortbildung und ersatzfähiger Schaden

¹⁴ Vgl. dazu statt vieler CaseTex Nr. 1205 (Pra 1988 Nr.276) aber auch 91 II 100 und 83 II 375

Aber auch in Bezug auf die Frage, welche Schäden als ersatzfähig – d.h. von der Rechtsordnung als einforderbar betrachtet – gelten sollen, sind Ausweitungstendenzen erkennbar. Zur Verdeutlichung dieser Ausführungen eine kurzer Abstecher ins Case Law und zwar des EUGH, der sich über Salmonellenvergiftung und getrübe Ferienfreuden am 12. März 2002 wie folgt äusserte¹⁵:

Salmonellenvergiftung und getrübe Ferienfreuden

CaseTex Nr. 4507 Fundort : NZZ 13.03.2002, C168/00

Instanz: EUGH 12.03.2002

Dem Erholungsurlaub werde in allen modernen Rechtsordnungen ein immer höherer Stellenwert eingeräumt. Unter diesen Umständen sei der allgemeine Schadensbegriff, wie er in der Richtlinie verwendet werde, so auszulegen, dass auch **immaterielle Schäden** grundsätzlich umfasst seien. Denn die Richtlinie bezwecke auch den Schutz der Verbraucher. Für diese stehe der Erholungswert eines Urlaubes im Vordergrund und damit auch die **Entschädigungsfrage bei getrüben Urlaubsfreuden**.

Prof. Dr. R. Schaer
Nov 2003

Die frühere Rechtsprechung in der Schweiz¹⁶ tendierte eher dazu, einen Frustrationsschaden wegen getrüber Ferien zu verneinen mit der Begründung, es handle sich um einen Genugtuung und dafür seien die Voraussetzungen von OR 49 nicht erfüllt. Mit den jetzigen schweizerischen Besonderheiten, würde es demzufolge schwer fallen, den Schaden wegen verdorbenem Ferienenuss als Genugtuung zu behandeln und zuzusprechen. Auch mit der Normierung im Entwurf für ein neues Haftpflichtrecht würden dieselben Probleme bestehen bleiben. Andererseits besteht in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis ein Anspruch auf Ferien; dieser Anspruch kann auch in eine geldwerte Leistung umgerechnet werden, so dass die Frage des Schadenersatzes nicht einfach damit abgetan werden kann, es handle sich um einen immateriellen Schaden. Der Anspruch auf Ferien ist mit „getrübttem Ferienenuss“ verbraucht und damit ist das Ziel der gesetzlich und vertraglich zugesicherten Freitage nicht erfüllt. Insofern müsste hier wohl von einem Schaden ausgegangen werden, der zur Kategorie der „normativen Schäden“ zu zählen wäre.

Im Rahmen der Harmonisierung der Rechtsvorschriften, aber auch des erwünschten Rechtsparellismus wird dieses Urteil auch in der Schweiz Auswirkungen haben. Allerdings – wie ausgeführt – dürfte ein Gericht in der Schweiz kaum von einem immateriellen Schaden ausgehen, sondern über den

¹⁵ CaseTex Nr. 4507, NZZ 13.03.2002, C168/00

¹⁶ vgl. dazu CaseTex Nr. 126, 1766, 1873

geldwerten Anspruch auf Ferien in einem Arbeitsvertrag einen normativen Schaden konstruieren¹⁷.

Dass man sich bei diesen Zurechnungsfragen schwer tut, zeigt ein vor knapp einem Jahr ergangener Entscheid des BGH im Zusammenhang mit einem Eiskunstlaufpaar :

Eiskunstlaufpaar und Reflex- bzw. Komplementärschaden

CaseTex Nr.: 4727

Fundort: VersR 2003, 466

Instanz: BGH 10.12.2002

Der Reflex- oder Komplementärschaden des Partners ist kein ersatzfähiger Vermögensschaden.

Sachverhalt:

Bei einem Verkehrsunfall wird ein Partner eines Eiskunstlaufpaares so verletzt, dass das international erfolgreiche Paar einige Zeit nicht auftreten konnte. Die gesunde Partnerin verlangt vom Haftpflichtversicherer Schadenersatz für den Ausfall von Sponsor- und Preisgeldern, für die schlechtere Platzierung und ausgefallene Wettkämpfe.

Erwägungen:

Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als Schutzobjekt

Das geschützte Rechtsgut " eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb " darf nicht in einen allgemeinen Vermögensschutz für Gewerbetreibende ausufern. Deshalb wird in der Gerichtspraxis verlangt, dass sich der Eingriff als ein unmittelbarer gegen den Betrieb als solchen richten muss, d.h. er muss betriebsbezogen sein.

Ein derartiger Eingriff liegt dann nicht vor, wenn es zu Störungen im Betriebsablauf aufgrund eines schädigenden Ereignisses kommt, das in keinerlei Beziehung zum Betrieb steht, selbst wenn eine für das Funktionieren des Betriebes massgebliche Person oder Sache betroffen ist. Insbesondere ist die Schädigung einer zum Betrieb gehörenden Person kein betriebsbezogener Eingriff.

Schutzzwecktheorie und Reflexschaden

" Wer durch verkehrswidriges Verhalten einen Verkehrsunfall verursacht, kann dabei sowohl eine beliebige Privatperson als auch einen wichtigen Mitarbeiter eines Betriebes verletzen. Die Verletzungshandlung kann jedermann treffen. Der Schädiger verletzt daher keine Verhaltenspflichten,

¹⁷ Offen bleibt hier die Frage : was gilt für Selbständigerwerbende ?

die ihm gerade im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis eines Gewerbetreibenden obliegen ...".

Die Haftung für Eingriffe in den Gewerbebetrieb dient als Auffangtatbestand und soll nicht dazu dienen, dort wo das Gesetz den Haftungsschutz verwehrt - im Bereich der mittelbar durch ein Schadensereignis erlittenen Vermögensschäden - diesen auszudehnen.

Ein Gedankensprung : bei Sachschäden gibt es den sog. Begriff des Komplementärschadens. Bei einem Schaden an einem Porsche, Ferrari, Aston Martin oder sonst einem Hochleistungsfahrzeug, wird nicht etwa nur das unmittelbar beschädigte Teil - Stossdämpfer, Pneu etc – ersetzt, sondern gleichzeitig auch alle Zwillingssteile, weil nur der Gesamtersatz auch die Fahreigenschaften garantiert. Dies gilt auch bei Polstergruppen und beim Pferdegespann. Weshalb sollte es nicht auch bei einem Eislaufpaar gelten.

Die Verpflichtung zum Schadenersatz und der zu ersetzende Schaden sind heute im wesentlichen geprägt von einerseits der Nutzen-Risiko-Relation – wer den Vorteil hat, soll auch den Schaden übernehmen – und dem Trend, alles, was einen Vermögenswert darstellen könnte, als ersatzfähigen Schaden zu betrachten.

Nur der Vollständigkeit halber sei hier der sog. Ökoschadenbegriff erwähnt, der in der anstehenden Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eine bedeutende Rolle einnimmt und eine unheimliche Explosivkraft beinhaltet. Denn mit ihm wird das gesamte Haftpflichtrecht auf die Überwälzbarkeit von Schadenverhütungsmassnahmen vorverlagert. Eine Entwicklung, die weittragende Auswirkungen haben wird.

So soll der sog. Ökoschaden gemäss Art. 45 d Abs. 1 auch die Kosten von Massnahmen umfassen, die nach Treu und Glaube ergriffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren. Das heisst nichts anderes, als dass bereits Schadenverhütungs-massnahmen, bevor überhaupt ein Schaden erst eingetreten ist, als ersatzfähiger Schaden betrachtet werden. Die Bestätigung dafür findet sich in Art. 45 f, wo ausdrücklich diese Verhütungsmassnahmen als zum Schaden gehörend bezeichnet werden.

Und dies bedeutet ganz klar : es findet eine eigentliche Vorverlagerung des Haftpflichtrechts auch auf schadenverhütende Massnahmen statt. Nicht zu verwechseln mit schadenmindernden, die ja einen bereits eingetretenen Schaden voraussetzen.

Damit drängt es sich geradezu auf, das Gebiet der Ersatzmassnahmen im Umweltschutz- insbesondere im Gewässerschutzrecht, üblicherweise dem Polizeirecht zugeordnet, näher unter die Lupe zu nehmen. Ganz abgesehen davon – und nur der Vollständigkeit halber – sei darauf hingewiesen, dass sämtliche Haftpflichtversicherungsverträge Schadenersatzforderungen nach Gesetz abdecken. Diese wären somit mit einer derartigen Vorverlagerung in die

Pflicht genommen und werden sich spüten müssen, entweder den Entwurf aufs Schärfste zu bekämpfen oder aber die AVB so zu ändern, dass Schadenverhütungskosten nicht versichert sind.

4. Die Trendverstärkung durch Beweislastregelungen

Häufig wird zudem völlig unterschätzt, dass eine Beweislastumkehr oder auch die blosse Herabsetzung der Anforderungen an einen Beweis die Zurechnungskriterien für eine Haftung verblässen lassen. Dies wird mit der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eklatant zu Trage treten, wenn die folgenden Bestimmungen zum Tragen kommen :

Ressourcenallokation oder des aufgehobene Trennungsprinzip

Art 52

- ² Ausnahmsweise kann das Gericht ausserdem den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen, insbesondere dem Umstand, dass sie durch eine **Versicherung gedeckt** sind oder eine Versicherungsdeckung nicht besteht.

Beweislast, Umkehr der Beweislast und Wahrscheinlichkeitsbeweis

Art. 56d

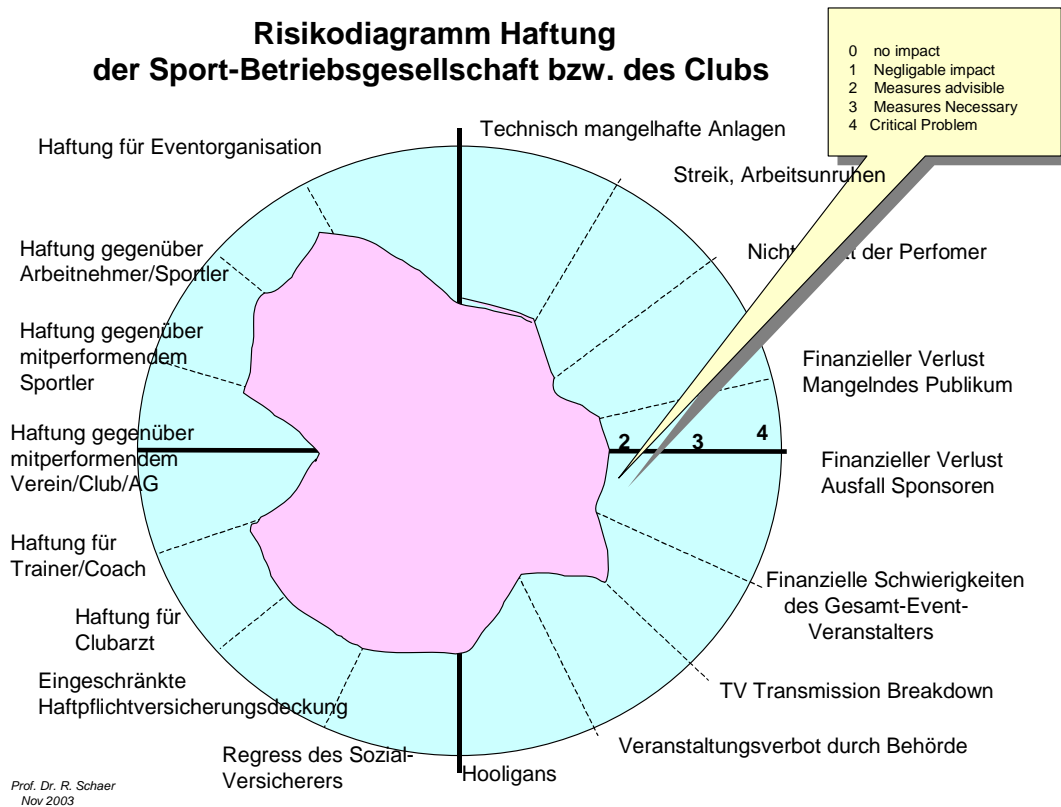
- ² Kann der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht oder kann der Person der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit einer **einleuchtenden Wahrscheinlichkeit** begnügen; ferner kann es die Ersatzleistung nach dem **Grad der Wahrscheinlichkeit** bemessen.

Anknüpfungskriterien für eine Schadensüberwälzung ist ungeachtet des Rechtsbereiches die Ressourcenallokation bzw. das Deep Pocket Argument

Wie bereits erwähnt zeigt sich dies auch in Art. 72 des neuen ATSG . Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung haften mehrere Haftpflichtige für die Regressansprüche der Sozialversicherer solidarisch. Rechtsmethodisch steht fest, dass eine Mehrheit von Leistungspflichtigen im Umfange der kongruenten Schadenspositionen eine Solidargemeinschaft bilden. D.h. auch der Sozialversicherer gehört an sich dazu. Dies macht auch Sinn, denn dadurch wird ein sog. Kaskadenregress vermieden. Mit 72 ATSG hat man sich darüber hinweggesetzt und den Sozialversicherer privilegiert. Die Regelung gemäss ATSG ist rechtsmethodisch und –systematisch falsch, aber das Allozieren der Ressourcen war schlussendlich auch ausschlaggebend für eine rechtsmethodisch falsche Normierung.

6. Das Risikodiagramm für eine Sport-Betriebsgesellschaft angesichts dieser Trends

Und im Hinblick auf das am Anfang angeführte Risikodiagramm zeigt sich dieses nun wie folgt :



Von diesen verschiedenen Risikoelementen seien nachfolgend nun einige näher betrachtet und zwar insbesondere :

- Das Verhältnis zwischen Sportler/Arbeitnehmer und Arbeitgeber , der Freistellungsanspruch und die problematische Versicherungsdeckung und

- Die Problematik des Wegfalles des Haftungsprivileges

II . Das Verhältnis zwischen Sportler/Arbeitnehmer und Arbeitgeber unter haftpflicht- und versicherungsrechtlichen Aspekten

Wie bereits einleitend festgehalten, ist zwischen der möglichen Haftung eines Sportlers als Arbeitnehmer im Aussenverhältnissen – d.h. insbesondere gegenüber Spielern der gegnerischen Mannschaft - und der Haftung im Innenverhältnis zu unterscheiden. Letzere ist insofern vielschichtig, als der Spieler einen Mitspieler der eigenen Mannschaft anlässlich des Trainings verletzen könnte, er selber verletzt wird oder sich selber verletzt bzw. infolge ständiger Überbeanspruchung eine Berufskrankheit erleidet. Ja man könnte sich sogar vorstellen, dass im Kollektiv leistungssteigernde Mittel „verordnet“ wurden, die langfristig mit Schädigungen einhergehen. Heute mit Balco und der Designerdroge Tetrahydrogestrinon – ein Werk der Haute Couture der Sportmenschenschneider¹⁸ -, sagen wir es mal so, zumindest als Casestudy für Studenten äusserst interessant und attraktiv.

3. Die gefahrs- oder schadensgeneigte Tätigkeit

Der Sportler haftet seinem Opponenten dann, wenn er gewisse Grenzen bei der Ausübung dieser Sportart überschreitet und vom Geschädigten nicht erwartet werden darf, dass er die dadurch verursachten Schädigungen ersatzlos hinnimmt. Es ist mir bewusst, dass diese abstrakte Formulierung bei der Konkretisierung im Einzelfall zu Problemen führt, ja führen muss, denn schliesslich geht es um nichts anderes als um eine Wertungsfrage. Davon zeugen viele juristische Dissertationen, mit denen versucht wurde, diese gegenseitige Abhängigkeit der Schädigung bzw. des ersatzlosen Akzeptierens der Schädigung, greifbarer zu gestalten. Aber es wird wohl so sein wie beim Begriff der Kausalität, insbesondere der Adäquanz. Die sich dahinter verbergende Wertung wird immer zu Abgrenzungsproblemen und zu sich verändernden Theorien führen : an ihrer Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit wird aber nichts zu ändern sein. Und je nach Fallkonstellation wird der Richter in seiner Begründung das Hilfsmittel wählen, das am besten zu passen scheint¹⁹.

Dies zeigt deutlich ein neuester Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes im Zusammenhang mit Autorennen .

Autorennen: Gefahr der gegenseitigen Schadenszufügung
CaseTex Nr.: 4875 Fundort: VersR 2003, 775
Instanz: BGH 01.04.2003

¹⁸ So die Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.10.2003, Nr. 248 / Seite 32

¹⁹ vgl. dazu die bereits erwähnte Dissertation von Thaler, Haftung zwischen Wettkampfsportlern und insbesondere auch Krähe, Die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche von Amateur- und Berufssportlern für Verletzungen beim Fussballspiel, 1981, Verlag Lang.

Bei Wettkämpfen wird eine Schädigung in Kauf genommen; das Geltendmachen von Ansprüchen würde Treu und Glaube widersprechen und stellt damit ein *venire contra factum proprium* dar.

Sachverhalt:

Bei einer Fahrveranstaltung auf dem Hockenheimring mit Porsches - ein Ereignis, das als Rennen zu qualifizieren war - , versuchte ein Teilnehmer in einer Rechts-Links-Schikane einen anderen auf der Innenseite zu überholen. Es kam dabei zu einem Zusammenstoss mit erheblichen Schäden. Die Frage stellt sich, ob eine Haftung gegeben ist oder nicht .

Erwägungen:

Rennen:

Gemäss dem Kraftfahrzeugpflichthaftpflichtversicherungsgesetz kann die Versicherungsdeckung ausgeschlossen werden für Ersatzansprüche aus der Verwendung von Fahrzeugen für Veranstaltungen, bei denen es auf die Erzielung einer Höchstgeschwindigkeit ankommt. Davon haben die Versicherer Gebrauch gemacht, indem für Rennen oder Trainings dazu ein Deckungsausschluss statuiert wurde. Dabei gilt dieser Ausschluss für sämtliche Rennen (Bergrennen, Geschwindigkeits-, Touren- , Sternfahrten u.a., solange es um die Erzielung einer Höchstgeschwindigkeit geht; dies selbst dann, wenn die Geschwindigkeit niedriger liegen sollte, als bei Rennveranstaltungen im engeren Sinne). Nicht als Rennen werden Lehrgänge der Sportfahrschule eines Autoherstellers, die der Beherrschung des Fahrzeuges im Alltag dienen und die Höchstgeschwindigkeit nicht Hauptziel ist.

In casu ist von einem Rennen auszugehen, denn "geschlossene Rennstrecken ", wie hier der Hockenheimring, fordern zu einer rasanten Fahrweise heraus, was mit nicht unerheblichen Risiken verbunden ist. Zudem ging es um die Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten.

Haftung zwischen den Teilnehmern

Diese besondere Problematik wird unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert : sportspezifische Definition der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (besonderer Fahrlässigkeitsmasstab), Einwilligung, stillschweigender Haftungsverzicht, Handelns auf eigene Gefahr oder treuwidrige Inanspruchnahme des Mitbewerbers. Es entspricht der Rechtsprechung, dass der Teilnehmer an einem sportlichen Kampfspiel grundsätzlich Verletzungen in Kauf nimmt, die auch bei regelgerechtem Spiel nicht zu vermeiden sind. Es spielt dabei keine Rolle, ob auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit oder der Rechtswidrigkeit die Haftung verneint wird. Es ist davon auszugehen, dass die Inanspruchnahme des Schädigers einem *venire contra factum proprium* zuzuordnen wäre.

Diese für Kampfsportarten entwickelte Begründung, gilt darüber hinaus ausserhalb von Kampfsportarten, wenn kein gewichtiger Regelverstoss bzw. kein grobfahrlässiges Verschulden des Schädigers gegeben ist. So bei

- Motorsport mit Gelände-Motorrädern
- Trabrennen
- Gocart-Fahrten
- organisierten Radwanderungen
- ADAC-500 km Rennen auf dem Nürnburgring
- Squash-Trainingsspiel
- Radtrainingsfahrt
- Segelwettkampf
- Hochgebirgstour
- Motorradrallye

Der Grundsatz " Inkaufnahme von Schädigungen bei regelgerechtem Kampfspiel " ist auch auf Rennveranstaltungen wie der hier zu diskutierenden übertragbar. Jeder Fahrer ist durch die typischen Risiken in gleicher Weise betroffen. Ob er durch das Verhalten der Wettbewerber zu Schaden kommt oder ob er anderen einen Schaden zufügt, hängt mehr oder weniger vom Zufall ab. Den teilnehmenden Fahrern sind solche Risiken bekannt. Sie nehmen diese in Kauf und darf deshalb darauf vertrauen, dass er selber nicht wegen einer Schädigung eines anderen in Anspruch genommen wird.

" Die Geltendmachung solcher Schäden steht damit erkennbar in Widerspruch und muss nach Treu und Glauben nicht hingenommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ... kein Versicherungsschutz besteht; ob bei bestehendem Versicherungsschutz etwas anderes gilt, muss hier nicht entschieden werden ".

Gerade die letzte Aussage lässt aufhorchen : wenn Versicherungsschutz besteht, kann allenfalls anders entschieden werden. Die im Entwurf zu einem revidierten Haftpflichtrecht in der Schweiz anzutreffende Formulierung von Art. 52²⁰ findet sich hier wieder.

Ob demnach mit

- einer rechtfertigenden Einwilligung des Geschädigten
- einem Handeln auf eigene Gefahr
- Selbstverschulden und Selbstgefährdung
- Konkludenter Haftungsverzicht
- Sozialadäquanz
- Venire contra factum proprium oder
- über einen besonderen Sorgfaltsmasstab

dürfte schlussendlich nur theoretisch von Bedeutung²¹ sein und im Einzelfall dann auch den Begründungsinhalt abgeben. Praktisch steht fest, dass eine besondere

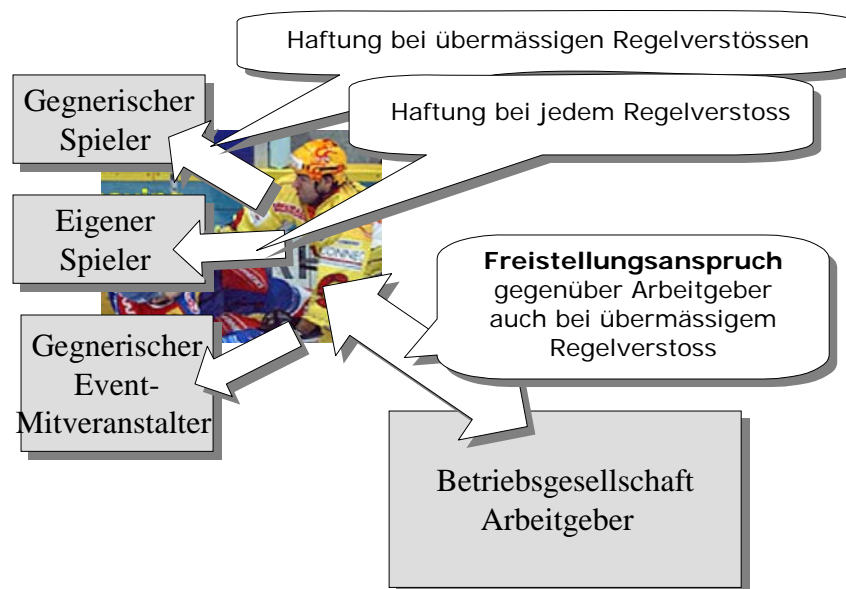
²⁰ siehe oben

²¹ vgl. im Detail Thaler, a.a.O. S. 124 ff

Haftungssituation gegeben ist und nicht jede Verletzung eines Sorgfaltsmasstabes zu einer Haftung führen wird.

Wichtiger aber für unser Thema ist die Frage der Überwälzbarkeit des Schadens auf den Arbeitgeber bzw. eine Haftpflichtversicherung. Und hier stehen wir nun vor grundlegenden Problemen.

Die gefahrgeneigte Tätigkeit im Mannschaftskampfsport



Geht man von der herkömmlichen Betrachtungsweise der ausservertraglichen Haftung eines Arbeitnehmers bzw. einer Hilfsperson aus, so würde OR 55 den Masstab abgeben. D.h. der Arbeitgeber hätte den Entlastungsbeweis der cura in eligendo, custodiendo und instruendo. Allenfalls könnte noch ein Organisationsfehler gemäss der neueren Praxis des Bundesgerichtes mitspielen; allerdings dürfte dies im Zusammenhang mit Personenschäden von untergeordneter Bedeutung sein. D.h. mit anderen Worten: regelmässig könnte sich somit der Arbeitgeber – hier die Betriebsgesellschaft – entlasten und der Sportler selber würde als alleiniger Haftpflichtiger dastehen.

Dies zumindest dann, wenn man die Entwicklungstendenzen hinsichtlich Haftungs begründung und Haftungsausfüllung nicht beachtet, und vereinfachend auf den Wortlaut von OR 55 abstellt. Wie bereits erwähnt: durch den Einschluss einer Organisationshaftung aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung – sprich Schachtrahmenentscheid – ist der Anwendungsbereich dieses Artikels weit ausgedehnt worden. Mit dem Baugrubenentscheid des Bundesgerichtes – ausdrücklich als Grundsatz für vertragliche aber auch ausservertragliche Haftung bezeichnet – ist OR 55 seiner Einschränkungen und damit der Entlastungsmöglichkeiten praktisch verlustig gegangen: die frühere milde Kausalhaftung ist in eine eigentliche Lastenausgleichsnorm umfunktioniert. Das Nutzen-Schaden-Verhältnis ist ausschlaggebender Zurechnungsfaktor.

Gerade beim Sportler dürfte diese Tendenz auch wertungsmässig akzeptierbar sein. Denn hier kommt überlagernd noch hinzu, dass der Sportler ja eine sog. **gefahrgeneigte Tätigkeit** ausübt, bei der Verletzungen von gegnerischen Spielern ein inhärentes Risiko des Events selber sind. Und zwar unabhängig davon, ob dies

zufällige Folge einer Handlung ohne Regelverstoss, einem geringfügigen oder sogar mit schweren Regelverstoss sein kann. Auch bei letzteren wird regelmässig davon auszugehen sein, dass die fehlerhafte Handlung immer noch vom Interesse des Arbeitgebers, von seinem Nutzen gedeckt ist.

Ein Arbeitnehmer verrichtet dann eine gefahrgeneigte Tätigkeit, wenn davon auszugehen ist, dass selbst einem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die für sich allein betrachtet vermeidbar wären, die aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit und der besonderen Risikosituation der Tätigkeit vorkommen kann²². Damit stellt sich die Frage, wer für dieses Risiko aufkommen muss. Ist es der Arbeitnehmer allein oder führt nicht gerade das Interesse und der Nutzen des Arbeitgebers dazu, dass er den Arbeitnehmer für allfällige Schädigungen freizustellen hat? Aus den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zwischen dem arbeitnehmenden Sportler und seinem Arbeitgeber geht klar hervor, dass die sportliche Tätigkeit im Risikobereich und im Interesse des Arbeitgebers durchgeführt wird und er deshalb grundsätzlich auch für sämtliche, damit verbunden Folgen – insbesondere auch Schäden – einzustehen hat.

4. Der aus der gefahrgeneigten Tätigkeit hervorgehende Freistellungsanspruch

In Deutschland hat man sich bereits gegen Ende der 50-er Jahre²³ mit einem sog. **Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers** befasst. Übt dieser eine gefahrgeneigte Tätigkeit aus, so hat ihn der Arbeitgeber für nicht grob schuldhaft verursachte Schädigungen freizustellen. Im internen Verhältnis führt dies zu einem Haftungsausschluss, im externen Verhältnis bleibt der Arbeitgeber an sich haftbar, hat aber einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer. Damit verbleibt das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer, aber grundsätzlich wird sein Haftungsrisiko auf den Arbeitgeber überwältigt²⁴.

Nicht entscheidend²⁵ ist dabei, ob diese besondere Haftungssituation im Dreiecksverhältnis Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Dritter allenfalls auf arbeitsvertraglichen Überlegungen beruht, mit denen es sich nicht verträgt, dass der Arbeitnehmer mit Schäden und Ersatzansprüchen belastet wird, die sich aus der besonderen Gefahr und Eigenart der ihm übertragenen Arbeit ergibt oder ob man ausgehend vom Betriebs- und Organisationsrisiko dieses gestützt auf Treu und Glaube dem Arbeitgeber generell anlastet und ihn damit auch haftbar werden lässt.

Mit andern Worten : die Rechtsfortentwicklung, dass ein Unternehmen auch für das Organisationsrisiko - siehe den Schachtrahmenfall – und das von ihm ausgehende

²² vgl. dazu das deutsch BAG 11.09.75, 3 AZR 561/74, VersR 1976, 742. Illustrativ OLG OLG Frankfurt/M.25.04.69, VersR 1970, 266 (3 U 180/68): „Das folgt aus den von der Rechtsprechung des BAG und des BGH in Anlehnung an den Grundgedanken der Vorschrift des § 618 BGB für den Fall entwickelten Rechtsgrundsätzen, daß der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zu Verrichtungen eingesetzt wurde, die mit der Gefahr verbunden waren, daß der Arbeitnehmer in deren Ausführung dritten Personen schadenersatzpflichtig zu werden vermochte (gefahrgeneigte Arbeiten). Ein Fall des Einsatzes zu gefahrgeneigten Verrichtungen lag vor. Die von einem LKW-Fahrer zu verrichtende Arbeit, insbesondere die von einem LKW-Fahrer zu verrichtende Arbeit, dem zugleich das Be- und Entladegeschäft übertragen ist, soweit es sich um die Bedienung der Be- und Entladevorrichtungen an dem KFZ handelt, ist gefahrgeneigt, sogar in hohem Maße und in um so höherem, je komplizierter die technischen Einrichtungen des Fahrzeuges sind wie die an der hinteren Pritschenwand (Ladeklappe) hier dadurch, daß diese nicht nur nach unten, sondern auch nach oben aufklappbar war „

²³ Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957 BAGE 5, 1 (7)

²⁴ vgl. BGH 19.09.89, VersR 1989, 1197

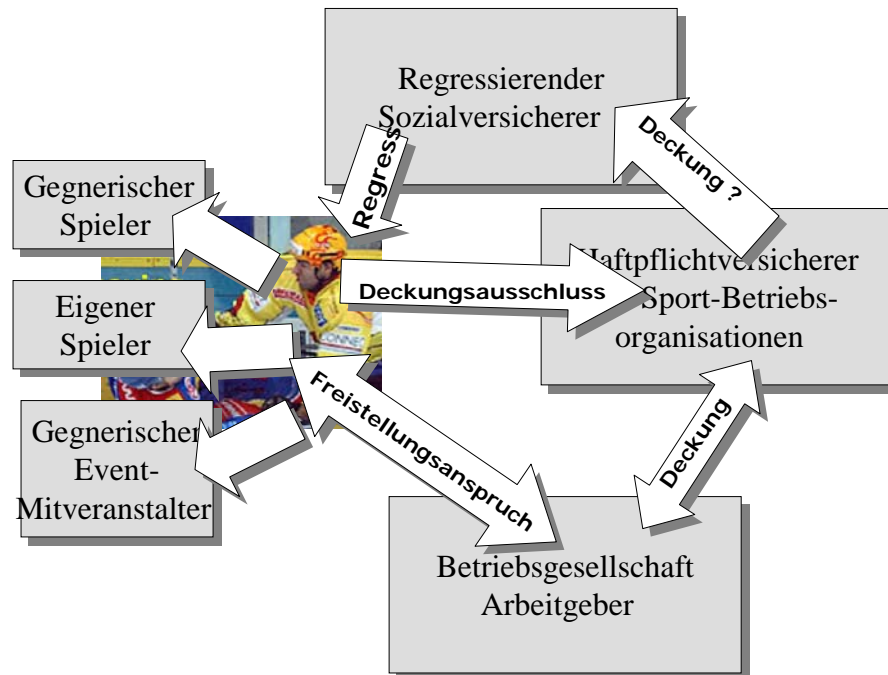
²⁵ vgl. VersR 1989, 1197

Betriebsrisiko einzustehen hat, hat auch Auswirkungen auf das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Verursacht ein Arbeitnehmer – für uns der Sportler – in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen einen Schaden einem Konkurrenten gegenüber, so hat der Arbeitgeber ihn von allfälligen Schadenersatzansprüchen freizustellen. Ist der Versicherungsschutz durch die abgeschlossene Haftpflichtversicherung ungenügend, so hat der Arbeitgeber dieses Risiko zu tragen, nicht etwa der Arbeitnehmer. Insofern sollten sich Betriebsgesellschaften im schweizerischen Sport doch intensiv um ihre Haftpflichtversicherungspolice zu kümmern beginnen.

Diese Problemlösung erscheint als billig und gerecht, nimmt auf die Interessen- und Risikolage Rücksicht : wer den Nutzen hat, soll auch für den Schaden aufkommen.

Ganz besonders interessant nun beim Mannschaftswettkampfsport ist, dass eine bestimmte Intensität der Spielregelverletzung vorliegen muss, damit man in Anbetracht der besonderen Gefahrensituation überhaupt eine Haftung annimmt. Regelmässig spricht man von grober Fahrlässigkeit, mit der Besonderheit, dass der Hilfssatz, das hätte nicht passieren dürfen, hier gerade nicht gilt. Die Wertung ist bei gefahrgeneigten Tätigkeiten eine andere. Trotzdem darf diese besonder „ high water mark „ für eine Haftungsbegründung nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber nun sich seiner Haftung ganz oder teilweise entledigen könnte. Er hat den Nutzen und damit trägt er auch das Risiko.

III. Die eingeschränkte Haftpflichtversicherungsdeckung und der Freistellungsanspruch des Sportlers



1. Der versicherte Personenkreis und Deckungsausschlüsse

Wie bereits aufgezeigt²⁶, sind regelmässig bei Betriebshaftpflichtversicherungsverträgen von Sportbetriebsgesellschaften die Sportler selber von der Deckung ausgenommen für Schäden, die sie anlässlich der Ausübung der sportlichen Tätigkeit andern Sportlern zufügen. Und damit wird der Sportler selber zum schwächsten Glied hinsichtlich der Ressourcenallokation. Gleichzeitig findet sich eine Ausschlussklausel, verdeckt beim versicherten Personenkreis, die wie folgt lautet :

Art. 2 Versicherte Personen

Versichert ist die Haftpflicht der nachstehenden Personen:

- a) des Versicherungsnehmers als Betriebsinhaber sowie in anfälligen weiteren in Antrag oder Police aufgeführten Eigenschaften
...
- b) der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb
- c) der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers (mit Ausnahme von selbständigen Unternehmern und Berufsleuten, deren sich der

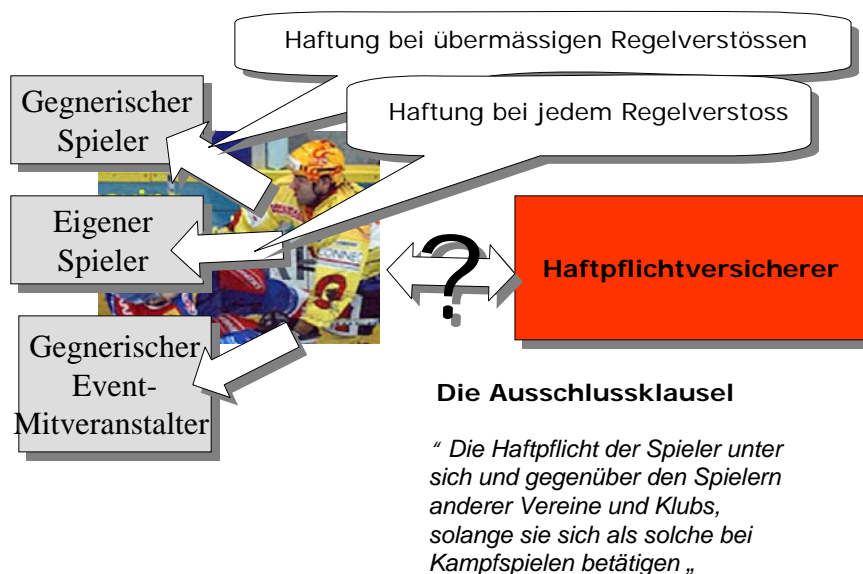
²⁶ siehe vorne

eine uneingeschränkte Deckung geltend machen kann. Dies gilt zumindest für Regressansprüche von Sozialversicherern, die aufgrund von Schädigungen von gegnerischen Spielern geltend gemacht werden²⁷.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn der Bundesgerichtsentscheid über die für die Haftungszurechnung irrelevante Hierarchieordnung in Betracht gezogen wird. Der Arbeitgeber haftet persönlich und damit spielen die Ausschlussklauseln keine Rolle. Damit zeigt sich auch die Revisionsbedürftigkeit von VVG 59²⁸.

Der Ausschluss „Haftpflichtansprüche von Spielern unter sich ... „

Die gefahrgeneigte Tätigkeit im Mannschaftskampfsport



Der Deckungsausschluss „Haftpflicht der Spieler unter sich und gegenüber den Spielern anderer Vereine und Klubs, solange sie sich als solche bei Kampfspielen betätigen „ könnte auch unter anderen Gesichtspunkten in Frage gestellt werden und zwar im Zusammenhang mit der Auslegung von AVB und Besonderen Bedingungen. Hier gelten ja bekanntlich verschiedene Auslegungsgrundsätze, die wir vor einem Jahr miteinander im Detail betrachtet haben. Insofern nur soviel : es stellt sich die Frage, ob mit dieser Klausel nicht eine unerlaubte Aushöhlung des Vertrages erfolgt, denn gerade die gefahrgeneigte Tätigkeit des Sportlers selber, durch die das Event überhaupt erst stattfinden kann, dürfte im Zentrum einer Haftpflichtversicherung für Sportbetriebsgesellschaften stehen.

Dieses Aushöhlungsverbot spielt insbesondere auch im Versicherungsrecht eine bedeutende Rolle : Wird durch gewisse Formulierungen der Zweck einer Versicherungsdeckung, gefährdet, so liegt eine unerlaubte Aushöhlung der Pflichten

²⁷ Für verletzte eigene Spieler – bsp. grobfahrlässige Verletzung eines Mitspielers beim Training – gilt an sich das Regressprivileg, sofern das Verschulden des fehlerhaften Spielers nicht dem Arbeitgeber zugerechnet wird. Hier haben wir es zudem mit dem Sonderproblem zu tun, dass der Arbeitgeber die Prämienzahlung für zumindest die Unfallversicherungsdeckung erbracht hat.

²⁸ Unklar Carron, Kommentar VVG N3 und N5 zu Art. 59 VVG.

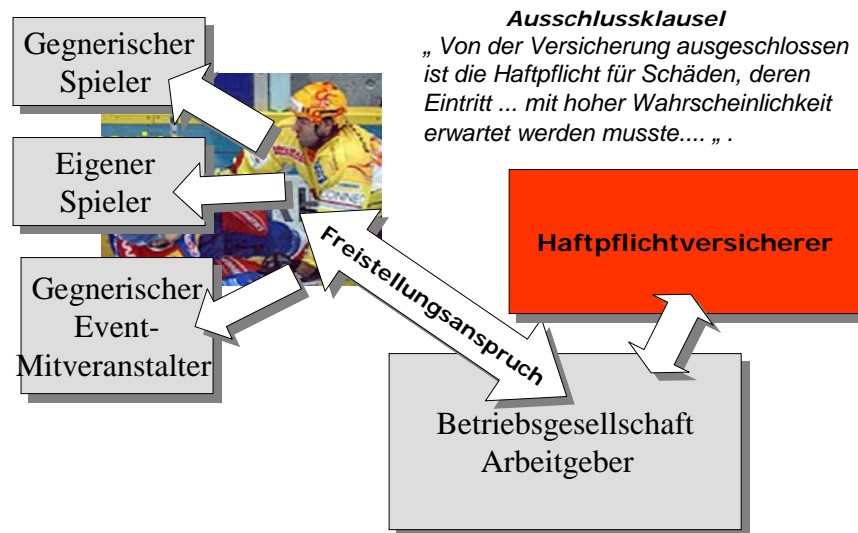
eines Versicherers vor, die nicht hingenommen werden muss. Und gerade das Schädigungsrisiko zwischen den das Event gestaltenden Sportlern steht im Zentrum aller Überlegungen. Wird nun deren Deckung ausgeschlossen, so wäre dies wohl überraschend, unvorhersehbar und dementsprechend unangemessen (vgl. OLG Celle 12.06.81, VersR 1982,457). Aber auch die Ungewöhnlichkeitsregel könnte hier zur Anwendung kommen²⁹.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf das Sonderproblem des Leihspielers hingewiesen, der allenfalls nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Sportbetriebsgesellschaft steht und damit u.U. vom Haftpflichtversicherungsschutz des Unternehmens, für das er spielt, gar nicht gedeckt ist. Ebenso fehlt aber die Deckung beim Stammunternehmen. Dem interessierten Leser sei diese Problemstellung anvertraut.

2. Mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden

Die gefahrgeneigte Tätigkeit im Mannschaftskampfsport:

handelt es sich um „ mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden „ ?



Im Zusammenhang mit der gefahrgeneigten Tätigkeit von Sportbetriebsgesellschaften, deren Organen und Hilfspersonen könnte allenfalls auch ein weiterer Ausschluss eine gewisse Bedeutung erlangen. Standardmässig ist in den Betriebshaftpflichtversicherungsverträgen folgende Ausschlussklausel enthalten :

„ Von der Versicherung ausgeschlossen ist die Haftpflicht für Schäden, deren Eintritt vom Versicherungsnehmer, seinem Vertreter oder von Personen, die mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betraut sind, mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste. Dasselbe gilt für Schäden, die im Hinblick auf die Wahl einer bestimmten Arbeitsweise, zwecks Senkung der Kosten oder Beschleunigung der Arbeit in Kauf genommen wurden „ .

²⁹ Vgl. dazu Vortrag 2003, Schaer, Versicherung im Fokus von Sportler und Sportveranstaltungen, S. 42

Gerade im Zusammenhang mit Sportanlässen und der damit verbundenen gefahrgeneigten Tätigkeit stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieser Klausel. Zum Verständnis dieser Klausel muss ein bisschen ausgeholt werden. Gemäss VVG 14/1 haftet der Versicherer nicht, wenn der VN das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat. Das schuldhafte Verhalten bezieht sich auf einen bestimmten Erfolg, dem Herbeiführen des Versicherungsfalles und nicht bloss auf die Handlung als solche. Die Verschuldensform der Absicht bzw. des Vorsatzes ist erfolgsorientiert, nicht bloss handlungsorientiert. Vorsatz oder Absicht im versicherungsrechtlichen Sinne liegt somit dann vor, wenn der Versicherungsfall bewusst und gewollt herbeigeführt wird. D.h. der VN weiss, dass sein Verhalten das befürchtete Ereignis verwirklicht und er diesen Erfolg auch will.

Vorsatz im Versicherungsrecht ist demzufolge nicht etwa nur tätigkeitsorientiert, sondern tätigkeits- und erfolgsorientiert³⁰. Nicht nur das Handeln muss vorsätzlich erfolgen, sondern auch den Erfolg dieses Handelns umfassen. Hier besteht ein ganz gewichtiger Unterschied zum Strafrecht, wo es nur auf das Handeln ankommt, sekundäre Tatbestandsmerkmale vorbehalten. Der vorsätzlich Handelnde braucht die Folgen seiner Tätigkeit nicht in allen Einzelheiten vorauszusehen; es genügt an sich, wenn er die Folgen seiner Handlung als möglich und wahrscheinlich vorausgesehen hat und deren Eintritt auch will oder allenfalls billigend in Kauf nimmt.

Damit ist die eventualvorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles angesprochen. Hiezu scheint die schweizerische Lehre³¹ die Auffassung zu vertreten, dass blosser Eventualvorsatz den Anforderungen von VVG 14/1 nicht genüge³². Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu wissen, dass im Anschluss an die Lehrmeinung von Roelli/Keller nach dem Erscheinen des Kommentars die Haftpflichtversicherer im Gegenzug die Klausel „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende bzw. in Kauf genommene Schäden“ in das Bedingungswerk aufgenommen haben. Dieser Konnex ist von Bedeutung für das Verständnis dieser Klausel und der Frage, wie sie unter Berücksichtigung der einschlägigen Auslegungsmethoden im Versicherungsrecht zu konkretisieren ist.

Vorsätzliche oder absichtliche Herbeiführung bedeutet, obwohl der Erfolg auch von der Verschuldensform umfasst sein muss, nicht, dass nun der entstehende Schaden auch in seinem gesamten Umfang voraussehbar ist; es genügt vielmehr, dass mit einer bestimmten Handlungsweise die typischerweise entstehenden Schädigungen bewusst und gewollt in Kauf genommen werden. Im Zusammenhang mit Körperschädigungen heisst dies, dass Eventualvorsatz dann zu bejahen ist, wenn die konkreten Verletzungsfolgen im Bereich des für die Verletzungshandlung ohne

³⁰ so übereinstimmend die schweizerische Lehre : Roelli/Keller I S. 250/252, Koenig, Privatversicherungsrecht S. 295, Maurer 329/330, Kuhn S.200 .

³¹ Roelli/Keller I. S. 250/251, mit ihm Kuhn, S. 200 und auch andeutungsweise Brehm, Le contrat d'assurance RC, 2.A 1997, N 275

³² In einer neueren Publikation vertritt Suter Caroline, Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, Schulthess Verlag 1999, S. 40ff, sich abstützend auf Schaer, Das Verschulden als Zurechnungskriterium, in Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel/Frankfurt 1992, S. 32ff, und Schuppisser, Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles ..., Diss Bern 1964, S. 45, die Auffassung, dass Dolus eventualis auch im Versicherungsrecht dem Vorsatz zuzuordnen ist.

Auch im neuen Kommentar Honsell/Vogt/Schnyder zum VVG wird nach wie vor die Auffassung vertreten, dass Eventualvorsatz im Sinne der groben Fahrlässigkeit und damit nach VVG 14/2 zu behandeln ist und nicht als eigentlicher Vorsatz (siehe N 17 zu VVG 14).

Anders in Deutschland, wo Eventualvorsatz dem Vorsatz gleichgestellt wird und bspw. als entscheidendes Leistungsverweigerungskriterium gilt bei Drogenunfällen (siehe Prölls/Martin, Kommentar VVG, 26. A., N 116 zu § 6) Ebenso Oesterreich, siehe Schauer, Das österreichische VVG, S. 316.

weiteres möglichen und jedermann Vorhersehbaren liegen. Lediglich bei Folgen, die gewöhnlich nicht aus einer bestimmten Verletzungshandlung herrühren, kann bedingter Vorsatz nicht ohne weiteres angenommen werden

Naheliegende und typische Schädigungen bzw. Verletzungsfolgen genügen mithin, sofern von einem Akzept – von einem Inkaufnehmen - dieser Schädigungsfolgen ausgegangen werden darf, um einen dolus eventualis anzunehmen. Wer wahllos in Kopfhöhe mit grosser Heftigkeit einen Schlag gegen einen Gegner ausführt, muss auch damit rechnen, dass er ihn am Kopf trifft und dass es dabei zu erheblichen Verletzungen kommen kann. Der Bruch des Nasenbeins ist, ähnlich einem blauen Auge, einer geplatzten Lippe oder ausgeschlagener Zähne eine naheliegende und typische Verletzungsfolge mit der ein Angreifer rechnen muss.

Diese naheliegende und typische Schadensfolge macht mithin das objektivierbare Teilelement des Eventualvorsatzes aus. Vom Standpunkt eines neutralen Betrachters wird entschieden, ob die vorsätzliche Verhaltensweise geeignet war, mit einer hohen Wahrscheinlichkeit diese naheliegenden und typischen Schädigungen herbeizuführen. Ausgehend davon wird rückblickend auf die Erkennbarkeit bzw. Voraussehbarkeit der typischen Schadensfolgen geschlossen und damit das subjektive Element des Eventualvorsatzes bejaht oder verneint. Mit andern Worten : die hohe Wahrscheinlichkeit des Eintrittes dieser naheliegenden und typischen Schädigungen ist ein unabdingbares Tatbestandselement des Eventualvorsatzes. Fehlt es bereits aus der Sicht eines neutralen Beobachters an der Erkennbarkeit der naheliegenden und typischen Schädigung, so kann höchstens noch von einer grobfahrlässigen Herbeiführung gesprochen werden.

Wie bereits erwähnt – siehe vorne zur geschichtlichen Entstehung - sollte der Ausschluss „ mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden „ die Lehrmeinung, dass dolus eventualis bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles nicht dem Vorsatz, sondern der groben Fahrlässigkeit zugeordnet wird, aushebeln und über einen objektiven Risikoausschluss Schäden, die mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden mussten, von der Deckung ausnehmen.

Während der zweite Teil der Ausschlussklausel klar die Verwandtschaft zum dolus eventualis erkennen lässt - „ in Kauf genommen „ - tritt dies beim ersten Teil in den Hintergrund. Hier fällt hingegen bei der Formulierung „ mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste „ die Affinität zur Theorie der adäquaten Kausalität auf, setzt doch dieser gemäss der einschlägigen Formulierung des Bundesgerichtes³³ voraus, dass ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten hat, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint

Insofern kann dem Entscheid des CJ Genève vom 17.6.88 (CaseTex Nr. 1553) zugestimmt werden, wenn es die Deckung in einem Fall verweigerte, wo maschinell Fensterrahmen ohne Abdeckung des angrenzenden Fensters geschliffen und dabei auch das Fensterglas selber angeschliffen wurde. Es handelt sich um einen typischen, normalerweise bei der Art der gewählten Arbeitsausführung eintretenden

³³ 122 V 415 E. 2a; 121 V 45 E. 3a S. 49; 121 III 358 E. 5 S. 363 , je mit Hinweisen; 113 II 174 E. 2 S. 178 ; 107 II 238 E. 5a S. 243

Schaden, so dass auch dolus eventualis bejaht werden darf. Ganz abgesehen davon ist der Nexus der Handlung zur Schädigung sehr eng, handelt es sich doch um eine Primärschädigung .

Genügte aber bereits eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes, so würde durch eine derartige Formulierung der Versicherungsschutz ausgehöhlt. Insofern ist die Klausel auf einen Inhalt zu reduzieren, der dem Vertrauensprinzip entspricht. Dies gilt umso mehr, als auch der Begriff des Verschuldens die Komponente der Vorhersehbarkeit, der Vermeidbarkeit enthält – schliesslich handelt es sich bei allen Zurechnungselementen im Haftpflichtrecht um sogenannte stellvertretende Zurechnungsbegriffe³⁴ . Ausserdem wird auch der ersatzfähige Schaden durch das Kriterium der Voraussehbarkeit und der Vermeidbarkeit bestimmt.

Die Formulierung „ mit hoher Wahrscheinlichkeit „ in ihrer objektiven Ausgestaltung ist zudem ungewöhnlich. Ein Versicherungsnehmer muss damit rechnen, dass wenn er Handlungen vornimmt, die erkennbar zu typischen Schadensfolgen führen werden und er dieses Risiko bewusst und gewollt in Kauf nimmt, dem mithin subjektiv ein dolus eventualis vorgeworfen werden kann, keinen Versicherungsschutz geltend machen kann. Gemäss Vertrauensprinzip muss aber seine subjektive Erwartung ausschlaggebend sein, nicht eine irgendwie geartete objektive, allenfalls bestimmt durch den Knowhowstand eines ausgewählten Personenkreises, dem der Versicherungsnehmer gar nicht angehört.

Ausgehend davon ist eine teleologische Reduktion dieser Ausschlussklausel vorzunehmen. Grundsätzlich können nur typische und naheliegende Schädigungen den Voraussetzungen an eine hohe Wahrscheinlichkeit genügen. D.h. es ist davon auszugehen, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden solche sind, die normalerweise und typisch entstehen können, deren Vorhersehbarkeit für den jeweiligen Versicherungsnehmer subjektiv erkennbar sind und deren Eintritt er subjektiv in Kauf nimmt.

Ist aber das subjektive Element mitgehalten, so kann diese Ausschlussklausel nicht weitergehen, als der Begriff der vorsätzlichen Verursachung unter Einschluss des Eventualvorsatzes. Der Schädiger muss somit, damit diese Klausel überhaupt anwendbar wird, nicht nur vorsätzlich gehandelt haben, sondern zusätzlich auch die typischen und voraussehbaren Schäden in Kauf genommen haben. Nicht nur Verhaltensunrecht, sondern gleichzeitig auch Bewusstsein des Erfolgsunrechtes ist erforderlich. Damit ist die Ausschlussklausel „ mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden „ auf eine sinnvolle, nicht überraschende und nicht ungewöhnliche Inhaltsgebung reduziert. Sie hält nichts anderes fest, als was nicht bereits über den Ausschluss vorsätzliche bzw. eventualvorsätzliche Herbeiführung gegeben ist.

³⁴ vgl. dazu Schaer, Verschulden, S 40 ff

Der Ausschluss „ mit hoher Wahrscheinlichkeit „ ist dem Vorsatz gemäss VVG 14 gleichzusetzen

Die Ausschlussklausel hat keine selbständige Bedeutung

Zur Konkretisierung : das Bundesgericht i.S. Antisin :

„Ob Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, hängt u.a.von der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung und von der dem Täter bekannten Nähe des Verletzungsrisikos ab. Die Sorgfaltspflicht des Spielers bestimmt sich nach den einschlägigen Spielregeln und nach dem allgemeinen Grundsatz "neminem laedere". In casu steht fest, dass A - der im übrigen als extrem harter Spieler gilt und deshalb auch äusserst viele Strafzeiten absitzen musste - die Spielregeln krass verletzt hat und dass er bei seiner Verhaltensweise nicht ignorieren konnte, dass diese zu einer schweren Verletzungsgefahr des gegnerischen Spielers führen musste. Damit ist Eventualvorsatz gegeben „.

Zu beachten ist dabei, dass die naheliegende und typische Schädigung als unmittelbare Folge der Verletzungshandlung eintreten muss; tritt die Schädigung erst sekundär , als Folge eines Primärschadens ein, so kann unter Umständen die Primärschädigung noch naheliegend und typisch sein, während die Sekundärschädigung grundsätzlich diesem Anforderungsprofil nicht mehr entspricht. So kann ein Schlag gegen das Gesicht wohl zu Nasen- und Kieferbrüchen führen. Diese Schädigungen gelten, bei entsprechender Stärke des Schlages auch als naheliegende und typische Schadensfolgen. Tritt aber als Sekundärfolge ein Sekundärglaukom auf, so ist dies nicht mehr als naheliegend und typisch zu betrachten.

Hinsichtlich Herbeiführung des Versicherungsfalles ist demzufolge eine Spaltung vorzunehmen : der Primärschaden wird allenfalls über den subjektiven Risikoausschluss von der Deckung nicht mehr umfasst sein, während der Sekundärschaden grundsätzlich gedeckt ist und sich höchstens noch die Frage stellt, ob allenfalls gestützt auf eine diesbezüglich gegebene Grobfahrlässigkeit eine Kürzung vorgenommen werden kann.

Dazu ein bisschen Kasuistik :

Eventualvorsatz verneint :

- *Sekundärglaukom nach Schlägerei : Eventualvorsatz verneint (CaseTex-Nr: 145
KG VS 07.11.85 ZfWR 1985,326*
- *Faustschlag mit Todesfolge (69 IV 231,74 IV 85)*
- *Lastwagen befährt Fussweg und beschädigt diesen (OLG Hamm 25.09.85 , CaseTex Nr. 1699)*
- *Augenverletzung nach Kriegerspiel mit bewusstem Schiessen aufeinander (TC VS 24.11.78 , CaseTEEx Nr. 1819)*

- *Streichholzwurf in gestapeltes Papier (BezGer Kreuzlingen 07.01.81, CaseTex Nr. 1845).*
- *Anzünden von Feuerwerk in Teppichgeschäft (OLG Hamburg 08.03.90, CaseTex Nr. 2460)*
- *Kindsmisshandlung BGE 15.04.93, CaseTex Nr. 2939*
- *Züchtigung eines Kindes BGE 15.04.93 CaseTex Nr.3178*

Eventualvorsatz bejaht :

- *Faustschlag ins Gesicht: Bedeutsame Quetschungen im Gesicht, Brüche an Kiefer, Zähnen, Nasenbein (74 IV 83/84).*
- *Antisin verletzt Malkow (KG Tessin Oktober 1993 , CaseTex Nr. 1400).*
- *Antisin 2 (Bestätigung durch Bger 28.04.95, CaseTex Nr. 3456)*
- *Drogentod bei langjährigem Abhängigen (LG Hamburg 23.04.80, erwähnt in CaseTex Nr. 1719).*
- *Nasenbeinbruch nach Schlägen ins Gesicht (LG Köln 11.10.89, CaseTex Nr. 1752)*
- *Stockschlag gegen Kopf bei Eishockeyspiel mit Gesichtsverletzungen (KG VS 18.94.85, CaseTex Nr. 185).*
- *Mittäterschaft bei Tötung (BGE 25.05.85, CaseTex Nr. 2336).*
- *Langjähriger Kokaingenuss (OLG Frankfurt 25.04.90 , CaseTex Nr. 2458).*
- *Veranlassung einer Verfolgung durch die Polizei (LG Mainz, 09.11.90, CaseTex Nr. 2477)*
- *Anzünden von Stofftüchern in Jugendheim mit anschliessendem grossen Brandschaden (BezGer Zürich 12.12.91, CaseTex Nr. 2627).*
- *Eventualvorsätzliche actio libera in causa (OG Basel 05.09.90, CaseTex Nr. 2940).*
- *Faustschlag gegen Kopf OLG Hamm 11.07.86 CaseTex Nr. 537*

Im Mannschaftssport darf davon ausgegangen werden, dass eventualvorsätzliche Schädigung nur ausnahmsweise gegeben ist. Ebenso darf nicht aus der Schwere der Verletzung auf die Verletzungshandlung geschlossen werden. Dies soll nicht als Freipass für überaggressive Spieler gelten. Ein Spieler, der für überhartes Spiel bekannt ist, wird aufgrund seiner Vergangenheit Gefahr laufen, dass auch in bezug auf die Schädigung selber Eventualvorsatz angenommen wird.

Zur Konkretisierung sei das Bundesgericht i.S. Antisin zitiert :

„Ob Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, hängt u.a.von der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung und von der dem Täter bekannten Nähe des Verletzungsrisikos ab. Die Sorgfaltspflicht des Spielers bestimmt sich nach den einschlägigen Spielregeln und nach dem allgemeinen Grundsatz "neminem laedere". In casu steht fest, dass A - der im übrigen als extrem harter Spieler gilt und deshalb auch äusserst viele Strafzeiten absitzen musste - die Spielregeln krass verletzt hat und dass er bei seiner Verhaltensweise nicht ignorieren konnte, dass diese zu einer schweren Verletzungsgefahr des gegnerischen Spielers führen musste. Damit ist Eventualvorsatz gegeben „.

IV. Ungeahnte Auswirkungen des Wegfalles des Haftungsprivilegs

1. Die Ausgangslage

Zum Abschluss sei noch ein Hinweis auf den bereits erwähnten Art. 75 ATSG erlaubt. Danach ist ein Rückgriff des Sozialversicherers bei einem Berufsunfall auf einen Arbeitgeber und einen schädigenden Mitarbeiter nur möglich bei absichtlicher oder grobfahrlässiger Verursachung des Schadens. Bis Ende 2002 galt das sog. Haftungsprivileg : der Arbeitgeber, aber auch Arbeitskollegen untereinander hafteten nicht bei bloss leichtfahrlässiger Verursachung eines Schadens, zumindest im Rahmen der kongruenten Schadensforderungen.

Seit dem 1.1.2003 : Wegfall des sog. Haftungsprivileges

Art. 44 alt UVG :

*Ein **Haftpflichtanspruch** steht dem obligatorisch **Versicherten** ... aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur zu, wenn der Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt wurde.*

Art 75 ATSG

*Ein **Rückgriffsanspruch** ... aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht dem **Versicherungsträger** nur zu, wenn der Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt wurde.*

Neu nun ist dieses Haftungsprivileg aufgehoben. Im Zuge der europäischen Harmonisierung dürfte interessant sein, dass in Deutschland das Haftungsprivileg sogar ausgeweitet wurde : der Arbeitgeber bzw. Arbeitskollegen untereinander haften nur noch bei vorsätzlicher Schadensverursachung. Wir driften völlig auseinander.

Die Schweiz könnte sich mit der Aufhebung des Haftungsprivilegs auf Frankreich berufen, das denselben Schritt mittels eines die Gesetzesnorm aushebelnden Gerichtsurteils gegangen ist . So hat Cour de Cassation , die Chambre sociale³⁵ in einem Grundsatzurteil am Urteil vom 28.02.2002 entschieden, dass ein Arbeitgeber auch für lange zurückliegende Asbestschäden hafte und zwar selbst dann, wenn ihm kein Verschulden vorgeworfen werden könne. Die Haftung des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer wird in eine Erfolgshaftung und damit Kausalhaftung umgewandelt. Der Arbeitgeber haftet grundsätzlich für Asbestschäden ; es wird davon ausgegangen, dass selbst für lange zurückliegende Fälle ein Kennenmüssen vorausgesetzt werden darf

³⁵ Siehe CaseTex Nr : 4588 , VersRAI 2002,45

Sachverhalt :

In 30 Verfahren verlangten durch Asbest geschädigte Arbeiter Schadenersatz vom Arbeitgeber. Diese Haftung setzt an sich gemäss Code de la sécurité sociale L. 452-1 eine „faute inexcusable“ voraus, was der groben Fahrlässigkeit entspricht. Streitig war, ob der Arbeitgeber die von Asbest ausgehende Gefahr frühzeitig genug hätte erkennen können. Dagegen spricht, dass erst 1977 eine spezielle Vorschrift in Frankreich erlassen und erst 1997 die Verwendung von Asbest verboten wurde.

Erwägungen :

Es wurde entschieden, dass unabhängig vom Zeitpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers der Arbeitgeber die Gefahr hätte erkennen müssen. Dies selbst für den Fall, dass ein Kontakt mit Asbest nur von 1949 bis 1959 erfolgte. Dem Arbeitgeber obliege nicht etwa nur eine Obligation de moyens, sondern eine Obligation de resultat. Der Arbeitgeber hafte damit sogar dann, wenn die von ihm ergriffenen Massnahmen keinen Erfolg zeitigten. Damit wurde gegen den Wortlaut des Gesetzes entschieden und eine eigentliche Erfolgshaftung des Arbeitgebers statuiert. Damit hat das Gericht den Gesetzgeber „überholt“, da dieser daran war, gerade wegen der Asbestschäden eine Gesetzesänderung vorzubereiten³⁶. Damit wird dem Grundsatz der Totalreparation nachgekommen, wobei gleichzeitig die Haftung von einer Verschuldenshaftung für grobe Fahrlässigkeit in eine Kausalhaftung umgewandelt wird.

Im Recht gilt aber bekanntlich der Grundsatz : hard cases make bad law . Man sollte ein Gesetz nicht wegen extrem liegender Fälle in Kraft setzen oder umgestalten. Und dies dürfte bei Asbestschäden sicherlich zutreffen. Deshalb dürfte der Approach von Finnland bei diesen ausgefallenen Problemstellungen sicherlich der weisere gewesen sein..

Keine Gefährdungshaftung für Asbest in Finnland

CaseTex Nr.: 4590

Fundort : VersRAI 2000, 27

In Instanz : OGH 31.07.1998

Im Gegensatz zu Frankreich geht man in Finnland davon aus, dass keine Erkennbarkeit der Gefährlichkeit von Asbest vor 1975 bestanden habe und dass Voraussetzungen für die Annahme einer Gefährdungshaftung nicht gegeben seien.

Sachverhalt :

Bei einem Bauarbeiter, der 1960 – 1975 mit Asbest gearbeitet hatte, traten 1991 Krankheitsfolgen auf. Haftet der Arbeitgeber ?

Erwägungen :

In den 60- und 70-er Jahren war die tatsächliche Gefahr von Asbest noch nicht allgemein bekannt. Eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers aus

³⁶ <http://www.sante-securite.travail.gouv.fr/actualites/pdf/Doss1402.pdf>

Verschuldenshaftung kann hier nicht in Frage kommen, an einer eigentlichen Gefährdungshaftung des Arbeitgebers fehlt es hier. Wohl sind Gefährdungshaftungen bei besonders gefährlichen Tätigkeiten als gegeben zu betrachten. Der OGH setzt eine offensichtliche grosse Gefahr durch die Verwendung oder Lagerung grosser Energiemengen oder gefährlicher Stoffe voraus.

In casu sei aber davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer gegen Arbeitsunfälle versichert sei und den grössten Teil seines Schadens ersetzt erhalte. Für den Arbeitgeber hingegen könne die Belastung mit einer Gefährdungshaftung unvorhersehbare und unbillige Konsequenzen haben. Die später gewonnene Erkenntnis von der besonderen Gefährlichkeit des Asbestes kann nicht zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führen.

Mit der Aufhebung des Haftungsprivileges gehen wir in der Schweiz einen Sonderweg, der grundsätzlich nicht in das System passt und uns in einer europäischen Harmonisierung nur Probleme schaffen wird. Schade. Gesetzgebungstätigkeit sollte vorausschauend sein.

2. Anrechnung anstatt Privilegierung : die eigenfinanzierte Haftungsersetzung

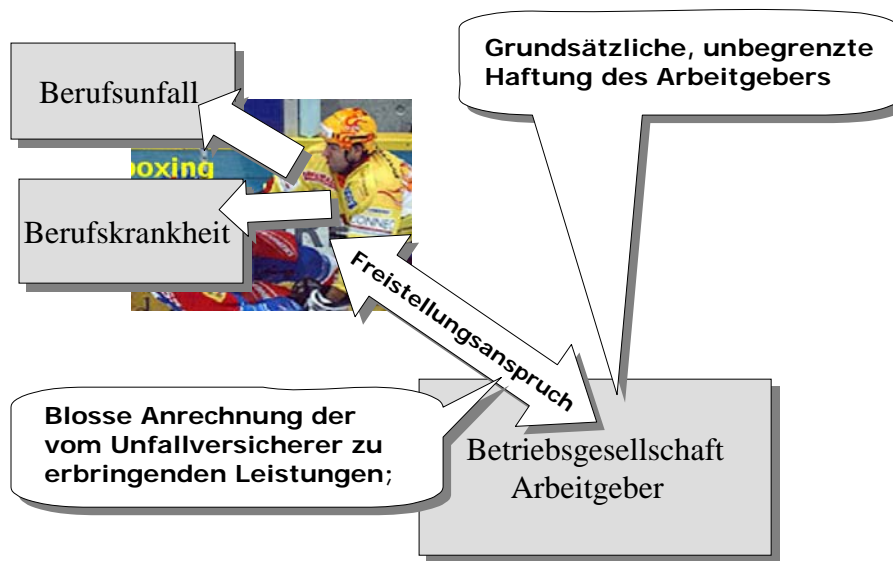
Dass der Arbeitgeber nach wie vor verpflichtet ist, die Unfallversicherungsprämien für Berufsunfälle voll zu bezahlen – und dies war ursprünglich auch ausschlaggebender Grund für die Haftungsprivilegierung neben der Tatsache, dass der Arbeitsfrieden aufrecht erhalten werden und deshalb Haftpflichtfragen unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich vermieden werden sollten - wird nicht erwähnt³⁷. Nun gilt aber der bereits vorne erwähnte Grundsatz, dass der Haftpflichtige, der mit Prämienzahlungen eine Versicherungsleistung finanziert hat, die dem Geschädigten zugute kommt, diese Leistungen an den Haftpflichtanspruch anrechnen kann³⁸. Dies gilt nicht nur für die obligatorische Unfallversicherung, sondern auch für weitergehende freiwillige, vom Arbeitgeber finanzierte Versicherungsdeckungen. Mit andern Worten: nach wie vor ist von einer eigenfinanzierten Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz auszugehen.

³⁷ vergeblich sucht man nach einem Hinweis im Kommentar Kieser zu ATSG 75

³⁸ so 65 II 262. Dieses Grundprinzip besteht nach wie vor und erfährt auch keine Änderung durch den in der Gesamtrevision Haftpflichtrecht aufgenommenen Art. 54 i, wonach Leistungen aus einer nichtobligatorischen Versicherung, die vom Haftpflichtigen finanziert wurden, angerechnet werden sollen. Mit andern Worten : der e contrario Schluss wäre verfehlt. Siehe auch BGE 117 II 620ff bez. der Insassenversicherung und auch 97 II 259.

Die gefahrgeneigte Tätigkeit im Mannschaftskampfsport

nach dem 1.1.2003



Das heisst mit anderen Worten : im Rahmen der kongruenten Schadensposten verändert sich im Grunde genommen nichts. Der Regress des Sozialversicherers ist ausgeschlossen und für die nichtgedeckten, kongruenten Schadenspositionen hätte der geschädigte Sportler- Arbeitnehmer einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber. Wobei aber auch hier zu berücksichtigen ist, dass gemäss Arbeitsvertragsrecht – Art. 324b OR - das in diesem Zusammenhang nicht geändert wurde, der Arbeitgeber wegen Bestehens der obligatorischen Unfallversicherung nur zu einer Lohnfortzahlung von 80% verpflichtet ist. Die Aufhebung des Haftungsprivileges ändert daran nichts.

Was hat sich denn geändert ? Bereits früher mussten nichtkongruente Schadenspositionen auch vom Arbeitgeber übernommen werden, und bei den kongruenten bleibt regelmässig kein Differenzschaden übrig, denn die Heilungskosten sind vollumfänglich gedeckt. Einzig bei der Genugtuung³⁹ könnten sich gewisse Direktansprüche ergeben, allerdings wäre auch hier die Integritätsentschädigung, die der Unfallversicherer entrichtet, in Abzug zu bringen.

Mit andern Worten : für den Arbeitgeber selber, der die Prämie entrichtet hat, ändert sich im Grunde im Hinblick auf die kongruenten Schadenspositionen nicht viel. Für den Mitarbeiter hingegen sehr viel : denn plötzlich könnte er , da ja nun seine Haftung greift – das Mitarbeiterprivileg ist ja auch weggefallen – von einem regressierenden Sozialversicherer zur Kasse gebeten werden. Er geniesst aber für Regressansprüche gemäss den heutigen AVB für Betriebshaftpflichtversicherungen keine Deckung für Regressansprüche, d.h. er müsste persönlich für diese Ansprüche aufkommen. Das kann ja wohl kaum Sinn und Zweck des Wegfalles des Haftungsprivileges gewesen sein.

Mithin wird sich das Bundesgericht, das sich mit einem derartigen Fall befassen wird, überlegen müssen, ob aufgrund seines Entscheides zur hierarchischen Arbeitsorganisation nicht zwangsweise die Freistellung des Arbeitnehmers durch

³⁹ Vgl. dazu BGE vom 18.01.2001, 4C.170/2001

den Arbeitgeber erfolgen muss.. Das heisst : der Arbeitgeber müsste entweder indirekt den belangten Arbeitnehmer schadlos halten oder aber direkt in einem Prozess über Streitverkündung an die Stelle des belangten Arbeitnehmers treten. Und hier hätte er wiederum die Einrede der „ eigenfinanzierten Haftung ersetzung durch Versicherungsschutz „; er hat ja mit seiner Prämienzahlung die Versicherungsleistungen erst ermöglicht.

Auch daraus ist ersichtlich : die Aufgabe des Haftungsprivileges war keine gesetzgeberische Meisterleistung.

3. Das Problem der hinkenden Gesamtschuldverhältnisse

Die Haftung des Mitarbeiters mit der gleichzeitigen Zurechenbarkeit auf den Arbeitgeber führt zu einem eigentlichen „ hinkenden Gesamtschuldverhältnis „. Von mehreren solidarisch Haftenden fällt einer wegen einer besonderen Rechtskonstellation – hier Anrechnung – aus dem Konnex heraus. Während es beim Arbeitgeber – Mitarbeiter – Fall zu einer vollumfänglichen Schadloshaltung führen dürfte, gibt es Konstellation, wo ein Dritter solidarisch mit dem Arbeitgeber oder allenfalls einem Mitarbeiter haftet. Auch hier gilt : wegen der Anrechenbarkeit der vom Arbeitgeber finanzierten Unfallversicherungsleistungen ist er aber nach wie vor privilegiert zu behandeln ⁴⁰.

4. Arbeitsgemeinschaften und Mannschaftssportwettkämpfe

Die bekannten Probleme der sog. Arbeitsgemeinschaften - Tätigkeit mehrerer Unternehmer gemeinsam – wurde mit dem ATSG nicht angegangen, obwohl sich dies in Anbetracht der verschiedenen Gutachten zu Dienstmiete und dem Problem der effektiven Prämienzahlungserbringung aufgedrängt hätte. Und gerade diese Beispiel müsste man sich im Zusammenhang mit Sportevents und der Haftung für Schädigungen unter Sportlern gut überlegen. Denn dies würde dazu führen, dass auch unter den Spielern, die ja erst durch ihr Zusammenwirken das Event real machen, zumindest ein Regressprivileg greift. Im jetzigen Zeitpunkt – selbst durch ein ausdrückliches Verweisen in den Spielerlizenzen - könnte die bestehende Gesetzesnorm wohl kaum so verstanden werden, dass , wie das in Deutschland der Fall ist , die Betriebsstätte extensiv verstanden und sämtliche Arbeitnehmer, die auf dieser Betriebsstätte tätig sind, vom Regressprivileg – in Deutschland auch Haftungsprivileg – umfasst wären.

5. Vollumfänglicher oder bloss eingeschränkter Regress bei Fahrgeneigtheit

Weiterhin wird sich die Frage stellen, ob ein Sozialversicherer bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit vollumfänglich oder nur teilweise auf den Arbeitgeber regressieren kann. Dieser hat ja, wie bereits mehrfach erwähnt, die Prämie bezahlt, was nun für die Regressnahme eine besondere Bedeutung hat. Beschränkt sich allenfalls ein Regress auf den Teil, den man fiktiv wegen grober Fahrlässigkeit hätte kürzen können ? Dazu wäre aber zu berücksichtigen, dass im Sozialversicherungsrecht mit

⁴⁰ Und damit löst ATSG 72 keine Probleme, wenn er den Kaskadenregress fördert, denn das vollumfängliche Belangen des einten Haftpflichtigen, der sich nicht auf die Anrechnung berufen kann, führt im Innenverhältnis dazu, dass dieser wiederum im Sinne des Kaskadenregresses auf den anrechnungs-privilegierten Arbeitgeber Rückgriff nehmen kann, der seinerseits dann beim ursprünglich regressierenden Sozialversicherer diejenigen Leistungen zurückfordern wird, die er mit seinen Prämienzahlungen vorfinanziert hat.

Ausnahme eines exotischen Anwendungsfalles⁴¹ keine Kürzungen wegen grober Fahrlässigkeit mehr erfolgen.

Ausserdem wird sich die Frage stellen, ob auch im Hinblick auf einen Regress des Sozialversicherers die Zurechnung des groben Verschuldens eines Spielers auf den Arbeitgeber erfolgen wird. Wenn nicht, würde der Spieler selber haften, hätte aber wiederum einen Freistellungsanspruch dem Arbeitgeber gegenüber, der seinerseits wiederum die Prämien bezahlt hat, sofern es sich um einen Mitspieler des Haftpflichtigen handelt.

6. Die Haftung des Arbeitgebers bei gefahrgeneigter Tätigkeit

Mit dem Wegfall des Haftungsprivileges als *lex specialis*, die die Haftungsnormen zurückdrängte, haftet nun der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber uneingeschränkt. Wohl hat er durch die eigenfinanzierte Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz eine teilweise Befreiung durch Anrechnung erreicht. Bei den gefahrgeneigten Tätigkeiten insbesondere im Mannschaftssport ist aber grundsätzlich auch – entsprechend den Aussagen des Bundesgerichtes im Baugrubenfall – davon auszugehen, dass der Arbeitgeber haftet. Für das UVG-Maximum übersteigende Lohnansprüche hat dies zur Folge, dass der Arbeitgeber parallel zu den Leistungen des Unfallversicherers die überschüssenden Leistungen abdecken muss, schlimmstenfalls bis zum Zeitpunkt, wo von einer Aufgabe des professionellen sportlichen Erwerbstätigkeit auszugehen wäre. Auf dem Risikodiagramm eines Sportbetriebsunternehmens dürfte sich ein Feld auftun, wo Massnahmen angebracht sind.

Sie sehen : ein *circulus vitiosus*, den man bei entsprechend vorausschauender Gestaltung von Rechtsnormen hätte vermeiden können. Tröstlich immerhin : es dürfte ein Event geben, bei dem sich Juristen auf ihrem Spielfeld tummeln können. Hoffentlich problemlösungsorientiert, effizient, effektiv und kostengünstig.

⁴¹ Siehe UVG 37/2

